

ספר

שופרא דטענתא

כולל ביאורים בירורים חידושים
הארות והערות בעניני טוען ונטען
בש"ס רמב"ם ושולחן ערוך

אשר חנני ה'

יעקב יוסף ריינמאן

בלאאמו"ר מהרא"ל זצ"ל
מח"ס שופרא דשטרא
וספר אביר יוסף על התורה

Copyright © 2024

תוכן הענינים

הסכמות

הקדמות

מבוא השערים

שערי החזקות

שער א: חזקת מטלטלין

שער ב: שנים או חזים וכל דאלימ גבר

שער ג: ממון המוטל בספק

שער ד: אין ספק מוציא מידי ודאי

שער ה: כאן נמצא כאן היה

שער ו: תקפה בפנינו וכהן שתקף ספק בכור

שער ז: בענין חזקת קרקעות

שערי הטענות

שער ח: ברי ושמא וברי על ידי אחר

שער ט: מיגו והפה שאסר

שער י: טענת פרעתי וטוען וחוזר וטוען

שער יא: טענות בעל כנגד אשתו

שער יב: מזיק נזקי שכנים ונהנה

שער יג: טוענין ליורשים וללקוחות

שערי השבועות

שער יד: מודה במקצת והעדאת עד אחד

שער טו: שומר פקדון וטוען טענת גנב

שער טז: שבועת הנוטלין ושבועת היסת

שער יז: גלגול שבועה ושבועת סוטה

שער יח: מי שאינו יכול לישבע וחשוד על השבועה

שער יט: סדר השבועה

מבוא השערים

שערי החזקות

שער א: בענין חזקת מטלטלין

ובו כ"ז פרקים

פרק א

[**בבא בתרא ב.**] בו יבוארו דברי התוס' לפרש מה קאמר התנא דכותל החצר שנפל חולקים משום שמתחלה היו מחויבים לבנות הכותל ביחד, והלא בבקעה היכא דלא עשו חזית לא לזה ולא לזה הדין הוא דחולקים אע"פ שלא היו מחויבים לבנות הכותל ביחד.

פרק ב

[**בבא בתרא ב.**] בו יתיישבו קושיות הקצות החושן על דברי התוס' דאין דין כל דאלים גבר בכותל בין שתי חצירות שנפל משום דיש דררא דממונא, ויחולק בין שנים אוחזים בטלית שבלי טענותיהם לא נתעורר ספק כלל לבין כותל דגם בלי טענותיהם יש להסתפק.

פרק ג

[**בבא בתרא ד.**] בו יבוארו דברי רש"י דקושית הגמרא דלמה תלה התנא דין חלוקה בכותל שנפל בתקנת חכמים דשניהם בונים קאי על האבנים בלבד, ויובא גירסת הרשב"א בדברי רש"י דקאי גם על מקום הכותל והקשה דהא צריך התקנה באחד אומר חציו שלי.

פרק ד

[**בבא בתרא ד.**] בו יובאו שלשה דרכים שכתב הרשב"א בביאור ההבדל בין לישנא קמא דנפל לרשות חד מינייהו ללישנא בתרא דפנינהו לרשותו, ויבואר היאך מוכח מדברי הרי"ף שכתב דאחר התקנה שותפים הם ולא קפדי אהדדי דמיירי בטוען לקוח.

פרק ה

[**שבועות מו:**] בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' בתנאים של בעל הבית שאין עשוי למכור כליו, ובעל הבית טוען שאולים, ודבר שאין דרכו להטמין, אם הם סבות שאין נאמן לטעון לקוח בדברים עשויים להשאיל ולהשכיר או בדברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר.

פרק ו

[שבועות מו:] בו יבואר סדר הרמב"ם בהלכות טוען ונטען שמתחלה כתב דין חזקת מטלטלין, ואחר כך דין טוען לקוח בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ואחר כך דין אומן אין לו חזקה, ואחר כך דין גודרות אין להם חזקה, ואחר כך דין שנים אוחזים בטלית.

פרק ז

[שבועות מו:] בו יובא שיטת הרמב"ם דביצא מבית חבירו בכלים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר תחת כנפיו אינו נאמן לומר לקוח כשנתקיימו התנאים בגמרא, ויבואר למה השמיט התנאי דהיינו באמר שאולין אבל אמר גנובין אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן.

פרק ח

[שבועות מו:] בו יובאו דברי הרמב"ם בהחזק דגנב שהוציא כלים ובעל הבית אין דרכו למכור וכלים שאין דרכם להטמינן ואין דרך המוחזק להצניע הרי בעל הבית נאמן, ואע"פ שדעת הרמב"ם דמי שאמר שכליו גנבו אין מוציאים מיד המוחזק דאין לו טוען.

פרק ט

[שבועות מו:] בו יובא שיטת הרמב"ם שמחלק בין דברים שדרכם להשאיל ולהשכיר ובין דברים העשויים מתחלה להשאיל ולהשכיר, ויבואר מה שכתב דאם הפסדו מרובה משכרו הוא בחזקת שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר אפילו באו עדים שהשאילו או השכירו.

פרק י

[שבועות מו:] בו יובא קושית התוס' על הא דהמכיר כליו ביד אחר אינו יכול להוציאם אלא כשיש כמה הוכחות שנגנבו, הלא כיון שספרים עשויים להשאיל ולהשכיר למה אינו נאמן במיגו דהשאלתים לך, ויבואר למה צריך מיגו יהא נאמן לומר גנובים כמו בגודרות.

פרק יא

[בבא בתרא דף מא:] בו יבואר הא דהמחזיק בשדה שלש שנים אינו נאמן לטעון מפלגיא זבינתה דזבנה מינך קמאי דידי אלא על ידי מיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה, ואע"פ שיש לו טענת ברי, ויבואר למה הקונה מן אומן אינו נאמן לומר בפני אמרת לו ליתנו לי בלא מיגו.

פרק יב

[בבא בתרא מב.] בו יוכיח מדברי הרשב"ם דאומן אין לו חזקה מדין גודרות, ותתיישב גירסת אבוה דשמואל דתני שותף אין לו חזקה וכל שכן אומן, דאם שותף שיש לו חלק בהממון אין לו חזקה אינו צריך לומר אומן, ולא קאמר דאשמועינן דאומן הוא

כגודרות.

פרק יג

[**בבא בתרא מב.**] בו יובאו דברי הרמב"ם דאומן אין לו חזקה בכלים שתחת ידו בין בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר ובין בשאר כלים, ומה ענין זה לדין האומן כלל, ויבואר שהיה אפשר לומר שאומן אין לו חזקה רק בכלים שאינם העשויים להשאיל ולהשכיר.

פרק יד

[**בבא בתרא מה.**] בו יבואר שיטת הרשב"ם והתוס' דרבה ואב"י נחלקו היכא שעדים ראו הכלי ביד האומן והאומן טוען שהוא לקוח בידו, דלאב"י אין האומן נאמן בטענת לקוח אפילו אם יש לו מיגו מפני שכלים ביד האומן דומים לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר.

פרק טו

[**בבא בתרא מה.**] בו יבואר שיטת הרי"ף לפי הבנת הרי"י מגאש דגם אם אין עדים על מסירת הכלי להאומן וגם לא ראו הכלי בידו אינו נאמן לומר לקוח במיגו דלא היו דברים מעולם, ושיטתו לפי הבנת הבעל המאור דרק אם יש או עדים או ראה אינו נאמן במיגו.

פרק טז

[**בבא בתרא מה:**] בו יוכיח דמה שכתב הרמב"ם ראה כליו ביד אומן היינו שטוען שראה, ואפילו אין לו ראיה על כך, ויחולק בין ראה שאין האומן נאמן במיגו ובין לא ראה שהאומן נאמן במיגו, ויבואר מה שהרמב"ם התפלא על דברי הגאונים באין עדי מרא קמא.

פרק יז

[**בבא בתרא מה:**] בו יבואר מה שהקשה אב"י לרבה מברייטא דראה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס לפי שיטת הרשב"ם דראה היינו שעדים ראו הכלי ביד האומן ולפי שיטת הרמב"ם דראה היינו שבעל הכלי ראה הכלי ותובע אותו אבל אין לו עדים שראו הכלי בידו.

פרק יח

[**בבא בתרא מו.**] בו ידון בהא דסלקא דעתא בגמרא דתובע טלית שראה ביד אומן, והאומן טוען שאין זה טליתו, שבית דין מחייבים האומן להביא הטלית המדוברת לבית דין, ויבואר היאך הביא רבא ראיה דאין מחייבים אותו מברייטא דאומן טוען לקוח.

פרק יט

[בבא בתרא לו.] בו יבואר מאי דפריך לריש לקיש דאמר דגודרות אין להם חזקה מהא דתנן דעבדים יש להם חזקה אחר שלש שנים, ואע"ג דמהא גופא מבואר דגודרות אין להם חזקה, ויוכיח דיש בהם תפיסה קלושה ממה שהרמב"ם מחייב המרא קמא לישבע היסת.

פרק כ

[בבא בתרא לו.] בו יבואו דברי הרשב"ם דהא דאמר רבא גודרות אין להן חזקה לאלתר אבל יש להן חזקה לאחר שלש שנים לא קאי רק על עבדים אלא גם על שאר גודרות, ואע"ג דדין שלש שנים קשור לטענת אחוי שטרך דשלש שנים מזדהר איניש בשטריה וטפי לא.

פרק כא

[בבא בתרא לו.] בו יבואו דברי הרמב"ם דתופס בבהמות שמורות גובה חובו מהן עד כדי דמיהן מיגו דאי בעי אמר לקוחין הן, ויבואר למה הרמב"ם הביא דינו בהלכות טוען ונטען בין דיני גודרות, והלא שמורות אינן גודרות, וכבר כתב דין זה בהלכות מלוה ולוה.

פרק כב

[רמב"ם פ"ג מלוה ולוה הל"ג] בו יבוארו דברי הרמב"ם דמלוה שהוציא משכון גובה שלא בפני הלוה בשבועה ואין בית דין אומרים לו המתן עד שיבא לוה ויטעון שאם רוצה לומר לקוח הוא אומר, וצירף לזה דין יתמי המלוה שבאו לגבות מיתמי הלוה דגובים מן המשכון בשבועה.

פרק כג

[רמב"ם פ"ב שכירות הלי"א] בו תתיישב סתירות בדברי הרמב"ם שבמקום אחד פסק דהטוען החזרתי בפקדון נשבע בנקיטת חפץ, ובמקום אחר פסק שנשבע היסת, וגם באומן שטען החזרתי פסק דנשבע היסת, ויבא מקור לדבריו מסוגיא דהפקיד בשטר וטען החזרתי.

פרק כד

[בבא מציעא ק.] בו יבואו דברי התוס' במחליף פרה בחמור וילדה שהקשו היאך קאמר דנסמוך על המוחזק והלא הולד הוה גודרות, ויבואר שבתירוצם ס"ל דגודרות יש בהם תפיסה קלושה, ויבואר מה דסלקא אדעתיהו דמוכר אין לו חזקת מרא קמא על הולד.

פרק כה

[בבא מציעא קטז.] בו יתיישבו דברי הטור דמשמע דס"ל כהראב"ד דהמלוה נאמן לגבות עד כדי דמיו מן המשכון במיגו דלקוח ונשבע היסת, ודלא כדברי הגאונים דנשבע בנקיטת חפץ ככל נשבעים ונוטלים, ומשמע דגם דעת הרמב"ם כן, ואע"ג דפסק כדברי הגאונים.

פרק כו

[**בבא בתרא קסו:**] בו יובאו דברי הרשב"ם דבספיקא דדינא המוציא מחבירו עליו הראיה ואע"ג דקיימא לן כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין, ויבואר חילוקו דבממון המוטל בספק המעשה אין ידוע וכשעלתה ההלכה בתיקו אין הדיינין יודעין לפסוק הדין.

פרק כז

[**כתובות טו:**] בו יובא דין מצא תינוק מושלך דאם רוב ישראל מחזיר לו אבידתו ואם מחצה על מחצה אינו מחזיר, ויתיישב דין מחצה על מחצה להפוסקים דתקפו כהן מוציאים מידו ומחזירים למרא קמא, ודין רוב ישראל לשיטת הרמב"ם דאין מוציאים מידו.

שער ב: שנים אוחזים מנה שלישי וכל דאלים גבר

ובו כ"ו פרקים

פרק א

[בבא מציעא ב.] בו יובא דלרש"י בשנים אוחזים בטלית ואומרים כולה שלי לא בעינן שניהם מוחזקים בה לפסוק חלוקה, ויבואר החילוק לרש"י בין זה להווא ארבא דדנים כל דאלים גבר, וגם מה שכתב דבזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי חולקים כמשפט הראשון.

פרק ב

[בבא מציעא ב.] בו יובא שיטת רש"י דבשניהם אומרים אומר אני ארגתיה תהא מונחת עד שיבא אליהו משום דאיכא ודאי רמאי, ויחולק בין זה לשנים אדוקין בשטר דחולקין בשבועה אף דאיכא ודאי רמאי, וגם תתיישב לשיטת רש"י השקלא וטריא בסוגיא דהווא ארבא.

פרק ג

[בבא מציעא ב.] בו יובא מחלוקת רש"י ותוס' בזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה דלרש"י תהא מונחת עד שיבא אליהו ולתוס' חולקים בשבועה, ותתיישב שיטת רש"י מהא דתניא בשנים אדוקין בשטר דיחלוקו ולא אמרינן יהא מונח כיון דאיכא ודאי רמאי.

פרק ד

[בבא מציעא ב.] בו יבואר מה שנשא ונתן הרמב"ן בהא דלמה לא אמרינן כל דאלים גבר בשנים אוחזין בטלית ובקושית הגמרא דלרבי יוסי במתניתין היה לנו לומר יהא מונח עד שיבא אליהו, וגם מה שנראה קשה בדבריו לענין אם כל דאלים גבר עדיף או יהא מונח עדיף.

פרק ה

[בבא מציעא ב.] בו יבוארו דברי הרמב"ן דלרבנן במנה שלישי נפקד לא מצי פטר נפשיה בחזרה דכל דאלים גבר, ויתיישבו דבריו עם מה שכתב בבבא בתרא דבכל דאלים גבר ותפס אחד מן השוק מפקינן מיניה דהא דאם תפס לא מפקינן מיניה אינו תלוי בהחייב השבה כלל.

פרק ו

[בבא מציעא ב.] בו יובאו דברי הרא"ש דבמנה שלישי דידוע לנפקד קודם מחלוקתם

שאינו של שניהם יהא מונח עד שיבא אליהו, ותתישב קושית האחרונים עליו משנים
אוחזים במקח דיחלוקו אף דידוע למוכר קודם מחלקותם שאינו של שניהם דקיבל
מעות רק מאחד.

פרק ז

[**בבא מציעא ב:**] בו יתבאר בארוכה מחלוקת הבעל המאור והרמב"ן כשהמוכר מסייע
לאחד מהאוחזים בטלית אם שכנגדו נשבע שבועה דאורייתא והטעם שנפטר מי
שמסייעו משבועת התקנה, וגם יתבארו ראיות הבעל המאור מסלעים דינרים ומעבדא
דקטע לידיה.

פרק ח

[**בבא מציעא ג:**] בו יתבאר ההוה אמינא בהסוגיא דבשנים אוחזים חייב שבועת מודה
במקצת מדין אן סהדי שיש לחבירו החצי, וגם יתיישבו דברי רש"י דבהעידו עדים
חמשים חייב וחמשים פרע לא היה אומר רבי חייא שנשבע על השאר והא הודה הלוה
שהעדים פסולים הם.

פרק ט

[**בבא בתרא לד:**] בו יובאו דברי הרשב"ם שהוכיח דהארבא דהו מינצו עלה בי תרי,
דהדין כל דאלים גבר, לא מיירי בשניהם מוחזקים שהרי תנן שנים אוחזים בטלית
יחלוקו, ויבואר למה לא הביא המשנה כצורתה אלא צירף לה מימרא דכל אחד נוטל
עד מקום שידו מגעת.

פרק י

[**בבא בתרא לד:**] בו יבואר ראית תוס' מנסכא דרבי אבא שיש להעמיד כל דבר בחזקת
מי שהוא בידו שאין הכונה לחזקת מטלטלין דהוא מדין המוציא מחבירו עליו הראיה,
וגם מה שכתבו דלסומכוס היכא דאיכא דררא דממונא חולקים אף שאין החלוקה
יכולה להיות אמת.

פרק יא

[**בבא בתרא לד:**] בו יבואר שיטת הריב"א דגם באינם אוחזים יחלוקו ושאינה ההוא
ארבא דאיכא ודאי רמאי, ובמה פליגי רש"י והריב"א בשניהם אוחזים ואיכא ודאי
רמאי אם יחלוקו או יהא מונח עד שיבא אליהו, ויתבאר לשיטתם ההיא דבשנים
אדוקים בשטר יחלוקו.

פרק יב

[בבא בתרא לד:] בו יובא מה שכתב הרא"ש דבכל דאלים גבר סמכו חכמים שמי שגברה ידו הדין עמו ואין השני יכול לחזור ולתפוס מידו, ושיטת התוס' דיכול השני לחזור ולתפוס ממנו, ויתבאר דגם לתוס' כל דאלים גבר הוא פסק בית דין ולא סילוק מלפסוק את הדין.

פרק יג

[בבא מציעא ה:] בו יובא שהרי"ף והרמב"ם השמיטו שבועה שיש לי בה וכתבו רק שנשבע שאין לו בה פחות מחציה, ותתיישב קושית הרמב"ן על פי הגירסאות בגמרא אם אביי שאמר שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו בא ליישב מה שקשה אם חשיד אממונא חשיד אשבועתא.

פרק יד

[בבא בתרא לד:] בו יבואר מחלוקת הרשב"ם והרמב"ן בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי והורידו בית דין אותו שיש לו עדים על טענתו לתוך הקרקע ואחר כך הביא גם השני עדים אם מוציאים השדה מיד אותו שהורידוהו לתוכה כדי לדון להם כל דאלים גבר.

פרק טו

[בבא בתרא לד:] בו יבואר להרשב"ם האיבעיא בגמרא בתפסוה בית דין לאחד מהטוענים של אבותי היא אם מפקינן מיניה לשיטת רב יהודה דמעיקרא לא תפסינן ליה רק בנתרצו שניהם לכך ולשיטת רב הונא דתפסינן ליה מעיקרא כיון דאי לא אשכח סהדי מפקינן מיניה.

פרק טז

[גיטין ס:] בו יובאו דברי הסמ"ע בבני נהרא דנחלקו רבוותא אם העליון קודם או התחתון שיכול האמצעי להטעותם מדין כל דאלים גבר, דמה לי גבורת היד ומה לי גבורה בהטעם וטענה, ויוכיח דדין כל דאלים גבר אינו סילוק גמור כמו שתיקה אלא פסק דסילוק.

פרק יז

[בבא בתרא לה:] בו יבואר דבכל דאלים גבר ותפס אדם אחר אף דלתוס' חוששין שאינו של שניהם אי לאו דרשעים הם היה מועיל הרשאה כדי להוציא מהתופס, ויובא מה שחידש הנהניבות המשפט דאדם שאומר על ממון שלא נודע בעליו שהוא שלו הרי הוא נאמן בלא ראיות.

פרק יח

[רמב"ם פ"ט טוען ונטען הל"ז] בו יבואר דלהרמב"ם בשניהם מוחזקים אין צריך תפיסה הראויה לקנין אבל בגודרות שאין להן חזקה בעינן דוקא תפיסה הראויה לקנין כדי שיהיו נחשבים מוחזקים, וגם שחולק על הראשונים וסובר דדינא דחלוקה עדפיא מסילוק בית דין דכל דאליס גבר.

פרק יט

[בבא מציעא ז.] בו יבואר מחלוקת הרמב"ם והראשונים בנוטל עד מקום שידו מגעת אם נשבע מתקנת שבועת שנים או חזים או מדין גלגול שבועה, ותתבאר ראית רב משרשיא מזה נוטל עד מקום שידו מגעת כו' דעל ידי תפיסתו כמאן דפסיק דמי ומה שבידו נחשב כלי לחליפין.

פרק כ

[בבא מציעא ז.] בו יבואר מחלוקת הרמב"ם והרשב"א באוחז המוכר פחות משלש על שלש ויכול לנתק כל הכלי אם סגי בזה לקנין חליפין, ויבואר דאזלי לשיטתם בדינא דכמאן דפסיק דמי אם נחשב כחתוך לגמרי או דתפיסתו אלימא ומהני אף דאינו נחשב כחתוך לגמרי.

פרק כא

[בבא מציעא ז.] בו יבואר דהא דאמרינן בשנים אדוקין בשטר מקוים והלוה טוען פרעתי יחלוקו באמת טענת הלוה גרועה משום דשטרך בידי מאי בעית, ומכל מקום נאמן על מה שהוא תפוס כיון דמלבד טענת פרעון כלולה בטענתו גם טענת לקוח הוא שעל ידי זה נקנה לו השטר.

פרק כב

[בבא מציעא ז:] בו יתיישבו דברי התוס' דבשנים אדוקים בשטר דיחלוקו אין חולקים דמי החוב שכתוב בשטר אלא יפרע לו חצי מה ששוה השטר למכור, דהא חלוקת שטר לדמיו מגרעת כחו ואיך מייתי ראיה לזה משנים רוכבין על הבהמה דחלוקה לדמי מיפה כחו.

פרק כג

[בבא מציעא ז:] בו יבואר דתוס' והרמב"ם דפליגי בשנים אדוקים בשטר אם חולקים מה ששוה השטר למכור בשוק או שמשלם לוה חצי החוב אזלי לשיטתם במוכר שטר לחבירו וחזר ומחלו אם החוב מחול משום דשעבוד הגוף אינו נמכר או משום דמכירת שטרות היא מדרבנן.

פרק כד

[בבא מציעא לז:] בו יבואר דמאי דסלקא דעתין דבאומר גזלתי לאחד מכם ואיני יודע איזה מכם שצריך לשלם משום דמספיקא מפקינן ממונא הוא מדין תביעה שאין לה מנגד, וגם יבואר לפי זה ההוה אמינא דגם בפקדון יתחייב הנפקד לשלם מספק אף דאין עליו שעבוד הגוף.

פרק כה

[בבא מציעא לז:] בו יבואר מאי דסלקא דעתין לומר דבגזל אחד מחמשה דלרבי טרפון דמניח גזלה ביניהם ומסתלק שקלי לה כולהו ואזלי וגם מאי דפריך מספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר, וגם יתיישב מה שכתב הרמב"ן שם שנראה כסותר דבריו בריש מסכתין.

פרק כו

[רמב"ם פ"ה שאלה ופקדון הל"ד] בו יבוארו פסקי הרמב"ם דבמנה שלישי ובלקח מאחד מחמשה לא כתב שאם ירצו יחלוקו, ובשנים שהפקידו אצל רועה שלא מדעתו ובסימנים וסימנים יניח כתב תהא מונחת או עד שיתרצו לחלוק, ובמתעצמים על הספינה כתב שאם ירצו יחלוקו בשבועה.

שער ג: בענין ממון המוטל בספק חולקים

ובו י"ד פרקים

פרק א

[בבא מציעא ב:] בו יבואר הא דלא פריך דמתניתין דשנים אוחזים בטלית חולקים בשבועה הוא דלא כרבנן דסבירא להו דבמחליף פרה בחמור מוקמינן הולד בחזקת מרא קמא, אלא פריך דמתניתין היא דלא כסומכוס דסבירא ליה ממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה.

פרק ב

[בבא מציעא ב:] בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' בהא דאמרינן דלסומכוס ממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה דוקא בדררא דממונא, אם היינו דאיכא חסרון ממון או דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, ויתיישב לרש"י ההיא דארבא וההיא דזה אומר של אבותי וכו'.

פרק ג

[בבא מציעא ב:] בו יבוארו דברי רש"י דדררא דממונא היינו דאיכא חסרון ממון אם יפסקו בית דין שלא כדין ולמה שנים אוחזים בטלית לא הוי דררא דממונא, ויבואר דקושית המקשן ולא קל וחומר הוא דבשנים אוחזים לא יחייבום לישבע אין בה משום סברות הפוכות.

פרק ד

[בבא מציעא ב:] בו יבוארו דברי התוס' דדררא דממונא היינו דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, ויבואר דהא דפריך ולא קל וחומר הוא עיקר הקושיא היא דבטלית איכא למימר דתרווייהו היא, ויבאו דברי התוס' דלסומכוס בממון המוטל בספק הוי כאילו תרווייהו מוחזקים.

פרק ה

[בבא מציעא ו.] בו יבוארו דברי רש"י דאליבא דסומכוס דמיקל בחלוקה ולא מצריך אפילו שבועה בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצדה איצטריך לאשמועינן דבאידך מסרך בה סרוכי מודה סומכוס דאפילו בשבועה אינו נוטל דהא לאו ממון המוטל בספק הוא.

פרק ו

[בבא מציעא צז:] בו יבוארו דברי התוס' דאם סומכוס ס"ל דברי ושמא ברי עדיף היכא דאיכא דררא דממונא ולית ליה דינא דחלוקה אז גם לרבנן לכל הפחות צריך לומר שהדין הוא דיחלוקו, וגם יבואר מה שכתבו התוס' דבממון המוטל בספק חשיבי שניהם מוחזקים.

פרק ז

[בבא מציעא ק.] בו יבואר מחלוקת רבה בר רב הונא ורבא לפי הדרך שכתבו התוס' בדדררא דממונא יש ספק לבית דין גם בלא טענותיהם אם אמר סומכוס דינו דממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה דוקא היכא ששניהם טוענים שמא או אפילו היכא ששניהם טוענים ברי.

פרק ח

[בבא מציעא ק.] בו יבואר למה אין להקשות לרבא דאמר תני זה אומר שמא עד שלא מכרתי וזה אומר שמא משלקחתי תרי שמא ושמא למה לי, ודוקא לרבה בר רב הונא דאמר דסומכוס אית ליה דחולקים בלא שבועה אפילו בברי וברי יש להקשות תרי שמא ושמא למה לי.

פרק ט

[בבא מציעא ק.] בו יוכיח דדרכו של רבא בהרבה מקומות בש"ס לחלוק על אביי שמשנה הגירסא בהמשנה ולומר שאין לשנותה כדי ליישב המשנה, ויבואר למה בסוגיין נטה רבא מדרכו בזה ואמר תני במתניתין זה אומר שמא עד שלא מכרתי וזה אומר שמא משלקחתי.

פרק י

[בבא מציעא ק.] בו יבוארו דברי התוס' דאע"ג דקיימא לן שהגודרות אין להן חזקה מכל מקום היכא דאיכא דררא דממונא ובלא טענותיהם יש ספק לבית דין והתופס טוען ברי שילדה החמור או השפחה אחר שלקחן מהניא תפיסתו אפילו בגודרות ואין להוציא מידו.

פרק יא

[בבא מציעא ק.] בו יבוארו דברי התוס' דאע"ג דאין להחזיק בגודרות במקום דררא דממונא אלא בטענת ברי בהפקיד טלה אצל בעל הבית ויש גם לבעל הבית טלה ומת אחד מהם מהני תפיסתו אפילו בטענת שמא, ויתבאר מה שיש לחלק בין זה לחזקת המוכר בולד פרתו.

פרק יב

[בבא מציעא ק.] בו יתיישבו דברי הרמב"ם שפסק כרבנן דפליגי על סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקים ופסק גם כן במחליף פרה בחמור וילדה וזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינה ברשות אחד מהם יחלוקו, ויחולק בין חזקת מרא קמא בקרקע ובמטלטלין.

פרק יג

[בבא בתרא לד:] בו יבואר הא דהמחליף פרה בחמור חולקים אליבא דסומכוס כיון דאיכא דררא דממונא אבל בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי לא דיינינן חלוקה שסופו לבא לידי עוות דחיישינן שמא יבואו עדים אחר כך ויסתרו את הדין שדנו להם בית דין.

פרק יד

[רמב"ם פ"ד גזילה ואבדה הל"ט והל"י] בו יבוארו דברי הרמב"ם דבאמר לשנים גזלתי מאחד מכם ואיני יודע איזהו הריהו משיב הגזילה לשניהם והם חולקים אותה ביניהם, ולא דיינינן להם שתהא מונחת עד שיבא אליהו, ויבואר גם כן עיקר הדין בגזל מאחד מחמשה ואינו יודע מי הוא הנגזל.

שער ד: בענין אין ספק מוציא מידי ודאי וקם דינא

ובו ל"א פרקים

פרק א

[יבמות לז:] בו יבואו דברי רש"י בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דהספק מוחזק יותר דממה נפשך אית ליה זכיה בהם, ויבואר דמוחזקות אינה תלויה באחיזה בפועל אלא בסבה חיובית לתלות שהממון שלו, ואחיזה הוי רק אופן אחד של סבה כזו.

פרק ב

[יבמות לז:] בו יבואר למה לא מהני תפיסה בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מת, ומה שהוצרכו התוס' להוכיח מההיא דנפל הבית עליו ועל אמו דהללו באין לירש והללו באין לירש דאף לרבנן דסומכוס חולקים ולא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה.

פרק ג

[יבמות לז:] בו יבוארו דברי הרא"ש דבספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא יכול היבם לטעון אנא יורש ודאי היכא דאין הסבא עדיין קיים, ויבואר דלהרשב"ם דינא דהוחזקה נחלה לאותו שבט היינו השבט ממש ולהרא"ש פירוש דהוחזקה לעבור לאותה משפחה.

פרק ד

[יבמות לז:] בו יבואר הא דבספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא אין הספק יכול לטעון אייתי ראיה דאחוכון אנא כדי לזכות בירושה בטענת ממה נפשך לדחות לבני היבם, ויחולק בין דין זה לדין אין ספק מוציא מידי ודאי בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא.

פרק ה

[יבמות לז:] בו יבואר דבלא שהתה אחר בעלה שלשה חדשים וילדה, ואין ידוע אם הוא בן תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון, דבני הראשון ובני השני מדחים הספק אלו אצל אלו מלירש עמהם בנכסי אביהם, אבל הם יורשים אותו אם מת, דמי מעכב על ידם.

פרק ו

[יבמות לז:] בו יבואר מחלוקת רש"י והרמב"ם בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא אם הספק נוטל ההיא מנתא דבני היבם מודו בה, ויפורש מה שמודה הרמב"ם דבספק ובני יבם בנכסי סבא מתחלה נוטלים החלקים ששניהם מודים בהם וחולקים השאר.

פרק ז

[יבמות לז:] בו יבוארו דברי רש"י בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דההיא מנתא דקמודו ליה שקיל, ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקים, הוא נוטל החצי ובין כולם חולקים החצי, ויוכיח דאפשר לעשות החלוקה בשני אופנים ולהגיע על ידם לחשבון אחד.

פרק ח

[יבמות לז:] בו יבואר מחלוקת האמוראים בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא אם קם דינא או הדר דינא, ולמה אין החזקת בני היבם בנכסי המת סותרת לטענתם דזיל אייתי ראיא דאחונא את ושקול, ויבואר דקם דינא הוי תקנה.

פרק ט

[יבמות לז:] בו יבואר דהתוס' פשיטא להו דבספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא לא אמרינן קם דינא אלא כשחלקו בפועל אבל כשהנכסים מוכנים לחלוקה וידוע שדינם לחלוק לא אמרינן קם דינא, והרשב"א נסתפק בדבר.

פרק י

[יבמות לז:] בו יבואר היאך תלויה מחלוקת אדמון ורבנן במי שאבדה לו דרך שדהו במחלוקת רבי אבא ורבי ירמיה בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר שחלק יבם בנכסי מיתנא אם קם דינא או הדר דינא, ומהי השייכות בין קם דינא לטענת אי שתקת.

פרק יא

[יבמות לז:] בו יובא שיטת הבעל המאור שפסק דהדר דינא ומביא ראיא מהמקיף את חבירו משלש רוחותיו וגדר את שלש הרוחות ועמד ניקף וגדר את הרביעית שמגלגלים עליו את הכל, ויבואר דלשיטת הרי"ף דאית ליה קם דינא לא דמי מקיף וניקף לאבדה לו דרך שדהו.

פרק יב

[יבמות לז:] בו יובאו דברי הרמב"ן בשם רבינו אפרים דפסק כרבי ירמיה דהדר דינא כיון שהיבם הודה שהספק הוא בנו, והקשה עליו שלש קושיות, אבל לא הקשה דדבריו אינם עולים כלל לפי הסוגיא, ויבואר היאך הרמב"ן ובעל המאור הבינו דבריו, כל אחד

לפי דרכו.

פרק יג

[יבמות לז:] בו יובאו דברי הרמב"ן בספר הזכות לגבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפליג עם הספק בנכסי מיתנא, שהיבם היה נחשב כתפוס ברשות ובני היבם באי כחו תפוסים בהנכסים, ויבואר היאך אפשר תפיסה בקרקע שיש ספק במי הוא בעליה.

פרק יד

[יבמות לז:] בו יבואר מחלוקת היש מפרשים שהביא המהרש"ל והמהרש"ל עצמו בהא דאינו יכול לטעון אי שתקת במקום שהוא מפסיד דינו, וגם ידון לפי סברת היש מפרשים אם בחד דאתא מכח ארבעה דאתו מכח חדא נחשב שמפקיע דינו על ידי טענת אי שתקת.

פרק טו

[יבמות לז:] בו יבואר למה תסיק אדעתין דבחד דאתי מכח חד יכול השני לטעון אי שתקת שתקת ואי לא מזבנינא ליה לארבעה, אע"ג דפשיטא שהראשון אינו יכול למכור כל השדות להפקיע זכות בעל הדרך משום דאין אדם יכול להבריח נכסיו להפסיד לאחר.

פרק טז

[יבמות לז:] בו ידון במקום דשני בעלי דבר טוענים שמא על קרקע שאין לאחד מהם בה חזקת מרא קמא אם יחלוקו או שמניחים הקרקע ביד זה שיושב בה, ויחולק בין היכא דהתובע אין לו טענה אלא על איש אחד או שיש לו טענה על אחד מכמה בני אדם.

פרק יז

[יבמות לז:] בו ידון בחד דאתא מכח ארבעה אם החזרת השדות למוכריהן מסלק בעל הדרך ואם יש לחלק בין החזרה למוכריהן למכירה לאחרים, ויחולק בין חד דאתא מכח ארבעה שמכר לארבעה ובין שני יוסף בן שמעון שקנו שדה בשותפות ומכרוה לשני בני אדם.

פרק יח

[יבמות לז:] בו ידון בדברי הנמוקי יוסף דכח טענת אי שתקת באחד הבא מכח ארבעה אינו משום שיכול להחזיר השדות למוכריהן, דבודאי לא יניחוהו חכמים לעשות כן, אלא משום דאמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וידון היאך זה נחשב

זכות ממון.

פרק יט

[יבמות לז:] בו יבוארו דברי הרמב"ם במי שאבדה דרך שדהו והחזיק בדרך ואומר זו דרכי דאין מסלקים אותו, לפי דברי המגיד משנה על ידי שהחזיק בה חזקת שלש שנים, ולפי דברי הכסף משנה בתפיסה בלבד, ויחולק לדברי הכסף משנה דבברי וברי לא מהני תפיסתו.

פרק כ

[יבמות לח.] בו יבואר מחלוקת תוס' והרשב"ם ביסוד דין אין ספק מוציא מידי ודאי אם הוא מפני שיש לו דין יורש ודאי או משום שיש לו מקצת הנכסים בודאי, ויתיישב להרשב"ם הא דבשנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי.

פרק כא

[יבמות לח.] בו יבואר דרש"י ס"ל כשיטת הרשב"ם דדין אין ספק מוציא מידי הוא מפני שיש לו מקצת הממון בודאי, ויבואר היאך שייך דין זה בספק זינתה דלבית שמאי משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי אין היורשים שהם ספק מוציאים ממנה כיון שהיא ודאי.

פרק כב

[יבמות לח.] בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דלא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי אלא בירושה ולא בשנים אוחזים בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, ויתבאר דדין ספק נשואה בפירות נכסי מלוג דומה לירושה ולא לאוחזים בטלית כיון שהקרן ודאי שלה.

פרק כג

[יבמות לח.] בו יבואר לענין ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי סבא דאע"ג דמי שיש לו טענת ממה נפשך לא נחשב ודאי לדחות הספק מדין אין ספק מוציא מידי ודאי גם אין לו דין ספק שיוכל הודאי לדחותו מדין אין ספק מוציא מידי ודאי.

פרק כד

[יבמות לח.] בו יבואר שיטת המהרש"ל דאף דבספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא אמרינן קם דינא, בספק וסבא שבאו לחלוק בנכסי יבם בכחאי גונא לא אמרינן קם דינא וזוכה הספק בחצי נכסי המת דממה נפשך הוא בן

המת או בן היבם.

פרק כה

[**יבמות לח:**] בו יבואר דמי שנפל הבית עליו ועל אביו היורשין יש להן דין ודאי מכח ממה נפשך כלפי בעל חוב שמחוסר גובינא, ואע"ג דאינם יודעים מכח מי באים לירש, ולא דמי לספק ובני יבם בנכסי מיתנא שאין הספק נחשב ודאי כלפי בני היבם מכח ממה נפשך.

פרק כו

[**יבמות לח:**] בו יבואר מחלוקת רש"י והרשב"ם בנפל הבית עליו ועל אביו אליבא דבית שמאי דסבירא להו שטר העומד לגבות כגבוי דמי, דלרש"י יורשי האב והבעל חוב חשיבי ספק וספק אבל לרשב"ם יורשי האב והבעל חוב חשיבי ודאי וודאי.

פרק כז

[**כתובות צה:**] בו יובאו דברי הרמב"ם מחלוקת הרמב"ם בלוה שמכר קרקע, וכתב מלוה ללוקח דין ודברים אין לי עמך, ומכרה ללוקח שני, שבא בעל חוב וטורף מלוקח שני, וחזר לוקח שני לגבות אחריותו מלוקח ראשון, ותתיישב קושית הראב"ד דלימא ליה אי שתקת.

פרק כח

[**בבא קמא ח.**] בו יבוארו שיטת רש"י והתוס' ושיטת הרא"ש שנחלקו בלקח עידית באחרונה אם לוקח יכול לדחות אשה לזיבורית בטענת אי שתקת דתיקנו חכמים דכל מה שיכול לעשות נחשב כעשוי או אם יכולה לומר לכי תהדר כיון דבלאו הכי אינה גובה אלא מזיבורית.

פרק כט

[**בבא קמא ח.**] בו יובאו דברי הרי"ף והרמב"ם דאם לקח עידית באחרונה גובים כדינם משום דאומר אי אפשי בתקנת חכמים, ואע"ג דיכול לדחות כולם לזיבורית בטענת אי שתקת, ויבואר דס"ל כהנמוקי יוסף דאי שתקת הוי מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

פרק ל

[**בבא בתרא קמ:**] בו יבוארו דברי הרמב"ם דבהניח בנות וטומטום יורשות בשוה והרי הוא כאחת מן הבנות מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, ואע"ג דבספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מת אין בני יבם נוטלים אלא מחצה ואינם נחשבים כודאי כנגד הספק.

פרק לא

[**בבא בתרא קנז.**] בו יבוארו דברי הרמב"ם שהביא כמה ציורים של מוריש ויורש שמתו ואין ידוע מי מת תחלה דאין ספק מוציא מידי ודאי, אף דהדברים לכאורה פשוטים מאד, ויתבאר הדין בידוע באיזה שעה מת אחד מהם במדינה זו ואין ידוע מתי מת השני במדינה אחרת.

שער ה: בענין כאן נמצא כאן היה

ובו י"ב פרקים

פרק א

[כתובות עה.] בו יבואר דרך רש"י בדברי רבא דטעמא דמתניתין דאם נמצאו המומים ברשות האב על האב להביא ראיה ואם נמצאו ברשות הבעל על הבעל להביא ראיה משום דאמרינן כאן נמצאו כאן היו, ויבואר דחזקת הגוף שיש בה ריעותא אינה יכולה לעכב חלות הספק.

פרק ב

[כתובות עו.] בו יבואר דרך התוס' דלרבא כאן נמצאו כאן היו הוא מדין חזקה דהשתא, ויבואר מה שכתבו דחזקת ממון מסייעה להחזקה דהשתא כנגד החזקת הגוף של האשה, ובמקום דצריך גם החזקה דאין אדם מתפייס במומים אין חזקת ממון יכולה לסייע לתרוייהו.

פרק ג

[כתובות עו.] בו יבואר הסוגיא לפי דרך רש"י דרב יהודה אמר משמיה דשמואל דעל בעל החמור להביא ראיה והוכיח כן מכלה אליבא רבי אלעזר דמי ששנה זו לא שנה זו, ורמי בר יחזקאל אמר בשם שמואל דעל בעל הפרה להביא ראיה משום דכאן נמצא כאן היה.

פרק ד

[כתובות עו.] בו יבוארו דברי התוס' דטעמא דרב יהודה דעל בעל החמור להביא ראיה משום דאין תפיסה מועילה להוציא ממרא קמא, ומהי ההוכחה מדברי רמי בר יחזקאל דכל שנמצא הספק ברשותו עליו ראיה דפליג על דברי רב יהודה וס"ל דתפיסה מועילה.

פרק ה

[כתובות עו.] בו יבוארו דברי התוס' דטעמא דשמואל דעל בעל החמור להביא ראיה משום דאזלינן בתר חזקה דהשתא, ובכלה שנמצאו בה מומים בבית הבעל אין החזקה מועילה אלא לומר שהיו בה קודם שנכנסה לרשותו ולא שהיו בה לפני שתי רשויות קודם שנתארסה.

פרק ו

[כתובות עו:] בו יבואר קושית התוס' אליבא דרמי בר יחזקאל דכל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה ועל בעל הפרה להביא ראיה, וקשה ממחליף פרה בחמור

וילדה דאם היו ברשות בעל החמור על בעל הפרה להביא ראיה, ולמה אין על בעל החמור להביא ראיה.

פרק ז

[כתובות עו.] בו יובא שיטת הרמב"ם במחליף פרה בחמור ונמצא שמת החמור דגם לפי המסקנא דרמי בר יחזקאל על בעל החמור להביא ראיה, ולדברי הכסף משנה פליג על רב יהודה רק כשכבר היה החמור ברשות בעל הפרה, ויבואר שקלא וטריא דהסוגיא לפי דרכו.

פרק ח

[כתובות עה.] בו יבואר מחלוקת רש"י והר"ן בדין כאן נמצאו וכאן היו אם נאמר כן גם כשנודע לנו ודאי שכבר היתה הריעותא ברשות האב אלא דלא נראה לעדים באותה שעה, ותתיישב ראית הר"ן מלשון התנא על הבעל להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו.

פרק ט

[כתובות עה:] בו יובא מה שהקשה רש"י דבהביא הבעל ראיה שהיו בה מומין משתארס למה לא נצרף חזקת ממון לחזקה דאין אדם מתפייס במומין וליהוי תרתי במקום תרתי כדי לפוטרו מכתובתה, ויבואר מה שכתב דחזקת ממון במקום חזקה דגופא לאו כלום היא.

פרק י

[כתובות עו.] בו יובא מחלוקת הרא"ש וה"ר מאיר הלוי לרבא דאמרינן כאן נמצאו וכאן היו אם בוגרת בבית אביה עליה להביא ראיה, ויבוארו דברי הרא"ש דגם באופן זה לרבא חשיבא כנכנסה לרשות הבעל ועליו הראיה אע"ג שהיא ברשות עצמה עד הנישואין.

פרק יא

[כתובות עו.] בו יבוארו דברי רש"י במחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ונמצא החמור מת דאם נאמר כאן נמצאו וכאן היו כיון שנולד הספק ברשות בעל הפרה אין צריך בעל החמור להביא ראיה אלא בעל הפרה צריך להביא ראיה, וידון היכן רשות ראשונה.

פרק יב

[כתובות עו:] בו יבוארו דברי רב נחמן בר יצחק דתנא תונא כלה בבית אביה, דאם היינו אומרים כאן נמצאו כן היו אם כן בנמצאו מומין ברשות הבעל אין האב גובה כתובתה אבל יכול לעכב כסף קדושין שבידו, ודומה לשנים אוחזים דכל אחד נוטל עד מקום שידו מגעת.

שער ו: בענין תקפה בפנינו וכהן שתקף ספק בכור

ובו ל"ב פרקים

פרק א

[בבא מציעא ו.] בו יובא דרך רש"י בהסוגיא, דהאיבעיא בתקפה אחד בפנינו היא לאחר שבית דין פסקו חלוקה אבל קודם שנשבעו, ויבואר כונת לשון מאי הוה ליה למיעבד היכא דצווח מעיקרא, ויבואר ענין שתיקה כהודאה גבי ספק בכור שלא נודע לשום אדם אם ביכרה.

פרק ב

[בבא מציעא ו.] בו יובא פירוש רש"י דבהקדישה בלא תקפה בטלית ובמסותא מיבעיא אם נחשב כמקדיש דבר שאינו ברשותו, ויבואר היאך הקדישה בלא תקפה מקודשת משום דהקדישה כתקפה, ויתיישב למה מוקים יכול להוציאה בדיינים במסותא מקרקעי.

פרק ג

[בבא מציעא ו.] בו יובא הא דקאמר אם תמצי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאים מידו הקדישה בלא תקפה מאי, ויבוארו דברי רש"י דאם מוציאים מידו בהקדישה בלא תקפה נמי מוציאים מידו דלא אלים הקדש מתקפה, אבל תקפה והקדישה אין מוציאים מידו.

פרק ד

[בבא מציעא ו:] בו יובאו דברי רש"י דלמאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו מיירי שתקף הכהן והישראל שתק ולבסוף צווח, ויבואר דראית הגמרא מאיסור גיזה ועבודה בספק בכור אינה תלויה בזה, אלא דרש"י ס"ל דאי אפשר לומר דתפיסה מועילה בטענת שמא.

פרק ה

[בבא מציעא ו.] בו יבואר דרך התוס' בהסוגיא, דמיבעי ליה אם שתק ולבסוף צווח הוי הודאה גמורה כמאה עדים או היא רק שלא התנגד לתפיסת השני על ידי הקדשה בחשבו שיוכל להוציאה ממנו אחר כך, וכיון שעדיין תפוס בהטלית הוי כמקדיש דבר שאינו ברשותו.

פרק ו

[בבא מציעא ו.] בו יבוארו דברי התוס' דבעיא דמסותא דהווי מינצו עלה בי תרי

והקדישה אחד מהם היא אם כי היכי דאם תקפה ואחר כך הקדישה תו לא פקע
ההקדש, כמו כן נמי אם הקדישה בלא תקפה, או דלמא אינו יכול להקדישה שלא יהא
הקדש אלים מתקיפה.

פרק ז

[**בבא מציעא ו.**] בו יובאו דברי התוס' והרא"ש דהא דמיבעי ליה במסותא אם יכול
להקדישה מיירי במסותא מקרקעי דדינא הוא דכל דאלים גבר, ותתיישב קושית
הפלפולא חריפתא דהלא מבואר בגמרא להלן ובכמה מקומות דגם במטלטלין אמרינן
כל דאלים גבר.

פרק ח

[**בבא מציעא ו.**] בו יובאו דברי הקצות החושן דהרמב"ן דס"ל דגזלן שהודה אין הגזילה
כפקדון בידו, ואין הנגזל יכול להקדישה, אינו יכול לפרש בעיא דהקדישה בלא תקפה
כפירוש התוס', ויבואר דגם הרמב"ן מודה בשנים אוחזים בטלית שאם שתק והודה
הוי כפקדון בידו.

פרק ט

[**בבא מציעא ו.**] בו יובא דרך הרמב"ן בהסוגיא, דמיירי שכשהקדישה שתק ולבסוף
צווח, אבל לא אלימא ההיא הודאה להוציא ממונא ממאן דתפיס, ויבואר דהרמב"ן
אזיל בשיטת רש"י דשתיקה בשנים אוחזים אינה הודאה כמאה עדים אלא שלא התנגד
להתפיסה.

פרק י

[**בבא מציעא ו.**] בו יובא דרך הרשב"א בהסוגיא, ויבואר הפירוש הראשון שהביא
ודחה, ומה שחילק בין שתק ולבסוף צווח ובין שתק לגמרי, ויבואר פירושו בהסוגיא
ובמה שמדמה בעיא דהקדישה בלא תקפה בשנים אוחזים לבעיא דמסותא מקרקעי
דכל דאלים גבר.

פרק יא

[**בבא מציעא ו.**] בו יבואר דרך הר"ן בהסוגיא דאם שתק ולבסוף צווח לכל הצדדים הוי
ספק הודאה, ומיבעיא ליה אם מדין חלוקה יש לכל אחד חלקו בתורת ספק או בתורת
ודאי דאנן סהדי דמאי דתפיס ידיה הוא, ואע"ג דטעם זה מפורש בגמרא ולא מצינו
מאן דפליג.

פרק יב

[בבא מציעא ו.] בו יחולק בין הא דמיבעי לן בתקפה אחד בפנינו והלה שתק ולבסוף צווח אם שתיקתו כהודאה ובין הא דאמרינן בבבא בתרא בכותב נכסיו לאחר והלה שתק ולבסוף צווח דלכולי עלמא אין צויחתו מבטלת שתיקתו וזכה בהנכסים ואינו מסתלק אלא בקנין.

פרק יג

[בבא מציעא ו.] בו יתיישבו דברי הרמב"ן שכתב דכל תיקו דינו יחלוקו ואם תפס אין מוציאים מידו אבל בשנים אוחזים דיחלוקו אם תקפה האחד והלה צווח מוציאים מידו משום דכל אחד מוחזק, וכתב נמי דטענת ברי מועילה, ואע"ג דאין ברי מועיל במקום חזקה.

פרק יד

[בבא מציעא ו.] בו יתיישב סתירת דברי הרמ"א שפסק דאם תקף אחד בפנינו והלה שתק ולבסוף צווח אין מוציאים מידו אפילו אם מביא אחר כך עדים שהיא שלו, ופסק נמי דאם חזר הלה ותקפה מן התוקף לא מהני תפיסתו בלא ראייה, ומבואר שמכל מקום בראיה מוציא.

פרק טו

[בבא מציעא ו.] בו יתיישבו דברי הרמ"א שפסק דאם תקפה אחד בפנינו והלה שתק ולבסוף צווח אין מוציאים אותה מידו, ואפילו אם הביא עדים אחר כך, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, והלא אין כאן רק ספק הודאה, ולמה לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי.

פרק טז

[בבא מציעא ו.] בו יבואר מחלוקת המאירי והנמוקי יוסף כשיצאו לחלוק וחזרו כשאחד תופס וטוען הודה לי והלה אומר השכרתיה לו בלא עדים, דאין נאמן במיגו דתקפה, דבודאי לא היה מאמין לו אחר שחשדו בגזלן, אם נאמן לומר השכרתיה לו בפני עדים והלכו להם.

פרק יז

[בבא מציעא ו.] בו יובא מחלוקת הראשונים בשנים אוחזים בטלית ויצאו מבית דין לחלקה וחזרו כשהאחד אוחזה לבדו אם נאמן השני לטעון תקפה ממני, ויבואר דהרמב"ם שפסק שאינו נאמן לית ליה סברת הרמב"ן דעד השתא לא יכיל לך השתא

היכי יכיל לך.

פרק יח

[בבא מציעא ו.] בו ידון בהא דאמרינן דאם יצאו לחלוק וחזרו כשהאחד תפוס וטוען הודה לי והלה טוען השכרתי לו, שאינו נאמן דעד השתא חשדו בגזלן והיאך השכיר לו בלא עדים, אם הוא הדין שאינו נאמן לטעון השכרתי לו שאר כליו העשויים להשאל ולהשכיר.

פרק יט

[בבא מציעא ו.] בו יבואר הא דמסרך בה סרוכי אינו כלום אפילו לסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה, ואע"ג דסומכוס אמר דינו היכא דאיכא דררא דממונא, ומה ענין דינו לסרכא, ויבוארו דברי רש"י דסומכוס מיקל בחלוקה וסלקא דעתין דסרכא מהני.

פרק כ

[בבא מציעא ו.] בו יבוארו דברי הרמב"ם דבשנים אוחזים בטלית ותקפה אחד בפנינו והשני שתק ולבסוף צווח אין מוציאין מידו, אבל אם חזר השני ותקפה מן התוקף הראשון, והלה צווח מתחלה ועד סוף חולקים כדמעיקרא, ולא אמרינן דצויחתו מקיימת תפיסתו.

פרק כא

[בבא מציעא ו.] בו יבוארו דברי הרמב"ם דתקפה אחד בפנינו והלה שתק ולבסוף צווח אין מוציאין מידו ואם חזר הלה ותקף ממנו והראשון צווח מתחלה ועד סוף חולקים, ויבוארו דברי המגיד משנה דאין מוציאין דהוי ספק הודאה, ואע"ג דקאמר בגמרא אם תמצא לומר.

פרק כב

[בבא מציעא ו:] בו יבוארו דברי רב חנניה ואבביי בהא שהוכיחו דתקפו כהן מוציאין מידו מבריייתא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ויוכיח דנחלקו אם אינו יכול לפטור עצמו בממון כהן, ונחלקו נמי אם הטלה נחשב עשירי ספק אף קודם תקיפה ואינו בר חיובא.

פרק כג

[בבא מציעא ו:] בו יתיישבו דברי הרמב"ם שפסק כרב המנונא דתקפו כהן אין

מוציאים מידו, ואע"ג דרבה פליג עליה, וגם רב חנניה ואביי דחו דבריו מכח ברייתא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ועוד דהרמב"ם עצמו פסק כההיא ברייתא, ונמצאו דבריו כסותרים אלו לאלו.

פרק כד

[**בבא מציעא ו:**] בו ידון בדברי התוס' דלמאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים אותו מידו מכל מקום צריך לשלם בעד הטובת הנאה שהפסיד לבעל הבית שהיה יכול ליתנו לאיזה כהן שירצה, ויבואר היאך שייך דין מזיק אם אין מוציאים אותו מידו, ולמה לא הוי ספק מזיק.

פרק כה

[**בבא מציעא ו:**] בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף שכתב דמשמע משמעתין דבתקפה אחד בפנינו והלה צווח מעיקרא מוציאים מידו, ואף דמפורש כן בגמרא, וידון במה שכתב דבמילתא דעבידא לאיגלווי ובמקום תרי ותרי אין מוציאים מידו, ובמה שחילק בין קרקעות למטלטלין.

פרק כו

[**בבא מציעא ז:**] בו יבוארו דברי רש"י דהחידוש דספק פטר חמור נכנס לדיר להתעשר הוא דאין בטלה זה של פדיון משום קדושה, שהוא דבר פשוט וידוע, ולא קאמר דהחידוש הוא דנחשב עשירי ודאי, ויתבאר לפי זה מה בא רב נחמן לחדש, וגם יתיישבו שאר קושיות התוס'.

פרק כז

[**בבא מציעא ז:**] בו יבוארו דברי הרמב"ם שפסק כרב נחמן דישראל שיש לו עשרה ספק פדיון פטרי חמור מפריש עליהן מעשר והן שלו, אלא שהוסיף דהשאר שלו כשהיו, והרי גם העשירי שלו הוא דקרבן מעשר בהמה של בעלים הוא, ויבואר מה שכתב שהשאר שלו כשהיו.

פרק כח

[**בבא מציעא ז:**] בו יבואר דהא דאמר רב נחמן דכל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש הוא דין חדש ולא הדין דמה ביתו שלו אף כל שלו ומה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, ויתיישב בזה מה שכתבו התוס' דאם תקפה והקדישה מסתמא תו לא פקע.

פרק כט

[בבא מציעא ז.] בו יבואר דהא דמסקינן מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן אין הכונה דמתחלה סבירא ליה שהמסותא מטלטלין היא, דהא מסותא היא מרחץ, וסתם מרחץ מקרקעי, אלא סלקא דעתא דהיו פרשי מינה אפילו אם היתה מטלטלין.

פרק ל

[בבא מציעא ז.] בו תתיישב קושית רעק"א על הא דאמרינן בגמרא דמסותא מטלטלי המונחת ברשות הרבים אין אחד מהם יכול להקדישה מפני שאינה ברשותם, והלא מטלטלין נחשבין אינן ברשותו משום שהן נגזלין, מה שאין כן בקרקע, והלא הכא לא גזל המטלטלין.

פרק לא

[כתובות יט:] בו יבואר קושית רבינו יונה על פירוש הראשונים דתפיסה מועילה בטענת ברי מהא דקאמר בגמרא אלמנה ששמה נכסי יתומים לעצמה לא עשתה כלום דאמרינן לה מאן שם לך, ואע"ג דהתם ליכא ספיקא דממונא, ויבואר תירוץ הרא"ש דאין שומתה כלום.

פרק לב

[כתובות יט:] בו יבוארו דברי הרמב"ם דעדים שהעידו לפסול שטר מקוים אין גובים בו, וכרב נחמן דאוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה, ולמה לא הזכיר דאם תפס המלוה אין מוציאים מידו, כמו שכתב רש"י, ואם פליג למה לא כתב דאם תפס מוציאים מידו.

שער ז: בענין חזקת קרקעות

ובו מ"ח פרקים

פרק א

[**בבא בתרא כח.**] בו יובאו דברי רש"י דכשאמרו שלש שנים לחזקה כל הראוי לצאת ממנה אמרו, ויבואר דאין זה דומה למה שכתב הרשב"ם דאם אכל ממוקצת אילנות גילה על עצמו שהשדה אינה שלו וירא להחזיק חזקה גמורה ולפיכך לא חשש המערער למחות ואינה חזקה.

פרק ב

[**בבא בתרא כח.**] בו יבוארו דברי הרשב"א דחזקת עבדים בשלש שנים משום דהוי כקרקע אבל אי משום גודרות היה מספיק בשנה או שנתיים, ויחולק בין עבד קטן מוטל בעריסה דחזקתו לאלתר, וגם יבואר להרשב"ם הא דחזקתו לאלתר אף שהדרך לקנות עבדים בשטר.

פרק ג

[**בבא בתרא כח.**] בו יובא מחלוקת הראשונים אם אליבא דחכמים בעינן שלש שנים מיום ליום בשדה הבעל ובשדה האילן, ויחולק דאף דניר לא הוי חזקה סגי בניר כדי להשלים שלש שנים מיום ליום, ויבוארו דברי התוס' דנחשב מיום ליום בשדה האילן בזומר ומעכב העצים.

פרק ד

[**בבא בתרא כח.**] בו יבוארו דברי התוס' דלהולכי אושא ילפינן חזקת שלש שנים משלש גניחות דשור המועד אע"ג דהוי מילתא בלא טעמא, ויבואר מה שכתבו בקושית הגמרא דלהולכי אושה במחאה שלא בפניו ליכא חזקה, ולקמן כתבו דשלא בפניו לא הויא מחאה.

פרק ה

[**בבא בתרא כח.**] בו יבוארו דברי התוס' דהולכי אושא ילפי חזקת שלש שנים משור המועד וכששתק שלש שנים הוחזק שתקן ושלא ימחה עולמית, ומהני משום שמבטלת המוחזקות של חזקת מרא קמא ונעשה המחזיק מוחזק בהקרקע, ויוכיח דכן היא גם שיטת רש"י.

פרק ו

[בבא בתרא כח:] בו יבואו דברי הרמב"ן בביאור הא דסלקא דעתא דמקשן דאין קרקע נכנסת לחזקת מחזיק עד שנה רביעית, ויבוארו דברי הריטב"א דבשנה רביעית דיינינן להו כל דאלים גבר שיש כאן הוכחה לצד זה של המרא קמא ויש גם כן הוכחה לצד זה של המחזיק.

פרק ז

[בבא בתרא כח:] בו יבוארו דברי התוס' דאע"ג דבשלש שנים של שתיקה הוחזק שתקן ילפינן משור המועד דלא אבד חזקתו עד שנה רביעית כמו בשור המועד, ואע"ג דהוי מילתא בלא טעמא, ויתבאר מה דלא ילפינן מהא דלרבן שמעון בן גמליאל בשלש פעמים הוה חזקה.

פרק ח

[בבא בתרא כח:] בו יבוארו דברי התוס' דרק להולכי אושא דילפינן חזקת שתקן מחזקת נגחן סלקא דעתין שהקרקע נשארת ביד המחזיק בטענות גרועות, ויתבאר המשך דבריהם דרק לפי מה שכתבו בזה הוקשה להם דתפשוט מהכא דלאיעודי תורא הוא ולא לאיעודי גברא.

פרק ט

[בבא בתרא כח:] בו יבוארו דברי רש"י דסלקא דעתין דמחאה שלא בפניו אינה מחאה משום דילפינן ממועד דבעינן התראה בפניו, אף דהתראה מחזקת השור ומחאה מבטלת החזקה, ויתבאר גם מה שכתב בתירוץ הגמרא דבעינן העדאה בפניו כיון שבאה לחייבו ממון.

פרק י

[בבא בתרא כח:] בו יבוארו דברי התוס' דלהולכי אושא אם מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה אין חזקת המחזיק מועילה אבל אליבא דרבא דטפי מתרתי תלת שני לא מיזדהר איניש בשטריה אם מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה חזקתו מועילה דאומר לו היה לך למחות בפני.

פרק יא

[בבא בתרא כח:] יבואר הא דמפרש רב יוסף טעמייהו דרבנן דמצרכי שלש שנים

לחזקה ומביא מקור לזה בו מירמיה שהיה עומד בעשר ומזהיר על אחת עשרה שהזהיר להם לכתוב שטרות שתי שנים לפני הגלות, ואע"ג דגם על דברי ירמיה יש לשאול מנא ידע שכן הוא הדין.

פרק יב

[רמב"ם פי"א טוען ונטען הל"א והל"ב] בו יבוארו דברי הרמב"ם דאם המערער אין לו עדים שהוא המרא קמא הקרקע נשארת ביד המחזיק ונשבע היסת, אבל אם יש לו עדים מוציא מן המחזיק ואינו נשבע היסת, ויחולק בין טוען המחזיק מכרתיה לי סתם או שטוען מכרתיה לי ואכלתיה שני חזקה.

פרק יג

[בבא בתרא כט.] בו יובא שיטת הרמב"ן דחזקת שלש שנים מהני מעיקר הדין דמדלא מיחה רגלים לדבר שמכרו ושיטת הרמב"ם דהיא תקנת חכמים, ויוכיח דהרשב"ם אזיל בשיטת הרמב"ם, ויבואר דברי תוס' דבית הבדים חזקתו מיום ליום אף דרוב העולם דורכים כשלוקטים.

פרק יד

[בבא בתרא כט.] בו יוכיח מדברי הנמוקי יוסף דמה שתיקנו חכמים חזקת שלש שנים היינו שאינו צריך לשמור שטרו יותר משיעור זה, ויבואר דהא דצריך לשמור שטרו כלל הוא מעצם התקנה שחייב לשמור שטר מכירתו מן העכברים כדי להישמר מתביעת המרא קמא.

פרק טו

[בבא בתרא כט.] בו יוכיח דאביי ורבא נחלקו בשני דברים, אם הקרקע עומדת בחזקת המרא קמא או שעומדת בחזקת המחזיק, וגם אם המחאה היא כדי לסלק הריעותא דמדלא מיחה או שהיא כדי שישמע המחזיק ויזהר בשטרו, ויבואר דשני פלוגתות אלו הן תלויות זו בזו.

פרק טז

[בבא בתרא כט.] יובאו בו דברי הרשב"ם דמר זוטרא ס"ל דמסתמא נקטינן דאם דר בו בימים דר בו גם בלילות היכא דלא טען המערער ברי שלא דר בו גם בלילות והמקשן לית ליה הסתמא, ויבואר למה פריך דוקא על רב הונא ולא על מתניתין איך מחזיק על ידי שלש שנים.

פרק יז

[**בבא בתרא כט.**] בו יבואר שיטת הרמב"ם בהא דבעינן שיהא דר בהבית בימים ובלילות דלא הוי משום דינא דרב הונא דבעינן שלש שנים רצופות ולא מפוזרות אלא משום דכל דבר שעושה פירות תדיר בעינן בו תשמיש תמיד ובדר בו רק ביום אין כאן תשמיש של חזקה כלל.

פרק יח

[**בבא בתרא כט.**] בו יובא מחלוקת הרשב"ם והראשונים אם באתרא דמוברי באגי בעינן שיעשה ניר בשנים שהובירה, ויבואר דאף דלהרשב"ם לכולי עלמא בעינן שיעשה השדה ניר בשנה שלא זרעה מכל מקום לא פריך מחזקת הבתים שלש שנים למאן דלא מצריך רצופות.

פרק יט

[**בבא בתרא כט.**] בו יובא מחלוקת הראשונים בהא דאמר מר זוטרא דיכול המערער לטעון ליייתי סהדי דדר ביה תלת שני ביממא ובליליא אם בעינן שיטעון ברי שלא דר ביה או דסגי בטענת שמא, ויובאר מה שכתב רבינו גרשום דילפינן להמערער למיטען דלייתי הרוכל סהדי.

פרק כ

[**רמב"ם פי"ב טוען ונטען הל"ב**] בו יבואר שיטת הרמב"ם דאם טען המערער ואמר יביאו עדים שדרו בה אלו השוכרים ביום ובלילה אין השוכרים יכולים להעיד להמחזיק ואפילו אם שכרם בידם ואינם נוגעים בעדותם כיון שזה הדבר תלוי בהן ואינו תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו לו.

פרק כא

[**בבא בתרא כט:**] בו יוכיח מדברי הרשב"ם דס"ל כדברי התוס' אליבא דהולכי אושא דילפינן חזקת שלש שנים משור המועד דכי היכי דבשלש נגיחות הוחזק נגחן הוא הדין נמי דבאכילת שלש שנים הוחזק שתקן, ודינא דרב נחמן בשכונא גואי לא אזלא כהולכי אושא אלא כרבנן.

פרק כב

[בבא בתרא כט:] בו יובא הא דפריך סתירה דרב נחמן אדרב נחמן ודרבא אדרבא משכוני גואי לנכסי דבי בר סיסין אם אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה או שצריך המוכר או הלוקח לברר טענתו, ויבואר דנחלקו אם התעוררות ספק מבטלת מה שכפי הנראה הוא מוחזק.

פרק כג

[בבא בתרא כט:] בו יובאו דברי התוס' דעדים מעידים שדר בשכוני גואי אלא שלא נתברר באיזו דרך היה יוצא, ויבואר דאולי דגם הרשב"ם שכתב שיש להמערער עדות שבית זה שלו היה ס"ל כן ומשום דאם ליכא עדי מרא קמא יש למחזיק הפה שאסר הוא הפה שהתיר.

פרק כד

[בבא בתרא כט:] בו יובאו דברי הרשב"ם דהספק בנכסי דבי בר סיסין הוא אם קנה שדה זו מבר סיסין או אם ירושה היא לו מאבותיו, ויבואר דאם ידוע שלא קנאה מבר סיסין ושנקרא כן מטעם אחר ומספקא לן אם נתכוון גם לשדה זו אמרינן יד בעל השטר על התחתונה.

פרק כה

[בבא בתרא ל.] בו יוכיח מדברי הרשב"ם והתוס' דאם החזיק שלש שנים וטען מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך קמאי דידי אין חזקתו מועילה לו אלא מדין מיגו דאי בעי טעין מינך זבנתיה ואכלתיה שני חזקה, ויבואר למה לא סגי בחזקת שלש שנים עם טענתו זו.

פרק כו

[בבא בתרא ל.] בו יובאו דברי הרשב"ם דאם טוען מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך הרי זו חזקה שאין עמה טענה, ויבואר למה הוסיף דהוה ליה כהכיר בה שאינה שלו וגובה מעותיו מן המוכר וגם דברי הרי"ף דהוה ליה האי ודאי והאי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי.

פרק כז

[בבא בתרא ל.] בו יוכיח מדברי הרשב"ם והתוס' דאם החזיק שלש שנים וטען מפלניא זבינתה דזבנה מינך קמאי דידי אין חזקתו מועילה לו אלא מדין מיגו דאי בעי אמר אנא זבינתה מינך ואכלתיה שני חזקה או שיש לו עדים דדר בו מוכר יום אחד, ויבואר

למה הוצרך לכך.

פרק כח

[**בבא בתרא ל.**] בו תתיישב קושית האחרונים על מה שכתב הרשב"ם דאף היכא דאין למערער עדים שהיתה שלו רק הודאת המחזיק אין המחזיק נאמן מדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ויבואר מה שהוסיף רבינו גרשום בפירוש דברי רבא שיתבע מעותיו מאותו שקנה ממנו.

פרק כט

[**בבא בתרא ל:**] בו יבואר דבהחזיק בשדה שבע שנים והוציא המערער שטר שלקחה מלפני ארבע שנים, קא משמע לן דאף שהחזיק שלש שנים לפני המערער הוה ליה חזקה שאין עמה טענה, ולא אמרינן דכיון שבא מכח מי שמכרה לו היה לו למחות תוך שלש כהמוכר עצמו.

פרק ל

[**בבא בתרא לא.**] בו יבוארו דברי הריב"א דאם האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמרינן דאבהתא בלא אכילתה לא מהני, ויבואר מחלוקת רבא ורב נחמן אם עדות מוכחשת היא או דאמרינן באבהתא מי אתכחש.

פרק לא

[**בבא בתרא לו.**] בו יבואר מה שכתב הרשב"א דבעבדים כיון שעושים פירות תדיר אין להם חזקה עד שלש שנים דהעבד עצמו נחשב שהוא בתפיסת יד רבו, אף דגודרות יש להן חזקה לאחר שנה או שנתיים, ולמה לא מצריכין גם בקטן המוטל בעריסה חזקת שלש שנים.

פרק לד

[**בבא בתרא לו:**] בו יבואר קושית התוס' דאיך מחזיק עשרה אילנות בבית סאה הלא אם מרוחקים זה מזה יותר משש עשרה אמה נחשבים מפוזרים ולא רצופים, ויוכיח דאיכא גונא דאינם מפוזרים אם אין הבית סאה חמשים על חמשים מרובעות אלא שארכה יתר על רחבה.

פרק לג

[בבא בתרא לח.] בו יבואר דשתי מחלוקות תנא קמא ורבי יהודה, אם מחאה שלא בפניו היא מחאה ואם סבירא לן דשלוש שנים מיזדהר איניש בשטריה, תלויות זו בזו, ואזיל רבי יהודה בזה לשיטתיה דאית ליה אין כותבין שובר דנמצא זה צריך לשמור שוברו מן העכברים.

פרק לד

[בבא בתרא לח.] בו יבואר דברי התוס' דחזקה שלא בפניו היא חזקה כיון דדורש ושואל בנכסיו והרי קול יוצא ומגיע להמוכר, אבל במחאה ליכא קול, ויבואר שהדרישה עצמה אינה נחשבת מחאה אם יש למערער שם כמה נכסים אבל אם הניח רק נכס זה היא מחאה.

פרק לה

[בבא בתרא לח:] בו יבוארו דברי התוס' דעדים החותמים על הגט אין דרכם כשיוצאים מן העיר שיצחקו וישמיעו קול אנחנו חתמנו על גט פלוני, ואע"ג דלא היתה צעקתם מועילה דעדיין חסרים עדי קיום, אבל במחאה סגי במה שיאמרו בלכתם פלוני מיחה וישמעו אחרים.

פרק לו

[בבא בתרא לח:] בו יבואר דברי הרשב"ם בשם הר"ח דהמוחה צריך לומר למחר תבענא ליה לדינא דאם לא כן הוה ליה כנותן פגם בחבירו ולא כמוסר עדות, ויוכיח דהיינו טעמא משום דבלאו הכי לא אמרינן חברא חברא אית ליה דאינה נחשבת מסירת עדות רק חירוף בעלמא.

פרק לז

[בבא בתרא לט.] בו יבוארו דברי הרשב"ם שאם מיחה ואמרו העדים לא אמרינן ליה להמחזיק היה לו לזה לחזור ולמחות בפני עדים אחרים, ואע"ג דהדבר מובן מאליה שאם בטלה מחאתו צריך לחזור ולמחות, ויתבאר שאם אין שם אחרים למחות בפניהם מחאתו מחאה.

פרק לח

[בבא בתרא לט.] בו יבוארו דברי התוס' דרב פפא דאמר דהויא מחאה אף כשאמר לעדים לא תימרו ליה ומשום דחברך חברא אית ליה אתי שפיר גם אליבא דשמואל דאמר מיחה בפני בני אדם שאינם יכולים לומר לו לא היא מחאה, כיון שהם

יכולים לילך למקום המחזיק.

פרק לט

[**בבא בתרא לט.**] בו יובאו דברי הרשב"ם דמחאה שלא בפניו הויא מחאה אפילו לא ידע המחזיק ממחאתו הואיל ומיחה כהוגן, וידון אם הא דבעינן דחברך חבא אית ליה הוא משום תורת מחאה או משום תקנה מיוחדת, ושיש לדקדק מדברי הרשב"ם לכאן ולכאן.

פרק מ

[**בבא בתרא לט.**] בו יבואו דברי הרשב"ם דהיה אפשר לומר דפלוגתא דמחאה בפני שנים או בפני שלשה תלויה במימרא דאביי דמילתא דמתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא הואיל ועבידא לאיגלווי, ושרבותיו פירשו דמחאה היא לשון הרע דלא כרש"י בערכין.

פרק מא

[**בבא בתרא לט.**] בו יובא מחלוקת הרשב"ם והתוס' אם על ידי חברך חבא אית ליה בטוח שתגיע המחאה להמחזיק, ויוכיח מדברי הרמב"ם בדברים שנאמרו בפני שלשה דס"ל כהרשב"ם, וגם יבואר דעתו בההיתר לשלשה לגלות לשון הרע שנאמר בפניהם.

פרק מב

[**סנהדרין כג:**] בו יבואר קושית רש"י בבא לידון בשטר וחזקה דנידון בשטר למאן דאמר צריך לברר, והלא חזקה במקום שטר עומדת דטפי מתלת שני לא מיזדהר איניש בשטריה, למה הוצרך לבאר הטעם דמהני חזקת שלש שנים כדי להקשות למה צריך לברר דבריו.

פרק מג

[**בבא בתרא מא.**] בו יבואר דהבא משום ירושה אינו צריך טענה משום דטוענים ליורשים ולקוחות טענות דלא הוה להו למידע, ויבואר הא דבעינן עדים שדר בה האב או המוכר אפילו חד יומא, וגם ההוה אמינא לומר למי שטוען שלא אמר לי אדם דבר מעולם דילמא נאבד שטרך.

פרק מד

[בבא בתרא מא.] בו יובאו דברי הרשב"ם דהא דאין המערער יכול לטעון אחוי שטרך כנגד המחזיק כשאכל הפירות שני חזקה הוא משום דחזקה במקום שטר עומדת, ויבואר דאזיל בשיטת רש"י בסנהדרין, ויקשה על מה שכתב בההיא דרב ענן ושני חזקה לא החזיק.

פרק מה

[רמב"ם פי"ד טוען ונטען הלי"ב] בו יובאו דברי הרמב"ם דבאמר המחזיק שלא אמר לי אדם דבר מעולם ואין למערער עדים אין מוציאים אותה מידו ודברי המרדכי דהיינו מדין תפס לא מפקינן, ויחולק בין זה לדינא דמניחים אותו ביניהם וכל דאלים גבר ובא אחר ותפסה דמוציאים מידו.

פרק מו

[בבא בתרא מב.] בו יובאו דברי הרשב"ם לחלק בין קרקע למטלטלין דחזקת מטלטלין היא מיד דסתם לוקח מטלטלין מחבירו קונה בלא עדים ובלא שטר, ויבואר למה לא היתה חזקת מטלטלין מועילה אם היה הדרך לקנות בעדים אף דליכא ריעותא כשלא הביא עדים.

פרק מז

[בבא בתרא מב.] בו יבוארו דברי הרשב"ם דסלקא דעתין דכי היכי דלחזקת קרקעות בעינן שיאכל שלש שנים גם לקנין חזקה בעינן שלש שנים, ויבואר דאזיל לשיטתו ביסוד דין אחוי שטרך דאם אין שטר בידו הוה לה תפיסה שאין בה קנין כיון דבקרקות רגילים לכתוב שטר.

פרק מח

[בבא בתרא מב.] בו יבואר למה סלקא דעתין דנעל גדר ופרץ לא מהני לקנין חזקה במחזיק בנכסי הגר, ויבואר מה שהרמב"ם מחלק לענין קנין על ידי אכילת פירות דלוקח שאוכל פירות השדה קונה מה שאין כן המחזיק בנכסי הגר אינו קונה על ידי אכילת פירות השדה.

שערי הטענות

שער ח: בענין ברי ושמא וברי על ידי אחר

ובו כ"א פרקים

פרק א

[כתובות יב:] בו יובא שיטת רש"י והרמב"ם דבברי ושמא אף על גב שהוא פטור משביעין אותו שבועת היסט שאינו יודע, ושנחלקו רש"י והמגיד משנה אם הוא משום דלא עדיף ברי משמא או משום דאם לא כן בטלת שבועת היסט, ויבואר דתלוי אם טענת שמא יש לה תורת טענה.

פרק ב

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ז] בו תתיישב סתירת דברי הרמב"ם שפסק דאין נשבעין היסט אלא על טענת ברי ופסק גם כן דאם שאל פרה ושכר פרה ומתה אחת מהן והמשאיל תובע את השואל בטענת שמא השואל נשבע היסט, ויבואר שיסוד חיוב שומרים הוא חיוב השבת הפקדון להמפקיד.

פרק ג

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ח] בו יובא שיטת הרמב"ם דבברי ושמא משביעים אותו היסט שאינו יודע אבל אם לא הוה ליה למידע אינו נשבע אלא כשטוען התובע ודאי אתה יודע, וכן מה שכתב הרמב"ם דבספק איזה שור הזיק שורו צריך לתובעו אתה יודע ודאי, ויבואר דאז התביעה היא על הידיעות.

פרק ד

[כתובות יב:] בו יבוארו דברי התוס' דמאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף ולא מוקמינן ליה בחזקת מריה מודה דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקים ולא אזיל בתר חזקת ממון לאו ברי עדיף, וגם יבואר הא דבהוה ליה למידע ברי ושמא ברי עדיף כיון שהשמא הוא גרוע.

פרק ה

[כתובות יב:] בו ידון בהא דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף כשהברי גרוע והשמא טוב, אם העיקר הוא מה שהברי גרוע או מה שהשמא טוב, ויבואר דלהמרדכי הכל תלוי בהשמא, ולתוס' העיקר הוא הברי אם הוא טוב או גרוע ומעלת הברי תלויה במעלת השמא אם הוא גרוע או טוב.

פרק ו

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ח] בו תתיישב שיטת הרמב"ם דבטענו חטים ואמר שמא שעורים משלם שעורים, ואע"ג דאם הודה בשעורים היה פטור אף משעורים, ויחולק בין טענו חטים יש לי בידך והשיב שמא שעורים היה לטענו פקדון של זהב ומרגליות בשק צרור והשיב שמא סיגים או חול היה בו.

פרק ז

[כתובות יג.] בו ידון באומרת לכשר נבעלתי דיש לה מיגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי מהי האלימות של טענת לא נבעלתי על טענת לכשר נבעלתי, ויבואר דבאומרת לא נבעלתי נסתלק הספק ואין לנו להתדיין בדינה כלל, אי נמי דהוי ספק ספיקא שמא לא נבעלה כלל ושמא לכשר נבעלה.

פרק ח

[כתובות טו:] בו יבואר ההוה אמינא דכשהבעל טוען אלמנה נשאתיך הויא כטענת שמא כיון דרוב נשים בתולות נישאות לפי מה שיש להסתפק אם אין לטענת ברי תורת טענה אלא כשיוצאת ממנה הוכחה, ויבואר דברי תוס' דגם למסקנא אינה טענת ברי אלא לאו שמא ממש הוא.

פרק ט

[כתובות טו:] בו יבואר שיטת רש"י דאין שור שחוט לפניך היינו מיגו דאי בעי שתיק ושיטת התוס' דהוי מיגו דטענה נצחת ולא רק טענה מעליתא, ויבואר דבבא להוציא ממוחזק לא סגי במיגו אי בעיא טענה טענה יפה כדי לאלם הטענת ברי אלא בעינן טענה שיש בה נפקא מינה לדינא.

פרק י

[בבא קמא קיח.] בו יובא הא דהאומר איני יודע אם פרעתיך צריך לשלם דמוקמינן ממונא אחזקת חיובא, ויבואר למה לא נאמר דין זה אלא כשאידך טוענו ברי אבל בדלא תבע אינו חייב לשלם, ויחולק בין מוציא מחבירו עליו הראיה וברי ושמא עם חזקת חיוב לענין חיוב בידי שמים.

פרק יא

[בבא קמא קיח.] בו יבוארו דברי הרמב"ם דפסק כרבי יוחנן דברי ושמא לאו ברי עדיף והשמיט הא דאמר רבי יוחנן דאע"ג דפטור מדיני אדם חייב לצאת ידי שמים, ויתבאר שיתכן שמקורו ממאי דמסקינן בגמרא דאף אם יש רוב כנגד טענת ברי מכל מקום אינה נחשבת כטענת שמא.

פרק יב

[בבא מציעא צז.] בו יובא קושית הנמוקי יוסף בשתי פרות אחת שאולה ואחת שכורה ומתה אחת מהן מפקיד אומר שאולה מתה ונפקד אומר איני יודע דפטור, למה לא הוי כאיני יודע אם פרעתיך להרמב"ם שפסק דנתחייבו נכסיו משעת משיכה לאונסיה, ויתורץ בדרך אחרת.

פרק יג

[שבועות מב.] בו יובאו שיטות הראשונים דמחלוקת רבי אליעזר בן יעקב ורבנן אם מודה במקצת לבן שבא בטענת אמר לי אבא הוי כמשיב אבדה ואינו נשבע תלוי בדין ברי על ידי אחר אם הוי כטענת ברי, ויוכיח דלדעת רש"י כולי עלמא סבירא להו דברי על ידי אחר הוי טענת ברי.

פרק יד

[בבא מציעא ג.] בו יוכיח מדברי התוס' דסבירא להו דשבועת עד אחד באה על ידי טענה וכפירה, ודלא כשיטת הרא"ש דשבועת עד אחד אינה צריכה טענת ברי, ומזה מובן דהתוס' סבירא להו דברי על ידי אחר אינו ברי, ויבואר למה יכול לחייבו שבועת עד אחד אפילו בתובעו שמא.

פרק טו

[בבא בתרא קלה.] בו יובאו דברי התוס' שהוכיחו דהלכתא דברי על ידי אחר לא הוי ברי מהא דאמר אביי דלא שייך דינא דברי ושמא ברי עדיף באומר מנה לאחר בידך, ויבואר הוכחת רבא מזה אחי אינו נאמן דברי ושמא לאו ברי עדיף, אע"ג דמוסכם הוא דברי על ידי אחר אינו ברי.

פרק טז

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ז] בו ידון בדברי הרמב"ם אם ס"ל כשיטת הראשונים דברי על ידי אחר הוי ברי, ויבואר דדבריו מתיישבים גם אם הוי ברי, ומחלק בין שבועת היסת לשבועת מודה במקצת, ומיושבים דברי הבית יוסף דלשיטת הרמב"ם מחייב שבועת עד אחד בטענת שמא.

פרק יז

[רמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"ו] בו יובאו דברי המגיד משנה שהביא מחלוקת הראשונים דהרמב"ן מחייב שבועת עד אחד כשהתובע בא בטענת שמא והרשב"א חולק ואינו מחייב שבועה בטענת שמא, וכתב דלא נתבאר בזה שיטת הרמב"ם, ויקשה דהלא דברי הרמב"ם מפורשים דצריך טענת ודאי.

פרק יח

[רמב"ם פ"ד גזלה ואבדה הלי"ז] בו יובאו דברי הרמב"ם בעד מעיד שנטל שק של כלים והגזלן אמר שנטל עשרה והן שלו ובעל הבית תובע עשרים שכיון שאין הגזלן יכול לישבע משלם עשרה אבל על השאר אינו נשבע היסת, ויבואר קושית הראב"ד דאם נחשבת טענת ברי למה אינו נשבע היסת.

פרק יט

[טור חו"מ סי' ע"ה סעי' ל"ג] בו יתבאר דמה שכתב הטור דיכול לחייב שבועת עד אחד בטענת שמא אינו מפני שברי על ידי אחר דינו כברי אלא משום דאזיל לשיטתו דאינה צריכה טענה כלל, וגם נשבעים בטענת קטן, ויובא מחלוקת הבית יוסף והב"ח אם שיטת הרמב"ם היא כשיטת הטור.

פרק כ

[טור חו"מ סי' שס"ד סעי' ז'] בו יובא דברי הטור בשם הרמב"ם דגזלן שנטל שק של כלים בפני עד אחד והנגזל אומר שנטל עשרים והגזלן מודה בעשרה שמשלם עשרה משום שמחויב שבועה ואינו יכול לישבע, וידון בדברי הב"ח דבזה ברי על ידי אחר הוי ברי מפני שסומך על הודאת הגזלן.

פרק כא

[חו"מ סי' ע"ה סעי' כ"ג] בו יובא שיטת הרמ"א דברי על ידי אחר הוי ברי אפילו באומר הוגד לי מפי אדם שהוא נאמן לו, ואפילו אינו אביו או עד אחד שבא לפני בית דין, ויתיישבו דבריו עם הא דאמר אביי דהיכא דהוי כמנה לאחר בידך לא הוי ברי, ויחולק בין ברי לשבועה וברי לתפיסה.

שער ט: בענין מיגו והפה שאסר

ובו י"ג פרקים

פרק א

[בבא בתרא ה:] בו יובא דברי התוס' דאף דנאמן במיגו לומר יש לי בנים במקום שמוחזק לן באחים וכן בהחזיקה היא מלחמה בעולם נאמנת במיגו אי בעי אמרה שלום בעולם מיבעי ליה אם אמרינן מיגו במקום חזקה אין אדם פורע תוך זמנו, ויבואר דהכא החזקה מכחשת דיבורו.

פרק ב

[בבא בתרא לא.] בו יבואר דפליגי רבה ורב חסדא עם אביי ורבא אם אלימי עדים להוציא מן המוחזק היכא שנקלשה עדותם על ידי מיגו, ויובא מחלוקת רבי ורבי נתן אם מיגו כעדים או כחזקה דמי, ויבואר דאין פלוגתא זו שייכת לפלוגתא דאמוראי אם אמרינן מה לי לשקר במקום עדים.

פרק ג

[בבא בתרא לב.] בו יובאו מה שפירש הרשב"ם דבהודה דשטרא זייפא הוא לא אמרינן מה לו לשקר משום שיש כאן הודאת בעל דין דהשטר פסול, ומה שהבינו הרא"ש והנמוקי יוסף בסברתו, ויחולק בין הודאה מפורשת להודאה הנלמדת מתוך טענתו לענין מיגו במקום עדים.

פרק ד

[בבא בתרא לב.] בו יבואר מה שתירצו הריב"ם והר"י במה שאינו נאמן לומר שטרא מעליא הוה לי ואירכס במיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא, ויחולק דשאני מיגו זה משאר מיגו להוציא שהמיגו בא לקיים חזקתו הראשונה שלא תתבטל וישאר מוחזק כמו כשטען והא שטרא.

פרק ה

[בבא בתרא לב.] בו יובאו שני פירושים בהרמב"ן בטוען שטרא מעליא הוה לי ואירכס אם מיירי בשהחזיק בה שני חזקה, ומה שהשיג הרמב"ן דבהחזיק בה שני חזקה גם לרב יוסף לא הוי מיגו להוציא כיון שהמיגו בא רק לקיים החזקת שלש שנים שלא תהא חזקה שאין עמה טענה.

פרק ו

[שבועות מז.] בו יובא קושית הר"ן דטוען אין חטפי ודידי חטפי יהא נאמן בשבועה במיגו דאי בעי טעין לא חטפי כי היכי דבמפקיד בשטר יכול לטעון החזרת מיגו דנאנסו, ויבואר אליבא דרש"י דחלוק שומר מעד אחד מעידו, דבשומר השבועה באה להפיס דעתו של מפקיד.

פרק ז

[שבועות מז.] בו יבואר מה שהוכיח הר"ן דבהעדאת עד אחד על הבעל דין לשלם או לישבע להכחיש העד מהא דאמרינן כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה, ואע"ג דדין זה נאמר לגבי הא דלא בעינן טענת שתי כסף לשבועת עד אחד דלא כשבועת מודה במקצת.

פרק ח

[רמב"ם פי"א שכירות הל"ו] בו יבואר שיטת הרמב"ם דשכיר ששכרו בעד אחד אין העד כלום ואינו נשבע ונוטל, ושיטת הרמ"ה דבעל הבית נאמן לומר נתתי שכרך במיגו דלא שכרתיך ונשבע שבועה חמורה מדרבנן ונפטר, ויבואר לדבריהם מה שאין החוטף נאמן לומר דידי חטפי מיגו דלא חטפתי.

פרק ט

[שבועות מז.] בו יבואר קושית הר"ן דיורשין שאמרו חמשין אית לך וחמשין לית לך יפטרו משבועת מודה במקצת מיגו דאי בעו אמרי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ומה שתירץ דגם באמרו אין אנו יודעין חייבין היסת או דמיגו דאי בעו אמרי אין אנו יודעין לאו מיגו הוא.

פרק י

[בבא בתרא ע.] בו יבואר הא דסלקא דעתיה להרשב"ם דכיון שנאמן הנפקד לטעון החזרתי מיגו דאי בעי טעין נאנסו יהא פטור גם משבועה אף דבנאנסו חייב לישבע, ושעל זה תירץ דמשבועת ה' תהיה בין שניהם מוכח דלא פטרינן ליה משבועה שהחויב שבועה הוא להמפקיד ולא לב"ד.

פרק יא

[רמב"ם פ"ב שכירות הלי"ב] בו יובא מה שכתב הרמב"ם בשומר שנאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו שאין לך מי שנשבע מתוך שיכול לומר כך וכך וישבע בנקיטת

חפץ אלא זה השומר בלבד שיש עליו שטר, ויבואר איך הבין הראב"ד בהשגתו את דברי הרמב"ם, ויתיישבו דברי הרמב"ם.

פרק יב

[רמב"ם פי"ג מלוה ולוה הל"ג] בו יבוארו דברי הרמב"ם במלוה שבא לגבות חובו מן המשכון, שמחלק בין גובה שלא בפני הלוה או בפני הלוה, ובין אם יש עדים שהחפץ ממושכן בידו או שאין עדים שממושכן בידו, ובין אם סכום החוב ידוע או אינו ידוע, ובאיזה אופן נפטר משבועת המשנה על ידי מיגו.

פרק יג

[כתובות קט:] בו יתיישבו דברי רש"י דבעשאה סימן לאחר נאמן אפילו לאחר כמה זמן לומר שחזר ולקחה ממנו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ובעדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו אם כתב ידן יוצא ממקום אחר אינן נאמנים כיון דלאו חדא הגדה היא.

שער י: בענין טענת פרעתי וטוען וחוזר וטוען

ובו י"ד פרקים

פרק א

[שבועות מא:] בו יבואר מה שכתבו התוס' דבאמרו יתמי אמר לנו אבא לא לוייתי לא מתרצינן דיבוריה שנתכוין לומר לא עמדתי בהלואתי דהוי מילתא דלא שכיחא, משום דאף דטענינן להו ליתומים טענת פרעון מכל מקום אין טוענין להם טענה הסותרת מה שטענו הם עצמם.

פרק ב

[שבועות מא:] בו יבואר שמה שכתב רש"י וזה לא בתורת פקדון מסרם לך הוי פרעון ודברים שהיו בלבך אינם דברים קאי על שעת הלואה, דאילו התנה כן בפירוש בשעת ההלואה היו המעות אצלו בתורת פקדון אלא דדברים שבלב אינם דברים, ותתיישב בזה קושית רעק"א.

פרק ג

[שבועות מא:] בו יבואר שיטת הבעל המאור והר"ן דבהתנה מלוה אל תפריעני אלא בפני שני עדים דתנו הלכתא גם שכמעידים שהודה מלוה שפרעו אין נאמנין, ושיטת הרמב"ן שחולק דאף בבאו שנים ואמרו שפרע בפני שנים דתנו הלכתא נאמנין שאין לך בו אלא תנאו בלבד.

פרק ד

[שבועות מב.] בו יובא מחלוקת הר"י מגאש והראב"ד בהאמין הלוח את המלוה אם החוב פרוע אף כנגד עדים אם יכול לחזור ולתובעו אחר שפרע על פי העדים שמעותיו בידו, ויתבאר שתלוי באם מה שהאמינו מועיל רק לענין פרעון ההלואה או גם לענין גזילת המעות שתלוי בהפרעון.

פרק ה

[שבועות מב.] בו יובא מחלוקת הראשונים אם ביד המלוה לומר מחמת חוב פלוני קיבלתי המעות, וגם מחלוקת הראשונים אם איבטיל שטרא לגמרי או רק שאינו גובה אלא בשבועה כשאין המלוה לומר סיטראי נינהו, ויבואר סוגית הגמ' בענין טענת סטראי נינהו לפי שיטות אלו.

פרק ו

[שבועות מב.] בו יבואר מחלוקת הראשונים אם נאמן בטוען סטראי נינהו מיגו דאי בעי טעין במתנה נתנם לו, ויבואר מה שהקשה הרא"ש הר"י מגאש דהוי מיגו להוציא דמאי שנא מהא דאמרינן בגמרא דבפרעיה בין ידידיה לדידיה נאמן במיגו דהיה טוען לא היו דברים מעולם.

פרק ז

[שבועות מב.] בו יובא כמה שיטות בהראשונים בהא דאמרינן בטענת סטראי נינהו דאיתרע שטרא, ויבואר דלהסוברים דלא מקרעינן ליה לשטר ולא מגבינן ביה אינו יכול לגבות בו בבית דין אחר, אלא שעל ידי שנשאר השטר ביד המלוה משום הכי אם תפס לא מפקינן מיניה.

פרק ח

[רמב"ם פי"ד מלוה ולוה הל"ט] בו יבואר דברי הרמב"ם דבטען הלוה שהשטר חוב היה על דמי שור שלקח ממנו ואתה גבית דמי בשרו ואמר המלוה שגבה את דמיו מחוב אחר שהיה לו עליו שישבע הלוה היסת שפרעו, על פי שיטת הר"ן שיכול לקבל המעות על איזה חוב שירצה אף כנגד רצון הלוה.

פרק ט

[כתובות פה.] בו יבואר שיטת היש אומרים ברמ"א דאף דבקבל המלוה פרעון מן הלוה עצמו יכול לטעון שנטלם בשביל פרעון חוב אחר אפילו כנגד רצון הלוה, אם פרע לו שליח הלוה אינו יכול ליטלם בשביל פרעון חוב אחר אלא אם טוען שהשליח עצמו נתן לו בשביל אותו החוב.

פרק י

[חז"מ סי' נח סעיף א'] בו יבואר מחלוקת הסמ"ע והש"ך בליכא עדים שפרע הלוה וטען המלוה סטראי אם טענינן ללוה שישבע המלוה, וגם יבואר מחלוקת הב"ח והש"ך ביש עדים על הפרעון והאמין המלוה כבי תרי וטען סטראי אם אין המלוה צריך לישבע מיגו דאי בעי טעין לא נתפרעת.

פרק יא

[שבועות מב:] בו יבואר החשש רמאות שיש בהבא ליפרע מנכסים משועבדים דאמרינן שלא יפרע אלא בשבועה אף דטענינן להו ללקוחות כל מה שהיה הלוה יכול לטעון, להסוברים דבהודה הלוה שלא פרע לא טענינן ללקוחות ולהסוברים שאף כשהודה

טענין להו ללקוחות.

פרק יב

[שבועות מז.] בו יובא מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה אם הגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים הואיל ולא להאדורי קאי או אם נאמן לומר החזרתי גם אם לא החזיר בעדים דהא סוף סוף הרי הוא כופר בכל, ויבואר טעם הסוברים דאינו נאמן אע"ג דכופר הכל פטור בטענתו.

פרק יג

[בבא מציעא יז.] בו תתיישב קושית הקצות החושן דאם מי שהוחזק כפרן לאותו ממון שוב אינו נאמן לטעון פרעתי מכל שכן שהיה לנו לומר שהגוזל את חבירו בעדים לא יהא נאמן לטעון החזרתי אלא בעדים או בראיה שהרי על אותו ממון הוא יותר מכפרן על הלואה.

פרק יד

[בבא קמא קח.] בו תתיישב קושית המהרש"א מאי שנא דבטען טענת אבידה ונשבע וחזר וטען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים דפטור דהיה נאמן במיגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי, ובטען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת גנב לא היה נאמן בלא שבועה מיגו דאי בעי טען באמת נשבעתי.

שער יא: בענין טענות בעל כנגד אשתו

ובו כ"ג פרקים

פרק א

[**כתובות ט.**] בו יובא מחלוקת הראשונים אם מאי דאמר רבי ירמיה בירושלמי מעתה אין טענת בתולים לרבן גמליאל ורבי אליעזר מיירי לענין להפסידה כתובה או לענין לאוסרה עליו, ויסתפק אם בברי וברי אינו נאמן משום שהטענות שוות או משום דטענת ברי מגרעת טענת התובע.

פרק ב

[**כתובות ט.**] בו תתיישב מאי דמבואר בגמרא דבטענת פתח פתוח נאמן להפסידה כתובתה לפירוש רש"י דלרבי אלעזר נאמן לאוסרה עליו ולא להפסידה כתובתה, דהיכא שיש ספק בהריעותא דשמא לא קים ליה בפתח פתוח אין בעלת השטר נחשבת מוחזקת כנגד הבעל.

פרק ג

[**כתובות ט.**] בו תתיישב קושית האחרונים על מה שהקשו התוס' דבאשת כהן נוקמה אחזקתה שהיא כשירה לכהונה ונימא לאו תחתיו זינתה, דהא הוי ספק ספיקא לחומרא, ספק תחתיו ספק לאו תחתיו ואם תמצי לומר לאו תחתיו זינתה שמא נבעלה לפסול לה ונפסלה מן הכהונה.

פרק ד

[**כתובות ט.**] בו יובא דברי התוס' דלא מוקמינן אשת כהן אחזקתה שהיא כשרה לכהונה אלא אמרינן השתא נבעלה דאוקמה אחזקת הגוף שהיתה בתולה ליישב קושית הגרע"א דנימא הרי בעולה לפניך ונוקמה אחזקת היתר דהיה בקטנותה, ויבואר יסוד סברת תרתי לריעותא.

פרק ה

[**כתובות ט.**] בו יובא מחלוקת הרי"ף והתוס' אם מהני ספק ספיקא שאינו מתהפך, ודברי הרמ"ע מפאנו והש"ך דבמוכרחים להתחיל מצד אחד מהני אף באינו מתהפך, ויבואר דבספק ספיקא המתהפך לא חייבה תורה לחוש להספק כלל ובאינו מתהפך מהני מדין רוב צדדים.

פרק ו

[כתובות ט:] בו יבואר מה שכתב הרשב"א דבמודה לו ואומרת שנאנסה קודם אירוסין או מוכת עץ אני נאמנת ומותרת לבעלה דאיהי ברי והוא ספק וברי עם חזקת כשרות דגופא עדיף משמא, ולמה לא סגי בחזקת כשרות דגופא או בברי ושמא כיון דמיירי לענין היתר לבעלה.

פרק ז

[כתובות ט:] בו יבוא קושית התוס' דתגבה כתובתה על ידי ספק ספיקא, ומה שתמהו האחרונים דאין הולכין בממון אחר הרוב, ויתבאר מה שתירצו דכיון דאית לה שטרא מהני רובא וספק ספיקא דהוה ליה כגבוי וכמוחזק, אי נמי דחיוב הכתובה תלוי בהיתר אשה לבעלה.

פרק ח

[כתובות ט:] בו יבואו דברי הפני יהושע דכיון דספק הוא אם הוא בקי בפתח פתוח טענתו נחשבת טענת שמא, ויתבאר דכיון שיש בטענתו הכחשה גמורה לטענתה אינה יכולה להוציא ממון, ומכל מקום במקום ספק ספיקא נחשבת טענתו שמא דשמא ומוציאה כתובתה אף לרבי יהושע.

פרק ט

[כתובות ט:] בו יבואר סברת התוספות ישנים שלא תירץ קושית התוס' דלא מהני ספק ספיקא דספק מוכת עץ ספק לאו תחתיו משום דאינו מתהפך, דספק ספיקא שאינו המתהפך הוא משום רוב צדדים ושפיר מהני להתירה לבעלה, ודוקא לענין ממון לא מהני להוציא מן המוחזק.

פרק י

[כתובות ט:] בו יבואר מחלוקת הפני יהושע וההפלאה אם טענת ברי של אינו בקי נחשבת טענת ברי או טענת שמא על פי מה שיש להסתפק אם טענת ברי של הנתבע צריכה להוליד ריעותא בטענת התובע או שכל שמתנגד הנתבע בטענת ברי לטענת התובע אינו יכול להוציא ממון.

פרק יא

[כתובות ט:] בו יבואר מה שכתבו התוס' דנאמן להפסידה כתובתה בטוען פתח פתוח מצאתי אף דיש לומר דשמא אינו בקי בפתח פתוח דאוקי ממונא בחזקת מריה, ולא מחייבין ליה מדין איני יודע אם פרעתיך משום דאיכא ודאי כתובה וחזקת חיוב וספק אם זינתה תחתיו.

פרק יב

[כתובות ט:] בו יבואר מה שכתב השיטה מקובצת בדעת רש"י דרבי יהודה אמר שמואל מיירי בנשוי, דדוקא בטענת פתח פתוח אינו נאמן להפסידה כתובתה אף על גב דקים ליה בגוה כיון דאי אפשר להתברר אלא על פיו אבל בטענת דמים שאפשר להתברר נאמן להפסידה כתובתה.

פרק יג

[כתובות ט:] בו יתבאר דלתוס' כדי להוציא ממון על ידי שטר שנולד בו ריעותא בעינן שהמיגו או החזקה או הספק ספיקא יסלקו הריעותא מעיקרו ולא סגי בנאמנות הטענה בלחוד, ויבואר מחלוקת תוס' והרמב"ן לענין הוצאת ממון על ידי שטר בהדי מיגו או ספק ספיקא.

פרק יד

[כתובות י.] בו יבואר להרמב"ן דאי לאו חזקה דאין אדם טורח וכו' גובה כתובתה על ידי רוב וחזקה שבאין רק לאוקומי שטרא, וגם יתפרש מה שהקשה למה לי תקנת חכמים יאמר לה קיים שטרך וחות לדינא אף למאן דאמר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כלום.

פרק טו

[כתובות יב:] בו יבואר דהא דנאמנת לטעון משארסתני נאנסתי במיגו דמוכת עץ אני וכן מוכת עץ אני מיגו דמוכת עץ תחתך אינו דין מיגו דכל התורה רק מיגו דאי בעיא טענה טענה מעלייתא טפי, ויתפרש למה אינה נאמנת לטעון מוכת עץ אני תחתך מיגו דמשארסתני נאנסתי.

פרק טז

[כתובות יב:] בו יבואר מה שחילק תוס' רי"ד בין אשה שמוציאה כתובתה על ידי ברי ושמא עם חזקת הגוף למאי דאמרינן בבבא קמא דבשור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצידה דאף בניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא וחזקת הגוף מסייעה להנזיק המוציא מחבירו עליו הראיה.

פרק יז

[כתובות יג.] בו יתיישב מה שהקשה הפני יהושע על מה שכתבו התוס' דלזעירי דמדברת היינו נסתרה מיירי באומרת לא נבעלה וחשיב ליה חדא ספיקא דאין אפוטרופוס לעריות, דאם כן למה אין אוסרין על היחוד ולמה אין האשה נאסרת על

בעלה אלא על ידי קינוי וסתירה.

פרק יח

[**כתובות יג.**] בו יובאו דברי המהרש"א דמה שחילקו התוס' דלרב אסי דמודה רבי יהושע דבנסתרה נאמנת לומר לכשר נבעלתי מיגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי הא דאינה נאמנת באומרת משארסתני נאנסתי מיגו דמוכת עץ אני תחתך היינו דמשני בגמרא הכא שור שחוט לפניך.

פרק יט

[**כתובות יג.**] בו יתבאר השקלא וטריא בגמרא בין רבן גמליאל ורבי יהושע, שהקשה רבי יהושע משבויה שנשבית והשיב לו רבן גמליאל לזו יש עדים ולזו אין עדים, וחזר רבי יהושע והקשה לרבן גמליאל ממעוברת שכריסה בין שיניה, ויתבאר מאי דפליגי אם יש לדמות שבויה למדברת.

פרק כ

[**כתובות יג.**] בו יחולק בין שני שבילין דכשבאו לשאול בבת אחת שניהם טמאים משום דאי אפשר לפסוק הוראות הסותרות זו את זו, ובין מאי דס"ל לרבי אלעזר דלדברי המכשיר בה פוסל בבתה, דמאי דפסלינן הבת אינה נחשבת הוראה רק דפסולה מספק כיון דאין לה חזקה.

פרק כא

[**כתובות טז.**] בו יבואר פירוש התוס' בגמרא דבמשארסתני נאנסתי אינה נאמנת במיגו כיון דשור שחוט לפניך ובשדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו נאמן במגו דאין שור שחוט לפניך, וגם מה שפירש בעל המאור דחזקת ממון מרעא לדיבורה כמו חזקת איסור של הבהמה בחייה.

פרק כב

[**כתובות עה.**] בו יבואר מה שכתב הרא"ש דאף דס"ל לרבא דבנמצאו מומין בנערה מאורסה על האב להביא ראיה דאמרינן כאן נמצאו כאן היו מכל מקום בנמצאו בארוסה בוגרת כיון שיצתה מרשות אביה ואינה נקראת על שם ביתו על הבעל להביא ראיה שנולדו קודם שנתארסה.

פרק כג

[**כתובות לו.**] בו יבואר ראית תוס' מלא הגולד פי המכה דאף בלא יהיב טבח דמי על הטבח להביא ראיה לפירוש רש"י דלרבן גמליאל טענינן לחרשת ושוטה שמשנארוסו נאנסו להוציא כתובתן מן הבעל אע"ג דהרי שור שחוט לפניך ואין כאן טענת ברי דידה

כנגד טענת שמא של הבעל.

שער יב: בענין מזיק נזקי שכנים ונהנה

ובו י' פרקים

פרק א

[בבא קמא כג.] בו יוכיח דהא דאיבעיא להו אם פי פרה כחצר הניזק דמי או כחצר המזיק דמי לענין חיוב תשלומי שן לא הוי לגבי קנינים אלא לגבי דין רשות מיוחד לענין נזקין, ויבואר למה צריך המזיק לטעון מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי כדי להפטר אם פי פרה כחצר המזיק דמי.

פרק ב

[בבא קמא לב.] בו יבוארו דברי ריש לקיש דפרה מהלכת שבעטה בפרה רבוצה ברשות הרבים פטורה, וסברת המקשן שיכול לטעון כי אית לך רשות לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשותא, וגם יתבאר ההוה אמינא בגמרא דכיון דכתיב ונכרתו הנפשות העושות גם האשה עבדה מעשה.

פרק ג

[בבא קמא נ:] בו יבוארו דברי רש"י דאע"ג דרב אמר בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו מכל מקום בבור עמוק שיש בו הבל חייב לרב גם על שבירת הרגל דאיכא למימר דמחמת ההבל חלה וכיחש והוזק, וגם יבואר לשיטת רב מה שחייבתו תורה לפותח בור שכרה אחר.

פרק ד

[בבא קמא נג.] בו יובא דינא דרבי נתן דשור תם שדחף חבירו לבור בעל השור משלם רביע ובעל הבור שלשה רביעים דאומר לו שותפותאי מאי אהניא לי, ויבואר הטעם שאינם חולקים התשלומין ביניהם לפי החשבון שבעל השור ישלם שליש ובעל הבור שני שלישים.

פרק ה

[בבא קמא נד.] בו יבואר טענת אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה ומה שהוסיף רש"י בתוך שלך מצאתי, ואף על גב דלא עביד אלא פלגא הזיקא, ויבוארו דברי רב חסדא דאף דרב פוטר בקרקע עולם מכל מקום מודה רב בבור ברשותו שהוא חייב דהבלא ידיה וחבטה ידיה.

פרק ו

[בבא קמא נה.] בו יבואר שיטת הרמב"ם דבשור ושור פסולי המוקדשין שנגחו כיון דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ואע"ג דבשור תם שדחף חבירו לבור חייב בעל

הבור שלשה חלקים משום דאומר לו אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה, וטענה זו ליכא בשני שוורים.

פרק ז

[בבא קמא כ.] בו יוכיח מדברי רש"י דהא דבהמה שאכלה שעורים ברשות הרבים דכיון שפטורה מתשלומי שן משלמת רק מה שנהנית דלרבא היינו דמי שעורים בזול היינו אפילו אם היה מאכיל לה עמיר בלבד, ויבואר למה לא שיימין כפי השער שבשוק אלא כפי הזול.

פרק ח

[בבא קמא כ.] בו יבואר האיבעיא בדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר אס חייב להעלות לו שכר, ויבוארו דברי רש"י דמשלם מה שהיה עולה לו לשכור ולא כפי דמי דירה הזול, ויחולק בין זה לההיא דאכלה ברשות הרבים דלרבא משלם דמי שעורים בזול.

פרק ט

[בבא קמא כ.] בו יבואר מה שכתב הרמב"ם דבהמה שאכלה פירות או ירקות או כיוצא בהן ברשות הרבים משלמת מה שנהנית ולא מה שהזיקה, שמשלמת דמי עמיר או דמי שעורים בזול, והלא בדבר זה נחלקו רבה ורבא והיאך פסק הרמב"ם כדברי שניהם שמשלם או זה או זה.

פרק י

[בבא קמא כ.] בו יבוארו דברי הרמב"ם דבהמה שאכלה שומשמין או לוט או כיוצא בהם ברשות הרבים משלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול אף על גב שהן פירות יקרות, ודברי הרי"ף דגם לרבה דאמר משלם דמי עמיר רצונו לומר שמשלם כפי הזול ולא כפי השער שבשוק.

שער יג: בענין טוענין ליורשים וללקוחות

ובו י"א פרקים

פרק א

[בבא בתרא ע:] בו יבואר דפליגי התוס' בבבא בתרא ובבבא מציעא אם משום דנאנסו קלא יש לו הוה טענה גרועה, וגם דס"ל להתוס' דטענין ליתמי החזרתי במיגו דנאנסו אף שאינן יכולין לישבע שהחזירו אביהם, אלא שהקשו שיתחייבו מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

פרק ב

[בבא בתרא ע:] בו יבואר מה שהקשו התוס' דלרב ושמואל דאמרי דבמת לוח בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה אין אדם מוריש שבועה לבניו ובני הלוח פטורין הוא הדין בשטר כס היוצא על היתומים דנימא אין אדם מוריש שבועה לבניו ויתחייבו לשלם גם המחצה פקדון.

פרק ג

[בבא בתרא ע:] בו יבואר מה שכתב הבעל המאור דלמאן דאמר דבשטר כס היוצא על היתומים נשבע וגובה כולו לא טענין ליתמי החזרתיו משום דגם אבוהון לא מצי טעין כן, דהא בלאו הכי אין טענה זו מועילה להם כמו דאינה מועילה לגבי אבוהון דהא שטרך בידי מאי בעי.

פרק ד

[בבא בתרא ע:] בו יבואר דאי הוה טענין ליתמי נאנסו היתה נחשבת טענת ברי, ופליגי התרצן והראב"ד עם הבעל המאור אם גם טענה כזו נתמעטה מקרא דשבועת ה' תהיה בין שניהן ולא בין היורשין או דבעצם היה שייך בה דינא דמתוך, ושמחלקותם תלויה ביסוד דינא דמתוך.

פרק ה

[בבא בתרא ע:] בו יבואר תירוץ הבעל המאור דלא טענין נאנסו ליתומים כיון שהיא טענה רחוקה, ודוקא בטענת חזקה טענין להו טענה רחוקה, ויתבאר ראית המלחמות מחזקת זיזין וגוזזטראות ברשות הרבים דטענין להו ללוקח ולירש אף טענה רחוקה, ותתיישב דעת הבעל המאור.

פרק ו

[בבא בתרא ע:] בו יבואר דלהמלחמות דטענין ליתומים גם נאנסו דאם לא כן היאך נטעון להם החזרתי דכיון שהיסוד הרוס היאך יתקיים הבנין, דין טענין אינו כאילו

האב או היתומים טוענין לפנינו אלא דין חדש הוא כאילו בית דין נעשים בעלי דבר על נכסי היתומים כנגד התובע.

פרק ז

[**בבא מציעא יב:**] בו יבואר מה שכתבו התוס' דדוקא כשאין הלוח בפנינו מחזירין שטר שנפל למלוח וכשיבא לגבות שלא בפנינו נטעון מזויף ויגבה על ידי קיום, אבל כשהלוח בפנינו וטוען שהשטר מזויף כיון דאיכא ריעותא דנפילה וגם טוען מזויף לא יחזיר דחיישינן שטרח לזייף בטוב.

פרק ח

[**בבא בתרא ל.**] בו תתיישב שיטת הרשב"א בתוס' דטענינן ללוקח טענת המוכר שנאמן לטעון מינך זבינתה במיגו דלא היתה שלך מעולם אף שהלוקח הודה שהיתה של המערער, דלמה לא אזלינן בתר הודאת בעל דין, גם איך כתב שהלוקח הוא כעד אחד כנגד המוכר והרי בעל דבר הוא.

פרק ט

[**בבא בתרא נב.**] בו יבואר קושית רב פפא באחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו שטרות יוצאין על שמו שאם מת על האחין להביא ראיה דכלום טענינן ליתמי מידי לא טען להו אבוהון, ומה שהקשה הרשב"א על רב פפא מהא דהבא משום ירושה אינו צריך טענה.

פרק י

[**שבועות מא.**] בו יבואר מה שכתבו התוס' דאף אם במלוח בשטר אין הלוח יכול להשביע את המלוח דלא פרע לו טענינן להו ליתמי כן אע"ג דלא טענינן ליתמי מידי דלא מצי אבוהון לטעון, וגם מה שהוכיחו כן מהכותב לאשתו נקי נדר נקי שבועה דלא תפרע מן היתומים אלא בשבועה.

פרק יא

[**סנהדרין כט.**] בו יבואר מה שכתב הנמוקי יוסף דבאמר לו מנה לי בידך ואמר לו הן לרש"י אין טוענין לו אחר כך משטה הייתי בך אבל להרמב"ם כל שאינו מודה בההודאה טענינן ליה אחר כך משטה הייתי בך, וגם יתבאר היכן ראה הנמוקי יוסף דנחלקו בזה רש"י והרמב"ם.

שערי השבועות

שער יד: בענין מודה במקצת והעדאת עד אחד

ובו י"ט פרקים

פרק א

[כתובות יח.] בו יבואר שיסוד פטור משיב אבידה הוא מדין מיגו מעליא שהיה יכול להשיב באופן שאינו צריך להתדיין כלל עם שכנגדו, ויתיישבו דברי רש"י שלפעמים פירש דהא דפטור מן השבועה הוא משום תקנתא דרבנן ולפעמים פירש דהא דפטור מן השבועה הוא מן התורה.

פרק ב

[כתובות יח.] בו יובא מה שפירש המהרש"ל לדברי רש"י דלרבי אליעזר בן יעקב בטוענו קטן נחשב אין שור שחוט לפניך ומכל מקום אינו נחשב משיב אבידה מאחר שכבר נתחייב שבועה על ידי טענת עצמו, ויתיישב מה שהקשה המהרש"א על המהרש"ל דנמצא שלש מחלוקות בדבר.

פרק ג

[רמב"ם פ"ד טוען ונטען הל"ה] בו יתיישב מה שפטר הרמב"ם באומר אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה והוא אומר אין לך בידי אלא חמשים משבועת מודה במקצת מפני שהוא כמשיב אבידה, והא הרמב"ם פסק דבמודה במקצת בעינן טענת ודאי ולענין היסת פסק דטענת אמר לי אבא אינה טענת ודאי.

פרק ד

[כתובות יח.] בו יבוארו דברי התוס' דכופר הכל פטור משבועה דגזירת הכתוב היא דבעינן טענה וכפירה ובכופר הכל ליכא טענה של כפירה שנסתלק ממנו, ובמודה במקצת יש להשביעו דכיון שחייב לו ממון שהודה על ידי זה מגלגל עליו שבועה על הכפירה כעין דינא דגלגול שבועה.

פרק ה

[בבא מציעא ג:] בו יתבארו דברי התוס' דבהעדאת עדים אינו משתמט כל כך כיון שכפר הכל וקא משמע לן קל וחומר דאישתמוטי משתמיט, דאם כן היאך שייך פירכא דמה לפיו שכן משתמיט וגם למה בעינן מה הצד מפיו ועד אחד ולא סגי למילף מעד אחד לחוד שגם כן כופר הכל הוא.

פרק ו

[בבא מציעא ד.] בו יבואר מה שפירש רש"י דבאומר לוח למלוה הילך מעותיך לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם הוה ליה הילך אע"ג דמלוה להוצאה ניתנה, משום דהלוה חייב להעמיד לו מעותיו הראשונים וכל שעדיין לא הוציאם אין לך העמדת מעותיו הראשונים גדולה מזו.

פרק ז

[בבא מציעא ג.] בו יבוא פירוש רש"י דלרבה מודה במקצת אשתמוטי קמשתמיט דאם לא כן מיגו חשיד אממונא חשיד אשבועתא, ותתיישב קושית תוס' דלמסקנא חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא על דרך המהר"ם ש"ף דרבה ס"ל כאביי דחשיד אממונא חשיד אשבועתא.

פרק ח

[שבועות מג:] בו יבואר מה שכתב הר"י מגאש דאף דבטענו חיטין והודה לו בשעורין פטור משבועת מודה במקצת מכל מקום אם אמר הנתבע שמא היו שעורין אין לפטור משבועה מטעם זה רק משום דאילו היה טוען ודאי היו שעורין היה פטור מדין טענו חיטין והודה לו בשעורין.

פרק ט

[רמב"ם פ"ו טוען ונטען הל"ב-הל"ג] בו יתבאר דהא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אין בזה הודאה מפורשת שלא פרע רק הוה ליה ויתור טענה על זכותו לטעון שפרע מדין הודאת בעל דין, ולכן אם יש לו מיגו שהיה יכול לעמוד בטענתו הראשונה נאמן לחזור ולטעון מפטור לפטור שלוח ופרע.

פרק י

[שבועות מ:] בו יבואר דבטענו חיטין וקודם שגמר דבריו הודה בשעורין לפי תומו ואחר כך תבעו שעורין פטור מן השבועה מדין טענו בחיטין והודה לו בשעורין, ולא אמרינן דאחר שגמר טענתו הרי טענו חיטין ושעורין והודה לו באחד מהן ומשום הכי יתחייב שבועת מודה במקצת.

פרק יא

[בבא קמא לה:] בו יבואר מחלוקת רב פפא ולישנא בתרא אם קשה על רבה בר נתן מאחד משני שוורים שהזיק שור אחד ואם יש ליישב הברייתא דראוי ליטול ואין לו וגם

אם מהני תפיסה בטענו חיטין והודה לו בשעורים, וגם יתיישבו פסקי הרמב"ם בטענו חיטין והודה לו בשעורים.

פרק יב

[בבא קמא לה:] בו יבואר הא דמהני תפיסה בטענו חיטין והודה לו בשעורים אף דנחשב מחילה על שעורים או הודאה שאין לו בידו שעורים, וגם יתבאר מה שכתב הרא"ש שאומר לו ממה נפשך שעורין הודית לי ואם איני זוכה בהודאתך הרי חטין יש לי עליך ואתפסם לדמי חיטין.

פרק יג

[רמב"ם פ"ה שאלה ופקדון הל"ז] בו יתיישבו דברי הרמב"ם דבפשע נפקד והמפקיד טוען שק מלא זהב הפקדתי בידך ונפקד אומר שמא היה של סיגים ישבע מפקיד ויטול ובאומר כור חטים יש לי בידך והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא או שעורים הוא הרי זה נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים.

פרק יד

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ח] בו יבואר שהרמב"ם ס"ל כלישנא בתרא בגמרא דבטענו חיטים והודה לו בשעורים אם הנתבע טוען ברי שהיו שעורים יכול לתפוס השעורים, ולכן בטוען שמא שעורים היו שמא חטים היו נתאלמה טענת התובע ואינו צריך לתפוס השעורים אלא יכול להוציאם בדין.

פרק טו

[בבא מציעא ב:] בו יובא מחלוקת הרא"ש והרמב"ם לענין אם עד המסייע פוטר מן שבועה דאורייתא ויבואר דאזלי בזה לשיטתייהו במחלוקתם לענין דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, ויובאר גם מה שכתב הרא"ש על קושית הרמב"ם משומר שמסר לשומר שיש מקשין הבל.

פרק טז

[בבא מציעא ב:] בו יבואר שהראיה שהביא הרא"ש מסלעים דינרין דעד אחד פוטר משבועה אינו מדין עד אחד קם לשבועה אלא משום דסיוע דשטרא ממעט ריעותא המחייבת שבועה, ויתיישב למה בעינן לדינא דעד אחד קם לשבועה ולא סגי גם בעד המסייע בהא שממעט הריעותא.

פרק יז

[**בבא מציעא ב:**] בו יבואר דלהמהר"ם עד אחד אינו פועל בהממון כלל וגם אינו מעורר חשש וריעותא בהממון ולא נגרע זכות הנתבע בהממון, רק דהטילה עליו התורה חיוב שבועה מפני החשש, והר"ן חולק וסובר דעד אחד מחייב שבועה על ידי שהוא מעורר ריעותא וחשש בהממון.

פרק יח

[**בבא מציעא ב:**] בו יבוארו דברי הש"ך שפירש בדעת הרא"ש דאף דעד המסייע פוטר משבועה מכל מקום היכא שנתחייב ממון על ידי טענת שמא אין העד יכול לפוטר דחשיב קם לממון, וגם יתבאר מה שכתב הרא"ש על הקושיא על דבריו משומר שמסר לשומר שיש מקשים הבל.

פרק יט

[**בבא מציעא ב:**] בו יובא ראית הבעל המאור דעד המסייע פוטר משבועה מסלעין דינרין דהיכא דמסייע ליה שטרא פטור משבועה, ויתבאר מה שדחה המלחמות דכשמסייע ליה שטרא יכול הוא להעזיז פניו כמו אשה שמעיזה פניה בפני בעלה לומר גרשתני היכא דמסייע לה תרי סהדי.

שער טו: בענין שומר פקדון וטוען טענת גנב

ובו כ' פרקים

פרק א

[בבא מציעא צג.] בו יובא שיטת הרמב"ם דשומר שפשע בעבדים קרקעות ושטרות חייב, ואף על גב דנתמעטו מפרשת שומרים שאני פושע דמזיק הוא, ותתיישב קושית הראב"ד שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור, ויבואר דשומר שכר חייב בגניבה ואבידה משום חיוב השבה.

פרק ב

[בבא מציעא צז.] בו יבוארו דברי התוס' דבשכר פרה אחת ושאל פרה אחת ושוכר אומר שכורה מתה ומשאל אומר איני יודע איזו מתה אין להשביע את השואל מספק דהוי כאילו אומר המשאל ספק לי אם השאלתיך אם לאו שעל אותה טענה אין השואל חייב לישבע.

פרק ג

[בבא קמא צג.] בו יבואר מה שכתב רש"י דשומר שפשע בממון עניים פטור משום דהוי ממון שאין לו תובעין דהא בגמרא ממעטינן ליה מקרא דלשמור ולא לעניים, וגם תתיישב קושית המשנה למלך על הרמב"ם דאם הפושע חייב מדין מזיק איך פטרינן פושע בממון עניים מתשלומין.

פרק ד

[רמב"ם פ"ב שכירות הל"ג] בו יבואר דהרמב"ם והראב"ד דפליגי בשומר שפשע בעבדים שטרות וקרקעות אם חייב לשלם מדין מזיק אף על גב שנתמעטו מחיובי שמירה אזלי לשיטתייהו במה דנחלקו אם נשבעים שבועת השומרים על טענת קטן כמו שנשבעים שבועת השומרים על טענת שמא.

פרק ה

[בבא קמא קו:] בו יובא דלרש"י בקטן שהפקיד חלה על הנפקד תורת שומר אלא דאין נשבעין על טענת נתינתו ושהראב"ד חולק וסבירא ליה דלא נעשה שומר כלל, ויבואר לשיטתם מאי דאמר רב אשי אבידה קא אתיא מכח בן דעת מה שאין כן בקטן שהפקיד לא אתיא מכח בן דעת.

פרק ו

[רמב"ם פ"ב שכירות הל"ז] בו יתיישב מה שפסק הרמב"ם שנשבעים שבועת השומרים לקטן שכל השומרים שבועתן שבועת שמא, אף על גב דסבירא ליה שנשבעין

שבועת היסט על טענת קטן, וגם פסק שהטוען טענת גנב בפקדון של קטן ונשבע ואחר כך באו עדים הרי זה פטור מלשלם כפל.

פרק ז

[**בבא קמא נז:**] בו יובא מחלוקת הקצות החושן והנתיבות המשפט בשמירה בבעלים אם נשבע שבועת השומרים, ויבואר מה שכתבו התוס' דשמא אין שייך כפל בטען טענת גנב בלסטים מזוין, וגם מה שכתב האור שמח דבשמירה בבעלים שאין צריך שבועה חייב כפל בטוען טענת גנב.

פרק ח

[**בבא קמא קז:**] בו יבואר דבשלח יד ואח"כ טען טענת גנב אינו חייב כפל להראב"ד משום שאין טענתו פוטרתו ולהרא"ש משום שכבר יצא החפץ מרשות מפקיד, וגם יבואר סברת הרא"ש דאף דטבח ומכר קודם הטענה פטור מארבעה וחמשה אין צריך שיהא החפץ בעין בשעת טענה.

פרק ט

[**בבא קמא קז:**] בו יבואר דרש"י ותוס' פירשו דבאיבעיא דרמי בר חמי שטען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת אבד לא שייך לומר כבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, והראב"ד חולק ופירש האיבעיא בבאו עדים אקמייתא תיכף שנשבע והיה רשות לבעלים לחזור ולתובעו.

פרק י

[**בבא קמא קח.**] בו תתיישב קושית המהרש"א דדברי התוס' סותרים אלו לאלו, דבטען שנגנב וחזר וטען שנאבד כתבו דהחויב אונסים לאחר שבועה אינו מבטל טענת אבד קודם שבועה, ובטען שאבד ונשבע והודה וחזר וטען שאבד קודם שבועה אין טענתו פוטרתו אף על ידי שבועה.

פרק יא

[**בבא קמא קח.**] בו תתיישב קושית המהרש"א דבטען שגנב ונשבע וחזר וטען שגנב ונשבע למה הוצרכו התוס' לומר למה השביעוהו והלא משבועה ראשונה נתחייב באונסים ונמצא שלא כפר כלום ולא כתבו שלא היה צריך לישבע שנאמן במיגו שהיה יכול לעמוד בטענתו הראשונה.

פרק יב

[בבא מציעא לו.] בו יבואר שנחלקו הרמב"ן והרשב"א למאן דאמר שומר שמסר לשומר פטור לענין שומר שכר שמסר לשומר שכר, אם פטור מנגנבה או נאבדה משום שהשני נכנס תחת הראשון לגמרי או דילמא שגם הראשון חייב משום שכבר נתחייב בגניבה ואבידה משעת משיכה.

פרק יג

[בבא מציעא לו.] בו יבואר שיטת הרמב"ם דבמיעט בשמירתו נחשב פשיעה, ויבואר דלהרמב"ם עיקר מחלוקת רב ורבי יוחנן היא אם יכול השומר למסור שמירתו לשומר אחר, וייתיישב ראית הרמב"ן דלרב לא נסתלק שומר ראשון לגמרי מהשוכר פרה לחבירו והשאלה לאחר.

פרק יד

[בבא מציעא לו:] בו יבואר שיטת הרמב"ם דבשומר שמסר לשומר אף דכשיש עדים על האונס הראשון פטור מכל מקום אם ליכא עדים חייב אף שיכול לישבע על האונס, וגם מה שכתב הרמב"ם דאף ששאל או שכר בבעלים הראשון חייב שהרי הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר.

פרק טו

[בבא קמא נו:] בו יתיישב הא דפרכינן בבא קמא לרבא דשומר שמסר לשומר חייב איך מיפטר משמירת נזקין כשמסרה לרועה, ולא פרכינן גם לאביי דטעמיה דרבי יוחנן משום אין רצוני וכו', וגם למה משני במסרה לברזיליה ולא משני דמסרה למי שרגיל להפקיד אצלו או לבני ביתו.

פרק טז

[רמב"ם פ"א שכירות הל"ד והל"ה] בו יבארו אריכות דברי הרמב"ם בהלכות שכירות וגם כמה דקדוקים בלשונו, וגם יתיישב מאי דמשמע מדבריו בהלכות שאלה ופקדון דכל שומר שמסר לשומר הוה ליה פושע שכונתו דוקא במיעט בשמירתו כגון שמסרו לבני ביתו הקטנים או למי שאינו שרוי בביתו.

פרק יז

[רמב"ם פ"ד שאלה ופקדון הל"ח והל"ט] בו יתיישבו דברי הרמב"ם דבאשה ששאלה ואחר כך נשאת מבואר דאם היה דין הבעל כשואל חייב לשלם למשאל אם פשע אף שאשתו לא הודיעתו שהחפץ הוא שאול, ובמסר השומר החפץ לבני ביתו ולא הודיען שהוא פקדון משמע מהרמב"ם שפטורים אף כשפשעו.

פרק יח

[רמב"ם פ"ד נזקי ממון הל"ד] בו יתבאר הנוסחא הישנה ברמב"ם שהמוסר בהמתו לשומר ושמירה מעולה ויצאת והזיקה השומרין פטורים והבעלים חייבים, על פי דברי המגיד משנה התמוהים שכונתו בדברים שהיא תמה להם שבהן הבעלים חייבין אפילו בשמירה מעולה כמו שיתבאר.

פרק יט

[רמב"ם פ"ד נזקי ממון הל"ו] בו יובאו דברי המגיד משנה דבמסר בהמתו לחרש שוטה וקטן ועשו שמירה מעולה וחתרה ויצאה והזיקה הבעלים חייבים מדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ויוקשה שהרי לא קירבה הפשיעה את האונס שגם הבעלים לא היו עושים שמירה מעולה יותר ממה שעשו.

פרק כ

[רמב"ם פ"ד נזקי ממון הלי"א] בו יובא מה שכתב הרמב"ם דבמסר שומר לשומר אחר הראשון חייב לשלם לניזק שהשומר שמסר לשומר חייב והניזק אומר לו למה לא שמרת בעצמך ומסרת לאחר, ותתיישב השגת הראב"ד דהרי לענין שמירת נזקין לא שייך כלל טענת אין רצוני וכו'.

שער טז: בענין שבועת הנוטלין ושבועת היסת

ובו ט' פרקים

פרק א

[שבועות מא.] בו יוכיח דרש"י בשבועות סבירא ליה כדברי הרא"ש דלא מפכינן שבועה אלא מנתבע להתובע אבל תובע אינו יכול להפך על הנתבע דאומר לו או השבע וטול או זיל, וליכא היפוך אלא בשבועת היסת, ודלא כמו שמבואר בדבריו בכתובות לענין פוגמת כתובתה.

פרק ב

[שבועות מא.] בו יבוארו דברי הרמב"ם שפסק דבפוגם שטרו המלוה נשבע ונוטל ובהלכה שלאחריו חזר והביא דין פוגם שטרו עוד הפעם שפסק דבתובע את חברו בשטר והלוה טוען שפרע שטר זה או מקצתו יכול הלוה לומר אישתבע לי דלא פרעתיך כולו או מקצתו בנקיטת חפץ.

פרק ג

[שבועות מא.] בו יובאו דברי רש"י דאם טען הלוה אישתבע לי דלא פרעתיך והתובע תלמיד חכם אינו נשבע ואינו גובה, ודברי המחבר דיכול לישבע אם רוצה, ויובאו גם דברי רבינו חננאל דאם המלוה תלמיד חכם משתקים את הלוה וגובה, ודברי הרא"ש דתלמיד חכם יכול לתפוס.

פרק ד

[שבועות מה.] בו יבואר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם שכיר קטן נשבע ונוטל אף על גב שהוא קטן או שבעל הבית נשבע ונפטר, וגם תתיישב מה שהקשה הר"ן על דברי הרמב"ם דהרי בירושלמי אמרינן שאין מוסרים שבועה לעבד ואם כן הוא הדין דאין מוסרים שבועה לקטן.

פרק ה

[שבועות מד:] בו תתיישב הסתירה בדברי הרמב"ם שפסק דכל הנשבעים ונוטלים אפילו לא יטענו אלא פרוטה נשבעים כעין של תורה, ובמקום אחר חולק על רבותיו שהורו שאין צריך טענת שתי כסף וכתב שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואחר כך ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול.

פרק ו

[**כתובות פז:**] בו תתישב סתירת דברי רש"י דבשבועות מבואר דס"ל דנשבעין ונוטלין לית בהו דין היפוך שבועה ובכתובות כתב דאם פוגמת כתובתה נשבעת ונוטלת מדרבנן יכול להפך השבועה, וגם יתבאר מאי דסבר רמי בר חמא דבפוגמת כתובתה שבועה דאורייתא היא.

פרק ז

[**כתובות פז:**] בו תתישב סתירת דברי רש"י שכתב בעד אחד מעיד שכתובתה פרועה נשבעת ונוטלת בלי נקיטת חפץ ובאלמנה שגובה מן היתומים כתב שנשבעת בנקיטת חפץ, ויחולק בין שבועה זו שהיא כדי להפיס דעתו של בעל לשבועת השכיר שהיא כדי להפיס דעתו של בעל הבית.

פרק ח

[**כתובות פז:**] בו יבוארו דברי התוס' גבי עד מעידה שכתובתה פרועה דנשבעת ונוטלת כתובתה מבעלה ואחר כך תובע ממנה שפרע לה שתי פעמים ומשביעה שבועה דאורייתא, דמעלת שבועה דאורייתא היא דאמרינן בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם וגם אינה יכול להפך השבועה.

פרק ט

[**כתובות פז:**] בו יובא מחלוקת התוס' עם הרי"ף והרא"ש אם מהפכין שבועה גם באלו שנשבעים ונוטלים או דוקא באלו שנשבעים שבועת היסת, ויבואר דפלוגתתם תליא ביסוד דין שבועה שנתהפכה אם הויה שבועה חדשה או דלמא שהשני נשבע במקום הראשון.

שער יז: בענין גלגול שבועה ושבועת סוטה

ובו ט"ז פרקים

פרק א

[קדושין כו:] בו יבוארו דברי רש"י דנשבעין על הקרקעות על ידי גלגול אף על גב דאין נשבעין על הקרקעות, וגם מה שכתב דהא דתנן נכסים שאין להם אחריות זוקקין נכסים שיש להם אחריות לישבע קאי על הנכסים ולא על בית דין, ומה שכתב הריטב"א דקאי על בית דין.

פרק ב

[קדושין כז:] בו יבוארו דברי הירושלמי דמדרשא דגלגול שבועה ילפינן דמגלגלין שבועה גם על דברים שאינם ראויים לשבועה, וייתיבו מה שכתב הרמב"ם דאם אמר הריני משלם ואיני נשבע על טענה ראשונה מכל מקום עדיין נשבע על הגלגול כשתובעו ברי אבל לא כשתובעו שמא.

פרק ג

[קדושין כז:] בו יובאו דברי התוס' שהביאו ראיה דבא על הסוטה בשוגג הוי מנוקה מעון מהא דמגלגל עליה שבועה שלא זינתה תחתיו ארוסה, ויוכיח דאינו יכול לגלגל שבועה שסותרת לעיקר השבועה, ויתבאר מה שתירצו התוס' שאני הכא שבשעת השקאה יודע שבא עליה באיסור.

פרק ד

[קדושין כז:] בו יובא קושית התוס' דלוקמה אמן שלא סטיתי ארוסה בכהאי גוונא שנסתרה כשהיתה ארוסה ולא נודע להבעל שנסתרה עד שכנסה ונמצא שבא עליה בשוגג דבכהאי גוונא מנוקה מעון קרינא ביה, ויבואר דקושית התוס' קאי לפי ההוה אמינא דסוגית הגמרא ביבמות.

פרק ה

[קדושין כז:] בו יבואר הא דאמרינן בגמרא אשכחן סוטה דאיסורא ממונא מנלן ולא קאמר ממונא מאיסורא לא ילפינן, ויבוארו דברי המהרי"ט דאם משביעו על ידי עד אחד שלא גנב ממנו יכול לגלגל עליו שלא יגנוב ממנו להבא כמו שבעל יכול לגלגל עליה שתטמא תחתיו להבא.

פרק ו

[קדושין כז:] בו יבואר הא דילפינן גלגול שבועה בממון בקל וחומר מסוטה שאינו יכול לתבוע שבועה אלא כשנסתרה על פי שני עדים ובממון תובע שבועה על פי עד אחד, דאינן דומין זה לזה דבממון משביעו על הממון שמעיד עליו העד ובסוטה משביעה על הזנות ולא על הסתירה.

פרק ז

[קדושין כח.] בו יבואר מה שכתבו התוס' דאין למילף דמגלגלין שבועה על ממון בטענת שמא בקל וחומר מסוטה שמגלגל עליה שבועה בטענת שמא, כמו דילפינן עיקר דין גלגול שבועה בממון בקל וחומר מסוטה, כיון דבסוטה גם עיקר שבועתה באה על ידי טענת שמא.

פרק ח

[קדושין כח.] בו יבואר הא דאין מגלגלין שבועה על טענתו שאמר לו השבע לי שאין עבדי אתה משום דהקורא לחבירו עבד שמותי משמתינן ליה, ולמה לא אמרינן דזו טענה מעלייתא היא דממונא אית ליה גביה כמו דאמרינן כשאומר לחבירו השבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי.

פרק ט

[קדושין כח.] בו יבואר הא דהקורא לחבירו רשע אין בית דין נזקקין לו אבל הוא מותר לשנאתו ואף למעט פרנסתו ולירד לאומנותו מה שאין כן הקורא לחבירו ממזר בית דין נזקקין לו להכותו מכת מרדות, דבקוראו ממזר אין לחוש שהאמת כן מה שאין כן בקוראו עבד.

פרק י

[קדושין כח.] בו יבואר הא דאמרינן בגמרא דהא דאמר רבא שבטוען הישבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי יכול לגלגל עליו שבועה בא לאשמעינן דלא נימא אם איתא דנמכר לו קלא אית ליה למילתא, ויבואר למה תלוי חידוש זה בהא דס"ל לרבא עבד עברי גופו קנוי והוי כקרקע.

פרק יא

[סוטה יד.] בו יבואר שסדר הרמב"ם בהשקאת סוטה הוא מכוון אף דלכאורה אינו כסדר הפרשה או המשנה, וגם יבואר למה הכניס הרמב"ם השקאת סוטה בין קידוש המנחה בכלי שרת והקטרתה על המזבח, ויתיישבו דברי התוס' ולא ידענו אם סדר התנא או הפרשה דוקא.

פרק יב

[**סוטה כח.**] בו יבואר למה הביא הרמב"ם דינא דגמרא דהכהן מודיע לה דבטן ברישא והדר ירך כדי שלא להוציא לעז על המים לאחר שאמר לה בקללה ירך תחלה ואחר כך בטן, ולא הביא דינא דגמרא דהכהן מודיע לה שוגג או מזיד אונס או רצון כדי שלא להוציא לעז על המים.

פרק יג

[**בבא מציעא צז.**] בו יובא שהרמב"ם הביא בבא דשתי פרות אחת שאולה ואחת שכורה ומתה אחת מהן שואל אומר שכורה מתה ומשאל אומר איני יודע פטור ולא מוקי לה במאמינו שכדרכה מתה כמו שכתבו התוספות, ויבואר למה אינו יכול לגלגל עליו שבועה ששכורה מתה.

פרק יד

[**בבא מציעא צז.**] בו יובא דנחלקו התוס' והנמוקי יוסף בגלגל עליו שבועה ואמר איני יודע אם נשבע שאינו יודע, ויבואר דתליא בהא דנחלקו בטעמא דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם בשבועת גלגול, גם יבואר מה שחילק הנמוקי יוסף בין תבעו ברי בטענת גלגול לתבעו שמא.

פרק טו

[**בבא מציעא צח:**] בו יבואר הא דבשתי פרות אחת שאולה ואחת שכורה ומתה אחת מהן יכול להשביעו שמתה כדרכה ומגלגל עליו ששכורה מתה, ואף על גב דמבואר מדברי התוס' בקדושין לענין לגלגל עליה שלא זינתה ארוסה דאין מגלגלין שבועה שסותרת לעיקר השבועה.

פרק טז

[**בבא מציעא צח:**] בו יבוארו דברי הרמב"ם בשתי פרות אחת מהן שאולה ואחת מהן שכורה ומתה אחת מהן והנפקד אומר שהשכורה היא שמתה דאין צריך הנפקד לישבע שמתה כדרכה אלא אם כן שניהם טוענים ברי, אף על פי דלשבועת השומרים לא בעינן שיהא להמפקיד טענת ברי.

שער יח: מי אינו יכול לישבע וחשוד על השבועה

ובו י"ד פרקים

פרק א

[**בבא מציעא צח:**] בו יובא מחלוקת הרא"ש והרמב"ן אם התובע יכול לגלגל שבועה על הנתבע שנתחייב לשלם מדינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ואם יש דינא דמתוך בשבועה שנתחייב על ידי גלגול, וגם יתבאר מאי דפליגי אם אמרינן מתוך היכא דהנתבע לא הוה ליה למידע.

פרק ב

[**שבועות מא.**] בו יבואר דהמחויב שבועה דאורייתא ואינו רוצה לישבע נחתין לנכסיה מדין כפיה כהא דמשמתין למי שאינו רוצה לישבע שבועה דרבנן, ויבוארו מה שכתב הרמב"ם דיורדין לנכסיו וגובין מהם מה שתבע שהרי התובע אומר איני זו מדין תורה או השבע או תן לי.

פרק ג

[**שבועות מד:**] בו ידון בדין שומר חשוד שתבע ממנו המפקיד בטענת שמא אם אמרינן דכיון שאינו המפקיד יכול לישבע אינו נוטל או דאמרינן מתוך שאין הנתבע יכול לישבע משלם, ויוכיח דהרמב"ם סבירא ליה כשיטת הרמ"ה דאמרינן מתוך שאין הנתבע יכול לישבע משלם.

פרק ד

[**שבועות מז.**] בו יתיישבו דברי הרא"ש שפסק דבשניהם חשודים יחלוקו ופסק גם כן כמאן דאית ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ויוכיח דבשאר דוכתי גם רבי יוסי אית ליה דינא דמתוך, והרא"ש חולק על תוס' דסבירא להו דרבי יוסי חולק על רבי אבא ולית ליה דינא דמתוך.

פרק ה

[**שבועות מז.**] בו יבואר מה שפירש רש"י דברי רבותינו שבבבל דחזרה שבועה למקומה שחזרה לסיני רצונם לומר לשבועת הרי סיני שהשביע הקב"ה את ישראל על לא תגזול, אף דס"ל לרש"י דכולי עלמא לא פליגי דבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

פרק ו

[שבועות מז.] בו יבוארו דברי רש"י דאם מת לוח בחיי מלוה אין בני המלוה יכולים לגבות מבני הלוה דאין אדם מוריש שבועה לבניו, שאינם יכולים לישבע אלא שלא פקדנו אבא ואינם יכולים לישבע שלא נתקבלתי שהיא השבועה המוטלת על האב וגם בני הלוה אינם יכולים לישבע.

פרק ז

[שבועות מז.] בו יבוארו דברי התוס' דלמאן דאית ליה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אין חילוק בין אם התובע אינו יכול לישבע או הנתבע אינו יכול לישבע לעולם חייב הנתבע לשלם אם ליכא שבועה בפועל, ושמעון בן טרפון דדריש קרא למילתא אחריתא לית ליה דינא דמתוך.

פרק ח

[שבועות מז.] בו יבוארו דברי רש"י דמי שטוען אין חטפי ודידי חטפי נפסל משבועת לא חטפתי כי היכי דגזלן נפסל לשבועה, ואע"ג דבלי הפסול אינו יכול לישבע שלא חטף שכבר הודה שחטף, וגם יתבאר מה שהוצרך רבי אבא לחדש לרב אמי דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם.

פרק ט

[שבועות מז.] בו יבואר מה שכתבו התוס' במחלוקת רבי אבא ורב ושמואל כשהיתה השבועה מוטלת על המלוה ואין בניו יכולים לישבע, וגם יתבאר מה שפירש רבינו תם במחלקותם ומה שכתב דאילו היתה שבועת התובע מדאורייתא היינו אומרים מתוך שאינו יכול לישבע יפסיד.

פרק י

[שבועות מז.] בו יבוארו שני הפירושים בהר"ן דאף דקיימא לן כרבי אבא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם קיימא לן כרב ושמואל דבשניהם חשודים חזרה שבועה לסיני, וגם יבואר דאף דאמרינן לענין פוגם שטרו הבו דלא לוסיף עלה הוא מדין טענינן כמו במת לוח בחיי מלוה.

פרק יא

[בבא מציעא ה.] בו יחקור אם תקנת שכןגדו נשבע ונוטל היתה לטובת התובע או לטובת הנתבע, ויוכיח דפליגי בזה תוס' עם הרא"ש והר"ן, ויתורץ קושית רע"א דהוה להו להתוס' לקבוע קושייתם דבחשוד על השבועה נימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם בפרק ז' דשבועות.

פרק יב

[**בבא מציעא ה.**] בו יובאו דברי תוס' דבחשוד על השבועה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דהוא ברצון ישבע אם נניחנו, ויתיישב הא דאמר רבי אבא דבשניהם חשודים על השבועה חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם אף שהוא ברצון היה נשבע אם נניחנו.

פרק יג

[**בבא מציעא ה:**] בו יובא מה שכתבו התוס' דאף דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא רבנן פסלו את הגזלן לשבועה, ויתיישב לדבריהם היאך משביעים את החשוד דהא הוה ליה ספק גזלן והיאך פוטר נפשו בשבועתו, ויוכיח דלא ס"ל כדבריהם בגיטין דדוקא היכא דנודע פסולו פסלוהו.

פרק יד

[**רמב"ם פ"ב טוען ונטען הל"ג**] בו יבואר מה שכתב הרמב"ם שמי שהודה מפי עצמו שהוא חשוד על שעבר עבירה שנפסל בה אם נתחייב שבועה משביעין אותו, ולא אמרינן שנאמן לחובתו על עצמו מדין הודאת בעל דין כמאה עדים שהוא חשוד ושאין שבועתו פוטרתו כמו בבאו עדים שהוא פסול.

שער יט: בענין סדר השבועה

ובו כ' פרקים

פרק א

[שבועות לח:] בו יובא מחלוקת התוס' והראשונים אם נקיטת חפץ הוא מעצם דיני השבועה או שהוא מדיני איום שבית דין מאיימים על הבא לישבע, וגם יתבאר דלתוס' כל העונה אמן כמוציא שבועה מפיו דמי הוא דין בקבלת השבועה ולא דהוה ליה בעצם מושבע מפי אחרים.

פרק ב

[שבועות לח:] בו יובא שהסמ"ע פירש שמה שצריך הנשבע לישבע כשהוא מעומד הוא כדי לאיים עליו ותלמיד חכם אין צריך לישבע מעומד שאינו צריך איום כל כך, והרא"ש פירש דבעינן מעומד משום דשבועה כגמר דין דמיא ותלמיד חכם מיושב משום דכבוד התורה עדיף.

פרק ג

[רמב"ם פ"ט שבועות הל"א והל"ב] בו יבואר מה שחילק הרמב"ם בין שבועת העדות ושבועת הפקדון לענין מושבע מפי אחרים, דשבועת העדות אינם חייבים עד שיכפרו בבית דין וגם ישיבעם התובע בבית דין מה שאין כן בשבועת הפקדון חייב אם כפר בבית דין אף אם השביעו חוץ לבית דין.

פרק ד

[רמב"ם פי"א שבועות הל"ח] בו תתיישב שיטת רבותיו של הרמב"ם דסוברים שאין משביעין שבועת הדיינין אלא בלשון הקודש מהא דאיתא בגמרא שאף היא בלשונה נאמרה, וגם יחולק בין דין איום המוטל על בית דין ובין דין איום בעצם השבועה דצריך לבטאה באופן שתהא השבועה מאוימת עליו.

פרק ה

[רמב"ם פי"א שבועות הל"י] בו יבואר דאף דמצינו בשבועת העדות ובשבועת הפקדון דחייב קרבן שבועה במושבע מפי אחרים על ידי כפירה בלבד אף על פי שלא ענה אמן, מכל מקום סבירא ליה להרמב"ם דלא ילפינן משבועות אלו לשבועת הדיינין ואינו חייב אלא אם כן ענה אמן אחר השבועה.

פרק ו

[חו"מ סי' פ"ז סעי' י"ג] בו תתיישב ראית הש"ך מההיא רעיא דאף שבועת היסט צריכה נקיטת חפץ, ויחקור היכא שכנגדו חשוד על השבועה אם מעיקרא חלה השבועה על החשוד רק משום שאינו יכול לישבע תיקנו חכמים דשכנגדו ישבע ויטול או דמעיקרא חל דין שבועת הנוטלין על התובע.

פרק ז

[חו"מ סי' פ"ז סעי' י"ג] בו ידון במה שכתב הש"ך דאם נתחייב הנתבע שבועת היסט ותפס התובע יכול התובע לומר קים לי כהנך פוסקים דהיטת צריך נקיטת חפץ ולא אחזיר עד שתשבע בנקיטת חפץ, ובמה שדחה הקצות החושן דאין לו על הנכסים כלום דבשבועת היסט לא נחתין לנכסיה.

פרק ח

[רמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"ו והל"ז] בו יחולק בין הנשבעין ונוטלין שדינן ליטול הוא רק על ידי שבועה ובין אלו שנוטלין מעיקר הדין רק שחכמים תיקנו שישבעו, ויתיישבו דברי הרמב"ם שפסק שהנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוטה ומעלה ופסק שבשבועת הנוטלין צריך הנתבע שיכפור בשתי מעין.

פרק ט

[שבועות לט:] בו יתיישבו קושיות התוס' על פירוש רש"י דלא טענו משקל ואע"פ שזה כסף וזה נחושת ממין הטענה היא דכולהו מטבע נינהו, דאם אינן טבועות חסרה טענת שתי כסף ועוד מה בין זה לעבד גדול ועבד קטן ומנורה גדולה ומנורה קטנה דאמרינן מה שטענו לא הודה לו.

פרק י

[שבועות מ.] בו יבואר דפליגי הרמב"ן והרא"ש לשיטתייהו דלהרא"ש מטבע הוי כלי ולכן בטענו מטבע גדולה והודה לו בקטנה אין ההודאה ממין הטענה כיון דאי אפשר לגוררה, ולהרמב"ן מטבע אינו כלי רק חומר שאין ההפסד מצוי בו ולכן גדולה וקטנה הוי שפיר ממין הטענה.

פרק יא

[שבועות מא.] בו יבואר מה שחילק הרי"ף דדוקא בנשבעין ונפטרינן יכול מי שהשבועה

מוטלת עליו להפוך את השבועה על שכנגדו מה שאין כן בנשבעין ונוטלין אין התובע יכול להפוך השבועה על הנתבע שיכול הנתבע לומר אי אפשר בתקנה זו אף על גב שהיא לטובתי.

פרק יב

[שבועות מב:] בו יובא מה שפירש רש"י בההוה אמינא דלרבי אליעזר בן יעקב חייב שבועה על טענת עצמו וקטן הבא בטענת אביו לא גרע מטענת עצמו, ויתיישב למה צריכים לטענת קטן תיפוק ליה שחייב שבועה על טענת עצמו, ויבואר דבטענת עצמו איכא טענה וכפירה.

פרק יג

[שבועות מב:] בו יבואר דלהרשב"א שהובא בהר"ן כשכפר במקצת קרקעות ובמקצתן שהודה לו חפר בהן בורות שיחין ומערות גם הודאתו על הקרקעות אין בו דין הילך כיון שעדיין לא השיבן לו כשהן מתוקנין ויש בזה פטור קרקעות משבועה גם מחמת הודאתו על הקרקעות.

פרק יד

[רמב"ם פ"ה טוען ונטען הל"ב] בו יובא שיטת הראב"ד דבתבע הניזק לתקן היזק קרקע לא שייך שבועת התורה דאין נשבעין על הקרקעות ובתבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעות ממון ושייך חיוב שבועת התורה, ויבואר מה שכתב המשנה למלך שאם העפר בעין יכול לתובעו למלאות החפירות.

פרק טו

[שבועות מב:] בו יבואר בארוכה סברת הרמב"ן והרא"ש ליישב שיטת הר"י מגאש שכתב דהיכא דאמר מלוה אנא לא ידענא כמה היה שוה המשכון אבל זאת ידענא שהיה שוה יותר מדמי ההלוואה שהיה לי עליו ואין יודע כמה הוה ליה מחויב שבועה ואין יכול לישבע ומשלם.

פרק טז

[שבועות מב:] בו יבואר שמה שכתב הר"ן לענין עשר גפנים טעונות מסרתי לך והלה אומר אינן אלא חמש דמקרי דבר שבמדה דסגי בדבר שבמדה מצד אחד יתפרש לשני

התיירוצים שכתבו התוס' דבחסירה רק מעט מקרי אין ידוע חסרונה אי נמי דבעינן שיזכיר הנתבע מדה בהודאתו.

פרק יז

[שבועות מג.] בו יובא מחלוקת הראשונים אם חייב שבועת מודה במקצת במתחייב מתוך טענתו, ולהרמב"ם והרמב"ן גם המתחייב מתקנת כנגדו נשבע ונוטל בנחבל ונגזל בכלל זה, ולהריטב"א שאני התם שאין הגוביינא בשבועה אלא מן התקנה ועד שישבע לא תיקנו.

פרק יח

[שבועות מח:] בו יבואר שרש"י הוכיח כשיטתו דבנשבעין על טענת שמא בעינן הודאה במקצת מהא דאמרינן בגמרא והוא שיש טענה בינייהו שתי כסף כמאן כשמואל, ולהר"י מגאש והרמב"ם דאין צריך הודאה צריך לומר דקושית הגמרא היא רק ממשמעות הלשון.

פרק יט

[שבועות מט.] בו יבואר דנחלקו הראשונים בהא דשביעית משמטת את השבועה, אם משמטת השבועה עצמה או הממון שמחייב את שבועה, ומחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפירוש הירושלמי מלוח ונעשית כפרנית אין השביעית משמטתו, והאיבעיא בירושלמי אם נגבית מבינונית.

פרק כ

[ח"מ סי' קט"ו סעי' א'] בו יחקור בהא דיכול המלוה לומר לדידי שוה קרקע זו כנגד כל החוב אם הוא מדין לדידי שוה לי שיכול לקבוע שומא לעצמו, או משום דאם רוצה המלוה בכך קרקע שוה חמשים יכולה להיות תשלומין גמורין לחוב של מאה, ויתבאר דבזה תלוי מחלוקת סמ"ע והש"ך.

שערי החזקות

שער א: בענין חזקת מטלטלין

פרק א

בו יבוארו דברי התוס' לפרש מה קאמר התנא דכותל החצר שנפל חולקים משום שמתחלה היו מחויבים לבנות הכותל ביחד, והלא בבקעה היכא דלא עשו חזית לא לזה ולא לזה הדין הוא דחולקים אע"פ שלא היו מחויבים לבנות הכותל ביחד.

[**בבא בתרא ב.**] מתניתין השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר בונין את הכותל באמצע מקום שנהגו לבנות גויל וכו' הכל כמנהג המדינה וכו' לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם וכו' אבל בבקעה מקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבין אותו אלא אם רצה כונס לתוך שלו ובונה ועושה חזית מבחוץ לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים שלו אם עשו מדעת שניהם בונין את הכותל באמצע ועושין חזית מכאן ומכאן לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה לפיכך אם נפל הכותל וז"ל: פירוש לפי שבונים הכותל בעל כרחם וכו' ואם תאמר ומאי איריא משום דבונין הכותל בעל כרחם בלאו הכי נמי הוי של שניהם אפילו נפל לרשותא דחד מינייהו כיון דאין חזית לא לזה ולא לזה כדפריך בגמרא גבי בקעה (דף ד:): לא יעשה חזית לא לזה ולא לזה ואי הוה דהאיד דנפל לרשותו מאי פריך הא צריך לעשות חזית שלא יפול לרשות אחר ויאמר שלו הן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ועיין מה שכתב רש"י שם בד"ה ולא יעשו וז"ל: חזית לא לזה ולא לזה והרי סימן שלא עשאה האחד בשלו שאילו עשאה היה עושה חזית מבחוץ עכ"ל, יעו"ש, ולמד רש"י דמה שחולקים אם לא יעשו חזית לא לזה ולא לזה אינו משום דאין תפיסה מועילה במקום ספק אלא משום דכיון שתיקנו חכמים שמי שבא לבנות כותל בבקעה מדעת עצמו עושה חזית, והכא ליכא חזית לא לזה ולא לזה, הרי זה סימן ששניהם בנאוהו, ואין להוכיח דהתוס' פליגי על דברי רש"י ממה שהקשו דגם בחצר נימא דכיון דאין חזית לא לזה ולא לזה יחלוקו, ולמה תלה טעמא במה שחייבו שניהם לבנות, דשפיר יש לפרש קושיתם גם לפי פירוש רש"י, דלולי התקנה היה חצר נחשב כמו בבקעה, ותקנת חזית בבקעה היתה שייכת גם בחצר, ואם כן גם אם לא חייבו אותם לבנות היו חולקים, דכין שאין חזית לא לזה ולא לזה הרי זה סימן שעשאוהו ביחד.

אולם ממה שכתבו התוס' בהמשך דבריהם מוכח דפליגי על דברי רש"י וז"ל: והא דאמרין בהשואל (ב"מ דף ק.) גבי מחליף פרה בחמור וכן בריש הבית והעלייה (שם דף קטז:): וליחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה היינו משום דהתם מתחילה מבורר היה הדבר וברשות אחד מהן נולד הספק אבל הכא מעיקרא נולד הספק ואם היו באין לחלוק בעוד שהכותל קיים היו חולקין בשוה מספק אפילו לרבנן דסומכוס דלית להו ממון המוטל בספק חולקין הכא מודו כיון דליכא הכא חזקה לזה יותר מלזה הילכך אפילו נפל לרשותא דחד מינייהו לא יפסיד האחר

כחו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואם כדברי רש"י אין שום דמיון בין היכא דאין חזית לא לזה ולא לזה, דיש הוכחה חיובית ששניהם עשאוהו, לבין מחליף פרה בחמור או הבית והעליה שנפלו דאין בהם שום הוכחה כלל.

ואפשר לומר שקושית התוס' היתה דהרי אין תפיסה ממרא קמא מועילה דאמרינן חזקה כל מה שתחת ידו שלו, ואם נניח תפיסה אם כן לא שבקת חיי לכל בריה, כמו שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' ט"ז, יעו"ש, והיינו דינא דנסכא דרבי אבא שאם ראינוהו שתפס ואין לו מיגו מוציאים מידו, כמו שכתב הרשב"א, ועיימש"נ בש"א פ"ד, והיה אפשר לומר דכל זה היכא שידוע בברירות שהמרא קמא הוא הבעלים, אבל מבקעה מבואר דאין מוחזק מוציא מחזקתו של המרא קמא אע"פ שאין חזקתו מבוררת, אלא כל זמן שהכותל היה עומד נתחזקו שניהם רק מספק, ואע"פ כן אין תפיסתו של אחד מהם מועילה להפקיע כחו, ואם כן הוא הדין בכותל שבחצר יחלוקו גם בלי התקנה, ועל יסוד זה הקשו ממחליף פרה בחמור ובית ועליה שנפלו, דגם שם לא נתחזק המרא קמא בברירות קודם התפיסה ואין מוציאים מיד המוחזק, ומאי שנא מבקעה שמוציאים מיד המוחזק.

אכן יש להקשות דבשלמא בבית ועליה, שאנו דנים על אבנים השלמים, הרי לא נודע בחזקת מי היו קודם שנפלו הבית והעליה, ושפיר חזינן שמוחזק מוציא מחזקת מרא קמא שאינה מבוררת, אבל במחליף פרה בחמור הרי בעל הפרה היה ודאי מרא קמא על בשר הולד כשהיה במעי אמו, ועל כרחך צריך לומר דתפיסה קודם שנולד הספק מחזקת מרא קמא מועילה כמו שתירצו, אבל לא נתבאר מה היתה קושיתם מתחלה, ואפשר לומר שחזקת המרא קמא איתרע על ידי לידת הספק, והרי זה דומה לבית ועליה ולבקעה שכל דין חזקת המרא קמא הוא מספק.

אולם נראה שהתוס' בקושיתם עדיין לא נחתו לכח המרא קמא לגבי הספק, אלא הקשו דלמה תועיל תפיסה במקום ספק, הרי מצינו בבקעה דבמקום ספק חולקים ואין תפיסה מועילה, ודומה למה שהקשו התוס' בכתובות (דף כ.) בד"ה ואוקי ממונא בחזקת מריה וז"ל: פירש בקונטרס ואין נאמנין דקתני לאו דמגבינא בשטרא אלא דלא קרעינן ליה ונפקא מינה דאי תפס לא מפקינן מיניה וקשה דאמר בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:): גבי ספק בכור תקפו כהן מוציאים אותו מידו אלמא תפיסה דלאחר ספיקא לאו כלום היא וכו' ויש לומר דשאני גבי בכור שכהן תופס מספק דאין יודע אם בכור הוא אבל הכא שטוען ברי מהניא תפיסה וכו' ועוד יש לומר דהכא מיירי כשתפס קודם שנולד הספק עכ"ל, יעו"ש.

והכא נמי קושית התוס' היא דתפיסה דלאחר ספיקא לאו כלום היא, ולא משום שבא להוציא מחזקת מרא קמא אלא משום שכבר חל דין חלוקה על הספק, וכמו שכתב הרשב"א לקמן (דף ד.) סוף דינא כתחלת דינא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פ"ד, אבל אם היה מוחזק ביד אחד בשעה שנולד הספק הרי תחלת דינא הוא המוציא מחבירו עליו הראיה ולא חלוקה, וממילא נשאר ביד זה שנמצא בידו, ולעולם אין תפיסה מועילה, והא דקאמר בבבא מציעא שם גבי מחליף פרה בחמור ועומדת

בסימטא ונוקמא אחזקת דמרא קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה, יעו"ש, אין זה מדין חזקת מרא קמא אלא משום דבעומדת בסימטא המרא קמא הוא המוחזק.

ותירצו התוס' וז"ל: ומתרץ ר"י דהיינו הך דפריך בגמרא פשיטא כדפירש בקונטרס דאפילו לא פסיק לן דינא דמתניתין שמתחילה בין שניהם עשאוה בעל כרחם היו חולקין בשוה ואפילו דנפל לרשותא דחד מינייהו כדמוכח גבי בקעה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר שלא פירשו התוס' דברי רש"י שם כמו שפירש הרשב"א דקושיא דפשיטא אינה כשנפל הכותל לרשות אחד מהם אלא במקומו, ואע"פ שזה מלתא דאי אפשר לא בא אלא לפרש המשנה בדרך קושיא ותירוץ, ועיימש"נ בש"א פ"ד, אלא פריך פשיטא אם נפל לרשות חד מינייהו דיחלוקו, וכמו גבי בקעה, ועיימש"נ בש"א פ"ג בדברי רש"י שם.

וצריך לומר דבקושיתם פירשו התוס' מאי דקאמר פשיטא כדרך הרשב"א, ומשני בגמרא דנפל לרשות חד מינייהו, ועל זה הקשו התוס' הלא עדיין פשיטא היא, וגם בלי התקנה צריכים לומר יחלוקו כמו גבי בקעה, ועל זה תירץ ר"י דהיא גופא מאי דפריך בגמרא פשיטא, וכפירוש רש"י ולא כפירוש הרשב"א.

ובתירוץ הגמרא פירש ר"י וז"ל: ומשני לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו פירוש ושהו ברשותו הרבה מהו דתימא כיון דשהו ברשותו הרבה ניהמניה שעשאוה כולה מיגו דאיבעי אמר ממך לקחתיה והיה נאמן משום דשהו הרבה וכו' ולא דמי לגודרות דאין להם חזקה (לקמן דף לו.) לפי שאין יודע ביד מי הם אבל הכא לא היה לו להשהותו כל כך ברשותו קמשמע לן כיון דמעיקרא על שניהם היה לעשות לא מהימן לומר שהוא עשה הכל דמיגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא עשאה לבדו כיון שהיה יכול לדחוק את חבירו בדין שהיה עושה עמו אבל בבקעה אם שהו הרבה היה נאמן לומר שעשאה במיגו דאי בעי אמר לקחתיה עכ"ל, יעו"ש.

ובשהו הרבה צריך מיגו דאי בעי אמר לקחתיה משום דבלי המיגו אינו נאמן לומר אני בניתי, שכבר חל דין חלוקה על הכותל לגבי הספק מי בנה אותו, אבל אם טוען לקחתיה נולד ספק חדש אם היה מקח, ועל ספק זה עדיין לא חל דין חלוקה, וכיון שנפל לרשותו יכול להחזיק בהאבנים, ויכול נמי לומר אני בניתי מיגו דלקחתיה, קמשמע לן דכיון דאיכא תקנה אנן סהדי שבנאוהו ביחד והוי מיגו במקום עדים. וסברת התוס' היא דאם שהו הרבה ולא מיחה הרי זה מוכיח שהוא שלו, וכעין מה שכתב הרשב"ם לקמן (דף לו.) בד"ה ומשני דבגודרות יש חזקה אחר שלש שנים מדלא מיחה, ועיימש"נ בש"א פ"כ, ואע"ג דשהו הרבה לגבי שותפים הוא טעם לבטל הכלל דשותפים לא קפדי אהדדי, ואילו היה דין שהו הרבה בגודרות היה מועיל משום ראייה, מכל מקום אם מצינו דבגודרות אין שהו הרבה ראייה, הוא הדין דדין שותפי לא קפדי אהדדי נמשך אפילו אם שהו הרבה.

וממה שכתבו התוס' דבגודרות לא מהני שהו הרבה לפי שאינו יודע ביד מי הם ולא היה יכול למחות לכאורה מבואר דס"ל כשיטת הרמב"ם דהא דמשני לקמן שם

דגודרות יש להם חזקה לאחר שלש שנים קאי רק על עבדים ולא על עזים, ודלא כדברי הרשב"ם דגם בסתם גודרות יש לו חזקה לאחר שלש שנים, אי נמי יש לומר דבשהו הרבה ליכא הוכחה דמדלא מיחה מפני שלא ידע ביד מי הם, אבל אחר שלש שנים מסתמא נודע לו והיה לו למחות.

וכתבו התוס' דמשום הכי צריכים להתקנה שיהא הדין יחלוקו משום דלולי התקנה הייתי אומר דנאמן לומר אני בניתי מגו דאי בעי אמר לקחתיה ממך, קמשמע לך דכיון שאיכא תקנה אנן סהדי ששניהם בנאוהו, והוי מיגו במקום עדים, אבל לולי האנן סהדי אם נפל ושהו הרבה היה נאמן במיגו דלקחתיה, ויש להבין אם ליכא אנן סהדי למה צריך מיגו, הרי הכותל מוחזק בידו וטוען אני בניתי.

אלא היינו טעמא משום דכיון דתחלת דינו כסוף דינו, וכל זמן שהכותל עומד היה הדין דיחלוקו, אם כן עדיין הכותל בחזקת שניהם לגבי הספק מי בנאו אע"פ שנפל לרשותו, ואין טענת אני בניתי עם הראיה דשהו הרבה מוציא מיד השני שהוא עדיין מוחזק בהחצי, אבל טענת לקחתיה מועילה, דלגבי ספק זה אם לקחה ממנו לא הוחזק השני, דלא היה תחלת דין על כך, ולגבי טענת לקחתי הרי זה שנפל לרשותו מוחזק, ומשום הכי נאמן לומר אני בניתי מיגו דלקחתי, אולם מפני התקנה איכא אנן סהדי, והוי מיגו במקום עדים, אבל בבקעה, נהי שהיה תחלת הדין דיחלוקו אם היו באים לדון כשהכותל עדיין עומד, אם נפל לרשות אחד מהם נאמן לומר אני בניתי מיגו דלקחתי כיון דליכא אנן סהדי כנגדו.

ולבסוף כתבו התוס' וז"ל: והאי שינויא אינו אלא מאבנים אבל מקום הכותל לעולם פשיטא שחולקין אותו ואידי דנקט אבנים נקט המקום עכ"ל, יעו"ש, דהרי אינו מוחזק במקום הכותל אלא בהאבנים, ואי משום שהוא יושב בצד המקום, הלא גם השני יושב בצד המקום, והוי כמו שנים יושבים בצד ערמה דנחשבים כשנים אוחזים, כמו שכתב הקצות החושן בסי' קנ"ז סק"ג, ועיימש"נ בש"א פ"ב.

פרק ב

בו יתיישבו קושיות הקצות החושן על דברי התוס' דאין דין כל דאלים גבר בכותל בין שתי חצירות שנפל משום דיש דררא דממונא, ויחולק בין שנים אוחזים בטלית שכלי טענותיהם לא נתעורר ספק כלל לבין כותל דגם בלי טענותיהם יש להסתפק.

[**בבא בתרא ב.**] מתניתין השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר בונין את הכותל באמצע וכו' לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם וכו' אבל בבקעה מקום שנהגו שלא לגדור אין מחייבין אותו וכו' לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים שלו וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה לפיכך וז"ל: פירוש לפי שבונים הכותל בעל כרחם וכו' ואם תאמר ומאי איריא משום דבנין הכותל בעל כרחם בלאו הכי נמי הוי של שניהם אפילו נפל לרשותא דחד מינייהו כיון דאין חזית לא לזה ולא לזה כדפריך בגמרא גבי בקעה (דף ד:) לא יעשה חזית לא לזה ולא לזה וכו' והא דלא אמר הכא כל דאלים גבר כמו בזה אומר של אבותי (לקמן דף לד:) התם הוא דליכא דררא דממונא אבל הכא איכא דררא דממונא עכ"ל, יעו"ש.

והקשה הקצות החושן סימן קנ"ז סק"ג וז"ל: ואיכא למידק במה שכתבו תוס' דלא אמר הכא כל דאלים גבר ומשום דהוי דררא דממונא, דבמאי הוי דררא דממונא יותר משנים אוחזין בטלית, וכבר הקשו תוס' ריש פרק קמא דמציעא (דף ב.) גבי שנים אוחזין דאמאי לא אמרינן כל דאלים גבר, וכתבו משום דלא אמרינן כל דאלים גבר אלא היכא דאין מוחזקין ועיין שם, ואם כן הכא נמי לאו דררא דממונא, דהא מפרשי תוס' (שם דף ב:) דררא דממונא היינו היכא דבלא טענותיהם הספק לבית דין, והכא אין הספק אלא על ידי טענותיהם, כמו גבי שנים אוחזין דאי לאו דשניהם מוחזקין הוי אמרינן כל דאלים גבר, והכי הוה להו לתוס' לחלק, דגבי ארבא אין שניהם מוחזקין, והכא כיון דשניהם עומדין בצד הכותל הוו להו כשנים אוחזין, וכמו שכתב הרמב"ם פ"ט מטוען הל"ז ובטור סימן קל"ט סעי' ו' ושו"ע סימן קל"ח סעי' א' בשנים יושבין בצד ערימה דיחלוקו, אבל מה שכתבו לחלק מענין דררא דממונא צריך עיון עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק דמשמע מדבריו דאית ליה מן הסברא דכותל החצר אינו דררא דממונא, ולא כדברי התוס', ואם כן למה הביא דברי התוס' שהקשו למה לא אמרינן כל דאלים גבר בשנים אוחזים בטלית, היה לו להביא רק דברי התוס' להלן שם דדררא דממונא הוא היכא דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, והכא אין להם ספק, ועוד קשה דאם רצה להוכיח דבשנים אוחזים בטלית לא הוי דררא דממונא ואם כן הוא הדין בכותל החצר, הלא גמרא מפורשת היא לקמן שם (דף ג.) דשנים אוחזים בטלית לא הוי דררא דממונא, יעו"ש.

וליישב דברי התוס' דבכותל הוי דררא דממונא, ודלא כשנים אוחזים בטלית, יש לומר דכשביט דין רואים שני בני אדם אוחזים אין להם שום הוכחה לומר שאיזה מהם הוא הבעלים, דדלמא שניהם שאלו הטלית לאיזה צורך ונושאים אותו למקום

שישתמשו בו, ואין בית דין רואים ספק בבעלות הטלית אלא על ידי טענותיהם, אבל כשבית דין רואים כותל החצר מיד מבינים שיש לדון על מי הוא הבעלים, דבודאי אינו של אדם שלישי, ואם כן הוה ליה דררא דממונא, ואפילו לדברי הרשב"א דאין הספק חל עד שמתעצמים בו, ועיימש"נ בש"א פ"ד, היינו לגבי אמירת סוף דינו כתחלת דינו, שלא אמרינן שכבר חל דין חלוקה על הכותל, אבל הספק בעצם הוא לפנינו אפילו קודם שמתעצמים עליו.

עוד הקשה הקצות החושן דהיה להם להתוס' לחלק דלא אמרינן כל דאלים גבר משום דהכא דינם כשנים אוחזים כמו שנים יושבים בצד הערימה, ויש לומר דהתוס' לא ס"ל כשיטת הרמב"ם דיושבים בצדה הוי כאוחזים, אולם נראה דאפילו אם ס"ל כהרמב"ם במטלטלין, בקרקע אינו נחשב מוחזק בישיבה בצדה, דאין אחיזה בקרקע על ידי תפיסה ביד אלא על ידי דירה בה, ואם כן הקשו התוס' דנימא כל דאלים גבר על המקום, וממילא גם על האבנים אין לדון חלוקה, שהרי המקום הוא של המתגבר, ואין להשני אחיזה בהם אפילו על ידי ישיבה בצדם, ותירצו התוס' דהכא הוי דררא דממונא ולא אמרינן כל דאלים גבר.

פרק ג

בו יבוארו דברי רש"י דקושית הגמרא דלמה תלה התנא דין חלוקה בכותל שנפל בתקנת חכמים דשניהם בונים קאי על האבנים בלבד, ויובא גירסת הרשב"א בדברי רש"י דקאי גם על מקום הכותל והקשה דהא צריך התקנה באחד אומר חציו שלי.

[**בבא בתרא ד.**] לפיכך אם נפל הכותל וכו' פשיטא לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו אי נמי דפנינהו חד לרשותא ידידה מהו דתימא ניהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה קמשמע לן, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: פשיטא דהאבנים של שניהם דאפילו לא פסק לן דינא דמתניתין המלמדנו שמתחלה בין שניהם עשאוה על כרחם היו חולקין בשוה האבנים שהרי ברשות שניהם מונחים ויד מי מהם תגבר עכ"ל, יעו"ש, כן היא הגירסא בדברי רש"י לפנינו, ובהגהה מוקפת בשני חצאי עיגול הובא פירוש הר"ח בלישנא בתרא דפנינהו ומוציאים מידו משום דשותפים לא קפדי אהדדי, והיא שיטת הרי"ף, ועיימש"נ בדבריהם בש"א פ"ד.

ומבואר דלא פריך פשיטא אלא על מאי דקאמר לפיכך על האבנים, למה צריכים להזכיר דחולקים מפני שחכמים תקנו דבחצר שניהם מחויבים לבנות הכותל או מפני שקנו מידם, גם בלאו הכי חולקים כיון שנפל לרשות שניהם ויד מי מהם תגבר, אבל על המקום לא פריך פשיטא שחולקים, ואפשר לפרש דברי רש"י כשיטת התוס' לעיל (דף ב.) בד"ה לפיכך שכתבו דלדעת רש"י כבר ידע בהקושיא דפשיטא שנפל לרשותו של אחד מהם, וקושית הגמרא היא קושיתם דאם כן למה קאמר דחולקים מפני התקנה גם בלאו הכי היה להם לחלוק, כמו שמצינו גבי בקעה דאם לא עשו חזית לא לזה ולא לזה חולקים אע"ג דליכא תקנה כיון שכבר חל דין חלוקה כשהיה הכותל עומד, וסוף דינו כתחלת דינו, ועל המקום פשיטא דחולקים גם בלי התקנה דהרי הם כשניהם מוחזקים, והחידוש דהתנא הוא על האבנים שנפלו לרשותו דרק הוא מוחזק בהם, והוצרך לסברת סוף דינו כתחלת דינו, ופשיטא דחולקים גם בלי התקנה כמו שמצינו בבקעה, ועיימש"נ בדברי התוס' בש"א פ"א, ואולם אם רש"י פירש הקושיא דפשיטא כמו שפירשו התוס' על כרחך מאי דמשני לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו היינו ששהו הרבה, כמו שכתבו התוס', אבל ברש"י לא הוזכר מזה, וצריך לומר דכן הוא ולא חש להזכירו.

ואולי יש לפרש דברי רש"י באופן אחר, לולי תקנת חכמים שבונים כותל החצר באמצע לא היו חולקים מקום הכותל, אלא כיון דאין שום אחד מהם מוחזק בו היינו דנים להם כל דאלים גבר, כההיא דלקמן (דף לד:) זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי אמר רב נחמן כל דאלים גבר, יעו"ש, ולא ס"ל לרש"י דשניהם מוחזקים במקום הכותל משום שחצריהם בצדו, דאין אחיזה בקרקע אלא על ידי דירה ותשמיש, והנה יש שני חלקים בהתקנה, חדא שכל אחד צריך ליתן מחצה מקום הכותל, ועדיין היה אפשר שלא חייבו אותו להשתתף בהאבנים, אלא מי שרוצה לבנות כותל יבנה משלו ורק שיכול לתבוע משכנו שישתתף בהמקום, ואכן נוסף על זה תקנו שכל אחד צריך

ליתן מחצה האבנים.

ולכן מה שחולקים המקום על כרחך הוא משום התקנה על המקום, דאי לאו הכי היינו דנים כל דאלים גבר, אבל פשיטא דמה שחולקים האבנים אין תלוי בשלב השני של התקנה, דאפילו אם לא תקנו אלא על המקום עדיין היו חולקים, שהרי הכותל לא נפל לרשות אחד מהם אלא נפל במקומו ונתפזרו האבנים בשוה לצד זה ולצד זה, ויד מי מהם תגבר, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, ומה שכתב רש"י שחולקים האבנים בשוה כונתו פחות או יותר בשוה, אבל לאו דוקא בדקדוק על כל אבן קטנה, והאבנים שברשות כל אחד פשיטא שהם שלו, והאבנים שבמקום הכותל נמי פשיטא שהם של שניהם, שהרי חייבו חכמים לשניהם ליתן מחצה מקום הכותל.

ומשני דמירי שנפל לרשות חד מיניהו, ולולי התקנה היינו אומרים שהאבנים שלו כיון שהם מוחזקים בידו, ולא אמרינן שכבר חל דין חלוקה על הכותל כשהיה עומד, וסוף דין כתחלת דין, דס"ל לרש"י בזה כהרשב"א דכל זמן שאין מתעצמים בו עדיין לא חל דין חלוקה, ועיימש"נ בש"א פ"ד, וגם לא קשה מבקעה דחולקים, דהא רש"י פירש לגבי בקעה לקמן (דף ד:): וז"ל: חזית לא לזה ולא לזה והרי סימן שלא עשאה האחד בשלו שאילו עשאה היה עושה חזית מבחוץ עכ"ל, יעו"ש, והטעם הוא מפני שיש סימן ששניהם בנאוהו ביחד, ולא מפני שכבר חל דין חלוקה כשהיה הכותל עומד.

והרשב"א היתה לו גירסא אחרת בלשון רש"י וז"ל: פשיטא כלומר אפילו לא היתה משנה זו מלמדת אותנו דין כפייה הייתי יודע שהמקום והאבנים של שניהם דאיזה יד מהם תגבר, כן פירש רש"י ז"ל, וקשיא לי דודאי איצטריך דאי לאו הכי אם זה טוען כולה שלי ומשלי בניתיו וזה אומר חציה שלי ושנינו בנינו אותה היה הדין נותן שיטול זה שלשה חלקים וזה נוטל רביע, וכמו ששנינו גבי שנים אוחזין בטלית (ב"מ דף ב.) זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי וכו' זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולפי גירסת הרשב"א בדברי רש"י, בגמרא פריך פשיטא בין על האבנים ובין על המקום, ומה שגם בלי התקנה היו חולקים המקום אע"ג דאין שום אחד מוחזק בו, ולא אמרינן כל דאלים גבר, יש לפרש על פי מה שכתב הרמב"ם פ"ט טוען ונטען הל"ז וז"ל: שנים שהיו אוחזין בכלי אחד וכו' או יושבין בצד ערמה של חטים ומונחות בסמטא או בחצר של שניהם זה אומר הכל שלי וזה אומר הכל שלי וכו' ויחלוקו עכ"ל, יעו"ש, הרי שמה שיושבים בצדה נחשב שניהם אוחזים, ואם כן הוא הדין מקום הכותל שהוא בין שתי החצרות הרי בעלי החצרות נחשבים יושבים בצדו ויחלוקו, ואע"ג דשנים אוחזים חולקים בשבועה, הכא ליכא שבועה דאין נשבעים על הקרקעות, וכיון שכן גם בלי התקנה היו חולקים מקום הכותל וגם האבנים.

והקשה הרשב"א דהא לולי התקנה לא היינו יודעים דחולקים היכא דאחד אומר אני בניתי כל הכותל וכולו שלי והשני אומר בין שנינו בנינו הכותל וחציו שלי, דבלי התקנה היה זה נוטל שלשה חלקים בין בהאבנים בין בהמקום, ושפיר קאמר לפיכך מפני התקנה חולקים בכל האופנים דנקטינן שעשו כתקנת חכמים וכל אחד מוחזק

בחצי, ומאי פריך פשיטא, ואכן זה לא קשה לפי הגירסא ברש"י שלפנינו, דלולי התקנה היה דינא דכל דאלים גבר, ובודאי מה שחולקים הוא מפני התקנה על המקום, והרי כל אחד מוחזק בחצי מקום הכותל, שהרי חצי האבנים מונחים ברשותו בתורת ודאי מחמת התקנה ומוחזק בהם בודאי, וממילא גם בלי התקנה על האבנים היו חולקים אותם אפילו אם זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי שלי, ושפיר פריך למה קאמר לפיכך, הרי פשיטא גם בלא התקנה, כמש"נ.

ותירץ הרשב"א וז"ל: וניחא לי דהתם בשלא היו תפושין בשוה זה כזה בכל הנכסים וכיון שכן דנין בו כן אבל כאן שהמקום על כרחנו מוחזק ביד שניהם להיותו מחצה על מחצה דמי מהם מוחזק בו יותר ומסתמא חלק חצרו של זה מתפשט עד מחציתו וזה עד מחציתו והרי האבנים כאלו מוחזקין ותפושין כולן ביד שניהם בשוה זה כזה וכל שביד כל אחד ואחד מהם הרי הוא כאילו הוא שלו וכדאמרינן התם בפרק קמא דמציעא (דף ג.) גבי טלית אגן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא ומאי דתפיס האי ידיה הוא ואילו היו שניהם אדוקין בטלית זה במחציתו וזה במחציתו אע"פ שזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי אין מוציאין את הרביע מתחת ידו של זה ונותנין לחבירו והכא נמי דכותה היא כדאמרן עכ"ל, יעו"ש.

הרשב"א חידש דבקרקע מסופקת שבין שתי חצירות הרי שתי החצירות מתפשטות לענין מוחזקאות, ואולי זה שייך להא דאמרינן בקדושין (דף כז:) סדנא דארעא חד הוא, יעו"ש, ואין זה רק כדין שנים אוחזים בטלית, אלא הרי זה כאילו כל אחד תופס חצי המקום תחת ידו, כמו עד מקום שידו מגעת בטלית, ואם כן גם בלי תקנת חכמים היו חולקים בשוה גם בהמקום גם בהאבנים, ואפילו אם זה טוען כולה שלי וזה טוען חציה שלי, אבל לפימש"נ בהגירסא ברש"י שלפנינו לית לן סברא זו, ולולי התקנה היה דינא דכל דאלים גבר.

פרק ד

בו יובאו שלשה דרכים שכתב הרשב"א בביאור ההבדל בין לישנא קמא דנפל לרשות חד מינייהו ללישנא בתרא דפנינהו לרשותו, ויבואר היאך מוכח מדברי הרי"ף שכתב דאחר התקנה שותפים הם ולא קפדי אהדדי דמייירי בטוען לקוח.

[בבא בתרא ד.] לפיכך אם נפל הכותל פשיטא לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו אי נמי דפנינהו חד לרשותא ידידה מהו דתימא ניהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה קמשמע לן, יעו"ש, הרשב"א ביאר קושית הגמרא בין על האבנים בין על המקום, ועיימש"נ בש"א פ"ג, ובפירוקא כתב וז"ל: ופרקינן לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו ואם לא שלמדנו תנא שיכולין לכופ זה את זה זה שהאבנים ברשותו היה נאמן לומר אני בניתי דמספק אין מוציאין את האבנים מתחת ידו והמקום דקתני פשיטא ואגב גררא דאבנים נקטיה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והנה הרשב"א כתב בתחלת דבריו דקושית הגמרא היא גם על מקום הכותל, דזה מובן בלי התקנה שניהם מוחזקים בהמקום כיון שהוא בין שתי החצרות, והרי כל חצר מתפשטת למקום הכותל, ועיימש"נ בש"א פ"ג, ואם כן בנפל לרשות חד מינייהו פשיטא שהמקום של שניהם. והקשה הרשב"א וז"ל: ואיכא למידק אכתי מאי לפיכך דאפילו בעלמא נמי דינא הכי דכיון דכותל זה חוצץ בין חצרו של ראובן לחצרו של שמעון מספיקא אם באו לפנינו אנו דנין בו שיחלוקו וכיון שתחלת הדין לחלוק אם כן כשנפל לרשותא דחד מינייהו מוציאין אותה מידו וחולקין סוף דינא כתחלת דינא וכדקיימא לן בשנים אוחזין בטלית (דף ו.) שאם תקפה אחד בפנינו מוציאים אותם מידו ויחלוקו סוף דינא כתחלת דינא ויש לומר דשאני התם דבעוד שהיו שניהם תפושין בה היו מתעצמין עליה והיה הדין שיחלוקו וכו' אבל כאן לא יצא הספק עד שבא לידו של זה וכיון שבידו של זה נולד הספק מספק אין מוציאין אותן מידו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והיכא דהוחזק ביד המרא קמא אין תפיסת הטלית בטענת אני מצאתיה מועילה אע"פ שעכשיו התופס הוא המוחזק, כמו שמוכח מסוגיא דנסכא דרבי אבא לקמן (דף לג:) דאם חטף בפני שני עדים ואמר ידידי חטפי מוציאם מידו, יעו"ש, וטעמא משום דאם לא כן לא שבקת חיים לכל בריה, כמו שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' ט"ז, יעו"ש.

והרשב"א לכאורה פליג על דברי רש"י שם בבבא מציעא בד"ה תקפה אחד וז"ל: הוציאה מיד חבירו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו עכ"ל, יעו"ש, ומשמע דתקיפה זו היתה אחר שפסקו חלוקה אבל קודם שנשבעו וחלקו, אז מיבעי לן אם שתק ולבסוף צווח הוי הודאה או לא, דאחר שפסקו חלוקה נעשו שניהם מוחזקים, ושוב אין אחד מהם יכול לתפוס מחבירו, דאין תפיסה מן מרא קמא מועילה בטענת שלי אני נוטל, וכל דין תפיסתו אחר שפסקו בית דין שיחלוקו בשבועה הוא על ידי שתיקת השני, והיינו רק קודם שנשבעו, אבל לאחר שנשבעו אין שום הוכחה ממה ששתק בתחלה, דלמה יצווח כשיכול לתובעו לדין, אבל קודם שנפסק להם הדין

שיחלוקו תפיסה מועילה אפילו אם צווח מתחלה ועד סוף, דעדיין אין לו זכות קודם שדנו להם שיחלוקו בשבועה, אבל הרשב"א ס"ל דכיון ששניהם מתעצמים מיד חלה להם דין חלוקה, וסוף דין כתחלת דין.

ואחר כך דן הרשב"א בלישנא בתרא דמשני אי נמי דפנינהו חד לרשותא ידידה מהו דתימא ניהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה קמשמע לן וז"ל: יש מפרשים דפנינהו בעדים ואינו מחוור בעיני וכו' כיון שנפלו ברשותו של זה ולא היה שמעון מוחזק בהן מתחלתו הרי זה ככלי הנמצא בביתו של ראובן ובא שמעון והוציאו משם בעדים שהדין נותן שמוציאין אותו מידו ומחזירין אותו לראובן וזהו דין נסכא דרבי אבא ואע"פ שלא נחלקו עליהן מתחלה מכל מקום כיון שברשותו של ראובן היו הדין היה נותן שיהו שלו וראובן מוחזק בהן עכ"ל, יעו"ש, הרשב"א דחה פירוש זה, דכיון שעדים ראו שהכותל נפל לרשות ראובן ושבא שמעון ופנינהו לרשותו, בודאי גם בלי אמירת לפיכך מוציאים מידו, דמיד שנפל הכותל נולד הספק, וכיון שנפל לרשות ראובן נעשה מוחזק על הכותל, ושמעון שתפס ופנינהו לרשותו מוציאים מידו, כדמוכח מנסכא דרבי אבא, כמש"נ.

עוד הביא פירוש אחר וז"ל: ויש מי שפירש דפנינהו שלא בעדים אלא שאנו רואין אותן עכשיו יוצאות מתחת ידו ומכירין אנו אותן שהן אבני אותו כותל וטוען לקוחות הן בידי דבעלמא ודאי נאמן אבל הכא אנן סהדי דשותפי נינהו ושותפין לא מחזקי אהדדי וכן נראה שפירשה הרב אלפסי ז"ל בהלכות וגם זה אינו מחוור בעיני דמתניתין לא מיירי בטענת לקוח הוא בידי אלא בטענת כולה שלי וכו' עכ"ל, יעו"ש, והא דפירוש זה מוקי אוקימתא דפנינהו בטוען לקוחות הן בידי, ולא שטוען אני בניתי, משום דאם כן אין שום הבדל בין לישנא קמא ללישנא בתרא, דכיון שפנינהו בלא עדים הרי זה כמי שנפל לרשותו, ואי משום שמודה שראובן הוחזק כשנפל הכותל הרי הוא אומר נמי אני בניתי, והפה שאסר הוא הפה שהתיר.

לכן למד פירוש זה שטוען לקוח, ולולי האנן סהדי היה נאמן, אבל כיון דתקנו חכמים ששניהם מחויבים לבנות הכותל ביחד אנן סהדי שכן עשו והיו שותפים, ושותפים לא קפדי אהדדי, ואין שום אחד מהם יכול להחזיק על חבירו, כן תקנו חכמים הואיל ובדרך כלל לא קפדי אהדדי, ואפילו אם הוא עומד וצווח הקפדתו אינו יכול להחזיק, ואע"ג דאין טענת לקוח מוכחשת על ידי האנן סהדי, כיון שנעשו שותפים אינם יכולים להחזיק אלא על ידי ראיה, ובמה שמונחים בחצרו לא נחשב תפיסה לגבי שכונו, דכמו דהוי בידה הוי נמי ביד שכונו, דשותפים לא קפדי אהדדי.

והרשב"א כתב שנראה לו שגם הרי"ף למד כפירוש זה, ועיין מה שכתב הרי"ף וז"ל: אי נמי דפנינהו חד לרשותיה מהו דתימא להוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה קמשמע לן דלא ושמעינן מהא דמילתא דידיעא לתרי שותפי אע"ג דאיתא השתא ברשות דחד מינייהו לא נפק מחזקה דאידך מאי טעמא משום דשותפין לא קפדי אהדדי הילכך לית להו חזקה אלא בראיה או לאחר חלוקה עכ"ל, יעו"ש, והרי"ף לא הזכיר שהוא טוען לקוח, והיכן ראה הרשב"א דכן הוא פירוש, אלא כיון דאמר דשמעינן מכאן דאין שום שותף יכול להחזיק במלתא דשותפי משום דלא קפדי אהדדי

על כרחך מיירי שטען לקוח, דאס טען אני בניתי הרי האנן סהדי מכחיש אותו ואינו צריך לטעמא דשותפי לא קפדי אהדדי, וכן צריך לומר בדברי הר"ח, הובאו בשני חצאי עיגול בתוך דברי רש"י בסוגיין, שלמד דבלישנא בתרא טען לקוח, ומשום הכי הוצרך לומר שותפי לא קפדי אהדדי, יעו"ש.

ובהגהות חות יאיר הקשה על דברי הר"ף למה הוצרך להביא ראיה מסוגיין דשותפי לא קפדי אהדדי ואין יכולים להחזיק זה על זה, והלא גמרא מפורשת היא בבבא מציעא (דף קטז:) בבית ועליה שנפלו, יעו"ש, ונראה דלפי מה שכתב הרשב"א דהר"ף למד שטען לקוח נתייבשה קושית החות יאיר, דהתם בבא מציעא הרי הדבר ברור שקודם שנפלו הבית והעליה היו שניהם שותפים, ומשום הכי כשדנים על האבנים השלמים אין שום אחד מוחזק בהם דשותפי לא קפדי אהדדי, אבל הכא מיירי שטען לקוח ושכבר עברו האבנים מן השותפות לבעלותו ואינם עוד שותפים, ומכל מקום אמרינן שמוציאים מידו, וגם בכהאי גוונא אמרינן שאין אחד יכול להחזיק על חבירו, ושמעינן מהא דכל דבר שידוע לשני שותפים אע"ג דאיתא השתא ברשות דחד מיניהו והוא טוען לקוח לא נפק מחזקה דאידיך משום דשותפין לא קפדי אהדדי.

והרשב"א מעצמו כתב פירוש שלישי ללישנא בתרא וז"ל: ונראה לי לפרש כגון דפנינהו לרשותיה וליכא עדים ולא ראיה דאילו בעלמא נאמן לומר אני בניתיו משלי ואפילו פין מרשות ראובן משום מיגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם אבל עכשיו ששנינו ששניהם יכולין לכופ זה את זה לבנותו אנן סהדי דלא ויתר אחד מהם על דינו והרי זה כמיגו במקום עדים דטפי עדיף מחזקה וכעדים משוינן ליה וכן כתבו גם בתוס' דדבר זה כעדים משוינן ליה ולא אמרינן ביה מגו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומאי דקאמר ליכא עדים ולא ראיה היינו שלא ראוי עדים שפנינהו, וגם לא ראוי שהאבנים מונחים ברשותו, דלולי התקנה היה יכול לטעון אני בניתיו מיגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם, ואין האבנים ברשותו ואינו יודע להיכן נעלמו.

ומדויק לשון הרשב"א שהרי זה כמיגו במקום עדים דטפי עדיף מחזקה וכעדים משוינן ליה, דללישנא קמא אין צריכים לומר שהאנן סהדי הוא כל כך ברור כמו עדים ממש, אלא סגי לומר שהוא חזקה ואומדנא מעליא, דלולי התקנה היה נוטל האבנים מספק ומדין מוחזק כיון שנולד הספק ברשותו, כנ"ל, ולזה סגי בחזקה ואומדנא, אבל לפי פירושו בלישנא בתרא יש לו מיגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם, לזה צריך שהאנן סהדי יהא כעדים ממש, והוי מיגו במקום עדים.

פרק ה

בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' בתנאים של בעל הבית שאין עשוי למכור כליו, ובעל הבית טוען שאולים, ודבר שאין דרכו להטמין, אם הם סבות שאין נאמן לטעון לקוח בדברים עשויים להשאיל ולהשכיר או בדברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר.

[שבועות מו:] אמר רב יהודה ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן ולא אמרן אלא בעל הבית שאינו עשוי למכור כליו וכו' לא אמרן אלא דברים שאין דרכן להטמין וכו' ולא אמרן אלא זה אומר שאולין וזה אומר לקוחין אבל בגנובין לאו כל כמיניה לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אבל דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר נאמן דשלח רב הונא בר אבין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן כי הא דרבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר, יעו"ש.

כן היא הגירסא שלפנינו והיא גירסת רש"י וז"ל: הכי גרסינן ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר בהנהו הוא דאמרין דכי אמר לקוחין אינו נאמן אבל דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר שהבעלים חסים עליהם לפי שמתקלקלין נאמן לישיבע שלקחם ואין נראין דברי האומר השאלתים לו עכ"ל, יעו"ש, ונמצא לפי זה דהא דאינו נאמן לומר לקוחים הם בידי בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר הוא רק לפי התנאים המבוארים כאן, שהבעל הבית אינו עשוי למכור כליו וגם אומר השאלתים לו ולא אמר גנובים הם אצלו.

והתוס' היו להם גירסא אחרת ופירוש אחר בהסוגיא וז"ל: ונראה לר"ת כגירסת ר"ח ושערים דרב האי דגרסי ובכולהו לא אמרן אלא בדברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר אינו נאמן והכי פירושו ובכולהו לא אמרן דנאמן לומר לקוחין הן בידי אלא בדברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר וכגון דהוי איניש דצניע או דברים שדרכן להטמין או בעל הבית העשוי למכור את כליו אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר אינו נאמן אפילו איכא כולו לטיבותא ואפילו אומר בעל הבית גנובין הן דהא גודרות אין להם חזקה אפילו זה אומר גנובין דדברים העשויין להשאיל ולהשכיר נינהו וכשאומר לקוחין הן בידי לית דין ולית דין דלא מהימן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולפי דברי ר"ת, בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לעולם אינו נאמן לטעון לקוח, דהוה להו כגודרות, ובעל הבית נאמן בכל טענה שטוען בגודרות, וגם בטענת גנובים, ולא אמרין אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, דאי אפשר להחזיק בגודרות משום שהם כרוח נושבת, ועיימש"נ בש"א פי"ד, ולעולם הם בחזקת המרא קמא, וכל התנאים בסוגיין הם בדברים שאין עשוי להשאיל ולהשכיר, דאע"ג דבעצם נאמן לטעון לקוח כיון שהוא מוחזק בהכלי, אם לא היה דרכו להטמין ולא היה בעל הבית עשוי למכור כליו הרי זה מוריד טענתו להיות טענה גרועה, ונמצאת חזקתו בהכלי חזקה שאין עמה

טענה ובטלה, וכמו שכתב הרמ"א סי' ע' סעי' א' דאין הלוח נאמן לטעון מחלת לי
שהיא טענה גרועה אלא על ידי מיגו דפרעת, יעו"ש, ואע"פ שהוא מוחזק בממונו צריך
לטעון טענה מעליא.

והקשו התוס' וז"ל: בקונטרס גרסינן ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאל
ולהשכיר פירוש הא דאינו נאמן וקשיא לרבינו תם דקאמר בסמוך דרבא אפיק זוגא
דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויין להשאל ולהשכיר משמע דמההוא
טעמא לחוד מפיק וכן בפרק המקבל (ב"מ דף קטז.) לא מדכר אלא ההוא טעמא לחוד
וכו' עכ"ל, יעו"ש, ודברי רש"י באמת נפלאים, שהרי אפילו נימא דבעובדא דזוגא
דסרבלא מיירי שנתקיימו כל תנאים אלו, אכן במימרא דרב הונא בר אבין דבדברים
העשויים להשאל ולהשכיר אינו נאמן לומר לקוחים הן בידי לא הזכיר שום תנאים.
וממה שכתבו התוס' בדברים העשויים להשאל ולהשכיר לעולם אינו נאמן לטעון
לקוח אפילו אם בעל הבית אומר גנובים, כמו בכל גודרות, מבואר דרש"י לא למד
דטעמא דבדברים העשויים להשאל ולהשכיר אינו נאמן משום דהוה להו גודרות, דאם
כן היה בעל הבית נאמן לומר גנובים, וכן מבואר מדברי הרמב"ם הלכות טוען ונטען
שבפרק ח' הביא דין דברים העשויים להשאל ולהשכיר, ובפרק ט' הביא דין אומן אין
לו חזקה, ורק בפרק י' הביא דין הגודרות אין להם חזקה, ומבואר שאין דין דברים
העשויים להשאל ולהשכיר ודין אומן תלויים בדין גודרות, אלא טעמא דאינו נאמן
לטעון לקוח בדברים העשויים להשאל ולהשכיר משום שהיא טענה גרועה, דמסתמא
באו לידו בתורת שאלה.

ולמד רש"י בדברים שאין עשויים להשאל ולהשכיר טענת לקוח לעולם היא טענה
מעליא, ואפילו אם אין בעל הבית עשוי למכור את כליו, ואפילו אם אין דרכו להטמין
והוא הטמין, אין זה מגרע טענתו עד שתהא נחשבת טענה גרועה, ונמצאת שחזקת
התופס יש עמה טענה ואין מוציאים מידו, אבל בדברים העשויים להשאל ולהשכיר
טענת לקוח גרועה היא, ונמצאת חזקתו שאין עמה טענה, וכן הוכיח בגמרא ממימרא
דרב הונא בר אבין דבדברים העשויין להשאל ולהשכיר ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן,
וכן מהא דרבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויין להשאל
ולהשכיר.

ואולם בהא דאמר רב יהודה ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא ואמר לקוחין
הן בידי אינו נאמן, ומבואר בגמרא דמיירי בדברים העשויים להשאל ולהשכיר, לא
אמרין בסתמא שאינו נאמן לומר לקוח, אלא יש בזה תנאים, דרב יהודה מיירי
כשעדים ראוהו שנטל כלים אבל לא ידעו מה נטל, כמו שמבואר מדברי רבינו חננאל,
יעו"ש, וכן כתב רש"י שלא הכירו בהם העדים, יעו"ש, וכיון שאין ידוע כמה לקח,
והתופס מודה כמה הוציא וטוען לקוח, הרי יש לו מיגו שהיה יכול לומר שהוציא פחות
משוה פרוטה, ואילו מחמת המיגו עצמו אינו נאמן להוציא מחזקת המרא קמא, דהוי
מיגו להוציא, אבל המיגו מועיל לחזק טענת לקוח ששוב לא תהא טענה גרועה, ונמצא
שחזקתו יש עמה טענה מעליא, ואין מוציאים מידו, וקאמר בגמרא דלא סגי בהמיגו

לבד לחזק טענת לקוח שלא תהא טענה גרועה היכא דאין הבעל הבית עשוי למכור כליו או שטוען השאלתיו או שאין דרכו להטמין והוא הטמין, בכל אלה טענת לקוח היא כל כך גרועה שאפילו מיגו אין מועיל לחזק אותה, וכל תנאים הם לעכב המיגו מלחזק הטענת לקוח, אבל יסוד ועיקר הדין הוא דטענת לקוח בדברים העשויים להשאל ולהשכיר היא טענה גרועה, וחזקתו אין עמה טענה, ועל זה הביא רמב"ם דאגדתא מיתמי.

פרק ו

בו יבואר סדר הרמב"ם בהלכות טוען ונטען שמתחלה כתב דין חזקת מטלטלין, ואחר כך דין טוען לקוח בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ואחר כך דין אומן אין לו חזקה, ואחר כך דין גודרות אין להם חזקה, ואחר כך דין שנים אוחזים בטלית.

[שבועות מו:] אמר רב יהודה ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן וכו' ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אבל דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר נאמן וכו', יעו"ש.

הנה הרמב"ם בפ"ח טוען ונטען הביא דיני חזקת מטלטלין שמוקמינן ביד התופס, וחזקת המוחזק עדיפא מחזקת המרא קמא ונאמן לומר לקוח, ואכן אינו נאמן לטעון לקוח בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, וממה שהביא דיני דברים העשויים להשאיל ולהשכיר קודם שהביא דיני גודרות מבואר דלא ס"ל כדברי התוס' בסוגיין דאינו נאמן משום דגם דברים העשויים להשאיל ולהשכיר הם כגודרות, יעו"ש, אלא טעמא משום דטענת לקוח בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר טענה גרועה היא, ונמצא שחזקת המוחזק היא חזקה שאין עמה טענה.

ובסוף פ"ח כתב וז"ל: אל תטעה בין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר לדברים שדרך להשאיל ולהשכיר כמו שטעו רבים וגדולים שכל הדברים ראויין להשאיל ודרך להשאיל אפילו חלוקו של אדם ומצעו ומטתו ראויין להשאיל אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר הם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותן מתחלת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן וליטול שכרן והרי הן לבעליהן וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולא הביאו בתחלת הפרק מפני שכל הדינים שכתב אינם תלויים בדרכו לפרש דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אלא גם לפי טעות הרבים והגדולים כל הדינים לא נשתנו, ועיימש"נ בש"א פ"ט.

ואחר כך בפ"ט הביא הרמב"ם דיני האומן שאין לו חזקה, וגם זה בכלל דיני דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, דדברים העשויים לימסר לאומן אינו יכול לטעון לקוח משום שהיא טענה גרועה אצלו, ובהל"ד שם חזר לדיני האוקימתא דסוגיין, ולמד שכל תנאים אלו הם בדברים שאין העשויים להשאיל ולהשכיר, אבל בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לעולם טענתו גרועה אם המרא קמא מכחיש אותה, ובהאי גונא חזקת המרא קמא עדיפא מחזקת המוחזק.

ובפ"י הביא הרמב"ם דיני גודרות שאין להם חזקה מפני שאי אפשר להחזיק בהן, וגם המרא קמא אינו יכול להחזיק בהם, ומכל מקום מוקמינן להו בידיה היכא שידוע על ידי עדים שהיו אצלו זמן חשוב, לא מפני שיש לו חזקת מרא קמא בהן, שהרי לא שייך בהן חזקה, אלא מפני שכיון שידועין לו נקטינן שהן שלו, והרי זה דומה לדין שודא דדייני, ומוציאים אותן מידי המחזיק ומחזירים אותן לזה שבית דין מניחים שהן שלו, ובאמצע הפרק הביא הרמב"ם דיני שנים אוחזים בטלית, והם באים כאן על הסדר, דמתחלה הביא דיני חזקת מוחזק כנגד חזקת מרא קמא, דלפעמים חזקת

המוחזק עדיפא, ולפעמים חזקת המרא קמא עדיפא, ואחר כך הביא דיני גודרות שאין
חזקה לא לזה ולא לזה, ואחר כך הביא דיני שנים אוחזים ששניהם יש להם חזקת
מוחזק.

פרק ז

בו יובא שיטת הרמב"ם דביצא מבית חבירו בכלים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר תחת כנפיו אינו נאמן לומר לקוח כשנתקיימו התנאים בגמרא, ויבואר למה השמיט התנאי דהיינו באמר שאולין אבל אמר גנובין אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקין.

[שבועות מו:] אמר רב יהודה ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן ולא אמרן אלא בעל הבית שאינו עשוי למכור כליו וכו' לא אמרן אלא דברים שאין דרכן להטמין וכו' ולא אמרן אלא זה אומר שאולין וזה אומר לקוחין אבל בגנובין לאו כל כמיניה לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקין ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אבל דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר נאמן וכו', יעו"ש, ויש להבין ענין אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקין, דאין לשון זה משמע דמוקמינן המוחזק בחזקת כשרות, ועוד דאם כן גם אם אומר שאולים והמוחזק אומר לקוחים הרי הלוקח בא לגזול ממנו, ולמה מוציאים מידו, נוקמיה על חזקת כשרות. ועיין מה שכתב הרמב"ם פ"ח טוען ונטען הל"א-הל"ד וז"ל: כל המטלטלין בחזקת זה שהן תחת ידו אע"פ שהביא התובע עדים שהמטלטלין הללו ידועין לו וכו' והנתבע אומר לא כי אלא אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה הרי זה הנתבע נשבע היסת ונפטר וכו' במה דברים אמורים בדברים שאינן עשויין להשאיל ולהשכיר וכו' אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר וכו' הרי הן בחזקת בעליהן וכו' במה דברים אמורים כשהיה כלי זה נראה ועומד ביד שמעון אבל אם ראובן טען ואמר לשמעון כלי פלוני יש לי בידך ושכור הוא הוציאו אלי והרי יש לי עדים שהוא ידוע לי ואמר לו שמעון אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה נאמן ונשבע שמעון היסת ונפטר מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם ואין בידי כלום נאמן לומר שישנו אצלי ואתה מכרתו לי עכ"ל, יעו"ש.

ממה שהביא הרמב"ם דין טענת לקוח בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר קודם שהביא דין גודרות בפ"י מבואר דלא ס"ל כדברי התוס' בשבועות (דף מו:) שהוא מדין גודרות, אלא למד שטענת לקוח היא טענה גרועה, וחזקת התופס אין עמה טענה, ועיימש"נ בש"א פ"ה.

וכתב הרמב"ם בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וטען לקוח הרי הן בחזקת בעליהן כשהיה כלי זה נראה ועומד ביד שמעון, אבל אם לא נראה הכלי בידו נאמן במיגו שהיה יכול לומר לא היו דברים מעולם, ולא הזכיר בדבריו דמיירי שיש עדים שראו הכלי בידו, אלא כונתו שהמרא קמא ראה הכלי בידו ותובע החזרתו, ואע"פ שיש להתופס מיגו שהיה יכול לכפור אינו נאמן בטענת לקוח, וכמו כן כתב הרמב"ם להלן בפ"ט לענין אומן אין לו חזקה, וטעמא משום דאם המרא קמא ראה הכלי בידו ותובע החזרתו הנידון לפני בית דין הוא על הכלי, ודברים העשויים להשאיל ולהשכיר הם בחזקת בעליהם, ואם כן אינו נאמן במיגו דהוי מיגו להוציא, אבל אם לא נראה הכלי הרי אין ידוע אם הכלי עדיין בעולם, והתביעה היא בעיקר על תשלומין, והרי התופס

מוחזק בממונו, ועיימש"נ בש"א פט"ז.

הרמב"ם הביא דינא דסוגיין בפ"ט הל"ד וז"ל: מי שנכנס לביתו של חברו בפני בעל הבית ויצא וכלים טמונין תחת כנפיו והעדים רואין אותו ולאחר זמן תבעו בעל הבית ואמר לו החזר לי כלים שהשאלתיך והרי העדים והוא אומר לקוחין הן בידי אינו נאמן ונשבע בעל הבית היסת על טענתו שלא מכרן ולא נתנן ויחזירו בית דין הכלים לבעל הבית במה דברים אמורים בבעל הבית שאינו עשוי למכור את כליו וזה שהוציא הכלים תחת כנפיו אין דרכו להצניע ואותן הכלים אין דרך בני אדם להצניען לפיכך חייב להחזיר לפי שלא הצניען אלא לכפור בהן אבל בעל הבית העשוי למכור את כליו אע"פ שאין זה צנוע ואין דרך אותן הכלים להטמין תחת הכנפים הרי זה נשבע היסת שהן לקוחין בידו וכו' ובלבד שלא יהיו מדברים העשויין להשאל ולהשכיר אבל דברים העשויין להשאל ולהשכיר לעולם הן בחזקת בעליהן כמו שבארנו וכו' עכ"ל, יעו"ש. ומבואר מדבריו שהיתה לו גירסת התוס' דכל התנאים שבסוגיין הם בדברים שאין עשויים להשאל ולהשכיר, דרך היכא דאיכא לכל הני תנאים אין המוחזק נאמן לומר לקוח, אבל בדברים העשויים להשאל ולהשכיר לעולם אינו נאמן, ואפילו אם אין בו כל התנאים האלו, אבל קשה למה השמיט הרמב"ם הא דקאמר בגמרא ולא אמרן אלא זה אומר שאולין וזה אומר לקוחין אבל בגנובין לאו כל כמיניה, דאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, והמגיד משנה כתב שהרמב"ם סמך על מה שהזכירו בפ"ה גניבה הל"ב, יעו"ש, ומכל מקום קשה למה לא הביאו גם כאן.

עוד עיין מה שכתב הרמב"ם פ"ח שם הל"ה והל"ו וז"ל: אין כל הדברים האלו אמורים אלא שהיה בעל הכלי טוען אני הפקדתי אצלך או השאלתיהו אצלך אבל אם טען שכלי זה היה שלי ונגנב או אבד או נגזל והביא עדים שהוא ידוע לו וזה שתחת ידו אומר איני יודע אבל אחרים מכרוהו לי או נתנוהו לי במתנה אע"פ שהוא מדברים שעשויין להשאל ולהשכיר מעמידין אותו ביד זה שהוא בידו ואינו נשבע כלל שהרי אין לו טוען יצא לבעלים הראשונים חזקה מכליהן שנגנבו ישבע זה בנקיטת חפץ כמה הוציא ויטול ויחזור הכלי לבעלים הראשונים כמו שבארנו בהלכות גניבה טען אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה אע"פ שיצא לו שם גניבה אם לא היה מדברים העשויין להשאל ולהשכיר הרי זה נשבע היסת ויעמוד הכלי בידו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ועיין במגיד משנה שכתב דהמקור לדברי הרמב"ם הוא בבבא קמא (דף קיד:): מתניתין המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גניבה בעיר ישבע לו לוקח כמה נתן ויטול ואם לאו לאו כל המנו שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה הימנו, ובגמרא וכי יצא לו שם גניבה בעיר מאי הוי ליחוש דילמא זבנינהו והוא ניהו קא מפיק שמא אמר רב יהודה אמר רב כגון שבאו בני אדם בתוך ביתו ועמד והפגין בלילה ואמר נגנבו כלי וכו', יעו"ש, ומבואר שם דאם לא יצא לו שם גניבה בעיר ומצא כליו ביד אחר, והוא אומר שקנה אותם בשוק אין מוציאים מידו, אבל אם יצא לו שם גניבה בעיר תקנו חכמים דמוציאים מיד הלוקח, והוא נשבע כמה שילם בשוק בעד הכלים, ובעל הבית מחזיר לו ממונו.

וכתב המגיד משנה וז"ל: ולא נזכר בגמרא חלוק בין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר לאינן עשויין להשאיל ולהשכיר אבל קצת מן המפרשים ז"ל חלקו בהן מכח סוגיא דכל הנשבעין וכו' עכ"ל, יעו"ש, והרמב"ם לא חילק היכא דלא יצא לו שם גניבה בעיר בין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר ובין דברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר, בכל אלו אם טוען המוחזק שלקח אותו בהשוק נאמן ואין מוציאים מידו, וטעמא דנאמן כתב הרמב"ם משום דאין לו טוען, וצריך עיון למה אין לו טוען, והלא הביא עדים שהכלי ידוע לו, ויש לו חזקת מרא קמא, והוא ראה הכלי ביד חבירו ותובע החזרתו, ולמה אין לו טוען, ועוד קשה שהרמב"ם פסק שאינו נשבע כלל, והיינו דאפילו היסת אינו צריך לישבע, ולמה גרע ממי שתובע חבירו כל דבר שהדין הוא שיכול לחייבו שבועת היסת בלי שום ראיה לדבריו.

ונראה דהנה הדין הוא דכל מי שהוא המרא קמא הממון בחזקתו, ואפילו אין הממון מונח ברשותו אלא ברשות הרבים לעולם נחשב שהממון ברשותו, וכן אם נמצא ביד אדם אחר שמוחזק בו וטוען שהוא שלו, אז יש דין חזקת ממון לזה שמוחזק בו, והרי המרא קמא יש לו חזקה בהממון מכח מה שידוע שהיה שלו, והמוחזק יש בו חזקת ממון מכח מה שהוא תחת ידו, ובדרך כלל אמרינן שחזקת המוחזק במטלטלין עדיפא מחזקת המרא קמא, אולם בדברים שעשויים להשאיל ולהשכיר טענת לקוח של המוחזק היא טענה גרועה, וחזקתו בהממון הוי חזקה שאין עמה טענה, ומוציאים מידו הממון ומחזירים להמרא קמא.

אולם הרמב"ם סבר דאם בעל הכלי אמר שכליו נגנבו, מיד אבד חזקת מרא קמא, דהרי כל חזקת מרא קמא היא דמכח מה שידוע שהיה שלו נחשב הממון ברשותו, כמש"נ, אבל אם מודה שנגנב ממנו, הרי גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו, כדאיתא בבבא קמא (דף סח:), יעו"ש, וכיון שיצא הממון מרשותו בטלה חזקתו.

וכן הבין במאי דקאמר בסוגיין ולא אמרן אלא שבעל הכלי אומר שאולים, אבל אמר גנובים לאו כל כמיניה לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, דאין פירושו דטענת שאולים היא מן התנאים המורים כנגד טענת לקוח, אלא כונתו דכל התנאים לא נצרכו אלא היכא שבעל הכלי טוען שאולים, והרי יש לו חזקת מרא קמא ויכול לתבוע ממנו, ואם המוחזק טוען לקוח צריכים לראות אם יש בו כל התנאים, ואז נחשבת טענתו טענה גרועה, וחזקתו אין עמה טענה, ומוציאים מידו ומחזירים להמרא קמא, אבל אם המרא קמא אומר שנגנבו ממנו הרי הודה שאין לו חזקת מרא קמא, כמש"נ, ואע"ג דחזקת המוחזק אין עמה טענה, הרי גם המרא קמא אין לו חזקה, ולמה נוציא הכלי מידו בלא ראיה.

ומשום הכי למד הרמב"ם דאין לחלק בזה בין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר לבין דברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר, דאע"ג דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר טענת המוחזק גרועה וחזקתו אין עמה טענה, הלא גם המרא קמא אין לו חזקת ממון כיון שהודה שיצא מרשותו על ידי גניבה, ומספק אל תוציאנו מידו, ולכן

לא הביא הרמב"ם דין אומר גנובים בפ"ט הל"ד, דאין זה מן התנאים המגרעים טענת המוחזק, אלא דכל הענין לא שייך אלא באומר שאולים, כמש"נ, ודין האומר גנובים הביא הרמב"ם בהלכות גניבה, וגם בפ"ח הל"ה, כנ"ל.

ואם תאמר דאם אמר שכליו נגנבו ממנו נאמינו על כך, וגם בלא חזקת מרא קמא נחזיר לו הכלי, על זה נאמר דלאו כל כמיניה, דאחזקי איניש בגנבי לא מחזקינן, ורק כשיצא שם גניבה בעיר והיו בה כל התנאים הנזכרים בסוגיא דבבא קמא שם מאמינים לו ומוציאים הכלי מיד הלוקח שלקחו בשוק, כמו שכתב בפ"ח הל"ה, לא משום חזקת מרא קמא, שהרי הפסיד חזקתו כשאמר שנגנב, אלא מפני שנקטינן שבאמת נגנב ממנו, ומחזירים לו משום נאמנות ולא משום טענה.

והיינו מה שכתב הרמב"ם לפי שאין לו טוען, שכל תביעת המרא קמא לזה שלקח הכלי בשוק הוא מכח מה שהוא מוחזק בממונו על ידי שידוע שהיה שלו, אבל הא גופא שהיה שלו אתמול אינו נותן לו כח לתבוע, ולא עוד אלא שאין מאמינים לו שנגנב, דאחזקי איניש בגנבי לא מחזקינן, ולכן אין מוציאים מיד הלוקח בשוק, וגם אינו צריך לישבע שבועת היסת, ולא דמי למי שתבע חברו בלא ראיה שחייב לו ממון, שהרי אין לנו סבה לומר שהוא משקר, ורק שאין לו ראיה לתביעתו, ובזה תקנו חכמים דמכל מקום יכול לחייבו לישבע היסת, אבל באומר נגנב אין לו טוען, דאין לו חזקת מרא קמא לתביעתו, וגם נקטינן שהוא משקר, דאחזקי איניש בגנבי לא מחזקינן, ולכן אינו יכול לחייבו אפילו לישבע היסת.

ואחר כך כתב הרמב"ם בהל"ז והל"ח וז"ל: מי שהיו בידו דברים העשויין להשאיל ולהשכיר אע"פ שהודה ואמר לו יודע אני שהם שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי במתנה אין מוציאין אותן מידו אפילו הביא זה עדים שהיו ידועין לו שאדם עשוי למכור את כליו, טען זה עליו ואמר שאני השכרתים לך או השאלתים לך מוציאין אותן מידו ואם היו מדברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר הרי זה נשבע היסת שלא השאיל לו ולא השכיר לו אלא מפלוני לקח ויעמיד כליו בידו עכ"ל, יעו"ש, דהא דאמר שאין לו טוען היינו כשמודה שנגנב מרשותו, דעל ידי זה נתבטלה החזקת מרא קמא ידידה, כמש"נ, אבל אם טען השאלתיו לך והלה טוען מכרת לי לא אמרינן שאין לזה טוען כיון שזה בא לגנוב הכלי ממנו, שהרי עדיין לא נגנב ממנו עד שבית דין יפסקו את הדין, שהמוחזק רוצה לזכות בדין על ידי טענתו, וכל זמן שהם עומדים בפני בית דין הכלי עדיין בחזקת המרא קמא, והמוחזק בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אין לו חזקת ממון, ומוציאים מידו ומחזירים להמרא קמא, ואם הכלי הוא מדברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר הרי יש חזקת ממון להמוחזק, וחזקתו עדיפא מחזקת ממון של המרא קמא, ונשבע היסת ונפטר.

ובהל"ה כתב הרמב"ם שהמרא קמא הביא עדים שהוא ידוע לו ואומר שנגנב ממנו והמוחזק אומר אומר איני יודע אבל אחרים מכרוהו לי המוחזק נאמן מפני שאין לו טוען, דכיון שהודה שנגנב נאבדה חזקתו, כמש"נ, ובהל"ז הוסיף שאפילו אם המוחזק אמר יודע אני שהם שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי במתנה ואפילו אם המרא

קמא הביא עדים שהיו ידועין להמוחזק, אין מוציאים מידו מפני שאדם עשוי למכור את כליו, ויש לעיין דהרי הא דאין מוציאים מידו הוא משום שאין לו טוען, כמו שכתב בהל"ה, ואם כן מהו החידוש במה שהמוחזק מודה שידע שהכלי היה מפעם של המרא קמא או אם יש עדים על כך.

ונראה דחזקת ממון של המוחזק הוא משום שהוא טוען שעשה קנין גמור בהכלי כשלקחו מאחרים, והרי זו טענה מעליא, וחזקתו יש עמה טענה, והיה אפשר לומר דכל זה הוא כשלא ידע כלל שמפעם היה הכלי של התובע, והוא קנאו בתום לבב ממוכר בשוק, אבל אם מודה שידע שהכלי היה מפעם של התובע, או שיש עדים שהוא היה יודע את זאת, אם כן למה לקחו מהמוכר בשוק, ועל ידי זה הוגרעה טענתו ואבד חזקתו, דהוי חזקה שאין עמה טענה, ונמצא שלשניהם אין להם חזקת ממון, המרא קמא אבד חזקתו כשהודה שנגנב ממנו, כמש"נ, והלוקח אין לו חזקת ממון מפני שאין עמה טענה, והיה צריך להיות הדין דמוציאים מידו, לכן כתב הרמב"ם דאף כשנודע לנו שידע שמפעם היה של המרא קמא לא הוגרעה טענתו מפני שידע שאדם עשוי למכור את כליו בשעת הצורך, ולא היה לו לחשוש שקנה כלי גנוב.

והראב"ד בהל"ז השיג על דברי הרמב"ם וז"ל: א"א לא ידעתי למה אם בשביל שטוענין ללוקח והלא הראשון שזה בא מכחו לא היה יכול לטעון ועוד הרי לא טען רבא ליורש בספרא דאגדתא עכ"ל, יעו"ש, ודבריו נפלאים, שהרי הרמב"ם כתב להדיא דטעמא דאין מוציאים מידו משום שאין לו טוען, ולא משום שטוענים ללוקח, וכן מה שהקשה למה לא טען רבא ליורש בספרא דאגדתא שאביו לקחו מאחרים אינו מובן, שהרי המרא קמא אומר שהשאלום לאביהם, ואילו היה תובע מאביהם לא היה נאמן לומר אחרים מכרוהו לי, כמו שכתב הרמב"ם בהל"ח, כנ"ל, ורק כשטוען נגנבו ממני יכול הנתבע לומר אחרים מכרוהו לי מפני שאין לו טוען, ואם כן מה שייך בזה טענין ליורשים, וצריך עיון.

פרק ח

בו יובאו דברי הרמב"ם בהחזק גנב שהוציא כלים ובעל הבית אין דרכו למכור ובכלים שאין דרכם להטמין ואין דרך המוחזק להצניע הרי בעל הבית נאמן, ואע"פ שדעת הרמב"ם דמי שאמר שכליו נגנבו אין מוציאים מיד המוחזק דאין לו טוען.

[שבועות מו:] אמר רב יהודה ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן ולא אמרן אלא בעל הבית שאינו עשוי למכור כליו וכו' לא אמרן אלא דברים שאין דרכן להטמין וכו' ולא אמרן אלא זה אומר שאולין וזה אומר לקוחין אבל בגנובין לאו כל כמיניה לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אבל דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר נאמן, יעו"ש, כך היא הגירסא שלפנינו, אבל גירסת התוס' היא איפכא, ולא אמרן אלא בדברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר אינו נאמן, וכן היא גירסת הרמב"ם כמו שמבואר בפ"ט הל"ד דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לעולם הם בחזקת בעליהם, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פ"ז.

ועיין מה שכתב הרמב"ם פ"ה גניבה הל"ב וז"ל: גנב שהוחזק ונתפרסם שנכנס לתוך בית חבירו ועדים מעידים שיצא וכלים טמונים לו תחת כנפיו אע"פ שהיה שם בעל הבית וטען ואמר לקוחין הן בידי ובעל הבית אומר גנובים הם אם היה בעל הבית שאין דרכו למכור את כליו ואותם כלים אין דרך בני אדם להטמין ואין דרך אותו המוחזק להצניע כלים תחת כנפיו הרי בעל הבית נאמן ונשבע בנקיטת חפץ ונטל כליו ואם אין אדם זה מוחזק בגניבה אין בעל הבית נאמן אלא נשבע זה שהכלים בידו שבועת היסת שהכלים האלו לקוחים הם בידו והולך עכ"ל, יעו"ש.

מקורו של הרמב"ם דבהחזק גנב בעל הבית נאמן ומוציאים מידו לכאורה הוא ממאי דקאמר בסוגיין שאין בעל הבית נאמן לומר גנובים משום דאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, וכן כתב המגיד משנה, אבל קשה שהרי כתב הרמב"ם פ"ח טוען ונטען הל"ה וז"ל: אין כל הדברים האלו אמורים אלא שהיה בעל הכלי טוען אני הפקדתי אצלך או השאלתיך אצלך אבל אם טען שכלי זה היה שלי ונגנב או אבד או נגזל והביא עדים שהוא ידוע לו וזה שתחת ידו אומר איני יודע אבל אחרים מכרוהו לי או נתנוהו לי במתנה אע"פ שהוא מדברים שעשויין להשאיל ולהשכיר מעמידין אותו ביד זה שהוא בידו ואינו נשבע כלל שהרי אין לו טוען עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב דבעל הבית שאמר נגנבו ממני אינו יכול להוציא מיד המוחזק מפני שאין לו טוען, ועיימש"נ בש"א פ"ז, ואם כן למה כשהוחזק גנב יש לו טוען.

והנה אם מי שהוחזק גנב יש בידו כלי של חבירו מדברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר, ובעל הכלי טוען השאלתי לך, וזה שהוחזק גנב טוען לקוח הוא בידי, לא מצינו מי שפוסק דמוציאים מידו, שהרי מפני שהוחזק גנב לא אבד כל דין חזקת ממון, ובהך אוקימתא אין הנידון אם גנב אלא אם לקח או שאל, וכיון שהוא מוחזק בכלי שאין עשוי להשאיל ולהשכיר נאמן בטענת לקוח ואין מוציאים מידו, ומבואר דאין דין

חזקת ממון של המוחזק תלוי באחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, שהרי זה הוחזק גנב ומכל מקום יש לו חזקת ממון.

וראיה לכך דאע"ג דהוחזק גנב לא אבד בזה חזקת ממון של מוחזק, שהרי פסק הרמב"ם דבהוחזק גנב ויש נמי כל ההוכחות ובעל הבית אומר גנובים הם נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כליו, ולא סגי בשבועת היסת, ואולם בפ"ח טוען ונטען הל"ג פסק דדברים העשויין להשאיל ולהשכיר הרי הן בחזקת בעליהן והוא נוטל כליו ונשבע היסת על טענת המוחזק, יעו"ש, וכן בפ"ט שם הל"א הביא דין אומן אין לו חזקה ופסק שמוציאים הכלי מיד האומן וישבע בעל הבית היסת על טענתו, יעו"ש, אבל הכא פסק הרמב"ם שנשבע בנקיטת חפץ, והיינו משום שיש לו תורת מוחזק, ובעל הבית נחשב נוטל, וכל נוטל צריך לישבע בנקיטת חפץ, כמו שכתב הרמב"ם פ"ג מלוה ולוה הל"ג, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פכ"ב.

ואם כן יש להבין מה ענין אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, ומאי שנא דבהוחזק גנב והוציא כלים מבית חבירו ואית ביה כל התנאים שכתב הרמב"ם דמוציאים מידו אע"פ שיש לו תורת מוחזק.

ונראה לבאר דברי הרמב"ם עפ"ימש"נ בש"א פ"ז דמאי דקאמר בסוגיין ולא אמרן אלא זה אומר שאולין וזה אומר לקוחין אבל בגנובין לאו כל כמיניה לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן אין זה אחד מן התנאים להא דאין המוחזק נאמן, אלא דכיון דאמר המרא קמא שכליו נגנבו אבד החזקת ממון שלו, דענין חזקת ממון הוא שהממון נחשב ברשות המרא קמא אפילו כשאינו תחת ידו, אבל בדבר הנגנב הרי שניהם אינם יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, כדאיתא בבבא קמא (דף סח:), יעו"ש, ונמצא דגניבה מפקיע רשות הבעלים, ואם אמר המרא קמא שנגנב ממנו הרי הודה שאין לו חזקת ממון, ואם כן אין לו דין לתבוע, והיינו מה שכתב הרמב"ם שאין לו טוען.

ואיברא דאין להמרא קמא חזקת ממון, אם היה בעל הבית שאין דרכו למכור את כליו ואותם כלים אין דרך בני אדם להטמינן ואין דרך אותו המוחזק להצניע כלים תחת כנפיו, מכל מקום למה לא נאמין לו על מה שאמר שכליו נגנבו, הרי כל ההוכחות מורות שנגנב, על זה קאמר בגמרא דאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, וגם לאחר כל ההוכחות ליכא בירור מעליא שנגנבו, ואינו יכול להוציא כליו מיד המוחזק אלא על ידי חזקת ממון, וכיון שהודה שנגנב אין לו חזקת ממון, כמש"נ.

ואולם היכא שהוחזק גנב, ויש בו נמי כל התנאים, שהיה בעל הבית שאין דרכו למכור את כליו ואותם כלים אין דרך בני אדם להטמינן ואין דרך אותו המוחזק להצניע כלים תחת כנפיו, אז אמרינן שיש בירור מעליא שנגנב, ומוציאים מיד הגנב משום הבירור, ולא משום חזקת ממון של המרא קמא דבזה אמרינן אין לו טוען ואבד חזקת ממון שלו, אבל כיון שנתברר שנגנב על ידי שהוחזק גנב וכל ההוכחות מוציאים מידו מחמת הבירור, ונמצא שהמוחזק יש לו חזקת ממון אבל מוציאים מידו על ידי בירור, והרי זה נחשב נוטל, וכל הנוטלים צריכים לישבע בנקיטת חפץ מתקנת חכמים,

ומשום הכי פסק הרמב"ם שנשבע בנקיטת חפץ, ולא סגי בשבועת היסת כמו בטוען לקוח בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואומן שטוען לקוח דאין להם חזקה, והרי הכלים בחזקת בעליהם, כנ"ל, ומה שמוציאים מיד התופס אינו נחשב נוטל, ומשום הכי אין בעל הכלי צריך לישבע אלא שבועת היסת.

פרק ט

בו יובא שיטת הרמב"ם שמחלק בין דברים שדרכם להשאיל ולהשכיר ובין בדברים העשויים מתחלה להשאיל ולהשכיר, ויבואר מה שכתב דאם הפסדו מרובה משכרו הוא בחזקת שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר אפילו באו עדים שהשאילו או השכירו.

[שבועות מו:] ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אבל דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר נאמן דשלח רב הונא בר אבין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן כי הא דרבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר, יעו"ש, ואינו נאמן לטעון לקוח אלא בדברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר, אבל בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אינו נאמן ומוציאים מידו.

וכתב הרמב"ם פ"ח טוען ונטען ה"ל וז"ל: אל תטעה בין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר לדברים שדרכן להשאיל ולהשכיר כמו שטעו רבים וגדולים שכל הדברים ראויין להשאיל ודרכן להשאיל אפילו חלוקו של אדם ומצעו ומטתו ראויין להשאיל אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר הם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותן מתחלת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן וליטול שכרן וכו', כגון היורות הגדולות של נחשת שמבשלין בהן בבית המשתאות וכו', שעשייתן אלו הכלים אינן למכירת עצמן ולא להשתמש בהן בעל הבית בביתו אלא להשאילן לאחרים כדי ליהנות כנגדן או להשכירן וליטול שכרן וכן אם היה לאדם משאר הכלים ויש לו עדים שהוא משכירו תמיד ומשאילו והוחזק לו שהוא להשאיל ולהשכיר הרי הן ככלים העשויין להשאיל ולהשכיר עכ"ל, יעו"ש.

ולמד הרמב"ם דמי שתפוס בכל כלי שדרך הבעלים להשאילו ולהשכירו לשכנו וחבריו נאמן לומר לקוח הוא בידי, רק בכלים שתחלת עשייתם לשאלה ושכירות אינו נאמן, והוא הדין אם יש עדים שמשאיל ומשכיר איזה כלי שאין תחלת עשייתו לכך דינו כמו כלים העשויים מתחלתם לכך שאין התופס בהם נאמן לומר לקוח.

ואחר כך בה"ל כתב הרמב"ם וז"ל: וכלי שהפסדו מרובה משכרו ובני אדם מקפידין עליו שלא ישאלוהו הרי הוא בחזקת שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר כגון סכין של שחיטה לפיכך אפילו באו בני אדם והעידו שהשאילו או השכירו זה אין מבטלין בהן חזקתן אלא הרי הן ככל הכלים וכו', עכ"ל, יעו"ש, ויש להבין מאי דקאמר אפילו באו בני אדם והעידו שהשאילו או השכירו זה, אם כונתו שהעידו שהשאיל או השכיר כלי היקר הזה פעם אחת, פשיטא דאינו נעשה בכך דבר העשוי להשאיל ולהשכיר, ואם כונתו שהעידו שהיה משאילו תמיד, אם כן למה לא נחשיבנו דבר העשוי להשאיל ולהשכיר, וכן הקשה הב"ח סי' ע"ב אות י"ג וז"ל: דבריו תמוהים דהא פשיטא דלא אזלינן בתר חזקה במקום עדים עכ"ל, יעו"ש.

ונראה דמה שמשאיל כלי תמיד אינה ראייה ברורה שהכלי עשוי אצלו להשאיל ולהשכיר, כמו כלי שניכר מתחלת עשייתו שנעשה להשאיל ולהשכיר, כגון היורות

הגדולות של נחשת שמבשלין בהן בבית המשתאות, דבהחלט יתכן שכל שאלה או השכרה היא אירוע מיוחד, שמישהו ביקש ממנו טובה להשאיל או להשכיר לו כלי, ובהיותו רך לב הוא מסכים לעשות זאת, וכן אתמול וכן שלשום, ואכן אמרינן דאם זה קורה בתמידיות הרי זה בחזקת שהחליט שהכלי עשוי להשאיל ולהשכיר.

ואכן אם הכלי הפסדו מרובה משכרו, ובני אדם מקפידים שלא ישאלוהו, כגון סכין של שחיטה, הרי הוא בחזקת שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר, ואפילו אם יש עדים שהוא משאלו ומשכירו בתמידיות אינו יוצא מחזקתו שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר, ובכל יום ויום שהוא משאלו או משכירו הוא משום שמישהו ביקש ממנו טובה ובהיותו רך לב הוא הסכים לעשות זאת, ואין זה נחשב שאזלינן בתר חזקה במקום עדים, אלא החזקה שדבר שהפסדו מרובה משכרו אינו עשוי להשאיל ולהשכיר מגלה שמה שהעדים ראו שמשאלו ומשכירו בתמידיות אינו מחזיקו כדבר שעשוי להשאיל ולהשכיר, כמשי"נ, ונאמן התופס לומר שלקוח הוא בידו.

והב"ח כתב בשוב דברי הרמב"ם וז"ל: ואפשר ליישב דהכי קאמר אע"פ שהעידו שהשאלו או השכירו זה מסתמא ודאי החזיר הכלי לבעליו כיון שאינו עשוי להשאיל או להשכיר ואם כן יכול לטעון דאחר החזרה חזר ולקחו מבעליו שאין מבטלין בעדים אלו חזקתן אלא העדים העידו אמת וטענת זה שלקחו מבעליו נמי אמת על פי החזקה וכו' עכ"ל, יעו"ש, הב"ח למד דמה שכתב הרמב"ם שאפילו באו בני אדם והעידו שהשאלו או השכירו זה אין כונתו שהעידו שהשאלו או השכירו לאחרים, אלא כונתו שהשאלו או השכירו לזה שתופס הכלי בידו.

וביאור דבריו דהרי כל דבר שבא לידו בתורת פקדון אינו נאמן לומר חזרתי ולקחתי ממך, כמו שמצינו דאריס ואפוטרופוס אינם נאמנים לומר לקוח, ועיימש"נ בש"א פי"ד, אולם כאן מחדש לנו הרמב"ם, לפי הבנת הב"ח בדבריו, דאפילו אם יש עדים שהשכיר לו כלי שהפסדו מרובה משכרו נאמן לומר לקוח הוא בידי, דכיון שהכלי הוא יקר ונשבר בקלות בודאי לא יניחנו אצלו אלא לזמן קצר מאד, ומסתמא בשעה קלה החזירו לבעליו, ונסתלקה השכירות, והשתא לאחר זמן נמצא בידו והוא טוען לקוח נאמן, שהרי כשהוא לפנינו לא בא לידו בתורת פקדון, דהפקדון שראו העדים נקטינן שכבר עבר לפני זמן, והשתא בא לידו מחדש, ושפיר נאמן לומר לקוח כיון שהוא בחזקת דבר שאינו עשוי להשאיל או להשכיר.

פרק י

בו יובא קושית התוס' על הא דהמכיר כליו ביד אחר אינו יכול להוציאם אלא כשיש כמה הוכחות שנגנבו, הלא כיון שספרים עשויים להשאיל ולהשכיר למה אינו נאמן במיגו דהשאלתים לך, ויבואר למה צריך מיגו יהא נאמן לומר גנובים כמו בגודרות.

[שבועות מו:] ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אבל דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר נאמן וכו' כי הא דרבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה וספרא דאגדתא וז"ל: נראה דכל שכן שאר ספרים שדרך להשאילן יותר וכו' ותימה כיון דספרים עשויין להשאיל ולהשכיר הא דתנן בהגוזל בתרא (ב"ק דף קיד:) המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול ופריך בגמרא ודלמא איהו אפקיה לקלא ומסיק כגון וכו' ואמאי בעי כולי האי ניהמניה במגו דאי בעי אמר שאולין הם בידו דאין האחד נאמן לומר לקוחין הן בידי כיון דעשויין להשאיל ולהשכיר בההוא טעמא לחוד כדפירשתי לעיל וליכא למימר התם טעמא דאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן כדאמרין הכא דהתם לא קאמר שהוא גנבם אלא אומר שהגנבים גנבום וכמה גנבים איכא בעלמא עכ"ל, יעו"ש.

בבבא קמא שם תנן המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא לו שם גניבה בעיר ישבע לו לוקח כמה נתן ויטול ואם לאו לאו כל המנו שאני אומר מכרן לאחר ולקחן זה הימנו, ובגמרא וכי יצא לו שם גניבה בעיר מאי הוי ליחוש דילמא זבנינהו והוא ניהו קא מפיק שמה אמר רב יהודה אמר רב כגון שבאו בני אדם בתוך ביתו וכו', יעו"ש, ועל זה הקשו התוס' דכיון דספרים עשויים להשאיל ולהשכיר, ואילו היה המרא קמא טוען השאלתים לך היה נאמן, כמו שכתבו בדיבור הקודם, אם כן גם אם טוען נגנבו ממני ואתה לקחת מן הגנב יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר השאלתים לך.

וקשה טובא דהרי בדיבור הקודם כתבו נמי בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר המרא קמא נאמן אפילו אם אומר אתה גנבת ממני, והיינו משום דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר הם כגודרות דאין להתפוס בהם תורת מוחזק, ולעולם נשאר המרא קמא מוחזק, ואם כן למה הקשו התוס' שיהא המרא קמא נאמן במיגו, והלא גם בלא מיגו יש להאמינו, עוד קשה למה סלקא אדעתיהו דהתוס' דאין להאמינו לומר שגנובים הם מיגו דהשאלתים לך משום דאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, דאם כן למה כתבו התוס' בדיבור הקודם דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר נאמן אפילו טוען גנובים הם, והלא אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן.

והנה יש לעיין עוד, דאם בעובדא דהתם המרא קמא נחשב מוחזק, למה צריך לכל הני אוקימתות, והלא המוציא מחבירו עליו הראיה, ועל הלוקח להביא ראיה שזה שלקחו ממנו היה בעלים על כלים והספרים, ואם הלוקח הוא המוחזק, נימא המוציא מחבירו עליו הראיה לאידך גיסא, ועל המרא קמא להביא ראיה שנגנבו ממנו, דראיה היא בעדים, כדאיתא בבבא בתרא (דף קנד.), יעו"ש, וכל הני אוקימתות אינם ברורות

כמו ראייה בעדים, ואע"פ שאין הלוקח טוען ברי שזה שמכר לו היה הבעלים, הלא טוענים ללוקח, כדאיתא בבבא בתרא (דף מא:): גבי דר בה חד יומא, יעו"ש.

ונראה שמזה הבינו התוס' דכיון שיצא שם גניבה בעיר אין טוענים ללוקח שזה שמכרם לו קנאם מן המרא קמא, ואם כן אין לו תורת מוחזק, וגם התורת מוחזק של המרא קמא איתרע כיון שיצא שם גניבה ואנו חוששים שמכרם לאחרים והוא עצמו הוציא הקול, כנ"ל, ונמצא שאין על ספרים אלו שום מוחזק, ואילו היו כל הדברים שוים היינו דנים להם כל דאלים גבר, כדאיתא בבבא בתרא (דף לד:), יעו"ש, אבל הכא יש לדון על עצם העובדא לברר לאיזה צד היא מכרעת, ונותנים הממון לזה שמסתבר יותר שהצדק עמו, וכל האוקימתות הם להוכיח שהצדק עם המרא קמא שטוען שהממון נגנב ממנו.

ועל זה הקשו התוס' דהרי כל ספרים הם דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ומבואר בדיבור הקודם של התוס' דמשום הכי הווי להו כגודרות שאין להם חזקה, ולעולם אינם יוצאים מחזקת המרא קמא, והיינו טעמא שהם כגודרות משום דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר עבידי דעוברים ממקום למקום כמו גודרות שהולכים מעצמם, ואם כן בעובדא דבבא קמא דאין תורת מוחזק לשום אחד מהם, הדעת נותנת שאם טען המרא קמא אני השאלתי אותם לך שיהא הצד שאלה מכריע לנו דהכי הוי עובדא, דאם לא היה שאלה דבר רגיל לא היו הספרים נחשבים כגודרות, וכיון שכן אפילו אם לא טען השאלתי אותם לך אלא טען נגנבו ממני יהא נאמן במיגו שהיה יכול לטעון שאולים הם בידך.

פרק יא

בו יבואר הא דהמחזיק בשדה שלש שנים אינו נאמן לטעון מפלגיא זבינתה דזבנה מינך קמאי ידידי אלא על ידי מיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה, ואע"פ שיש לו טענת ברי, ויבואר למה הקונה מן אומן אינו נאמן לומר בפני אמרת לו ליתנו לי בלא מיגו. **[בבא בתרא דף מא:]** ההוא גברא דדר בקשתא בעיליתא ארבע שני אתא מארי דביתא אשכחיה אמר ליה מאי בעית בהאי ביתא אמר ליה מפלגיא זבינתה דזבנה מינך אתא לקמיה דרבי חייא אמר ליה אי אית לך סהדי דדר בה איהו דזבנת מיניה ואפילו חד יומא אוקימנא לה בידך ואי לא אמר רב הוה יתיבנא קמיה דחביבי ואמרי ליה וכי אין אדם עשוי ליקח ולמכור בלילה וחזיתיה לדעתיה אי אמר ליה קמאי ידידי זבנה מינך מהימן מיגו דאי בעי אמר ליה אנא זבנתה מינך, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: אפילו חד יומא כדי לאמת דברך ואוקמה בידך הואיל והחזקת שני חזקה ושוב לא תצטרך להביא עדים שלקחה מבעליו אותו שמכרה לך משום דטוענין ליורש וטוענין ללוקח דהבא משום ירושה ומשום מקח אינו צריך טענה אלא ראייה שדר בה המוכר לו יום אחד בעי עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאם דר בה חד יומא ומכרה לו יש לו להקונה דין לוקח, וטענין ללוקח כל מה שהמוכר היה יכול לטעון, ואע"ג דמוכר זה לא היה זוכה בטענת מכרת לי כיון דלא היו לו שני חזקה, כיון דזה הלוקח יכול לטעון פלגיא זבנה מינך על ידי דין טענין, ונחשב כטענת ברי, והרי הוא יש לו שני חזקה, הרי חזקתו חזקה שיש עמה טענה וזוכה בה, אבל אם לא דר בה חד יומא הרי לקח הקרקע ממי שאין לו שום שייכות להקרקע, ואין לו תורת לוקח, ואין טוענים למי שאינו לוקח.

ואכן נראה דהא דזוכה בהקרקע על ידי טענין היינו בצירוף מיגו דהיה יכול לומר אנא זבנתה מינך, וכל זה נכנס לדין טענין, דהא בהמשך אמרין דאם אמר ליה קמאי ידידי זבנה מינך מהימן מיגו דאי בעי אמר ליה אנא זבנתה מינך, ובלי מיגו אינו נאמן, ואם כן הוא הדין במי שטוען זבינתה מפלוני דאמר לי דזבנה מינך לא עדיף מיניה, ואינו נאמן בלי מיגו, אבל על ידי דין טענין יש לו הטענה וגם המיגו.

אבל קשה למה צריכים בכלל לדין מיגו באומר קמאי ידידי זבנה מינך, והלא זו היא טענת ברי שהקרקע שלו, שהרי הוא עצמו ראה שזה שמכרה לו קנאה מן המרא קמא, ושפיר הוי חזקה שיש עמה טענה, וכן הקשו הקצות החושן בסי' קמ"ו סק"ב ורבי עקיבא איגר, יעו"ש.

ויש שרצו לתרץ דאם לא דר בה המוכר חד יומא הוא ריעותא בטענתו, אולם עיין לקמן (דף מה:) מיתבי אביי ראה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס אמר לו מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי אתה נתת לי במתנה לא אמר כלום בפני אמרת לו למוכרו וליתנו לו במתנה דבריו קיימין מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא אמר רבה סיפא ביוצא מתחת ידי אחר וקאמר ליה אחר בפני אמרת לו למוכרו וליתנו במתנה מיגו דאי בעי אמר ליה מינך זבנתה כי אמר ליה נמי בפני אמרת לו למוכרו דבריו קיימין ומהימן, יעו"ש, והתם נמי יש להקשות דכיון שהכלי נמצא ביד אחר שאינו אומן, והוא טוען

שבפניו אמר בעל הכלי להאומן ליתנו לו במתנה, הרי הוא טוען ברי שהכלי שלו, והוי חזקה שיש עמה טענה, ולמה צריך מיגו דאי בעי אמר מינך זבנתיה, והתם ליכא ריעותא בטענתו, דמה מגרע טענתו.

והנה עיין מה שכתב הרמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"א וז"ל: המלוה את חבירו בפני עדים וכו' זו נקראת מלוה על פה ואינו צריך לפורעו בעדים לפיכך אם טען ואמר אחר כך פרעתי נשבע היסת ונפטר אבל המלוה את חבירו בשטר צריך לפרעו בעדים לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן אלא אומרים לו או הבא עדים או עמוד ושלם לו חובו עכ"ל, יעו"ש, והגרי"ז הקשה דהלא הדברים הפוכים, דהיה לו לומר המלוה את חבירו בשטר אינו נאמן לומר פרעתי דאמר ליה שטרך בידי מאי בעי, לפיכך צריך לפרעו בעדים, ומזה דייק הגרי"ז דהא דאינו נאמן לומר פרעתי במלוה בשטר הוא מזכויות השטר, שדין השטר הוא שאין לו נאמנות לטעון פרעתי, לפיכך צריך לפרעו בעדים ולהאמית הפרעון בראיה ולא בטענת כפירה, והרי זה כמי שכתוב בו נאמנות. ובודאי כן הוא דדין מלוה בשטר הוא דאינו יכול לטעון פרעתי, אולם נראה ליתן טעם אחר בדבר, דאין הטעם מפני שכל שטר נחשב כמי שכתב בו נאמנות שיהא בעל השטר נאמן לומר שלא פרע, אלא היינו טעמא משום דבעל השטר הוא מוחזק על החוב, דמלוה כמאן דגביא דמיא כמו שמבואר בבבא בתרא (דף קכד:) ובכמה מקומות, יעו"ש, ומשום הכי לאו כל כמיניה דהלוח להחזיק בממונו בטענת פרעתי כיון שהמלוה כבר מוחזק בממון הלוח כנגד חובו משעת כתיבת השטר שעדיין לא הגיע זמן פרעון, ואם כן יש לעיין למה יכול לטעון לקוח גם בלא מיגו אם נמצא חפץ חבירו בידו בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר, והלא המרא קמא הוא מוחזק בחפציו, ואפילו אם אינם מונחים בידו או חצירו, ואם כן היאך יכול להחזיק בחפץ שהוא כבר מוחזק ביד המרא קמא.

ונראה דבכל קנין יש שני דינים, חדא שמוסר בעלות ללוקח או מקבל מתנה, ועוד שהוא מוסר נמי החזקה הנובעת מן הבעלות, שממון לעולם בחזקת הבעלים, ולכן אם נולד ספק בהקנין הרי אנו מסופקים אם המקנה או הקונה הוא הבעלים, וגם אם המקנה או הקונה הוא המוחזק לגבי ספקות, וכיון שכן יכול הלוקח שהממון ברשותו להחזיק בהממון על ידי תפיסתו, אבל לולי הא דמקנה לו גם חזקתו בהממון היינו אומרים שהממון לעולם נשאר בחזקתו אם נולד ספק בהקנין.

ולפי זה מובן היטב למה אינו יכול להחזיק בטענת מפלגא זבינתה דזבנה מינך קמאי ידידי בלי מיגו דמינך זבינתה, דהרי הקרקע לעולם בחזקת המרא קמא, ואם דר בה אינה יוצאת מחזקת המרא קמא עד שדר בה שלש שנים, ואז יוצאת מחזקתו משום שדירת שלש שנים בלא מחאה הוי ראייה שמכרה לו, והרי זה כאילו הביא עדים, אבל אין לו זכות להחזיק בהקרקע לגבי ספקות, ועד שהביא הראיה של דירת שלש שנים דין חזקת ממון עדיין אצל המרא קמא.

ואם זה השני שדר בה חד יומא הקנה הקרקע לאדם שלישי אין בכחו להקנות לו אלא הבעלות אבל לא החזקת ממון שנשארה אצל המרא קמא, ואם לא החזיק בה

שלוש שנים ומכר הקרקע לאדם אחר, אפילו אם כלפי שמיא גליא שהמרא קמא מכרה לו, אינו יכול להקנות להאחר אלא מה שיש לו, דהיינו הבעלות ולא החזקת ממון לגבי ספקות, ואפילו אם השלישי דר בה שלוש שנים אין זה אלא ראייה שהוא קנה הקרקע מן השני, אבל אין בזה ראייה שהשני קנה הקרקע מן המרא קמא, ורק שהוא טוען שראה המכירה אבל אין לו ראייה על כך, ונמצא שקנין לגבי הבעלות מסופק, ולגבי החזקת ממון אין לו קנין כלל, כמש"נ, ונשאר המרא קמא מוחזק לגבי הספק קנין, ואכן כיון שהיה יכול לטעון מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה, יש לו מיגו גם על מה שטוען מפלניא זבינתה דזבנה מינך קמאי דידי, והרי זו ראייה שהאמת כדבריו שהשני קנאה מהמרא קמא ומכרה לו, וזוכה על ידי ראייה ולא על ידי חזקה, אי נמי על ידי מיגו וחזקה קלושה, ועיימש"נ בש"א פי"ט.

וכמו כן יש לפרש מה שכתב הרשב"ם לקמן בד"ה ביוצא, במסר כלי לאומן והוא יוצא מתחת ידי אחר וקאמר ליה אחר להמרא קמא בפני אמרת לו למוכרו וליתנו במתנה נאמן מיגו דאי בעי אמר ליה מינך זבינתיה, יעו"ש, וגם התם צריך האחר מיגו אע"פ שאינו אומן, שאם המרא קמא הקנה הכלי לאומן כדי שיחזור ויקנה להאחר אין האומן קונה אלא הבעלות על הכלי, אבל אינו קונה מן המרא קמא הדין חזקת ממון לגבי ספקות, דהא אומן אין לו חזקה, ונשאר הדין חזקת ממון אצל המרא קמא, וכשחזר האומן ומכרו להאחר אינו יכול למכור אלא כל זכות שתבא לידו, ואין האחר נעשה מוחזק על הכלי אע"פ שאינו אומן, וכיון שיש ספק בדבר המרא קמא זוכה בו מפני שהוא המוחזק.

אבל כיון שיש לו מיגו דאי בעי אמר מינך זבינתיה, ואילו היה טוען כן היינו מסופקים מי הוא הבעלים ומי הוא המוחזק, שהרי זה האחר אינו אומן ויש לו חזקה, ואם האמת שמכרו לו היתה החזקת ממון עוברת לו, ולגבי ספק זה התפוס הוא המוחזק, כמש"נ, השתא נמי שטוען שהמרא קמא הקנה לאומן שיקנה לו נאמן במיגו, וזוכה על ידי הראייה ולא על ידי החזקת ממון, וכיון שהביא ראייה על הקנין נסתלקו הספיקות, ומכאן להבא לגבי ספיקות חדשים יש לו קנין על הממון וגם חזקת ממון לגבי ספיקות.

פרק יב

בו יוכיח מדברי הרשב"ם דאומן אין לו חזקה מדין גודרות, ותתיישב גירסת אבוב דשמואל דתני שותף אין לו חזקה וכל שכן אומן, דאם שותף שיש לו חלק בהממון אין לו חזקה אינו צריך לומר אומן, ולא קאמר דאשמועינן דאומן הוא כגודרות.

[בבא בתרא מב.] מתניתין האומנין והשותפין והאריסין והאפוטרופין אין להם חזקה, וכתב הרשב"ם וז"ל: במטלטלי מי שהוא מוחזק בשל חבירו אפילו שעה אחת שאנו רואים שיוצאים מתחת ידו אע"פ שיש לחבירו עדים שהיה שלו נאמן זה המוחזק לומר לקוח הוא בידי וכו' חוץ מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחין הן בידי דאינו נאמן כדקיימא לן במסכת שבועות (דף מו:): והכי נמי גבי אומנין אפילו דבר שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר ועשוי לשלחו לאומן כדי לתקנו אין לו חזקה לטעון לקוח בידי מאחר שיש עדים לאידך שהיה שלו וטוען שלחתיו לך לתקנו עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דאומן אין לו חזקה משום דהוי כדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שאינו יכול לטעון לקוח בלי מיגו, ומיירי בכלים העשויים לשלחם לאומן כדי לתקנם, אבל שאר כלים יכול האומן לטעון לקוח, ואין בעליהם יכולים לומר שלחתים לך לתקנם.

ועיין מה שכתב הרשב"ם לעיל (דף לו.) הגודרות אין להן חזקה גודרות צאן וכל דבר המהלך בדרכים ובשווקים שיכול לומר מעצמו נכנס או אתה הכנסתו לביתך והחזקת בו אינה חזקה וכו' שהמחזיק בהן בביתו אין יכול לטעון לקוח הוא בידי בלא עדים ובלא ראיה כשאר מטלטלין שאין יכולין להלך ואין עשויין להשאיל ולהשכיר דנאמן בהן לומר לקוח הוא בידי הואיל וישנו בביתו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדבריו דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר נחשבים כגודרות, דאם לא כן למה לו להזכיר דברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר בהדי הני דברים שאינם גודרות, ולפי זה דמדמה דין אומן לדין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר מבואר דדין אומן אין לו חזקה הוא משום גודרות, וכן כתבו התוס' בשבועות (דף מו:), יעו"ש.

ועיין לקמן (דף מב:) אבוב דשמואל ולוי תנו שותף אין לו חזקה וכל שכן אומן, וכתב הרשב"ם וז"ל: השותפין והאפוטרופין כו' אבל אומן לא תנו דכל שכן דאין לו חזקה דהא אין לו חלק כלל דנימא מיגו דהיה לו חלק בו קנה מחבירו את חלקו אלא ודאי לתקן ניתן לו עכ"ל, יעו"ש, שמואל לא גרס האומנים במתניתין, דכיון דתנא השותפים אין להם חזקה, ואע"ג דאיכא סברא שכיון שיש לו חלק בהממון רצה לקנות השאר משותפו והפציר בו למוכרו לו, אם כן כל שכן שהאומן שאין לו חלק בהממון שאין לו חזקה.

וקשה מאי קאמר אבוב דשמואל דאם שותפים אין להם חזקה, ואע"פ שיש להם חלק בהממון, כל שכן שאומנים שאין להם חלק בהממון אין להם חזקה, והלא אע"פ שאין להם חלק בהממון הוה אמינא שיכולים להחזיק בהממון, כדין כל חזקת מטלטלין, אי לאו דאשמועינן שכלים בידי האומנים אינו יכול להחזיק בהם, וכמו

שאינו יכול להחזיק בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, והרי הם כגודרות, ושפיר צריך התנא למיתני אומנים במתניתין.

ואולי יש לומר דגם דינא דשותפים לא קפדי אהדדי הוא מדין גודרות, דכיון דרגיל שיהיו חפצי המרא קמא מונחים ברשות השותף הרי הם כגודרות ואין השותף יכול להחזיק בהם, וגם לפימשי"נ בש"א פי"ד דלא שייך דין גודרות במי שרגיל למסור כליו לשומר ופעם אחת תבע לו שיחזירנו לו והוא טוען שמכרו לו, דכלי שמתנודד בין שני אנשים אינו כגודרות, ואינו מופקע מתורת מוחזק, מכל מקום בשותפין יש לומר דכיון שכל כליו של שותף זה רגילים להמצא בחצר שותפו, וכל כליו של שותפו רגילים להימצא אצלו, הרי כל כליהם כגודרות להם, וצריך עיון.

פרק יג

בו יובאו דברי הרמב"ם דאומן אין לו חזקה בכלים שתחת ידו בין בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר ובין בשאר כלים, ומה ענין זה לדין האומן כלל, ויבואר שהיה אפשר לומר שאומן אין לו חזקה רק בכלים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר.

[**בבא בתרא מב.**] מתניתין האומנין והשותפין והאריסין והאפוטרופין אין להם חזקה, יעו"ש, וכתב הרמב"ם פ"ט טוען ונטען הל"א וז"ל: האומן אין לו חזקה בכלים שתחת ידו אחד כלים העשויים להשאיל ולהשכיר ואחד שאר כלים כיצד ראה כליו ביד האומן והביא עדים שהן יודעין שהכלי זה שלו והוא טוען ואומר לתקן נתתיו לך והאומן אומר לא בא לידי אלא במכירה או מתנה או שטען אתה נתת לי אתה מכרת לי אחר שבא לידי לתקנו אע"פ שמסרו לו שלא בעדים בעל הכלי נאמן ומוציאין אותו מיד האומן וישבע בעל הבית היסת על טענתו, עכ"ל, יעו"ש, ויש לעיין למה הזכיר הרמב"ם ענין כלים העשויים להשאיל ולהשכיר, ולמה יעלה על הדעת שיהא דין אומן אין לו חזקה תלוי בזה.

והנה הרמב"ם כתב לעיל פ"ח שם הל"ט וז"ל: אל תטעה בין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר לדברים שדרכן להשאיל ולהשכיר כמו שטעו רבים וגדולים שכל הדברים ראויין להשאיל ודרכן להשאיל אפילו חלוקו של אדם ומצעו ומטתו ראויין להשאיל אבל דברים העשויין להשאיל ולהשכיר הם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותן מתחלת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן וליטול שכן והרי הן לבעליהן וכו' עכ"ל, יעו"ש, והרמב"ם לא ס"ל כדברי התוס' בשבועות (דף מו:): בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר הם כגודרות, יעו"ש, שהרי עדיין לא הביא דין גודרות עד פרק עשירי שם.

אלא לדעת הרמב"ם הדין הוא דדברים העשויים מתחלה להשאיל ולהשכיר שנמצאו בידי אחר לעולם נקטינן מן הסתמא שנמסרו לו לשאלה ולשכירות, ואינו יכול לטעון לקוח אלא על ידי ראיה, דחזקה בעלמא אינה מועילה מפני שאין טענתו נאמנת, ואין זה מפני שהוא חשוד לשקר, דשפיר שייך שיקנה אדם דבר העשוי להשאיל ולהשכיר, ואכן אע"ג דמוחזק עדיף ממרא קמא במטלטלין היכא שהסתמא מסייעת להמרא קמא נעשית טענתו דלקוח טענה גרועה, ונמצאת שחזקתו אין עמה טענה ובטלה, ומוציאים מידו ומחזירים להמרא קמא.

וכן הוא הדין נמי בכלים שביד האומן, דכל שראינו ביד האומן כליו של מרא קמא שלפעמים צריכים תיקון על ידי אומן כמותו נקטינן מן הסתמא שבאו ליד האומן בתורת אומנות, ואינו יכול להחזיק בהכלים בטענת לקוח כיון שהסתמא מסייעת לחזקת המרא קמא.

ואם כן היה אפשר לומר דהיכא שנמצא ביד האומן כלים כאלו שהם נמי דברים העשויים להשאיל ולהשכיר הרי יש לפנינו שתי סתמות, סתמא אחת אומרת לנו שנמסרו לו בתורת אומנות, וסתמא אחרת אומרת לנו שנמסרו בתורת שאלה או

שכירות, ושתי הסתמות מכחישות זו את זו, והמרא קמא שטוען שמסרו בתורת אומנות אין לו סתמא המסייעת להחזקת מרא קמא שלו על כך, וממילא יכול האומן להחזיק בהכלי בטענת לקוח, שהרי כל אומן שטוען לקוח אינו חשוד לשקר, ורק שחזקת המרא קמא יש לה סתמא המסייעת לה, כמש"נ, והכא אם המרא קמא טוען מסרתי לך לתקן אין לו סיוע מסתמא, דהא איכא נמי למימר שהשאלו לו ודלא כטענתו, ואם טוען השאלתיו לך אין לו סיוע מסתמא, דהא איכא נמי למימר שמסרו לו לתקן ודלא כטענתו, ואם כן היה אפשר לומר שהאומן זוכה בחזקתו, קמשמע לן הרמב"ם דאפילו בדברים העשויים להשאל ולהשכיר אם הם ביד האומן לעולם נקטינן מן הסתמא שבאו לידו בתורת אומנות, ואינו נאמן לומר לקוח כנגד המרא קמא שהסתמא מסייעת לו.

עוד יש לעיין במה שכתב והאומן אומר לא בא לידי אלא במכירה או מתנה או שטען אתה נתת לי אתה מכרת לי אחר שבא לידי לתקנו אע"פ שמסרו לו שלא בעדים בעל הכלי נאמן, כנ"ל, מתחלה הזכיר טענת אתה מכרת או נתת לי מתחלה, ואחר כך הזכיר טענת אתה נתת לי אתה מכרת לי אחר שבא לידי לתקנו, שהיא טענה גרועה מטענת לקוח, כמו שמבואר מדברי התוס' בבבא בתרא (דף מה.) בד"ה אבל מסר לו שלא בעדים ובדברי הרשב"ם שם, ועיימש"נ בש"א פי"ד, ואם כן למה לא הזכיר הטענות בסדר לא זו אף זו, לא רק שאינו נאמן בטענת אחר שמסרת לי לתקן מכרת לי, שהיא בעצם טענה גרועה, אלא גם אם אמר אתה מכרת לי מתחלה אינו נאמן דאומן אין לו חזקה, ולמה הזכיר הטענות בסדר זו ואין צריך לומר זו. ונראה ליישב על פי מה שכתב הרא"ש (דף מו.) וז"ל: ועוד יש חילוק בין אומן לאחר שהמוסר לאחר בפני עדים בסתם אע"פ שראה בידו יכול לטעון במכר או במתנה בא לידי אבל המוסר לאומן בסתם כלי שהוא רגיל לתקן אין יכול לטעון במכר או במתנה בא לידי אלא אנו תולין שבתורת תיקון בא לידו עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה נמצא שיש מעליותא בטענת אחר שמסרת לי לתקן מכרת או נתת לי, דאם אומר מתחלה מכרת לי הרי זה כנגד הא דאמרינן סתם מסירה לאומן היא לתיקון, אבל אם אומר שלאחר שמסרת לי לתקן מכרת לי אין זה כנגד הסתם, ולאידך גיסא אחר שמסרת לי לתקן חזרת ומכרת לי היא טענה גרועה, אבל מכרת לי מתחלה לא הויה טענה גרועה, כמו שמבואר מדברי התוס', כנ"ל, והרי הטענות שוות, ובין כך ובין כך אינו נאמן משום דאומן אין לו חזקה, דהוי כדברים העשויים להשאל ולהשכיר.

פרק יז

בו יבואר שיטת הרשב"ם והתוס' דרבה ואב"י נחלקו היכא שעדים ראו הכלי ביד האומן והאומן טוען שהוא לקוח בידו, דלאב"י אין האומן נאמן בטענת לקוח אפילו אם יש לו מיגו מפני שכלים ביד האומן דומים לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר.

[**בבא בתרא מה.**] מתניתין אומן אין לו חזקה וכו' אמר רבה לא שנו אלא שמסר לו בעדים אבל מסר לו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם כי אמר ליה נמי לקוחה היא בידי מהימן אמר ליה אב"י אי הכי אפילו בעדים נמי מתוך שיכול לומר לו החזרתיו לך כי אמר ליה לקוחה היא בידי מהימן אמר ליה רבה מי סברת המפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים לא סלקא דעתך אלא המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים וכו', יעו"ש, ולבסוף הוכיח אב"י דאינו צריך להחזיר לו בעדים ורבה הודה לו.

אב"י לא הקשה לרבה למה אין לו מיגו במסר לו בעדים, והלא היה יכול לומר החזרתיו משום דהמפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים, אלא הקשה עליו אי הכי שנאמן במיגו היכא דלא מסר בעדים, למה אינו נאמן במיגו גם היכא דמסר בעדים, ומבואר דאב"י עצמו ס"ל דאינו נאמן במיגו אפילו היכא דלא מסר לו בעדים, ובהמשך הסוגיא (דף מה:) מוקי מתניתין בראה, וכתב הרשב"ם בד"ה ראה עבדו ביד אומן כתב וז"ל: והך ראה בעדים היא שאינו יכול לטעון לא ראית עכ"ל, יעו"ש.

ולכן הקשה אב"י על רבה, לדידי כיון שראוהו עדים בידו אינו נאמן אפילו שלא מסר בעדים ויש לו מיגו, שאני מחלק בין ראה ללא ראה, אבל לדידך דאע"ג דראה הרי הוא נאמן במיגו, ואתה מחלק בין מסר בעדים ללא מסר בעדים, למה אינו נאמן במיגו דהחזרתיו אפילו אם מסר לו בעדים, ואם תאמר דהיינו דוקא בראה בידו בעדים שאינו יכול לומר החזרתיו, היה לך לחלק בכך ולא לומר סתם דאם מסר לו בעדים לתקן אינו נאמן, וכן כתבו התוס' בד"ה אי הכי, יעו"ש.

והקשו התוס' בד"ה אבל מסר לו שלא בעדים וז"ל: אין לפרש מתוך שהיה יכול לומר אין בידי כלל דהא בראה מיירי כדמוכח אתקפתא דאב"י דראה עבדו אלא הכי פירושו מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם שבא לידו בתורת אומנות אלא בתורת מכר אי נמי אתה מכרתו לאחר ואחר מכרו לי כדפירש הקונטרס עכ"ל, יעו"ש. והרשב"ם הוקשה לו נמי קושית התוס' דאם מיירי שעדים ראו הכלי בידו אבל לא ראו שנמסר לו לתקן, למה אמר רבה שיש לו מיגו דלא היו דברים מעולם, ועל זה תירץ וז"ל: אלא אפילו אם ראו עכשיו עדים הטלית ביד האומן או שתפוס בו בפנינו מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם שלא מסרתו לי אבל אחר מסרו לי שמכרתו לו והוא מכרה לי כי אמר ליה נמי אתה מסרתו לי ומכרתו לי נאמן בהאי מיגו וכו' עכ"ל, יעו"ש, והתוס' הביאו דבריו בתירוץ השני, כנ"ל, אבל התוס' ס"ל דמיגו דלא היו דברים מעולם היינו דאי בעי טען לקוח.

ונחלקו התוס' והרשב"ם אם אליבא דרבה אומן נאמן בטענת לקוח בלא מיגו, הרשב"ם ס"ל דאינו נאמן בטענת לקוח, דכיון דדרכו לקבל כלים כאלו, ובעל הכלי שהוא המרא קמא תובע החזרת הכלי אין האומן יכול לטעון לקוח, דהא תנן האומן אין לו חזקה ואינו נאמן לומר לקוח, ואע"פ שהאומן מוחזק בהכלי, כיון שטענת לקוח טענה גרועה היא הרי חזקתו חזקה שאין עמה טענה ומוציאים מידו, ואכן אם יש לו מיגו יכול לטעון לקוח, ואין זה נחשב מיגו להוציא כיון דלדעת רבה האומן מוחזק בהכלי, ורק דטענתו גרועה, והמיגו מחזק טענתו, והוי חזקה שיש עמה טענה. והרי טענת לקוח דומה לטענת מחלת לי שהיא טענה גרועה ונאמנת במיגו, כמו שכתב הרמ"א בהלכות הלואה סי' ע' סעי' א' בשם המרדכי וז"ל: וכל מקום שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר מחלת לי אע"פ שמחילה טענה גרועה היא עכ"ל, יעו"ש, ואע"פ שהוא מוחזק בממונו אינו נאמן לפטור עצמו בטענה גרועה כמו מחלת לי אם אין לו מיגו המחזק טענתו, דמוחזק בטענה גרועה הוי חזקה שאין עמה טענה. ובדיבור הקודם כתב הרשב"ם וז"ל: אלא שמסר לו בעל הבית לאומן טליתו בפני עדים לתקנו והלכך אפילו אין אנו רואים עכשיו הטלית ביד האומן ובעל הבית תובעו טליתו אין האומן יכול לטעון החזרתו לך דסבירא ליה לרבה המפקיד אצל חברו בעדים צריך להחזיר לו בעדים כדמפרש לקמיה והיה לו להחזירו בעדים וכל שכן שאנו רואין אותו בבית האומן שאין יכול לטעון לקוח הוא בידי שהרי מעידין עדים שבתורת פקדון בא לידו שהרי בפניהם מסר לו עכ"ל, יעו"ש, ואם רואים הכלי בבית האומן ועדים מעידים שבתורת פקדון בא לידו אינו יכול לטען קבלתי הכלי לתקן וחזרתי ולקחתי ממך.

ולקמן כתב הרשב"ם (דף מו.) בד"ה אי דאיכא עדים וז"ל: היאך דייקנן אחר יש לו חזקה הא כיון דאיכא עדים דבתורת פקדון בא לידו וגם רואין אותו עכשיו בידו דלא מצי למימר החזרתו לך הא ודאי לא מהימן לומר לקוח הוא בידי דמאי שנא מאריס ואפוטרופוס שאין יכולין לומר לקוח הוא בידי עכ"ל, יעו"ש, והביא סמך דאם קבל בפקדון אינו יכול לומר חזרתי ולקחתי מאריס ואפוטרופוס דאין נאמנים לומר לקוח, אבל הכא לא חש להביא מאריס ואפוטרופוס.

והיינו טעמא דהתם מיירי באדם אחר שאינו אומן, ואם לא בא לידו בתורת פקדון נאמן לומר לקוח, ולא הוי טענה גרועה, אבל לדעת הרשב"ם אומן אינו נאמן לומר מתחלה בא לידי בתורת מכירה, כמש"נ, דלעולם הוי טענה גרועה, ואפילו בלי דמיון לאריס ואפוטרופוס, ומכל מקום אם ידוע שכלי נמסר לידו לפקדון וטען לקוח הוא בידי הרי זו טענה גרועה, והכא בא לפרש מהי טענתו בפועל, דאם יש עדים שראו הכלי ביד האומן, וגם יש עדים שמסרו לו לתקן, אם כן אינו יכול לטעון אלא חזרתי ולקחתי ממך, וכל שכן דהויא טענה גרועה, וגם אין לו שום מיגו לחזק טענתו, שאינו יכול לומר לא היו דברים מעולם וגם אינו יכול לומר החזרתי כיון שאנו רואים הכלי בידו, וגם אינו יכול לומר לא מסרתו לי אבל אחר מסרו לי שמכרתו לו והוא מכרו לי, שהרי יש עדים שבעל הבית מסר לו לתקן, אבל אם אין עדים על המסירה נאמן לומר לקוח אע"פ

שהיא טענה גרועה במיגו דאי בעי אמר לא מסרתו לי אבל אחר מסרו לי שמכרתו לו והוא מכרו לי, ואין זה מיגו להוציא כיון דרבה ס"ל שיש לאומן תורת מוחזק, ועל ידי המיגו נתחזקה טענתו ולא הוי חזקה שאין עמה טענה.

ואביי פליג וס"ל דבראה אין האומן נאמן כלל, וכתב הרשב"ם בד"ה אמר ליה אביי וז"ל: דסבירא ליה לאביי המפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים כי אמר לו נמי לקוח הוא בידי מהימן ולא משכחת מתניתין דקתני אומן אין לו חזקה אלא היכא דראה לא שנא מסר בעדים לא שנא לא מסר דלמסירה לא חייש אביי דעכשו אינו יכול לטעון החזרתו לך דהא קא חזינן ליה בידו וגם אינו יכול לטעון לא מסרתו לי דדמי לדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחה היא בידי דאינו נאמן אע"ג דליכא עדי מסירה ובכהאי גוונא לחוד הוא דס"ל לאביי דאומן אין לו חזקה והכי הויה מסקנא דשמעתין כאביי עכ"ל, יעו"ש, ואביי מדמה אומן לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שהם כגודרות, כמו שמבואר בדברי הרשב"ם לעיל (דף לו.) בד"ה ומשני, יעו"ש, וגם כלים אצל האומן הם כגודרות.

וקאמר אביי דבלא ראה נאמן לומר לקוח כיון שיש לו מיגו, דאם מסר לו שלא בעדים היה יכול לומר לא היו דברים מעולם, ואם מסר לו בעדים היה יכול לומר החזרתי, אבל אם יש עדים שראו הכלי בידו אינו יכול לטעון החזרתי, וגם אין לו מיגו דאי בעי אמר לא מסרתו לי אתה אלא אחר מסרו לי משום דדמי לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ואין לאומן תורת מוחזק כלל, ואפילו אם יש לו מיגו הוה ליה מיגו להוציא.

וקשה דהא מכל מקום היכא שאין לו עדים שראו הכלי בידו נאמן לומר לקוח במיגו דלא היו דברים מעולם או החזרתי, ואע"פ שהוא מודה שהכלי בידו וטוען עליו לקוח, וכיון שהוא דומה לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אין לו עליו תורת מוחזק, ולמה לא הוי מיגו להוציא, ובזה לא שייך לומר הפה שאסר הוא הפה שהתיר, דהיינו דוקא כגון באומר שדה זו שלך היתה ולקחתיה ממך, דכיון שהוא פעל החזקת מרא קמא של חבירו אין אותה חזקה יכולה לבטל טענתו, אבל הכא שמודה שהכלי בידו, והרי המציאות היא שהוא אומן ואומן אין לו חזקה, אינו יכול לפעול חזקה לאומן על ידי דין הפה שאסר, ואם כן הוי מיגו שלו מיגו להוציא.

לכן נראה דהרשב"ם ס"ל דכל שהתובע תבע בבית דין שהאומן יחזיר לו הכלי שמסר לו לתקן, אם אין לו עדים שראו הכלי בידו, אין תביעתו לפני בית דין נחשבת תביעה על הכלי עצמו, דאין אנו יודעים שהכלי בעין, וגם אינו יכול לתבוע מבית דין שיחפרו בבית האומן ויחפשו אם עדיין הכלי בידו, ולכן התביעה בפני בית דין היא על חיוב האומן לשלם, ואם עדיין יש הכלי בידו יחזיר אותו לפטור עצמו מתשלומין, אבל כיון דעיקר הנידון הוא חיוב האומן לשלם הרי האומן מוחזק על ממונו, ואם האומן טוען לקוח הרי זו טענה גרועה שגם מוחזק מפסיד בה, דהוי כמו חזקה שאין עמה טענה, כמש"נ, ואכן אם יש לו מיגו נאמן, והרי זה כטענת מחלת לי שנאמן רק במיגו דלא היו דברים מעולם, והכא נמי נאמן לומר לקוח במיגו דלא היו דברים מעולם או

החזרת, אבל אם יש עדים שראו הכלי בידו הרי דנים על כלי בעין, והאומן אין לו חזקה בו, ואם כן אפילו אם יש לו מיגו אינו נאמן, כמש"נ.
 ודומה שיטתו לשיטת הרמב"ם, ועיימש"נ בש"א פט"ז, אלא דהרמב"ם למד דאם בעל הכלי ראה הכלי ותבע אותו הרי זו תביעה על הכלי אפילו אם אין עדים שראוהו, אבל הרשב"ם למד דאין תביעתו נחשבת על גוף הכלי אלא כשיש עדים מעידים שראו הכלי ביד האומן, ורק כשעדים רואים הכלי ביד האומן דנים על הכלי עצמו, והרי הכלים עשויים לעבור מבעליהם לאומנים, ויש להם דין גודרות כמו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ואין לאומן עליהם תורת מוחזק, ואינו נאמן במיגו דהוי מיגו להוציא.

אבל רבה לא ס"ל דכלי אצל האומן הוא כגודרות, וטעמא דידיה כתב הרשב"ם וז"ל: דסבירא ליה לרבה השתא דהיכא דלא מסר לו בעדים לא שנא ראה הטלית בידו עכשיו לא שנא לא ראה יש חזקה דלא מדמי ליה לדין של דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר איך לקוחין הן בידי דאינו נאמן הואיל ויש למערער עדים שהיה שלו וכו' אבל הכא מצי אמר אומן אינך רגיל לתקן בגדיך אצלי וכו' עכ"ל, יעו"ש, דאם יש להתובע עדים שהדברים העשויים להשאיל ולהשכיר היו שלו, ויש לו חזקת מרא קמא, אינו צריך עדים שמסר לו לשאלה או לשכירות משום שאדם עשוי להשאיל ולהשכיר לכל שכניו, והרי הם כגודרות, אבל הכא מצי אמר אומן אינך רגיל לתקן בגדיך אצלי, כנ"ל.

ולכאורה יצא לנו לפי דבריו שאם יוכיח בעל הבית שרגיל לתקן כליו אצל אומן זה הרי כליו נחשבים כגודרות ההולכין בין ביתו לבית האומן, ואין להאומן חזקה בהם, אולם לא מצינו דין זה מפורש, עוד יש לעיין דלפי זה אם דרך אדם למסור כליו לשומר אחד בכל פעם שצריך שמירה, והשתא נמצא כלי שלו ביד השומר והוא טוען לקוח לא יהא נאמן, וגם זה לא מצינו בשום מקום, והשיטה מקובצת הקשה עוד בשם התוספות הרא"ש וז"ל: והקשה ר"מ ז"ל אם כן לקמן דפריך ליה אביי לרבה מראה עבדו ביד אומן לישני ליה כגון שרגיל לתקן אצלו לכך נראה כפירוש ר"י ז"ל עכ"ל, יעו"ש.
 ונראה דענין גודרות הוא דבר שמופקע מחזקה, שכסדר הוא נע ונד, ואי אפשר לאחוז בהן מפני שהן כרוח נושבת, וכן דברים העשויים להשאיל ולהשכיר הם נעים ונדים לעולם, היום הם כאן ולמחר במקום אחר, ורבה ס"ל דכן הוא נמי בכלים הצריכים תיקון אצל אומן, היום הם ביד בעליהם ולמחר אצל אומן, ויש הרבה אומנים בעולם, ונמצא שנעים ונדים בין הרבה אנשים, אבל כלי שדרכו למסור אותו לשומר אחד, והוא מתנוודד בין בעל הבית להשומר ובחזרה אינו כגודרות, דלא שייך דין גודרות בין שני אנשים מחמת המצב, אלא גודרות הוא סוג מטלטלין שדרכם להתנוודד וממילא הם מופקעים מחזקת ממון, וגם בעליהם אין יכולים להחזיק בהם אלא אם כן יש לו עדים או אם במשך הזמן הם ידועים בין השכנים שהם שלו.

וזוהי כונת הרשב"ם במה שכתב שהאומן יכול לומר לו אינך רגיל לתקן בגדיך אצלי, רצה לומר דאין דרך הכלי להסתובב בין כל האומנים, דאילו כן היינו אומרים

דכל אומן שהכלי בא לידו אין לו תורת מוחזק בו, אמנם כיון דאין דרכו להסתובב אלא בין בעל הכלי לאומן שהוא רגיל לתקן אצלו, ונמצא שאין עליו תורת גודרות כלל, והרי הכלי דבר שאינו כרוח נושבת, ושפיר שייך בו תורת מוחזק, ואם כן גם אם בעל הבית רגיל לתקן אצל אומן אחד יכול אותו האומן להחזיק בו, דאין כלי זה מופקע מחזקת ממון, ואלא דאם אמר לקוח על כלי בסוג שהוא אומן לתקן הרי טענתו טענה גרועה, והוי חזקה שאין עמה טענה, ואכן אם יש לו מיגו הוי חזקה שיש עמה טענה, כמש"נ. והתוס' בד"ה אבל מסר בסוף הדיבור כתבו טעם אחר בשם הר"י לחלק בין אומן לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וז"ל: ור"י אומר דאפילו רגיל לתקן אצלו יש לחלק דדברים העשויין להשאיל ולהשכיר שייך בין לגבי אדם שמכיר שהוא נאמן בין מכיר שאינו נאמן ואין יכול כל שעה להעמיד עדים כשרוצה להשאיל ולהשכיר שלא להשיא עצמו שם רע בשכיניו אבל לאומן אם צריך הוא לתקן יכול ליתן לאומן המכיר שהוא נאמן או להביא עדים לכך יש לו חזקה שלא בעדים עכ"ל, יעו"ש, וגם לדידיה קשה, דאם טעמא דרבה דכלי ביד אומן אינו כדברים העשויים להשאיל ולהשכיר משום שהנותן לאומן שלא בפני עדים מכיר בו שהוא נאמן, למה לא יוכל בעל הבית לטעון שחשב שהוא נאמן אבל רמה אותו, שלא היה תוכו כברו.

ויש לומר עפ"י מש"נ בש"א פכ"ד דענין גודרות הוא שהם כרוח נושבת, ולא שייך בהם תפיסת מוחזק, ודברים העשויים להשאיל ולהשכיר מסתובבים במרוצה מפני שאינו יכול לבקר, אבל כלים ביד האומן שדרכו לבקר אינם מסתובבים במרוצה, ולכן אינם כגודרות, ואין דנים על כל עובדא ועובדא אם האמין בו או לא.

והתוס' פליגי על דברי הרשב"ם וס"ל דלדעת רבה טענת לקוח אינה טענה גרועה אצל האומן, ואכן אם טוען מסרת לי לתקן וחזרתי ולקחתי ממך הרי זו טענה גרועה, ואע"פ שהאומן יש לו תורת מוחזק על ידי תפיסתו בהכלי, אם טוען טענה גרועה הרי זו חזקה שאין עמה טענה, ומכל מקום נאמן במיגו, ולא הוי מיגו להוציא, כמש"נ, ואם אין עדים על המסירה נאמן לומר חזרתי ולקחתי מיגו דמתחלה בא לידי במכירה, אבל אם יש עדים שמסר לו לתקן אין לו מיגו דלקוח, וגם אין לו מיגו דלא אתה מסרת לי אלא אחר מכרו לי, ומוציאים מידו, והא דתנן אומן אין לו חזקה היינו כשיש עדים שמסרו לו לתקן, אבל אם אין עדים שמסרו לו יכול לטעון לקוח, ולפי מאי דמסיק דרבה חזר בו וס"ל דהמפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזיר בעדים, גם במסר בעדים יש לו מיגו דהחזרתי, ולא מיתוקם מתניתין דאומן אין לו חזקה אלא כשיש עדים שמסרו לו לתקן ויש עדים שהכלי עדיין בידו, ואם כן אין לו שום מיגו, וטענת חזרתי ולקחתי ממך היא טענה גרועה, והוי חזקה שאין עמה טענה ומוציאים מידו.

ויש להביא קצת סמך לדברי התוס' מהא דקאמר לקמן (דף מה:): מתיב רבא לסיועי לרבה הנותן טליתו לאומן אומן אומר שתים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת כל זמן שהטלית ביד אומן על בעל הבית להביא ראיה נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו המוציא מחבירו עליו הראיה היכי דמי אי דאיכא עדים ליחזי עדים מאי קאמרי אלא לאו דליכא עדים וקתני אומן מהימן מיגו דאי בעי אמר ליה

לקוחה היא בידי מהימן נמי אאגריה וכו', יעו"ש, והתם הנידון הוא על מעות השכירות ולא על הכלי עצמו, אלא דאם הכלי בידו יש לו מיגו דאי בעי טען לקוח, שגם טענת לקוח מועילה לו לגבות שכרו, ובדליכא עדים יש לו מיגו שהיה יכול לטעון לקוח, וזה עולה יפה לדברי התוס' דטענת לקוח אינה טענה גרועה, אבל לדברי הרשב"ם דטענת לקוח הוי טענה גרועה, ואינו נאמן בה אלא במיגו דאי בעי טען לא אתה מסרתו לי אלא אחר מסרו לי, אם כן למה קאמר מיגו דלקוח, היה לו לומר מיגו דאי בעי טען לא אתה מסרתו לי אלא אחר מסרו לי.

ושיטת הרמב"ם היא דמאי דקאמר אביי דבראה אין האומן נאמן במיגו אין כונתו שיש לו עדים שהכלי ביד האומן, אלא בעל הכלי טוען בלא עדים שראה הכלי ביד האומן, ואם כן תביעתו היא על הכלי עצמו, והאומן מודה לו שהכלי בידו, וכל הנידון הוא על הכלי, והרי בעל הכלי הוא המרא קמא והאומן אין לו תורת מוחזק, ומשום הכי אינו נאמן במיגו, דהוי מיגו להוציא, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ולפי זה אין להקשות מנא ידע אביי דרבה למד המשנה בראה, כמו שהקשינו לדברי הרשב"ם והתוס', דלדברי הרמב"ם ראה אינו שיש עדים שראו הכלי בידו אלא שבעל הכלי תובע החזרת הכלי שלו, והאומן מודה שהכלי בידו וטוען לקוח, והנידון הוא על הכלי עצמו, וזהו פשוטו דמתניתין, ולא הוי אוקימתא כלל.

ומאי דאמר רבה דאם ליכא עדים על המסירה נאמן האומן במיגו דלא היו דברים מעולם גם לשיטת הרמב"ם אינו מתפרש כפשוטו שהוא כופר ואומר שמעולם לא בא הכלי לידו, דכיון דמיירי בראה, דהיינו שהנידון הוא על הכלי עצמו, כמש"נ, אינו נאמן במיגו דלא היו דברים מעולם ממש, ואע"פ שאין עדים מכחישים אותו, שהרי אינו יכול לזכות בהכלי עצמו על ידי טענת לא היו דברים מעולם ממש, ועיימש"נ בש"א פי"ז, ונמצא דגם לדעת הרמב"ם צריך לפרש כפירוש הרשב"ם שהמיגו הוא שהיה יכול לטעון לא היו דברים מעולם שאתה מסרת לי לתקן אלא מסרת לאחר והוא מכרו או נתנו לי, ועל ידי טענה זו היה יכול לזכות בהכלי עצמו, ולכן נאמן גם בטענת לקוח לזכות בהכלי.

פרק טו

בו יבואר שיטת הרי"ף לפי הבנת הרי"י מגאש דגם אם אין עדים על מסירת הכלי להאומן וגם לא ראו הכלי בידו אינו נאמן לומר לקוח במיגו דלא היו דברים מעולם, ושיטתו לפי הבנת הבעל המאור דרק אם יש או עדים או ראה אינו נאמן במיגו.

[**בבא בתרא מה.**] מתניתין אומן אין לו חזקה וכו' אמר רבה לא שנו אלא שמסר לו בעדים אבל מסר לו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם כי אמר ליה נמי לקוחה היא בידי מהימן, יעו"ש, ולפי פירוש הרשב"ם מסיק דרבה ס"ל דאומן אין לו חזקה היכא שמסר לו בעדים וגם ראה בידו, דכיון שמסרו בעדים אינו נאמן לומר חזרתי ולקחתי ממך דהוי טענה גרועה דאינו נאמן בלא מיגו, ואין לו מיגו דלא ממך קבלתי אלא מאחר דהא מסרו לו בעדים, וכיון שראה בידו אין לו מיגו דהחזרתי, ואביי ס"ל דכל שראה בידו אין לו חזקה דכלים הנתונים לאומן הם כדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שאין טענת לקוח מועילה בהם אפילו במיגו דאתה מסרת לאחר והוא מכרה לי, אבל היכא דלא ראה אותו בידו נאמן לומר לקוח במיגו דאי בעי אמר החזרתי לך אף שמסרו לו בעדים, ועיימש"נ בש"א פי"ד.

הרי"ף הביא דברי רבואתא שהם כשיטת הרשב"ם וחלק עליהם וז"ל: הילכך אומן בין דמסר ליה בסהדי בין דלא מסר ליה בסהדי לית ליה חזקה וכו' הני מילי היכא דראה וכו' אבל אי לא ראה אע"ג דמסריה ניהליה בסהדי מגו דאי בעי למימר אהדרתיה ניהלך ומהימן כי אמר נמי זבנתיה ניהלי מהימן וכו' הדין הוא סברא דרבואתא, ואנן קשיא לן האי סברא דהא רבה דאית ליה מגו איתותב וסלקא ליה בתיובתא ושמעת מינה דהאי דינא דאומן לא אמרינן ביה מגו הילכך בין ראה בין לא ראה אע"ג דיכול למימר לא היו דברים מעולם היכא דליכא סהדי אי נמי החזרתים לך בדאיכא סהדי כי אמר זבנתיהו ניהלי לא מהימן וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה מבואר דלדברי הרבואתא אביי ס"ל דהיכא דלא ראה נאמן במיגו אף שמסרו לו בעדים, וכמו שפירש הרשב"ם, והרי"ף ס"ל דאומן לעולם אין לו חזקה ואין שום מיגו מועיל לו, ולכאורה טעמא משום דהוי מיגו להוציא כיון שהודה שהוא אומן ואין לו חזקה, כן הבין הרי"י מגאש בדברי הרי"ף, והובאו דבריו בבעל המאור.

ויש לבאר דברי הרבואת עפ"ימש"נ ש"א פי"ד בדברי הרשב"ם דהיכא דראה הכלי בידו ואין עדים שנמסר לו לתקן הרי תביעת בעל הכלי והנידון בפני בית דין הוא על הכלי עצמו, ואומן אין לו תורת מוחזק על כלי שדרכו לתקן, ולכן אפילו אם יש לו מיגו אינו נאמן משום דהוי מיגו להוציא, אבל היכא שיש עדים על המסירה אבל לא נראה כלי בידו תביעת בעל הכלי והנידון לפני בית דין אינם על הכלי, דמנא ידעינן שהכלי עדיין בעולם, אלא הנידון לפני בית דין הוא על חיוב האומן לשלם, והרי הוא מוחזק על ממונו ונאמן במיגו, ולא הוי מיגו להוציא, אבל הרי"ף ס"ל דאם בעל הכלי תובע החזרת הכלי הנידון לעולם על הכלי, ואפילו אם אין עדים ולא ראה, ואומן אין לו תורת מוחזק על הכלי, ולכן אינו נאמן לומר לקוח אפילו אם יש לו מיגו.

אולם בגמרא לקמן (דף מה:) מתיב רבא לסיועי לרבה הנותן טליתו לאומן ואומן אומר שתיים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת כל זמן שהטלית ביד אומן על בעל הבית להביא ראיה וכו' אלא לאו דליכא עדים וקתני אומן מהימן מיגו דאי בעי אמר ליה לקוחה היא בידי מהימן נמי אאגריה לא לעולם דליכא עדים והוא דלא ראה, יעו"ש, הרי מבואר בגמרא דאליבא דאביי היכא דלא מסר בעדים ולא ראה נאמן במיגו, וכדברי הרשב"ם.

כן הקשה הבעל המאור בשם הר"י מגאש וז"ל: כתב הרי"ף ז"ל בהלכותיו כיון דאיתותב רבה דאית ליה מגו וסלקא ליה בתיובתא שמעינן מיניה דהאי דינא לא אמרינן ביה מגו הלכך בין ראה בין לא ראה אע"ג דיכול אומן למימר לא היו דברים מעולם בדליכא סהדי אי נמי החזרתיו לך בדאיכא סהדי כי אמר זבנתיה ניהלי לא מהימן כך היו דברי הרי"ף ובא ה"ר יוסף הלוי ז"ל תלמידו וכו' והקשה על הרי"ף מההיא מתניתא דאותביה רבא לאביי לסיועי לרבה הנותן טליתו לאומן ואומן אומר שנים קצצת לי וכו' דפרקה אביי ואוקמא בדליכא עדים ולא ראה דאלמא אפילו אביי דפליג עליה דרבא אית ליה מגו בהאי דינא היכא דלא ראה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ונראה ליישב דברי הרי"ף, לפי הבנת הר"י מגאש בהם, דהתם אין הנידון בהטלית עצמה אם היא לקוחה ביד האומן, אלא הנידון הוא על כמה קצץ לו בשכרו, והאומן טוען שקצץ לו שתיים ותפס הטלית לגבית חובו, ואע"ג דאם אין לו ראיה אינו יכול לתפוס כלי חבירו בטענת אתה חייב לי ואני תופסו לגבות, דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה, ואין תפיסתו מועילה אלא כשיש לו מיגו, כמו שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' ט"ז, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פכ"ב, ואע"פ שבעצם נעשה מוחזק בתפיסתו תקנו חכמים שהמרא קמא מוציא מן המוחזק דאי לאו הכי לא שבקת חיי לכל בריה, וכיון שהוא מוחזק בעצם אין המיגו שלו נחשב מיגו להוציא, אלא המיגו מסלק ממנו ענין לא שבקת חיי וזוכה לגבות חובו מן הטלית על ידי מה שהוא מוחזק בה, ואין זה שייך כלל לדין אומן אין לו חזקה לטעון לקוח.

ורבא למד שהבריייתא מיירי בראה וליכא עדים, וכל זמן שהטלית בידו נאמן מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי כסברת רבה, וקשיא לאביי דאמר שאומן אינו יכול לטעון לקוח כיון שאין לו חזקה, ואם כן אין לו מיגו, דלטעון לקוח אינו נאמן, ולטעון החזרתי אינו יכול שהא ראינו הטלית בידו, ומאי דקאמר במיגו דלקוח אתי שפיר כפשוטו לדברי התוס' דאליבא דרבה אומן נאמן לומר לקוח בלא מיגו, דאין זו טענה גרועה, ורק כשטוען קבלתי לתקן וחזרתי ולקחתי ממך היא טענה גרועה, ואינו נאמן בה אלא במיגו, ואם כן אומן שתפס לשכירתו יש לו מיגו דאי בעי אמר לקוח, אבל לדברי הרשב"ם דגם טענת לקוח מתחלה הוי טענה גרועה ואינו נאמן בה אלא במיגו דאי בעי אמר לא אתה מסרת לי אלא אחר, אם כן צריך לומר דמאי דקאמר רבא דנאמן במיגו דלקוח הוא בעיקר במיגו דאי בעי אמר לא אתה מסרת לי אלא אחר, כלומר דהיה נאמן במיגו דלקוח שאותה הטענה היתה נאמנת במיגו דאי בעי אמר לא אתה מסרת לי אלא אחר.

וקאמר אביי שמיירי שמסר בלא עדים וגם לא ראינו בידו, ואם כן היה יכול לטעון החזרתי, והועיל לו המיגו שיכול לתפוס הטלית לחובו ולא אמרינן אם כן לא שבקת חיי, כמו שכתב הש"ך, ובכלל אין זה שייך לענין אומן אין לו חזקה שהרי אינו בא בטענת לקוח אלא בטענת גביה, שהרי הוא מודה שהטלית אינה שלו, והרי הוא מוכן להחזירה לבעליו, אלא שרוצה שישלם לו כל שכרו, והשתא תופס בה בפני בית דין למשכון על הממון שחייב לו, ולמה לא יוכל אומן לגבות חובו מכל אדם אם יש לו מיגו דאי בעי אמר החזרתי, כמש"נ.

והבעל המאור כתב ליישב דברי הרי"ף באופן אחר וז"ל: ואני אומר כי אין לתפוס על הרי"ף ז"ל בכך ודבריו נכונים הן אלא שאחז בהם דרך קצרה כמנהגו ובדליכא עדים ולא ראה לא דינא ולא דיינא דאפילו אומן אית ליה חזקה וליכא מאן דפליג בהאי מלתא לא אמוראה ולא סבוראי אלא דברי הרב ז"ל שאמר הלכך בין ראה בין לא ראה לצדדין הם אמורים כלומר בין ראה היכא שמסר לו שלא בעדים בין לא ראה היכא שמסר לו בעדים אע"ג דיכול אומן למימר לא היו דברים מעולם בדליכא סהדי וראה כלומר שלא בא מידך לידי אלא מיד אחר הוא שבא לידי וכן הוא פירש לא היו דברים מעולם האמור בהלכה זו שהרי הוא אמור בדברי רבה בדליכא סהדי וראה וכיון דאיתותב רבה לא אמרינן להאי מגו והרי אנו חוזרין לפירוש דברי הרי"ף ז"ל אי נמי אע"ג דיכול למימר אומן החזרתיו לך בדאיכא סהדי ולא ראה לא דמהימנן ליה לאומן [בהאי] מגו וכי אמר זבנתיה ניהלי לא מהימן כך ראויים לפרש דברי הרי"ף ז"ל בזו ההלכה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולמד הבעל המאור בדברי הרי"ף דהיכא דליכא סהדי ולא ראה והאומן טוען לקוחה היא בידי נאמן, דבכהאי גוונא יש לו חזקה, כמו שמבואר ממה שאביי משיב לקושית רבא, וכמו שהוכיח הר"י מגאש, ומאי דקאמר הרי"ף דבין אית ליה עדים בין אין לו עדים בין ראה בין לא ראה אין האומן יכול לטעון לקוח כונתו היכא דאיכא או עדים בלא ראה או ראה בלא עדים, בשניהם אין האומן נאמן במיגו, באין עדים וראה אינו נאמן במיגו דאתה לא מסרת לי אלא לאחר והוא מסרה לי, וביש עדים ולא ראה אינו נאמן במיגו דהחזרתי, ולכאורה תרוייהו משום דאומן הוי כגודרות ואין לו חזקה, והמיגו הוא להוציא.

ומסיק הבעל המאור וז"ל: וכן מתברר מדבריו שהוא לא בא אלא לתפוש על רבוותא קמאי דסבירא להו דאפילו אומן אם לא ראה אע"ג דמסריה ניהליה בסהדי מגו דאי בעי אמר אהדרתיה ניהלך מהימן כי אמר זבנתיה ניהלי מהימן מאחר שלא ראה ובא הרי"ף ז"ל לסבור סברא זו דכי היכי דבדליכא סהדי וראה לא מהימנן ליה לאומן במגו הוא הדין נמי לא מהימנן ליה לאומן במגו בדאיכא עדים ולא ראה ששתי הסברות הללו שקולות הן אבל בדליכא עדים ולא ראה כולי עלמא לא פליגי דאפילו אומן יש לו חזקה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה חלוקה שיטת הרי"ף משיטת הרשב"ם והרבוותא, דלשיטתם כל שלא ראה אפילו אם יש לו עדים נאמן במיגו, ולשיטת הרי"ף בלא ראה ויש עדים על המסירה אינו נאמן במיגו, וביאור המחלוקת דהרשב"ם

והרבוותא ס"ל דכל שאין אנו יודעים שהכלי בעין אין הנידון על הכלי אלא על חיוב האומן לשלם, כמש"נ, אבל הרי"ף ס"ל דכיון שיש עדים על המסירה הרי הנידון על הכלי שאנו יודעים שנמסר ליד האומן, אבל היכא דאין עדים ולא ראה, ומעולם לא נראה הכלי, לא בשעת מסירה ולא בידו השתא, אין הנידון על הכלי אלא על חיוב האומן לשלם, והרי הוא מוחזק בממונו ונאמן במיגו.

והיינו מה שכתב הבעל המאור דכי היכי דבדליכא סהדי וראה לא מהימנינן ליה לאומן במיגו הוא הדין נמי לא מהימנינן ליה לאומן במיגו בדאיכא עדים ולא ראה ששתי הסברות הללו שקולות הן, כנ"ל, ולמה שקולות הן, הלא הרבוותא חילקו ביניהם, דבלא עדים וראה אינו נאמן במיגו, ובעדים ולא ראה נאמן במיגו, ואף אם הרי"ף ס"ל דגם בעדים ולא ראה אינו נאמן במיגו, היאך אמר ששקולות הן.

וכן הקשה הרמב"ן במלחמות על דבריו וז"ל: ובר מן דין שאין זה הפסק שפסק בעל המאור ז"ל נכון ולא ראוי לסמוך עליו שאם תמצא לומר לאביי בדאיכא עדים ולא ראה אינו נאמן לומר לקוחה היא בידי במיגו דהחזרתיו לך כי ליכא עדים ולא ראה נמי לא יהא נאמן במיגו וכו' ומה שאמר בעל המאור ז"ל דאיכא עדים ולא ראה וליכא עדים וראה שקולות הן לא אמר כלום דהיכא דליכא עדים וראה לאביי לא מהימן דלית ביה שום מגו מידי דהוה אדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וראה שאינו נאמן שכל הדברים עשויים לימסר לאומן אבל לא ראה אע"פ שיש עדים למה לא יהא נאמן לומר החזרתיו ולקחתיו ממך מגו דיכול למימר החזרתיו לך והרי זה מגו שלם ודבר שדרכו לכך הא למדת שאין שקולות עכ"ל, יעו"ש.

הרמב"ן הקשה לפי מה דהבעל המאור הבין בדברי הרי"ף לחלק בין בעדים ולא ראה דאין האומן נאמן ובין לא עדים ולא ראה דנאמן, אם אין לו מיגו בעדים ולא ראה למה יש לו מיגו בלא עדים ולא ראה, והרמב"ן לא הקשה לשיטת הרבוותא דאם בראה ואין עדים אינו נאמן במיגו, אם כן למה נאמן במיגו בלא ראה אפילו אם יש עדים, דזה מובן היטב, דאם ראה הנידון הוא על הטלית, אבל אם לא ראה הנידון הוא על הממון, והרי האומן מוחזק בממונו, ולא הקשה אלא על דברי הבעל המאור דאם ס"ל דביש עדים ולא ראה אין לו מיגו, על כרחך ס"ל דגם בלא ראה הנידון הוא על הטלית כיון שהאומן מודה שהטלית בידו, ואם כן גם בלא עדים ולא ראה הנידון הוא על הטלית שהרי האומן מודה שהוא בידו וטוען לקוח.

אולם נראה דהבעל המאור ס"ל דכל שראינו הכלי המדובר בידו, או בשעת מסירה או השתא, אפילו אם אין אנו יודעים אם הכלי עדיין בעולם, הרי הנידון על הכלי ואינו נאמן במיגו, והיינו מאי דקאמר ששקולות הן, אבל אם מעולם לא נראה הכלי המדובר אין הנידון על הכלי אלא על חיוב ממון של האומן, ואע"פ שהאומן מודה שהטלית בידו, והרי הוא מוחזק בממונו ונאמן במיגו.

ונחלקו הבעל המאור והרמב"ן בהיאך נקבע הנידון בפני בית דין, הבעל המאור ס"ל דטענת התובע קובעת הנידון בפני בית דין, ואם מצד תביעתו אין אנו ברורים בכלל שהטלית המדוברת בעולם, ואולי לא היו דברים מעולם, אם כן כל תביעתו הוא

על הממון, ואע"פ שהאומן מודה שהטלית בידו עדיין עיקר הנידון הוא על הממון, ואם הטלית בידו צריך להחזירה מצד החיוב ממון, ואין להטיל חיוב ממון על האומן שהוא מוחזק בממונו, אבל הרמב"ן ס"ל דהנידון נקבע גם על ידי טענת הנתבע, וכיון שהאומן מודה שהטלית בידו הרי השתא בית דין דנים על טלית מסוימת, ואין לאומן חזקה בטלית שבידו, שהרי הוא כדברים העשויים להשאיל ולהשכיר.

ובסוף דבריו סיכם הבעל המאור דברי הרי"ף לפי הבנתו בהם וז"ל: נמצא אתה אומר ארבעה שיעורים בדבר איכא עדים וראה איכא עדים ולא ראה ליכא עדים וראה ליכא עדים ולא ראה הרי אלו ארבעה שיעורים בכולן אין לאומן בהם חזקה אלא בדליכא עדים ולא ראה ובכולן יש לאחר בהן חזקה אלא בדאיכא עדים וראה וכן הלכתא ומינה לא תזוז עכ"ל, יעו"ש.

והנה הרמב"ם כתב פ"ט טוען ונטען הל"א וז"ל: ויש גאונים שדנו אע"פ שלא הביא בעל הבית עדים שזה הכלי שלו הואיל וראה כליו ביד האומן והרי האומן מודה לו שהיה שלו ומכרו לו נאמן אבל אם אמר לא היו דברים מעולם ושלי הוא הכלי נאמן האומן ונשבע היסת ואם הביא בעל הבית עדים שהכלי הזה ידוע לו אין האומן נאמן ודין זה פלא הוא בעיני עכ"ל, יעו"ש, ואין זו שיטת הרי"ף, דהא לא הוזכר בדברי הרי"ף שמייירי אפילו כשאין עדים שהכלי שלו ואין לו חזקת מרא קמא, וכן כתב המגיד משנה וז"ל: וזהו מה שכתב רבינו ויש גאונים שדנו שאע"פ שלא הביא וכו' ואע"פ שלא נכתב זה שהזכיר רבינו בהלכות מכיון שבהלכות סבורין שאין דין מגו באומן הוא הדין למה שהזכיר רבינו וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכונתו דכיון דהרי"ף ס"ל דלעולם אין לאומן מיגו, אם כן גם כשאין עדים על חזקת מרא קמא, כיון שהאומן מודה שכלי הבעל הבית בידו שוב אין לו שום מיגו להחזיק בו.

והמגיד משנה הבין דברי הרי"ף כמו שהר"י מגאש הבינם, ולעולם הנידון הוא על הכלי שביד האומן ולא על חיוב ממון שלו, ואפילו אם אין עדים על המסירה וגם לא נראה הכלי בידו, ולכן אין האומן נאמן במיגו, דאומן אין לו חזקה, ואע"פ שהכלי בידו אין לו תורת מוחזק עליו, ונמצא שהמיגו שלו הוא מיגו להוציא ואינו נאמן, כמש"נ, ועל יסוד הזה אמרו הגאונים שאפילו אם אין לו עדים על חזקת מרא קמא, כיון שהאומן מודה שהכלי של בעל הבית הרי הנידון הוא על הכלי עצמו, ואין האומן נאמן במיגו דהוי מיגו להוציא, ועל זה כתב הרמב"ם שהוא פלא, שהרי אינו נאמן במיגו משום שהוא מוציא מחזקת מרא קמא, והרי הבעל הבית אין לו עדים שהכלי שלו, ולא זכה בחזקת מרא קמא אלא על ידי הודאת האומן שהכלי שלו, ובזה אמרין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואין חזקה שהוא עצמו פעל יכולה לבטל המיגו שלו.

וליישב דברי הגאונים יש לומר דס"ל דדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר הוא דאם מקבלים הגדתו או טענתו באיזה ענין הרי זה נותן לו נאמנות על כל שאר הגדותיו וטענותיו בזה הענין, והרי זה בעיקר מיגו דאי בעי שתיק, וכיון שהוא מודה שכלי זה הוא של המרא קמא שוב אין על האומן תורת מוחזק, ואינו נאמן במיגו להוציא מחזקת מרא קמא, דהוי מיגו להוציא, ורק בכגון זה אומר שדה זו שלך היתה

ולקחתיה ממך אמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר, מפני שזה יושב בתוך הקרקע והוא מוחזק בה, ומיגו דידה הוי מיגו להחזיק, אבל אם מודה שהוא אומן אין לו תורת מוחזק כלל, ומיגו דידה הוי מיגו להוציא, אבל הרמב"ם ס"ל דדין הפה שאסר אינו כמו סתם מיגו דאי בעי שתיק, אלא הדין הוא דאין דינים הנובעים מדבריו הראשונים יכולים לעכב שאר דבריו, ואם כן חזקת מרא קמא של בעל הכלי היא כמאן דליתא לגבי טענות דידיה, ואין חזקתו מבטלת מיגו דידיה, ועיימש"נ בספר שופרא דשטרא שי"א פ"ב.

פרק טז

בו יוכיח דמה שכתב הרמב"ם ראה כליו ביד אומן היינו שטוען שראה, ואפילו אין לו ראייה על כך, ויחולק בין ראה שאין האומן נאמן במיגו ובין לא ראה שהאומן נאמן במיגו, ויבואר מה שהרמב"ם התפלא על דברי הגאונים באין עדי מרא קמא.

[**בבא בתרא מה:**] מיתיבי אביי ראה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס אומר לו מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה לא אמר כלום וכו', יעו"ש, וכתב הרמב"ם פ"ט טוען ונטען הל"א וז"ל: האומן אין לו חזקה בכלים שתחת ידו אחד כלים העשויין להשאיל ולהשכיר ואחד שאר כלים כיצד ראה כליו ביד האומן והביא עדים שהן יודעין שהכלי זה שלו והוא טוען ואומר לתקן נתתיו לך והאומן אומר לא בא לידי אלא במכירה או מתנה או שטען אתה נתתו לי אתה מכרתו לי אחר שבא לידי לתקנו אע"פ שמסרו לו שלא בעדים בעל הכלי נאמן ומוציאין אותו מיד האומן וישבע בעל הבית היסת על טענתו ויש גאונים שדנו אע"פ שלא הביא בעל הבית עדים שזה הכלי שלו הואיל וראה כליו ביד האומן והרי האומן מודה לו שהיה שלו ומכרו לו נאמן אבל אם אמר לא היו דברים מעולם ושלי הוא הכלי נאמן האומן ונשבע היסת ואם הביא בעל הבית עדים שהכלי הזה ידוע לו אין האומן נאמן ודין זה פלא הוא בעיני עכ"ל, יעו"ש.

הרמב"ם כתב בשם הגאונים שאפילו אם אין עדים שהתובע הוא המרא קמא של הכלי, הואיל וראה כליו ביד האומן והרי האומן מודה לו שהיה שלו ומכרו לו בעל הכלי נאמן, ומדויק שאם לא ראה הכלי ביד האומן אלא טען ואמר כלי פלוני נתתיו לו לתקן והאומן אומר חזרת ומכרתו או נתתו לי האומן נאמן, כמו שכתב הרמב"ם בהל"ב, יעו"ש, ואין נפקא מינה בין שיטת הרמב"ם לשיטת הגאונים אלא לענין אם אין לתובע עדים שהוא המרא קמא.

ומה שאמרו הגאונים הואיל וראה הכלי בידו אין כונתם שיש לו עדים שראו הכלי בידו, דלא שייך בזה העדאת עדים כיון שלא נודע להם שכלי זה מעולם היה שלו, ואין יכולים להעיד אלא שראו כלי בידו ולא יותר, וצריך לומר דמה שאמרו ראה היינו שטוען שראה ותובע החזרתו, ומה שכתב הרמב"ם בתחלת דבריו ראה כליו ביד האומן והביא עדים שהן יודעין שהכלי זה שלו אין כונתו דראה צריך העדאת עדים, אלא דעדים המעידים שהוא מרא קמא על הכלי המדובר צריכים לראות הכלי ולומר שכלי זה היה מפעם שלו, דעל ידי זה מעידים על המרא קמא, ומסתמא אין צריכים לראות הכלי בפועל, אלא אפילו אם ימסור התובע סימנים מובהקים לבית דין יכולים העדים להעיד שכלי בסימנים אלו הוא שלו והוא המרא קמא, אבל עצם מה דבעינן ראה הוא דין בטענתו, שבא לתבוע כלי שראה בידו ותובע החזרתו.

ומה שכתב הרמב"ם בהל"ב דאם לא ראה הכלי ביד האומן היינו שהשתא אינו רואה הכלי בידו אבל תובע ממנו שכלי פלוני מסר לו לתקן והוא מבקש החזרתו, וכיון שאינו אומר שראה הכלי ביד האומן פסקו הרמב"ם והגאונים שהאומן נאמן לומר

לקוח מיגו שהיה יכול לומר לא היו דברים מעולם אפילו היכא עדים מעידים שכלי פלוני היה שלו והוא המרא קמא, ואפילו אם עדים מעידים שמסרו להאומן לתקן נאמן האומן לומר לקוח הוא בידי מיגו שהיה יכול לומר החזרתי, ויש להבין למה אם התובע אומר שראה הכלי ביד האומן, אע"פ שאין לו ראיה על כך רק הודאת האומן, אין האומן נאמן במיגו, ולמה אם לא אמר שראה הכלי בידו נאמן האומן לומר לקוח הוא בידי מיגו דלא היו דברים מעולם או החזרתי.

ונראה דהנה הדין הוא דאומן אין לו חזקה, ואינו נאמן לומר לקוח הוא בידי בלא מיגו כמו כל אדם שמוחזק בהכלי וטוען לקחתי אותו ממך, דמן הסתמא נקטינן שבא לידו לתקן, ואין לו תורת מוחזק כלפי המרא קמא ומוציאים מידו, ולכן גם אם יש להאומן מיגו אינו נאמן להוציא מיד המרא קמא, דמיגו להוציא לא אמרינן, אולם כל זה הוא כשבעל הכלי ראה הכלי בידו ותובע החזרתו, והנידון הוא על הכלי, והרי יש לו עדים שהוא מרא קמא, ואין להאומן תורת מוחזק בתפיסתו, דאומן אין לו חזקה. אבל אם לא ראה הכלי ביד האומן, וטוען שמסר לו הכלי אבל אינו יודע אם הכלי עדיין קיים, ואולי נשבר או מסרו לאדם אחר, הרי אינו יכול לבקש מבית דין שישלחו שליח בית דין לבית האומן לחפש בחורים וסדקים אולי ימצא שם הכלי, ואינו יכול לבקש מבית דין אלא שיחייבו האומן או להחזיר החפץ או לשלם, ואם לא ירדו לנכסיו ויגבו ממנו, ואם כן נחשבת תביעתו תביעת ממון, והרי האומן מוחזק על ממונו, ונאמן לפטור עצמו במיגו.

ושיטת הרמב"ם היא דהיכא שיש להתובע עדים שהיה המרא קמא אין האומן נאמן במיגו, אבל אם אין להתובע עדים שהיה המרא קמא האומן נאמן במיגו, אבל שיטת הגאונים היא דגם אם אין להתובע עדים שהיה המרא קמא אלא שאמר שראה הכלי ביד האומן, ותובע החזרתו, והאומן מודה שהוא המרא קמא על הכלי וטוען שלקחו ממנו אינו נאמן במיגו, וכתב הרמב"ם שדבר זה הוא פלא בעיניו.

וביאור דבריו הוא דהיכא שיש לו עדים שהוא המרא קמא הרי יש לו חזקת מרא קמא, והאומן אין לו תורת מוחזק כנגדו, דאומן אין לו חזקה, וגם מיגו אינו מועיל לו משום דהוי מיגו להוציא, אבל אם אין לו עדים שהיה מרא קמא הרי לא נתחזק כמרא קמא אלא על ידי הודאת האומן, ואמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואין חזקה שבאה על ידי הודאתו יכולה לעמוד כנגדו בדין, וכיון שכן יש לאומן דין מוחזק על ידי תפיסתו, דהא דאומן אין לו חזקה היינו במקום חזקת מרא קמא, אבל אם אין מרא קמא בפנינו למה לא יוכל אומן לקנות ולהחזיק בכלי שדרכו לתקנו, ומשום הכי נאמן במיגו, ולא הוי מיגו להוציא.

אבל אם יש לתובע עדים שהיה מרא קמא, כגון על ידי סימן מובהק, כמש"נ, והאומן מודה שיש לו הכלי בידו וטוען שהוא לקוח בידו, בזה לא שייך ענין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, שהרי לא פעל שום דבר בהודאתו, רק הודה על מה שאירע, ובזה אין לו אלא מיגו דמה לו לשקר, ומיגו להוציא לא אמרינן.

והנה בהל"ב כתב הרמב"ם וז"ל: לא ראה הכלי ביד האומן אלא טען ואמר כלי

פלוני נתתיו לו לתקן והאומן אומר חזרת ומכרתו או נתתו לי האומן נשבע היסת ונפטר מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם ואפילו מסרו לתקן בעדים האומן נאמן מתוך שיכול לומר החזרתי שהמפקיד אצל חברו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים לפיכך נשבע האומן היסת ונפטר ואין מחייבין אותו להוציא הכלי ואם הוציאו הואיל ונראה הרי בעל הבית מביא עדים שהוא שלו ונוטלו אע"פ שמסרו לו בלא עדים כמו שבארנו וכו' עכ"ל, יעו"ש, דכיון שבעל הכלי לא ראה הכלי ביד האומן אין תביעתו על עצם הכלי אלא על תשלומין, והרי הוא מוחזק בממונו ונאמן לפטור עצמו על ידי מיגו, כמש"נ.

אכן צריך עיון במה שכתב הרמב"ם ואין מחייבין אותו להוציא הכלי, למה יעלה על הדעת שבית דין יחייבו האומן להוציא הכלי ולהפסיד המיגו שלו, והרי אין הכלי בפנינו, ואם רצה היה יכול לטעון לא היו דברים מעולם והיה נאמן, אם כן השתא נמי נאמן בטענת לקוח דמה לו לשקר, והרי יש לו נאמנות על ידי זה, ולמה נחייבו להוציא הכלי, ועוד קשה דאפילו אם בית דין היו מחייבים אותו להוציא הכלי למה יבוטל המיגו שלו, הא היה יכול לומר לא היו דברים מעולם לפני שהוציאו, ואם כן יהא נאמן דמה לו לשקר.

אולם לפימש"נ יש לומר שהרמב"ם בא לתת טעם למה נשבע היסת ונפטר, והלא אומן אין לו חזקה והוי מיגו להוציא, ועל זה כתב הרמב"ם דאפילו אם בית דין רצו לחייב אותו לא היו מחייבים אותו להוציא הכלי מאחר שאין יודעים אם הכלי עדיין בעולם, ולא היו שולחים שליח בית דין לבדוק את ביתו למצוא כלי שאולי כבר נשבר ונעלם, אלא היו מחייבים אותו לשלם, כמש"נ, והרי האומן מוחזק על ממונו, ונשבע היסת ונפטר.

ואכן אם הוציא האומן הכלי בבית דין לאחר שטען לקוח במיגו דלא היו דברים מעולם, כיון שאנו רואים הכלי בעין ויש להתובע עדים שהוא המרא קמא, הרי בטל תורת מוחזק של האומן, דבמקום מרא קמא אין לאומן חזקה, ואע"ג שיש לו מיגו אינו יכול להחזיק בהכלי, דאין מיגו מועיל להוציא מן המרא קמא.

פרק יז

בו יבואר מה שהקשה אביי לרבה מברייטא דראה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס לפי שיטת הרשב"ם דראה היינו שעדים ראו הכלי ביד האומן ולפי שיטת הרמב"ם דראה היינו שבעל הכלי ראה הכלי ותובע אותו אבל אין לו עדים שראו הכלי בידו.

[בבא בתרא מה:] מיתיבי אביי ראה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס אומר לו מה

טיבו אצלך אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה לא אמר כלום וכו' היכי דמי אי דאיכא עדים למה לי ראה ניתי עדים ונשקול אלא לאו דליכא עדים וכי ראה מיהא תפיס ליה לא לעולם דאיכא עדים והוא דראה והא את הוא דאמרת המפקיד אצל חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים אמר ליה הדרי בי, יעו"ש.

הנה נתבאר לן שנחלקו הרשב"ם והרמב"ם בהא דקאמר בגמרא דבראה הכלי ביד האומן סבר אביי דאין האומן נאמן לומר לקוח הוא בידי אפילו אם יש לו מיגו, שיטת הרשב"ם היא דראה היינו שעדים ראו הכלי ביד האומן, עיימש"נ בש"א פי"ד, ושיטת הרמב"ם היא דאם בעל הבית טוען שראה הכלי ביד האומן, אפילו אם אין לו עדים על כך, אין האומן נאמן בטענת לקוח אפילו על ידי מיגו, ועיימש"נ בש"א פי"ז.

ולפי פירוש הרשב"ם קושית אביי על מאי דסבר רבה המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזירו בעדים מתבאר היטב, דתנא בברייטא דאם ראה כליו ביד האומן אין האומן נאמן בטענת לקוח, והיינו שעדים ראו הכלי ביד האומן, וקאמר אביי היכי דמי, אי דאיכא עדים שראו שבעל הבית מסר הכלי ליד האומן לתקנו למה צריך עוד עדים שראו הכלי בידו השתא, הלא אין לו מיגו רק בשביל עדי המסירה, שאין לו מיגו דאי בעי טען החזרתי דהא צריך להחזיר בעדים, וגם אין לו מיגו דאי בעי טען אתה מכרת לאחר והוא מכרו לי דהא עדים מעידים שבעל הבית מסרו לו לתקן.

ואלא צריך לומר דליכא עדים על המסירה, ומכל מקום כיון שיש עדים שראו הכלי ביד האומן מוציאים מידו, בשלמא לאביי דס"ל דכל שראה בידו אינו נאמן במיגו אתי שפיר, אלא אליבא דרבה דאפילו בראה נאמן במיגו דלא היו דברים מעולם למה מוציאים מידו, וקאמר רבה דלעולם מיירי בדאיכא עדים ובעינן נמי ראה דאי לאו הכי יש לו מיגו דאי בעי אמר החזרתי, וחזר בו ממאי דסלקא דעתיה דהמפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזירו בעדים.

אולם לפי פירוש הרמב"ם דראה היינו שבעל הבית ראה אבל אין לו עדים, לכאורה אין קושית אביי מתפרשת יפה, דהרי רבה לית דאומן יש לו תורת מוחזק אם הכלי בידו, והא דתנן אומן אין לו חזקה היינו דטענת לקוח הוי טענה גרועה, וחזקתו אין עמה טענה, אבל אם יש לו מיגו הרי זה מחזק טענתו, והויא חזקה שיש עמה טענה, וכל הנידון אליבא דרבה הוא אם יש לו מיגו או אין לו מיגו, וקאמר אביי לרבה לדידך דהמפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו העדים במאי מוקמת הברייטא, אם יש עדים שמסר לו לתקן למה צריך ראה, הרי אין לו מיגו דהחזרתי, ואם אין עדים שמסר לו לתקן אבל ראה בידו למה מוציאים ממנו הא יש לו מיגו דאי בעי אמר לא היו

דברים מעולם שלא אתה מסרת לי אלא אחר, ומכח קושיא זו הוכרח רבה להודות דהמפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים, ומוקי הברייטא דאיכא עדים והוא דראה, דאם לא ראה יש לו מיגו דאי בעי אמר החזרתי, ובשלמא להרשב"ם דראה היינו שראו עדים הכלי בידו עכשיו, אם כן ביש עדים והוא דראה אין לו מיגו דהחזרתי, אבל להרמב"ם דראה היינו שבעל הבית טוען שראה אבל אין לו עדים, הרי עדיין יכול האומן להכחיש לבעל הבית ולומר החזרתי, ואם כן יש לו מיגו ולמה מוציאים הכלי מידו.

והנה שיטת הרמב"ם היא דכשבעל הכלי ראה הכלי ביד האומן, והאומן מודה שהכלי בידו וטוען לקוח, הנידון לפני בית דין אינו על חובת הגברא של האומן לשלם ואם נשתעבדו נכסיו, אלא הנידון הוא על כלי מסוים מי הוא הבעלים, המרא קמא או האומן, ודמה בזה לשנים אוחזים בטלית, ואב"י ס"ל שאין לאומן תורת מוחזק דדמי לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ורבה ס"ל שיש לאומן תורת מוחזק אבל אם טוען טענה גרועה הו"א חזקתו חזקה שאין עמה טענה, ורק על יד מיגו נתחזקה טענתו וחזקתו היא חזקה שיש עמה טענה, ועיימש"נ בש"א פט"ז, ואכן בין לאב"י ובין לרבה הנידון הוא על הכלי עצמו.

והשתא נראה דכיון שהנידון לפני בית דין הוא על הכלי עצמו, אין מיגו דאי בעי אמר החזרתי מועיל לו, שהוא רוצה לזכות בדין שישאר הכלי בידו, ואם היה טוען החזרתי לא היה פועל אלא שאין בית דין מחייבים אותו לשלם, והרי אין חיוב תשלומים הנידון לפניהם, ולכן אליבא דרבה בראה בעל הכלי את הכלי ביד האומן אין מיגו מועיל לו אלא מיגו דאי בעי אמר לא אתה מסרת לי אלא מכרת לאחר והוא מכרו לי, דאילו היה טוען כן היה זוכה בגוף הכלי שבית דין דנים בו, ואכן אם יש עדים שמסר לו הכלי לתקן לא היה יכול לטעון לא אתה מסרת לי, ואתי שפיר גם לדעת הרמב"ם דמאי דקאמר רבה דביש עדים וראה אינו נאמן ומוציאים מידו. וזה מבואר היטב להנך דעות דענין מיגו הוא כח הטענה, דגם בטענתו עכשיו יש לו הכח של כל טענה שהיה יכול לטעון, ולכן היכא דראה הכלי בידו, והנידון הוא על הכלי עצמו, אין האומן נאמן לומר לקוח מיגו דהחזרתי, דבטענת לקוח בא לזכות בגוף החפץ, ואילו בטענת החזרתי לא היה יכול לזכות בגוף החפץ, רק לפטור עצמו מתשלומין, כמש"נ, אבל בלא ראה, שהנידון הוא על חיובו לשלם, נאמן לומר לקוח מיגו דהחזרתי, שהרי הוא בא בטענתו לפטור את עצמו מתשלומין, ומה שטוען לקוח הוא פוטר עצמו, ואם הכלי הוא עדיין בעין או כבר נאבד אינו נוגע לטענתו, אלא כיון שלקחו ממנו מכבר שוב אין לבעל הכלי שום תביעה אליו.

וגם אם ענין המיגו הוא הוכחה שאומר אמת, ואם רצה לשקר היתה לו טענה מעולה, אין לקוח נאמן במיגו דאי בעי אמר החזרתי היכא שהנידון הוא על הכלי, ולא אמרינן שהיה יכול לומר החזרתי ולפטור עצמו מן בעל הכלי, ואחר כך להוציא הכלי להשתמש בו, דהשתא שטוען לקוח רוצה שהכלי ישאר בידו על פי הוראת בית דין, אבל אילו היה טוען החזרתי היה צריך להחביא הכלי שלא יראה אותו שום אדם ויגיד לבית

דין, ויבוטל הפסק דין שהוציאו בית דין לטובתו, אבל היכא דלא ראה, והנידון לפני בית דין הוא על חיובו, והוא טוען לקוח ואינו מחויב, הרי הוא נאמן במיגו דאי בעי אמר החזרתי, ובית דין מאמינים לו ופוטרים אותו, ושפיר יכול להוציא הכלי ואינו צריך להחביאו, שהרי בית דין האמינוהו שהוא לקוח בידו.

פרק יח

בו ידון בהא דסלקא דעתא בגמרא דתובע טלית שראה ביד אומן, והאומן טוען שאין זה טליתו, שבית דין מחייבים האומן להביא הטלית המדוברת לבית דין, ויבואר היאך הביא רבא ראה דאין מחייבים אותו מבריינתא דאומן טוען לקוח.

[**בבא בתרא מו.**] אמר ליה אביי לרבא תא אחוי לך רמאי דפומבדיתא מאי עבדי אמר ליה הו לי סרבלאי לא היו דברים מעולם הא אית לי סהדי דחזיוה גבך אמר ליה ההוא אחרינא הוה אפקיניה ונחזינהו אמר ליה איברא לא מפיקנא ליה אמר רבא שפיר קאמר ליה ראה תניא, יעו"ש, ומבואר דאע"ג שהתובע טוען שראה טליתו ביד האומן, והאומן טוען שאותה הטלית שראה אינה שלו, אין בית דין מחייבים אותו להוציא הטלית המדוברת בבית דין, אלא על התובע להביא ראיה, ולכאורה מאי דסלקא דעתא שחייב להביא הטלית המדוברת לבית דין הוא כדי שיוכלו לברר אמיתת הענין על ידי ראית הטלית ולא על ידי הכרעת הדין.

ויש להבין למה הוה אמינא שאין האומן יכול לומר לא מפיקנא ליה, והלא על התובע להביא ראיה לדבריו, ולמה יחייבו אותו להוציא הכלי ולהפסיד את זכותו, ועוד יש להבין מה שהביא רבא ראה לדבריו דאין מחייבים אותו להוציאה מבריינתא דלעיל (דף מה:) ראה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס אומר לו מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה לא אמר כלום, יעו"ש, היאך ראה בבריינתא זו שאין מחייבים אותו להוציאה, והלא התם היתה הראיה על ידי עדים, כמו שכתב הרשב"ם, יעו"ש, והרי הדבר ברור שטליתו של התובע ביד האומן, וגם אם יוציאה לא ישתנה הדין, דאין הנידון של מי הטלית אלא אם האומן נאמן לומר לקוח.

וכן יש לעיין במה שכתב הרמב"ם פ"ט טוען ונטען הל"ב וז"ל: לא ראה הכלי ביד האומן אלא טען ואמר כלי פלוני נתתיו לו לתקן והאומן אומר חזרת ומכרתו או נתתו לי האומן נשבע היסת ונפטר מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם וכו' ואין מחייבין אותו להוציא הכלי ואם הוציאו הואיל ונראה הרי בעל הבית מביא עדים שהוא שלו ונוטלו אע"פ שמסרו לו בלא עדים כמו שבארנו עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"א פט"ז דכל שאין הכלי נראה הנידון אינו על הכלי עצמו אלא על חיוב האומן לשלם בעד הכלי, והרי הוא מוחזק בממונו ונאמן במיגו, ולא הוי מיגו להוציא, ועל זה כתב הרמב"ם דאם האומן הוציא הכלי מדעתו בבית דין לפני שפסקו את הדין חזר הנידון להיות על הכלי, ואומן אין לו חזקה, ולכן אין המיגו שלו מועיל לו, אכן מה שכתב אין מחייבים אותו להוציא הכלי צריך ביאור, דלמה תיסק אדעתין שמחייבים אותו להוציאו, כמש"נ. והנה עיין לעיל (דף לד:) ההוא ארבא דהו מינצו עלה בי תרי האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי היא אתא חד מינייהו לבי דינא ואמר תיפסוה אדמייתנא סהדי דדידי היא תפסינן או לא תפסינן רב הונא אמר תפסינן רב יהודה אמר לא תפסינן אזל ולא אשכח סהדי אמר להו אפקוה וכל דאליס גבר מפקינן או לא מפקינן רב יהודה אמר לא מפקינן רב פפא אמר מפקינן והלכתא לא תפסינן והיכא דתפס לא מפקינן, יעו"ש,

וכתב הרשב"ם ז"ל: רב הונא אומר תפסינן ס"ל כרב פפא דאמר מפקינן רב יהודה אומר לא תפסינן משום דס"ל לא מפקינן כדלקמיה והלכך לא תפסינן וכו' לא מפקינן דמאחר שבא ממון ישראל ביד בית דין אינן רשאים להפקירו אלא מעכבין אותו ממון עד שידעו למי ישיבו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ונחלקו האמוראים אם אחד מבעלי דין יכול לתבוע לבית דין שיתפסו ספינה שדינה כל דאלים גבר ולהשאירה בידם עד שילך ויביא עדים, דאם יניחוה במצב של כל דאלים גבר יתגבר האחר ולא יוכל שוב להוציאה ממנו, רב הונא אמר הדין עמו, ואם לא יביא עדים יוציאו הספינה מידם ויחזור המצב לכמות שהיה וכל דאלים גבר, ורב יהודה אמר דלא תפסינן, דהוא ס"ל דלא מפקינן, ואם הספינה תפוסה בידם שוב אין יכולים להוציאה להיות כל דאלים גבר, דמאחר שבא ממון ישראל ביד בית דין אינן רשאים להפקירו, ומשום הכי לא תפסינן, דאין ראוי שהבית דין יטפלו בהספינה בלי גבול, אבל אם היו יכולים להוציאה עליהם לשמור על הממון המוטל בספק שלא יפסיד הבעלים האמיתיים ממנו.

ונראה דזוהי נמי הסברא הראשונה גבי רמאי דפומבדיתא שבית דין מחייבים האומן להוציאה, שאנו יודעים שיש בידו טלית המוטלת בספק, שהתובע אומר שראה טליתו ביד האומן, ואומן אומר שהטלית בידו אחרת היא, ויש לחוש דלמא האומן יבריח הטלית, ואם כן אפילו אם יוכל התובע להביא עדים שהטלית שלו לא יוכל למצוא אותה ויפסיד ממנו, ולכן מוטל על הבית דין לתפוס הטלית להגן עליה עד שיתברר על ידי עדים מי הוא הבעלים, ואם לאו יחזירו אותה להאומן שהוא מוחזק בה, ואין בזה משום ממון ישראל ביד בית דין אינן רשאים להפקירו, דהחזרת הטלית להמוחזק אם התובע לא הביא עדים אינו כמפקירה ורק התם דאם יוציאו הספינה יהא הדין כל דאלים גבר הרי זה כמפקיר ממון ישראל.

ואמר רבא דאין התובע יכול לתבוע מבית דין לתפוס, ואע"ג דבספינה הדין הוא שיכול לתבוע מהם לתפוס אי לאו דלא מפקינן, ויש לומר דטעמא משום דהתם אין בית דין יכולים לפסוק הדין אלא מסלקים ידיהם ואומרים כל דאלים גבר, וכדאי לתפוס אולי יוכלו לפסוק הדין אם יביא עדים, אבל הכא יכולים לפסוק הדין ולומר המוציא מחבירו עליו הראיה, ואין מוטל על בית דין לתפוס הטלית אולי יביא עדים ויפסקו הדין על פי עדים, דגם המוציא מחבירו עליו הראיה הוי פסק דין מעליא.

ורבא הביא ראיה לדבריו מהא דתניא לעיל (דף מה:): ראה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס אומר לו מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי אתה נתת לי במתנה לא אמר כלום, יעו"ש, וראה היינו ראיה בעדים, כמו שכתב הרשב"ם, יעו"ש, ויש להבין היאך הוכיח רבא משם שאין בית דין מחייבים אותו להוציא הטלית בפניהם, וצריך לומר דאם לעולם מחייבים אותו להוציא הטלית בבית דין לא היה צריך למיתני ראה, דלעולם הוי ראה כיון שהוציאה בבית דין, ולא שייך אוקימתא של לא ראה היכא שמודה בפני בית דין שהטלית המדוברת בידו וטוען לקוחה היא בידו.

עוד עיין מה שכתב הרי"ף בסוגיין ז"ל: ושמעת מינה דהאי דינא דאומן לא

אמרין ביה מגו הילכך בין ראה בין לא ראה אע"ג דיכול למימר לא היו דברים מעולם היכא דליכא סהדי אי נמי החזרתים לך בדאיכא סהדי כי אמר זבינתיהו ניהלי לא מהימן והאי דאמרין ראה תניא לאו למימרא דאי לא ראה ואמר זבנתה ניהלי מהימן אלא דאי אמר לא מפקינא להו לא אמרין ליה אפקינהו דלחזינהו ולהכי תנא ראה עכ"ל, יעו"ש.

הרי"ף הביא שיטת הרבוותא דבלא ראה ביד האומן לעולם נאמן במיגו, ופליג עלייהו וס"ל דגם בלא ראה אינו נאמן במיגו אפילו אם אין עדים על המסירה לתקן, לפי הבנת הרי"י מגאש בדבריו, או בלא ראה אינו נאמן במיגו רק היכא דאיכא עדים, לפי הבנת הבעל המאור בדבריו, ועיימש"נ בש"א פט"ו, והקשה על דבריו מהא דהביא רבא ראייה דאין מחייבים אותו להוציא הטלית מהא דראה תניא, דלדברי הרבוותא לא קשה למה תניא ראה, דכל שלא ראה נאמן האומן במיגו, אבל לדידיה קשה, ולא הקשה מן הברייטא דתנא ראה, אלא מהא דאמר רבא ראה תניא, דבהברייטא היה אפשר לומר שהביאה עובדא שאירע, ולענין הלכה ראה לאו דוקא, אבל מהא דהביא רבא ראייה לדינו דאין מחייבים אותו להוציא הטלית בבית דין מוכח דראה דוקא. ובשלמא לפי הבנת הרי"י מגאש בדברי הרי"ף, דגם בלא עדים ולא ראה אין האומן נאמן במיגו, שפיר הקשה הרי"ף למה תנא ראה, והלא ראייה לא מעלה ולא מורדת, ועל זה תירץ שרצה לאשמועין אגב אורחא ששייך אוקימתא של ראה וגם אוקימתא של לא ראה, ומבואר דבלא ראה אין מחייבים אותו להוציא הטלית בבית דין, דאם כן לעולם הוי ראה, אבל לענין טענת האומן שהטלית לקוחה בידו אין נפקא מינה בין ראה ללא ראה, דלעולם אינו נאמן במיגו.

אבל לפי הבנת הבעל המאור בדברי הרי"ף מהי קושיתו מהא דתנא ראה, והלא לא הוזכר בברייטא שהיו שם עדים על המסירה לתקן, ואם כן שפיר תנא ראה, דאם אין עדים ולא ראה האומן נאמן במיגו, והבעל המאור עמד בזה וכתב וז"ל: ולא היה צריך הרי"ף ז"ל לדחוק עצמו בפירוש ההוא מעשה אלא לרווחא דמלתא סבר לפרושי כמו שפירש כי שמא יש מי שסובר ביה בשמסר לו בעדים היה המעשה ולפיכך הוצרך לומר דאי אמר לא מפקינא ליה לא אמרין ליה אפקיה דלחזיה אפילו בשמסר לו בעדים היכא דלא קא מודה ביה דאיתיה גביה האידנא כגון דאמר החזרתיו לך והאי דקאמר לא היו דברים מעולם אהאי אחרינא דאיתיה גביה השתא קאמר כלומר זה שבידי לא היה מעולם שלך אלא של אחר עכ"ל, יעו"ש.

פרק יט

בו יבואר מאי דפריך לריש לקיש דאמר דגודרות אין להם חזקה מהא דתנן דעבדים יש להם חזקה אחר שלש שנים, ואע"ג דמהא גופא מבואר דגודרות אין להם חזקה, ויוכיח דיש בהם תפיסה קלושה ממה שהרמב"ם מחייב המרא קמא לישבע היסת.

[בבא בתרא לו.] עבדים יש להם חזקה והאמר ריש לקיש הגודרות אין להן חזקה אמר רבא אין להן חזקה לאלתר אבל יש להן חזקה לאחר שלש שנים וכו', יעו"ש, ויש לדקדק מאי פריך, והלא מבואר כריש לקיש דעבדים אין להם חזקה לפני שלש שנים, ולמה אין להם חזקה לאלתר על ידי תפיסתו בהם, בשלמא בקרקע בעינן שלש שנים, דלמה לא יחזיק בעבדים מיד על ידי אחיזתו בהם, אלא מבואר שאין להם חזקה מפני שהם גודרות, ולכן צריך הראיה של שלש שנים.

והיה אפשר לומר דהקושיא היא על לשון ריש לקיש דמדבריו משמע שאין לגודרות חזקה לעולם, ובמתניתין תנא שיש להם חזקה אחר שלש שנים, אולם מלשון הנמוקי יוסף לא משמע כן שכתב וז"ל: גדרות צאן וכל דבר המהלך מעצמו שיתכן לומר הוא נכנס שם ואין לו חזקה ואם כן עבדים אמאי יש להם חזקה עכ"ל, יעו"ש, והקושיא היא למה יש לו חזקה אפילו לאחר שלש שנים, וכן מדויק בלשון הרשב"ם שכתב וז"ל: והעבדים מהלכים הם בכל מקום ותנן דיש להם חזקה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דפריך למה תנן דעבדים יש להם חזקה אפילו לאחר שלש שנים.

ונראה דהמקשן סבר דמאי דאמר ריש לקיש הגודרות אין להם חזקה היינו דאין

לו בהם תפיסה כלל, ועיימש"נ בש"א פ"כ, ואם כן קשה דהלא גם עבדים הם גודרות והיאך מועילה בהם חזקת שלש שנים, הרי אין לו תפיסה בהעבדים, והרי אחיזתו בהעבדים אינה נחשבת לכולם, וזהו כמו טענה שאין עמה חזקה, ומשני שגם ריש לקיש מודה שמועילה בהם חזקת שלש שנים, שיש בגודרות תפיסה קלושה, ואין תפיסה כזו מספקת שיוכל לטעון לקוחין הן בידי, אבל אם יש לו חזקת שלש שנים הרי זו מחזקת תפיסתו ויכול לזכות על ידה.

ויש סמך לזה מדברי הרמב"ם פ"י טוען ונטען הל"א וז"ל: בהמה או חיה שאינה שמורה אלא מהלכת בכל מקום ורועה אינה בחזקת זה שתפסה מאחר שהיא ידועה לבעלים כיצד הביא התובע עדים שהבהמה הזאת ידועה לו וזה התופס טוען אתה נתתה לי אתה מכרתה לי אינו נאמן שאין היותה תחת ידו ראיה שהרי היא הלכה מעצמה ונכנסה ברשותו לפיכך אם לא הביא ראיה תחזור הבהמה לבעליה וישבע היסת על טענה זו עכ"ל, יעו"ש, ואם תפיסה בגודרות אינה תפיסה כלל, למה צריך לישבע היסת, הרי אינו נוטל ממנו כלום, אלא מבואר שיש להתופס תפיסה קלושה, וגם היא מחייבת המרא קמא לישבע היסת כשנוטלה ממנו.

פרק כ

בו יובאו דברי הרשב"ם דהא דאמר רבא גודרות אין להן חזקה לאלתר אבל יש להן חזקה לאחר שלש שנים לא קאי רק על עבדים אלא גם על שאר גודרות, ואע"ג דדין שלש שנים קשור לטענת אחוי שטרך דשלש שנים מזדהר איניש בשטריה וטפי לא.

[**בבא בתרא לו.**] עבדים יש להם חזקה והאמר ריש לקיש הגודרות אין להן חזקה אמר רבא אין להן חזקה לאלתר אבל יש להן חזקה לאחר שלש שנים אמר רבא אם היה קטן מוטל בעריסה יש לו חזקה לאלתר, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: הגודרות אין להן חזקה וכו' ואין יכול לומר לקוח הוא בידי והעבדים מהלכים הם בכל מקום ותנן דיש להם חזקה ומשני הא דאמר ריש לקיש אין להן חזקה הני מילי לאלתר וכו' דבשאר מטלטלין הוי חזקה לאלתר דהמוחזק בהן יכול לטעון שלי הוא שלקחתיו אבל יש להן לעבדים ולגודרות חזקה לאחר שלש שנים שהיה לו לזה המערער למחות ולא מיחה עכ"ל, יעו"ש, ויש להבין היאך שייך מדלא מיחה שלש שנים במטלטלים.

והנה עיין מה שכתב הרמב"ן לקמן (דף מב.) וז"ל: דטעמא דחזקה לאו משום איזדהורי ידיה בלחוד אלא כיון דהאי שתיק רגלים לדבר אלא שבתוך שלש אמרינן ליה למחזיק אחוי שטרך ולאחר שלש כיון דלא מזדהר בה טפי אתרע ליה האי טענה ואמרינן לא לחנם שתק עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהא דבעינן שלא מיחה שלש שנים הוא משום דבתוך זמן זה יכול לומר להמחזיק אחוי שטרך, אבל אחר שלש שנים אינו יכול לומר אחוי שטרך, דעד שלש שנים מזדהר איניש בשטריה, ולכאורה משמע דהראיה דמדלא מיחה הוי מיד, אבל טענת אחוי שטרך מבטלת הראיה, אבל לאחר שלש שנים אין לו טענת אחוי שטרך לבטל הראיה, ואם כן בשלמא בעבדים שייך שיעור שלש שנים מפני שדרך עבדים לקנותם בשטר קנין או על כל פנים לכתוב שטר ראיה, אבל במטלטלים דליכא טענת אחוי שטרך למה צריך שלש שנים.

ונראה דאע"ג דבעצם איכא ראיה דמדלא מיחה בזמן קצר, כיון שיכול לטעון אחוי שטרך עד שלש שנים ליכא ראיה דמדלא מיחה עד שלש שנים, דלמה ימחה קודם לכן, בכל עת יכול למחות ולטעון אחוי שטרך, ויוכל להוציא הקרקע מיד המחזיק וגם הפירות שאכל, ולכן תקנו חכמים דאין ראיה אלא אם לא מיחה שלש שנים, והשתא יש לומר דכשתקנו שיכול להחזיק בגודרות על ידי ראיה דמדלא מיחה לא היו יכולים לומר שהשיעור הוא מיד, שהרי דרך הגודרות ליכנס ברשות אחרים ולצאת, ולכן היו צריכים ליתן זמן ארוך לשיעור מדלא מיחה לגבי גודרות, ולא ראו צורך לתקן שיעור חדש ארוך לגודרות, דכבר תקנו שיעור מדלא מיחה בקרקעות של שלש שנים, והשתמשו באותו שיעור גם בראיה דמטלטלין.

פרק כא

בו יובאו דברי הרמב"ם דתופס בבהמות שמורות גובה מהן עד כדי דמיהן מיגו דאי בעי אמר לקוחין הן, ויבואר למה הביא הרמב"ם דין זה בהלכות טוען ונטען בין דיני גודרות, והלא שמורות אינן גודרות, וכבר כתב דין זה בהלכות מלוה ולוה. **[בבא בתרא לו.]** עבדים יש להם חזקה והאמר ריש לקיש הגודרות אין להן חזקה וכו' הנהו עיזי דאכלו חושלא בנהרדעא אתא מרי חושלא תפסינהו והוה קא טעין טובא אמר אבוה דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהן דאי בעי אמר לקוחות הן בידי והאמר ריש לקיש הגודרות אין להן חזקה שאני עיזי דמסירה לרועה וכו', יעו"ש, והיינו דכיון דדרך עזים להיות מסורים לרועה אין להם דין גודרות, דלעולם הם שמורים ואינם מהלכים מעצמם, ומי שמוחזק בהם וטוען לקוח נאמן.

הרמב"ם הביא עיקר דין גודרות בפ"י טוען ונטען הל"א וז"ל: בהמה או חיה שאינה שמורה אלא מהלכת בכל מקום ורועה אינה בחזקת זה שתפסה מאחר שהיא ידועה לבעלים כיצד הביא התובע עדים שהבהמה הזאת ידועה לו וזה התופס טוען אתה נתתה לי אתה מכרתה לי אינו נאמן שאין היותה תחת ידו ראייה שהרי היא הלכה מעצמה ונכנסה ברשותו לפיכך אם לא הביא ראייה תחזור הבהמה לבעליה וישבע היסט על טענה זו עכ"ל, יעו"ש, ובהל"ב הביא מה שנלמד מעובדא דהני עיזי דאכלו חושלא בנהרדעא וז"ל: היתה הבהמה שמורה או מסורה לרועה אע"פ שהביא זה עדים שהיא שלו הרי היא בחזקת זה שהיא תחת ידו ואם טען אתה מכרתה או נתתה לי ישבע התופס היסט שהיא שלו ויפטר עכ"ל, יעו"ש.

והנה באמת שתי הלכות יוצאות בהסוגיא מעובדא דהני עיזי, חדא דבהמות שמורות אין להן דין גודרות ומי שתופס בהן נאמן לומר לקוחין הן בידי, ושנית שאם התופס אותן טוען שבעל העזים חייב לו ממון משום שהזיקו או משום סבה אחרת הרי הוא נאמן לגבות מהן עד כדי דמיהן מיגו דאי בעי אמר לקוחין הן בידי, ואכן הלכה שניה זו אינה שייכת לדיני גודרות, והביאה הרמב"ם פ"ג מלוה ולוה הל"ג וז"ל: מלוה שבא לבית דין והביא משכון בידו ואמר זה משכוננו של פלוני הוא ואני רוצה למכרו ולהפרע חובי אין בית דין נזקקין לומר לו המתן עד שיבא לוה ויטעון שאם רוצה לומר לקוח הוא בידי אומר וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ואם כן צריכים להבין מה שכתב הרמב"ם בהל"ג וז"ל: לפיכך מי שתפס בהמת חבירו שהיתה שמורה או ביד רועה והבעלים טוענין היא יצאת מעצמה ובאה אצלך או פקדון היא בידך או שאולה היא לך והתופס אומר כן הוא אינה שלי אבל אתה חייב לי כך וכך או אתה משכנתה בידי על כך וכך או הזקת אותי נזק שאתה חייב לשלם כך וכך יכול לטעון עד כדי דמיה מתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי וישבע בנקיטת חפץ ויטול עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק למה שייכת הלכה זו בדיני גודרות, אם בא להשמיענו דבהמות שמורות אין להן דין גודרות, הלא כבר כתב בהל"ב דאם היתה הבהמה שמורה או מסורה לרועה הרי היא בחזקת זה שהיא תחת ידו ואינה כגודרות, כנ"ל, ואם בא להשמיענו דהתופס ממון חבירו בשביל חוב שיש לו עליו יכול לגבות עד כדי

דמיו מיגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי, הרי אין זה מדיני גודרות, וכבר הביאה הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה.

עוד יש לדקדק במה שכתב והבעלים טוענין היא יצאת מעצמה ובאה אצלך או פקדון היא בידך או שאולה היא לך, למה הביא כאן דין הטוען פקדון או שאולה היא לך, והלא אין זכר בהסוגיא לטענת שאולה היא לך, ועוד דהלא דין זה תלוי אם הבהמה השמורה היא עשויה להשאיל ולהשכיר, דכיון שאינה כגודרות הרי היא כשאר ממונו, ואם היא עשויה להשאיל ולהשכיר תמיד אין התופס נאמן לומר לקוחה היא בידי, ורק אם אינה עשויה להשאיל ולהשכיר תמיד נאמן לומר לקוחה היא בידי, והיה לו להרמב"ם לומר במה דברים אמורים, והוא לא חילק, אולם בזה יש לומר דאם עשויה להשאיל ולהשכיר הדבר מובן מאליה דמוציאים מידו כמו בשאר מטלטלין. וכן יש לדקדק למה כתב הרמב"ם דינו בהל"ג כשהתופס אומר כן הוא אינה שלי אבל אתה חייב לי כך וכך וכו' יכול לטעון עד כדי דמיה מתוך שיכול לומר לקוחה היא, שכן היה העובדא בהני עיזי דאכלו חושלא בנהרדעא, וממה שפסק אבוא דשמואל דנאמן במיגו דלקוחין נלמד דנאמן לטעון לקוח בבהמות שמורות, אבל למה הביא הרמב"ם דינו במי שתופס בהמה לגבות חובו, והלא העיקר הוא דנאמן לטעון לקוח בבהמות שמורות.

ונראה דבהל"ג בא הרמב"ם להוציא ממה שהיה אפשר לפרש בהל"ב דאע"פ שבהמות שמורות אינן כגודרות ואפשר להחזיק בהן, מכל מקום אינן בחזקת התופס כשאר מטלטלין, דבכל מטלטלין שאינן נדים מעצמם יש להתופס בהן תפיסה מעליא, אבל בהמה שמורה, למרות שאינה כגודרות, כיון דלפעמים הולכת מעצמה אין תפיסה בה כל כך חזקה כמו בשאר מטלטלין, וקמשמע לן דמכל מקום גם בתפיסה קלושה יכול להחזיק בטענת לקוחה ואין המרא קמא מוציא ממנו.

ועל הצד שהיינו מחלקים בין תפיסה מעליא לתפיסה קלושה מסתברא לומר שתפיסה קלושה צריכה טענה מעליא לחזק אותה, אבל אם תופס בתפיסה קלושה וטוען טענה קלושה אית ביה תרתי לריעותא ואין חזקתו חזקה, וטענת לקוחה היא טענה מעליא, שהרי הוא אומר שהוא בעלים גמור והבהמה היא לגמרי בחזקתו, אבל אם התופס טוען שהוא לקחה לגבית חובו, וכשיגבה חובו הרי הוא נחשב נוטל וצריך לישיב בנקיטת חפץ שבועת הנוטלין, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, הרי תפיסתו קלושה מפני שלפעמים הולכת מעצמה, וגם טענתו קלושה מפני שמודה שאינו בעלים גמור על הממון שתחת ידו, ונמצאה חזקתו שאין עמה טענה, ואין לו תורת מוחזק, ואע"פ שיש לו מיגו הרי זה מיגו להוציא, ורק אם טוען לקוח אין מוציאים מידו הבהמה השמורה, דאע"פ שתפיסתו קלושה טענתו מעליא, אבל בתופס לגבית חובו גם טענתו קלושה, ואין לו תורת מוחזק ומוציאים מידו.

לכן קמשמע לן הרמב"ם בהל"ג דאין לחלק כלל בין תפיסת שאר מטלטלין ובין תפיסת בהמה שמורה, דשתי התפיסות נחשבות תפיסה מעליא, וכמו שנתבאר לעיל בפ"ג מלוה ולוה הל"ג שיכול לתפוס משכון כדי לגבות ממנו היכא דיש לו מגו דלקוח,

כמו כן נמי בבהמה שמורה יש לו לגבות ממנה אם תפסה שלא בפני עדים כיון שיש לו מיגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי.

פרק כב

בו יבוארו דברי הרמב"ם דמלוה שהוציא משכון גובה שלא בפני הלוח בשבועה ואין בית דין אומרים לו המתן עד שיבא לוח ויטעון שאם רוצה לומר לקוח הוא אומר, וצירף לזה דין יתמי המלוה שבאו לגבות מיתמי הלוח דגובים מן המשכון בשבועה.

[רמב"ם פ"ג מלוה ולוה הל"ג] כתב הרמב"ם וז"ל: מלוה שבא לבית דין והביא משכון בידו ואמר זה משכוננו של פלוני הוא ואני רוצה למכרו ולהפרע חובי אין בית דין נזקקין לומר לו המתן עד שיבא לוח ויטעון שאם רוצה לומר לקוח הוא בידי אומר ומשיאין לו עצה למכרו בפני עדים כדי שידע לוח בכמה נמכר וכן המלוה את חברו על המשכון ומת הלוח והמלוה בין שמת הלוח תחלה בין שמת מלוה תחלה הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואילו רצה לומר לקוח הוא בידי אומר הרי זה נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כדרך כל הנשבעין ונוטלין עכ"ל, יעו"ש, והמגיד משנה כתב וז"ל: דין זה נראה פשוט בטעמו ולא מצאתיו מבואר עכ"ל, יעו"ש, ובאמת יש להבין למה אין המלוה נאמן לומר זה משכוננו של פלוני בידי, ולמה צריך לטעמא שאם רוצה לומר לקוח הוא בידי.

והביאור הוא על פי מה שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' ט"ז דאם תפס ממון חברו בפני עדים במקום דליכא דררא דממונא אינו נעשה עליו מוחזק, דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה, ואין תפיסה מועילה אלא שלא בפני עדים מפני שיש לו מיגו דא בעי אמר לא היו דברים מעולם, וכמו כן הכא אינו יכול לתפוס ממון חברו ולטעון שהוא משכון תחת חוב שחייב לו, דאם כן לא שבקת חיי, דכל אחד יתפוס ממון חברו ויטעון כן, אבל היכא דליכא עדים תפיסתו מועילה משום שיש לו מיגו.

ובאמת היה לו הרמב"ם להזכיר המיגו מיד גם קודם שכתב שאין בית דין נזקקין לומר לו המתן עד שיבא לוח, דמשום המיגו אין מוציאים החפץ מידו, ואכן לא הזכירו עד אחר שכתב שאין בית דין נזקקין לומר לו המתן עד שיבא לוח, משום דגם לזה צריך המיגו, דעיקר הלכה שהביא הרמב"ם הוא נמשך ממה שכתב בהל"א דאין נפרעים שלא בפני הלוח אלא בשבועה דרבנן בנקיטת חפץ, אלא דשם מיירי שהמלוה יש לו שטר, ותקנו חכמים שגובה בו שלא בפניו וצריך לישבע להוציא מחשש רחוק אולי היה הלוח יכול להראות שפרע, והיה אפשר לומר דכל זה הוא כשיש לו שטר בידו, אבל אם תופס במשכון על ידי מיגו אינו יכול לגבות שלא בפניו אפילו בשבועה, דעדיין יש לחוש אולי היה הלוח יכול להראות שפרע אילו היה בפניו, על זה כתב הרמב"ם דגם לזה הועיל המיגו, ואין בית דין נזקקין לומר המתן כיון שאם רוצה לומר לקוח הוא בידי אומר.

ואין זה מיגו דנאמנות, אלא דכיון שבידו לומר לקוח הוא שוב אין לחוש לגביה שלא בפניו, ומדויק לשונו שאם רוצה לומר לקוח הוא בידי אומר, ולא שאם רוצה לומר לקוח הוא בידי נאמן, דמה דסלקא דעתא דמלוה שאין לו שטר בידו אבל יש לו משכון אומרים לו המתן הוא כדי להגן על הלוח כיון דאין שטר ביד המלוה, אולם כיון שלולי דברי המלוה אין ידוע לנו שהחפץ הוא משכון אם כן אי אפשר להגן עליו, שהרי יכול

לומר לקוח הוא בידי, ואם כן אין לעכב המלוה מלגבות שלא בפניו, ואכן צריך לישבע שבועת הנוטלין בנקיטת חפץ כדין כל גובה שלא בפניו.

והראיה לכך שאין זה מיגו דנאמנות ממה שצירף הרמב"ם להלכה זו עוד דוגמא אחרת של מיגו דלקוח, וכן המלוה את חבירו על המשכון ומת הלוה והמלוה בין שמת הלוה תחלה בין שמת מלוה תחלה הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואילו רצה לומר לקוח הוא בידי אומר הרי זה נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כדרך כל הנשבעין ונוטלין, כנ"ל, ומה שכתב שנשבע בנקיטת חפץ קאי על שתי הגבות, והצד השוה בהן הוא שהמיגו מאפשרו לו לגבות אבל אינו פוטר משבועת הנוטלין, דבבבא שניה לולי המיגו לא היו יורשי המלוה גובים מיורשי הלוה אם מת הלוה תחלה, דאין אדם מוריש שבועה לבניו, כדאיתא בשבועות (דף מז.), יעו"ש, דכיון שמת הלוה אין המלוה גובה מן היתומים אלא בשבועה בנקיטת חפץ שלא קבל פרעון מן הלוה, וכיון שנתחייב בשבועה זו אין בניו יכולים לגבות, דהא אינם יכולים לישבע על כך, דמנא ידעי, ואינם יכולים לישבע אלא שלא פקדנו אבא, ואין זו השבועה שאביהם נתחייב, ואולם כיון שאם רצו היו יכולים לומר על המשכון לקוח הוא בידנו לא אמרינן בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו, ומניחים להם ליטול בשבועה שלא פקדנו אבא, ואם המלוה מת תחלה הרי הדין הוא דיתומים שבאו לגבות צריכים לישבע בנקיטת חפץ שלא פקדנו אבא, ונמצא דבין כך ובין כך יורשי המלוה גובים החוב מן המשכון ונשבעים בנקיטת חפץ שלא פקדנו אבא.

והמיגו ביורשי המלוה על כרחך אינו מדין ראייה ונאמנות משום מה לו לשקר, שהרי הא דאין אדם מוריש שבועה לבניו הוא מפני שחששו לצד רחוק של פרעון, והרי אין בני המלוה טוענים שלא היה פרעון אלא שלא פקדנו אבא, ואף אם נאמין להם במיגו על זה שאומרים שלא פקד אותם אביהם לא נסתלק בזה הצד רחוק של פרעון, אלא על כרחך צריך לומר דאין זה מיגו של נאמנות, אלא דכל דין מלוה הבא לגבות מן היתומים צריך שבועה שלא נפרע הוא מפני שחוששים לצד רחוק של פרעון, ואם מת עדיין חוששים לכך, ויורשי המלוה אין יכולים לישבע שלא נפרע אביהם, דמנא ידעי, ונמצא שאין אדם מוריש לבניו ממון שחייב עליו שבועה, וכל זה הוא כדי להגן על יורשי הלוה מצד רחוק של פרעון, ואולם כיון שיורשי המלוה יכולים לומר על המשכון שהוא לקוח בידם, אם כן במצב זה אי אפשר להגן על יורשי הלוה, ומשום הכי נסתלק העיכוב שהעמידו חכמים כנגד גבית יורשי המלוה מיורשי הלוה, אבל עדיין נשארת התקנה שיתומים שבאו לגבות צריכים לישבע שלא פקדנו אבא.

וזהו הצד השוה בין שתי הגבות, דבבבא ראשונה מניחים לתופס המשכון לגבות חובו ממנו שלא בפני הלוה הואיל ואם רצה היה יכול לומר לקוח הוא בידי, כמש"נ, ובבבא שניה יכולים בני המלוה לגבות חוב אביהם מן המשכון שבידם ולא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו הואיל ואם רצו היו יכולים לומר לקוח הוא בידנו, ובין כך ובין כך צריכים לישבע שבועת הנוטלין בנקיטת חפץ, ואלא דאין שבועות אלו שוות, דבבבא ראשונה צריך המלוה לישבע שלא נפרע, ובבבא שניה צריכים יורשי המלוה

לישבע שלא פקד אותם אביהם.

ואחר כך מבאר הרמב"ם למה אין סברא זו מחזרת הדבר לעיקר הדין ומסלקת גם עצם השבועה שתיקנו חכמים וז"ל: ומפני מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח שאילו אמר על עצמו של חפץ זה אתה מכרתו לי אתה נתתו לי היה נשבע היסת ונפטר אבל אם היו שם עדים שחפץ זה משכון בידו ולא ידעו על כמה וכמה אינו יכול ליטול אלא בשבועה והואיל ואין שם עדים ויכול לומר שלי הוא נאמן לומר יש לי עליו כך וכך בשבועה עצמה שהיה נשבע אם היו שם עדים שהוא משכון שאין אומרים מגו לפטרו משבועה אלא לפטרו מממון שלא יחזיר המשכון עד שיטול מה שטען עכ"ל, יעו"ש, והשיגו הראב"ד וז"ל: מלוה שבא לבית דין וכו' עד מה שטען א"א יש כאן שבושין עכ"ל, יעו"ש.

ואכן הכנסת סימני פיסוק נכון תבהיר את כונת הרמב"ם, מתחלה הקשה ומפני מה אינו נשבע היסת, למה נשבע שבועת הנוטלין בנקיטת חפץ מאחר שהוא מוחזק בהמשכון תחת ידו, ועל זה תירץ לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח, עד כאן התירוץ, והוא שאע"פ שהוא מוחזק בהמשכון, מטרת המשכון אינה על קנין המשכון עצמו אלא על גבית ממנו ממנו, ואם כן עדיין תורת נוטל עליו, ותקנו חכמים שהנוטל בלי העדאת עדים צריך לישבע בנקיטת חפץ, ואחר כך קבע הרמב"ם את שתי האפשרויות הקיצוניות במקרה של החזקה בממון חבירו.

על צד הראשון, שאילו אמר על עצמו של חפץ זה אתה מכרתו לי אתה נתתו לי היה נשבע היסת ונפטר, דנאמן בטענת לקוח, ואינו צריך לישבע אלא היסת כמו כל נתבע שהדין על חבירו המוציא ממנו להביא ראיה, אבל לעומת זה אם היו שם עדים שחפץ זה משכון בידו ולא ידעו על כמה וכמה אינו יכול ליטול אלא בשבועה, דאע"ג שהמשכון תחת ידו כיון שיש עדים שהחפץ הוא משכון בידו אין לו מיגו דאי בעי אמר לקוח, ואם כן בודאי אינו יכול ליטול אלא בשבועה דרבנן בנקיטת חפץ, ובנידון דידן באמת יש לו מיגו, והואיל ואין שם עדים ויכול לומר שלי הוא נאמן לומר יש לי עליו כך וכך, ומכל מקום אינו נוטל אלא בשבועה עצמה שהיה נשבע אם היו שם עדים שהוא משכון, וטעמא משום שאין אומרים מגו לפטרו משבועה אלא לפטרו מממון שלא יחזיר המשכון עד שיטול מה שטען, דכיון שאין עדים שהוא משכון והוא הודה שאין החפץ שלו היה צריך להחזירו, ועל זה הועיל לו המיגו שיוכל להחזיק בו, אבל כיון שיש עליו תורת נוטל צריך לישבע בנקיטת חפץ כמו היכא שיש עדים שהוא משכון בידו, ואין המיגו מועיל לפטרו משבועת הנוטלין וישבע רק היסת, דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה.

וסברת הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה אינה שנאמנות דמיגו אינה מספקת לעמוד במקום בירור דשבועה, דהרי כאן אין המדובר בנאמנות דמיגו אלא דמה שאפשר לטעון לקוח מסלק העיכובים שהעמידו חכמים כנגד גבית המלוה שלא בפניו ומן היתומים, שכן מבורר בבבא שניה, כמש"נ, ואכן למרות דמשום סברא זו יש לנו לסלק העיכובים לגביתו, מכל מקום למה נפטר אותו מלישבע בנקיטת חפץ כשבא

לגבות.

ועיין במשנה למלך שהקשה וז"ל: יש מן התימה בדברי רבינו במה שכתב שאם יש עדים שאינו נוטל אלא בשבועה דבמאי עסקינן אי בדליכא ראייה כדמשמע מפשט דבריו הא מהימן במגו דאי בעי אמר החזרתי ואי דאיכא ראייה אפילו בשבועה אינו נוטל כיון דלית ליה מגו דהא כיון דאיכא עדים וראיה לא יכול למימר לא היו דברים מעולם ולא החזרתי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ודבריו לכאורה אינם מובנים, קושיתו הראשונה היא אם מיירי שהעדים ראו שהחפץ נמסר לו למשכון אבל לא ראו עכשיו המשכון בידו למה צריך לישבע הרי יש לו מיגו דהחזרתי, ומהי קושיתו, הרי הוא בא לגבות שלא בפניו דדינו שנוטל בשבועה, ולהדיא כתב הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, וקושיתו שניה היא שאם מיירי שהעדים רואים המשכון בידו לא יגבה כלל דהא אין לו מיגו כלל, דאינו יכול לומר לא היו דברים מעולם ולא החזרתי, וקשה כיון שידוע שהחפץ משכון בידו למה צריך מיגו לגבות.

והנה עיין בבא מציעא (דף ג.) דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי בכוליה בעי דנכפריה והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' וז"ל: מפני מה אמרה תורה פירוש יהא נאמן במגו דאי בעי כופר הכל או נילף מהכא דלא נימא מגו בעלמא ומשני דאין זה מגו דאין אדם מעיז פניו לכפור הכל הואיל וחבירו מכיר בשקרו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דשיטת התוס' היא דאמרינן מיגו לפטרו משבועה. והרמב"ם נחלק על דברי התוס' בפ"ב שכירות הל"ח וז"ל: אחד המפקיד או המשאיל או המשכיר את חבירו בעדים או שלא בעדים דין אחד יש להן כיון שהודה זה מפי עצמו ששמר לו או ששאל ממנו הרי זה נשבע שבועת השומרין שאין אומרים מיגו לפטרו משבועה אלא לפטרו מלשלם עכ"ל, יעו"ש, ושם כתב המגיד משנה וז"ל: אבל מה שכתב רבינו שאין אומרים מיגו לפטרו משבועה והכוונה בשום מקום בעולם אין מיגו פוטר משבועה זה דעת ר"ח ז"ל והרב אבן מיגש ז"ל וזה דעת רבינו מאיר הלוי ז"ל אבל יש מהמפרשים ז"ל שנחלקו עליהן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והמגיד משנה כאן בהלכות מלוה ולוה כתב שמה שכתב הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה הוא כמו שכתב הר"י מגאש, יעו"ש, ומבואר שלמד דמה שכתב הרמב"ם כאן שאין אומרים מיגו לפטרו משבועת הנוטלים הוא אותו הדין שכתב לעיל בהלכות שכירות דאין אומרים מיגו לפטרו משבועת השומרים, אולם קשה שהרי דרך הרמב"ם כאשר הוא מתייחס לכלל שכבר קבע קודם לכן, אפילו בחלקים של ספרו יותר מוקדמים, הוא כותב כמו שביארתי או כמו שנתבאר, ומצינו כן מאות מאות פעמים בספרו, ואם כן למה לא כתב כאן כמו שביארתי, שהרי כבר הביא כלל זה בהלכות שכירות.

אולם לפי מה שנתבאר אין דינו כאן שייך לדינו בהלכות שכירות, דהתם המדובר הוא שנאמנות דמיגו תעמוד במקום השבועה, והרמב"ם ס"ל דאין מיגו עומד במקום שבועה, או משום שאין בו נאמנות מספקת או מטעם אחר, אבל הכא לא מיירי

בנאמנות דמיגו, כמו שמבואר מבבא שניה של הרמב"ם, כנ"ל, ואלא הנידון הוא אם יש לנו לסלק התקנה שצריך לישבע כדי להגן על הלוה, וכיון שהיה יכול לומר לקוח אם רצה נמצא שאי אפשר להגן על הלוה, כמש"נ.

ואם כן אין שני העניינים תלויים זה בזה, דאפילו אם נאמר דאין נאמנות דמיגו יכולה לעמוד במקום שבועה, עדיין היה אפשר לומר דמה שהיה יכול לומר לקוח אם רצה מסלק התקנה שצריך לישבע להגן על הלוה, כיון שאי אפשר לעכבו מלהזיק הלוה אם רוצה, ואין זה משום נאמנות כלל, דאפילו בבבא שניה שאין יורשי המלוה יודעים אם אביהם נפרע יש להם מיגו זה שאם רצו היו יכולים לומר לקוח הוא בדינו, כמש"נ, וכאן הוסיף הרמב"ם מה שלא נתבאר כבר, שאין אומרים מגו לפטרו משבועה אלא לפטרו מממון שלא יחזיר המשכון עד שיטול מה שטען.

ומה שכתב הרמב"ם שאומרים המיגו לפטרו מממון שלא יחזיר המשכון עד שיטול מה שטען היינו דלולי המיגו היינו מוציאים המשכון מידו ומחזירים אותו להלוה, ואע"ג שהוא מוחזק בו, דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, כמש"נ, אבל כיון דאיכא מיגו אין מוציאים מידו, וכן כתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' ט"ז, כנ"ל.

וצריך עיון מה מועיל לו המיגו, הרי גם בלא מיגו היה המשכון נשאר בידו מעיקר הדין כיון שהוא מוחזק בו, ואלא שתקנו חכמים להוציא כל מה שתפס במקום דליכא דררא דממונא משום דאם לא כן לא שבקת חיי, ואם כן גם כשתפס שלא בפני עדים, ויש לו מיגו שהיה יכול לומר לא היו דברים מעולם, עדיין יש לחוש ללא שבקת חיי לכל בריה, שכל אדם ילך ויתפוס ממון חבירו שלא בפני עדים כשרים, ולכאורה חשש זה גדול מחשש שיתפוס בפני עדים, וכי היכי דכשתפס בפני עדים מוציאים מידו מפני תקנת לא שבקת, כי תפס שלא בפני עדים נמי נוציא מידו מפני תקנת לא שבקת, ומה לנו שיש לו מיגו.

אולם לפי מה שנתבאר המדובר כאן אינו מיגו של נאמנות, אלא הדין הוא דאין לעכב עליו מפני התקנה כדי להגן על הלוה היכא דבלאו הכי אי אפשר להגן עליו כיון שיכול לומר לקוח הוא בידו, וזהו המיגו שמועיל לפטרו מממון שלא יחזיר המשכון עד שיטול מה שטען, דכל תקנת לא שבקת היא להגן על חבירו שלא יהא כל אדם תופס ממנו ואומר שהוא שלו, ותקנה זו פועלת רק היכא שתפס בפני עדים דמוציאים מידו אע"פ שהוא מוחזק, והרי התקנה מגינה על בני אדם שלא יתפסו ממנו בפרהסיא כשיש שם עדים, אבל אי אפשר להגן על אדם שלא יתפסו ממנו בצנעה, שהרי אם רוצה יכול לומר לא היו דברים מעולם, ויש לומר שזהו יסוד המיגו שהזכיר הש"ך היכא דתפס שלא בפני עדים, שאין זה מיגו דנאמנות אלא המיגו מורה על מה שהיה יכול לעשות אם רצה, כמש"נ.

פרק כג

בו תתיישב סתירות בדברי הרמב"ם שבמקום אחד פסק דהטוען החזרתי בפקדון נשבע בנקיטת חפץ, ובמקום אחר פסק שנשבע היסת, וגם באומן שטען החזרתי פסק דנשבע היסת, ויובא מקור לדבריו מסוגיא דהפקיד בשטר וטען החזרתי.

[רמב"ם פ"ב שכירות הלי"א] כתב הרמב"ם וז"ל: טען שהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי לו שומר נשבע היסת שלא קבלו אלא בדרך זו וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד ולא אבדו בידים ולא בגרם שגרם לו שיהיה חייב לשלם עכ"ל, יעו"ש, וכתב המגיד משנה וז"ל: טען שהפקיד אצלו וכו' גם זה פשוט שאין שבועת השומרין בכופר אלא בטוען נאנסו אבל בטוען לא הפקדתי או לא נעשיתי שומר או החזרתי שכל אלו טענות שהמפקיד יודע בהן כמו הנפקד אין שם חיוב שבועת התורה אלא במודה מקצת וכן מוכיחות המשניות שבפרק שבועת הדיינין בבירור אבל פשוט הוא שיש שם שבועת היסת עכ"ל, יעו"ש, לדעת המגיד משנה הגדר לשבועת השומרים הוא כשטוען טענות שהעובדא עצמה אינה ידועה להמפקיד, אבל אם טען שלא נעשה לו שומר או שהחזירה וכבר עברה השמירה, שדבר זה ידוע להמפקיד, לא הטילה התורה עליו שבועה, אבל מכל מקום נשבע היסת כדין כל כופר הכל. וכתב הכסף משנה וז"ל: ויש לתמוה עליו שהרי כתב רבינו בפ"ו מהלכות שאלה ופקדון באומר החזרתי שישבע בנקיטת חפץ אצל מעשה באחד שהפקיד שומשמן ולכן נראה לי שאין הדבר תלוי במה שהמפקיד יודע בו כמו הנפקד או אינו יודע כמו שתלה הרב המגיד אלא שהוא מודה שנעשה שומר אלא שפטר עצמו מצד אחר כגון שטוען החזרתי או שאמר תנאי היה שם כיון שמודה שנעשה שומר חלה עליו שבועת השומרים וצריך לישבע כעין שבועה דאורייתא אבל בשטוען שלא נעשה לו שומר כלל אין כאן מקום לשבועה דאורייתא כלל הילכך אינו נשבע אלא היסת עכ"ל, יעו"ש, לדעת הכסף משנה הגדר לשבועת השומרים הוא כשמודה שנעשה שומר צריך לישבע בנקיטת חפץ לפטור עצמו, אבל אם כופר בעצם השמירה וטוען שמעולם לא נעשה שומר לו אינו צריך לישבע אלא היסת.

והכסף משנה הקשה על מה שכתב המגיד משנה דאם טען החזרתי אינו נשבע אלא היסת ממה שכתב הרמב"ם פ"ו שאלה ופקדון הלי"ד וז"ל: מעשה באחד שהפקיד שומשמן אצל חבירו בעדים ובא לתבעו ואמר לו החזרתי אמר לו המפקיד והלא כך וכך היא מדתם והרי הם מונחים אצלך בחביתך אמר לו שלך החזרתי לך ואלו אחרים הן ואמרו חכמים אין מוציאין מידו שמא אלו השומשמן של שומר הן אלא ישבע השומר בנקיטת חפץ שהחזיר כמו שביארנו עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דאם טוען החזרתי נשבע בנקיטת חפץ, ואע"פ שהעובדא ידועה למפקיד אם החזיר או לא, ולכן פירש דאם טוען החזרתי נשבע בנקיטת חפץ מפני שמודה שהיה שומר וטוען שנפטר משמירתו על ידי החזרת הפקדון, אבל אם אמר לא היו דברים מעולם אינו נשבע אלא היסת.

אולם קשה טובא על דברי הכסף משנה שהוכיח מדברי הרמב"ם בהלכות שאלה ופקדון דאם טוען החזרתי נשבע בנקיטת חפץ, והלא בהל"ב הרצופה כאן בהלכות שכירות כתב הרמב"ם וז"ל: זה אומר השאלתיך או השכרתיך או הפקדתיך והלה אומר לא היו דברים מעולם או שאמר כן היה אבל החזרתי לך ונסתלקה השמירה ולא נשארה בינינו תביעה הרי הנתבע נשבע שבועת היסת ונפטר במה דברים אמורים כשלא היה שם שטר אבל אם הפקיד או השכיר או השאיל בשטר ואמר לו החזרתי לך הרי השומר נשבע בנקיטת חפץ מתוך שיכול לומר שומר חנם שנגנב או אבד והשואל מתה בשעת מלאכה נאמן לומר החזרתי וכשם שאם טען שנאנס נשבע מן התורה בנקיטת חפץ כך אם טען החזרתי ישבע כעין של תורה הואיל ויש שם שטר ביד התובע עכ"ל, יעו"ש, ומבואר להדיא דשומר נאמן לומר החזרתי בלא שבועה בנקיטת חפץ, ואינו נשבע אלא היסת ככל כופר הכל.

ובאמת צריכים ליישב דברי הרמב"ם שנראים כסותרים אלו את אלו, אבל יותר קשה על דברי הכסף משנה שהקשה על דברי המגיד משנה מהלכות שאלה ופקדון ולא חש להזכיר שבהל"ב כתב הרמב"ם שאם טען החזרתי נשבע היסת, ואע"פ שמודה שהיה שומר שלו, וצריך לומר דלא קאמר הכסף משנה דאם טען החזרתי נשבע בנקיטת חפץ אלא כשהפקידו בשטר או בעדים, ומה שכתב שכיון שמודה שנעשה שומר חלה עליו שבועת השומרים וצריך לישבע כעין שבועה דאורייתא צריך לומר דכונתו שהדבר ידוע שהוא שומר, אבל הכא בהל"ב מיירי שלא הפקידו בעדים, שהרי כתב שיכול לטעון לא היו דברים מעולם, ולכן אינו נשבע בנקיטת חפץ אלא היסת בעלמא, אולם צריך ביאור דמאי נפקא מינה, והלא המפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזירו בעדים, כדמסיק בבבא בתרא (דף מה:), יעו"ש, וכן השיגו הראב"ד בהלכות שאלה ופקדון וז"ל: א"א למה בנקיטת חפץ והלא המפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים עכ"ל, יעו"ש.

ועוד קשה דהרי כתב הרמב"ם פ"ט טוען ונטען הל"ב וז"ל: לא ראה הכלי ביד האומן אלא טען ואמר כלי פלוני נתתיו לו לתקן והאומן אומר חזרת ומכרתו או נתתו לי האומן נשבע היסת ונפטר מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם ואפילו מסרו לתקן בעדים האומן נאמן מתוך שיכול לומר החזרתי שהמפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים לפיכך נשבע האומן היסת ונפטר וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דאם הפקידו אצל האומן בעדים אינו צריך להחזירו בעדים ויכול לטעון החזרתי ואינו צריך לישבע בנקיטת חפץ אלא נשבע היסת ונפטר.

ויש ליישב דברי הרמב"ם עפ"י מש"נ בש"א פכ"ב בביאור דברי הש"ך בספר תקפו כהן סי' ט"ז דאם תפס בפני עדים ואמר ידי תפסתי מוציאים מידו משום דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, ואולם אם תפס שלא בפני עדים אין מוציאים מידו מפני שיש לו מיגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם, דאין זה מיגו דנאמנות אלא דכל התקנה של לא שבקת היא להגן על ממון בני אדם שלא יהא כל אחד הולך ותופס ממון של חבירו, והיכא דליכא עדים והיה יכול לטעון לא היו דברים מעולם אי אפשר להגן עליו,

ואם כן לא שייך תקנת לא שבקת חיי.

ונראה דהרמב"ם למד דגם במפקיד בעדים בעצם היינו צריכים לחייבו להחזיר בעדים, דאם לא כן לא שבקת חיי לכל מפקיד, שכל שומר יוכל לתפוס הפקדון ולטעון החזרתי, ואולם כיון שכל שומר שטוען החזרתי היה יכול לטעון נאנסו אי אפשר להגן על המפקיד, שאם ירצה לתפוס ממונו יכול לומר דנאנסו, ואם כן לא שייך בזה תקנה דלא שבקת חיי, ואכן כיון דאם היה טוען נאנסו להפקיע ממון המפקיד היה צריך לישבע בנקיטת חפץ, השתא נמי דטען החזרתי צריך לישבע בנקיטת חפץ, אבל היכא דהפקיד שלא בעדים הרי יכול להפקיע ממון המפקיד בטענת לא היו דברים מעולם, ואז לא היה צריך לישבע אלא היסת, השתא נמי דטוען החזרתי נשבע היסת ונפטר, וצריך לומר דמה שכתב הרמב"ם בהלכות שכירות במה דברים אמורים כשלא היה שם שטר אבל אם הפקיד או השכיר או השאיל בשטר ואמר לו החזרתי לך הרי השומר נשבע בנקיטת חפץ, כנ"ל, כונתו שהפקדון היה מבורר בלי הודאתו, ואין נפקא מינה אם היה בשטר או בעדים.

ולפי זה יש ליישב למה פסק הרמב"ם בהלכות טוען ונטען גבי אומן שאפילו מסרו לתקן בעדים האומן נאמן מתוך שיכול לומר החזרתי שהמפקיד אצל חבריו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים לפיכך נשבע האומן היסת ונפטר, כנ"ל, והלא הרמב"ם כתב בהלכות שאלה ופקדון שהמפקיד אצל חבריו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים אבל צריך לישבע בנקיטת חפץ, כנ"ל, דיש לומר דגבי אומן לא שייך תקנת לא שבקת חיי לכל בריה שכל מי שמוסר כלי לאומן לתקן יתפוס אותו ויאמר החזרתי, דאין לחוש לכך, שאם יעשה כן יפסיד אומנותו, וכיון שכן נאמן לומר החזרתי בלי מיגו דנאנסו, ואם טען כן אינו נשבע אלא היסת, וגם אם טען לקוח נאמן במגו דהחזרתי, ואינו צריך לישבע אלא היסת.

והמקור לדברי הרמב"ם הוא מפרק המוכר את הבית (ב"ב דף ע.ו.) בעא מיניה רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חבריו בשטר ואמר לו החזרתי לך מהו מי אמרין מיגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי מהימן או דלמא אמר ליה שטרך בידי מאי בעי אמר ליה מהימן ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי אמר ליה וליטעמך וכי אמר ליה נאנסו מי מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי אמר ליה סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי הכי נמי מאי נאמן נאמן בשבועה, יעו"ש.

רב עמרם מיבעי ליה במפקיד בשטר אם השומר נאמן לומר החזרתי, ורב חסדא אמר ליה דנאמן, ואמר לו רב עמרם ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי, והשיב לו רב חסדא דטענת נאנסו מועילה במקום שטר, ולכאורה משמע דכונתו שנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו, ורב עמרם הבין בדברי רב חסדא דמחמת המיגו נאמן לומר החזרתי גם בלא שבועה בנקיטת חפץ, ולכן הקשה כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי, וקאמר רב חסדא דגם הוא קאמר דנאמן בשבועה, וקשה דהיאך סלקא דעתיה דרב עמרם דכונת רב חסדא דנאמן לומר החזרתי בלא שבועה במיגו דטענת נאנסו המחייבת שבועה, ועוד קשה דהרי לשיטת הרמב"ם שומר שטען החזרתי צריך לישבע בנקיטת

חפץ, ואם כן מאי סלקא דעתיה דאם הפקיד אצלו בשטר נאמן בטענת החזרתי בלא שבועה בנקיטת חפץ.

עוד יש לדקדק ממאי דמיבעי ליה בפרק קמא דבבא דתרא (דף ה:) איבעיא להו תבעו לאחר זמן ואמר לו פרעתיך בתוך זמני מהו מי אמרינן במקום חזקה מה לי לשקר או דילמא במקום חזקה לא אמרינן מה לי לשקר, יעו"ש, ושקיל וטרי בגמרא שם ולא איפשטא הבעיא, ואם כן למה אמר רב חסדא דנאמן בטענת החזרתי במיגו דנאנסו כנגד שטרך בידי מאי בעי, דגם הוא לכאורה חזקה שאין אדם מחזיר הפקדון ומניח השטר ביד המפקיד, ודומה לחזקה אין אדם פורע תוך זמנו.

והנה כתב הרמב"ם פ"א מלוה ולוה הל"א וז"ל: המלוה את חבירו בפני עדים או שאמר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה או אתם עדי שאני חייב לזה מנה זו נקראת מלוה על פה ואינו צריך לפרועו בעדים לפיכך אם טען ואמר אחר כך פרעתי נשבע היסת ונפטר אבל המלוה את חבירו בשטר צריך לפרועו בעדים לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן אלא אומרים לו או הבא עדים או עמוד ושלם לו חובו עכ"ל, יעו"ש, וידוע מה שהעיר הגר"ז דדברי הרמב"ם לכאורה הפוכים, שהיה לו לומר דבמלוה בעדים נאמן הלוי לומר פרעתי לפיכך אינו צריך לפרועו בעדים, ובמלוה בשטר אינו נאמן לומר פרעתי לפיכך צריך לפרועו בעדים, ומזה העלה דמה שאינו נאמן לומר פרעתי במלוה בשטר אינו משום שיש ראייה כנגדו דשטרו בידו מאי בעי, אלא משום שזהו גופא דין השטר שצריך לפרועו בעדים, ומשום הכי אין הלוי נאמן לטעון פרעתי אם לא הביא עדים על הפרעון.

ודין זה דמלוה בשטר צריך לפרועו בעדים לא נילף משום פסוק ואינו מדאורייתא, אלא חכמים תקנו שכן הוא דין השטר, דהנה במלוה בעדים נאמן לומר פרעתי אפילו אם אין לו מיגו, ולא תקנו חכמים שצריך לפרועו בעדים, שלא חששו במלוה על פה שאם נאמין לטענת פרעתי לא שבקת חיי לכל מלוה, שכל לוי יטעון פרעתי ויחזיק בממונו, דבהלואה יש חזקה דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, כדאיתא בבא מציעא (דף ג.), יעו"ש, ואולם מי שמלוה בשטר שאינו רוצה לסמוך על חזקה אין אדם מעיז פנים, ומחפש שעבוד קרקעות כערבות לממונו, נתנו לו חכמים בטחון נוסף ותקנו שהלוי צריך לפרועו בעדים, ואם אין לו עדים אינו נאמן לטעון פרעתי, ואולי מפני שלא תנעול דלת בפני לוויין.

ורב עמרם מבעי ליה אם תקנה זו כוללת גם פקדון, שהמפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזירו בעדים ואינו נאמן לומר החזרתי, ואמר רב חסדא דנאמן, ואמר לו רב עמרם ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי, ואין כונתו להקשות למה נאמן הרי המפקיד אומר לו שטרך בידי מאי בעי, דאם כן היא כונתו למה מיבעי ליה, אלא בא בשאלה למה לא אמרינן שהמפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזירו בעדים ואינו נאמן לומר החזרתי.

ואהדר ליה רב חסדא וליטעמך וכי אמר ליה נאנסו מי מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי, ואין זה לשון מיגו דנאמנות, דאילו כן היה לו לומר אילו רצה לשקר היה יכול

לטעון נאנסו דמועיל אפילו במקום שטר, אלא כונתו למיגו המבטל תקנה, דאין לומר שחכמים כללו בתקנת מלוה בשטר שצריך לפרוע בעדים גם מפקיד בשטר שצריך להחזיר בעדים, דבשלמא במלוה התקנה פועלת שאין להלוה יכולת לכפור ולהחזיק בממון המלוה, אבל במפקיד בשטר אין התקנה פועלת כלום, שהרי אם רוצה השומר לכפור ולהחזיק בממון המפקיד יכול לטעון נאנסו, ואם כן אין צורך להתקנה ובטלה, ואין מיגו זה שייך למאי דמיבעי ליה בגמרא אם אמרינן מה לו לשקר במקום חזקה, כנ"ל, דאין זה מיגו דנאמנות, אלא סברא שאם מצינו שהנתבע יש לו יכולת לבטל מה שיתקנו נקטינן שלא תקנו חכמים תקנה כזאת, כמש"נ.

ומתחלה עלה על דעת רב עמרם דרב חסדא ס"ל דנאמן לומר החזרתי ואינו צריך לישיב אלא היסת כמו כל כופר הכל, והסברא היא דכיון שיכול השומר לבטל תקנת מפקיד בשטר צריך להחזיר בשטר, הגם שצריך לישיב כשבא לבטלה, אמרינן שלא תקנו חכמים תקנה שאפשר לבטלה ואין לה תועלת, ואם כן השטר כמאן דליתא, ואם טוען החזרתי אינו צריך לישיב בנקיטת חפץ, ועל זה הקשה רב עמרם סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי, הרי שאין בכח השומר לבטל התקנה לגמרי, דאם בא לבטלה צריך לישיב, אם כן השתא נמי שטוען החזרתי תהא התקנה מועילה שצריך לישיב בנקיטת חפץ ואין התקנה בטלה, ורב חסדא הסכים לכך ואמר שכן היתה דעתו מתחלה, דנאמן לומר החזרתי בלא עדים, אבל צריך לישיב בנקיטת חפץ.

ולפי זה יש לומר דמה שכתב הרמב"ם דהמפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזיר בעדים אבל נשבע בנקיטת חפץ הוציאו מסוגיא דהמוכר את הבית, ולמד דמאי דקאמר רבה בפרק חזקת הבתים (דף מה:) דהמפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזירו בעדים תקנו חכמים כן משום דאם לא כן לא שבקת חיי לכל מפקיד, כמש"נ,

ומסתברא דגם למסקנא דחזר בו וקאמר דאינו צריך להחזיר בעדים לא חזר מחשש דלא שבקת, אלא ס"ל כמסקנת רב חסדא בפרק המוכר את הבית, דמה שיש בו יכולת לטעון נאנסו מבטל התקנה, אבל אינו מבטלה לגמרי, דעדיין צריך לישיב בנקיטת חפץ כמו שהיה צריך לישיב אם טען נאנסו, כמש"נ.

פרק כד

בו יובאו דברי התוס' במחליף פרה בחמור וילדה שהקשו היאך קאמר דנסמוך על המוחזק והלא הולד הוה גודרות, ויבואר שבתירוצם ס"ל דגודרות יש בהם תפיסה קלושה, ויבואר מה דסלקא אדעתיהו דמוכר אין לו חזקת מרא קמא על הולד.

[**בבא מציעא ק.**] מתניתין המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוקו וכו', ובגמרא אמאי יחלוקו וליחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אמר רב חייא בר אבין אמר שמואל בעומדת באגם שפחה נמי דקיימא בסימטא ונוקמא אחזקת דמרא קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה וכו', יעו"ש, והקשו התוס' בד"ה וליחזי ברשותא דמאן קיימא וז"ל: ואם תאמר וכי נמי הוי הולד ברשות לוקח אין זה הוכחה דקנאה דהא אמרינן בחזקת הבתים (ב"ב דף לו.) הגודרות אין להן חזקה משום דשמא מאליהן באו לרשותו או תפסן ברחוב כשהן הולכות לרעות וכו' עכ"ל, יעו"ש. ויש להקשות על קושית התוס' דהלא לפי הפשטות מיירי שהולד נמצא בצד הפרה ואולי עדיין יונק, ואם כן מה בכך שהוא גודרות, וכי ניחוש שמא יצא הולד לרחוב והלוקח או המוכר תפס אותו והכניסו לחצירו.

ונראה שהתוס' בקושיתם היו סוברים שדין גודרות הוא דכיון שהם מהלכים מאליהם אין תפיסה שייכת בהם כלל, והרי תפיסה בגודרות כתופס ברוח הנושבת, וגם המרא קמא אין לו תפיסה בגודרות, ומכל מקום יש לו חזקת מרא קמא, כמו שמבואר בגמרא, כנ"ל, אבל אין חזקת מרא קמא באה לו על ידי תפיסתו אלא על ידי שהיתה הפרה ידועה לו לזמן ארוך בין שכניו.

והנה לכאורה מוכח דגודרות אינם כרוח נושבת ממתניתין בבבא בתרא (דף כח.) חזקת הבתים וכו' והעבדים וכו' חזקתן שלש שנים, יעו"ש, וקאמר בגמרא שם (דף לו.) דאע"ג דעבדים גודרות הם רק לאלתר אין להם חזקה אבל יש להם חזקה אחר שלש שנים, יעו"ש, ואם תאמר שאין שייך מעשה תפיסה כלל בגודרות היאך מועילה לו מה דלא מיחה המוכר שלש שנים, והלא עדיין העבד בחזקת המוכר גם בלי תפיסה, כמש"נ, והמחזיק אין לו שום תפיסה בהעבד, אלא לכאורה מבואר דשייך תפיסה קלושה בגודרות, אבל לא אלימא תפיסה קלושה להוציא מחזקת מרא קמא, אבל בצירוף עם הוכחה דמדלא מיחה תפיסתו מועילה לו, ואם כן לא קשה קושית התוס', דהרי אע"ג דתפיסה בגודרות התפיסה קלושה היא, למה נוציאנו מידו מספק, וצריך לומר שהתוס' ס"ל דאין ראיה משלש שנים דעבד דאיכא למימר דמדלא מיחה שלש שנים הוי כמו אן סהדי, וזוכה בעבד אחר שלש שנים אע"פ שאין בו תפיסה כלל.

אבל בתירוצם חזרו התוס' ממאי דסלקא דעתייהו דגודרות הם כרוח נושבת, אלא יש בהם תפיסה קלושה וז"ל: ויש לומר כיון דאיכא דררא דממונא ויש ספק בדבר בלא טענותיהן וטוען ברי הלוקח אם הוא ברשותו אין להוציא מידו אבל אם היה טוען שמא סברא הוא שלא תועיל חזקתו מספק עכ"ל, יעו"ש, והיינו דכיון דאיכא דררא דממונא

הרי המוכר זוכה בהולד אפילו אם טוען שמא, שהרי חזקת מרא קמא דידיה מעולה אפילו אם תפיסתו בהולד קלושה, כמש"נ, אבל זכות הלוקח אינה אלא מכח תפיסתו, והרי תפיסתו קלושה, אבל בצירוף עם דררא דממונא וטענת ברי מועילה תפיסתו ואין להוציא מידו.

והתוס' הוסיפו דרך הלוקח צריך לטעון ברי וז"ל: ולא דמי לאחד שהפקיד טלה חי אצל בעל הבית ויש לבעל הבית כמו כן טלה חי ומת אחד מהן דאמר בפרק שני דבכורות (דף יח:): דהמפקיד הוי המוציא מחבירו עליו הראיה ומועלת חזקת בעל הבית אע"פ שטוען ספק דהתם היה מוחזק בודאי בטלה חי מעיקרא אבל כאן לא הוחזק מעולם לוקח בולד זה בודאי אבל מוכר אם הוא מוחזק מועיל אפילו הוא טוען שמא שהיה מוחזק בודאי מתחילה קודם מכירה כשהיתה פרה מעוברת עכ"ל, יעו"ש, ואע"ג דהתם לא היה לו חזקת מרא קמא בודאי על הטלה החי שעומד בפנינו, דאפשר שלא היה שלו מעולם, מכל מקום איכא צד שיש לו חזקת מרא קמא, ואין להוציא מידו. ולבסוף כתבו התוס' וז"ל: ואע"ג דלא דמי ממש לההיא דבכורות דהתם הוחזק בודאי בולד מתחילה אבל הכא לא הוחזק מעולם בודאי וולד אחר שנולד אלא בעובר עכ"ל, יעו"ש, וקשה דלכאורה הסברא היא להיפך, דהתם אין לבעל הבית אלא ספק חזקת מרא קמא, כמש"נ, אבל הכא יש להמוכר חזקת מרא קמא גמורה, שהרי הולד היה שלו כשהיה במעי אמו, ומספקא לן אם עבר לרשות הלוקח קודם שנולד, ומאי נפקא מינה אם הוא ולד או עובר.

ונראה דהנה מי שיש לו פרה והשמינה הבשר הנוסף הוא שלו מפני שקנינו בגוף הפרה נתפשט לכלול גם מה שנתוסף, וכל זמן שהעובר במעי אמו הרי הוא כמו בשר שנתרבה, והוא קנוי לבעל הפרה מדין קנין הגוף, אבל כשנולד נעשה פירות, וחל בו קנין חדש שכל פירות היוצאים ממה שיש לו קנין הגוף קנוים לו, אבל אין זה התפשטות קנין הגוף אלא הוא זכות וקנין מיוחד של קנין פירות, והיינו מה שכתבו התוס', דאין לו חזקת מרא קמא בהולד מצד קנין הפירות, ומכל מקום, אע"ג דאינו דומה ממש, יש לדמות לההיא דבכורות, דסוף סוף ודאי היה קנוי לו מתחלה.

פרק כה

בו יתיישבו דברי הטור דמשמע דס"ל כהראב"ד דהמלוה נאמן לגבות עד כדי דמיו מן המשכון במיגו דלקוח ונשבע היסת, ודלא כדברי הגאונים דנשבע בנקיטת חפץ ככל נשבעים ונוטלים, ומשמע דגם דעת הרמב"ם כן, ואע"ג דפסק כדברי הגאונים.

[**בבא מציעא קטז.**] ההוא גברא דחבל סכינא דאשכבתא מחבריה אתא לקמיה דאביי אמר ליה זיל אהדריה דהוי ליה כלי שעושים בו אוכל נפש ותא קום בדינא עלה רבא אמר לא צריך למיקם בדינא עלה ויכול לטעון עד כדי דמיהן ואביי לית ליה ההיא סברא מאי שנא מהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא ואתא מרא דחושלא ותפס להו וקא טעין טובא ואמר אבוה דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהן התם לאו מידי דעבדא לאושולי ולאוגורי הוא הכא מידי דעביד לאושולי ולאוגורי הוא דשלח רב הונא בר אבין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן וכו', יעו"ש, ומבואר דאם תפס דברים שאינם העשויים להשאיל ולהשכיר יכול לטעון עליהם עד כדי דמיהם מיגו דאי בעי אמר לקוחים הם בידי.

והטור בחו"מ סי' ע"ב סעי' י"א הביא מחלוקת הפוסקים במלוה שתופס במשכון ויכול לטעון לקוח הוא בידי, שדינו שנוטל עד כדי דמיו, אם נשבע היסת או שבועה כעין של תורה בנקיטת חפץ, וז"ל: ואם לא נאבד המשכון וחלוקין בעיקר ההלואה שאומר המלוה שהלוהו סלע והלוה אמר שלא הלוהו אלא שקל אם הוא בענין שהיה המלוה יכול להחזיק במשכון ולטעון לקוח הוא בידי וכו' נאמן גם לומר שהלוהו עליו עד כדי דמיו בשבועה וכתבו הגאונים אע"פ שאם היה טוען לקוח הוא בידי או לא היו דברים מעולם היה נפטר בשבועת היסת כשטוען שהלוהו עליו עד כדי דמיו צריך לישבע בנקיטת חפץ כעין הנשבעין ונוטלין והראב"ד כתב שגם עתה שנשבע שהלוהו עליו כדי דמיו אינו נשבע אלא היסת עכ"ל, יעו"ש.

עוד עיין מה שכתב הטור בחו"מ סי' קל"ג וז"ל: כל דבר המיטלטל שהוא ביד האדם נאמן לטעון עליו שהוא שלו אפילו אם יביא המערער עדים שהוא שלו ואומר למוחזק הפקדתיו בידך או השאלתיו לך נאמן המוחזק לומר מכרתו או נתתו לי במתנה ונשבע היסת שהוא כדבריו לפיכך אם טוען המוחזק משכון הוא בידי נאמן עד כדי דמיו בשבועת היסת כדפרישית לעיל וכתב הרמב"ם אע"פ שיכול הוא לטעון לקוח הוא בידי ונאמן בהיסת אם טוען שלך הוא אבל אתה חייב לי כך וכך נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כדין כל הנשבעים ונוטלים עכ"ל, יעו"ש, ודברי הרמב"ם הם בפ"ח טוען ונטען הל"ו וז"ל: מכאן אתה למד לכל מי שיש לו מטלטלין בידו אע"פ שיכול לומר שלקוחין הן בידי וישבע היסת ויפטר אם אמר שלך הן אבל חייב אתה לי כך וכך ישבע בנקיטת חפץ ואחר כך יטול כדין כל הנשבעין ונוטלין עכ"ל, יעו"ש.

וכתבו הנושאי כלים דדברי הטור אזלי לפי שיטת הראב"ד הובאה בסי' ע"ב דאם בא לגבות מן המשכון במיגו דלקוח נשבע היסת, כנ"ל, ולא כשיטת הגאונים דנשבע בנקיטת חפץ כעין הנשבעים ונוטלים, ולכן הקשו על מה שכתב הטור לשון וכתב

הרמב"ם, דמשמע שלא בא לחלוק על שיטת הטור, והלא הרמב"ם פ"ג מלוה ולוה הל"ג פסק כהגאונים, וז"ל: וכן המלוה את חבירו על המשכון וכו' הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואילו רצה לומר לקוח הוא בידי אומר הרי זה נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כדרך כל הנשבעין ונוטלין ומפני מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח שאילו אמר על עצמו של חפץ זה אתה מכרתו לי אתה נתתו לי היה נשבע היסת ונפטר, עכ"ל, יעו"ש, והיה לו להטור לכתוב בלשון והרמב"ם כתב להראות שהוא פליג על דברי הראב"ד.

ונראה דהטור פסק כשיטת הגאונים ולא כשיטת הראב"ד, ומה שכתב בסי' קל"ג אזיל גם כשיטת הגאונים שהביא בסי' ע"ב, שהרי התם אין הנידון על גוף המשכון שיהא הלוח טוען שהוא שלו וחייב להחזירו והמלוה טוען שהוא משכון בידו, אלא שניהם מודים שהלוח מסר המשכון להמלוה, והמלוה בא לגבות חובו וחלוקים בעיקר ההלואה, שהמלוה אומר שהלוחו סלע והלוח אומר שלא הלוחו אלא שקל, כנ"ל, והדיון הוא לענין כמה יכול המלוה לגבות מן הלוח, והרי זה נחשב נטילה, ומשום הכי פסקו הגאונים דדינו לישבע כעין הנשבעים ונוטלים בנקיטת חפץ, וכן פסק הרמב"ם, כנ"ל, אבל הראב"ד ס"ל דכיון דאילו היה טוען לקוח היה נשבע היסת, השתא נמי נשבע היסת, ואע"ג דבא לגבות על ידי המשכון.

אכן מה שכתב הטור בסי' קל"ג הדיון הוא על גוף המשכון, שהלוח טוען שלא מסר לו החפץ למשכון, והמלוה טוען שהוא משכון בידו, ועל ידי המיגו דלקוח רוצה להחזיקו בידו, ואין זה נטילה אלא החזקה, ואע"ג דהיוצא מזה הוא דכשהמלוה ירצה לגבות את חובו יוכל לגבותו מן המשכון, השתא מיהא הדיון הוא על גוף המשכון, וגם להגאונים והרמב"ם אינו צריך לישבע אלא היסת.

וכן מדויק בדברי הטור דמיירי שעדיין אין המלוה בא לגבות חובו, ואולי עדיין לא הגיע זמן פרעון, שהרי מתחלה כתב שהמערער תובע ממונו שביד המוחזק, ואם טען לקוח הוא בידי נאמן ונשבע היסת, ולכן אם עונה להמערער שמשכון הוא בידו נאמן במיגו דאי בעי אמר לקוח ונשבע היסת, ובית דין מחזיקים הממון בידו אבל רק בתורת משכון עד כדי דמיו, וכשיבא הזמן לגבות יגבה בו עד כדי דמיו, וגם לא מצינו שהרמב"ם פליג על דבריו, דמה שכתב שם פ"ח טוען ונטען הלי"ב וז"ל: טען שהוא משכון בידו יכול לטעון עד כדי דמיו ונשבע בנקיטת חפץ ונוטל כמו שביארנו עכ"ל, יעו"ש, מיירי להדיא שהמלוה בא לטעון עד כדי דמיו, ומשום הכי נשבע בנקיטת חפץ, אבל הטור מיירי שהמערער תבעו לבית דין שיחזיר לו ממונו, והרי הוא נשבע היסת להחזיקו בידו, כמש"נ.

וחלוק זה מרומז בדברי הרמב"ם פ"ג הל"ג וז"ל: וכן המלוה את חבירו על המשכון ומת הלוח והמלוה בין שמת הלוח תחלה בין שמת מלוה תחלה הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואילו רצה לומר לקוח הוא בידי אומר הרי זה נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כדרך כל הנשבעין ונוטלין ומפני מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח שאילו אמר על עצמו של חפץ זה אתה מכרתו לי

אתה נתתו לי היה נשבע היסת ונפטר עכ"ל, יעו"ש, ומדויק בדבריו דאם טוען משכון הוא בידי נשבע בנקיטת חפץ משום שאין הנידון על עצמו של משכון אלא על הממון שבא לגבות, ושפיר יש לומר דבגונא דהטור שאינו בא לגבות אלא להחזיק המשכון בידו עד שיבא זמן לגבות אינו נשבע אלא היסת, כמש"נ.

וכל זה הוא כשבא להחזיק המשכון בידו, והוסיף הטור שהרמב"ם כתב שאם המלוה בא לגבות, ומודה שהחפץ הוא של הלוה ושמעולם לא מסרו הלוה לו למשכון, והוא טוען שהלוה חייב לו כך וכך, והוא רוצה שיאמינו לו במיגו דאי בעי טוען שהחפץ לקוח בידו, הרי הוא נאמן בטענתו והדין עמו, ויכול לגבות חובו מן החפץ, אבל אין זה החזקת מה שבידו אלא נטילת מה שביד חבירו, ודינו לישבע בנקיטת חפץ כדין הנשבעים ונוטלים, ושפיר השתמש הטור בלשון וכתב הרמב"ם ולא בלשון והרמב"ם כתב דהוה משתמע מיניה שהוא חולק על דברי הטור.

פרק כו

בו יובאו דברי הרשב"ם דבספיקא דדינא המוציא מחבירו עליו הראיה ואע"ג דקיימא לן כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין, ויבואר חילוקו דבממון המוטל בספק המעשה אין ידוע וכשעלתה ההלכה בתיקו אין הדיינין יודעין לפסוק הדין.

[**בבא בתרא קסו:**] בעי רב פפא קפל מלמעלה וספל מלמטה מאי מי חיישינן לזבוב או לא תיקו, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: תיקו והמוציא מחבירו עליו הראיה דכיון דמסתפק דינא לבי דינא היאך יוציאו מיד המחזיק ולא דמי לממון המוטל בספק דקיימא לן חולקין דהתם עיקר המעשה אין ידוע לנו היאך היה כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה (לעיל דף צג.) וכגון שנפל הבית עליו ועל אמו (דף קנח:.) הלכך פוסקין להן בית דין את הדין שיחלוקו אבל כל מקום שעלתה ההלכה בתיקו הואיל ואין הדיינין יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו עכ"ל, יעו"ש.

ועיין בדברי התוס' לעיל (דף לה.) בד"ה ומאי שנא שהביאו חילוקי דעות אם ההלכה כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין או כרבנן דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ומדברי הרשב"ם בסוגיין מבואר דס"ל דהלכה כסומכוס דחולקין, וכן פסק להדיא לעיל (דף סג.) בד"ה תנו חלק לפלוני, יעו"ש, והרשב"ם הקשה משור שנגח את הפרה דאליבא דסומכוס חולקים גם המעות שהם מוחזקים ביד המזיק, ואם כן נימא גם בבעיא דזבוב שחולקים המעות המוחזקים ביד הלוה, אכן מה שכתב הרשב"ם לחלק בין ספק בהדין לבין ספק בהמעשה צריך ביאור.

ונראה דהחילוק הוא אם בכלל חלה תורת ישיבת בית דין לגבי הספק, דהיכא דאיכא ספק בהמעשה, כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה, ולא נודע לנו מתי נולד העובר, הרי ספק כזה ראוי לבא לבית דין, ודנים עליו וחוקרים הדבר ומשתדלים לברר גופא דעובדא היכא הוי, ואם לאחר הכל לא הצליחו לבררו הרי בידם לפסוק הדין בכמה אופנים, לפעמים שודא דדייני לפעמים יהא מונח עד שיבא אליהו לפעמים כל דאלים גבר ולפעמים חלוקה, וס"ל לסומכוס דהנכון לדון להם חלוקה, וכן פסק הרשב"ם.

אבל היכא דעיקר הספק הוא על הדין, וכבר דנו בו חכמי התלמוד והניחו הדבר בתיקו, אין מוטל על דיין שבתקופות האחרונות להכניס ראשו בין הרים גדולים ולהכריע ספק שחכמי התלמוד לא הצליחו להכריע, ולכן לא חלה תורת ישיבת בית דין כלל לגבי הספק, ומה שדנים להם המוציא מחבירו עליו הראיה אין זה משום שבית דין פוסקים דפטור, אלא משום דאין בית דין נזקקים לדון בספיקא דדינא, דאי אפשר להם לפרוק ספק זה, ואין כאן ישיבת בית דין כלל אלא שותקים והמחזיק יחזיק במה שבידו, וכמו שכתב הרשב"ם.

עוד נראה דאפילו להנך דעות דהיכא דבית דין משכו ידיהם ואמרו כל דאלים גבר שיכול השני לחזור ולתפוס ממנו, כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף ו.) בד"ה והא

הכא, יעו"ש, ועיין נמי מה שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' י"ט אות ח', יעו"ש, הכא
אין השני יכול לחזור ולתפוס ממנו, דהדין הוא דאין אדם יכול לתפוס ממונו של חברו
ולטעון שהוא שלו, וטעמא משום דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה, כמו שכתב הש"ך
בספר תקפו כהן סי' ט"ז, יעו"ש, ורק היכא שבית דין דנו על הספק ולא יכלו לבא לידי
פסק דין אלא משכו ידיהם ואמרו כל דאלים גבר, רק התם יכול גם השני לחזור
ולתפוס, אבל כשהספק בכלל לא הגיע לפני בית דין אין תפיסה מיד המוחזק מועילה
משום לא שבקת.

פרק כז

בו יובא דין מצא תינוק מושלך דאם רוב ישראל מחזיר לו אבידתו ואם מחצה על מחצה אינו מחזיר, ויתיישב דין מחצה על מחצה להפוסקים דתקפו כהן מוציאים מידו ומחזירים למרא קמא, ודין רוב ישראל לשיטת הרמב"ם דאין מוציאים מידו.

[כתובות טו:] מצא בה תינוק מושלך אם רוב עובדי כוכבים עובד כוכבים אם רוב ישראל ישראל מחצה על מחצה ישראל וכו' אם רוב עובדי כוכבים עובד כוכבים למאי הלכתא אמר רב פפא להאכילו נבילות אם רוב ישראל למאי הלכתא אמר רב פפא להחזיר לו אבידה מחצה על מחצה ישראל למאי הלכתא אמר ריש לקיש לנזקין היכי דמי אי נימא דנגחיה תורא דידן לתורא דידיה לימא ליה אייתי ראייה דישאל את ושקול לא צריכא דנגחיה תורא דידיה לתורא דידן פלגא משלם, ואידך פלגא אמר להו אייתי ראייה דלאו ישראל אנא ואתן לכון, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: מחצה על מחצה ישראל למאי הלכתא להחזיר לו אבידה לא מצית אמרת דאם כן למאי הלכתא פלגינהו מהדדי עכ"ל, יעו"ש, ואילו במחצה על מחצה מחזיר לו אבידתו לא היה לו למתני אלא מחצה על מחצה ישראל להחזיר לו אבידתו, ומובן מאליו שאם רוב ישראל מחזיר לו אבידתו, אלא מבואר דהא דקאמר מחצה על מחצה ישראל אתי למלתא אחריתי, אבל אינו צריך להחזיר לו אבידתו, דזה לא נלמד מבבא דרוב ישראל ישראל, וכן מבואר מדברי הרמב"ם פט"ו איסורי ביאה הלכ"ו וז"ל: היה רוב העיר עכו"ם מותר להאכילו נבילות היה רובן ישראל מחזירין לו אבידתו כישראל מחצה על מחצה מצוה להחיותו כישראל וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולא הזכיר שבמחצה על מחצה מחזיר אבידתו, ועיימש"נ בהגהות למכשירין פ"ב מ"ז לענין ביאור שאר המשניות שם דפלגינהו מהדדי.

והנה נחלקו הפוסקים בתקפו כהן אם להלכה מוציאים מידו או אין מוציאים מידו, הרמב"ם פ"ב בכורות הל"ו פסק דאין מוציאים מידו, ואע"ג דאין לו אלא טענת שמא, וכן פסק הרי"ף, אבל הרא"ש בבא מציעא (דף ו:) פסק דתפיסה אינה מועילה אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפילו אחר שתפס אין לו אלא טענת שמא הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות לספר תקפו כהן סי' א'.

והשתא בשלמא לשיטת הרמב"ם דתפיסה בטענת שמא אין מוציאים מידו מובן שפיר למה במחצה על מחצה אינו חייב להחזיר, שהרי תפיסתו הועילה לו, ואע"ג דאיכא ספק מצות השבת אבידה אינו מחויב להחמיר, דבכל איסורים התלויים בממון, אם מצד הממון אינו חייב לשלם, גם ספק איסור ליכא, וכבר נתבאר הענין בהפוסקים, אולם להנך שיטות דפלגי על דברי הרמב"ם וס"ל דתפיסה בטענת שמא אינה מועילה, למה אינו חייב להחזיר האבידה לאסופי שנמצא מושלך בעיר שמחצה על מחצה, והלא בעל האבידה הוא בודאי מרא קמא, שקודם שנפלה מידו היתה שלו בין אם הוא ישראל בין אם הוא עכו"ם, והרי זה שמצא האבידה תופס בה בטענת שמא, ולמה אין

מוציאים מידו.

ונראה דהא דאינו חייב להחזיר אבידה לעכו"ם, ואע"פ שיש בה סימן והוא מעולם לא נתיאש ממנה, היינו משום דבעצם כל שנאבדה ממנו ואינו יודע היכן הוא פקע קנינו ממנו ונעשה הפקר, ואלא דמצוה שכל מי שימצאו צריך להחזירו לו מעכבת האבידה מלהפקיע ממנו מרשותו, והרי זה דומה למה שכתבו המקובלים דלמרות שהעולם החומרי צריך לחזור לאי-קיום מול האין סוף, הכוח של יש מאין מונע העולם מלהתפורר, ומבחינה זו מתחדשת הבריאה בכל עת, ואם כן באבדת עכו"ם שאין מצוה להחזירה פקעה ממנה קנינו מיד כשנאבדה ממנו.

והיכא דהוי מחצה על מחצה, והדבר ספק אם יש על אבדתו מצות השבת אבידה, הרי איכא סבה ודאית להפקיע האבידה מבעלותו, שהרי נאבדה ממנו ואינו יכול להגיע אליה, ויש ספק אם יש מצות השבת אבידה המעכבת אותה מלצאת מבעלותו, אמרינן שאין ספק מוציא מידי ודאי, והופקע קנינו בהחלט, ואין לו תורת מרא קמא מכח מה שהאבידה היתה שלו קודם שנאבדה.

ולאידך גיסא יש להקשות על דברי הרמב"ם, דהרי קאמר בגמרא דהיכא דאיכא רוב ישראל חייב להחזיר לו אבדתו, ובשלמא להנך שיטות דתקפו כהן מוציאים מידו, ואינו יכול להחזיק בטענת שמא, שפיר צריך להחזיר לו אבדתו, שתפיסתו אינה מועילה, ועל ידי הרוב אמרינן שיש מצות השבת אבידה ולא פקע קנינו כשנפלה ממנו, אבל לשיטת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ויכול להחזיק בטענת שמא, למה צריך להחזיר לו אבדתו, והלא אין הולכים בממון אחר הרוב להוציא מיד המוחזק.

והתוס' בד"ה להחזיר לו אבידה עמדו בזה וז"ל: ואפילו לשמואל דאמר אין הולכין בממון אחר הרוב היינו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שבהיתר באו המעות לידו ומדעתו נתנם לו הלוקח אבל הכא מודי דאזלינן בתר רובא עכ"ל, יעו"ש, שמואל אמר דינו בריש פרק שור שנגח את הפרה (דף מו.) המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן רב אמר הרי זה מקח טעות ושמואל אמר יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך וכו' רב אמר הרי זה מקח טעות זיל בתר רובא ורובא דאינשי לרדיא הוא דזבני ושמואל אמר יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך וכו' בממונא לא אזלינן בתר רובא אלא המוציא מחבירו עליו הראיה, יעו"ש, ופירשו התוס' דהתם בא הממון ליד המוכר בהיתר, שהרי הלוקח הקנהו לו, ואלא דאם היה מקח טעות צריך להחזיר לו ממנו, ובמקום ספק הוא מוחזק בהממון, ואע"ג דאיכא רוב לא אזלינן בתר רוב להוציא ממון מחזקתו, אבל הכא ברוב ישראל מעולם לא הוחזק המוצא בהאבידה, ואזלי בזה התוס' לשיטתייהו בכתובות (דף כ.) בד"ה ואוקי דלהלכה תקפו כהן מוציאים מידו.

אולם גם המגיד משנה כתב שם בהלכות איסורי ביאה כדברי התוס' וז"ל: ויש לדקדק ברוב ישראל אם נגח שור של ישראל את שורו אם חייב ישראל לשלם נזק כלל ומסתברא דלא דהא קיימא לן דלא אזלינן בממונא בתר רובא והיינו דקאמרינן דוקא להחזיר לו אבידה לפי שאין למוצא אותה חזקת ממון בה אבל לשלומי נזקא אפילו ברוב ישראל לא מפקינן ממנוא מישראל למיתן לזה וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכתב טעמא

דברוב ישראל צריך להחזיר אבידתו מפני שאין להמוצא חזקת ממון בה, והלא הרמב"ם פסק דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ויכל להחזיק גם בטענת שמא, ואם כן המוצא אבידה תפס בה מספק, ומה לי דרוב ישראל, והא אין הולכים בממון אחר הרוב להוציא מן המוחזק.

ונראה דמכאן ראייה למה שנתבאר בהגהות אביר יוסף לספר תקפו כהן להש"ך סי' מ"ד דסברת הרא"ש בהא דאין תפיסה מועילה מספק אלא בטענת ברי היא דאינה נחשבת תפיסה אלא כשטוען שהדבר שלו ורוצה להתנהג בבעלות, וס"ל להרא"ש דלזה בעינן טענת ברי, אבל מי שאוחז בדבר ואינו בטוח שהוא שלו אין אחיזה כזו נחשבת תפיסה להחזיקו, והוי כחזקה שאין עמה טענה, אבל הרמב"ם ס"ל דתקפו כהן אין מוציאים מידו, וגם תפיסה בטענת שמא נחשבת תפיסה להחזיקו כתפיסה בטענת ברי, דאע"ג דאין לו ברירות על גופא דעובדא היכי הוה, הרי יש לו ברירות בזכותו להחזיק בהממון, שהרי הוא טוען שראוי הדבר להישאר אצלו כמו אצל חבירו, ומאי חזית דדמא דידך סומק טפי.

ולפי זה אין תפיסה בטענת שמא מועילה אלא במקום שהספק שקול, ואם כן יש לו טענה שהממון ראוי להיות אצלו כמו אצל חבירו, שגם הוא אוחז בה מספק, אבל היכא דאיכא רוב כנגדו אינו יכול לטעון שהממון ראוי להיות אצלו כמו אצל חבירו, אלא אדרבה הרוב מוכיח שראוי להיות אצל חבירו, ואם כן אין לו טענה מבוררת בתפיסתו, ובטענת שמא כזו גם הרמב"ם מודה שאינו יכול להחזיק בו מתחלה, ושפיר אזלינן בתר רוב, שהרי אינו מוציא ממון מחזקתו.

שער ב: שנים אוחזים וכל דאלים גבר

ובו כ"ו פרקים

פרק א

בו יבואר דלרש"י בשנים אוחזים בטלית ואומרים כולה שלי לא בעינן שניהם מוחזקים בה לפסוק חלוקה, ויבואר החילוק לרש"י בין זה לההוא ארבע דדנים כל דאלים גבר, וגם מה שכתב דבזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי חולקים כמשפט הראשון.

[בבא מציעא ב.] תנן שנים אוחזין בטלית זה אומר אני מצאתיה וזה אומר אני מצאתיה זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי זה ישבע שאין לו בה פחות מחציה וזה ישבע שאין לו בה פחות מחציה ויחלוקו, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: שנים אוחזין בטלית דוקא אוחזין דשניהם מוחזקין בה ואין לזה כח בה יותר מזה שאילו היתה ביד אחד לבדו הוי אידך המוציא מחבירו ועליו להביא ראיה בעדים שהיא שלו ואינו נאמן זה ליטול בשבועה עכ"ל, יעו"ש.

ומשמע מדברי רש"י דאין עיקר דין החלוקה תלוי במה ששניהם מוחזקים, ולא קאמר אוחזים אלא שלא יהא כח לאחד יותר מחבירו, ולאפוקי אחד מוחזק ואחד אינו מוחזק, דאז ודאי אזלינן בתר המוחזק, אבל אילו לא היו מוחזקים בה כלל נמי הוי הדין דיחלוקו, וקשה לפי זה מה שהקשו התוס' מבבא בתרא (דף לד:) דההוא ארבע דהוה מינצו עליה דאמרינן כל דאלים גבר, והכא אמרינן יחלוקו, והתוס' תירצו דשאני הכא דשניהם מוחזקים, יעו"ש, אבל לפי מה שכתב רש"י דלא בעינן מוחזקים אלא שלא יהא כח לאחד יותר מחבירו הקושיא במקומה עומדת.

עוד יש לדקדק בדברי רש"י שכתב דאם רק האחד מוחזק אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ואינו נאמן זה ליטול בשבועה, ומאי אתא רש"י לאשמיעינן, והא פשיטא שאין התובע יכול להוציא מן המוחזק בשבועה, חוץ מאלו שתיקנו חכמים שנשבעים ונוטלים, ולמה סלקא דעתין שזה יטול בשבועה.

ונראה דלשיטת רש"י החילוק בין שנים אוחזים לההוא ארבע הוא דבשנים אוחזים איכא לפנינו מצב של ספק, שהרי שניהם ראו את המציאה ושניהם רצו להגביהה, וכל אחד חושב וטוען שהוא הגביהה תחלה וקנאה, ואיכא נמי למימר דתרווייהו בהדי הדדי הגביהוה, כדאיתא לקמן (דף ג.), יעו"ש, ואע"ג דאין ספק זה בא אלא על ידי טענותיהם, מכל מקום השתא שהם לפנינו וטוענים הרי איכא מצב של ספק לפנינו, ומוטל על בית דין לדון על הספק, ואין הנכון שיסלקו ידיהם על ידי אמירת כל דאלים גבר, אלא ראוי להם להורות על הספק, וההוראה הראויה למצב כזה היא פשרה דחלוקה, ולא בעינן לזה כלל שיהיו אוחזים בגוף הטלית, אלא כל זמן שלפי טענותיהם יצא לנו ששניהם רצו אחר המציאה ולא ידוע לנו מי הגיע לה תחלה, דין הוא שבית דין ידונו להם חלוקה, מה שאין כן בההוא ארבע דאין כאן מצב של ספק לפנינו כלל, אלא זה עומד מרחוק וטוען שהיתה שלו מעולם, ואין אנו יודעים מי הוא

הבעלים ומי הוא הרמאי, ואולי הארבא אינה של שום אחד מהם, בכהאי גוונא לא חשיב מצב של ספק, ויכולים בית דין לסלק עצמם על ידי אמירת כל דאליס גבר. אמנם בכהאי גוונא דמציאת הטלית, אם האחד אוחד בה והשני אינו אוחד בה אז אזלינן בתר המוחזק אע"ג דאיכא מצב של ספק לפנינו על ידי טענותיהם, דבמקום שהאחד מוחזק בה ולא השני הרי יש לו חזקה גמורה ואין השני יכול להוציא ממנו אלא על ידי עדים, ומכל מקום הוצרך רש"י לומר דאין השני נאמן ליטול ממנו בשבועה, דסלקא דעתין דהואיל דאיכא מצב של ספק יכול להכריעו על ידי שבועתו. והנה בהמשך מתנינתין תנן זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי האומר כולה שלי ישבע שאין לו בה פחות משלשה חלקים והאומר חציה שלי ישבע שאין לו בה פחות מרביע זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: וזה אומר חציה שלי מודה הוא שהחצי של חבירו ואין דנין אלא על חציה הלכך זה האומר כולה שלי ישבע כו' כמשפט הראשון מה שהן דנין עליו נשבעין שניהם שאין לכל אחד בו פחות מחציו ונוטל כל אחד חציו עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק בדבריו דלכאורה אין זה כמשפט הראשון, דבמשפט הראשון דזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי הרי כל אחד נשבע על מה שדנין, אבל הכא זה שאומר כולה שלי נשבע אפילו על החלק שאין דנין עליו. ולפימש"נ איכא למימר דרש"י בא לאפוקי דלא תימא זה שטוען כולה שלי נוטל הכל וזה שטוען חציה שלי אינו נוטל כלום, והיינו טעמא משום דכיון דהחלוקה שזה טוען אני הגבהתי לבדי וכולה שלי וזה טוען בהדי הדדי הגבהנו וחציה שלי הרי זה שאומר כולה שלי ודאי לא הגביהה אחר חבירו, ורק דמסופקים אנחנו אם השני הגביהה בבת אחת או אחר כך, וסלקא דעתין דנימא כאן אין ספק מוציא מידי ודאי, וכמו שהקשו התוס' בד"ה וזה נוטל רביע, יעו"ש, קא משמע לן רש"י דהכא נמי דנין כמשפט הראשון, וכי היכי דברישא נוטל חצי ממה שטוען, כמו כן נמי בסיפא כל אחד נוטל חצי ממה שטוען, כמש"נ, ומה שהאחד נשבע גם על מה שאין דנין עליו הוא משום חשש רמאות, ומכל מקום אין זה הנידון במ"ש רש"י כמשפט הראשון.

פרק ב

בו יובא שיטת רש"י דבשניהם אומרים אומר אני ארגתיה תהא מונחת עד שיבא אליהו משום דאיכא ודאי רמאי, ויחולק בין זה לשנים אדוקין בשטר דחולקין בשבועה אף דאיכא ודאי רמאי, וגם תתיישב לשיטת רש"י השקלא וטריא בסוגיא דההוא ארבא.

[בבא מציעא ב.] תנן שנים אוחזין בטלית זה אומר אני מצאתיה וזה אומר אני מצאתיה זה אומר כולה שלי זה אומר כולה שלי זה ישבע וכו' ויחלוקו, יעו"ש, ובגמרא למה לי למתנא זה אומר אני מצאתיה וזה אומר אני מצאתיה זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי ליתני חדא וכו' אמר רב פפא ואיתימא רב שימי בר אשי ואמרי לה כדי רישא במציאה וסיפא במקח וממכר, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה במקח וממכר וז"ל: קניתיה מיד פלוני ודוקא מקח וממכר הוא דאמרינן יחלוקו בשבועה דאיכא למימר שניהם קנאוה ולשניהם נתרצה המוכר אבל זה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה לא יחלוקו דודאי חד מינייהו רמאי הוא ותהא מונחת עד שיבא אליהו עכ"ל, יעו"ש.

והנה בגמרא לקמן (דף ג.) קאמר דלרבנן דמנה שלישי אמרינן יחלוקו כל היכא שהחלוקה יכולה להיות אמת אע"ג דאיכא ודאי רמאי, ורבי יוסי ס"ל דהיכא דאיכא ודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו אלא יהא מונח עד שיבא אליהו, יעו"ש, ולפי זה נמצא דרש"י כאן אזיל בשיטת רבי יוסי, וצריכים לעיין מה הזקיקו לכך, ועיין במהר"ם שי"ף שכתב דהוקשה לו למה לא קאמר רישא במציאה וסיפא באני ארגתיה, יעו"ש, ועיין ברשב"א מה שכתב בדברי רש"י.

ועיין בתוס' לקמן (דף ב:) בד"ה אי תנא מציאה שכתבו דגם בזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה יחלוקו, ואע"ג דהתם איכא ודאי רמאי, והוכיחו כן מהברייתא לקמן (דף ז.) שנים אדוקין וכו' דמסקינן בגמרא שם דבמקום דברי הכל יחלוקו, יעו"ש, ואם כן קשה מההיא ברייתא לשיטת רש"י, ובמהר"ם שי"ף רצה ליישב דלפי שיטת רש"י אזיל ההיא ברייתא כרבנן דרבי יוסי דאית להו חלוקה אפילו בודאי רמאי, וצריך עיון.

ונראה לבאר שיטת רש"י עפ"ימש"נ בש"ב פ"א דלא בעינן אוחזים לעצם דין חלוקה, דכיון דמיירי בשנים שראו מציאה ורצו להגביהה הרי יש כאן מצב של ספק, וזה מחייב הוראת בית דין, ומשום הכי דנין להם פשרה דחלוקה, אבל בההוא ארבא דליכא אלא שני בעלי דינים שאחד מהם אומר האמת ואחד מהם רמאי ואין ידוע מי הוא הבעלים ומי הוא המשקר, אין המצב מעורר שום ספק אלא חסרון ידיעה בעלמא, ומשום הכי יכולין בית דין לדון כל דאלים גבר ולסלק ידיהם לגמרי.

ולפי זה יש לומר דזהו מה שכתב רש"י כאן דבזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה תהא מונחת עד שיבא אליהו, דבכהאי גוונא דומה ממש לההוא ארבא ולא לשנים אוחזים בטלית, דאין כאן מצב של ספק כלל, ולא אירע כאן שום דבר לעורר ספק לבית דין, ואין כאן אלא חסרון ידיעה בעלמא, שלא נודע מי ארג הטלית, זה או

זה, וליכא מצב של ספק, וממילא אין לדון להם פשרה דחלוקה, ומן הנכון לדון להם סילוק בית דין כגון כל דאלים גבר, אלא דכיון דסוף סוף שניהם מוחזקים כאן אין לנו להניח חטיפות, כמו שכתבו התוס', וגם רש"י מסכים לסברא זו אלא דלעצם דין חלוקה בטלית דמציאה אין צריכין לסברא זו, כמש"נ, ומכל מקום באני ארגתיה מועילה סברא זו דלא נידון להם כל דאלים גבר, וגם אין לדון להם חלוקה דהוי הוראה על עצם הספק, דהא באני ארגתיה ליכא מצב של ספק, כמש"נ, ומשום הכי תהא מונחת עד שיבא אליהו.

ואין זה תלוי בפלוגתא דרבנן ורבי יוסי, דהא דמבואר בגמרא דלרבנן היינו דנין להם חלוקה במנה שלישי אילו היתה החלוקה יכולה להיות אמת, ואע"ג דאיכא ודאי רמאי, היינו משום דהמציאות של מנה שלישי מעוררת לנו מצב של ספק שהרי שניהם הפקידו אצל נפקד אחד בחבילה אחת, ועל ידי זה נעשה מצב של ספק כמה מן החבילה היה לזה וכמה לזה, וכיון דאיכא מצב של ספק היה ראוי לדון להם פשרה דחלוקה ולא להסתלק מן הפסק, אלא דס"ל לרבנן דבעינן חלוקה יכולה להיות אמת, דאיכא חד צד, אפילו רחוק מאד, שהחלוקה היא עיקר הדין, אז יש לתלות בצד זה ולדון להם פשרה דחלוקה על הנידון העולה מן המצב של ספק לפנינו, ורבי יוסי ס"ל דאפילו במקום דאיכא מצב של ספק אין לדון להם פשרה דחלוקה במקום דאיכא ודאי רמאי, אבל בזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה הרי ליכא מצב של ספק בכלל, וליכא אלא חסרון ידיעה בעלמא, כמש"נ, ואפילו אם החלוקה יכולה להיות אמת ואפשר שהקנו מקצת הטלית זה לזה, סוף סוף הרי ליכא מצב של ספק ואין לדון להם חלוקה, והיינו מה שכתב רש"י דודאי חד מינייהו רמאי, כלומר דאין כאן מצב של ספק אלא חסרון ידיעה בעלמא מי הוא האורג ומי הוא המשקר, ואין זה שייך כלל לפלוגתא דרבנן ורבי יוסי, ומשום הכי לא הזכיר רש"י הך פלוגתא כאן.

והנה בשנים אדוקין בשטר מבואר בברייתא דלקמן דמיירי במציאה, שלוח טוען פרעתי וממני נפל, ומלוה טוען עדיין לא נפרעתי וממני נפל, ובאמת יש לדקדק למה לא מוקים לה בפשיטות שזה טוען ממני חטף וזה טוען ממני חטף, אלא נראה דהיינו טעמא משום דאם מיירי במציאה איכא מצב של ספק, שהרי שניהם ראו השטר מושלך בקרקע ורצו להגביהו, וכל אחד טוען שהוא הגביהו תחלה, ועל ידי כך יש לו ראייה וסמך לטענתו לגבי ענין הפרעון, ומכל מקום כיון שהכל נוסד על עובדא דמציאה אית כאן מצב של ספק, אבל אילו טענו רק שהשני חטפו ממנו אין כאן מצב של ספק אלא חסרון ידיעה בעלמא של מי הוא השטר, ואפילו אם החלוקה יכולה להיות אמת ואפשר שפרע לו החצי, מכל מקום כיון דליכא מצב של ספק אין ראוי לדון להם פשרה דחלוקה, כמש"נ, וכיון דמיירי בגונא דמציאה הרי אית כאן מצב של ספק אע"ג דאיכא ודאי רמאי, וכיון דהחלוקה יכולה להיות אמת שפיר דנין להם פשרה דחלוקה, מה שאין כן באני ארגתיה דליכא מצב של ספק אין לדון להם פשרה דחלוקה, כמש"נ, וגם סילוק דכל דאלים גבר אין לדון להם הואיל ושניהם מוחזקים, ולכן תהא מונחת עד שיבא אליהו, כמש"נ, והא דאין דנין כל דאלים גבר במנה שלישי יש לומר דהיינו טעמא

משום דתפס לא מפקינן, כמו שכתב הריב"א בבבא בתרא (דף לד:) דאזיל ע"פ רוב בשיטת רש"י, ועיימש"נ בשיטת הריב"א בש"ב פ"א.

וכל זה הוא לשיטת רש"י דאין דינא דחלוקה תלוי באוחזים, כמש"נ, אבל התוס' אזלי לשיטתייהו דדינא דחלוקה תלוי באוחזים ולא במצב של ספק, והיכא דאוחזים יותר ראוי לדון להם חלוקה מלדון להם כל דאלים גבר או יהא מונח, ובלבד שתהא חלוקה יכולה להיות אמת, ומשום הכי ס"ל דגם בזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה יחלוקו, אע"ג דאיכא ודאי רמאי, דהא קיימא לן כרבנן דגם בודאי רמאי חולקים, וכמש"נ.

והנה הרשב"א הקשה על דברי רש"י מסוגיא דבבא בתרא (דף לה.) דפריך התם על הא דאמרינן כל דאלים גבר בעובדא דההוא ארבא מהא דאמר רב שני שטרות היוצאים ביום אחד יחלוקו, הרי דעדיף דינא דחלוקה מכל דאלים גבר, ופריך התם ליכא למיקם עלה דמילתא אבל בארבא איכא למיקם עלה דמילתא, יעו"ש, ולפי שיטת רש"י למה לא חילק הגמרא מטעם ודאי רמאי, דבשני שטרות ליכא ודאי רמאי ומשום הכי חולקים מה שאין כן בארבא דאיכא ודאי רמאי, יעו"ש.

עוד יש להקשות על שיטת רש"י מסוגיא דהתם דהדר פריך על ההוא ארבא ממחליף פרה בחמור דחולקים ואע"ג דאיכא למיקם עלה דמילתא, ופריך דשאני התם דאיכא דררא דממונא, יעו"ש, והנה שנים אוחזים בטלית דמציאה על כרחך חשיב איכא למיקם עלה דמילתא, דאי ליכא למיקם עלה דמילתא למה לא חילק רש"י בפשיטות בין טלית דמציאה לטלית דאריגה, דהאי ליכא למיקם עלה דמילתא והאי איכא למיקם עלה דמילתא, ואם כן למה לא פריך התם גם משנים אוחזים בטלית דחולקים אע"ג דאיכא למיקם עלה דמילתא, ועל זה ליכא לשנויי כדמשני על מחליף פרה בחמור, דהא בשנים אוחזים בטלית ליכא דררא דממונא, כדאיתא לקמן (דף ב:), וגם אין הדבר תלוי באוחזים לשיטת רש"י, כמש"נ.

ונראה ליישב דברי רש"י עפ"י מש"נ דהיכא דאיכא מצב של ספק הרי זה מחייב פסק דחלוקה, ובאני ארגתיה ליכא מצב של ספק אלא חסרון ידיעה בעלמא מי הוא הבעלים ומי הוא הרמאי, ונראה דגם בשני שטרות היוצאים ביום אחד ליכא מצב של ספק, שהרי אחד מן השטרות הוא שטרא מעליא ואחד הוא חספא בעלמא, ולא נודע לנו איזה ואיזה, אבל אין שום מציאות המצרפת שני הצדדים ועושה מצב של ספק, ואם כן אע"ג דליכא ודאי רמאי מכל מקום דומה ממש לההוא ארבא ולטלית דאריגה דליכא מצב של ספק אלא חסרון ידיעה בעלמא, שאין ידוע לנו איזהו שטר מעליא ואיזהו חספא ורמאי, ומכל מקום חזינן דס"ל לרב דחולקים, ושפיר פריך על עובדא דארבא דלמה לא נידון להם התם נמי חלוקה, ומשני דהתם ליכא למיקם עלה דמילתא ואין לחוש שיצא לאור שבית דין הפסידו ממון על ידי פסקם, ומשום הכי ראוי להם לדון חלוקה, אבל בההוא ארבא איכא למיקם עלה דמילתא, ואפשר שיצא לאור שבית דין גרמו הפסד ממון על ידי פסקם, ויותר נכון לדון להם כל דאלים גבר.

והדר פריך ממחליף פרה בחמור דאיכא למיקם עלה דמילתא, כמו שכתב

הרשב"ם, ואעפ"כ דנין להם חלוקה, ובאמת היה יכול להקשות מטלית דמציאה דהתם נמי איכא למיקם עלה דמילתא ואעפ"כ חולקים, אכן לא פסיקא ליה כל כך דטלית דמציאה איכא למיקם עלה דמילתא, שהרי שניהם היו שם בשעת מעשה ואם היו שם עדים למה לא הביאום, אבל במחליף הרי לא היו אצל הפרה בשעת החליפין ויותר יש לחוש שהיו שם עדים שלאחר זמן יבואו ויעידו, וגדול החשש במחליף מבטלית דמציאה, אע"ג דגם טלית דמציאה חשיב איכא למיקם עלה, כמש"נ, ומשום הכי ניחא ליה להקשות ממתניתין דמחליף.

ומשני שאני התם דאיכא דררא דממונא, ולפי פירוש רש"י לקמן (דף ב:): היינו דאיכא חסרון ממון לכל אחד, ועיימש"נ בש"ג פ"ב דעיקר כונת רש"י הוא דכל אחד יש לו טענה מעליא לגבי כל הממון דזה טוען שיש לו חזקת מרא קמא וזה טוען דניזיל בתר חזקה דהשתא, ואם כן אין זה רק חסרון ידיעה כלפי בית דין אלא ספק מעליא, ומשום הכי דנין להם חלוקה, וכאן בתירוץ זה של הגמרא נתחדש לן יסוד זה דאע"ג דאיכא למיקם עלה דמילתא ולא ניחא להו לבית דין לדון דינא דחלוקה, מכל מקום אם איכא ספק גמור ולא רק חסרון ידיעה הרי זה מחייב הוראת בית דין על הספק, ומשום הכי דנין להם פשרה דחלוקה ולא כל דאלים גבר, ואם כן הוא הדין נמי בטלית דמציאה, אע"ג דלא הוי דררא דממונא מכל מקום הרי איכא מצב של ספק, ומשום הכי חולקים ולא אמרינן כל דאלים גבר, והעיקר הוא דאיכא ספק ולא רק חסרון ידיעה, וגבי מחליף הספק בא על ידי הדררא דממונא וגבי טלית דמציאה הספק בא על ידי המציאות והמצב ששניהם רצו להגביה את המציאה, ורק לגבי שבועה יש לחלק בין מחליף לטלית מטעמא דדררא דממונא, כמש"נ בש"ג פ"א, אבל לגבי עצם דינא דחלוקה בעינן רק שיחא ספק ולא חסרון ידיעה בעלמא, וגם בטלית דמציאה איכא מצב של ספק, כמש"נ.

פרק ג

בו יובא מחלוקת רש"י ותוס' בזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה דלרש"י תהא מונחת עד שיבא אליהו ולתוס' חולקים בשבועה, ותתיישב שיטת רש"י מהא דתניא בשנים אדוקין בשטר דיחלוקו ולא אמרינן יהא מונח כיון דאיכא ודאי רמאי.

[**בבא מציעא ב.**] תנן שנים אוחזין בטלית זה אומר אני מצאתיה וזה ואומר אני מצאתיה זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי יחלוקו, יעו"ש, ובגמרא למה לי למתנא זה אומר אני מצאתיה וכו' אמר רב פפא ואיתימא רב שימי בר אשי וכו' רישא במציאה וסיפא במקח וממכר, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה במקח וממכר וז"ל: ודוקא מקח וממכר הוא דאמרינן יחלוקו בשבועה דאיכא למימר שניהם קנאוה ולשניהם נתרצה המוכר אבל זה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה לא יחלוקו דודאי חד מינייהו רמאי הוא ותהא מונחת עד שיבא אליהו עכ"ל, והראשונים נתקשו בדברי רש"י דלמה בחר לו כאן ליזיל בשיטת רבי יוסי דהיכא דאיכא ודאי רמאי תהא מונחת, וגם קשה מסוגיא דלקמן (דף ז.). בשנים אדוקין בשטר דחולקים אע"ג דאיכא ודאי רמאי, ועיימש"נ בישוב שיטת רש"י בש"ב פ"ב.

עוד נראה ליישב שיטת רש"י בדרך אחרת, ויתבאר נמי לפי זה שיטת הריב"א בבבא בתרא (דף לד:), דהנה בהמשך סוגיין קאמר רישא במציאה סיפא במקח וממכר וצריכא דאי תנא מציאה הוה אמינא מציאה הוא דרמו רבנן שבועה עליה משום דמורי ואמר חבראי לאו מידי חסר בה איזל אתפיס ואתפליג בהדיה אבל מקח וממכר דליכא למימר הכי אימא לא ואי תנא מקח וממכר הוה אמינא התם הוא דרמו רבנן שבועה עליה משום דמורי ואמר חבראי דמי קא יהיב ואנא דמי קא יהיבנא השתא דצריכא לדידי אשקליה אנא וחבראי ליזיל לטרח לזיבן אבל מציאה דליכא למימר הכי אימא לא צריכא, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה אי תנא מציאה וז"ל: משום דמורה ואמר וכו' והיכא שודאי אינו סבור לומר אמת כגון דקא טעין כל אחד אני ארגתיה שאחד מהן טוען שקר במזיד או כגון ששנים אדוקין בשטר דלקמן (דף ז.). התם פשיטא דיחלוקו בשבועה דעל ידי שבועה ודאי יפרוש דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא עכ"ל, יעו"ש. והנה לקמן (דף ה:) בסוגיא דחשיד אממונא חשיד אשבועתא איכא שתי דעות בהא

דתיקנו חכמים שבועה בשנים אוחזים בטלית, רבי יוחנן ס"ל דהוא כדי שלא יהא כל אחד הולך ותוקף טליתו של חברו, וס"ל דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, אבל אביי ס"ל דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ומכל מקום תיקנו חכמים שבועה בשנים אוחזים בטלית שחיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו, יעו"ש, וכתב השיטה מקובצת בשם הר"ן דסוגיא דידן פליגא אסוגיא דהתם וס"ל דתקנת השבועה היתה משום דמורי התיירא, כנ"ל, ודוקא בכהאי גונא דאיכא למימר הכי, וכתבו התוס' דהיכא דליכא למיתלי בהוראת היתר אינו צריך לישבע, שהרי לא יפרוש על ידי השבועה כיון דסבור שאומר האמת שהיא שלו, ודוקא היכא שמורה היתר ויודע שאינו אומר האמת רמו שבועה עליה שעל ידה יפרוש דמיגו דחשיד אממונא לא חשיד

אשבועתא, ולית ליה תקנתא שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו'.

אולם כל זה הוא לשיטת התוס' לקמן (דף ג:) בד"ה בכוליה דאית להו דמיגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, יעו"ש, אבל רש"י שם פליג וס"ל דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ועיימש"נ בשי"ד פ"י דאע"ג דס"ל לאביי דחיישין דספק מלוה ישנה לו עליו, כל זה הוא לגבי שבועה דרבנן, דאיכא למימר דתיקנו חכמים השבועה לסלק חשש רחוק דספק מלוה ישנה, אבל לגבי שבועה דאורייתא דאיתא לברר עיקר דררת הממון לא מהני סברת ספק מלוה ישנה, דהשבועה צריכה לברר עיקר דררת הממון ולא רק לסלק חשש רחוק דספק מלוה ישנה, יעו"ש, ומכל מקום ס"ל לאביי דבשנים אוחזים בטלית משביעין אותם משום חשש ספק מלוה ישנה, דלא עדיף הך שבועה דחלוקה משאר שבועות דרבנן כגון היסת ושאינה ברשותי, ואע"פ שאין השבועה מבררת עיקר דררת החלוקה, שאנו מסופקים מי הגביהה תחלה ומי בא אחר כך ותפסה, ולא אהני השבועה אלא לסלק חשש צד רחוק דספק מלוה ישנה, מכל מקום מצינו שתיקנו חכמים שבועות לסלק חשש רחוק זה, וגם שבועות שנים אוחזים נתקנה משום הך חששא.

וסוגיא דידן פליגא אהך סברא דאביי, וס"ל לסוגיא דידן דחכמים תיקנו שבועה בעצם החלוקה, שהחלוקה היא על ידי השבועה, כדקאמרינן חולקים בשבועה, ולא הוי רק שבועה צדדית דרמו עליה חכמים בעידן החלוקה, ואדרבה מצינו לקמן (דף ד.) דהך שבועה כעין דאורייתא תיקנוה דדומה לשבועת מודה במקצת, יעו"ש, ואם כן לא מהני כאן סברת ספק מלוה ישנה, ואין זה שייך לעצם ענין החלוקה, כמש"נ, ומשום הכי בסוגיא אמרינן טעמא דמורי התירא, דס"ל דשבועה דשנים אוחזים נתקנה בעצם החלוקה, ואם חוששין שאחד חטף מחבירו נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ועל כרחך צריך לומר דמורה התירא ולא הוי חשיד אממונא, ושפיר יש להשביעו דהא אינו חשוד ליטע לשקר.

ונמצא לפי זה דהיכא דליכא הוראת התירא, כגון דזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה, אי אפשר להשביעו, דהא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ומה הועילה השבועה, ואי משום דאהני שבועתו לסלק חשש ספק מלוה ישנה, הרי אין זה ענין שבועת שנים אוחזים, אלא בעינן שעיקר החלוקה נעשית על ידי שבועה, כמש"נ, וס"ל לרש"י דכיון שנתקנה השבועה בעיקר החלוקה, אם כן במקום שאי אפשר להשביעו בטלה דינא דחלוקה, ודלא כמו שכתב הריב"א בבבא בתרא (דף לד:) דמכל מקום חולקים, ומשום הכי בטלית דאריגה דאיכא ודאי רמאי וליכא מורה התירא לא אמרינן יחלוקו, דהא חשיד אממונא ואין להשביעו, ולא מהני סברת ספק מלוה ישנה, כמש"נ, וכיון שאין להשביעו אין לדון להם חלוקה כלל, וגם כל דאלים גבר אין דנין להם דהא שניהם אוחזים בהטלית ואין לבית דין להניח חטיפות, ועיימש"נ בשי"ב פ"ב, ומשום הכי דין הוא שתהא מונחת עד שיבא אליהו, ואין זה ענין כלל לדינא דרבי יוסי דקונסין לודאי רמאי, ומשום הכי לא הזכירו רש"י כלל.

ולא קשה לפי"ז משנים אדוקין בשטר, כנ"ל, דהתם באמת איכא ודאי רמאי, ואי

אפשר להשביעו דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ובאמת היה צריך להיות הדין שיהא מונח עד שיבא אליהו, אלא דאם נעשה כן נמצא שאנו מזכין להלוה לגמרי, והרי הפסק כולו לטובת הלוה ולחובת המלוה, וזה לא יתכן, ומשום הכי בלית ברירה דנין להם חלוקה, אבל אין משביעין אותם, דהא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ובסוגיא דלקמן לא הוזכר כלל דחולקים בשבועה, כמו שהזכירו התוס', ורש"י ס"ל דחולקים בלא שבועה, דליכא להשביעו וגם אין לדון להם מונח, כמש"נ. ונמצא לפי זה דמה שכתב רש"י דבטלית דאריגה לא אמרינן יחלוקו היינו לפום סוגיא דידן דלית ליה סברת ספק מלוה ישנה לגבי שבועה דשנים אוחזים, אבל אביי הרי מחייב שבועה בשנים אוחזים משום סילוק חשש צדדי ורחוק דספק מלוה ישנה, ואם כן ה"ה בטלית דאריגה יש להשביעו מהאי טעמא, ואיכא נמי למימר יחלוקו, כמש"נ.

פרק ד

בו יבואר מה שנשא ונתן הרמב"ן בהא דלמה לא אמרינן כל דאלים גבר בשנים אוחזין בטלית ובקושית הגמרא דלרבי יוסי במתניתין היה לנו לומר יהא מונח עד שיבא אליהו, וגם מה שנראה קשה בדבריו לענין אם כל דאלים גבר עדיף או יהא מונח עדיף.

[**בבא מציעא ב.**] תנן שנים אוחזין בטלית זה אומר אני מצאתיה וזה ואומר אני מצאתיה וכו' יחלוקו, יעו"ש, וכתב הרמב"ן וז"ל: ויחלוקו קשיא להו לרבנן ז"ל ולימא כל דאלים גבר כי ההיא דפרק חזקת הבתים גבי זה אומר של אבותי וכו' ואמר רב נחמן כל דאלים גבר ומפרשין לה התם בגמרא משום דליכא דררא דממונא וגבי ארבא נמי אמרינן כל דאלים גבר ור"ח ז"ל כתב שם בפרק חזקת הבתים דההיא ארבא לא תפסי לה תרוייהו אבל משנתינו ששניהם אדוקין בה אין מוציאין מידם לומר כל דאלים גבר וכו' וכן כתב הר"ר שמואל ז"ל עכ"ל, יעו"ש.

והנה הקושיא היא למה לא אמרינן כל דאלים גבר בשנים אוחזים בטלית, ועיין בתוס' בסוגיין ד"ה ויחלוקו ובתוס' בבבא בתרא (דף לד:) בד"ה ההוא, ועיימש"נ בש"ב פ"י, והרמב"ן תירץ דבטלית לא אמרינן כל דאלים גבר דהואיל ושניהם תפוסים בה אין מוציאין מידם לומר כל דאלים גבר, ומשמע דקושיתו היתה דנוציא את הטלית מידם ונאמר כל דאלים גבר, ולא כמו שכתבו הראשונים דסלקא דעתין דנימא כל דאלים גבר בהמצב כמות שהוא השתא לפנינו ששניהם אדוקין בה, ויש לומר דהרמב"ן כבר ידע מה שכתבו הראשונים דאין לנו להניח חטיפות, ופשיטא דאין דנין כל דאלים גבר כשהם אדוקין בה, אלא דמכל מקום הוקשה לו דנוציא הטלית מידם ואחר כך נדון להם כל דאלים גבר, ועל זה תירץ דאין להוציא הטלית מתפיסתם לומר כל דאלים גבר, דאין לבטל תפיסות, ובהמשך דבריו מוכיח נמי ממאי דאמרינן מאחר שזה תפוס ועומד וכו' וממאי דאמרינן אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא וכו' דתפיסה מהניא ואין מבטלין תפיסות.

שוב הקשה הרמב"ן וז"ל: ואי קשיא לך אי הכי היכי אקשינן בגמרא לימא מתניתין דלא כרבי יוסי דקסלקא דעתין למימר במתניתין יהא מונח עד שיבא אליהו כי ההיא דשנים שהפקידו אצל אחד דילמא מתניתין שאני דכיון דתפסי לה לא מפקינן מינייהו שכשם שאין מוציאין מידם לומר כל דאלים גבר כך אין מוציאין מידם לומר יהא מונח עכ"ל, יעו"ש, והך תפס לא מפקינן לאו היינו מדין תפס לא מפקינן שהביא לקמן שם בבבא בתרא, אלא מדין דאין מבטלין תפיסות, כנ"ל, והקשה הרמב"ן דמאי פריך לימא מתניתין דלא כרבי יוסי, נימא שאני מתניתין דשנים אוחזים ואין מבטלין תפיסות ומשום הכי לא אמרינן יהא מונח, ואע"ג דרבי יוסי אית ליה דמניחין כל השלש מנות ושתיים מהן ידועין בודאי שהן שייכין לאלו שני התובעים, ומכל מקום מניחין אותן, ולכאורה בעלות גמורה עדיפא מתפיסות, ואם מבטלין בעלות כל שכן דנבטל תפיסות, מכל מקום אין כן דעת הרמב"ן בקושיתו, ואע"ג דס"ל לרבי יוסי דמבטלין בעלות גמורה, היינו היכא דאין מוציאין הממון מידי בעליהם, אבל לבטל

תפיסות, אפילו בתורת ספק ממון, דילמא אין מבטלין, ומאי פריך בגמרא, כן הוא ביאור קושית הרמב"ן.

ותירץ הרמב"ן וז"ל: לא קשיא דכיון דחיישינן לרמאי וקנסינן ליה כי היכי דלודי אע"ג דתפסי נמי הוה לן למיקנס כי היכי דלודי וכו' ועוד דהתם כיון שהפקידו אצל אחד כמאן דתפסי דמי ואפילו הכי אמרינן יהא מונח עכ"ל, יעו"ש, ומתיר הרמב"ן דסברא היא דלרבי יוסי דקנסינן לודאי רמאי קנסינן נמי להוציא ממון מתפיסתו, ועוד דנפקד כמאן דתפסי דמי, כלומר השתי מנות הראשונות הידועות לבעליהם חשיבי נמי כתפוסין בידיהם, וכיון דחזינן דלרבי יוסי מניחין גם הני שתי מנות הראשונות, הרי מבואר בדברי רבי יוסי דמלבד הא דמבטלין בעלות גמורה מבטלין נמי תפיסות, דהא חשיבי כתפוסים על הני שתי מנות, וממילא אין לשנויי דהא דחולקים בטלית ולא אמרינן מונח הוא משום דאין מבטלין תפיסות, דהא ס"ל לרבי יוסי דמבטלין תפיסות, כמש"נ, ואין זה שייך כלל למה שכתבו התוס' דמנה שלישי חשיב כשנים אוחזים, דלא מיירי הרמב"ן כאן במנה שלישי כלל אלא בשתי מנות הראשונות אליבא דרבי יוסי, ובמנה שלישי אית ליה טעמא אחרינא דלא אמרינן כל דאליס גבר, כמו שיתבאר בהמשך דבריו, ולא כמו שכתבו התוס' דחשיב כאוחזים ומשום הכי אין לומר כל דאליס גבר.

שוב כתב הרמב"ן וז"ל: ואי קשיא לך הא דאמרי רבנן השאר יהא מונח עד שיבא אליהו אמאי נימא כל דאליס גבר הרי אמרו אי תפס לא מפקינן מיניה כל שכן הכא דתפס ברשות והתם לא אמרו יהא מונח דכיון דלא מזדקינן להו לית לן למיחש לרמאי ודמיא הא מילתא למאי דאמרינן ספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר כל שכן הא דנפקד לא פטר נפשיה בחזרה דכל דאליס גבר שאינה חוזרת להם כלל וכו' עכ"ל, יעו"ש, והנה ממה שכתב כל שכן הכא דתפס ברשות משמע דלמד דהא דקאמר התם בבבא בתרא (דף לד:) אי תפס לא מפקינן היינו שתפסו בית דין בטעות ובלי רשות, ושלא כפירוש הרשב"ם, ועיימש"נ בש"ב פט"ו, ובמה שכתב הרמב"ן דבמנה שלישי לא אמרינן כל דאליס גבר דאי תפס לא מפקינן עיימש"נ בש"ב פ"ה.

והנה יש לדקדק במה שכתב הרמב"ן והתם לא אמרו יהא מונח וכו', כלומר בארבע בסוגיא דבבא בתרא שם, והוקשה לו דלמה אמרינן כל דאליס גבר נימא יהא מונח, ומשמע דיותר נכון לומר מונח מלומר כל דאליס גבר, ולמעלה הקשה דנימא כל דאליס גבר גבי מנה שלישי, ומשמע דכל דאליס גבר עדיף ממונח.

ואולי יש לומר דהשתא קאי לרבי יוסי, ומוסב אמאי דקאמר לעיל, כנ"ל, ולרבי יוסי ודאי מונח עדיף דקנסינן ליה, ומשום הכי הקשה דבארבע נימא מונח ונקנוס לרמאי, ותירץ דכיון דהתם בית דין מסתלקין לגמרי, כמש"נ בש"ג פ"ג, אם כן ליכא למיחש לרמאי, אבל לדידן ודאי כל דאליס גבר עדיף ממונח, כדמוכח ממה שהקשו דנימא כל דאליס גבר גבי מנה שלישי, כמש"נ.

ומה שכתב ודמיא הא מילתא למאי דאמרינן ספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר מוסב על מה שכתב דבמנה שלישי לא אמרינן כל דאליס גבר דאי תפס לא

מפקינן, ומביא ראיה דכי היכי דבספק הינוח אינו מקיים השבה בהחזרה למקום
ההינוח הוא הדין נמי נפקד אינו מקיים השבה בהחזרה למקום הספק לכל דאלים גבר,
וקשה דבבבא בתרא (דף לה:) כתב הרמב"ן דאין לדמות לספק הינוח דשאני התם
דאיכא הפסד בעלים, והכא מדמה ליה, יעו"ש ועיימש"נ בש"ב פכ"ה, ולענין הא דתלי
דין אי תפס לא מפקינן בחובת השבה דהנפקד עיימש"נ בש"ב פ"ה.

פרק ה

בו יבוארו דברי הרמב"ן דלרבנן במנה שלישי נפקד לא מצי פטר נפשיה בחזרה דכל דאלים גבר, וייתישבו דבריו עם מה שכתב בבבא בתרא דבכל דאלים גבר ותפס אחד מן השוק מפקינן מיניה דהא דאם תפס לא מפקינן מיניה אינו תלוי בהחיוב השבה כלל.

[**בבא מציעא ב.**] תנן שנים אוחזין בטלית זה אומר אני מצאתיה וזה ואומר אני מצאתיה וכו' יחלוקו, יעו"ש, וכתב הרמב"ן וז"ל: ואי קשיא לך הא דאמרי רבנן השאר יהא מונח אמאי נימא כל דאלים גבר הרי אמרו אי תפס לא מפקינן כל שכן הכא דתפס ברשות וכו' ודמיה הא מילתא למאי דאמרינן ספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר כל שכן הא דנפקד לא פטר נפשיה בחזרה דכל דאלים גבר שאינה חוזרת להם כלל וכו' עכ"ל, יעו"ש, אבל התוס' בד"ה ויחלוקו כתבו דבמנה שלישי לא אמרינן כל דאלים גבר משום דחשיב כשניהם מוחזקין, יעו"ש, ולפום ריהטא היה משמע דכונת הרמב"ן היא דבמנה שלישי לא אמרינן כל דאלים גבר משום דיניה דהנפקד, דכיון שהוא מחויב בהשבת הפקדון יכול הוא לעכב עליהם שלא ידונו להם בית דין כל דאלים גבר, והמקור לכך הוא מהא דקאמר בבבא בתרא (דף לד:) גבי כל דאלים גבר דאי תפס לא מפקינן, והואיל ואתי ליד בית דין אינם רשאים להוציאו לכל דאלים גבר, יעו"ש, ולפי זה התם נמי היינו טעמא משום שכבר נתחייב בית דין בהשבה.

אולם עיין בנמוקי יוסף שכתב נמי כסברת התוס' דמנה שלישי חשיב כתפסי לה תרווייהו וליכא למימר כל דאלים גבר, ושוב כתב וז"ל: ולא מצית אמרת דההיא דרבי יוסי דיהא מונח לא הוה דיינין ליה הכי אלא בכל דאלים כההיא דזה אומר של אבותי אלא משום דלא אפשר דנפקד לא מצי פטר נפשיה בחזרה דכל דאלים דאם כן לא הוה ליה לאקשווי מינה למתניתין דלימא דבהא דרבי יוסי נמי הוה לן למימר יחלוקו כמתניתין אלא דהכא שאני מפני שהוא ביד שלישי אלא ודאי דשליש כדינא דתרווייהו תפסי דיינינן ואמרינן יהא מונח ומטעמא דאמרן וכו' עכ"ל, יעו"ש, וקשה לפי זה לדברי הרמב"ן דאם חיישינן לחיוב השבה דהנפקד היאך אסיק אדעתיה דבמנה שלישי נידון להם דינא דחלוקה.

ועוד קשה טובא לדברי הרמב"ן דאיזו סברא היא זו דמשום חובת השבה של הנפקד יהא מונח המנה שלישי עד שיבא אליהו, והלא שני הבעלי דבר מתרצים לדינא דכל דאלים גבר, ואם הדבר ניחא להם והנפקד עושה כרצונם הרי יצא ידי חובתו להם לגמרי, ונמחל לו כל שעבודו להם, ואיזה חיוב השבה נשאר אצלו, ובשלמא גבי כל דאלים גבר היה אפשר לומר דאי תפס לא מפקינן משום חובת השבה דבית דין, דהא התם אפשר שאין הממון של שניהם אלא של אדם שלישי, כמו שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף לה:) יעו"ש ועיימש"נ בש"ב פט"ו, ואם כן מה לי ששניהם נתרצו לכל דאלים גבר, דילמא לאו דחדא הוא אלא של אדם שלישי, ולא תתקיים חובת השבה דבית דין על ידי הוצאה לכל דאלים גבר, אכן במנה שלישי הרי הדבר ידוע שהמנה שייכת או לזה או לזה, ואם שניהם נתרצו לדינא דכל דאלים גבר למה אית לן להתחשב על הנפקד כלל.

ויתר על כל זה קשה דלכאורה דברי הרמב"ן סתרי למה שכתב בבבא בתרא (דף לה:) גבי זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי דדינא הוא דכל דאלים גבר ובא אחד מן השוק והחזיק בה ולא טען שהוא שלו, ונחלקו נהרדעי ורב אשי אם מוציאין הגזילה מידו לדינא דכל דאלים גבר, רב אשי ס"ל דמוציאין מידו ומעמידין הממון בפני הטוענים וכל דאלים גבר, ומכל מקום אין הגזלן יוצא חובת השבה בכך, כן פירש הרשב"ם שם, והביא ראיה לכך וז"ל: דמאחר שבא לידו צריך להשיב לבעלים ולא להוציאה מתחת ידו ולהפקירה לשנים הראשונים וכל מאן דאלים גבר כדפסקינן לעיל ואי תפסינן לא מפקינן כל שכן זה שבתורת גזל בא לידו והוא צריך להוציאה מתחת ידו ואינו יודע למי ישוב וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פט"ו, וכתב שם הרמב"ן וז"ל: ולא נראה לי שלא אמרו לא מפקינן אלא כשהיא ברשות בית דין שאין ראוי להוציא דבר מרשותם למחלוקת עד שיבררו הדבר אבל אחד שתפס מהם בגזילה אם רצה מוציאה מרשותו ולא דמי לגזל אחד מחמשה בני אדם שצריך לשלם גזילה לכל אחד ואחד דהתם מרשות אחד מהם תפס ולשם יחזיר וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב הרמב"ן להדיא דטעמא דאי תפס לא מפקינן לאו משום חובת השבה המוטלת על בית דין אלא משום שאין ראוי שיוציאו בית דין ממון מתחת ידם למחלוקת, ועוד שהרי כתב להדיא דגזלן זה שהחזיק בהממון שדינו היה כל דאלים גבר יכול להוציאו מתחת ידו ולהניחו בפניהם לכל דאלים גבר ומקיים בזה חובתו דהשבה, דהואיל וגזל ממקום הספק יכול להחזירו למקום הספק, ולא דמי לגזל אחד מחמשה וכו' שגזל מרשות אחד מהם אלא שעכשיו אינו זוכר מי הוא, ואם לשיטת הרמב"ן הגזלן יוצא חובת השבה במה שמניחו בפניהם לכל דאלים גבר, למה אין הנפקד יוצא חובת השבה בכך, שהרי בכריכה אחת הפקידוהו אצלו, כדאיתא לקמן (דף לו:), וגם הוא יניחו לפניהם בכריכה אחת וידונו ביניהם, ובזה יצא ידי חובתו דהשבה, ולמה אמרינן שיהא מונח עד שיבא אליהו. ונראה דהעיקר הוא כמו שכתב הרמב"ן בבבא בתרא שם, ואין דין תפס לא מפקינן תלוי בדין השבה כלל, אלא דין הוא בבית דין דהואיל וכל דאלים גבר הוי מדין סילוק בית דין, כמש"נ בש"ב פ"ב, אין להם לדון דינא דכל דאלים גבר אלא היכא דהוי לגמרי בשב ואל תעשה, אבל אם אית ביה שום צד של קום ועשה אין דנין להם כל דאלים גבר, ומשום הכי אי תפס לא מפקינן, דכיון שבא ליד בית דין, והרי בית דין צריכין להוציאה מתחת ידם לכל דאלים גבר, הרי זה נחשב שנעשה הדין בקום ועשה, ובקום ועשה לא אמרינן כל דאלים גבר, כמש"נ, ופליג על שיטת הרשב"ם הנ"ל דטעמא דאי תפס לא מפקינן משום חובת השבה דבית דין, ועיימש"נ בשיטת הרשב"ם בש"ב פט"ו.

והא דלא אמרינן כל דאלים גבר במנה שלישי נמי הוי משום דתפס לא מפקינן, דכיון שהממון ביד הנפקד וברשותו, ועל ידי הפסק דכל דאלים גבר הם מוציאין הממון מרשות הנפקד להפקירו לפני המפקידים לדינא דכל דאלים גבר, הרי יש בהפסק בגונא זו צד של קום ועשה, וכי היכי דאין בית דין מוציאין מתחת ידיהם לכל דאלים אינם מוציאין מתחת יד הנפקד לכל דאלים גבר, והואיל והנפקד אית ליה חובת השבה חשיב

שהממון מונח ברשותו ולא כמונח ברשות הרבים, וכמו דבפסק הינוח אינו יוצא חובת השבה אם החזירו מעצמו למקום ההינוח, הוא הדין הנפקד, וממילא חשיב ברשותו משום חובתו דהשבה עד שידונו לו בית דין שיוציאו מידו, ואין הכי נמי דאם הבית דין ידונו כל דאלים גבר אז יצא הנפקד חובתו דהשבה בכך, כמו גזלן דרבים בב"ב שם, כנ"ל, השתא מיהא אית ליה חובת השבה, ועל ידי כך חשיב הממון ברשותו, ואין מוציאין מרשות הנפקד לכל דאלים גבר, דיש בזה קום ועשה, ולדינא דכל דאלים גבר בעינן שיהא לגמרי בשב ואל תעשה, כמש"נ, ודמי ממש לדינא דאי תפס לא מפקינן, והא דמוציאין מיד הגזלן לכל דאלים גבר בסוגיא דבבא בתרא שם, כנ"ל, ואע"ג דהוי בקום ועשה, ויותר הוה ליה למימר שיהא מונח, שאני התם שכבר נפסק דינא דכל דאלים גבר קודם גזילתו של זה, וכבר חל דינא דכל דאלים גבר, ואין אנו מוציאין להורות דינא דכל דאלים גבר, אלא להעמיד הדין שכבר נפסק מקודם בשב ואל תעשה.

פרק ו

בו יובאו דברי הרא"ש דבמנה שלישי דידוע לנפקד קודם מחלוקתם שאינו של שניהם יהא מונח עד שיבא אליהו, ותתיישב קושית האחרונים עליו משנים אוחזים במקח דיחלוקו אף דידוע למוכר קודם מחלוקתם שאינו של שניהם דקיבל מעות רק מאחד.

[**בבא מציעא ב.**] כתב הרא"ש וז"ל: כללא דמילתא כל חלוק ממון שנים חולקין עליו אם שניהם מוחזקין בו פלגי בשבועה ואם אינן מוחזקין בו כל דאלים גבר ואם הוא ביד אחד לא מפקינן מיניה בר ממנה שלישי דפקדון דאע"ג דהוי כאילו שניהם מוחזקין בו משום דהנפקד מוחזק מכח שניהם והספק נולד ברשותו ויד הנפקד כידם דמיא אפילו הכי יהא מונח עד שיבא אליהו כי ידוע לנפקד קודם שנודע מחלוקתן שאינו של שניהם עכ"ל, יעו"ש.

ובקצות החושן סי' קל"ח סק"א הקשה על הרא"ש בשם התומים מהא דאמרין לקמן (דף ב:): דגבי מקח וממכר ונקיט מוכר זוזי מתרוייהו חד מדעתיה וחד בעל כורחיה ולא ידענא איזה מדעתו ואיזה בעל כרחו דיחלוקו, והלא התם ידוע למוכר קודם מחלוקתם שאינו של שניהם, דהא לא קיבל אלא מאחד מהם, ומכל מקום חולקים, ואע"ג דהיינו הך דנפקד דלדעת הרא"ש אין חולקים הואיל וידוע לנפקד קודם מחלוקתם שאינו של שניהם, כנ"ל, יעו"ש.

והנה הרא"ש כתב טעמא דידוע לנפקד לפרש הא דלא אמרינן יחלוקו במנה שלישי, דהא בכל מקום דאיכא שניהם מוחזקים והחלוקה יכולה להיות אמת חולקים, אבל במנה שלישי לא הוי חלוקה יכולה להיות אמת, כדאיתא לקמן (דף ג.), והתוס' כתבו בד"ה ויחלוקו דהיינו טעמא משום דאין דרך שיקנה לו החצי אחרי שהוא ביד חבירו, אבל הרא"ש כתב טעמא אחרינא וז"ל: ובכל מידי איכא למימר דתרוייהו הוא קודם שנודע מחלוקתן בר ממנה שלישי דקודם שנודע מחלוקתן ידוע לנפקד שהוא של אחד מהן עכ"ל, יעו"ש, ומשום הכי לא הוי חלוקה יכולה להיות אמת הואיל וידוע לנפקד, כנ"ל.

ובביאור דבריו נראה דכיון דהנפקד קיבל המעות בתורת שמירה וחל עליו חיוב השבה, אם כן מיד בשעת ההפקדה שמסרו לו המנה שלישי ולא הגידו להנפקד של מי הוא הרי חלה מיד ספיקא דממונא על המנה שלישי, שהרי מיד צריך הנפקד לדעת למי להשיב המנה שלישי, ובדאי אם בשעת ההשבה יודו זה לזה ולא יתבע כל אחד המנה שלישי אז יחזיר להם המעות כפי מה שהם אומרים ושפיר יצא ידי חובתו, אבל השתא מיהא אינו יודע מה יהיה כשיבואו לתבוע הפקדונות ומיד חל אצלו ספק למי הוא מחויב להשיב המנה שלישי, והרי באותה שעה אין החלוקה יכולה להיות אמת, ואפילו אם אחר כך הקנה האחד חצי המנה שלישי חבירו, מכל מקום בשעת ההפקדה עדיין לא הקנה, ובאותה שעה בודאי לא היתה שייכת המנה שלישי אלא לאחד מהם, וכיון דבאותה שעה חל הספק אי אפשר שיחול על הך ספק דינא דחלוקה, דהא אין החלוקה יכולה להיות אמת, ומשום הכי מיד בשעת ההפקדה חל על המנה שלישי דינא דמונח

אם לא יודו זה לזה כשיבואו לתבוע הפקדונות.

וכל זה שייך דוקא בנפקד שקיבל המעות בתורת שמירה ופקדון, וחל עליו חיוב השבה, ועל ידי כך נעשה בעל דבר לגבי הממון, ואם יש לו ספק בחיוב השבה חל תורת ספק על הממון מיד, כמש"נ, אבל בשנים אוחזים במקח לא קיבל המוכר מעולם שמירה על המקח או המעות, והוא מניח לכל מי שקנה המקח לבא ולקחת אותו, ולא חל על המוכר חיוב השבה, ואפילו אם הוא יודע בבירור שרק אחד מהם לקחו ואינו יודע איזה הוא, לא הוטל הממון על ידי זה בספק, דמאי איכפת לן בספיקותיו של מוכר הואיל ואין עליו חיוב השבה ואינו שום בעל דבר לגבי הממון, ולא חל הספק עד שבאו לבית דין תפוסין ומתעצמין, ובאותה שעה כבר הוי חלוקה יכולה להיות אמת, דלעולם חשיבא חלוקה יכולה להיות אמת אפילו היכא דודאי איכא רמאות בטענותיהן בר ממנה שלישי דידוע לנפקד, וכמו שכתב הרא"ש, וכמש"נ.

פרק ז

בו יתבאר בארוכה מחלוקת הבעל המאור והרמב"ן כשהמוכר מסייע לאחד מהאוחזים בטלית אם שכנגדו נשבע שבועה דאורייתא והטעם שנפטר מי שמסייעו משבועת התקנה, וגם יתבארו ראיות הבעל המאור מסלעים דינרים ומעבדא דקטע לידיה.

[**בבא מציעא ב:**] ולחזי זוזי ממאן נקט לא צריכא דנקט מתרוייהו וכו', וכתבו התוס' בד"ה ולחזי זוז"ל: דהכא פריך שפיר דאע"ג דאין מקחו בידו נאמן הוא כעד אחד ואמאי שניהם נשבעין אותו שהמוכר מסייעו יפטר משבועה ואידך ישבע שבועה דאורייתא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ושיטה זו הובאה ברא"ש בשם ר"ת, עיי"ש, ועיימש"נ בשי"ד פט"ז, ומה שכתבו דזה שכנגדו נשבע שבועה דאורייתא ולא שבועת התקנה, יש חומרא במה שנשבע שבועה דאורייתא, ואע"ג דגם שבועת התקנה צריך לישבע בנקיטת חפץ כעין דאורייתא, מכל מקום שבועה דאורייתא חמורה, שהוא נשבע בנרות דולקות ונודות נפוחות, כמו שכתבו התוס' לקמן (דף יד.). בד"ה דינא הוא, יעו"ש.

וגם הבעל המאור למד דקושית הגמרא היתה דנשאל למוכר וליהוי עד המסייע לפוטרו מן השבועה וז"ל: אלא הכי פירושא לאו מכלל דאי ידע מהימן כבי תרי אלא מהימן כעד אחד ויש לומר במקום דאיכא שבועה דאורייתא לא תיקון רבנן שבועת תקנת חכמים במשנתנו כדאמרינן לסומכוס מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא בעבדא דקטעה לידו כדברא אף כאן אילו היה עד אחד מי שהיה העד כנגדו היה נשבע שבועה דאורייתא ונוטל מחצה ומי שהעד עמו נוטל מחצה בלא שבועה דקא מסייעא ליה עד אחד וכדאמרינן לענין סלעין דינרין משום דמסייעא ליה שטרא סיוע בעלמא ואע"ג דלאו סהדותא מעלייתא היא שאין השטר מעיד שתים ולא שלש אלא סיועי בעלמא הוא אף כאן שעדות העד אחד כדברי אחד מהם הוא שנוטל בלא שבועה כלל וחבירו נוטל בשבועה דאורייתא עכ"ל, יעו"ש.

והרמב"ן במלחמות הקשה על דברי הבעל המאור וז"ל: אמר הכותב הרב רבי יעקב ז"ל כך פירש בספר הישר דמאן דמכחש ליה סהדא מחייב שבועה דאורייתא ומאן דמסייעא ליה נוטל בלא שבועה וטעמיה משום דשבועה דמתניתין משום חשדא היא דשלא יהא כל אחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו כדרכי יוחנן והאי כיון דמסייע ליה עד אחד רגלים לדבר דלא משקר ואידך חשיד ואיהו לא חשיד זהו תורף הפירוש ההוא אבל בעל המאור ז"ל קלקל דבריו מפני ראיותיו שהביא מדסומכוס ומשמעתא דלקמן לפי שנראה מדבריו דאפילו שבועה דאורייתא כגון מודה במקצת או שבועת השומרים פוטר עד אחד וזה דבר שאי אפשר דלא אשכחן עד אחד קם אלא לחייב שבועה וכו' והראיה עצמה שהביא לדבריו מדסומכוס תמה הוא מי דמי להא מילתא ואדרבה אי איכא לדמויה הויה תיובתיה דהא התם מדינא מוכר ולוקח פליגי לדעת סומכוס וכיון דקטע מוכר לידיה ואחייב ליה שבועה דאורייתא אמרינן הואיל ונשבע ישבע על הכל והטעם לפי שמחייבו שבועה וליטול מחצה אי אפשר דלא גרע מלוקח דשקיל פלגא בלא שבועה וליפטרו בלא שבועה אין לנו שלא האמינה תורה מודה מקצת עד שישבע ואפילו

בזמן שהכל בחזקתו הלכך ישבע ויפטר לגמרי שהתורה האמינה מודה מקצת בשבועה כל זמן ששבועתו ליפטר שלא ישלם כלומר שאין הממון ברשות האחר ואינה דומה לנידון שלפנינו דהכא מי שנשבע שבועת התורה הוא שמפסיד ומין בשאינו מינו הרכיב וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומשמע מדברי הרמב"ן שהוא הבין בדברי הבעל המאור דקאמר תרי טעמי להא דזה שהעד מסייע לו פטור מן השבועה, חדא משום שבמקום שבועה דאורייתא לא תיקנו חכמים שבועת התקנה והדר דינא להיות חלוקה בלא שבועה, ורק זה שהעד כנגדו נשבע שבועה דאורייתא, ושנית דהואיל והעד מסייע לו פטור מן השבועה, דעד המסייע פוטר מן השבועה, והביא הבעל המאור ראיה לטעם הראשון מהא דקאמר לקמן (דף ק:) זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין אימא סיפא זה אומר ברשותי וזה אומר ברשותי ישבע המוכר שברשותו ילדה ולרבה בר רב הונא דאמר אין אמר סומכוס אפילו ברי וברי אמאי ישבע מוכר יחלוקו מיבעיא מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא ודקטעה לידה כדרבא, יעו"ש, ומבואר התם דהיכא דאיכא שבועה דאורייתא לא אמרינן ממון המוטל בספק חולקים, והכא נמי במקום דאיכא שבועה דאורייתא לא נימא דחולקים בשבועה ולא תיקנו רבנן שבועת התקנה, והקשה עליו הרמב"ן דלא דמיא להתם ואי איכא לדמויה הוי תיובתא, דהתם היינו טעמא דאין חולקים משום טובת הנשבע מה שאין כן בדידן שזה שהוא נשבע מפסיד, כנ"ל, אבל צריך עיון היאך הבין הרמב"ן בסברת הבעל המאור, ומה עלה בדעת הבעל המאור לדמות הך דסוגיין לההיא דמודה סומכוס.

והנה הרמב"ן כתב שהבעל המאור קלקל דבריו מפני ראיותיו שהביא מסומכוס ומשמעתא דלקמן, כלומר דינא דסיוע דשטרא פוטר מן השבועה, כדלקמן (דף ד:), יעו"ש, ומפני ראיותיו למד הבעל המאור דעד המסייע פוטר גם משבועה דאורייתא, והרמב"ן עצמו פליג עליו, אולם חזינא מדבריו שלמד דהבעל המאור היתה לו ראיה דעד המסייע פוטר שבועה דאורייתא מההיא דמודה סומכוס, כמו שהביא נמי ראיה מסיוע דשטרא, והיכן ראה הבעל המאור, לפי הבנת הרמב"ן, בההיא דסומכוס דעד המסייע פוטר שבועה דאורייתא.

ונראה דכפי הבנת הרמב"ן למד הבעל המאור דהא דאין חולקים היכא דקטעה לידה דעבדא הוא כדי שיוכל המוכר לישבע שבועה דאורייתא דמודה במקצת, אבל אילו היינו דנין בו דחולקים היה המוכר נפטר משבועה מדין עד המסייע פוטר מן השבועה, דהא לא בעינן לזה עד מעליא אלא כל שיש סמך וסעד לטענתו הרי הוא נפטר מן השבועה, וכי היכי דסיוע דשטרא פוטר משבועה דאורייתא, ואע"ג דלאו סהדותא מעלייתא היא, כמו שכתב הבעל המאור, כנ"ל, כמו כן סיוע אחרינא נמי פוטר מן השבועה, והיכא דאיכא דררא דממונא וחולקים הממון אפילו במקום חזקת מרא קמא של אחד מהם הרי מבואר דהדררא דממונא עצמה מחשבת ונותנת סיוע לטענת כל אחד מהם ומשום הכי חולקים, ואם כן כיון שהדררא דממונא מסייעא לטענת המוכר הרי

זה פוטר משבועה דאורייתא, כי היכי דסיוע דשטרא פוטר משבועה דאורייתא, ומשום הכי תיקנו חכמים דבמקום שבועה דאורייתא לא אזלינן בתר דררא דממונא ואין דנין להו חלוקה.

ונמצא דאין למוכר סיוע לטענתו ושפיר נשבע שבועה דאורייתא דמודה מקצת, והוא הדין נמי בשנים או חזים בטלית אילו היה מחויב לישבע שבועת התקנה היה נפטר זה שהעד כנגדו משבועה דאורייתא שהרי יכול לישבע שבועת התקנה ולסייע לטענתו על ידי בירור דהך דשבועת התקנה, ועל ידי כך נפטר משבועה דאורייתא מדין עד המסייע פוטר מן השבועה, ומשום הכי בכהאי גוונא דאיכא שבועה דאורייתא לא תיקנו חכמים דין חולקים בשבועה, וממילא אין לו שבועת התקנה לסייע לטענתו ושפיר נשבע שבועה דאורייתא כנגד העד אחד, וכיון שהעבירו חכמים דינא דחולקים בשבועה גם השני שהעד מסייע לו אינו נשבע ונוטל בלא שבועה, ועוד איכא דינא דאינו נשבע דאפילו אם נימא דעדיין איכא דין חולקים בשבועה הרי העד מסייע לו ופוטר מן השבועה, כן הבין הרמב"ן בדברי הבעל המאור, ושפיר כתב דהבעל המאור אית ליה ראייה מסומכוס דעד המסייע פוטר משבועה דאורייתא.

והא דבההיא דסומכוס הוצרכו חכמים לבטל כל דין החלוקה ובטלית לא ביטלו אלא השבועה, היינו משום דבההיא דסומכוס החלוקה באה על ידי דררא דממונא, והרי החלוקה עצמה מסייעא לטענתו, כמש"נ, אבל בטלית ליכא דררא דממונא, והא דחולקים הוא משום דאי אפשר לדון כל דאלים גבר הואיל ושניהם מוחזקים, כמו שכתבו הרמב"ן וכמה ראשונים, ואין עצם החלוקה מסייעא לטענתו כלל, אבל אילו היה נשבע שבועת התקנה היה בירור השבועה מסייעא לטענתו ופוטר משבועה דאורייתא, ומשום הכי ביטלו השבועה אבל לא החלוקה, כן אזלי דברי הבעל המאור לפי הבנת הרמב"ן.

והרמב"ן עצמו דחה ראית הבעל המאור מההיא דסומכוס דהתם היינו טעמא דמודה סומכוס במקום דאיכא שבועה דאורייתא משום דלא אפשר באופן אחר, דליתן לו מחצה אי אפשר דלא גרע מלוקח, ולפוטר מן השבועה אי אפשר שהרי לא האמינה תורת מודה במקצת עד שישבע, ומשום הכי מבטלינן דין ממון המוטל בספק חולקים והמוכר נשבע על הכל ונוטלו, אבל בטלית יש להשביע זה שהעד כנגדו שבועה דאורייתא, ואם אתה מבטל תקנת שבועה דהחלוקה הרי אתה מפסידו לזה שנשבע שבועה דאורייתא, דנמצא זה שכנגדו נוטל חצי בלא שבועה, ויש לדקדק במה שכתב דלישקול פלגא אי אפשר דלא גרע מלוקח, והא גרע וגרע, דהלוקח לא הודה במקצת וליכא ריעותא בטענתו, מה שאין כן המוכר דאיתרע טענתו על ידי הודאתו במקצת, ועוד קשה דלמה לא נאמר כן גם בטלית, דהיאך יכולין להשביע זה שהעד כנגדו שבועה דאורייתא על החצי שנוטל, והרי לא גרע מן השני שנוטל חצי בלא שבועה דאורייתא. ולכאורה צריך לומר דס"ל להרמב"ן דכל שנתחייב שבועה דאורייתא הרי שבועתו נותנת לו תוספת נאמנות, והתורה לא נתנה לו נאמנות זו בכדי אלא כדי לזכות על ידה, ולכן היכא דאיכא דררא דממונא הרי הדררא עצמה נותנת לו החצי ולא טענתו שטען

בבית דין, ואפילו בברי וברי עדיין באה החלוקה על ידי הדררא דממונא, וכיון דשוין בטענותיהם אנו דנין ספק הממון עצמו ולא הטענות, וחולקים בלא שבועה מכח הדררא דממונא, וזה שהודה במקצת אילו לא נשבע לא היה נאמן והשני נוטל הכל, דטענת השני מעליא וטענת זה המודה איתרע על ידי הודאתו, אבל אם נשבע שוב הושוו הטענות, והרי הוא נוטל מחצה מכח הדררא דממונא ולא מכח טענתו, ונמצא שלא זכה כלום על ידי נאמנות השבועה, ולא אהני לו שבועתו אלא לעכב השני מלזכות בטענתו, וכיון שהשוו הטענות הרי הוא זוכה על ידי הדררא דממונא עצמה, כמש"נ.

והיינו מה שכתב הרמב"ן דלא גרע מלוקח, כלומר דכי היכי דהלוקח שאין לו שום חזקת מרא קמא זוכה בפלגא מכח הדררא דממונא, כמו כן המוכר נמי זוכה בפלגא על ידי הדררא דממונא, ואין השבועה מזכהו כלום, כמש"נ, ולא דמי לכל מודה במקצת ששבועתו נמי באה לתקן הריעותא, דהתם הרי הוא זוכה בטענתו, וכיון שהשבועה נותנת לו נאמנות בטענתו נמצא שזכה על ידי נאמנות השבועה, ואם כן לא קשה למה בטלית לא אמרינן לא גרע מן השני, דהרי בטלית ליכא דררא דממונא, וכל זכיתו לא הוי אלא על ידי טענתו, וכיון שהשבועה נותנת לו נאמנות בטענתו נמצא שזכה על ידי נאמנות השבועה.

וליישב שיטת הבעל המאור יש לומר דגם הוא למד כשיטת הרמב"ן דהיינו טעמא דמודה סומכוס משום דבלאו הכי אי אפשר להשביעו, אי מטעמא שכתב הרמב"ן, אי נמי משום דלישקול פלגא אי אפשר הואיל והוא נשבע על כולה, וכדאמרינן לקמן (דף ה:) דבטלית אין להשביעו כולה שלי דהא לא יהבינן ליה כולה, ומשום הכי משביעין אותו שאין לו בה פחות מחציה, אבל בדררא דממונא לא אפשר להשביעו שאין לו בה פחות מחציה דהא אין החלוקה יכולה להיות אמת, כמו שכתבו התוס' בסוגיין (דף ב.) בד"ה ויחלוקו, יעו"ש, ועל כן הוא נשבע על כולה, ומי יהבינן ליה כולה, ומשום הכי מבטלינן דין ממון המוטל בספק חולקים, והדר דינא דאזלינן בתר המרא קמא, ויכול לישבע על הכל.

ומה שכתב הבעל המאור דבמקום שבועה דאורייתא לא תקון שבועת התקנה קאי רק על זה שהעד כנגדו, דאין מבטלינן אלא שבועתו ולא שבועת השני, ושבועת השני נפטרת אך ורק מדין עד המסייע פוטר מן השבועה, וכן משמע מלשונו, דבריש דבריו קאי על זה שהעד כנגדו ובסוף דבריו על זה שהעד מסייע לו, עיי"ש, והא דזה שהעד כנגדו צריכין לבטל ממנו שבועת התקנה יש לומר משום דבלאו הכי הוה ליה שבועת הנוטלין, דכיון דכל דינו לחלוק בהטלית מעוכב שבועת התקנה לא חשיב עדיין מוחזק על ידי הפסק דחלוקה, והרי דינו רק כדין נשבע ונוטל, שיש לו זכות נטילה על ידי שבועה, ואם כן אי אפשר לחייבו שבועה דאורייתא, דהא כל הנשבעין שבתורה נשבעין ונפטרינן, כדאיתא בכתובות (דף פז:), ומשום הכי פטרוהו רבנן משבועת התקנה ושוב הוי דינו ליטול הפלגא בלא שבועה, ואין נטילתו חסר מידי והרי הוא נחשב כמוחזק מכח הפסק דחלוקה, ואם איכא עד אחד כנגדו נשבע שבועת התורה, ועל ידי שבועת עד אחד לא חשיב נשבע ונוטל, דאין שבועה זו באה מצד עצם דין החלוקה אלא שבועה

צדדית בעלמא היא, מה שאין כן שבועת התקנה שהיא מעצם דיני החלוקה.
וכן מבואר מפירוש המשניות להרמב"ם שכתב דזה שהעד כנגדו נשבע שבועת
התורה, הרי דס"ל דלא חשיב נשבע ונוטל, ושוב כתב דמה דנשבע דאין לו בה פחות
מחציה נלמד מכל נשבע ונוטל שאינו נשבע אלא על מה שראוי ליטול באותה שבועה,
וגם בדבריו צריכין לחלק דשבועת התקנה דהוי דין בעצם החלוקה הוי נשבע ונוטל,
אבל שבועת עד אחד שנתחייב מן הצד אינה מבטלת דין החלוקה ולא חשיב נשבע
ונוטל, וכן מוכח נמי מדברי הרשב"א.

פרק ח

בו יתבאר ההוה אמינא בהסוגיא דבשנים אוחזים חייב שבועת מודה במקצת מדין אגן סהדי שיש לחבירו החצי, וגם יתיישבו דברי רש"י דבהעידו עדים חמשים חייב וחמשים פרע לא היה אומר רבי חייא שנשבע על השאר והא הודה הלוח שהעדים פסולים הם.

[בבא מציעא ג.] תני רבי חייא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים

מעידים אותו שיש לו חמשים זוז נותן לו חמשים זוז וישבע על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מקל וחומר ותנא תנא שנים אוחזין בטלית זה אומר אני מצאתיה וכו' והא הכא כיון דתפיס אגן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא ומאי דתפיס האי ידיה הוא וקתני ישבע, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אגן סהדי דמאי דתפיס האי היינו פלגא ידיה הוא שהרי מוחזק הוא בפנינו והרי הוא תובע את כולה וחבירו כופר את כולה שאומר כולה שלי ואף מה שאתה תפוס בידך ואנו מעידין אותו שיש לו בה מקצת ומחייבים את חבירו שבועה על השאר דהיינו חצי שעכב לעצמו עכ"ל, יעו"ש.

וקשה דאיזה דין אגן סהדי אית כאן שיש לכל אחד החצי במקום ששניהם טוענים כולה שלי, ואם בכהאי גונא איכא אגן סהדי להאי ולהאי היאך סלקא דעתין שיתחייב שבועת מודה במקצת, ובאמת כן מסיק לקמן (דף ד.) מי דמי התם למלוה אית ליה סהדי ללוה לית ליה סהדי דלא מסיק ליה ולא מידי דאי הוה ליה סהדי ללוה דלא מסיק ליה ולא מידי לא בעי רבי חייא לאשתבועי הכא כי היכי דאגן סהדי להאי אגן סהדי להאי ואפילו הכי משתבעי, יעו"ש, אבל היאך עלה על הדעת שישבע שבועת מודה במקצת היכא דאגן סהדי מסייע לו.

עיינן עוד מה שכתב רש"י לקמן (שם) בד"ה אי הוה ליה וז"ל: כגון אילו העידו העדים חמשים חייב וחמשים פרע בכהאי גונא לא הוה אמר רבי חייא דצריך לישבע על השאר עכ"ל, יעו"ש, הרי שלמד רש"י דהא דקאמר אילו הוה ליה ללוה סהדי היינו דאותם העדים עצמם שהעידו שחייב לו חמשים העידו נמי שחמשים פרע, וקשה טובא מהא דאיתא בבבא בתרא (דף קכח:) שלח ליה רבי אבא לרב יוסף בר חמא המוציא שטר חוב על חבירו מלוה אומר לא נפרעתי כלום ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידין שפרע כולו הרי זה נשבע וגובה מחצה מנכסים בני חורין אבל ממשועבדין לא דאמרי אגן אעדים סמכין, יעו"ש, ומבואר בתוס' ובנמוקי יוסף שם דאינו נפטר מן השבועה על ידי העדאת העדים שפרע כולו, דהא לדבריו העדים פסולים שהרי מכחישם, והודאת בעל דין כמאה עדים, ומשום הכי לגבי עצמו לחובתו אינו יכול לסמוך על עדים אלו, ונחלקו שם בטעמא דמהני שבועה כנגד השטר, יעו"ש, ואם כן הכא נמי שהלוה טוען שפרע כולו והעדים מעידים שפרע מקצתו, הרי לדבריו העדים שקרנים ופסולים, והיאך פוטר עצמו משבועתו על ידי סיוע דעדים אלו.

עוד יש לדקדק במה שכתב רש"י בסוגיא דלקמן בד"ה אגן סהדי להאי וז"ל:

דחציה שלו ולמה הצריכוהו חכמים שבועה שמע מינה טעמא לאו משום מודה מקצת

הטענה הוא כרבי חייא ואינה שבועה דאורייתא אלא תקנת חכמים שלא יהא כל אחד הולך ותוקף כו' עכ"ל, יעו"ש, ומה שכתב ולמה הצריכוהו חכמים שבועה אינו מובן דהא לפי ההוה אמינא אין כאן שבועת התקנה אלא שבועה דאורייתא, וכמו שכתב בהמשך דבריו, כנ"ל.

והנה עיין ברמב"ם פ"ד גזילה הלט"ז שהביא שיטת הגאונים דאם נתחייב על חצי טענתו משום דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם הרי הוא נשבע על השאר שבועת מודה במקצת, והיינו דפסק דין הוי כהעדאת עדים לחייבו שבועה על השאר, והרמב"ם עצמו חולק דבכהאי גוונא אינו נשבע על השאר, יעו"ש, והש"ך בסי' ע"ה סק"ט כתב לחלק בין דינא דמתוך לשאר פסק דין, דהיכא דדין הממון נתברר לבית דין הוה ליה כהעדאת עדים, אבל על ידי דינא דמתוך אין הדבר מבורר לבית דין, יעו"ש באורך הדברים, ואולי כונתו בכך דמתוך לא הוי פסק על הממון, אלא דכל דין שבועה הוא או ישבע או ישלם, ואם כן במקום שאינו יכול לישבע הרי הוא משלם מדין השבועה עצמה, ולא חשיב כמו שנתחייב ממון על ידי העדאת עדים, ועיימש"נ בזה בשי"ג פ"ד. ונראה לבאר לפי זה דהא דסלקא דעתין דשבועת שנים אוחזים הוי שבועת התורה דמודה במקצת וכדין העדאת עדים, היינו מכח הפסק דין של חלוקה, דכיון דכששנים נכנסים לבית דין אוחזים בטלית דינא הוא דבית דין פוסקים להם חלוקה, נמצא דאנן סהדי דכל אחד יש לו בודאי החצי מדין חלוקה, וכשהנתבע טוען כולה שלי הרי החצי צריך לשלם להשני מדינא דחלוקה ועל החצי הנשאר בידו צריך לישבע שבועה דאורייתא, כדינא דהעדאת עדים, דפסק דין הוה ליה כהעדאת עדים, כמש"נ, וכן השני נמי חשיב כמודה מקצת על ידי הפסק דין ונשבע שבועה דאורייתא, והא דקאמר אנן סהדי וכו' היינו לאחר דין החלוקה, דכיון דזוכה בחצי על ידי דינא חלוקה אנן סהדי שיש לו חצי, ואם כן אין להקשות דסיוע דאנן סהדי יפטרנו מן השבועה, והיאך סלקא דעתין דנשבע שבועת מודה במקצת, דהא אין כאן שום בירור בהך אנן סהדי, רק פסק דין דחלוקה, ובמה דיש לו נמי זכות בהחצי על ידי דינא דחלוקה אין שום סברא לפוטרו, ואדרבה על האי זכות גופא צריך לישבע.

והיינו מה שכתב רש"י לקמן דלמה הצריכוהו חכמים שבועה, דכיון שכל השבועה באה על ידי תקנה דחלוקה שפיר נופל בזה לשון הצריכוהו חכמים שבועה, דעל ידי מה שתיקנו חלוקה הצריכוהו אותה שבועה דאורייתא, ואדרבה איכא למימר דלפי ההוה אמינא גם זה הוא בכלל התקנה, שרצו חכמים חלוקה בשבועה, ולא הוצרכו לחדש לכך שבועה חדשה, אלא דעל ידי תקנת חלוקה עצמה אית כאן שבועה דאורייתא מדין העדאת עדים, כמש"נ.

ומסיק דלא דמי דכי היכי דאיכא אנן סהדי להאי וכו', רצונו לומר דנהי דאין סיוע דאנן סהדי פוטרו מן השבועה, כמש"נ, מכל מקום הרי אותו המחייב של השבועה עצמו, דהיינו דינא דחלוקה, נותן לזה הנתבע חצי השני, וכי היכי דאילו באו עדים ואמרו חמשים פרע וחמשים לא פרע לא היה רבי חייא מחייב שבועה, ואע"ג דאינו יכול לפטור עצמו בסיוע העדים דהא הכחיש אותם והודה שהם פסולים, מכל מקום

ההעדאת עדים גופא המחייבת השבועה על חצי השני פוטרנו על אותו החצי, ולא שייד בכהאי גונא שבועה, והוא הדין נמי הכא, הרי חד דינא דחלוקה איכא לתרוייהו, ואותו דין חלוקה שנוטל ממנו החצי ומחייבו שבועה על השאר נותן לו אותו השאר, ובכהאי גונא ליכא שבועה דהעדאת עדים.

ולפי זה יש ליישב נמי דברי הרשב"א דנראין כסותרין אהדדי, דבריש סוגיין כתב וז"ל: הא דאמר ותנא תונא לא דמי דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והני נשבעין ונוטלין אלא כיון דלא קאי לא דייקין ביה כולי האי וכו' עכ"ל, ולעיל (דף ב:) גבי וליחזי זוזי ממאן נקט למד הרשב"א כהבעל המאור דליהוי המוכר כעד אחד וזה שמסייע לו יפטר מן השבועה וזה שהוא כנגדו ישבע שבועה דאורייתא, יעו"ש, הרי שלא חשיב לשנים אוחזים כנשבעין ונוטלין, כן מקשין העולם.

ולפימשי"נ יש לומר דעל ידי פסק דין דחלוקה נתחייב שבועה דאורייתא כדין העדאת עדים, אם כן נמצא דזהו גופא מדיני החלוקה דצריך לישבע עליו שבועת התורה דמודה במקצת, וכמו שכתב רש"י דהצריכוהו חכמים שבועה דאורייתא, ומשום הכי חשיב כשבועת הנוטלין, שהרי אינו זוכה אלא על ידי חלוקה, ודין החלוקה מחייב שבועה, וכל זמן שלא נשבע אין לו זכות בהממון, מה שאין כן התם דעד אחד מחייבו שבועה הרי זה מחייב צדדי מן החוץ, ולא בא החיוב שבועה מצד עצם דין החלוקה, ובכהאי גונא הרי דין החלוקה מוחלטת, ואין זכותו בהממון מעוכב שום דבר, ואם משום דעד אחד מעיד כנגדו, הרי יכול לישבע כדין כל הנשבעין ונפטריין, ומה שכתב הרשב"א בשלהי הסוגיא דבשנים אוחזין הוה ליה כנחלקה, היינו על ידי דין החלוקה עצמו, וכמו שכתב שם שהטלית לפנינו ומזומן לפנינו ליחלק, יעו"ש.

ובהא דלא חשיב כנשבע ונוטל משום שבועת התקנה יש לומר כמו שכתב הבעל המאור דבמקום שבועה דאורייתא לא תיקנו חכמים שבועת התקנה, ועיימש"נ בש"ב פ"ז, אולם הרשב"א לא הזכיר סברא זו כשהביא דברי הבעל המאור, אי נמי יש לומר דרק על ידי שבועה דאורייתא נפסדת החלוקה וחשיב כנוטל, דשבועה דאורייתא באה לברר ספק הממון, אבל שבועת התקנה, כגון שלא יהא כל אחד הולך ותוקף טליתו של חבירו, לא הוי לברר ספק הממון אלא משום תיקון העולם בלבד, ונמצא דגם קודם שנשבע שבועת התקנה דין החלוקה לא חסר כלום, ואם עד אחד מעיד כנגדו שפיר חשיב כנשבע ונפטר.

פרק ט

בו יובאו דברי הרשב"ם שהוכיח דהארבא דהו מינצו עלה בי תרי, דהדין כל דאלים גבר, לא מיירי בשניהם מוחזקים שהרי תנן שנים אוחזים בטלית יחלוקו, ויבואר למה לא הביא המשנה כצורתה אלא צירף לה מימרא דכל אחד נוטל עד מקום שידו מגעת.

[**בבא בתרא לד:**] ההוא ארבא דהו מינצו עלה בי תרי האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי היא אתא חד מינייהו לבי דינא וכו', יעו"ש, ומבואר בגמרא דבכהאי גוונא דינא הוא דכל דאלים גבר, וכתב הרשב"ם וז"ל: ולא זה ולא זה מוחזקין בה מדלא רמי עלה ממתניתין דשנים אוחזין בטלית (ב"מ דף ב.). שזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת ולא אמרינן כל דאלים גבר כן פירש ר"ח עכ"ל, יעו"ש.

ועיין מה שכתבו התוס' בד"ה ההוא וז"ל: הדין דכל דאלים גבר ואם תאמר מאי

שנא משנים אוחזין בטלית דאמר בריש בבא מציעא (דף ב.). דיחלוקו ומפרש ר"ת דאוחזין שאני דכיון ששניהם מוחזקים אין לנו להניח שיגזול האחד לחבירו דחשיב כאילו אנו יודעין שיש לשניהן חלק בה וכו', עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מתירוצם דהקושיא היתה על שנים אוחזים בטלית דיחלוקו, ולמה אין הדין דכל דאלים גבר, ולפי זה הסברא החיצונה היא דמוטב לדון כל דאלים גבר מלדון יחלוקו, ועל זה תירצו דכיון דשניהם מוחזקים אין לנו להניח חטיפות, ואע"פ דבעצם כל דאלים גבר עדיף, מכל מקום חולקים, ועיימש"נ בש"ב פ"י.

והרשב"ם לא הקשה קושית התוס' מיד על הא דקאמר בגמרא בההוא ארבא דכל

דאלים גבר, ומאי שנא משנים אוחזים דיחלוקו, אלא הקשה על הצד דשניהם היו מוחזקים בהארבא, דהדין הוא כל דאלים גבר אע"פ ששניהם מוחזקים, ודחה צד זה מהמשנה דשנים אוחזים, ומבואר דהרשב"ם שפיר ידע סברת התוס' דאע"פ דכל דאלים גבר עדיף אין לדון כן במקום דשניהם מוחזקים, ולכן לא הקשה מיד על הגמרא אלא על הצד דשניהם היו מוחזקים בהארבא.

אולם יש לדקדק, דאילו היו שניהם מוחזקים בהארבא, ואע"פ כן קאמר בגמרא

דכל דאלים גבר, על כרחך צריך לומר דהגמרא ס"ל דכל דאלים גבר עדיף מחלוקה אפילו כששניהם מוחזקים, שהרי לא הקשה הרשב"ם הלא אי אפשר להיות דבר כזה דכל דאלים גבר אפילו בשניהם מוחזקים, אלא כל קושיתו היא מהמשנה דשנים אוחזים, דמאי שנא הכא בשניהם מוחזקים דכל דאלים גבר ובשנים אוחזים בטלית יחלוקו, וקושיתו היא על גמרא דידן, כמו שאמר מדלא רמי עלה ממתניתין דשנים אוחזים, כנ"ל, ואם הסברא חיצונה היא דבעצם כל דאלים גבר עדיף מחלוקה, כמו דמבואר מדברי התוס', כמש"נ, היה לו להקשות על המשנה דשנים אוחזים למה יחלוקו ולא אמרינן כל דאלים גבר.

והיה אפשר לומר דהרשב"ם לא ס"ל כהתוס', אלא ס"ל דהסברא חיצונה היא

דבעצם חלוקה עדיפה מדין כל דאלים גבר, אולם אם כן היה לו להרשב"ם להקשות על הגמרא דבארבא שאין שניהם מוחזקים כל דאלים גבר, והלא חלוקה עדיפה, אלא

לכאורה ס"ל דבעצם כל דאלים גבר עדיף, ואילו היו שניהם מוחזקים בהארבא ודנים להם כל דאלים גבר מוכח דלא איכפת לן בחטיפות, ואם כן למה פריך על גמרא דידן, והלא מן הסברא חיצונה דינא דכל דאלים גבר עדיף מחלוקה, והיה לו להקשות על משנה דשנים אוחזים, וכמו שהקשו התוס'.

עוד יש לדקדק בדברי הרשב"ם שהביא לשון המשנה דבבא מציעא שלא כצורתה, דבמתניתין שם תנן זה נשבע וזה נשבע ויחלוקו, והרשב"ם כתב שזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת, והוא באמת ברייתא דתני רב תחליפא בר מערבא קמיה דרבי אבהו לקמן שם (דף ז.ו.), יעו"ש, ולמה הרכיב הרשב"ם הא דתני רב תחליפא בדינא דמתניתין.

ונראה דבעצם כל דאלים גבר עדיף מחלוקה אפילו כששניהם מוחזקים, דבכל דאלים גבר אפשר שיגיע הממון להבעלים האמיתי, ובפרט כמו שכתב הרא"ש דסומכים על זה שמי שהדין עמו מוסר נפשו להעמיד את שלו בידו יותר ממה שמוסר האחר נפשו לגזול, ועיימש"נ בש"ב פ"י, אבל בפסק דחלוקה בודאי מפסידים חצי ממונו להבעלים האמיתי.

ואכן הקשה הרשב"ם דבמקום ששניהם מוחזקים עדיף לעשות חלוקה משום דחלוקה בכהאי גוונא לא הוי מדין פסק בית דין אלא אופן אחר של סילוק יד בית דין, וכי היכי דדינא דכל דאלים גבר הוא סילוק יד בית דין, כמו כן דינא דחלוקה כששניהם מוחזקים, כמש"נ בש"ב פ"י ב, דכיון דשניהם מוחזקים בהחפץ ואי אפשר לברר הענין, הרי בית דין מושכים ידיהם ומניחים הענין בלי פסק והכרעה, ודנים שיהא החפץ נשאר במצב הזה שהוא מצוי בו בלי הכרעת הספק וחולקים.

ובודאי אית כאן פסק על עצם הממון מה לעשות בו, שבית דין חולקים אותו ביניהם ומשביעים את שניהם, ומכל מקום על ענין הספק אין כאן שום פסק והכרעה, וכמו בכל דאלים גבר דאית כאן פסק על הממון שיהא כל דאלים גבר וסילוק לגבי הספק והטענות, כמש"נ שם.

והוכיח הרשב"ם דכן הוא דין החלוקה בשניהם מוחזקים השנויה במשנה דשנים אוחזים בטלית, שהיא מדין סילוק ולא מדין פסק כמו חלוקה או שודא בשני שטרות היוצאים ביום אחד, מהא דתני רב תחליפא עלה דזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת, והרי כל הטלית מוטלת בספק, דכל אחד יש לו תפיסה בכולה, וגם מה שידיהם מגיעות בכלל הספק שלפני בית דין, ואילו היו פוסקים על הספק היו צריכים לחלוק את כל הטלית כולה, ולא איכפת לן במה שאין תפיסתם בשולי הטלית שוות, אבל אם נאמר דחלוקה דשנים אוחזים בטלית הוא מדין סילוק יד בית דין, שמניחים הטלית בהמצב שבו מצויה, ולפי המצב הרי כל אחד אוחז עד מקום שידו מגעת, והרי זה נשאר בידו, וגם שניהם מוחזקים בשאר הטלית, והרי היא נשארת בחזקתם וחולקים אותה.

וזהו יסוד קושית הרשב"ם, דבודאי עדיף כל דאלים גבר מפסק דחלוקה כיון דאין בזה בירור הממון, כמש"נ, ואדרבה בחלוקה היכא דאיכא למיקם עלה דמילתא יש

לחוש לזילותא דבי דינא אם יבואו עדים ויבורר הדבר שבית דין עוותו את הדין, אולם במשנה דשנים אוחזים מצינו דחולקים מדין סילוק יד בית דין כיון דזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת, ולא אמרינן כל דאלים גבר דסילוק דחלוקה עדיף מדין כל דאלים גבר, שלא יבואו לידי חטיפות והכאות, ואע"ג דאיכא למיקם עלה דמילתא אין לחוש לזילותא דבי דינא, שהרי לא פסקו על הממון אלא סלקו ידיהם מלפסוק, ואם כן קשה למה נאמר כל דאלים גבר בארבא ששניהם מוחזקים בה, אלא על כרחך צריך לומר דמייירי שאין מוחזקים בה.

עוד עיין בהמשך סוגיין זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי אמר רב נחמן כל דאלים גבר ומאי שנא משני שטרות היוצאין ביום אחד דרב אמר יחלוקו ושמואל אמר שודא דדייני התם ליכא למיקם עלה דמילתא הכא איכא למיקם עלה דמילתא וכו', יעו"ש, וביאר הרשב"ם דקושית הגמרא היא דלעיל נמי נימא רב נחמן חלוקה או שודא ואמאי אמר כל דאלים גבר, יעו"ש, ומוכח כן ממאי דמשני דהתם ליכא למיקם עלה דמילתא מה שאין כן בדרב נחמן דאיכא למיקם עלה דמילתא, והיינו דאין לדון חלוקה במקום דאיכא למיקם עלה דמילתא ויתגלה שהביאו בית דין הדין לידי עוות, וכיון דאין דנים חלוקה ממילא דנים להם כל דאלים גבר, ואם כן יש להקשות למה לא הביא הרשב"ם ראייה מהמשך הסוגיא דחלוקה עדיפא, ולמה הקשה ממשנה דבבא מציעא. ויש לומר דזה פשוט דלפי מסקנת הגמרא כל דאלים גבר עדיף מחלוקה בעובדא דההוא ארבא, דהרי התם איכא למיקם עלה דמילתא אם יבואו עדים ויבררו מי הוא הבעלים על הארבא, ויצא מזה זילותא דבי דינא שעוותו את הדין, אבל ממשנה דשנים אוחזים ומהא דתני רב תחליפא מבואר דחלוקה בשנים אוחזים היא מדין סילוק יד בית דין, כמש"נ, ואפילו אם יבואו עדים לא תצא מזה זילותא דבי דינא, שהרי לא עוותו את הדין אלא הניחו הממון בהמצב כמו שהוא בלי להורות.

פרק י

בו יבואר ראית תוס' מנסכא דרבי אבא שיש להעמיד כל דבר בחזקת מי שהוא בידו שאין הכונה לחזקת מטלטלין דהוא מדין המוציא מחבירו עליו הראיה, וגם מה שכתבו דלסומכוס היכא דאיכא דררא דממונא חולקים אף שאין החלוקה יכולה להיות אמת.

[**בבא בתרא לד:**] ההוא ארבא דהוּו מינצו עלה בי תרי האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי היא אתא חד מינייהו לבי דינא וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה ההוא ארבא דהוּו מינצו וכו' וז"ל: הדין דכל דאלים גבר ואם תאמר מאי שנא משנים אוחזין בטלית דאמר בריש בבא מציעא (דף ב.) דיחלוקו ומפרש ר"ת דאוחזין שאני דכיון ששניהם מוחזקים אין לנו להניח שיגזול האחד לחבירו דחשיב כאילו אנו יודעין שיש לשניהם חלק בה שכל דבר יש להעמיד בחזקת מי שהוא בידו כדאמרין גבי נסכא דרבי אבא דאע"ג דאמר ידידי חטפי חשבין ליה גזלן וחייב לשלם כאילו הוא ברור שהיתה הנסכא של אותו שהיה מוחזק בה והא דמדמי ליה התם טלית לשאר יהא מונח עד שיבא אליהו אע"ג דבשאר דהתם אין שום אחד מוחזק צריך לומר דשאר נמי חשיב להו כאילו שניהם מוחזקים בו כיון דמכח שניהם נפקד עכ"ל, יעו"ש.

והתוס' בריש בבא מציעא שם כתבו בסגנון הדומה וז"ל: ויש לומר דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי ידידיה הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואין כונתם דכל אחד חשיב מוחזק גמור על החצי והוי שלו בתורת ודאי, דהא גבי זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי הקשו התוס' שם בד"ה וזה נוטל רביע דלמה לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, ואם כל אחד מוחזק בתורת ודאי לפי טענותיו הרי אין כאן ספק מוציא מידי ודאי, ועל כרחך אין החלוקה אלא בתורת ספק, ומה שכתב הר"ן בבבא מציעא (דף ו.) דדילמא הוי חלוקה בתורת ודאי, יעו"ש, היינו אם זוכה בתורת ודאי על ידי הפסק דחלוקה, אבל מעיקר הדין הממון מוטל בספק כששנים אוחזים בו.

והא דאוחזים שאני כתבו התוס' בסוגיין משום שאין לנו להניח שיגזול האחד את חבירו, ואם כונתם לומר דבשנים אוחזים הרי כל אחד מוחזק בתורת ודאי בהחצי פשיטא שאין לנו להניח תפיסה, והלשון אין לנו להניח שיגזול האחד את חבירו משמע שהוא כעין תקנה, ואם אית ליה חזקה מעליא והממון שלו בתורת ודאי למה לי תקנה, והלא גזל גמור הוא, ועוד קשה דלמה הביאו ראיה מנסכא דרבי אבא, וכי מנסכא דרבי אבא נלמד דינא דחזקת מטלטלין, והלא הלכה מרווחת היא דכל מה שתחת יד האדם שלו הוא והמוציא מחבירו עליו הראיה.

אלא מוכח מדברי התוס' דליכא דין מוחזק וחזקת מטלטלין במקום שנים אוחזים, דכל אחד מבטל חבירו, מכל מקום הרי כל אחד תפוס ואחוז בהטלית, ואין לבית דין להניח חטיפות ושכל אחד יגזול את חבירו ויוציא דבר מתפיסתו, אע"פ שאין בתפיסתו ראיה על בעלותו, והביאו התוס' ראיה לכך מנסכא דרבי אבא, דהרי התם מעולם לא ראינו את הנסכא ביד הראשון, ולמה יהא לו תורת מוחזק על הנסכא, ואי

משום דזה החוטף מודה שאתמול היה הנסכא ביד השני והיה מוחזק בה בחזקת מטלטלין גמורה, הרי הוא טוען דבאמת לא היתה שלו, והפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואין אנו יכולין להוכיח בעלותו של הראשון על ידי מה שהשני הודה שחטף הנסכא מידו, ואם כן למה מוציאין הנסכא מיד החוטף, ומוכח מזה דמלבד דין מוחזק שמוכיח על בעלותו של זה שהממון בידו איכא נמי דין תפיסה בעלמא, דכל שהוא תפוס בהחפץ, אע"פ שאין בזה הוכחה על בעלותו, מכל מקום כל שבידו מחזקין שהוא שלו בתורת ודאי אע"פ שאין בתפיסתו שום הוכחה על בעלותו, והרי הוא נחשב בעלים גמור על הממון ויכול לקדש בו את האשה, ולזה לא מהני הפה שאסר, דהא סוף סוף הודה על המציאות שהוא חטף הנסכא מתפיסתו של זה, ומשום הכי מוציאין אותה מידו ומחזירין אותה לזה שהיה תפוס בה מקודם, ואם תאמר שתהני תפיסתו דהא אית ליה מיגו שלא חטפתי, ונמצא דלא היה כאן חטיפה כעין גזילה אלא עם נאמנות דמיגו, הרי אית כאן עד אחד כנגדו שמעיד שחטף, וכיון דאינו יכול לישבע להכחיש את העד הרי הוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם, והיינו דינא דנסכא דרבי אבא הנודע לכל, אבל מתוך הדברים נלמד דתפיסה מהני אע"פ שאין בה שום הוכחה כלל, והתפוס חשיב בעלים בודאי מכח עצם התפיסה ולא מכח ראייה והוכחה הנובעות מן התפיסה, ואם כן סברא היא דאין לנו להניח חטיפות מיד התפוס אע"ג דליכא החזקת בעלות וראיה בתפיסתו, כששנים אוחזים, וכמש"נ.

ומסתבר דהיינו נמי כונת התוס' בבבא מציעא, אלא שכתבו קצת בסגנון אחר, וכונתם דכיון דאנן סהדי דמאי דתפיס אדם ידיה הוא, דזהו עיקר דינא דחזקת מטלטלין, אבל בשנים אוחזים בטלה האנן סהדי, דהא גם לשני אית ליה תפיסה ואי אפשר שיכחישו אנן סהדי אהדדי, והא דקאמר לקמן (דף ד.) כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי, עיימש"נ בזה בש"ב פ"ה, ומכל מקום כיון דעל ידי תפיסתו כשהוא לבדו איכא אנן סהדי, חשיבא תפיסתו ואין לנו להניח חטיפות מתפיסה כזו, וחשיב כאילו יש לו חלק בודאי, ואע"פ שאין אנו יודעין שיש לו חלק בודאי חשיב כאילו אנו יודעין לגבי הא דאין לנו להניח חטיפות, וכמו שכתבו בסוגיין דחשיב כאילו אנו יודעין שיש לשניהם חלק בה, ואע"ג דבאמת אין אנו יודעין כן כלל, חשיב כאילו אנו יודעין לענין שאין לנו להניח חטיפות, כמש"נ, ומסתמא גם התוס' בבבא מציעא כווננו לכך.

והתוס' בבבא מציעא כתבו בהמשך הדיבור וז"ל: וכן במנה שלישי דמדמי בגמרא לטלית חשיב ההוא שהנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים בו לכך משני דהתם ודאי דחד מינייהו הוא ואין החלוקה יכולה להיות אמת ולכך יהא מונח וכו' ולסומכוס אע"ג דאין מוחזקין בו ואין החלוקה יכולה להיות אמת היכא דאיכא דררא דממונא פירוש שבלא טענותיהם יש ספק לבית דין יחלקו עכ"ל, יעו"ש, וגם מה שכתבו דמנה שלישי חשיב כשניהם מוחזקים צריך עיון, דהא דבאמת ליכא אלא ספק מוחזק דהא הנפקד אוחזו בשביל הבעלים ואנו מסופקים מי הוא הבעלים, אכן לפי המתבאר שפיר מובנים דברי התוס' דכיון ששניהם הפקידו הממון ביחד אצל הנפקד חשבינן לתפיסה מיד הנפקד כחטיפה, ותקנה היא שאין לנו להניח חטיפות אף במקום

דליכא ראייה על בעלותו, כמש"נ.

ומה שכתבו התוס' דלסומכוס חולקים אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת, והוצרכו נמי לכתוב דטעמא דסומכוס משום שבלא טענותיהם יש ספק לבית דין, כונתם בזה דשלשה פסקים אלו דכל דאלים גבר יחלוקו ומונח כולם סילוקי בית דין נינהו במקום דאין הכרע בספק הממון, והעדיף מכולם הוא כל דאלים גבר שאין בית דין נוגעין בהממון כלל, כמש"נ בש"ב פ"ב, ואם אין לדון כל דאלים גבר, כגון דשנים אוחזים ואין להניח חטיפות, אז דנין להם חלוקה, וגם זה הוי בתורת סילוק, כמש"נ בש"ב פ"ט, אכן אין לדון להם חלוקה אלא כשהחלוקה יכולה להיות אמת, דאין ראוי שבית דין יסלקו ידם במקום שבעל כרחך יצא מזה עוות הדין, ולכן היכא דשנים אוחזים ואין החלוקה יכולה להיות אמת דנין להם שהממון יהא מונח עד שיבא אליהו, דהא אי אפשר לדון להם לא כל דאלים גבר ולא חלוקה, כמש"נ, אבל בגונא דסומכוס דאיכא דררא דממונא הרי אית כאן ספק גמור בפני בית דין, דהא גם בלי טענותיהם יש ספק לבית דין, וחשיב ממון המוטל בספק ולא רק ממון שיש לנו בו חסרון ידיעה לגבי הנידון של מי הוא הבעלים, ועיימש"נ בש"ב פ"א, והכא מחויבים בית דין להורות ולא לסלק ידם, וכיון שאי אפשר לברר הדבר עושין פשרה ביניהם וחולקים, ואין חלוקה זו בתורת סילוק אלא בתורת פשרה, וא"כ בודאי לא בעינן חלוקה יכולה להיות אמת, דהא גופא פשרה היא, ולא מצינו בדיני פשרה שתצטרך הפשרה להיות אמת, אבל בטלית אין החלוקה בתורת פשרה אלא בתורת סילוק, ובעינן על כל פנים צד רחוק שלא יעוות הדין לגמרי, ואז יכולין בית דין לסלק את ידם.

פרק יא

בו יבואר שיטת הריב"א דגם באינם אוחזים יחלוקו ושאינו ההוא ארבא דאיכא ודאי רמאי, ובמה פליגי רש"י והריב"א בשניהם אוחזים ואיכא ודאי רמאי אם יחלוקו או יהא מונח עד שיבא אליהו, ויתבאר לשיטתם ההיא דבשנים אדוקים בשטר יחלוקו.

[בבא בתרא לד:] ההוא ארבא דהוה מינצו עלה בי תרי האי אמר דידי היא והאי אמר דידי היא אתא חד מינייהו לבי דינא וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה ההוא וז"ל: הדין דכל דאלים גבר ואם תאמר מאי שנא משנים אוחזין בטלית דאמר בריש בבא מציעא (דף ב.) דיחלוקו ומפרש ר"ת דאוחזין שאני דכיון ששניהם מוחזקים אין לנו להניח שיגזול האחד לחבירו וכו' ולריב"א נראה דלאו דוקא אוחזין מדמדמי לה לשאר ואדשמעתין איכא לשנויי כדמשני התם אפילו תימא רבי יוסי התם ודאי איכא רמאי הכא אימור תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה הכי נמי בארבא כיון דאיכא רמאי לא יחלוקו אלא הוי דינא כל דאלים גבר והא דלא אמרינן בשנים שהפקידו כל דאלים גבר משום דלא מפקינן כדאמרינן הכא אי תפסינן לא מפקינן אבל מאן דאמר מפקינן לא אתי שפיר ומאי פריך נמי בסמוך משני שטרות וממחליף פרה בחמור והא התם ליכא רמאי ואין נראה לר"י דהא האי טעמא לא מסיק אלא לאוקומי מתניתין כרבי יוסי אבל לרבנן קאמר התם האי מנה ודאי דחד מינייהו הוא אבל טלית דאיכא למימר דתרוייהו הוא יחלוקו ולהיהא טעמא הכא נמי הוה לן למימר יחלוקו דאפשר להיות דהוה ארבא דתרוייהו ועוד פירש ריב"א דהיכא דאוחזין אפילו איכא רמאי יחלוקו כדנתיא התם בפרק קמא (דף ז.) גבי שנים אוחזין בשטר וקשיא לר"י דאם כן היכי פריך לפירושו (שם דף ג.) והא נמי כשאר דמיא דאיכא למימר אוחזין שאני דהא מהניא אפילו היכא דאיכא רמאי וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ונראה ליישב שיטת הריב"א עפ"י ש"נ בשיטת רש"י בריש בבא מציעא בש"ב פ"ב, דעיקר טעמא דלא אמרינן כל דאלים גבר בטלית לאו היינו משום דשניהם אוחזים, אלא משום דאיכא מצב של ספק, דכיון דשניהם ראו את המציאה ורצו אחריה ולא נודע מי הגיעה תחלה הרי כאן מציאות ומצב של ספק, אבל בההוא ארבא ליכא מצב של ספק רק חסרון ידיעה בעלמא, והיינו המכוון במה שכתב דבההוא ארבא לא אמרינן חלוקה הואיל ואיכא ודאי רמאי, כלומר דאין כאן מצב של ספק רק חסרון ידיעה מי הוא הבעל ומי הוא הרמאי, ואין זה שייך כלל לדינא דרבי יוסי דקונסין לודאי רמאי כי היכי דלודי, והתוס' הבינו בדברי הריב"א דאזיל בשיטת רבי יוסי, ועל כן כתבו איכא לשנויי כדמשני התם אפילו תימא רבי יוסי וכו', אמנם אין זו כונת הריב"א כלל, כמש"נ, וממילא לא קשה לשיטתו קושיות התוס', ועיימש"נ בשיטת רש"י בש"ב פ"ב. אולם בחדא מילתא נטה הריב"א משיטת רש"י, דרש"י ס"ל דאפילו בשנים אוחזים לא אמרינן יחלוקו היכא דאיכא ודאי רמאי, כגון בזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה, והדין הוא דתהא מונחת עד שיבא אליהו, אבל הריב"א ס"ל דהיכא דשניהם מוחזקים דנין להם חלוקה אע"ג דאיכא ודאי רמאי, וסברת הריב"א היא

משום דבמקום דליכא מצב של ספק עדיף להורות כל דאלים גבר, דהוי סילוק מעליא, כמש"נ בש"ב פ"ב, אבל היכא דשניהם מוחזקים אין לדון כל דאלים גבר, דאין לנו להניח חטיפות, כמו שכתבו התוס', ועיימש"נ בש"ב פ"י, וגם הריב"א מסכים לסברא זו, אלא דס"ל דיסוד החילוק לענין מתי דנין כל דאלים גבר בטלית דמציאה לא הוי משום שאין לנו להניח חטיפות, דאיכא טעמא יותר יסודית לכך, והיינו משום דאיכא מצב של ספק, וזה מחייב פסק דחלוקה, כמש"נ, והוא הדין נמי דחולקים אם אין אוחזים, ומכל מקום קושטא הוא דבמקום אוחזים אין לנו להניח חטיפות, ומשום הכי בודאי רמאי ושניהם אוחזים, דליכא מצב של ספק, אין דנין להם כל דאלים גבר, שאין לנו להניח חטיפות, ובכהאי גוונא דנין להם חלוקה אף היכא דליכא מצב של ספק, אבל רש"י ס"ל דבשניהם אוחזים וודאי רמאי אין דנין להם לא כל דאלים גבר ולא חלוקה אלא תהא מונחת עד שיבא אליהו.

והא דהריב"א פליג על שיטת רש"י בהך מילתא, וס"ל דבשנים אוחזים וודאי רמאי יחלוקו, היינו משום דאית ליה ראיא משנים אדוקין בשטר דחולקים אע"ג דאיכא ודאי רמאי, כנ"ל, ובאמת הקשו הראשונים על שיטת רש"י משנים אדוקין בשטר, וכבר נתבאר בש"ב פ"ב דרש"י ס"ל דהתם חולקים משום דאיכא מצב של ספק אע"ג דהוי ודאי רמאי, יעו"ש, דהא מיירי בגונא דמציאה שנפל השטר וכל אחד טוען שהוא ראה השטר והגביהו תחלה, ונמצא דאיכא מצב של ספק, ולא דמי לטלית דאריגה דלית כאן מצב של ספק אלא חסרון ידיעה בעלמא, אכן הריב"א ס"ל דזה לא חשיב מצב של ספק, דלמה נידון על מציאת השאר נידון על השטר עצמו של מי הוא, ומאי איכפת לן מי מצא השטר והגביהו תחלה, הלא עיקר הנידון הוא אם שטר זה נפרע או לא נפרע, וזה לא הוי מצב של ספק אלא חסרון ידיעה בעלמא, וצריך עיון למה נקטיה באופן דמציאה, ועל כרחך לאו דוקא הוא, ומכל מקום חזינו מהתם דהיכא דליכא מצב של ספק אלא חסרון ידיעה בעלמא, וגם שניהם אוחזים דליכא למימר כל דאלים גבר הואיל ואין לנו להניח חטיפות, דינא הוא דחולקים אע"ג דליכא מצב של ספק, אבל רש"י ס"ל דהא דנקטיה בגונא דמציאה דוקא הוא, ודנין על המציאה, ולענין המציאה ודאי איכא מצב של ספק כמו בטלית דמציאה, ואם כן לא איכפת לן במה דאיכא ודאי רמאי, ושפיר איכא דינא דחלוקה בשנים אדוקין בשטר, אבל בטלית דאריגה דליכא מצב של ספק, כמש"נ, ס"ל לרש"י דאין דנין חלוקה אלא תהא מונחת עד שיבא אליהו.

פרק יב

בו יובא מה שכתב הרא"ש דבכל דאלים גבר סמכו חכמים שמי שגברה ידו הדין עמו ואין השני יכול לחזור ולתפוס מידו, ושיטת התוס' דיכול השני לחזור ולתפוס ממנו, ויתבאר דגם לתוס' כל דאלים גבר הוא פסק בית דין ולא סילוק מלפסוק את הדין.

[**בבא בתרא לד:**] זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי וכו' אמר רב נחמן כל דאלים גבר, יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: האי כל דאלים גבר דינא הוא דכל מי שגבר ידו בפעם ראשונה הוא שלו עד שיביא חבירו ראייה וכל זמן שלא יביא ראייה אף אם תגבר ידו לא שבקינן ליה לאפוקי מיניה דלא מסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה וכו' אלא חכמים פסקו כל דאלים בפעם הזאת גבר וסמכו על זה דכל מי שהדין עמו קרוב להביא ראיות ועוד מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכן היא נמי שיטת הרמב"ם פט"ו טוען ונטען הל"ד, יעו"ש.

והנה לכאורה אין כונת הרא"ש דמשום סברא דמי שהדין עמו ימסור נפשו איכא שום בירור והוכחה בעצם הספק, דאם כן נתת דבריך לשיעורין, דלפעמים הוי בעל דבר אחד גיבור והשני חלש ולא יהני לו שום מסירת נפש, ובתשובות הרא"ש כלל ע"ז סי' א' כתב להדיא דאין בזה ראייה מעיקר הדין, ואיברא דהרא"ש עצמו לא כתב סברא זו כאן אלא לגבי הא דלא אמרינן כל דאלים גבר אלא פעם אחת ולא מהני תפיסה בחזרה, והעיקר הוא דכל דאלים גבר הוי סילוק בית דין, דכיון דאי אפשר לעמוד על אמיתות הדברים, ואין כאן לא ראיות ולא מוחזק, הרי בית דין מושכים את ידיהם, ועדיף להם שלא לדון על הממון כלל, ומכל מקום תיקנו חכמים דמאחר דאחד תפס אין השני יכול לחזור ולתפוס ממנו שלא יהיו כל ימיהם במריבה, ויש סעד לתקנה זו, דמסתברא דמי שהדין עמו ימסור עצמו, ויתכן שזה שתפס ראשון הוא הבעלים, אכן אין בזה שום ראייה לגבי עצם הספק על הממון.

ועיימ"ש הרא"ש בריש בבא מציעא (דף ב.) וז"ל: דהתם שאני שאין אחד מהן מוחזק בדבר שמערערין עליו וכו' ויותר ראוי לומר להם שכל מי שתגבר ידו בכח או בראיות שיזכה וסומכין על זה שמי שהדין עמו קרוב הוא להביא ראיות ועוד שמי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד את שלו בידו יותר ממה שימסור האחר נפשו לגזול ועוד יאמר זה מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראייה ויוציאנה מידי וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שהתם בבבא מציעא הביא הרא"ש סברא זו לגבי עיקר דין כל דאלים גבר, ולא רק לגבי הא דאינו יכול לחזור ולתפוס כמו שכתב בסוגיין, וגם התם אין כונתו דכל דאלים גבר הוי בירור בעצם הספק, ולא באה הסברא אלא לסעד וסמך לסדר הפסק שתיקנו חכמים, דבמקום שאי אפשר לעמוד על אמיתות הדברים, ואין שום אחד מהם תפוס בגוף הדבר, תיקנו חכמים שיסלקו בית דין ידיהם וכל דאלים גבר, ועדיף דין זה מדינא דחלוקה, ויש לזה נמי סברא דמי שהדין עמו ימסור נפשו, וראוי להם לחכמים לתקן לבית דין שידונו כל דאלים גבר תחלה, ואפילו במקום דלא

שייך כלל סברא דמי שהדין עמו ימסור נפשו, ותתיישב לפי זה קושית הט"ז בחר"מ סי' קל"ט סעי' א', יעו"ש.

ומה שכתב הרא"ש דכל דאלים גבר ויביא ראיות או ימסור נפשו, וכן כתב הרשב"ם דכל דאלים גבר בין בראיות בין בכח, יעו"ש, לכאורה צריך עיון מהו המכוון בראיות אלו, דאם יביא ראיות בודאי יזכה בדין ואין זו התגברות, ואולי כונתם לראיות פסולות מגזירת המלך, כדאיתא לקמן (דף קנט.), ויביא עדים קרובים או נשים, שאינם חשודים לשקר אלא שאין בית דין יכולים לדון על פיהם, ומכל מקום אם יביא ראיות כאלו ויראה לכולי עלמא ראיותיו יתבייש השני ויעזבנו.

והנה התוס' פליגי על שיטת הרא"ש דיש בכל דאלים גבר פסק על הממון, וזה שתפס ראשון זכה בהממון על פי הוראת בית דין ואין השני יכול לחזור ולתפוס ממנו, דעיימ"ש בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו.ו.) בד"ה והא הכא וז"ל: נראה דהכי מיבעי ליה במסותא כיון דמקרקעי היא והוה דינא דכל דאלים גבר וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע אפילו חזר חבירו ותקפה ממנו כי הקדישה בלא תקפה נמי הוי הקדש או דלמא כיון דאפילו גבר האחד אם יכול השני לחזור ולתקפה ממנו זוכה הוא הדין הקדיש בלא תקפה לא יחול הקדש כלל וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פ"ו, ומבואר מדבריהם דהיכא דכל דאלים גבר יכול השני לחזור ולתקפה, ודלא כשיטת הרא"ש הנ"ל.

ולפום ריהטא היה אפשר לומר דס"ל להתוס' דכל דאלים גבר הוי סילוק גמור, ובית דין מסתלקין מממון זה לגמרי ואין מוציאין מידם שום פסק, והכל הולך אחר הגבורה, ואם האחד גבר ביום ראשון יכול חבירו להתגבר ביום השני, וכן לעולם. אולם אחר העיון אי אפשר לפרש כן, שהרי מבואר מדברי התוס' דהיכא דתקפה ואחר כך הקדישה בודאי חל ההקדש ואין השני יכול לתקפה מן ההקדש, ולא מיבעי ליה בגמרא אלא אם הקדישה בלא תקפה, הרי להדיא דעל ידי כל דאלים גבר נעשה בעלים על הממון, ויכול להקדישו דחשיב שלו, ומסתמא יכול נמי לקדש אשה בהך ממון שתפס מדינא דכל דאלים גבר.

עוד יש לדקדק בהא דאיתא לעיל (דף לא:) באחד שהורידוהו בית דין לקרקע על ידי עדים ואחר כך הביא השני עדים להכחיש את הראשונים, ובעדות מוכחשת הדין הוא דכל דאלים גבר, כמו שכתב הרשב"ם שם, וקאמר התם רב נחמן אגן אחתיניא אגן מסקינן ליה לזילותא דבי דינא לא חיישינן, יעו"ש, ולשיטת התוס' קשה דלמה נוציאנו מאחר שהורידוהו בטעות, והא כיון דבמקום ספק שאין לו הכרע כלל הבית דין מסתלקין ממנו לגמרי הרי זה שיושב בה הוא האלים גבר, ומאי איכפת להו לבית דין אם הוא כבר תפוס ועומד על ידי פסק בית דין בטעות או אם הוא תופס עכשיו, והרי בית דין מסולקין לגמרי, ולמה לא ישאר הממון אצל זה שידו גברה.

לכן נראה דגם לפירוש התוס' איכא פסק בכל דאלים גבר, וכל הסילוק הוא מן הטענות, ובירורי הממון, דאין דנין כלל על הנידון של מי הוא הבעלים האמיתי, שהרי אין בזה שום הוכחה כלל, ומשום הכי דנין להם שכל דאלים גבר, ומי שהתגברה ידו

הוא זוכה בהממון באישור בית דין, והרי הממון שלו בתורת ודאי, שהרי בית דין נתנוהו לו, ודומה לדין שודא דדייני דלקמן (דף לה.) שבית דין נותנו לכל מי שירצו לפי שיטת התוס', ואע"פ שאין להם שום הוכחה וסמך לזה כלל, ומאחר שקיבל הממון מבית דין על ידי דינא דשודא שוב הוי שלו לגמרי לקדש בו את האשה ולעשות בו כל מה שרוצה, והוא הדין נמי בכל דאלים גבר, כיון שגברה ידו ברשות בית דין הרי הוא זוכה בהממון בתורת ודאי.

וכשתיקנו חכמים סדרי פסקי בית דין הקדימו דינא דכל דאלים גבר לדינא דחלוקה, דכיון דאי אפשר לעמוד על אמיתת הדברים יותר עדיף שלא לנגוע בהממון כלל, ורק לפסוק להם שיד בית דין מסולקת וכל מי שיתגבר יזכה, ולהרא"ש הקדימה היא משום סברא דמי שהדין עמו ימסור נפשו, כמש"נ, ומשום הכי כשהורידוהו בית דין בטעות לא זכה בהממון אע"פ שגברה ידו, ומפקינן ליה מן הקרקע שהוא תפוס בה שלא כדיו, ודנין להם דינא דכל דאלים גבר.

ומהאי טעמא נמי אמרינן בסוגיין דאי תפס לא מפקינן, ואי אתי הממון ליד בית דין אין מוציאין אותו להשליכו ביניהם, דכל דאלים גבר הוי פסק של סילוק, ורק על ידי שב ואל תעשה הבית דין מזכין זה שגברה ידו בהממון, אבל אם תפס לא מפקינן דיש בזה קום ועשה, ואין לדון להם כל דאלים גבר על ידי קום ועשה, דיותר עדיף להו שלא לנגוע בהממון כלל, כמש"נ, וגם חלוקה אין דנין להם, שהרי כל אחד יש לו זכות לתבוע כל דאלים גבר, ומכל מקום אם יסכימו לחלוק חולקים, כמו שכתב הרמב"ם בפ"י טוען ונטען הל"ו, ועיימש"נ בש"ב פכ"ו, ועיימש"נ לענין כל דאלים גבר במנה שלישי בש"ב פ"ה.

והא דמהני חזר ותקפה לפי שיטת התוס', ואע"ג דזה שתפס ראשון זכה הממון בתורת ודאי על ידי הוראת בית דין, כמש"נ, היינו משום דכיון שבית דין סילקו עצמם מן טענות הבעלי דבר ולא דנו עליהן הרי הטענות עדיין קיימות, ואם חזר ותפסה מחבירו הרי טענותיו מעוררות הספק מחדש, ובספק חדש זה שהוא בדיוק אותו הספק שהיה מקודם הרי דנו בית דין דמהני תפיסה וכל דאלים גבר, והשתא הרי הוא התפוס ועומד, והרי הוא זוכה בהממון בתורת ודאי על ידי הוראת בית דין, ואם הקדישה חל ההקדש בהחלט ולא מהני תו תקיפה, דלא שייך תקיפה מן ההקדש, דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא היא, כדאיתא בראש השנה (דף ו.), וכיון שהקדש זכה בתורת ודאי תו ליכא להפקיעו, ומיבעי אם הקדישה בלא תקפה, ועיימש"נ בש"ו פ"ו, וגם אם קידש את האשה הרי היא מקודשת, ואם חזר השני ותפס הממון מן האשה נראה דמהני תפיסתו, ומכל מקום לא נפקעו הקדושים, דאין הספק נתעורר על ידי התפיסה אלא מכאן ולהבא, אבל עד השתא היה הממון ביד התופס הראשון בתורת ודאי על ידי אישור בית דין, כמש"נ.

פרק יג

בו יובא שהרי"ף והרמב"ם השמיטו שבועה שיש לי בה וכתבו רק שנשבע שאין לו בה פחות מחציה, ותתיישב קושית הרמב"ן על פי הגירסאות בגמרא אם אב"י שאמר שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו בא ליישב מה שקשה אם חשיד אממונא חשיד אשבועתא.

[**בבא מציעא ה:**] זה ישבע שאין לו בה פחות מחציה [וכו'] על דאית ליה משתבע או על דלית ליה משתבע אמר רב הונא דאמר שבועה שיש לי בה ואין לי בה פחות מחציה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: על דאית ליה וכו' שמא אין לו בה כלום וכי משתבע שאין לו בה פחות מחציה באמת הוא נשבע שהרי אין לו כלום וכו' שבועה שיש לי בה ואם תאמרו שמא שליש או רביע שבועה שאין לי חלק בה פחות מחציה עכ"ל, יעו"ש, ועיין ברא"ש (דף ב.) וז"ל: ואע"פ שנשבע על דעת בית דין מאי דאפשר לתקוני תקון שלא יבא לידי רמאות עכ"ל, יעו"ש.

ועיין ברמב"ם פ"ט טוען ונטען הל"ז שכתב דצריך לישבע שאין לו בה פחות מחציה אבל לא הביא דצריך נמי לומר שבועה שיש לי בה, וכן כתב גם הרי"ף דצריך לישבע שאין לי בה פחות מחציה ולא הזכיר שבועה שיש לי בה, ועיין ברמב"ן שהקשה עליו כן. והנה תחלת סוגיין אתיא אליבא דרבי יוחנן דשבועה זו מפני התקנה שלא יהא כל אחד הולך ותוקף בטליתו של חברו, וס"ל לרבי יוחנן דמיגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, ואע"ג דחשוד הוא לגזול ממון חברו מכל מקום יפרוש מן השבועה דחמורה עליו שבועה מממונא, ובהמשך סוגיין פריך למאן דסבר חשיד אממונא חשיד אשבועתא משבועת היסת שבועת הנוטלין ושבועת השומרים, ומסיק אליבא דאב"י דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו, ונחלקו הראשונים בביאור דברי אב"י, רש"י והתוס' למדו דאב"י ס"ל חשוד אממונא חשוד אשבועתא, ולמותר הוא להשביע את החשוד, דאם יגזול ישבע נמי לשקר, והא דמשביעין אותו שבועת היסת וכדומה הוא משום דחיישינן שמא ספק מלוה יש לו עליו ומורי התירא לעצמו, ולא הוי חשוד אממונא, וכן בטלית משביעין אותו משום חשש ספק מלוה ישנה, אבל הרמב"ן למד דאב"י לא אתי לתרץ הקושיות למאן דאמר חשוד אממונא חשוד אשבועתא, ואידחי הך דעה, וקיימא לן דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, ואב"י בא לפלוג על רבי יוחנן, דלא תימא תיקנו שבועה משום שלא ילך כל אחד ויגזול את חברו, דאין ישראל חשודים על כך, אלא התקנה היתה מפני חשש ספק מלוה ישנה, יעו"ש. ולכאורה הך פלוגתא אם אב"י בא לתרץ קושיות הגמרא על מאן דאמר חשוד אממונא חשוד אשבועתא תליא בהגירסא, דאם גרסינן אמר אב"י על כרחך היינו לתרץ הקושיות, אבל אם גרסינן אב"י אמר איכא למימר דלא בא לתרץ הקושיות, ועיין ברמב"ן דגרס אב"י אמר, ושפיר יכול לומר דלא בא לתרץ הקושיות ואידחי הך דעה דחשוד אממונא חשוד אשבועתא, וקיימא לן למסקנא דלא חשוד אשבועתא, אבל עיין ברי"ף דגרס אמר אב"י, ועל כרחך היינו דבא לתרץ הקושיות, ונמצא דלמסקנא קיימא לן חשוד אממונא חשוד אשבועתא.

ונראה דהא דאיצטריך שבועה שיש לי בה היינו רק לפי מה דסלקא דעתין דחשיד
אממונא לא חשיד אשבועתא, ואם כן הטילו השבועה על מי שהוא חשוד לגזול, ומן
השבועה יפרוש, ומכל מקום איכא למיחש לרמאות, וצריך לישבע שיש לו בה, אבל
למאן דאמר חשוד אשבועתא אין להטיל שבועה על החשוד אלא על איש נאמן שמורה
היתר לעצמו לתקוף משום ספק מלוה ישנה, ומשום הכי אין לחוש לרמאות, ואינו
צריך לישבע שיש לו בה, ולכן לא הביאה הרי"ף, דגרס אמר אביי וקיימא לן דחשוד
אשבועתא, אבל הרמב"ן גרס אביי אמר וס"ל למסקנא דלא חשוד אשבועתא ולכן
הקשה על הרי"ף, כנ"ל.

פרק יז

בו יבואר מחלוקת הרשב"ם והרמב"ן בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי
והורידו בית דין אותו שיש לו עדים על טענתו לתוך הקרקע ואחר כך הביא גם השני
עדים אם מוציאים השדה מיד אותו שהורידוהו לתוכה כדי לדון להם כל דאלים גבר.

[**בבא בתרא לד:**] ההוא ארבא דהוו מינצו עלה בי תרי האי אמר דידי היא והאי אמר
דידי היא אתא חד מינייהו לבי דינא ואמר תיפסוה עד דמייתינא סהדי דדידי היא וכו',
יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: תיפסוה פן ימכרנה אבל חזקה שהחזיק בה אחר שערער
זה עליה אינה כלום דאנן סהדי שבתורת חטיפה באה לידו עכ"ל, יעו"ש, ויש לעיין דמה
לי דבתורת חטיפה באה לידו, והלא הדין הוא דכל דאלים גבר.

והנה עיין לעיל (דף לא.) זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי
דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רב נחמן אוקי
אכילה לבהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא וכו', ומסיק התם (דף לא:) הדר
אייתי סהדי דאבהתיה היא אמר רב נחמן אנן אחתיניה אנן מסקינן ליה לזילותא דבי
דינא לא חיישינן וכו', יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: הדר אייתי סהדי אותו שהפסידו רב
נחמן דאבהתיה היא והרי לשניהם עדי חזקה ועדי אבות ואין כח לזה מזה וכל דאלים
גבר כדאמר רב נחמן לקמן בשמעתין אנן מסקינן ליה כלומר לא נחזיק את זה יותר
מזה הואיל ועדות שניהם שוה עכ"ל, יעו"ש, הרי שס"ל להרשב"ם דאם בית דין הורידו
את האחד בטעות מוציאים אותה מידו לדינא דכל דאלים גבר.

והרמב"ן פליג עליו וז"ל: ר"ח ז"ל פירש שהיתה בידו של אחד מהם כשבאו לבית
דין והביא שכנגדו עדים של אבותיו והוציאוהו מידו ועכשיו כשהביא אף זה עדים של
אבותיו מוציאים אותה מידו ומחזירין אותה לרשותו של מחזיק שהוציאוהו מידו ולפי
פירוש זה אם לא היתה ברשותו של אחד מהם כשבאו לבית דין תחלה אע"פ שמסרוה
בידו של אחד מהם כשיביא חברו למחר עדים של אבותיו לא מסלקין ליה למימר כל
דאלים גבר אע"פ שאנו הורדנוהו לזה לתוכה שלא כדין דכיון דדינא כל דאלים גבר
הוא לא מזדקקין להו ולא נפקא מחזקתיה דהאי כיון שירד בה ברשות ולזה דעתינו
נוטה אבל הרב רבי שמואל ז"ל כתב לא נחזיק זה יותר מזה הואיל ועדי שניהן שוין
ואין לזה כח מזה ואמר דמפקין ליה מיניה וכל דאלים גבר וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ונראה דהרשב"ם והרמב"ן נחלקו ביסוד דינא דכל דאלים גבר, דהרשב"ם ס"ל
דכל דאלים גבר הוי פסק ואישור בית דין, שבית דין נותנין הממון לזה שגברה ידו, אבל
הרמב"ן ס"ל דכל דאלים גבר לא הוי פסק בית דין כלל אלא סילוק גמור, שבית דין
מסלקים ידיהם וממילא כל מי שגברה ידו זכה, וכן נתבאר בשיטתו בש"ב פ"ה, יעו"ש,
ואם כן היכא שאין כל אחד מהם מוחזק לפנינו ובית דין הורידו אחד מהם לתוך השדה
בטעות, והשתא נודע לן הטעות ושהיו צריכין לדון להם כל דאלים גבר, אין בית דין
צריכים להוציאו מן השדה, שהרי דינא דכל דאלים גבר הוי סילוק גמור, ולא
מזדקקין ליה, כמו שכתב הרמב"ן, כנ"ל, ואם כן גם יש לבית דין לסלק ידיהם

ולהניחה בהמצב שהיא נמצאת בו ולא לעשות שום דבר, ולמה יוציאה מתחת ידו של זה כדי לדון כל דאלים גבר ולסלק ידם מכל הענין, אבל הרשב"ם ס"ל דכל דאלים גבר הוי פסק דין ואישור בית דין לזה שגברה ידו, כמש"נ, ואם האחד תפוס בה שלא כדין יש לנו להוציאה מידו כדי לדון כל דאלים גבר, ולא מהני החזקתו שהרי ממון זה תלוי בהוראת בית דין, וגם אין לומר דנחזיק לזה כגבר ועומד הואיל וכבר אתא לידו קודם הפסק דין, דאם כן דמי הפסק לחוכא וטלולא, ולכן מוציאין מידו ודנין כל דאלים גבר, אבל הרמב"ן ס"ל דאין בדינא דכל דאלים גבר פסק בית דין כלל אלא סילוק גמור, כמש"נ, ומשום הכי אפילו אם באה ליד האחד בטעות אין להוציאה מידו, ולא מזדקקין ליה, כמש"נ.

ומה שכתב הרמב"ן דאין מוציאין אותו הואיל וירד בה ברשות, נראה דהוצרך לזה כדי שלא יוכל השני לחזור ולחטוף ממנו, ולא ס"ל להרמב"ן כשיטת הרא"ש דהא דאינו יכול השני לחזור ולחטוף מן הראשון בגונא דכל דאלים גבר הוא מתקנת חכמים, ועיימש"נ בש"ב פ"ב, אלא ס"ל להרמב"ן דכל שבא ממון לידו ברשות הוחזק בו, ואע"פ שאין בזה שום בירור והוכחה על בעלותו, מכל מקום כיון שבא לידו ברשות נעשה שלו מכאן ולהבא בתורת ודאי ושוב אין אחר יכול להוציאו מידו אלא בראיה, ומשום הכי היכא דבית דין דנו כל דאלים גבר וסילקו ידיהם מן הממון, וגברה יד האחד הרי ממון זה השתא בידו ברשות והוחזק בו, ושוב אין השני יכול לחזור ולחטוף ממנו, והשתא זה שהורידוהו בית דין, והרי השדה בידו ברשות, ואחר כך נודעה הטעות וחזרו ודנו כל דאלים גבר וסילקו ידיהם מן הממון לגמרי, כמש"נ, הרי זה שהשדה בידו ברשות הוחזק בה ושוב אין השני יכול להוציאה ממנו, כמש"נ, אבל אם לא ירד בה ברשות לא הוחזק בה, ואע"פ שיד בית דין מסולקת ממנו, ויכול השני לחזור ולחטוף ממנו, ומשום הכי כתב הרמב"ן שהרי ירד בה ברשות, וכמש"נ.

אבל להרשב"ם לא איכפת לן במה שירד בה ברשות, דכיון שכל דאלים גבר הוי פסק בית דין, אם כן ממון זה תלוי בהוראת בית דין, ואינו יכול להחזיק בו אלא על ידי פסק בית דין מעליא, וזה שהורידוהו הרי היה בטעות, ומשום הכי מוציאין אותו מן השדה ודיינין להו כל דאלים גבר, כמש"נ.

ולפי זה מתבאר היטב מה שכתב הרשב"ם בסוגיין דאם החזיק האחד בהארבא אחר שערער זה עליה אינה כלום דאנן סהדי דבתורת חטיפה באה לידו, כנ"ל, דכיון דס"ל להרשב"ם דכל דאלים גבר הוי פסק דין אם כן צריכין להוציאה מיד התפוס ולדון להם כל דאלים גבר, כמש"נ, והכא גם הרמב"ן מודה דאין החוטף זוכה בהארבא, דהא בתורת חטיפה באה לידו, ולא ירד בה ברשות, ומכל מקום נראה דאין מוציאין אותה מידו, דהא דינא דכל דאלים גבר הוי סילוק גמור לשיטת הרמב"ן, ולא מזדקקין ליה כלל, כמש"נ, ואלא דכיון דבתורת חטיפה אתא לידו לא הוחזק בה, ויכול השני לחזור ולחטוף ממנו, ואם השני חוטף הרי אתא לידו ברשות והוחזק בה, ושוב אין הראשון יכול לחזור ולחטוף ממנו.

פרק טו

בו יבואר להרשב"ם האיבעיא בגמרא בתפסוה בית דין לאחד מהטוענים של אבותי היא אם מפקינן מיניה לשיטת רב יהודה דמעיקרא לא תפסינן ליה רק בנתרצו שניהם לכך ולשיטת רב הונא דתפסינן ליה מעיקרא כיון דאי לא אשכח סהדי מפקינן מיניה.

[**בבא בתרא לד:**] ההוא ארבא דהוו מינצו עלה בי תרי האי אמר דידי היא והאי אמר

דידי היא אתא חד מינייהו לבי דינא ואמר תיפסוה עד דמייתינא סהדי דדידי היא תפסינן או לא תפסינן רב הונא אמר תפסינן רב יהודה אמר לא תפסינן אזל ולא אשכח סהדי אמר להו אפקוה וכל דאליס גבר מפקינן או לא מפקינן רב יהודה אמר לא מפקינן רב פפא אמר מפקינן והלכתא לא תפסינן והיכא דתפס לא מפקינן, יעו"ש. וכתב הרשב"ם בד"ה תפסינן או לא תפסינן וז"ל: מי לימא דתפסי ליה בית דין דהא אי לא משכח סהדי הדרינן ומפקינן לה כדמעיקרא ולא הפסיד בעל הספינה בתפיסת בית דין כלום או דלמא לא תפסינן דדלמא לא משכח סהדי ולא הדרינן ומפקינן לה כדלקמן ונמצא שהפסיד בעל הספינה על ידינו דאי הוה שבקינן לה דלמא הוי אליס וגבר בעל הספינה ונמצא זוכה בשלו כן נראה לי טעם השאלה עכ"ל, יעו"ש, ולפי הרשב"ם מחלוקת רב הונא ורב יהודה אי תפסינן אי לא תפסינן תליא בדינא דמפקינן, ורב הונא ס"ל דמפקינן ומשום הכי תפסינן, ועיין בתוס' בד"ה רב הונא דפליגי על הרשב"ם משום דאמוראי דפליגי במפקינן אחריני נינהו, יעו"ש.

ובהא דמיבעי ליה אי מפקינן או לא מפקינן כתב הרשב"ם וז"ל: וכגון דאיתרמי מילתא דתפסינן לה כדרב הונא אי נמי שאמרו שניהם לבית דין לתפסה ודברי הכל וכו' לא מפקינן דמאחר שבא ממון ישראל ביד בית דין אינן רשאים להפקירו אלא מעכבין אותו ממון עד שידעו למי ישיבו מפקינן כעין שמצאוהו מתחלה שלדעת כן תפסוהו שאם לא יביא עדים יחזירוהו וכל דאליס גבר עכ"ל, יעו"ש, ולמד הרשב"ם דמיבעי ליה בין לרב הונא דס"ל תפסינן בין לרבי יהודה היכא דשניהם נתרצו שיתפסוהו בית דין, ומיבעי ליה אם לא מפקינן הואיל ובא ליד בית דין או דלמא מפקינן דעל מנת כן תפסוהו שיחזרו ויוציאוהו, ואליבא דרב יהודה שפיר מובן הבעיא, דבדרך כלל ס"ל דלא מפקינן, ומשום הכי מתחלה לא תפסינן, כנ"ל, אמנם היכא דנתרצו שיתפסוהו מספקא לן אם גם בכהאי גונא מפקינן או לא מפקינן.

אולם מה שכתב הרשב"ם דגם אליבא דרב הונא מיבעי ליה לכאורה אינו מובן כלל, שהרי הרשב"ם כתב להדיא דטעמא דרב הונא דתפסינן משום דמפקינן ונמצא שלא הפסידו בית דין לבעל הספינה כלום, כנ"ל, ואם כן היאך אפשר לומר אליבא דרב הונא דאם תפס לא מפקינן, הלא לפי מה שכתב הרשב"ם אם לא מפקינן לא תפסינן, וצריך עיון.

והנה עיין לקמן (דף לה:) אמרי נהרדעי אם בא אחד מן השוק והחזיק בה אין מוציאין אותה מידו דתני רבי חייא גזלן של רבים לאו שמיה גזלן רב אשי אמר לעולם שמיה גזלן ומאי לא שמיה גזלן שלא ניתן להשבון, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: אם בא

אחד מן השוק והחזיק בה בהך קרקע דאמר רב נחמן כל דאלים גבר ובא זה השלישי וחטפה מהשנים אלו הטוענים של אבותי אין מוציאים אותה בבית דין מידו של זה השלישי ואע"ג דלא טעין מידי דשמא גם לשנים הראשונים אין להם חלק בה וכו' רב אשי אמר לעולם גזלן של רבים שמיה גזלן הואיל ולא טעין מידי ומוציאים מידו ומעמידין אותה בפני שנים הראשונים שיש להם טענת אבות ומאי לא שמיה גזלן דקאמר רבי חייא לא להקל עליו בא לפטרו מלשלם אלא להחמיר עליו ולומר דלא ניתן להשבון לא מיתכפר בהשבה דאינו יודע למי ישיב דמאחר שבא לידו צריך להשיב לבעלים ולא להוציאה מתחת ידו ולהפקירה לשנים הראשונים וכל מאן דאלים גבר כדפסקין לעיל ואי תפסינן לא מפקינן כל שכן זה שבתורת גזל בא לידו והוא צריך להוציאה מתחת ידו ואינו יודע למי ישיב וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי הרשב"ם דהא דאי תפס לא מפקינן הוא משום שחל על בית דין תורת שומר וחייב השבה הואיל ובא לידם, ואין בית דין יוצאים ידי חובתם של השבה על ידי שמוציאים הממון מתחת ידיהם ומניחים אותו לפנייהם להיות כל דאלים גבר, ושפיר הביא הרשב"ם ראייה מדין זה לדין גזלן דרבים, דאם הוצאה לכל דאלים גבר לא מהני לקיים חובת השבה המוטלת על בית דין כשתפסוה, כל שכן דבגזלן דאית ליה חובת השבה מדין והשיב את הגזילה שלא תועיל לו השבה כזו שמוציאה מתחת ידו לכל דאלים גבר, אבל הרמב"ן שם פליג על הרשב"ם וס"ל דגזלן שפיר מקיים חובתו בהוצאה לכל דאלים גבר, והא דתפס לא מפקינן הוא דין בבית דין, ועיימש"נ בש"ב פ"ה בשיטת הרמב"ן דס"ל דאין בית דין דנין כל דאלים גבר אלא בסילוק גמור שאין בו שום צד של קום ועשה, רק שב ואל תעשה בלבד, ולכן אם תפס לא מפקינן, דלהוציא הממון מרשותם חשיב קום ועשה, ואין בית דין דנין כל דאלים גבר אלא בשב ואל תעשה גמורה, יעו"ש.

ודברי הרשב"ם הללו מאירים על דבריו בסוגיין, דמתחלה מבעי ליה אם תפסינן או לא תפסינן, ותלה הרשב"ם הך מחלוקת בדינא דמפקינן, דאם מפקינן אין אנו מפסידין לו כלום בהתפיסה וממילא תפסינן, אבל אם לא מפקינן אם כן גם מתחלה לא תפסינן שהרי התפיסה מפסדת לבעל הספינה דינא דכל דאלים גבר, ומסתברא דאין בית דין יכולין לעשות מידי שעל ידי כך ישתנה דין הממון לזכות או להפסד, והרי לשיטת הרשב"ם הא דלא מפקינן הוא משום דחל על בית דין חיוב השבה כשבא הממון לידם, וחל על בית דין חיוב לדון את הדין ולברר מי הוא הבעלים ולהחזיר לו ממנו, ושוב אין בית דין רשאים להסתלק מן הספק ממון ולהניחו לפנייהם, ונמצא שעל ידי חיוב השבה שחל על בית דין פקע תורת כל דאלים גבר לגמרי, דהשתא ממון זה המוטל בספק אין דינו להיות כל דאלים גבר אלא להיות בית דין דנים בדבר לברר הספק ולהכריעו, והרי נשתנה תורת הממון על ידי תפיסת בית דין, ואין זה נכון לבית דין לעשות, ומשום הכי מתחלה לא תפסינן, כן היא סברת רב יהודה, אבל רב הונא ס"ל דמפקינן, ומעולם לא חל על בית דין תורת שומר וחייב השבה, ואין בית דין בעלי דבר לגבי הממון כלל, וממילא אין בתפיסתם שום השתנות תורת הממון, שהרי מפקינן וליכא חיוב השבה על

בית דין, ושפיר תפסינן להממון מעיקרא אם אחד תובע מבית דין שיתפסוהו. ומכל מקום מיבעי ליה אם תפס אם מפקינן או לא מפקינן, לא משום חובת השבה כסברת רב יהודה, דהא לרב הונא ליכא תורת השבה, כמש"נ, אלא מדיני בית דין כסברת הרמב"ן, דזילותא היא לבית דין לידון כל דאלים גבר כשיש בזה שום צד של קום ועשה, ואם כן אפילו לרב הונא יש להסתפק אם מפקינן ולא חיישינן לזילותא כשמוציאין לכל דאלים גבר, או דלמא לא מפקינן דאין לדון כל דאלים גבר אלא לגמרי בשב ואל תעשה, כמש"נ, ומשום דין לא מפקינן זה לא נאמר דמתחלה לא תפסינן, דהא אין בזה שום שינוי בתורת הממון, ועדיין דינו להיות כל דאלים גבר, אלא דאיכא מניעה צדדית על הבית דין שאינם יכולים לדון כל דאלים גבר על ידי קום ועשה, ואין בית דין צריכין לחוש דבפועל לא יבא לידי כל דאלים גבר, ולבטל דין כל דאלים מממונו, ורק אם חל חיוב השבה על הבית דין פקע ונעקר דין כל דאלים גבר, כמש"נ, אבל רב הונא ס"ל דליכא חיוב השבה וממילא תפסינן, שאין בהתפיסה השתנות תורת הממון, כמש"נ, ומכל מקום אפשר דבפועל אין מוציאין הממון לכל דאלים גבר שהרי יש בזה קום ועשה, כמש"נ, זהו פירוש הבעיא אליבא דרב הונא.

אבל לרב יהודה אין זה פירוש הבעיא כלל, דלדידיה חל חיוב השבה על בית דין כשתופסינן, וממילא פקע דין כל דאלים גבר ונשתנה תורת הממון, ומשום הכי ס"ל לרב יהודה דמתחלה לא תפסינן, והיכא דשניהם נתרצו מיבעי ליה, מי אמרינן דלא מפקינן, דלא אהני רצוי שלהם בשעה ראשונה אלא למחול לבית דין על מה שהם גורמים השתנות תורת הממון והפסד דינא דכל דאלים גבר, ועדיין חל על בית דין חיוב השבה, ואין בית דין מקיימים השבה במה שמפקירים הממון לכל דאלים גבר, וצריכין לעכב הממון עד שידעו למי ישיבו, ואע"פ ששניהם נתרצו עכשיו לדינא דכל דאלים גבר ומוחלים על חיוב השבה אין בכך כלום, דמי יימר דהוי דחד מינייהו, דילמא של אדם שלישי הוא, והואיל ונתחייבו בית דין בהשבה צריכין להשיבו להבעלים האמיתיים, או דלמא מפקינן משום דאמרינן דהיכא דנתרצו מתחלה לתפיסת בית דין לא תפסי לה בית דין אלא על מנת שיוציאוהו אחר כך, ולא קיבלו מעולם להיות שומרים ולהתחייב בהשבה, ואע"ג דבתפיסה סתמית של בית דין איכא עליהו חיוב השבה ואינם יכולים להוציאה לכל דאלים גבר, מיהו בנתרצו שניהם להדיא שבית דין יתפסוה לאחד מהם אין בית דין נעשים שומרים על ידי הא גופא שבא הממון לידם, שהרי בתורת בית דין בא לידם ולא בתורת שמירה, ואהני תנאם שלא תחול עליהם תורת השבה כלל, ואפילו אם באמת הממון שייך לאדם שלישי שאינו בפנינו למחול על חובת ההשבה, דמעולם אין בית דין נעשים שומרים היכא דהתנו על כך, ולמסקנא לא קאי צד זה, והלכתא דלא תפסינן כרב יהודה ואי תפס לא מפקינן.

ואיברא דהבעיא מתפרשת בשני דרכים שונות לגמרי לרב הונא ורב יהודה, כמש"נ, לא פירשה הרשב"ם אלא אליבא דרב יהודה דקיימא לן כותיה אליבא דהלכתא, ומכל מקום גם לרב הונא יש להסתפק אם מפקינן או לא מפקינן אע"ג דס"ל דמתחלה מפקינן, וכמש"נ.

פרק טז

בו יובאו דברי הסמ"ע בבני נהרא דנחלקו רבוותא אם העליון קודם או התחתון שיכול האמצעי להטעותם מדין כל דאלים גבר, דמה לי גבורת היד ומה לי גבורה בהטעם וטענה, ויוכיח דדין כל דאלים גבר אינו סילוק גמור כמו שתיקה אלא פסק דסילוק.

[גיטין ס:]: איתמר בני נהרא רב אמר תתאי שתו מיא ברישא ושמואל אמר עילאי שתו מיא ברישא וכו' דאמרי אנן מקרבינן טפי ורב אמר תתאי שתו מיא ברישא דאמרי נהרא כפשטיה ליזיל וכו' אמר רב הונא בר תחליפא השתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר כל דאלים גבר רב שימי בר אשי אתא לקמיה דאבבי אמר ליה וכו' אנא משקינא ליה למר מיא ביממא וכו' אזל לעילאי אמר להו תתאי שתו מיא ברישא אזל לתתאי אמר להו עילאי שתו מיא ברישא אדהכי סכר מיסכר ואשקי כי אתא לקמיה דאבבי אמר ליה כבי תרי עבדת לי ולא טעמינהו אבבי לפירי דההיא שתא, יעו"ש, ומבואר דאבבי שהיתה שדהו באמצע בין העילאי והתתאי ממה נפשך לא היתה לו זכות להשקות תחלה, רב שימי בר אשי הטעה אותם.

וכתב הסמ"ע בסי' ק"ע סק"ב וז"ל: ומלשון הטור והרמב"ם והמחבר שכתבו כל המתגבר כו' משמע דאם גברו האמצעים יכולין למחות בעליונים מלסכרו וגם לא יניחו לירד המים להתחתון עד שישקו שדותיהן תחילה ואע"ג דבין לרב בין לשמואל העליונים או התחתונים יש להן זכות וטענה יותר מהאמצעים וכנ"ל מכל מקום כיון דלא איפסקא הלכתא כמאן יכול האמצעי להטעות ולדחות העליונים באמרו דהלכה כרב דהתחתון הוא קודם וממילא גם זכותו דהאמצעי יותר מהעליון ולתחתון יכול לדחות באמרו דהלכה כשמואל וכיון דאיפסקא הלכתא כל דאלים גבר ס"ל דיוכל להטעותן נמי דמה לי גבורת היד ומה לי גבורה בהטעם וטענה כי אף דבגמרא איתא דאבבי אמר לרב שימי כבי תרי עבדת לי ולא נהנה מהפירות ס"ל להרמב"ם ורבינו דלמידת חסידות עבדה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דמה שכתב הרא"ש בבבא בתרא (דף לד:), והובאו דבריו בש"ב פ"ב, דעדיפות דדינא דכל דאלים גבר הוא מפני שחכמים סמכו על זה דכל מי שהדין עמו קרוב להביא ראיות ועוד מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו, יעו"ש, אין כונתו דעל ידי כל דאלים גבר נבוא לבירור הדברים, דאם כן מה שייך דין כל דאלים גבר בפלוגתא דרבוותא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, אלא כונת הרא"ש דעדיף לפסוק כל דאלים גבר מחלוקה דאולי יצא מזה שהבעלים האמיתיים יקבל ממנו, אבל בחלוקה בודאי יפסיד חצי ממנו, ואם כן יש לדון כל דאלים גבר אפילו בפלוגתא דרבוותא דלא שייך התם טעמא דהרא"ש, ועיין מה שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' קכ"ה בשם הרמ"א בסי' קל"ט דבפלוגתא דרבוותא במקום שאין שום אחד מוחזק בהממון ולא אפשר לעשות חלוקה אמרינן כל דאלים גבר, והביא נמי דברי הלבוש שתמה עליו, וכתב דאין להביא ראיה מסוגיין, יעו"ש ובהגהות.

עוד יש להוכיח מדברי הסמ"ע דדין כל דאלים גבר לא הוי סילוק גמור כעין מה

שכתב הרשב"ם בבבא בתרא (דף קסו): בד"ה תיקו וז"ל: אבל כל מקום שעלתה ההלכה בתיקו הואיל ואין הדיינין יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו עכ"ל, והיינו סילוק גמור, שבית דין מושכים את ידיהם ושותקים, והיה אפשר לומר דגם דין כל דאלים גבר הוא סילוק גמור, דכיון שאין בית דין יכולים לברר מי הוא הבעלים מושכים ידיהם ושותקים, וממילא כל דאלים גבר, אולם מדברי הסמ"ע לכאורה מוכח דאין זה סילוק גמור, דאם כן היאך אפשר שבית דין יסלקו ידיהם ויניחו להאמצעי לתפוס המים, שהרי המים שייכים או להעליון או להתחתון, וממה נפשך אין להאמצעי קדימה בהם, והרי הוא גזול עליהם, ומה שייך בזה סברת הסמ"ע דמה לי גבורת היד ומה לי גבורה בהטעם וטענה.

אלא מבואר דדין כל דאלים גבר לא הוי שתיקת בית דין, אלא פסק של סילוק, שבית דין פוסקים שהם לא יכריעו הספק אלא נותנים רשות לכל אחד מבעלי הדין להתגבר על השני ולהפקיע זכותו כיון שאין זכותו ברורה וגם אינו מוחזק, וכיון שהוא מתגבר הרי הוא נעשה המוחזק, והמוציא מחבירו עליו הראיה.

ולכן קאמר הסמ"ע שיכול האמצעי להתגבר על העליון וגם על התחתון בהטענה, דמה לי גבורת היד ומה לי גבורה בהטעם וטענה, שהרי האמצעי בעצם יש לו זכות בהמים, ואלא דאין לו קדימה בהם, דהקדימה היא או להעליון או להתחתון, ולכן יכול לתפוס המים מן העליון באומרו שאין לו קדימה בהם, ואם יטעון העליון שאם אין לו קדימה התחתון יש לו קדימה ולא האמצעי, אין זו בהדין תורה בין העליון והאמצעי, אלא הדיון בדין תורה זה הוא אך ורק אם העליון יש לו קדימה, והרי האמצעי התגבר עליו והפקיע זכותו, וכן כשדן עם התחתון יכול לעקור ממנו זכות קדימה שלו בדרך הזה, ונמצא שאין לשום אחד מהם קדימה, ויכול האמצעי ליקח מים לעצמו.

ובהא דאב"י לא רצה ליהנות ממה שעשה רב שימי בר אשי כתב הסמ"ע דהרמב"ם והטור והמחבר ס"ל שזה היה מדת חסידות, כנ"ל, ואולם התוס' בד"ה כבי תרי עבדת לי ס"ל דאינו יכול להערים עליהם, יעו"ש, ולית להו הסברא דמה לי גבורת היד ומה לי גבורה בהטעם וטענה, ואולם לא מסתברא שפליגי על מה שמבואר מתוך דברי הרמב"ם וסיעתו דכל דאלים גבר לא הוי סילוק גמור אלא פסק של סילוק, כמש"נ.

ועיין בלבוש שם שכתב דמה שדנים כל דאלים גבר בסוגיין הוא יוצא מן הכלל, דהרי לא שייך בדין דהוי פלוגתא דרבוותא טעמא דכל דאלים גבר, יעו"ש, ודומה למה שכתבו התוס' בבבא בתרא (דף סב): בד"ה איתמר להאי גיסא דלפעמים ראו חכמים לעשות שודא אף במקום שהמצב דורש דין אחר, וכן לפעמים ראו לדון חלוקה אפילו במקום מוחזק אף לדעת רבנן דלית להו כסומכוס דממון המוטל בספק חולקים, יעו"ש, ונראה דגם לפי זה יש להוכיח דדין כל דאלים אינו סילוק גמור של שתיקה אלא פסק של סילוק, דלא מסתברא שבאיזה מקום יחדשו דין כל דאלים גבר שלא נמצא בשום מקום, אלא חידשו שאותו דין כל דאלים גבר הנמצא בכל מקום לפעמים דנים אותו אפילו אם המצב כפי הנראה דורש פסק אחר.

פרק יז

בו יבואר דבכל דאלים גבר ותפס אדם אחר אף דלתוס' חוששין שאינו של שניהם אי לאו דרשעים הם היה מועיל הרשאה כדי להוציא מהתופס, ויובא מה שחידש התיבות המשפט דאדם שאומר על ממון שלא נודע בעליו שהוא שלו הרי הוא נאמן בלא ראיות.

[**בבא בתרא לה:**] אמרי נהרדעי אם בא אחד מן השוק והחזיק בה אין מוציאין אותה מידו דתני רבי חייא גזלן של רבים לאו שמיה גזלן רב אשי אמר לעולם שמיה גזלן ומאי לא שמיה גזלן שלא ניתן להשבון, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: אין מוציאין אותה בבית דין מידו של זה השלישי ואע"ג דלא טעין מידי דשמא גם לשנים הראשונים אין להם חלק בה וכו' רב אשי אמר לעולם גזלן של רבים שמיה גזלן הואיל ולא טעין מידי ומוציאים מידו ומעמידין אותה בפני שנים הראשונים שיש להם טענת אבות עכ"ל, יעו"ש.

ובתוס' בד"ה אין מוציאין אותה מידו כתבו וז"ל: ואפילו כתבו הרשאה זה לזה הואיל ורשעים הם אין נזקקים להם עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה היה נראה דהתוס' פליגי על דברי הרשב"ם, דהרי כתב הרשב"ם דטעמא דנהרדעי דאין מוציאין מידו משום דאין הדבר ברור שהוא של אחד משני טוענים אלו, ודילמא הבעלים הוא אדם אחר לגמרי, ורצונו לומר דאין בדינא דכל דאלים גבר שום הכרע שהוא של אחד מהם, ודינא דכל דאלים גבר הוא סילוק בית דין במקום שאי אפשר לעמוד על אמיתת הדברים, והגם דזה המחזיק ודאי גזלן הוא, מכל מקום לא נודע לן כלל מי הוא הנגזל, ולמה נוציא הממון מידו להניחו בפני בני אדם אלו לכל דאלים גבר מאחר שאין לנו שום הוכחה כלל שאחד מהם הוא הבעלים, אולם אם כן הוא הדברים מה היה מועיל אם כתבו הרשאה זה לזה, והלא הרשאה זו חספא בעלמא הוא, דמי יימר דחד מינייהו הוא הבעלים, ועדיין יעכבנו הגזלן בידו עד שיבא הבעלים ויברר בעלותו, ולכאורה מוכח דס"ל להתוס' דבמקום כל דאלים גבר נקטינן שבודאי חדא מינייהו הוא הבעלים, ואין מוציאין מיד הגזלן הואיל ולא נודע מי הוא הבעלים, ואפילו כתבו הרשאה זה לזה לא מהני הואיל ורשעים נינהו, כמו שכתבו התוס', כנ"ל.

אולם עיימש"נ התוס' בד"ה דתני רבי חייא וז"ל: שאין מוציאין מידו ומיירי בזה אומר של אבותי ולא בגזל מחמשה בני אדם דהתם אמאי אין מוציאין ורב אשי פליג אנהרדעי וסבר דרבי חייא לא להקל בא אלא להחמיר דלא סגי בהשבה אחת כמו לשאר גזלן עד שישלם גזלה לכל אחד ואחד כרבי עקיבא בהגוזל עצים (ב"ק דף קג:). ומיירי בגזל מחמשה וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתבו התוס' דאליבא דנהרדעי לא אמר רבי חייא דאין מוציאין אלא בגונא דכל דאלים גבר אבל בגזל מאחד מחמשה מוציאין, ולכאורה החילוק הוא דבגזל מאחד מחמשה ידעין בבירור שהגזילה של אחד מחמשה אלו, ולמה נניחנה אצל הגזלן, נוציאנה מידו ונניחנה בין הני חמשה וידונו ביניהם, אבל בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי לא ידעין בבירור שהוא של אחד משנים אלו ומשום הכי מניחין אותו ביד הגזלן, ומבואר דס"ל להתוס' דחוששין לשלישי, וכן ממה

שכתבו התוס' דאליבא דרב אשי לא בא רבי חייא להקל אלא להחמיר, דאינו יוצא ידי חובתו בהשבה אחת וצריך לשלם לכל אחד ואחד, ומיירי בגזל מחמשה ולא בזה אומר של אבותי, וגם מזה מבואר דס"ל להתוס' דבגונא דכל דאלים גבר חוששין לשלישי, ומשום הכי אין לחייב אותו לשלם לשניהם, דמי יימר דחד מהני הוא הבעלים, ולא דמי לגזל מאחד מחמשה דידעין בבירור שהגזילה של אחד מהם, ואם ישלם לכולם בודאי יצא ידי חובת השבה, וקשה לפי זה דאם ס"ל להתוס' דבגונא דכל דאלים גבר חוששין לשלישי היאך סלקא דעתיהו דהתוס' שאם יכתבו הרשאה זה לזה שמוציאין מן הגזלן, כנ"ל, והלא צריכין למיחש דילמא הבעלים אדם אחר לגמרי הוא.

והנה הרשב"ם כתב אליבא דרב אשי וז"ל: ומאי לא שמיה גזלן דקאמר רבי חייא לא להקל עליו בא לפטרו מלשלם אלא להחמיר עליו ולומר דלא ניתן להשבון לא מיתכפר בהשבה דאינו יודע למי ישיב דמאחר שבא לידו צריך להשיב לבעלים ולא להוציאה מתחת ידו ולהפקירה לשנים הראשונים וכל מאן דאלים גבר כדפסקין לעיל ואי תפסינן לא מפקינן וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פט"ו, ועיין ברמב"ן שהביא דברי הרשב"ם ופליג עליו וז"ל: ולא נראה לי שלא אמרו לא מפקינן אלא כשהיא ברשות בית דין שאין ראוי להוציא דבר מרשותם למחלוקת עד שיבררו הדבר אבל אחד שתפס מהם בגזילה אם רצה מוציאה מרשותו וכו' וכן מה שאמרו ספק הנוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר כלומר למקום שנטל כבר מצינו בירושלמי הטעם מפני שהפסידו מן הבעלים וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בדבריו בש"ב פכ"ה, יעו"ש.

ושיטת הרשב"ם מתבארת היטב עפ"ימש"נ לעיל דבזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי צריכין למיחש לשלישי, כנ"ל, ומשום הכי אין הגזלן יוצא ידי חובתו כשמפקירה בפני הני שנים לכל דאלים גבר, דהואיל ובאה הגזילה לידו נתחייב בהשבה, ודילמא הבעלים הוא אדם אחר לגמרי, כמש"נ, אכן מדברי הרמב"ן דיוצא ידי חובת השבה כשמניחה לפנייהם לכאורה מבואר דס"ל דאין צריכין למיחש לשלישי, ונקטינן דבודאי שייך הגזילה לחד מהני תרי המתעצמין בה, ומשום הכי פוטר עצמו כשמניחה ביניהם, וצריכים לעיין לשיטת הרמב"ן למה באמת אין חוששין לשלישי.

ואולי נוכל לבאר מחלוקת הרשב"ם והרמב"ן עפ"ימש"ש הנהיבות המשפט בסי' רנ"ט סק"ג וז"ל: דבכל אבידה כל אדם נאמן לומר שהוא שלו קודם שיגיע ליד אחר וכשבא אחר ואכלו חייב לשלם לזה שאמר מקודם שהוא שלו וראה לזה מהאי ארבא דהאי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא דקאמר התם דאם בא אחר וחטפו צריך לשלם לכל אחד ואחד אף שאין לשום אחד מהן עדים ואמאי יתחייב לשלם דילמא לאו ידיהו נינהו אלא על כרחך דקודם שהגיע ליד אחר כל אדם נאמן וממילא ליכא שום ספק רק בין שניהם מה שאין כן אם כבר הגיע ליד אדם שוב אין אדם נאמן רק בסימנים וכו' עכ"ל, יעו"ש, ודברי הנהיבות המשפט דאם בא אחד וחטף הארבא צריך לשלם לכל אחד ואחד לכאורה לא אזלי כשיטת הראשונים הנ"ל, שהרי התוס' כתבו להדיא דרב אשי מחייבו לשלם לכל אחד ואחד רק בגזל מאחד מחמשה ולא בזה אומר דידי וזה אומר דידי, וגם לא אזיל בשיטת הרמב"ן דגזלן יוצא ידי חובתו כשמניחו לפנייהם לכל

דאלים גבר, וגם מדברי הרשב"ם לא משמע כדבריו, שהרי כתב להדיא דמוציאין מידו ומניחין בפני השנים הראשונים ומכל מקום אין הגזלן יוצא בזה חובת השבה כיון שאינו יודע מי הוא הבעלים, והנתיבות המשפט למד דמחייבים אותו לשלם לכל אחד ואחד, דנקטינן בודאי שהוא של אחד מהם והוא ליה כגזל מאחד מחמשה לפי שיטת התוס', כנ"ל, ומכל מקום מבואר מדברי הנתיבות המשפט דהיכא דליכא מתעצמין ובא אחד ואמר על החפץ שהוא שלו, כגון באבדה שעדיין לא הגיעה ליד אדם אחר, נאמן הוא על כך אף בלי שום ראיה, ומסתברא דגם הראשנים בסוגיין יסכימו לכך, ורק לענין היכא דאיכא מתעצמין נטה הנתיבות המשפט מדרך הראשונים.

ומדברי הנתיבות המשפט הללו יצא לן יסוד גדול בדיני ממונות, דאם יבא אדם ויאמר על ממון שלא נודע בעליו שהוא שלו הרי הוא נאמן בלי שום ראיות, ומכאן ולהבא הוחזק הממון בידו בתורת ודאי, ואם לאחר זמן יבא מישאו לערער אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, ויש להסתפק אם הך נאמנות הוא מדין טענת ברי, דכל טענת ברי יש בה ראיה והוכחה לברר הענין, או דלמא לאו מדין בירור הוא כלל, אלא דכן הוא דין בממונות, דתביעת ממון מנצחת כל זמן שאין בעל דבר מנגד לה, ואם אדם תובע ממון לעולם נותנין לו כתביעתו, ואיכא למימר דמהאי טעמא ברי ושמא ברי עדיף, ומאן דאמר לאו ברי עדיף ס"ל דגם טענת שמא חשובה כפירה וניגוד לתביעת התובע, ועיימש"נ בש"ח פ"א, וכן הוא בכל טוען ונטען, דאם אחד תובע ממון מחבירו יש לנו לעשות כתביעתו, אבל אם חבירו כופר ומנגד לתביעתו אז צריך להביא ראיה, ואינו יכול להוציא על ידי תביעה גרידא.

והשתא יש לומר דהרמב"ן ס"ל דתביעה גרידא מנצחת בלי שום ראיה כל זמן שאין כפירת התובע מנגדת לה, ולכן כששני בני אדם באים לתבוע ארבעה נודע בעלה הרי יש כאן תביעה לגבי הממון, ואין הכחשת השני חשובה ככפירה לבטל כח התביעה, דהא אין כאן אלא בעל דבר אחד והשני הוא אדם נכרי, ורק שאנו מסופקים מי הוא הבעלים ומי הוא הנכרי, אבל זה פשוט דהכחשת הנכרי לא חשובה ככפירת התביעה, ונמצא שבין שניהם יש כאן תביעה בלי ניגוד לגבי הממון, ורק שלא נודע איזו תביעה אמיתית ואיזוהי שקר, ומכל מקום כיון דממה נפשך אית כאן תביעה מעליא בלי ניגוד כפירה, כמש"נ, שוב אין צריכין למיחש לשלישי.

אבל הרשב"ם ס"ל דתביעה מועילה מדין טענת ברי, ואית כאן ראיה והוכחה לברר הממון, ואם כן כששני בני אדם תובעים ומכחישין זה את זה בטלה הראיה, ושוב איכא למיחש דשמא גם לשניהם אין להם חלק בה ושל אדם אחר לגמרי הוא, אי נמי יש לומר דגם הרשב"ם למד דמהני מדין תביעה ולא מדין בירור, כמש"נ בשיטת הרמב"ן, אלא דס"ל להרשב"ם דגם תביעות מבטלות זו את זו, ולא אמרינן דממה נפשך אית כאן תביעה מעליא בלי ניגוד של כפירה, כמש"נ בשיטת הרמב"ן, אלא הואיל ומכחישות זו את זו מבטלות זו את זו, ואין כאן תביעה כלל, ואין זה מדין הכחשת הוכחות ובירורים, אלא עיקר הדין דאזלינן בתר התביעה ונותנים לו כתביעתו הוא רק כשאין לפנינו אלא תביעה אחת, אבל כשיש לפנינו שתי תביעות המכחישות זו את זו

בטלה כל דין נטילה על ידי תביעה גרידא, ואם כן שפיר צריכין למיחש דילמא של אדם אחר לגמרי הוא.

ולפי זה נוכל לבאר גם דברי התוס' הנ"ל, דס"ל להתוס' דמהני מדין תביעה ולא מדין בירור דטענת ברי, ומכל מקום אם התביעות מכחישות זו את זו הרי הן מבטלות זו את זו, כמש"נ בשיטת הרשב"ם, ומשום הכי ס"ל להתוס' דצריכין למיחש לשלישי, ומכל מקום אם כתבו הרשאה זה לזה היה מהני לולי דאמרינן דרשעים הם, דעל ידי ההרשאה חשובה שאין כאן אלא תביעה אחת, ואע"ג דעדיין מכחשי אהדדי לגבי בירור הענין, מכל מקום השתא מיהא אין לפני בית דין אלא תביעה אחת בלי ניגוד כפירת הנתבע, ותביעה כזו מנצחת, כמש"נ.

פרק יח

בו יבואר דלהרמב"ם בשניהם מוחזקים אין צריך תפיסה הראויה לקנין אבל בגודרות שאין להן חזקה בעינן דוקא תפיסה הראויה לקנין כדי שיהיו נחשבים מוחזקים, וגם שחולק על הראשונים וסובר דדינא דחלוקה עדפיא מסילוק בית דין דכל דאלים גבר.

[רמב"ם פ"ט טוען ונטען הל"ז] כתב הרמב"ם וז"ל: שנים שהיו אוחזין בכלי אחד וכו' או יושבין בצד ערמה של חיטים ומונחת בסמטא או בחצר של שניהם זה אומר הכל שלי וזה אומר הכל שלי כל אחד משניהן נשבע בנקיטת חפץ שאין לו בזה הדבר פחות מחציו ויחלוקו ושבועה זו תקנת חכמים היא כדי שלא יהיה כל אחד תופס בטליתו של חברו ונוטל בלא שבועה עכ"ל, יעו"ש, וכתב הטור בסי' קל"ח דהא דחולקים בשנים יושבים בצד הערמה הוא משום דחשבינן להו כשניהם מוחזקים הואיל ויושבים בצדה, יעו"ש.

והקשה עליו הנתיבות המשפט סי' קל"ח סק"א מהא דאיתא לקמן (דף ח:) דבעי להוכיח דרכוב על גבי הבהמה קונה מהא דתנן (דף ב.) היו שנים רוכבין על גבי הבהמה או שהיה אחד רוכב ואחד מנהיג זה אומר כולה שלי וכו' יחלוקו, וכתבו התוס' בד"ה או דלמא דמכאן מוכח דאינו קרוי מוחזק בשנים אוחזים אלא כשאוחז בתפיסה שיש בה קנין, וכן היא לכאורה פשטות הסוגיא, ואם כן היאך אפשר לומר דשנים יושבים בצד הערמה חשיבי כשניהם מוחזקים, והא לא הוי לכל אחד תפיסה שיש בה קנין, יעו"ש.

ונראה דהרמב"ם ס"ל דלדין שניהם מוחזקים לא בעינן תפיסה שיש בה קנין, אלא כל שיושב בצדו וטוען שהוא שלו חשיב כאוחז בו ודינו לחלוק בשבועה, ואולי גם לענין חזקת מטלטלין חשיב ככהאי גונא כמוחזק גמור אם טוען שלקוח הוא בידו, אלא דאמרין בבבא בתרא (דף לו.) הגודרות אין להן חזקה, יעו"ש, והואיל ודרך הבהמה לילך מעצמה אין בתפיסתה שום הוראת בעלות, ומשום הכי בשניהם רוכבין על גבי הבהמה לכאורה לא חשיב בזה כשנים אוחזים, דהא גודרות אין להן חזקה, ועל כרחך הא דחשיבי כשנים אוחזים כשרוכבין על גבי הבהמה היינו משום דעל ידי אחיזה זו יכולין לקנות הבהמה, ולכן חשיבי כשניהם אוחזים לדון להם חלוקה, דאע"ג דלא חשיבא הבהמה ברשותם על ידי תפיסתם, מכל מקום אם הוי תפיסה שיש בה קנין חשיבי כאוחזים לגבי דינא דחלוקה, כמש"נ, ולפי זה שפיר מוכח בגמרא הנ"ל דרכוב קני, דתפיסה גרידא לא מהני בגודרות, ועל כן בעינן תפיסה שיש בה קנין, ומוכיח שפיר דרכוב קנין, אבל ביושבים בצד הערמה דלא הוי גודרות לא בעינן תפיסה שיש בה קנין, דתפיסה בעלמא נמי מהני שתיחשב כאחוזת ברשותו הואיל ואינה זזה ממקומה מעצמה, כמש"נ, ופליג הרמב"ם על התוס' שרצו להוכיח דגם בטלית בעינן תפיסה שיש בה קנין, ולשיטת הרמב"ם לא בעינן תפיסה שיש בה קנין אלא בגודרות, כמש"נ. ועיימ' ש הרמב"ם בפ"י טוען ונטען הל"ו וז"ל: ספינה וכיוצא בה שהיו שנים נחלקין עליה זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי ובאו לבית דין ואמר אחד תפסוה

על שאביא עדים אין תופסין אותה ואם תפסוה בית דין והלך ולא מצא עדים ואמר הניחוה בינינו וכל המתגבר יטול כשהיה דינה מקדם אין שומעין להן ואין מוציאין אותה בית דין מידן עד שיביאו עדים או עד שיוודו זה לזה או יחלקו ברצונם ובשבועה כמו שבארנו עכ"ל, יעו"ש, ודינא דכל דאלים גבר הביא הרמב"ם בפ"ו טוען ונטען הל"ד, יעו"ש, ויש לדקדק בלשון הרמב"ם שכתב ספינה וכיוצא בה, ואיזה דברים הוסיף בהכיוצא בה, עוד יש לדקדק למה הביא הרמב"ם דין זה בפ"י מטוען ונטען בין ההלכות דחזקת מטלטלין ולא בפ"ט שם לענין שנים שמתעצמין זה עם זה.

והנה לכאורה יש להעיר לפי שיטת הרמב"ם דבשנים יושבים בצד הערמה בסימטא חשיבי כשנים אוחזים ויחלוקו, אם כן למה לא נידון כן גם בספינה, דהא נהר הוי כסימטא ושניהם עומדין על שפת הנהר וצווחין שהספינה שלהם, ולמה לא יחשב בזה כשניהם אוחזים ונידון להם חלוקה ולא כל דאלים גבר.

אלא היינו טעמא דלא חשיבי כשניהם אוחזים בספינה משום דספינה הוה לה גודרות, דמיא דנהרא ממטו לה ממקום למקום, ואע"ג דיכול להדקה במוסירות, הלא גם בעלי חיים אפשר להדקם במוסירות, והיינו מה שכתב הרמב"ם ספינה וכיוצא בה, רצונו לומר שאר מטלטלין שאינם עומדים במקומם והוה להו כגודרות, ומשום הכי הביא הרמב"ם דין זה בפ"י מטוען ונטען דכל הפרק מייירי בענין חזקת מטלטלין דגודרות, יעו"ש, וגם ספינה הוה לה גודרות, ומשום הכי לא חשיבי כשנים אוחזים אלא אם כן תפוסים בהספינה ממש בתפיסה שיש בה קנין, אבל במה שהם עומדים בצדה לא חשיבי כשנים אוחזים, כמש"נ, ומשום הכי אין דנין להם חלוקה אלא כל דאלים גבר.

ולפי זה מבואר דס"ל להרמב"ם דדינא דחלוקה עדיפא מדינא דכל דאלים גבר, ודלא כדמשמע מדברי התוס' ושאר ראשונים שהקשו למה אין דנים כל דאלים גבר בטלית ותירצו דכיון דמוחזקים אין לנו להניח חטיפות, ונמצא דכל דאלים גבר עדיף אלא דכיון דאוחזים לא אפשר וממילא דנין להם חלוקה, ועיימש"נ בש"ב פ"י, ובאמת מוכח מסדר ההלכות של הרמב"ם דלא ס"ל כהנך שיטות, שהרי הביא דינא דחלוקה בפ"ט מטוען ונטען ולא הביא דינא דכל דאלים גבר עד פ"ו מטוען ונטען, ובפ"י מטוען ונטען הזכיר דינא דכל דאלים גבר רק בדרך אגב בנוגע לדינא דאי תפס לא מפקינן, כנ"ל, ואם דינא דכל דאלים גבר עדיפא היה לו להביאה תחלה, ואחר כך לכתוב דבמקום שנים אוחזים דאין לדון כל דאלים גבר דנין חלוקה.

אלא נראה דס"ל להרמב"ם דשנים אוחזים לא הוי טעם שלא נוכל לפסוק כל דאלים גבר, כמו שכתבו הראשונים הנ"ל, אלא סבה חיובית היא לדון להם חלוקה, דכיון דשנים אוחזים הרי זה מחייב פסק בית דין, ואין בית דין רשאי למשוך ידיהם ולהסתלק מן הדין במקום ששנים אוחזים בה, ועל כרחך דנין להם, ומשום הכי דנין להם חלוקה, ודינא דחלוקה היא בשבועה משום תקנת חכמים כדי שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו', כנ"ל, אבל בספינה לא חשיבי כשנים אוחזים הואיל והוה לה גודרות, כמש"נ, וממילא אין בית דין מחויבים לדון להם ויכולים להסתלק על ידי דינא דכל

דאלים גבר.

ומכל מקום אם תפס לא מפקינן לכל דאלים גבר, דהואיל ואתי לרשות בית דין אינם רשאינן להוציאה מתחת ידם אלא לדין ולא לסילוק ולפשרה, ומשום הכי כתב הרמב"ם דאם תפסוה בית דין אין מוציאינן לכל דאלים גבר ומונחת בידם עד שיביאו עדים או יודה אחד לחבירו או יתרצו לחלוק ובשבועה, כנ"ל, דאם נתרצו לחלוק גרידא אין שומעין להם, דאין זה דין אלא פשרה, ואע"ג דבפי"ג גזילה ואבדה הל"ו גבי סימנים וסימנים יניח כתב הרמב"ם דיכולים להתרצות לפשרה, וכן בשנים שהפקידו אצל רועה בפ"ה שאלה ופקדון הל"ד, יעו"ש, ועיימש"נ בזה בש"י פכ"ו, התם לא תפס להו בית דין, אבל הכא דאתא ליד בית דין אין מוציאינן אלא לדין, ואם נתרצו לדינא דחלוקה שפיר דמי, דהא הוי חלוקה היכולה להיות אמת, כמו שכתבו התוס' (דף ב.). בד"ה ויחלוקו, יעו"ש, ואין דינא דחלוקה אלא בשבועה, כמו שכתב בפ"ט, כנ"ל, אבל אם לא נתרצו אין בית דין צריכין לדון להם חלוקה, דהא ליכא אווזים, וישאר בידם עד שיביאו ראיה או עד שיוודה האחד לחבירו.

פרק יט

בו יבואר מחלוקת הרמב"ם והראשונים בנוטל עד מקום שידו מגעת אם נשבע מתקנת שבועת שנים או חזים או מדין גלגול שבועה, ותתבאר ראית רב משרשיא מזה נוטל עד מקום שידו מגעת כו' דעל ידי תפיסתו כמאן דפסיק דמי ומה שבידו נחשב כלי לחליפין.

[**בבא מציעא ז.**] תנא רב תחליפא בר מערבא קמיה דרבי אבהו שנים אדוקים בטלית זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקין בשוה מחוי ליה רבי אבהו ובשבועה וכו' אמר רב משרשיא שמע מינה האי סודרא כיון דתפיס ביה שלש על שלש קרינן ביה ונתן לרעהו דכמאן דפסיק דמי וקני וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה מחוי רבי אבהו והשאר בשבועה וז"ל: נראה דלא גרסינן והשאר דאף במה שידו מגעת ישבע כיון דנתקנה השבועה שלא יהא אדם הולך ותוקף מטעם זה ישבע אף במה שהוא תופס ומכל מקום שפיר מוכח בסמוך דבקנין מאי דתפיס כמאן דפסיק דמי כיון דהכא לאחר שבועה נוטל כל מה שהוא תופס אפילו יותר ממחצה והשבועה היא בשביל הטענה ומפני התקנה עכ"ל.

אבל הרמב"ם חולק וס"ל דאינו נשבע על מה שתחת ידו, דעיימ"ש בפ"ט טוען ונטען הל"ט וז"ל: היו שנים אדוקין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקין בשוה אחר שנשבעין ויש לכל אחד לגלגל על חבירו שכל מה שנטל כדין נטל עכ"ל, יעו"ש. והקשה עליו הרשב"א וז"ל: ונראה לי שהוא ז"ל למדה מדאמר רב (משרשיא) האי סודרא וכו' דאלמא כמאן דפסיק לגמרי חשבינן ליה ובדפסיק לגמרי לא משביעין ליה עליה ואינו מחוור דאם כן רבי אבהו מתנייתין אתא לאשמועינן וכו' והנכון דאפילו מאי דנקטי בדייהו קא מחוי דאין נוטלין אלא בשבועה והא דרב (משרשיא) הכי קאמר כיון דלא פליג בה אידך ויהבינן לה כולה למאן דתפיס ביה כמאן דפסיק דמי דאילו השאר חבירו חולק עמו וכו', עכ"ל.

והנה עיין לקמן בפרק הזהב (דף מה): איתמר רב ולוי חד אמר מטבע נעשה חליפין וחד אמר אין מטבע נעשה חליפין אמר רב פפא מאי טעמא דמאן דאמר אין מטבע נעשה חליפין משום דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלא וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: הא ליכא למימר דאית ליה דרב נחמן דאמר לקמן (דף מז.) אין קונין אלא בכלי דנעלו כתיב דאם כן אדמפלגי במטבע ליפלגו בכל דבר שאינו כלי וכו' עכ"ל, הרי שכתב רש"י דמטבע לא הוי כלי, אבל התוס' פליגי וז"ל: ואם תאמר ולרב נחמן דאמר לקמן (דף מז.) דכלי דוקא בעי וכי פליג ארב ולוי ויש לומר דמטבע מיקרי שפיר כלי שראוי לשקול בו משקולת ועוד דראוי לתלותו בצואר בתו וכו' ויש אומרים שחשוב כלי לפי שיוצא בהוצאה וקונין בו כל דבר עכ"ל, יעו"ש.

וגם הרמב"ן שם פליג על דברי רש"י וז"ל: אלא שמע מינה דכל מטבע כלי הוא לענין חליפין דאיתרבי מלקיים כל דבר ולא הוציאו אלא פירות שעומדין לאכילה ומרקיבין ומחסרין והולכין ואין דעתו של אדם עליהם אלא על הכלים שאין ההפסד

מצוי בהם וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר בדבריו דכל דין כלי דחליפין הוא שיהא דבר שאין ההפסד מצוי בו ודעת בני אדם עליו.

אולם עיימ"ש רש"י בסוגיין בד"ה דכמאן דפסיק דמי וז"ל: ודוקא נקט שלש על שלש דכלי בעינן דכתיב (רות ד) נעלו ובציר משלש אצבעות לאו בגד הוא כדאשכחן גבי טומאה עכ"ל, הרי שלשית רש"י דין כלי דחליפין הוא כלי דטומאה.

והשתא עיין לקמן (דף נב.) תנן התם סלע שנפסלה והתקינה שיהא שוקל בה משקלות טמאה, יעו"ש, ומבואר דלענין טומאה לא חשיבא מטבע כלי כל שיוצאה בהוצאה, ורק אם נפסלה והתקינה לשקול בה משקלות נעשה כלי וירדה לה תורת טומאה, ומשום הכי ס"ל לרש"י דמטבע לא הוי כלי דחליפין, דכיון דלדידיה בעינן כלי דטומאה אם כן אין למטבע תורת כלי דחליפין, אבל תוס' והרמב"ן ס"ל דלא בעינן כלי דטומאה, אלא כל שאין ההפסד מצוי בו ודעת בני אדם עליו חשיב כלי, אם כן מטבע נמי אין ההפסד מצוי בו וראוי לתשמיש שיכול להתקינו לשקול בו משקלות, ואע"ג דכל זמן שלא התקינו לא נעשה כלי דטומאה, מכל מקום כיון דראוי לכך שפיר הוי כלי דחליפין.

ונחלקו נמי לקמן (דף מו:) דרש"י ס"ל דשור הוי פירי ולא כלי, אבל התוס' בד"ה ופירי ס"ל דדוקא בשר שור הוי פירי אבל בשור חי כתבו וז"ל: ונראה דשור ופרה חיים הוי כלי חשוב לפי שמשתמש בהם לטעון משוי ולחרוש עכ"ל, וגם הרמב"ן ס"ל כהתוס' וז"ל: דכל בעלי חיים מטלטלי נינהו שהרי עומדין למלאכה ואינן דומין לפירות שההפסד מצוי בהן עכ"ל, ורש"י אזיל לשיטתו דכלי דחליפין היינו כלי דטומאה, ובעלי חיים לא חשיבי כלי לקבל טומאה, אבל התוס' והרמב"ן ס"ל דלא בעינן כלי דטומאה, כמש"נ, והעיקר הוא שאין ההפסד מצוי בו, כנ"ל, ושפיר איכא למימר דגם בעלי חיים חשיבי כלים לגבי חליפין.

והנה הרמב"ם בפ"ה מכירה הל"ז כתב כדברי רש"י הנ"ל דדין כלי דחליפין הוא דין כלי דטומאה, אבל הרשב"א בפרק הזהב ס"ל כתוס' והרמב"ן דלכלי דחליפין לא בעינן אלא שלא יהא ההפסד מצוי בו ודעת אדם עליו.

ונראה דהא דנחלקו הראשונים אם צריך לישבע על מה שתחת ידו, כנ"ל, אזלי בזה לשיטתייהו, דהרמב"ם ס"ל דבעינן כלי דטומאה, ואם כן צריך לומר דהך דינא דכמאן דפסיק דמי היינו שהוא כחתוך לגמרי, דבלאו הכי לא הוי כלי אלא מקצת כלי, ואם הוי כחתוך ממש אם כן אין זה בכלל החלוקה ולא שייך לחייבו עליו שבועה.

אבל התוס' והרשב"א אזלי לשיטתייהו דלא בעינן כלי דטומאה, ואם כן גם מקצת טלית יכול להשתמש ככלי דחליפין, והחסרון הוא מצד התפיסה, דבעינן נתינה ושיהא ביד המוכר ולא ביד הלוקח, ולזה אמרינן דכמאן דפסיק דמי, דכיון דזה תפיסתו מהני לו וזה אין תפיסתו מהני לו, אם כן שפיר חשיבא כאילו הוא תפוס בו לבד, ולא בעינן שיהא כחתוך לגמרי, ואם כן ליכא מקור ממימרא דרב משרשיא דמה שתחת ידו חשיב כחתוך, ושפיר איכא למימר דאע"ג דזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת, מכל מקום נשבעין על הכל, אבל הרמב"ם לשיטתו ראה בדברי רב

משרשיא דמה שתחת ידו הוי כחתוך ממש, כמש"נ, ואם כן אינו צריך לישבע על מה שתחת ידו.

אלא דעדיין קשה לשיטת הרמב"ם על רב משרשיא גופא, דהיכן ראה בדברי רבי אבהו דמה שתחת ידו חשיב כחתוך, ואפילו לגירסת הרמב"ם דרבי אבהו אמר והשאר בשבועה, ועל מה שתחת ידו אינו נשבע, עדיין אין להכריח דהוי כחתוך, דדילמא לא הוי כחתוך, אלא דכך נעשית הפשרה דחלוקה, דכל אחד נוטל מה שתחת ידו, והשאר חולקים בשוה, והשבועה הוי על השאר, וכי היכי דאליס כחו במה שתחת ידו שנוטל ואין לחבירו חלק בו, כמו כן אליס כחו דנוטל בלא שבועה, אולם הכל בא לו מיד בית דין ודרך חלוקה, ומה שתחת ידו לא הוי כחתוך, והיכן ראה רב משרשיא בדברי רבי אבהו דהוי כחתוך.

ונראה דהנה עיימ"ש הרמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ב וז"ל: כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם מגלגל עליו המשביע כל מה שירצה מדברים שאם יודה בהן יתחייב ממון ועד היכן כח גלגול עד שיאמר ובכלל שבועה זו שלא נמכרת לי בעבד עברי ועדיין עבדי אתה וכו' עכ"ל, ובפ"ה שם הל"ג כתב וז"ל: טענו כלים וקרקעות וכו' אם הודה במקצת כלים וכפר במקצתן עם כל הקרקעות מתוך שהוא חייב שבועה על מקצת הכלים שכפר בהן נשבע אף על הקרקעות שטענו עמהן שהכל טענה אחת וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדברי הרמב"ם דכל דנכלל בטענתו אינו צריך לתבוע הגלגול, אלא בית דין משביעין את הנתבע על ידי גלגול אף אם לא תבע התובע לגלגל עליו שבועה, ומשום הכי נשבע גם על הקרקעות, אע"ג דאין נשבעין על הקרקעות.

ולפי זה שפיר יש להוכיח מדברי רבי אבהו דמה שתחת ידו הוי כחתוך, דאי נימא דלא הוי כחתוך וכל זה הוא בכלל דין החלוקה ורק דאינו נשבע עליו, כנ"ל, אם כן לעולם יהא צריך לישבע עליו מדין גלגול, ואף אם אינו תובע הגלגול, דהכל טענה אחת, דאין זה דבר צדדי להחלוקה אלא בתוך החלוקה עצמה, ועל כל החלוקה צריך לישבע מדין גלגול אפילו בלי תביעה, כמו בתבעו כלים וקרקעות, כנ"ל, ולעולם לא משכחת מאי דקאמר רבי אבהו והשאר בשבועה, דרק השאר ולא מה שתחת ידו, ועל כרחך צריך לומר דמה שתחת ידו הוי כחתוך לגמרי, ולא הוי בכלל החלוקה מכל וכל, והוי דבר צדדי לגמרי, ולא חשיב כטענה אחת לגבי שבועת שנים או חזים, ואע"ג דזה עומד וצווח כולה שלי, מכל מקום אין שבועת שנים או חזים באה על ידי טענה וכפירה אלא על ידי תפיסת תרוייהו, ותפיסת תרוייהו לא הוי אלא על השאר, ואין לכלול מה שתחת ידו בכלל השבועה אלא אם כן תבע בפירוש לגלגל עליו שבועה על כך, דבכהאי גוונא מגלגלין עליו הכל, ואפילו שהוא עבד עברי שלו, כנ"ל, וגם על מה שתחת ידו יכול לגלגל עליו.

אבל אם לא תבע אין בית דין מגלגלין שבועה על מה שתחת ידו, דלא שייך בו תורת טענה אחת, כמש"נ, ואם כן שפיר יכול רבי אבהו לומר והשאר בשבועה, דבאמת אין נשבע על מה שתחת ידו אלא אם כן תבע כנגדו בפירוש לגלגל עליו שבועה, ונמצא דשפיר הוכיח רב משרשיא מדברי רבי אבהו דמה שתחת ידו הוי כחתוך ממש, ואם כן

שפיר הוי נמי כלי לגבי חליפין, כמש"נ, ושפיר מובן לפי זה מה שהביא כאן הרמב"ם
דיש לכל אחד לגלגל על חבירו שכל מה שנטל כדין נטל, כנ"ל, דהיינו גופא יסוד דברי
רבי משרשיא, דליכא שבועה במה שתחת ידו מדין גלגול דטענה אחת אלא אם כן תבע
חבירו לגלגל עליו שבועה, כמש"נ, והיינו טעמא משום דהוי כחתוך לגמרי, וכמש"נ.

פרק כ

בו יובא מחלוקת הרמב"ם והרשב"א באוחז המוכר פחות משלש על שלש ויכול לנתק כל הכלי אם סגי בזה לקנין חליפין, ויבואר דאזלי לשיטתם בדינא דכמאן דפסיק דמי אם נחשב כחתוך לגמרי או דתפיסתו אלימא ומהני אף דאינו נחשב כחתוך לגמרי.

[**בבא מציעא ז.**] אמר רב משרשיא שמע מינה האי סודרא כיון דתפיס ביה שלש על שלש קרינן ביה ונתן לרעהו דכמאן דפסיק דמי וקני ומאי שנא מדרב חסדא דאמר רב חסדא גט בידה ומשיחה בידו אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת ואם לאו מגורשת התם כריתות בעינן וליכא הכא נתינה בעינן והא איכא, יעו"ש.

וכתב הרמב"ם בפ"ה מכירה הל"ז וז"ל: אע"פ שלא תפס המוכר כל הכלי שהקנהו חלף ממכרו אלא אחז מקצתו ואחז המקנה לו מקצתו קנה לוקח והוא שאחז ממנו כדי שיעור כלי או יאחזנו אחיזה שהוא יכול לנתק את כל הכלי מיד המקנה לו לפיכך אם הקנה לו במקצת הבגד צריך שיאחזו מן הבגד שלש אצבעות שאם יפסוק ממקום שאחז הרי הוא כלי בפני עצמו ששלש אצבעות מבגד קרוי כלי כמו שבארנו בענין טומאת בגדים וכן אם אחז פחות משלש והיה יכול לנתק כל הכלי קנה עכ"ל, יעו"ש.

ובמגיד משנה כתב וז"ל: ודעת המחבר במה שכתב וכן אם אחז פחות משלש אצבעות מן הבגד והוא יכול לנתק כל הכלי הרי זה קנה לומר דכיון דבגט כיוצא בזה אינה מגורשת דאזלינן בתר בעל שהוא יכול לנתקו הוא הדין גבי קניין דאזלינן בתר התופס שיכול לנתק אבל לשון הרשב"א ז"ל בזה כך הוא והיכא דלא נקיט בידה שלש על שלש כתב הרמב"ם ז"ל כל שאילו יכול לנתקו ולהביאו אצלו שפיר דמי נראה שדקדק אותה מדרב חסדא דאמר גט בידה ומשיחה בידו אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת וליתא דהתם הא אסיקנא טעמא משום דבעינן כריתות אבל הכא דנתינת כלי בעינן והא ליכא עד כאן לשון (הרשב"א) עכ"ל, יעו"ש.

ונראה דהרמב"ם והרשב"א אזלי בזה לשיטתייהו לענין דינא דכמאן דפסיק דמי, דהרמב"ם ס"ל דהיינו דהוי כחתוך לגמרי, אבל הרשב"א ס"ל דלא הוי כחתוך ממש, ומכל מקום מהני לקנין הואיל ותפיסתו אלימא, ועיימש"נ בש"ב פי"ט, והנה לפי דעת הרמב"ם דמה דתחת ידו הוי כחתוך ממש לכאורה היה אפשר להקשות על הא דגט בידה ומשיחה בידו ויכול לנתקו אינה מגורשת דכריתות בעינן וליכא, והלא כיון דהוי כחתוך ממש וכמונח בכיסה דמי ליהוי נמי כריתות, וכי אם בעלה גבר אליהם ויכול להוציא הגט מידה בחזקה לא חשיב בכך כריתות, והעיקר הוא דכל זמן שהגט בידה לגמרי ואין בעלה אדוק בו כלל חשיב שפיר כריתות, ואם כן הכא נמי דאמרינן כמאן דפסיק דמי הרי כל הגט בידה ואין לבעל בו אחיזה כלל, אלא ודאי צריך לומר דאיכא נמי תפיסה מיוחדת של יכול לנתקו, ונהי דלהאשה יש תפיסה גמורה של אחיזה על ידי דינא דכמאן דפסיק דמי, מכל מקום גם לבעל איכא תפיסה של יכול לנתקו, ומשום הכי ליכא כריתות, אבל לגבי חליפין לא איכפת לן אם גם ללוקח איכא תפיסה על ידי

שיכול לנתקו כיון דאיכא נמי נתינה גמורה על ידי דינא דכמאן דפסיק דמי, ולפי זה מבואר בסוגיין דאיכא תפיסה מעליא על ידי דינא דכמאן דפסיק דמי, ואם כן הוא הדין נמי אם המוכר יכול לנתקו חשיב תפיסה מעליא למיקני בה.

אבל הרשב"א אזיל לשיטתו דעל ידי כמאן דפסיק לא הוי כחתוך ממש אלא דתפיסתו עדיפא, כמש"נ, ואם כן לגבי גירושין לא מהני דעדיין איכא מקצת תפיסה דבעל בהגט, ואין דינא דכמאן דפסיק מבטל תפיסתו, דלא הוי כחתוך ממש, ואם כן אין להוכיח כלל מן הסוגיא דאיכא תפיסה מיוחדת על ידי הא דיכול לנתקו.

פרק כא

בו יבואר דהא דאמרינן בשנים אדוקין בשטר מקוים והלוה טוען פרעתי יחלוקו באמת טענת הלוה גרועה משום דשטרך בידי מאי בעית, ומכל מקום נאמן על מה שהוא תפוס כיון דמלבד טענת פרעון כלולה בטענתו גם טענת לקוח הוא שעל ידי זה נקנה לו השטר.

[**בבא מציעא ז.**] תנו רבנן שנים אדוקין בשטר מלוה אומר שלי הוא ונפל ממני ומצאתי ולוה אומר שלך הוא ופרעתי לך וכו' אומר רבא אומר רב נחמן במקוים דברי הכל יחלוקו כי פליגי בשאינו מקוים וכו', יעו"ש.

ובכל שטר שביד המלוה אין הלוה נאמן לטעון פרעתי, דהמלוה אומר לו אם כן הוא שפרעת שטרך בידי מאי בעי, ולפיכך אין הלוה נאמן וצריך לשלם, ואם כן יש לעיין בנידון דידן דשנים אדוקין בשטר והלוה טוען פרעתי אם בכהאי גוונא איכא הוכחה כנגד טענת הלוה, כעין שטרך בידי מאי בעי, או דלמא בכהאי גוונא ליכא הוכחה כנגד טענתו, ואם נאמר דגם בשנים אדוקין מופרכת טענת פרעתי, והרי השטר מעיד על המלוה, ואם כן לשלם הלוה כל החוב, ואם נאמר דבכהאי גוונא ליכא הוכחה כנגד טענת פרעתי, אם כן ליפטר בולא כלום, והיכי אמרינן דיחלוקו, והלא הלוה טוען פרעתי וממה נפשך אם נאמן ליפטר ואם לאו ישלם.

והנה עיין בכתובות (דף פה.) גבי ההיא איתתא דהווי מיפקדי גבה מלוגא דשטרי דכתב שם הרי"ף דהא דלא מהני תפיסה בשטרות בטענת לקוח הוא משום דקיימא לן אותיות נקנות בכתיבה ומסירה, ומשום הכי אינו נאמן בטענת לקוח דאמרינן ליה אחוי שטרך, אבל למאן דאמר אותיות נקנות במסירה בלבד היה מהני תפיסה בטענת לקוח, ולפי זה אם כתוב בשטר שראובן חייב מנה לשמעון, והרי השטר יוצא מתחת ידי לוי, נאמן לוי לטעון שלקח השטר משמעון, וגובה המנה מראובן, וכן הדין נמי אם לוי ויהודה או חזים בהשטר הרי הם חולקים השטר ביניהם, וכל אחד גובה חצי מראובן, אבל לפי מה דקיימא לן דאין אותיות נקנות במסירה אין תפיסה גרידא מועילה בשטר אלא למלוה בלבד.

אכן נראה דאם הלוה נמי תפוס בשטר וטען פרעתי, מלבד תורת כפירה של טענת פרעתי על עצם החוב, אית בזה נמי בכהאי גוונא תורת טענת לקוח, דעל ידי הפרעון נקנה לו השטר, ולא גרע הלוה מאיניש דעלמא שקנה השטר, ובהא עדיף מאיניש דעלמא, דאיניש דעלמא צריך כתיבה ומסירה והלוה קונה השטר על ידי פרעון גרידא, ולכן אם מלוה ולוה אדוקין בשטר הרי זה כמו דאוחזים בו שני אנשים דעלמא, וחולקים החוב ביניהם.

ולפי זה איכא למימר דאין הכי נמי דגם בכהאי גוונא דשנים אדוקין אינו נאמן בטענת פרעון, דעדיין איכא ריעותא של שטרך בידי מאי בעי, דאם באמת פרע החוב למה עדיין תפוס בו המלוה, ומכל מקום אין זה כמו אנן סהדי נגד טענתו כאילו הכחישוהו שני עדים, אלא ריעותא בעלמא היא בטענתו, ואינו נאמן לטעון פרעתי כנגד השטר אע"ג דהשטר עומד לפרעון, ומכל מקום אין הך ריעותא מבטלת טענתו לגמרי,

ואם הלוח תפוס בהשטר וטוען טענת פרעתי דאית בה ריעותא שפיר חשיב כתופס בטענת לקוח, והוא ליה מוחזק במה שהוא תופס, ואהני ליה אפילו טענת פרעתי גרועה להחזיק בחצי השטר, ובמה שהוא מוחזק הרי אינו צריך לשלם, ובמה שהמלוה מוחזק יכול לגבות, ואין הלוח נאמן לטעון כנגד המלוה טענת פרעון גרועה, דכיון דהמלוה תפוס בהשטר איתרע טענתו, כמש"נ, וצריך הלוח לשלם כל מה שהמלוה גובה דהיינו חצי החוב, וכמש"נ.

פרק כב

בו יתיישבו דברי התוס' דבשנים אדוקים בשטר דיחלוקו אין חולקים דמי החוב שכתוב בשטר אלא יפרע לו חצי מה ששוע השטר למכור, דהא חלוקת שטר לדמי מגרעת כחו ואיך מייתי ראיה לזה משנים רוכבין על הבהמה דחלוקה לדמי מיפה כחו.

[**בבא מציעא ז:**] ויחלוקו נמי דאמרן לדמי דאי לא תימא הכי שנים אוחזין בטלית הכי נמי דפלגי הא אפסדוהא הא לא קשיא דחזיא לקטנים וכו' והא דתנן היו שנים רוכבין על גבי בהמה וכו' אלא טמאה הא אפסדוהא אלא לדמי, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה ויחלוקו נמי לדמי וז"ל: ואין חולקין את החוב כמו שכתוב בשטר אלא כמו ששוע לו למכור מזה יפרע החצי דאי לא תימא הכי אלא חצי החוב ממש גבי טלית מי חולקין ממש הא אפסדוהא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש להקשות לפי דברי התוס' דחלוקה לדמי בשנים אדוקין בשטר בא לאפוקי דאין חולקים החוב עצמו כמו שכתוב בשטר, אם כן מאי מייתי ראיה משנים רוכבין על גבי בהמה, הא התם באה חלוקה לדמי ליפות כחו, דלא תימא נחלוק הבהמה ונפסידוהא אלא חולקים לדמי, אבל בשטר הרי חלוקה לדמי מגרעת כחו, דאין חולקים החוב כמו שהוא כתוב בשטר אלא כמות שהוא שוה לימכר, ומנא לן דאמרין חלוקה לדמי לגרע כחו.

ועוד קשה דבכלל היאך מביא ראיה ממתניתין דחולקים לדמי, הא מתניתין אתא לאשמועינן עצם דין החלוקה, דבכהאי גוונא חולקים ולא אמרינן כל דאלים גבר או יהא מונח, ושוב נעשה באופן שיסכימו, אם מסכימין לחתוך הבהמה לשנים למה לא נעשה כן, ואם מסכימין למכור הבהמה ולחלוק הדמים למה לא נעשה כן, ומכל מקום לא חזינן במתניתין דין מיוחד דחלוקה לדמי, אבל בשטר הלא המלוה רוצה לחלוק החוב עצמו ולא לחלוק דמיו כפי מה ששוע לימכר, והיאך מוכיח ממתניתין דכופין אותו לחלוק לדמי ולא נחלוק גוף החוב.

והנה עיין במהרש"ל וז"ל: תוס' מקשה לפי מה דמשני לעיל תרתי בבי חד במציאה וחד במקח וממכר אין שייך לומר לדמי גבי מקח וממכר מאחר דנקיט מתרוייהו ורוצה להחזיר המעות ואם כן שבועה זו למה וכו' עכ"ל, יעו"ש ובמהרש"א.

ונראה דחדא מתרצת חברתא, ומקושית המהרש"ל מבואר פירוש הגמרא לפי שיטת התוס', דהנה מתניתין מיירי בין במציאה בין במקח וממכר, כמו שכתב המהרש"ל, ובגוונא דמקח וממכר הרי כל אחד נתן מעות ואינו רוצה בחילוק המעות אלא בהחפץ עצמו, וכשדנו בית דין חלוקה הרי כל אחד רוצה לעכב החפץ לעצמו ושחבירו יטול כל הדמים, והנה בשני שותפין שבאו לחלוק בחצר שאין בה כדי חלוקה וכל אחד אומר שאינו רוצה למכור אלא ליקח חלק חבירו, וכל אחד טוען אגוד ולא גוד הדין הוא שנשארים בשותפותם עד שירצה אחד מהם לומר גוד או אגוד, ואם כן בשנים אוחזים בטלית למה חולקים כלל, ולמה לא ישארו בשותפתם עד שיסכימו איך לחלקה, ועל כרחך צריך לומר דעיקר דין החלוקה לא הוי על גוף הדבר אלא לדמי, דכך

תיקנו חכמים דבמקום ספק דשנים אוחזים חולקים לדמי, ואם כן לא דמי לשותפין, והכא חולקים לדמי דכן הוא עיקר דין החלוקה, ואם כן הוא הדין נמי בשנים אדוקין בשטר חולקים לדמי אע"ג דזה מגרע כחו, הואיל ועיקר דין חלוקה נתקן לדמי כדמוכח ממתניתין, וק"ל.

ועיין לקמן (דף לו.) גבי שנים שהפקידו שני כלים אחד יפה מנה ואחד יפה אלף דנותן הקטן לאחד ומתוך הגדול נותן דמי קטן לשני והשאר יהא מונח, וכתב רש"י דמתוך הגדול היינו שישברנו, והקשה הרש"ש מסוגיין דחולקים לדמי ולא הגוף דהא אפסדוה, יעו"ש, ולפי מה שנתבאר יש לומר דהתם ליכא לדמי, ובלית ברירה נוטלין הכלי קטן מן הגדול על ידי שבירה, ואע"ג דיש בזה קצת הפסד, דהא אינו רשאי למכור כל הכלי, מה שאין כן בסוגיין דזוהי גופא תקנת חלוקה, כמש"נ.

פרק כג

בו יבואר דתוס' והרמב"ם דפליגי בשנים אדוקים בשטר אם חולקים מה ששוה השטר למכור בשוק או שמשלם לזה חצי החוב אזלי לשיטתם במוכר שטר לחבירו וחזר ומחלו אם החוב מחול משום דשעבוד הגוף אינו נמכר או משום דמכירת שטרות היא מדרבנן.

[**בבא מציעא ז:**] ויחלוקו נמי לדמי, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה ויחלוקו נמי לדמי וז"ל: ואין חולקין את החוב כמו שכתוב בשטר אלא כמו ששוה לו למכור מזה יפרע החצי וכו' עכ"ל, יעו"ש, אבל הרמב"ם פסק בפ"ד מלוה ולוה הלי"ד וז"ל: אם היה השטר שיכול לקיימו זה נשבע שאין לו בדמים אלו פחות מחציין וזה ישבע שאין לו בדמים פחות מחציין וישלם הלזה מחצה עכ"ל, יעו"ש, והיינו דלא כמו שכתבו התוס' דמשלם חצי ממה ששוה למכור אלא משלם חצי החוב.

ובודאי גם להרמב"ם אין הך חצי שגובה המלוה מן הלזה שוה אלא מה שיתנו בשבילו בשוק, ואם ימכור החצי בודאי לא יקבל כל המעות אלא פחות, וכפי טורח הגביה, ומכל מקום יכול המלוה לתבוע מבית דין שלא לחצות החוב כפי מה שהוא נמכר בשוק אלא לחצות גוף החוב, ויכתבו לו שטר חדש על חצי החוב, והוא יטריח לגבותו, ואם ימכור הך שטר חדש על חצי החוב לא יקבל אלא מה ששוה למכור, כמו שכתבו התוס', ומכל מקום הברירה בידו לגבות חצי החוב, אבל התוס' ס"ל דאין הברירה בידו, וכל החלוקה היא על החוב כפי שהוא שוה למכור, ואמרינן כמו גוד או אגוד, והלזה משלם לו חצי דמיו ונפטר, וצריכין להבין במאי פליגי התוס' על הרמב"ם, ולמה לא יוכל לתבוע חלוקה בגוף החוב.

והנה הא דחולקים בשנים אדוקין בשטר היינו משום דחשבינן להו כשני אינשי דעלמא דתפסי בשטרא למאן דאמר אותיות נקנות במסירה, כמש"נ בש"ב פכ"א, והנה במכירת שטרות הדין הוא דאם חזר המוכר ומחלו מחול, והרא"ש בכתובות (דף פו.) הביא שיטת ר"ת הידועה דהיינו טעמא דמחלו מחול משום דלא נמכר אלא השעבוד קרקעות, אבל שעבוד הגוף לעולם נשאר אצל המלוה ואינו יכול למוכרו, ולפיכך יכול המלוה למחול שעבוד הגוף, וממילא נתבטל השעבוד נכסים, יעו"ש, אבל הרמב"ם בפ"ו מכירה הלי"ב כתב דהיינו טעמא דמהני מחילה משום דמכירת שטרות לא הוי אלא מדרבנן, וכיון דמדאורייתא ליכא מכירה אהני מחילתו, ונמצא לפי זה דלשיטת ר"ת לא מהני מכירת שטרות לגבי שעבוד הגוף, אבל לשיטת הרמב"ם מהני מתקנת חכמים, ונהי דאם מחלו מחול, מכל מקום כל זמן שלא מחלו גובה גם משעבוד הגוף.

ונראה דהא דנחלקו התוס' והרמב"ם בסוגיין אזלי לפי הך פלוגתא במכירת שטרות, דהתוס' אזלי בשיטת ר"ת דאין מכירת שטרות מהני אלא לשעבוד נכסים וגבית החוב ולא לגבי שעבוד הגוף, ואם כן אין השטר אפסרא דשעבוד הגוף, ואין תפיסתו בהשטר חשיבא כתפיסה בשעבוד הגוף אלא בשעבוד נכסים וגבית החוב בפועל, ואין תורת גבית החוב שוה אלא כפי שיכול למוכרה, וזהו מה שחולקים, אבל בגוף החוב ליכא חלוקה שהרי אין שניהם תפוסים בשעבוד הגוף, כנ"ל, אבל הרמב"ם

אזיל לשיטתו דמכירה מהני גם על שעבוד הגוף על כל פנים מדרבנן, ונמצא דשטר הוי אפסרא דגוף החוב, והרי שניהם תפוסים בגוף החוב, ושייך חלוקה על החוב עצמו, ויכול המלוה לתבוע שיכתבו לו שטר חדש על חצי החוב והוא יגבה בו בזמנו, ונמצא מלוה משלם מחצה, כמש"נ.

פרק כד

בו יבואר דמאי דסלקא דעתין דבאומר גזלתי לאחד מכם ואיני יודע איזה מכם שצריך לשלם משום דמספיקא מפקינן ממונא הוא מדין תביעה שאין לה מנגד, וגם יבואר לפי זה ההוה אמינא דגם בפקדון יתחייב הנפקד לשלם מספק אף דאין עליו שעבוד הגוף.

[**בבא מציעא לז.**] תנן אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזה מכם או אביו של אחד מכם הפקיד לי מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה מנה ולזה מנה שהודה מפי עצמו שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים זה אומר שלי מאתים וזה אומר שלי מאתים נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו וכו', יעו"ש, ובגמרא אלמא מספיקא מפקינן ממונא ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה ורמינהי שנים שהפקידו אצל אחד וכו' פקדון אגזל קרמית גזל דעבד איסורא קנסוהו רבנן פקדון דלא עבד איסורא לא קנסוהו רבנן וכו', יעו"ש, וצריכים לעיין היאך סלקא דעתין דמספיקא מפקינן ממונא, והא הלכה מרווחת היא דמוקמינן ממונא אחזקתיה והמוציא מחבירו עליו הראיה, ויש מן הראשונים שפירשו דמטעם ברי ושמא אתינן עלה, ואזיל למאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף, וכן כתבו הרי"ף והריטב"א, והריטב"א הקשה על עצמו דאין דרך הגמרא שלא להזכיר האמוראים דס"ל ברי ושמא ברי עדיף. ועוד יש להקשות דהתינח בגזלן דחובת השבה על הגברא, וחל עליו שעבוד הגוף, והרי כל אחד תובע אותו השעבוד הגוף מדין ברי ושמא ברי עדיף, אכן בנפקד הרי ליכא עליו שום שעבוד הגוף, וכל הנידון הוא של מי הוא החפץ המופקד, ומה שייך בזה ברי ושמא לגבי הנפקד.

עוד יש לדקדק במה שכתב רש"י וז"ל: מספיקא מפקינן ממונא דקתני נותן לזה מנה ולזה מנה ולא אמרינן כשזה תובע וזה אומר איני יודע אם לך אם לחברך אוקי ממונא בחזקת נתבע זה שלא נפסידנו ממונו ויהא מונח עד שיבא אליהו עכ"ל, יעו"ש, ומהי כונת רש"י במה שכתב בחזקתו שלא נפסידנו ממונו שאין זה לשון חזקת ממון בכל מקום, ובאמת כשהנמוקי יוסף הביא דברי רש"י לא הזכיר לשון זה שלא מצינו כמותו במקום אחר, ועוד יש לדקדק במה שכתב ואיני יודע אם לך אם לחברך, והלא העיקר הוא שאינו יודע אם לך ושוב אין נפקא מינה אם הצד השני הוא לחברך או ליפטר לגמרי.

עוד קשה על הא דקאמר בהמשך סוגיין ורמי וכו' פקדון אפקדון דקתני רישא או אביו של אחד מכם הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה מנה ולזה מנה ורמינהי שנים שהפקידו וכו' אמר רבא רישא נעשה כמי שהפקידו לו בשתי כריכות דהוה ליה למידק סיפא נעשה כמי שהפקידו לו בכרך אחד דלא הוה ליה למידק כגון דאפקידו תרוייהו בהדי הדדי בחד זימנא דאמר להו אנת גופייכו לא קפדיתו אהדדי אנא קפידנא, יעו"ש, וקשה דלמה תלה דינא דרישא דמייירי במפקיד אחד בדינא דשנים שהפקידו בשתי כריכות דהוה ליה למידק, והלא במפקיד אחד כל שכן וכל שכן דהוה ליה למידק ולראות מי הוא המפקיד, ולמה הוצרך לדמותו לשתי כריכות, ובכלל קשה

על הא דנפקד חשיב פושע משום דהוה ליה למידק, והרי סוף סוף לא נודע מי הוא המפקיד, ולמי פשע הנפקד.

ונראה דהא דסלקא דעתין דמספיקא מפקינן ממונא הוא מדין תביעה, דלעולם אמרינן דכל שבא בתביעת ממון ואין מי שעומד כנגדו שהוא זוכה בתביעתו, דלמה לא נעשה כדבריו הואיל ואין מכחיש כנגדו, ועיימש"נ בש"ב פי"ז, ואפילו למאן דאמר ברי ושמא לאו ברי עדיף, היינו משום דלדידיה גמ טענת שמא יש לה תורת כפירה והכחשת התביעה, שהרי הוא מתנגד להתביעה וטוען שאולי אין האמת כדבריו, אבל היכא דליכא אפילו טענת שמא כנגד התביעה הרי הוא זוכה על ידי תביעתו בלבד, ולכן סלקא דעתין דהא דמשלם לכל אחד ואחד היינו משום שהנגזל בא בתביעה על החפץ הגזול ותובע אותו מן הגזלן, ואין הגזלן יודע אם הוא שלו אם לאו, והרי אינו מנגד לתביעתו ודין הוא שהנגזל יקח הגזלה, וגם מה שהגזלן אינו יודע אין לזה תורת טענת שמא, דמאי איכפת לן בשמא דהגזלן, הלא אין הנגזל תובעו כלום ומאיזה דין יוכל להתנגד לתביעתו, ובודאי צריך לתת הגזלה לזה שתובעו וטוען שממנו גזלה, ואע"ג דהאחרים טוענים נמי שמהם גזל, מכל מקום הרי אין הדין תורה שלפנינו ביניהם, אלא בין הנגזל הזה והגזלן, והנגזל תובע הגזלה בלי שום ניגוד, והגזלן צריך ליתנה לו, ואם אינה בעין שכבר נתנה לנגזל אחר צריך לשלם, ונמצא משלם לכל אחד ואחד.

ומשום הכי כתב רש"י שאינו יודע אם לך אם לחברך, כלומר שמודה הגזלן שיש בידו בודאי חפץ הגזול שאינו שלו, ואינו מסופק אלא מי הוא הנגזל, אבל בודאי יש גזלה בידו, ואם כן כשזה האחד תובע הגזלה וטוען שממנו גזלה, וליכא מתנגד לו, צריך הגזלן לתת לו הגזלה או לשלם תחתיה, כמש"נ, וכל מה שיכול לפטור הגזלן מתשלומין הוא דין חדש של חזקה שלא נפסידנו ממונו, ואין זה דין חזקת ממון דעלמא, דאין זה נוגע כאן, כמש"נ, אלא חזקה חדשה היא דעד כאן היה עומד הגזלן בלי הפסד ממון ומספק לא נפסידנו, והיינו נמי מאי דפריך לקמן לרבי עקיבא דאית ליה משלם לכל אחד ואחד ומספיקא מפקינן ממונא ולא מוקמינן על החזקה מהא דאמר רבי עקיבא דנפל הבית עליו ועל אמו נכסים בחזקתן, והתם נמי לא הוי חזקה גמורה, אלא שעד השתא היה הממון בחזקת השבט של בית אבי אמו, כדקאמר שם בבבא בתרא (דף קנח:) ואין זה מדין חזקת ממון כלל, אלא מדין חזקה דמעיקרא גרועה, ואם ס"ל לרבי עקיבא דמכריעין ספק ממון על ידי חזקה דמעיקרא כזאת הוא הדין נמי בעינן למיזל בתר חזקה שלא נפסידנו ממון להכריע דין הממון ולפוטרו לגזלן.

ולפי זה נבין נמי מאי דסלקא דעתין דגם בנפקד נאמר דמספיקא מפקינן ממונא, דכיון שבא זה ותבע הפקדון ואין מי שמתנגד לו הרי דינא הוא דיכול ליטול הפקדון, ואם אין הפקדון בעין צריך הנפקד לשלם בשבילו אם פשע, וכגון דהוה ליה למידק, דהרי יש לזה התובע זכות ודאית ליטול הפקדון מן הנפקד, שהרי אין ניגוד לתביעתו, וצריך הנפקד למסור לו הפקדון, ואם אין הפקדון בידו משום פשיעתו דהוה ליה למידק צריך לשלם תחתיו, וכן בכל אחד ואחד, ונמצא משלם לכל אחד ואחד.

ומשום הכי מדמה דינא דמפקיד אחד לדין שנים שהפקידו בשתי כריכות, ואע"ג

דלכאורה יותר הוה ליה למידק במפקיד אחד, והיינו משום דברישא היתה רק הפקדה אחת והיה אפשר לומר דנדון על תביעות כל התובעים בבת אחת ונמצאו כולם מתנגדים זה לזה, אבל בשתי כריכות הרי איכא שתי הפקדות נפרדות, ועל כל הפקדה נדון בפני עצמה, ובכל הפקדה תובע המפקיד המנה השלישית, וליכא מתנגד לו, והואיל ודנין אותם בפני עצמם כל אחד זוכה על ידי תביעתו, כמש"נ, ומשום הכי קאמר דגם ברישא נעשה כמו שהפקידו אצלו בשתי כריכות, ודנין כל תביעה ותביעה בפני עצמה, וזכה כל אחד שיטול הפקדון מן הנפקד, ואם אינו יכול ליתנו לו מפני פשיעתו דהוה ליה למידק צריך לשלם לכל אחד ואחד.

ועיין בתוס' בד"ה התם שכתבו דלרבי עקיבא בשמא ושמא והוה ליה למידק חייב לצאת ידי שמים ובברי ושמא והוה ליה למידק חייב בדיני אדם, ולמעלה בתוס' בד"ה גזל מחמשה כתבו דרבי עקיבא מצי קאי אפילו למאן דאמר ברי ושמא לאו ברי עדיף, ואם כן למה חייב בדיני אדם, ולפי מה שנתבאר אתי שפיר דהא דבברי ושמא חייב בדיני אדם לאו היינו מדין ברי עדיף אלא מדין תביעת ממון שאין לה ניגוד, וכמש"נ.

פרק כה

בו יבואר מאי דסלקא דעתין לומר דבגזל אחד מחמשה דלרבי טרפון דמניח גזלה ביניהם ומסתלק שקלי לה כולהו ואזלי וגם מאי דפריך מספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר, וגם יתיישב מה שכתב הרמב"ן שם שנראה כסותר דבריו בריש מסכתין.

[**בבא מציעא לו:**] אמר ר' מניח גזילה ביניהם ומסתלק ושקלי לה כולהו ואזלי והאמר ר' אבא בר זבדא אמר רב כל ספק הינוח לכתחלה לא יטול ואם נטל לא יחזיר אמר רב ספרא ויניח, יעו"ש, ויש לעיין מאי סלקא דעתין דעבדינן כשמניח גזילה ביניהם ומסתלק, ומהו המכוון בשקלי לה כולהו ואזלי, ואין לומר דסלקא דעתין דתפסי להו ועבדינן כל דאליה גבר, חדא דאין זו משמעות הלשון שקלי לה כולהו, ועוד דאם כן למה פריך ממימרא דרבי אבא בר זבדא דספק הינוח לא יחזיר, הוה ליה למיפרך מדין מנה שלישי דמתניתין דדנינן שיהא מונח עד שיבא אליהו, ולכאורה כונתו לומר דסלקא דעתין דהגזלן מניח הגזילה ומסתלק, והם נוטלין הגזילה והולכין לבית דין להתדיין ביניהם, דהא אי אפשר לחייב הגזלן דמספיקא לא מפקינן ממונא אליבא דרבי טרפון, כדלעיל (דף לו.), ועיימש"נ בש"י פכ"ד, וכל הדין הוי על החפץ הגזול עצמו, ואין הגזלן שייך לכך, ושקלי להו כולהו ואזלי לבית דין להתדיין ביניהם, ובית דין ידונו להם מה שראוי לידון להם, ועל זה פריך מספק הינוח, דאם נטל לא יחזיר, והואיל ובא לידו חובה עליו לברר מי הוא הבעלים ולהחזירו לו, וכן הכא נמי חובה על הגזלן להחזירו להבעלים, דלא גרע מספק הינוח, ומשום הכי ישאר בידו ואינו יכול להסתלק ממנו. והנה עיין בבבא בתרא (דף לה:) אמרי נהרדעי אם בא אחד מן השוק והחזיק בה אין מוציאין אותה מידו וכו' רב אשי אמר לעולם שמיה גזלן ומאי לא שמיה גזלן שלא ניתן להשבון, יעו"ש, ומיירי שם בגונא דהוו מינצו בי תרי ודנו בית דין כל דאליה גבר ובא זה מן השוק והחזיק בה בלי טענה אלא כגזלן, וכתב הרשב"ם דלא ניתן להשבון ואינו יכול להוציאה מתחת ידו ולהפקירה לאלו השנים הראשונים וכל דאליה גבר, שכבר נתחייב בהשבה, ואי תפס לא מפקינן, יעו"ש, ועיימש"נ בש"י פ"ה, אבל הרמב"ן פליג וז"ל: ולא נראה לי שלא אמרו לא מפקינן אלא כשהיא ברשות בית דין שאין ראוי להוציא דבר מרשותם למחלוקת עד שיבררו הדבר אבל אחד שתפס מהם בגזילה אם רצה מוציאה מרשותו ולא דמי לגזל אחד מחמשה בני אדם שצריך לשלם גזילה לכל אחד ואחד דהתם מרשות אחד מהם תפס ולשם יחזיר וכן מה שאמרו ספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר כלומר למקום שנטל כבר מצינו בירושלמי הטעם מפני שהפסידו מן הבעלים כדכתבין בפרק ואלו מציאות וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה מה שחילק הרמב"ן בין גזלן דרבים שיכול להוציאה מתחת ידו לכל דאליה גבר לבין גזל אחד מחמשה בני אדם דס"ל לרבי עקיבא דמשלם גזלה לכל אחד ואחד, יש לפרשו על שני פנים, חדא יש לומר דהא דמהני להוציאה מתחת ידו בגזלן דרבים הוא מדין סילוק המעשה, שהרי גזלה ממקום הנחתה ברשות הרבים ולשם החזירה, והרי זה כמי שלא גזלה, מה שאין כן בגזל אחד מחמשה הרי גזל מביתו של אחד מהם

אלא שאינו זוכר מאיזה מהם, ואין כאן סילוק המעשה במה שמוציאה מתחת ידו להפקירה בפניהם לכל דאלים גבר, ועוד יש לפרש דבריו באופן אחר, דבגזלן דרבים הרי לא היה לאלו הנגזלים אלא זכות כל דאלים גבר בלבד ולא יותר, ולכן אם הוא מוציאה מתחת ידו ומפקירה להם לכל דאלים גבר הרי החזיר מה שהפסיד להם, ואית בזה השבה מעליא, מה שאין כן בגזל אחד מחמשה הרי גזל מביתו של אחד מהם, והפסיד להנגזל בעלות גמורה, ועכשיו שמוציאה לכל דאלים גבר בעלמא אין בזה קיום של השבה מעליא.

ולכאורה יש להוכיח כצד הראשון מהא דהוקשה לו להרמב"ן מספק הינוח לא יחזיר, דלמה לא יוכל להחזירו למקומו, והלא התם ליכא בהחזרת הספק הינוח שום קיום השבה להבעלים ולמה יוכל להחזירו למקומו, ומוכח דהא דיכול להוציאה מידו לכל דאלים גבר הוא מדין סילוק המעשה, ומשום הכי הוקשה לו להרמב"ן מספק הינוח דהרי התם נמי איכא סילוק המעשה במה שמחזירו, ולמה לא יחזירנו, ועל זה מתרץ אליבא דהירושלמי דחיישינן שמא בין כך ובין כך באו הבעלים ולא מצאוהו ושוב לא יחזרו לחפש אותו במקום הינוח, ומשום הכי אם נטל לא יחזיר. אלא דקשה לפי זה מאי דפריך בסוגיין על הא דסלקא דעתין דגזל אחד מחמשה לרבי טרפון מניח הגזילה ושקלי להו כולהו ואזלי, כמש"נ, ופריך מרבי אבא בר זבדא דספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר, והלא הא דלא יחזיר הוא משום דחיישינן להפסד בעלים שכבר באו ולא מצאוהו, לפי דברי הרמב"ן דהבבלי אזיל בזה לשיטת הירושלמי, כנ"ל, ואם כן לא דמי לגזל אחד מחמשה דליכא חשש הפסד בעלים, ועל הסלקא דעתא גופא קשה דהיאך רצה לומר דמניח הגזילה ושקלי להו כולהו ואזלי והא אין בזה סילוק המעשה, ואם נאמר דלרבי טרפון לא בעינן סילוק המעשה הואיל ומספיקא לא מפקינן ממנוא וליכא עליו חובת השבה, אם כן מאי פריך מספק הינוח שכבר נתחייב בהשבה.

ועוד קשה על דברי הרמב"ן דנראין כסותרים את דבריו בריש בבא מציעא (דף ב.) לענין הא דלא אמרינן כל דאלים גבר במנה שלישי וז"ל: הרי אמרו אי תפס לא מפקינן כל שכן הכא דתפס ברשות וכו' ודמיא הא מילתא למאי דאמרינן ספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר כל שכן הא דנפקד לא פטר נפשיה בחזרה דכל דאלים גבר שאינה חוזרת להם כלל וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואם כדברי הרמב"ן בבבא בתרא דספק הינוח לא יחזיר משום חשש הפסד בעלים אם כן ליכא משם דמיון כלל למנה שלישי, דבמנה ליכא למיחש להפסד בעלים, דאדרבה הם הפקידו אצלו בכריכה אחת והוא יחזיר להם בכריכה אחת, ויש בזה סילוק המעשה בלי חשש הפסד בעלים, ויותר דומה הנפקד דמנה שלישי לגזלן דרבים דמוציא מתחת ידו לכל דאלים גבר ומקיים בזה השבה לשיטת הרמב"ן, והוא הדין נמי במנה שלישי, ולא דמי כלל לספק הינוח. לכן נראה לפרש החילוק שחילק הרמב"ן בין גזלן דרבים לבין גזל אחד מחמשה דלא הוי מדין סילוק המעשה כלל אלא כדרך השני הנ"ל, דבגזלן דרבים לא הפסיד להם אלא דינא דכל דאלים גבר והרי החזירה להם, מה שאין כן בגזל אחד מחמשה

שנטל מרשותו וגזל ממון גמור, ואינו מקיים השבה מעליא במה שמוציאו מתחת ידו לכל דאלים גבר, אלא דהוקשה לו להרמב"ן דמצינו דין חדש דספק הינוח לא יחזיר, דכל שבא ממון לידו חובה עליו לברר מי הוא הבעלים ולהחזירו לו, ואע"ג דאין כאן לא דין השבת גזלה ולא השבת אבדה, חובה עליו להחזירו לבעליו הואיל ובא לידו, ואולי מתקנת חכמים הוא, ואם כן נהי דהך גזלן דרבים יצא ידי חובתו והשיב את הגזלה במה שהוציאה מתחת ידו לכל דאלים גבר, כמש"נ, מכל מקום הרי מדין חדש דספק הינוח לא יחזיר לא יוכל להוציאה מתחת ידו, דסוף סוף הרי בא ממון ישראל לידו וחובה עליו לברר מי הוא הבעלים ולהחזירו לו, ולא יהא הך גזלן דרבים אלא כמגביה ספק הינוח דדינא הוא דלא יחזיר, ותיכף הרמב"ן דאי משום הך דין חדש דספק הינוח היה מספיק להחזירה למקומה, ויוצא בזה חובת השבה חדשה שחלה עליו במה שבא ממון ישראל לידו, כמש"נ, והא דספק הינוח לא יחזיר הוא משום דחיישינן להפסד בעלים, כדאיתא בירושלמי, וממילא אינו יוצא ידי חובתו בהחזרתו למקומו, אבל בגזלן דרבים ליכא חשש הפסד בעלים, שהרי שניהם בפנינו וצווחים, אלא דינא דכל דאלים גבר והשתא הוא מחזירה להם, כמש"נ, ואי משום דין חדש דהשבה דספק הינוח הרי יוצא ידי חובתו במה שמחזירה למקומה הואיל וליכא למיחש להפסד בעלים.

ולפי זה תתיישב סוגיין, דסלקא דעתין דמניח גזלה ביניהם ומסתלק ושקלי להו כולהו ואזלי, והם הולכים להתדיין ביניהם בבית דין, אבל הגזלן עצמו לא שייך שוב לכל הענין, דהא מספיקא לא מפקינן ממונא ואין עליו חובת השבה כלל, ואי משום החפץ עצמו ילכו הם ויתדיינו ביניהם, ופריך מרבי אבא בר זבדא דספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר, וחזינן התם דין חדש דכל שבא ממון ישראל לידו חובה עליו לברר הבעלים ולהחזירו לידו, ואם כן הך גזלן דגזל אחד מחמשה, נהי דאין עליו חובת השבה להם דמספיקא לא מפקינן ממונא, מכל מקום מדין ספק הינוח לא יחזיר איכא עליו חובת השבה חדשה, שהרי בא הממון לידו וחובה עליו להחזירו לבעלים, והיאך סלקא דעתין שהוא מסתלק מכל הענין ושקלי להו כולהו ואזלי, ואין להקשות דהא התם הוא משום דחיישינן להפסד בעלים, דסוף סוף מבואר דאיכא עליו הך תורת השבה חדשה, אלא דבמקום דאין למיחש להפסד הבעלים היה מקיים חובתו בהחזרתו למקומו כבתחילה בסילוק המעשה, כגון בגזלן דרבים או בספק הינוח במקום דליכא למיחש להפסד בעלים כגון שלא זו משם, אבל היכא דאיכא למיחש להפסד בעלים אינו מקיים חובתו בסילוק המעשה על ידי החזרתו למקומו, ומכל מקום חזינן דחלה עליו חובה להחזירו, ואם כן היאך יכול זה שגזל אחד מחמשה להניחו ביניהם וליפטר מכל הענין, הא עדיין איכא עליו חובת השבה דספק הינוח, ומשני דאין הכי נמי דאינו נפטר אלא יהא מונח אצלו.

ומיושבים היטב לפי זה דברי הרמב"ן בריש בבא מציעא הנ"ל, ולא סתרי כלל למה שכתב בבבא בתרא, דעיימש"נ בש"ב פ"ה דהא דלא אמרינן כל דאלים גבר במנה שלישי להרמב"ן הוא משום דאי תפס לא מפקינן, ואין בית דין דנין כל דאלים גבר אלא על ידי סילוק גמור בשב ואל תעשה, וכל שיש בזה קום ועשה אין נכון להם לדון

כל דאלים גבר, יעו"ש, ובנפקד חשיב קום ועשה הואיל ועל ידי פסק דכל דאלים גבר נשתנה דינו ויכול להוציאו מתחת ידו, דעד השתא היה מחויב בהשבה ואינו יכול להוציאו מתחת ידו, והשתא שדנו כל דאלים הרי הוא מקיים דינו בכך, כמו גזלן דרבים, ויכול להוציאו מתחת ידו, והרי זה נחשב קום ועשה, וכל זה הוא משום דמוטלת על הגברא חובת השבה.

ואולם היה אפשר לומר דאינו אלא כרשות הבעלים, ואם נגמר זמן השמירה יכול המפקיד ליקח הפקדון שהרי ממונו הוא אבל אין על הנפקד חיוב השבה, ומנלן דאיכא נמי חובת השבה המוטלת על הנפקד אע"ג דאין כאן השבת גזלה או השבת אבדה, והביא הרמב"ן ראייה מספק הינוח דאית ביה חובת השבה חדשה הואיל ובא ממון ישראל לידו, כל שכן נפקד שקיבל עליו שמירה מן המפקיד דחובה עליו להחזיר לו ממונו, וכיון דאיכא חובת השבה שוב לא שייך דינא דכל דאלים גבר דהא הוי בקום ועשה, כמש"נ.

ואין להקשות לפי זה דשאני ספק הינוח דחיישינן להפסד בעלים, דהרי סוף סוף חזינן דחלה עליו חובת השבה, דאם לא כן מאי איכפת ליה בהפסד בעלים הרי אינו מחויב לו כלל, אלא ודאי דנתחייב בהשבה, והיכא דליכא למיחש להפסד בעלים מקיים חובתו בסילוק המעשה, אבל במקום דחיישינן להפסד בעלים אינו יוצא ידי חובתו בסילוק המעשה בלבד, ומכל מקום חזינן דאיכא עליו חובת השבה, וכל שכן בנפקד דאיכא עליו חובת השבה, ושוב אי אפשר לדון להם כל דאלים גבר, כמש"נ.

פרק כו

בו יבוארו פסקי הרמב"ם דבמנה שלישי ובלקח מאחד מחמשה לא כתב שאם ירצו יחלוקו, ובשנים שהפקידו אצל רועה שלא מדעתו ובסימנים וסימנים יניח כתב תהא מונחת או עד שיתרצו לחלוק, ובמתעצמים על הספינה כתב שאם ירצו יחלוקו בשבועה.

[רמב"ם פ"ה שאלה ופקדון הל"ד] כתב הרמב"ם וז"ל: שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים וכל אחד משניהם אומר אני הוא שהפקדתי המאתים והשומר אומר איני יודע ישבע כל אחד מהן שהפקיד מאתים ונוטל כדין כל נשבע ונוטל ויתן מאתים לזה ומאתים לזה ומפסיד מאה שהרי הוא פושע שהיה לו לכתוב שם כל אחד על כיס שלו לפיכך אם הביאו לו השנים כאחד שלש מאות בכרך אחד ובאו ותבעו וכל אחד אומר המאתים שלי נותן מנה לזה ומנה לזה והשאר יהא מונח אצלו עד לעולם או עד שיודה האחד לחבירו שהרי הוא אומר להם כיון שראיתי שאין אתם מקפידין זה על זה והבאתם בכרך אחד לא הטרחתי עצמי לידע ולזכור תמיד מי בעל המאה ומי בעל המאתים וכו' וכן שנים שהפקידו שתי בהמות אצל רועה ומתה אחת מהן ואינו יודע של מי היתה ישלם לשניהם ואם הפקידו בעדרו שלא מדעתו מניח הבהמה ביניהם ומסתלק ותהיה מונחת עד שיודה האחד לחבירו או עד שירצו לחלוק אותה עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי הרמב"ם דגבי מנה שלישי כתב דיהא מונח אצלו עד לעולם או עד שיודה אחד לחבירו, ולא הזכיר חולקים אם נתרצו לחלוק, וגבי שנים שהפקידו אצל רועה שלא בפניו ומתה אחת מהן כתב הרמב"ם דתהא מונחת עד שיודה האחד לחבירו או עד שירצו לחלוק אותה, ומאי שנא הא מהא ולמה במנה שלישי אין שומעין להם אם נתרצו לחלוק.

עיין עוד ברמב"ם בפ"ג גזלה ואבדה הל"ו וז"ל: באו שנים זה נתן סימני האבדה וזה נתן סימני האבדה כמו שנתן האחר לא יתן לא לזה ולא לזה אלא תהיה מונחת עד שיודה האחד לחבירו או יעשו ביניהן פשרה עכ"ל, יעו"ש והוא מגמרא בבא מציעא (דף כח.), יעו"ש, וכתב הרמב"ם דאע"ג דתהא מונחת יכולים להתפשר ביניהם ולחלוק האבדה, וצריכים לעיין גם הכא דמאי שנא ממנה שלישי דאין חולקים אפילו אם נתרצו לכך, כנ"ל.

ועיין נמי מה שכתב הרמב"ם בפ"כ מכירה הל"ב וז"ל: הלוקח מאחד מחמשה בני אדם וכל אחד מהן תובע אותו ואומר אני הוא בעל המקח והוא אינו יודע ממי מהם לקח מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ויהיו הדמים מונחין עד שיודו או עד שיבא אליהו עכ"ל, יעו"ש, והתם נמי הדין הוא דיהא מונח, וכתב הרמב"ם דיהא מונח עד שיודו או עד שיבא אליהו, ולא כתב שיכולין להתרצות לחלוקה כמו שכתב גבי סימנים וסימנים ובשנים שהפקידו אצל רועה, ודמיא דינא דלקח מאחד מחמשה לדינא דמנה שלישי, ויהא מונח ואין חולקים אפילו אם נתרצו ביניהם לכך, וצריך עיון מהו הגדר של כל הני הלכות.

והנה עיימ"ש הרמב"ם בפ"י טוען ונטען הל"ו וז"ל: ספינה וכיוצא בה שהיו שנים נחלקין עליה זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי ובאו לבית דין ואמר אחד תפסוה עד שאביא עדים אין תופסין אותה ואם תפסוה בית דין והלך ולא מצא עדים ואמר הניחוה בינינו וכל המתגבר יטול כשהיה דינה מקדם אין שומעין להן ואין מוציאין אותה בית דין מידן עד שיביאו עדים או עד שיוודו זה לזה או יחלקו ברצונם ובשבועה כמו שבארנו עכ"ל, יעו"ש, והכא כתב הרמב"ם דיכולים להתרצות לחלוקה וחולקים בשבועה, וגבי סימנים וסימנים יניח וגבי שנים שהפקידו אצל רועה דיכולים להתרצות לחלוקה, כנ"ל, לא הזכיר הרמב"ם דבעינן שבועה, ואדרבה משמע שלא בעי שבועה, כמו שכתב בסימנים וסימנים דיעשו פשרה ביניהם, ועל כרחך אין בזה שבועה, והחילוק פשוט הוא, דהכא מיירי שתפסוה בית דין, וכיון דאתי לידם אמרינן אי תפס לא מפקינן ואין בית דין רשאי להוציא הממון מידם אלא לדין, ודינא דחלוקה במקום דליכא דררא דממונא הוי בשבועה, אבל בסימנים וברועה מעולם לא בא ליד בית דין, ורשאי להתפשר ביניהם, כנ"ל, ולא בעינן שבועה לכך.

והשתא בהא דאמרינן במנה שלישי שיהא מונח הקשו הראשונים דלמה לא נאמר כל דאלים גבר, ויש שתי דרכים בהראשונים בטעמא דמילתא, שיטת התוס' (דף ב.) בד"ה ויחלוקו היא דכיון שהנפקד קיבל מהם בכרך אחד הרי הוא אוחזו בחזקת שניהם וחשיבי כשנים אוחזים, ובשנים אוחזים לא אמרינן כל דאלים גבר, יעו"ש, אבל הרמב"ם כתב דהיינו טעמא משום דאי תפס לא מפקינן, דכיון שהוא ביד הנפקד והוא חייב בהשבה אין דנין כל דאלים גבר להוציא מתחת ידו, וממילא ישאר בידו שהרי צריך לקיים השבה, וכדינא דספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ה, יעו"ש.

ונראה דהרמב"ם ס"ל דאיכא שני דינים נפרדים של מונח, דבמנה שלישי הרי הפקידו אצלו בכרך אחד, והוי כחדא פקדון שהוא אוחזו בשביל שניהם, וחשיב בזה כשנים אוחזים, וכמו שכתבו התוס', ושיטת הרמב"ם היא דשנים אוחזים הוי סבה חיובית לפסק בית דין, דהואיל ושניהם אוחזים בו אין בית דין רשאי למשוך ידיהם ולהסתלק מן הדין אלא על כרחן צריכין לדון על הממון, כמש"נ בש"ב פ"ח, וכיון שכן במנה שלישי אין בית דין יכולין להסתלק ולומר להן כל דאלים גבר אלא צריכין לדון על הממון, אולם אין בית דין יכולין לדון להם דינא דחלוקה, ואפילו בשבועה, דהא אין החלוקה יכולה להיות אמת, כדאיתא בגמרא (דף ג.), יעו"ש, ועל כרחך צריכין בית דין לדון להם שיהא מונח עד שיבא אליהו, ונמצא שיש כאן פסק בית דין חיובי שיהא מונח, וכיון שהמנה מונח ביד הנפקד על פי פסק בית דין הרי זה ממש כמאן דתפס להו בית דין, ואמרינן דאי תפס לא מפקינן, ואין בית דין מוציאין הממון מתחת ידיהם אלא לדין גמור, כמש"נ, וממילא לא שייך חלוקה במנה שלישי אפילו אם נתרצו לכך, דחלוקה בעלמא בתורת התפשרות ביניהם לא שייך הואיל ואי תפס לא מפקינן, ודינא דחלוקה על ידי שבועה נמי לא שייך דהא אין החלוקה יכולה להיות אמת, ומשום הכי פסק הרמב"ם דיהא מונח עד לעולם או עד שיוודה האחד לחבירו, כנ"ל, ולא הזכיר ענין

חלוקה כלל.

אבל בשנים שהפקידו שתי בהמות אצל הרועה שלא מדעתו הרי לא היתה בכרך אחד ולא קיבל מהם הפקדון בבת אחת כחדא פקדון, ואם כן לא חשיבי כשנים אוחזים, ואין בית דין מחויבים לדון להם על הממון אלא מסתלקין ממנו, ומכל מקום לא שייך לדון להם כל דאלים גבר דהא איכא חובת השבה על הרועה, וכדאיתא בגמרא (דף לו:): ושקלי לה כולהו ואזלי והא ספק הינוח לא יחזיר, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פכ"ה, ומשום הכי תהא מונחת אצלו, כדקאמר התם בגמרא ויניח, ונמצא דאיכא דין מונח שלא בא על ידי פסק בית דין אלא על ידי סילוק בית דין, וכסברת הרמב"ן הנ"ל, ולשיטת הרמב"ם במקום דליכא שנים אוחזים על ידי הנפקד, דהתם צריכין להסתלק מן הדין, אלא דמכל מקום תהא מונחת ביד הנפקד משום חיוב השבה ידידה, וכן מדויק מלשון הרמב"ם, דבמנה שלישי כתב והשאר יהיה מונח אצלו, ובשנים שהפקידו אצל רועה כתב שמניח הבהמה ביניהם ומסתלק ותהיה מונחת, והיינו להדיא כמש"נ, וכיון דברועה ליכא פסק חיובי של מונח אלא דממילא נעשה שתהא מונחת לא חשיב בזה כמאן דתפס להו בית דין, ולא שייך בזה דינא דאי תפס לא מפקינן, ואם רצו שני הבעלי דבר להתפשר ביניהם ולחלוק הרשות בידם, וגם חובת השבה של הנפקד נתקיימה על ידי כך, כמש"נ בש"ב פ"ה, ושפיר כתב הרמב"ם דאע"פ שתהא מונחת אם ירצו יכולין לחלוק ביניהם, וגם אינם צריכים שבועה, דאין זה בתורת דין אלא בתורת פשרה ביניהם כמש"נ.

ומבואר לפי זה נמי מה שכתב הרמב"ם גבי סימנים וסימנים שתהא מונחת עד שיודה האחד לחבירו או יעשו ביניהן פשרה, כנ"ל, דהתם נמי ליכא שנים אוחזים, שהרי לא הפקידו אצלו בכרך אחד, ואע"פ שהשומר אבדה אוחזה בעד הבעלים, מכל מקום הכא אנו מסופקים מי הוא הבעלים, ועל זה גופא אנו דנין, ולא חשיבי כשנים אוחזים, וממילא אין בית דין מחויבים לדון להם אלא מסתלקין מן הדין, ומכל מקום אין לדון להם כל דאלים גבר דהא איכא חובת השבה על השומר, וממילא נשאת מונחת אצלו, לא מכח פסק חיובי של מונח אלא ממילא על ידי סילוק הדין, ואין דין מונח כזה חשיב כתפס בית דין לא מפקינן, כמש"נ, ושפיר יכולים להתפשר ביניהם אם ירצו, וגם חובת כשבה של השומר נתקיימה בכך, וכמש"נ.

והנה במה שכתב הרמב"ם בפ"כ מהלכות מכירה דאם אחד לקח מחמשה ואינו זוכר מאיזה מהם שדמי המקח יהיו מונחין, כתב שם המגיד משנה דהיינו אצל בית דין ולא אצל הלוקח, והלחם משנה בהלכות שאלה ופקדון תמה עליו, דהא במנה שלישי כתב הרמב"ם להדיא שיהא מונח אצלו, ומה דחקו להמגיד משנה ללמוד דבלקח מחמשה יהא מונח בבית דין, יעו"ש.

אכן נראה דדברי המגיד משנה מוכרחים, דהא במנה שלישי אין המנה של הנפקד אלא של אדם אחר שלא נודע לן מי הוא, ומשום הכי אם נניחנו אצל הנפקד יהא מונח עד שיבא אליהו, אבל בדמי המקח הלא עדיין המעות של הלוקח, ויכול לקדש בהם אשה אם ירצה, והוא רוצה למסור הדמים ולהקנותם לבעל המקח אלא שלא נודע לן

איזה מהחמשה הוא בעל המקח, ולכן אם נניח הדמים אצל הלוקח אין זו הנחה כלל, שהרי הדמים שלו הם, ויש לחוש שישתמש בהם, ואם הוא מזכה הדמים לבעל המקח על ידי אחר למה יחזור ויקבל המעות ולהכניסם לרשותו מאחר שכבר הוציאם, ועל כרחך צריכים בית דין לתפוס הדמים ולהניחם בבית דין.

ויהיה איך שיהיה, הרי כתב המגיד משנה דבלקח מחמשה יהא מונח בבית דין, ונמצא דאע"ג דהתם נמי ליכא שנים או חזים ולא הוי המונח מכח פסק חיובי אלא ממילא על ידי סילוק הדין, וכמו שכתב הרמב"ם להדיא דמניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ויהיו הדמים מונחין, כנ"ל, מכל מקום כיון דמונחין בבית דין ולא אצל הלוקח שייך בזה דינא דאי תפס לא מפקינן, שהרי במציאות תפסי להו להדמים, ואין בית דין רשאים להוציא ממון מתחת ידם אלא לדין, כמש"נ, ואפילו אם נתרצו להתפשר ביניהן אין בית דין מוציאין לפשרה אלא לדין גמור, כמש"נ, ואפילו אם נתרצו לחלוק בשבועה אין דנין להם כן, ואע"ג דבספינה חולקים בשבועה אם נתרצו, כנ"ל, בלקח מחמשה אין החלוקה יכולה להיות אמת, ואי אפשר לדון להם חלוקה בשבועה, ועל כרחך יהיו הדמים מונחין ביד בית דין עד שיודו או עד שיבא אליהו, וכמו שכתב הרמב"ם, וכמש"נ.

שער ג: בענין ממון המוטל בספק

ובו י"ד פרקים

פרק א

בו יבואר הא דלא פריך דמתניתין דשנים אוחזים בטלית חולקים בשבועה הוא דלא כרבנן דסבירא להו דבמחליף פרה בחמור מוקמינן הולד בחזקת מרא קמא, אלא פריך דמתניתין היא דלא כסומכוס דסבירא ליה ממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה.

[**בבא מציעא ב:**] לימא מתניתין דלא כסומכוס דאי כסומכוס האמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה ואלא מאי רבנן הא אמרי המוציא מחבירו עליו הראיה האי מאי אי אמרת בשלמא רבנן התם דלא תפסי תרוייהו אמרו רבנן המוציא מחבירו עליו הראיה הכא דתרוייהו תפסי פלגי לה בשבועה אלא אי אמרת סומכוס השתא ומה התם דלא תפסי תרוייהו חולקין בלא שבועה הכא דתרוייהו תפסי לה לא כל שכן וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: עליו הראיה בעדים ואי לא גבי מידי והכא חולקין בשבועה עכ"ל, יעו"ש, כן היא הגירסא שלפנינו, ומשמע דלא פריך אלא על הא דחולקים בשבועה, אבל על עצם החלוקה לא פריך, ולכאורה היינו טעמא משום דהתם מוקמינן לה על חזקת מרא קמא ואמרין המוציא מחבירו עליו הראיה, והכא דליכא לא מוחזק ולא מרא קמא חולקים, אבל קשה לפי זה מאי פריך מן השבועה, והלא כיון דהכא ליכא למימר המוציא מחבירו עליו הראיה וצריכים אנו לדון להם דינא דחלוקה דילמא כן הוא דין החלוקה, דחולקים בשבועה.

ואיכא למימר דהשתא סלקא דעתין דבשנים אוחזים יחלוקו משום דשניהם מוחזקים, ויש מן המפרשים שרצו לפרש כן דאף קודם פסק דין דחלוקה הרי הטלית כמוחלקת וכל אחד חשיב כמוחזק גמור על החצי, ומשום הכי לא פריך לרבנן על עצם דין החלוקה, דבמחליף פרה בחמור דליכא מוחזק מניחים הולד בחזקת המרא קמא, והוא נוטל הכל, אבל בטלית דכל אחד מהם מוחזק על החצי הרי כל אחד נוטל מה שהוא מוחזק בו וחולקים, אבל אי איכא לאקשוויי על השבועה איכא לאקשוויי, דמאי שנא במחליף פרה בחמור דמניחים הולד בחזקת המרא קמא בלי שבועה, ומאי שנא בשנים אוחזים בטלית דמשביעים כל אחד על החצי שהוא נוטל בתורת מוחזק.

אולם קשה לפי זה מאי משני אליבא דרבנן שאני הכא דתרוייהו תפסי ומשום הכי פלגי בשבועה, אדרבה הואיל ותרוייהו תפסי ושניהם מוחזקים כל שכן דיחלוקו בלא שבועה, ועיין מה שכתב רש"י וז"ל: תרוייהו תפסי ואין כאן מוציא מחבירו בשבועה פלגי לה כיון דמחסר גוביינא במה שחבירו תופס דהאי תפיס בכולה והאי תפיס בכולה לא קים להו לרבנן להוציא ממון מחזקתו בכדי כדאמרין התם לרבנן דבעי ראיא הצריכום שבועה עכ"ל, יעו"ש, והיה אפשר לומר לפי דברי רש"י דסברת המקשן היתה דחלוקה דשנים אוחזים הוי משום דהטלית חשיבא כמוחלקת ובחזקת שניהם אף קודם פסק דין דחלוקה, והרי כל אחד אוחז במה שהוא מוחזק בה והולך לו, כמש"נ,

אבל השתא חוזר בו מהך סברא, דאם כן למה צריך לישבע, וסברת התרצן היא דהטלית לא הוי כמוחלקת לגמרי, אלא עדיין מחוסרת גוביינא, ויש לחבירו תפיסת יד גם בחלקו, ובית דין דנין להם חלוקה, וכיון שאין כל אחד זוכה בהחצי על ידי מוחזק גרידא אלא ידי פסק וגוביינא דבית דין הצריכום רבנן שבועה.

אכן אין דברי רש"י סובלים פירוש זה, חדא דדוחק גדול לומר דבשקלא וטריא זה של המקשן והתרצן נהפך כל יסוד דין חלוקה דשנים אוחזים מן הקצה אל הקצה, ועוד דלמה הוצרך לכל האריכות דכיון דמחסר גוביינא לא קים להו לרבנן להוציא ממון מחזקתו בכדי, והלא כל הקושיא אליבא דרבנן היתה מיוסדת על ההנחה דטלית חשיבא כמוחלקת אף קודם פסק דחלוקה, כמש"נ, ואם השתא חוזר בו התרצן וס"ל דלא הוי כמוחלקת אם כן ממילא נסתלקה הקושיא, ונוכל לתרץ בפשיטות, דהתם מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא מה שאין כן בטלית דצריכין בית דין לדון להם חלוקה, ולפיכך חולקים בשבועה, ועוד דמשמע מדברי רש"י דהא דמצרכי רבנן שבועה בטלית וראיה במחליף מחד טעמא הוא, דלא קים להו לרבנן להוציא ממון מחזקתו בכדי, ולכאורה לא שייכי אהדדי כלל, וטעמא דבמחליף צריך ראיה הוא משום דמוקמינן ליה בחזקת המרא קמא, ושוב צריך ראיה בעדים להוציא ממנו, מה שאין כן בטלית דליכא מוחזק, דהא שניהם תפוסים בכולה, לא קים להו לרבנן להוציא מיד התפוס אלא בשבועה.

עוד קשה דלפי דעת התרצן דמתניתין דטלית אזלא שפיר אליבא דרבנן דמחליף פרה בחמור אם כן מאי מקשה אליבא דסומכוס, הא גם סומכוס מודה דאם היתה פרה ברשות אחד מהם אזלינן בתר המוחזק, ולא נחלקו אלא בקיימא באגם דליכא מוחזק, כדאיתא לקמן (דף ק.), יעו"ש, דרבנן ס"ל דבמקום דליכא מוחזק אזלינן בתר חזקת מרא קמא, וסומכוס ס"ל דלא אזלינן בתר חזקת מרא קמא, ואם כן בטלית דליכא לא מוחזק ולא מרא קמא מנלן לחלק בין רבנן לסומכוס.

ונראה דהיכא דהפרה מוחזקת ממש ביד אחד מהם לכולי עלמא אזלינן בתר המוחזק, דכיון שהממון בחזקתו וברשותו הרי זה מעכב כל חלות הספק, והוי שלו בתורת ודאי, ואין זה פסק על הספק אלא דבכלל לא נחשיבנו ממון המוטל בספק כשאחד מהם מוחזק בו, אבל אם הפרה עומדת באגם וליכא מוחזק חל הספק ונעשה ממון המוטל בספק, וס"ל לרבנן דמוקמינן ליה בחזקת המרא קמא ואמרין המוציא מחבירו עליו הראיה, דכן הוא דין ממון המוטל בספק במקום שאין לנו שום הכרעה על הספק, דמניחים הממון במקומו ונשאר הממון בהמצב כמות שהוא לפנינו, וכיון שאין לנו מוחזק גמור ולא הכרעה על הספק מניחים הממון בחזקת המרא קמא, וכל זמן דליכא ראיה אין לנו להוציא מיד המרא קמא, דממון המוטל בספק לעולם נשאר במקומו.

ומשום הכי לא פריך לרבנן מעצם דין החלוקה דטלית, דלמה במחליף פרה בחמור אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ובטלית חולקים, דזה לא קשה מידי, דהרי בין הכא ובין הכא הוי ממון המוטל בספק ונשאר הממון בהמצב שנמצא בו, ובמחליף

דליכא שום מוחזקות ותפיסות נשאר הממון בחזקת המרא קמא, כמש"נ, אבל בטלית דשניהם אוחזים בה מניחים הממון במצב הזה שהוא ביד שניהם וחולקים, ולא פריך אלא על הא דחולקים בשבועה, דלמה במחליף פרה בחמור מניחים הממון בהמצב שנמצא בו בלי שום שבועה, ולמה בטלית צריכים שבועה להניחה ביד שניהם. ומשני דבטלית אין כאן מצב של שותפות כאילו הטלית מונחת ברשות שניהם, אלא תרוייהו מתעצמים בה ותפוסים בכולה ותובעין את כולה, ואין זה מצב של חלוקה שנוכל להניחה בהמצב שבו נמצא, והרי הטלית מחוסרת גוביינא, ולא נוכל להניח הטלית במצב הזה, וצריכים בית דין לחלק הטלית ולהניח חצי ביד זה וחצי ביד זה, ויש בזה פעולת בית דין יותר מבמחליף פרה בחמור, שהרי בית דין מוציאים הטלית מתפיסת כל אחד מהם וחולקים אותה, ורק אז יכולין להניחה בהמצב שנמצאת בו, ולא קים להו לרבנן לעשות כן אלא בשבועה, אבל במחליף פרה בחמור אין צריכים לפעולת בית דין כלל, אלא מניחים הממון בהמצב שנמצא בו, דהיינו בחזקת המרא קמא, ומשום הכי אינו צריך שבועה, ומכל מקום שפיר מדמה רש"י דין שבועה דטלית לדין ראייה דמחליף פרה בחמור, דהא דמניחים הממון המוטל בספק בחזקת מרא קמא לא הוי מדין מוחזק אלא משום דאין להוציא ממון המוטל בספק מהמצב שנמצא בו אלא בראיה, כמש"נ, והכא נמי אין להוציא הטלית מהמצב שנמצא בו, דהיינו שניהם מתעצמים ותפוסים בה, אלא בשבועה, דלא קים להו לרבנן להוציא ממון מהמצב שנמצא בו בכדי, וכמש"נ.

אמנם סומכוס ס"ל במחליף פרה בחמור דחולקים ולא אזלינן בתר חזקת מרא קמא, והיינו משום דסומכוס ס"ל דאין מניחים ממון המוטל בספק בהמצב שנמצא בו, אלא דין ממון המוטל בספק הוא שיחלוקו, והיכא דאיכא מוחזק גמור, כגון שהיתה הפרה ברשות אחד מהם, אז לא חל הספק כלל ולא נעשה ממון המוטל בספק, כמש"נ, אבל אם היתה הפרה עומדת באגם דליכא מוחזק, אז חל הספק ונעשה ממון המוטל בספק, ודין ממון המוטל בספק הוא שיחלוקו, ומשום הכי לא מוקמינן ליה בחזקת המרא קמא, דאדרבה הדין מחייב פסק דחלוקה, ומשום הכי לא בעינן נמי שבועה, שאין זו הוצאת ממון בכדי אלא החלוקה באה על ידי פסק בית דין, כמש"נ, ומשום הכי פריך שפיר אליבא דסומכוס מטלית, דהלא טלית נמי הוי ממון המוטל בספק, ואם כן בשלמא לרבנן דמניחים ממון המוטל בספק בהמצב שנמצא בו, אם כן בטלית שבית דין צריכין לעשות פעולה כדי להניחה בהמצב שנמצא בו, כמש"נ, לא קים להו לרבנן לשנות מצב הממון אלא בשבועה, אבל לסומכוס דאין מניחים ממון המוטל בספק בהמצב שנמצא בו אלא דינא הוא דדנים להם פסק דחלוקה, אם כן כי היכי דלא תיקנו שבועה בהך פסק דחלוקה גבי מחליף הוא הדין נמי דלא נצרכום שבועה בפסק דחלוקה גבי שנים אוחזים בטלית, ושפיר פריך אליבא דסומכוס.

פרק ב

בו יבואר מחלוקת רש"י והתוס' בהא דאמרינן דלסומכוס ממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה דוקא בדררא דממונא, אם היינו דאיכא חסרון ממון או דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, ויתיישב לרש"י ההיא דארבא וההיא דזה אומר של אבותי וכו'.

[**בבא מציעא ב:**] לימא מתניתין דלא כסומכוס דאי כסומכוס האמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה וכו' אפילו תימא סומכוס כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא אבל היכא דליכא דררא דממונא לא ולא קל וחומר הוא ומה התם דאיכא דררא דממונא למר ודררא דממונא למר ואיכא למימר כולה למר ואיכא למימר כולה למר אמר סומכוס ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה הכא וכו' לא כל שכן אפילו תימא סומכוס שבועה זו מדרבנן וכו' שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי הוא, יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה דררא דממונא וז"ל: חסרון ממון שאם יפרע זה שלא כדין הוי חסרון ממון ואם נפטרנו שלא כדין נמצא זה חסר ולד פרתו עכ"ל, יעו"ש, ולפום ריהטא מחלק רש"י בין מציאה לשור שנגח את הפרה, דבמציאה ליכא חסרון ממון הואיל ולא הוציא עליה הוצאות אלא קנאה מן ההפקר, אבל בשור שנגח את הפרה אית ליה חסרון ממון אם אתה מחסרו החצי, אבל קשה טובא דמה לי אם קנאה מן ההפקר, השתא מיהא הרי הוי ממונו, ואם אתה מפקיעו ממנה אתה מחסרו ממון, ועוד קשה מנלן דבשור שנגח את הפרה לא מיירי בפרה שמצא בשדה וקנאה מן ההפקר, וכי יעלה על הדעת דבכהאי גוונא לא חשיב דררא דממונא הואיל וקנה הפרה מן ההפקר. עוד הקשו הראשונים על פירש"י מהא דאיתא בבבא בתרא (דף לד:) זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי אמר רב נחמן כל דאלים גבר וכו' ומאי שנא מהא דתנן המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה יחלוקו התם להאי אית ליה דררא דממונא ולההוא אית ליה דררא דממונא הכא אי דמר לא דמר ואי דמר לא דמר, יעו"ש, והלא התם כל אחד טוען של אבותי ואית ליה חסרון ממון, וכן בההוא ארבא דהוו מינצו עליה, דדנינן כל דאלים גבר, ויש לכל אחד חסרון ממון, ואפילו הכי לא חשבינן ליה דררא דממונא.

והנה התוס' פירשו דדררא דממונא היינו דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, והרי הממון מוטל בספק בעצם ולא משום טענותיהם, אבל במציאה בא כל הספק על ידי טענותיהם, ומשום הכי חולקים בשבועה, יעו"ש, ובאמת גם רש"י הסכים לסברא זו, דעיין לקמן (דף ו.) דאתו לקמן כי תפיס לה חד מינייהו ואידך מסרך בה סרוכי וכו' מודה סומכוס דסרכא לאו כלום היא, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה דסרכא לאו כלום וז"ל: ואין שור שחוט לפניך ולא דמי לנמצא עוברת בצדה (ב"ק דף מו.) עכ"ל, יעו"ש, והך שור שחוט לפניך היינו סברת התוס' דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, וכתב רש"י דמשום הכי ליכא חלוקה בסרכא כמו במחליף פרה בחמור משום דאין שור שחוט לפניך ובלי טענותיהם אין ספק לבית דין, ואם כן קשה למה לא למד רש"י

כפירוש התוס' דדררא דממונא היינו שור שחוט לפניך, ואי משום דמשמע ליה הכי בפירוש המלים דדררא דממונא, אם כן קשה על הגמרא גופא, דלמה הוצרך לחדש סברא דחסרון ממון, ולמה לא חילק מטעמא דשור שחוט לפניך, וכדלקמן.

ולכאורה צריך לומר לפירש"י דהא ודאי דחלוק שנים אוחזים משור שנגח את הפרה לענין עצם דין החלוקה, דדין חלוקה דשור שנגח את הפרה בא מכח עצם הספק, דהרי שור שחוט לפניך ובלי טענותיהם יש ספק לבית דין, ודנין בו חלוקה אע"ג דאין מוחזקים בו, ודין חלוקה דשנים אוחזים בא מכח הא דשניהם מוחזקים בה, דזה מחייב חלוקה, ואע"ג דאין כאן ספק בעצם הממון, דאין שור שחוט לפניך, ועיימש"נ בש"ג פ"ה, אכן ברם כך הוא דבשנים אוחזים ושור שנגח את הפרה באנו לדין חלוקה מכח שני מחייבים נפרדים, מכל מקום בתרווייהו דינא הוא דחולקים, ולמה נחלק ביניהם לענין שבועה, ואם ס"ל לסומכוס דבשור שנגח את הפרה חולקים בלא שבועה, למה לא נאמר כן גם בשנים אוחזים, ולא שייך לחלק דהכא שור שחוט והכא אין שור שחוט, דאין זה סברא אלא לענין דין חלוקה, ובשנים אוחזים לא בעינן שור שחוט, דהרי שניהם מוחזקים, כמש"נ, ואם כן שפיר פריך דאליבא דסומכוס לא ניבעי שבועה. ועל זה משני דהכא איכא דררא דממונא והכא ליכא דררא דממונא, וכתב רש"י דהכא איכא חסרון ממון והכא ליכא, ונראה דכונתו בכך הכי הוא, דבמציאה דשניהם באים לפני בית דין, שניהם מוחזקים ושניהם טוענים כולה שלי, הרי ליכא שום הבדל בין האחד לחבירו, וכי היכי דזה תפוס בטלית זה תפוס בטלית, וכי היכי דזה טוען כולה שלי זה טוען כולה שלי, ואם כן נרד לסוף דעתו של כל אחד מה הוא באמת תובע מבית דין ומה הוא דורש מהם, והלא אין לו שום תקוה שכלית שהדיין יוציא הטלית מיד חבירו ויתננה לו, דהא אין לו שום עדיפות על חבירו, ולמה יבחר הדיין בו יותר מחבירו, ועל כרחק כששניהם נכנסים לבית דין במצב כזה ששניהם מוחזקים וצווחים כולה שלי, אינם דורשים מבית דין כי אם חלוקה או שאר פשרה, ואין כל אחד מצפה ליותר מזה על פי דרך הטבע, ונמצא דכשבית דין דנים להם חלוקה אין להם שום חסרון ממון, שהרי מתחלה לא עלה בדעתם שיזכה האחד על חבירו, כיון שאין שום הפרש ביניהם, כמש"נ, ומתחלה באו לבית דין שיפשו ביניהם, ואע"ג דכל אחד צווח שכולה שלו והשני גזלה ממנו.

אבל לא כן הוא בשור שנגח את הפרה, דהתם כל אחד בא לבית דין בטענה מיוחדת שהוא סובר שינצח בה, דזה טוען דניזיל בתר חזקה דמעיקרא וחזקת מרא קמא, וזה טוען דניזיל בתר השתא, וכל אחד סובר שטענתו חזקה ומעולה, והרי כל אחד בא לבית דין כדי לנצח בדין ולזכות בדמי העובר, ואם דנין להם חלוקה, נמצא אתה מחסרו ממון לפי מחשבתו, שהוא חישב לזכות בכולה ואתה נותן לו רק החצי, וזוהי סברא נכונה שלא להשביע אותו, דדי בכך שאתה מחסרו ממון, ולא נוסף עליו חסרון על חסרון לחיבו נמי שבועה, כדאיתא בשיטה מקובצת, יעו"ש, מה שאין כן במציאה דמתחלה לא בא אלא בשביל פשרה, וליכא חסרון ממון, כמש"נ, שפיר יש לחייבם שבועה, ועיימש"נ בדברי רש"י ביתר ביאור בש"ג פ"ג.

ולא קשה לפי זה מההיא דבבא בתרא גבי ארבא דזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, דהתם לא מיירי בזוכה מן ההפקר ומכל מקום לא חשיב דררא דממונא, דהתם נמי הרי אין שום הפרש בין אחד לחבירו, דשניהם שוים במצבם ובטענותיהם, ובודאי לא עלה על דעתו של כל אחד מהם שינצח בדין, דהא אין לו שום עדיפות על חבירו, וכמש"נ גבי מציאה, ואם כן לא חשיב חסרון ממון אם דנין להם פשרה של חלוקה או כל דאלים גבר, ואם כל דאלים גבר עדיף בדיני פשרה, כמש"נ בש"ב פ"ב, שפיר נידון להם כל דאלים גבר, אבל במחליף פרה בחמור הרי כל אחד סבר שינצח, ועל ידי פשרה אתה מחסרו ממון, ואם כן עדיף לדון להם חלוקה דעל כל פנים יש להם המחצה, והיינו דקאמר התם איכא דררא דממונא, כלומר דכל אחד יש לו טענה מיוחדת שסבור לנצח בה, אבל הכא הרי מוכחשים בגוף טענותיהם דזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, דאי דמר לאו דמר ואי דמר לאו דמר, ואם כן אין לכל אחד מהם טענה נצחת, ועל כרחך לא באו לבית דין לזכות בדין אלא לקבל פשרה, וכמש"נ, אי נמי יש לומר דבמחליף פרה בחמור כיון דכל אחד יש לו טענה גמורה הרי זה ספק ולא חסרון ידיעה בעלמא, מה שאין כן ההוא ארבא דאין להם טענות לא הוי אלא חסרון ידיעה, ועיימש"נ בש"ב פ"ב.

הדר פריך ולא קל וחומר הוא ומה התם דאיכא דררא דממונא למר ואיכא דררא דממונא למר וכו', דאין הכי נמי דבמה שאתה נותן לו רק מחצה אתה מחסרו ממה שרצה לזכות בדין, כמש"נ, מכל מקום הרי לאידך גיסא אותו החצי שאתה נותן לו אתה מוציא ומחסר מן חבירו, ואם כן קל וחומר הוא שנשביעו עליו, דמה שנים אוחזים שאין כל אחד בא לבית דין מתחלה אלא לחלוקה, כמש"נ, והחצי שאתה נותן לו אינו מחסר חבירו מידי, שמעולם לא עלה על דעתו שיזכה בכולה, כמש"נ, ומכל מקום אתה מחייבו שבועה על החצי שנוטל, כל שכן בשור שנגח את הפרה דהחצי שנוטל מחסר את חבירו, כמש"נ, דין הוא שצריך לחייבו שבועה על מה שנוטל, ועוד במציאה איכא למימר דתרוייהו הוא וליכא סברא דנטיל עליו שבועה כי היכי דלודי, ואעפ"כ אתה מחייבו שבועה, כל שכן בשור שנגח את הפרה דעל כרחך או כוליה דמר או כוליה דמר דאיכא למירמי עליה שבועה כי היכי דלודי, ומשני דשבועת שנים אוחזים היא משום התקנה שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו.

פרק ג

בו יבוארו דברי רש"י דדררא דממונא היינו דאיכא חסרון ממון אם יפסקו בית דין שלא כדין ולמה לא הוי שנים אוחזים בטלית דררא דממונא, ויבואר דקושית המקשן ולאו קל וחומר הוא דבשנים אוחזים לא יחייבום לישבע אין בה משום סברות הפוכות.

[**בבא מציעא ב:**] לימא מתניתין דלא כסומכוס דאי כסומכוס האמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה וכו' אפילו תימא סומכוס כי אמר סומכוס שמא ושמא אבל ברי וברי לא אמר ולרבה בר רב הונא דאמר אמר סומכוס אפילו ברי וברי מאי איכא למימר אפילו תימא סומכוס כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא אבל היכא דליכא דררא דממונא לא ולא קל וחומר הוא ומה התם דאיכא דררא דממונא למר ואיכא דררא דממונא למר ואיכא למימר כולה למר ואיכא למימר כולה למר אמר סומכוס ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה הכא דליכא דררא דממונא דאיכא למימר דתרוייהו היא לא כל שכן אפילו תימא סומכוס שבועה זו מדרבנן היא כדרכי יוחנן דאמר רבי יוחנן שבועה זו תקנת חכמים היא שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חברו ואומר שלי הוא, יעו"ש.

ומתחלה רצה לחלק בין שנים אוחזים בטלית לשור שנגח את הפרה שאמר סומכוס חולקים בלא שבועה, דהתם איכא דררא דממונא, ומשום הכי אינם צריכים שבועה, אבל בשנים אוחזים בטלית ליכא דררא דממונא, ולכן צריכים לישבע, והדר פריך ולא קל וחומר הוא אם בדררא דממונא חולקים בלא שבועה היכא דליכא דררא דממונא כל שכל דחולקים בלא שבועה, ויש לדקדק דלכאורה יש כאן סברות הפוכות, דבעל הגמרא שרצה לאוקמי מתניתין אליבא דסומכוס ס"ל דדררא דממונא הוי סברא לפטור מן השבועה, והיכי פריך המקשן לאו קל וחומר הוא, וההנחה בידו דדררא דממונא הוי סברא לחייב שבועה, והלא אידך לית ליה הך הנחה, ואם כן אין להקשות עליו ולא קל וחומר הוא, וצריכים לעיין מאי קאמר האי מאן דמחלק בין היכא דאיכא דררא דממונא להיכא דליכא דררא דממונא, ומאי קאמר ליה המקשן.

והנה נחלקו רש"י והתוס' בכונת הא דאמרינן דשור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצדה נחשב דררא דממונא, רש"י כתב וז"ל: דררא דממונא חסרון ממון שאם יפרע זה שלא כדין הוי חסרון ממון ואם נפטרנו שלא כדין נמצא זה חסר ולד פרתו עכ"ל, יעו"ש, וכן מצינו לשון דררא דממונא בכתובות (דף כג:): לענין הפה שאסר ולא לענין ספק, יעו"ש, וגם שם פירש רש"י דדררא דממונא היינו חסרון ממון, יעו"ש, ויש מן הראשונים שהבינו בדבריו דבשנים אוחזים בטלית ליכא חסרון ממון משום שלא הוציא ממון לקנות הטלית והקשו עליו מההוא ארבא דאמרינן בבבא בתרא (דף לה:): דליכא דררא דממונא, יעו"ש, והלא טוען שירשה מאבותיו, ובכלל צריך עיון בסברא זו, והלא כל מקום דאיכא דין תורה בין שני בעלי דין איכא חסרון ממון אם נחייב את הזכאי או נפטור את החייב, וגם בשנים אוחזים בטלית כל אחד טוען שהשני תקף מידו וחסרו ממון שהיה שלו בהחלט, ולמה אין זה נחשב דררא דממונא, ומה לי שלא טרח

בהמציאה ולא הוציא ממון לקנותה, סוף סוף חסר לו ממון אם נניח להשני לתפוס אותה שלא כדין, ומה אם טוען שמצא הטלית לפני עשר שנים והיה לובש אותה כל אותו הזמן, ועכשיו בא זה ותפס בה ורצה לגזול ממנו, וכי גם בכהאי גוונא נאמר שלא בא לחסרו ממון, ועיימש"נ בש"ג פ"ב.

עוד קשה דהא אמרינן לעיל (דף ב.) דמתניתין מיירי בין במציאה בין במקח וממכר, יעו"ש, ומבואר דגם במקח וממכר חולקים בשבועה, והלא במקח וממכר חסרו ממון, ואיכא דררא דממונא, ואליבא דסומכוס היה צריך להיות הדין דחולקים בלא שבועה, ואיך סוגיא דידן מתיישבת לפי דברי רש"י, אכן יש לומר דמוקמינן לה דנקיט זוזי מתרוייהו והמעוה חוזרין ולא חשיב הפסד ממון, וכן כתב הרמב"ן, יעו"ש. ונראה לבאר כונת דברי רש"י, דהנה בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה הרי בית דין מוכרחים לדון להם דין חלוקה, דאם יניחו המצב כמות שבא לפנינו ולא יעשו כלום הרי הם בפועל מזכים את המזיק ופוטרים אותו מלשלם בעד הולד, ואם הוא שלא כדין נמצא שבית דין גרמו חסרון ממון להניזק, ואם יחייבו המזיק לשלם, ובאמת הניזק משקר, נמצא דשלא כדין חייבוהו וגרמו לו חסרון ממון, ועל כרחיהם צריכים בית דין לדון להם חלוקה, וכיון שכן חולקים בלא שבועה, דרק היכא דתיקנו חכמים חלוקה לטובתם תבעו מהם על כל פנים שבועה לאמת דבריהם, אבל אם תיקנו חכמים חלוקה משום שהם עצמם צריכים לכך כדי שלא יגרמו חסרון ממון להבעלי דין לא תבעו חכמים שבועה מהם.

אבל שנים אוחזים בטלית לא נחשב דררא דממונא, שהרי באו בפני בית דין כששניהם תופסים בהטלית, ואם בית דין יניחו אותם במצב זה ולא יפסקו להם שום דבר לא יגרמו בזה חסרון ממון להם, שהרי נכנסו לבית דין שניהם תפוסים ויצאו מבית דין שניהם תפוסים, ולא נחסר להם מידי על ידי מה שעשו הבית דין, ולא דמי לשור שנגח, דהתם אם לא יעשו כלום הרי זה כמו שפטרו את המזיק, כמש"נ, ולכן באמת היו בית דין יכולים להניח הדבר כמות שהוא ולא לעשות כלום, והם יסדרו ביניהם, או אולי יתפוס האחד את כולו, אולם לא רצו להניחו במצב שהאחד יתפוס מחבירו מה שכבר היה תפוס בידו, ולא דמי לההוא ארבע שבית דין מושכים ידיהם ודנים להם כל דאליהם גבר, דהתם אין שום אחד מהם תפוס, אבל בטלית שניהם תפוסים, ולכן תיקנו להם חכמים חלוקה, דהיינו שהניחו המצב כמות שהוא בתורת פסק בית דין, וכל אחד זוכה בחצי הטלית ושוב אין האחר יכול לתפוס ממנו בלי טענה חדשה, כדמבואר לקמן (דף ו.), יעו"ש.

וכיון שתיקנו חכמים חלוקה לטובת האוחזים הגם שלא היו צריכים לעשות כלום, תיקנו חכמים שישבעו, ואם לא ישבעו אין להם דין חלוקה, ויצאו מבית דין כמו שבאו, וכמש"נ, והיינו דליכא דררא דממונא, שאין שום אחד מהם עומד ליחסר מה שיש לו אם לא ידונו להם חלוקה, כמש"נ, וכן הוא הדין גם במקח וממכר, שהרי באו לבית דין כששניהם אוחזים בהטלית וכל אחד טוען אני לקחתיה, ואם היו בית דין מושכים ידיהם מהדיון והיו מניחים הטלית באותו מצב שבו נכנסה לבית דין לא היו מחסרים

לשום אחד מהם מה שהיה לו כשנכנס לבית דין, ונמצא דליכא דררא דממונא וחולקים בשבועה, וכמש"נ.

ועל זה פריך בגמרא ולא קל וחומר הוא ומה התם בשור שנגח דאיכא דררא דממונא חולקין בלא שבועה הכא דליכא דררא דממונא לא כל שכן, כנ"ל, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: ומה התם דאיכא דררא דממונא איזה מהן שמפסיד החצי שלא כדין אתה מחסרו ממון עכ"ל, יעו"ש, ורש"י לא ביאר הא דמסיק הקל וחומר הכא דליכא דררא דממונא לא כל שכן, אלא כתב סתם וז"ל: הכא דליכא דררא דממונא ועוד דאיכא למימר דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה עכ"ל, יעו"ש, ולא פירש למה שנים אוחזים בטלית לא חשיב דררא דממונא, ואע"ג דבטלית נמי איזה מהם שמפסיד החצי שלא כדין אתה מחסרו ממון, ואין לומר דכונתו משום דאיכא למימר דתרוייהו היא, שהרי להדיא כתב דהך סברא הוי מילתא באפי נפשה, כמו שכתב ועוד דאיכא למימר, כנ"ל, ולכאורה היה לו הגירסא ואיכא למימר, וקושיא דדררא דממונא עומדת בפני עצמה. אכן מדויק בדברי רש"י שבדברי מאן דמוקי כסומכוס פירש דררא דממונא חסרון על כל הממון אם נחייבנו או נפטרנו שלא כדין, ובקושיית המקשן פירש דררא דממונא על החצי שכל אחד מפסיד אם נפסוק להם חלוקה, והיינו מאי דקאמר ליה המקשן, אין הכי נמי דבשור שנגח בית דין מוכרחים לפסוק להם חלוקה, שאם לא יעשו כן שמא יצא חסרון כל ממונו לאחד מהם, וזוהי סברא לפוטרים מן השבועה יותר מהיכא דלא הוצרכו לדון חלוקה אלא היו יכולים למשוך ידיהם ולהניח המצב כמו שהוא, כמש"נ, אכן לאידך גיסא איכא סברא להיפך, דבשור שנגח הרי פסק החלוקה בודאי גורם חסרון חצי ממונו להתובע דמי ולד פרתו או לבעל השור, ועל ידי הפסק הפסידו ממונו של הבעלים האמיתי וזיכו שלא כדין או לזה שבא לזכות בממון חבירו או לזה שבא ליפטר מלשלם מה שהזיק, ואם בית דין מפסידין ממון על ידי מה שדנין סברא היא שיתקנו שבועה לאמת ולחזק מה שהם עושים.

אבל בשנים אוחזים בטלית ליכא דררא דממונא, דאין פסק החלוקה גורם הפסד חצי ממונו לזה שהטלית שלו, דזה כבר הופסד לו קודם שבאו לבית דין במה שהשני תופס עמו בטליתו, וכל מה שעשו בית דין לא היה אלא לתת תורת פסק בית דין למצב שכבר היה כשנכנסו לדון, ולא נחשב שעל ידי פסק החלוקה גרמו שום הפסד לבעל הטלית האמיתי, והיינו סברא לפטור מן השבועה, והיינו הקל וחומר, ומה במקום שהפסק גורם חסרון חצי ממון לא תיקנו חכמים שיחזקו פסק החלוקה על ידי שבועות הבעלי דין, אם כן היכא דפסק החלוקה אינו גורם חסרון ממון לבעל הטלית, שכבר חסר ממונו מקודם, כל שכן שלא יצטרכו לחזק הפסק על ידי שבועות הבעלי דין, ומסיק דבשנים אוחזים אין החיוב שבועה לחזק פסק החלוקה, דזה לא צריך חיזוק כיון דאין הפסק מחסרו חצי ממונו, כמש"נ, ומכל מקום תיקנו חכמים שישבעו מפני תיקון העולם שלא יהא כל אחד הולך ותוקף טליתו של חבירו.

והנה עיין בבבא קמא (דף לה:) אמר ליה אין אמר סומכוס אפילו ברי וברי, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: דשניהם טוענים טענת ברי ואפילו היכא דנתבע טוען ברי לי שאיני

חייב ואפילו הכי כיון דלגבי דינא מספקא אי קאמר קושטא חולקין וכו' עכ"ל, יעו"ש,
ובהשקפה ראשונה היה אפשר לומר דדברי רש"י אלו אזלי לפי שיטת התוס' בסוגיין
דדררא דממונא היינו דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין וסתרי לדבריו בסוגיין,
ועיימש"נ בש"ג פ"ב, אכן נראה דכונתו לומר דאין נפקא מינה בין שמא ושמא לברי
וברי, דבין כך ובין כך מספקא לבית דין האמת עם מי, ולכן אם לא ידונו להם חלוקה
נמצא שהם מחסרים ממון לאחד מהם, וכמש"נ, ועיימש"נ בש"ג פ"ב.

פרק ד

בו יבוארו דברי התוס' דדררא דממונא היינו דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, ויבואר דהא דפריך ולא קל וחומר הוא עיקר הקושיא היא דבטלית איכא למימר דתרוייהו היא, ויבואר דברי התוס' דלסומכוס בממון המוטל בספק הוי כאילו תרוייהו מוחזקים.

[**בבא מציעא ב:**] לימא מתניתין דלא כסומכוס דאי כסומכוס האמר ממון המוטל בפסק חולקין בלא שבועה וכו' כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא אבל היכא דליכא דררא דממונא לא ולא קל וחומר הוא ומה התם דאיכא דררא דממונא למר ואיכא דררא דממונא למר ואיכא למימר כולה למר ואיכא למימר כולה למר אמר סומכוס ממון המוטל בספק חולקין וכו', יעו"ש, ועיימש"נ בדברי רש"י בפירושו של דררא דממונא.

והתוס' כתבו וז"ל: היכא דאיכא דררא דממונא פירוש שבלא טענותיהם יש ספק לבית דין דיש לאחד תביעה על חבירו בלא טענותם כגון בשור שנגח את הפרה (ב"ק דף מו.) ומחליף פרה בחמור אחרי שהספק נולד מעצמו דין הוא שיחלוקו אפילו בלא שבועה עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה כונת התוס' היא דכיון דהספק עצמו מחייב החלוקה, ואפילו בשמא ושמא חולקים, אם כן גם כשטוענים ברי וברי אין לחייבם שבועה על טענותיהם, דאין זכותם בהחלוקה מחמת טענותיהם אלא מחמת הספק עצמו, זוהי סברת רבה בר רב הונא דאית ליה דלסומכוס חולקין בלא שבועה גם בברי וברי, ולקמן (דף ק.) פליג רבא וס"ל דלסומכוס בברי וברי חולקים בשבועה.

ויש לבאר דברי התוס' על פי מה שכתבו לקמן (דף צז:) בד"ה לימא וז"ל: ויש לומר דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו וכו' עכ"ל, יעו"ש, והנה מצינו דאפילו על ידי טענת ברי בלבד איכא איזה תפיסה בהחפץ, עיימש"נ בש"ז פ"ב, ואם כן היכא דאיכא ספק לבית דין בעצם בלי טענותיהם יש לומר דהספק נותן להם תפיסה מעליא בהחפץ והווי להו כתרוייהו מוחזקים, והסברא נותנת שיחלוקו בלא שבועה כיון שאין תפיסתם באה על ידי טענותיהם אלא על ידי הספק עצמו.

ובגמרא פריך ולא קל וחומר הוא וכו' ומסקנא דמילתא דדררא דממונא לא הוי סברא לפוטרו מן השבועה, ומכל מקום נקטינן סברא דדררא דממונא כדי לדון להם חלוקה אע"ג דאיכא למיקם עלה דמילתא, כדאיתא בבבא בתרא (דף לה:), יעו"ש, ועיימש"נ בש"ג פ"ג בסברת המקשן לפי דברי רש"י, אכן לפי דברי התוס' לכאורה אין להפך סברת דררא דממונא שתהא סבה לחיוב שבועה ולא לפטור, ולכן פירשו התוס' בד"ה ומה התם בסה"ד דעיקר קושית המקשן היא מהא דבטלית איכא למימר דתרוייהו היא אבל היכא דאיכא דררא דממונא ובודאי הוא של אחד מהם סברא היא שיחלוקו בשבועה אולי יודה אחד מהם, יעו"ש.

והנה כתבו התוס' בבבא בתרא (דף לה.) בד"ה ומאי שנא דגם רבנן מודו לסומכוס דממון המוטל בספק חולקין אלא דס"ל דמוקמינן אחזקת מרא קמא, כדמבואר בבבא

מציעא (דף ק.), יעו"ש, ואע"ג דעל ידי ספק שיש בו דררא דממונא שניהם מוחזקים מכל מקום אזלינן בתר החזקת מרא קמא להוציא מן המוחזק, ובטעמא דמילתא נראה דכיון דהספק מחזיקם אם כן היכא דאיכא לאוקמי אחזקת מרא קמא נסתלק הספק ובטלה המוחזקות שלהם, וסומכוס ס"ל דאין החזקת מרא קמא במחליף פרה בחמור בירור כלל אלא הנהגה בעלמא, ולא נתבטל הספק על ידי כך, ועדיין נחשבים שניהם מוחזקים.

פרק ה

בו יבוארו דברי רש"י דאליבא דסומכוס דמיקל בחלוקה ולא מצריך אפילו שבועה בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה איצטריך לאשמועין דבאידיך מסרך בה סרוכי מודה סומכוס דאפילו בשבועה אינו נוטל דהא לאו ממון המוטל בספק הוא.

[בבא מציעא ו.] תא שמע במה דברים אמורים שניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' דאתו לקמן כי תפיס לה חד מינייהו ואידך מסרך בה סרוכי ואפילו לסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה מודה סומכוס דסרכא לאו כלום היא, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: אפילו לסומכוס כו' כלומר ואליבא דסומכוס דמיקל בחלוקה ולא מצריך אפילו שבועה איצטריך לאשמועין דבכהאי גוונא מודי סומכוס דאפילו בשבועה לא שקיל דהא לאו ממון המוטל בספק הוא דסרכא לאו כלום היא ואין שור שחוט לפניך ולא דמי לנמצא עוברה בצדה (ב"ק דף מו.) עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק מה ענין דינא דסומכוס לכאן, דהא הכא לא אסיק אדעתיה דבסרכא יחלוקו בלא שבועה, דלא עדיף מכל שניהם מוחזקים דחולקים בשבועה כדי שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו', כדאיתא לעיל (דף ג.), יעו"ש, ואלא דאליבא דסומכוס דס"ל דשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה חולקים בלא שבועה סלקא דעתין דבסרכא חולקים בשבועה אע"ג דאינו אדוק בה, וכמו שכתב רש"י, כנ"ל, ומה ענין זה לזה.

ונראה לבאר עפ"י ש"נ בש"ג פ"ב בדברי רש"י לעיל (דף ב:) דאע"ג דחלוקה דשור שנגח את פרה באה מכח ספק בעצם הממון וחלוקה דאוחזים באה מכח שניהם מוחזקים, מכל מקום מדמה להו הגמרא, דבין הכא ובין הכא הרי דינא דחולקים ולא נחלק ביניהם אי לאו משום סברא מיוחדת כגון דררא דממונא, כמש"נ שם, ואם כן הכא נמי בא לדמות הני שני עניני חלוקה, ומצינו דסומכוס ס"ל חולקים בלא שבועה, ואפילו בברי וברי, הרי דנתנו לו חכמים לזכות בחלוקה משום צד ממון שיש לו, ואף בלי חיזוק של שבועה, דסומכוס מיקל בחלוקה, וכל שיש לו צד ממון, אפילו קלוש, זוכה בדינא דחלוקה, ולא הצריכוהו חכמים לחזק תביעתו וזכותו על ידי שבועה, ואם כן סלקא דעתין דלענין חלוקה דשניהם מוחזקים נמי מיקל, ואע"ג דבדודאי לעולם בעינן שבועה כדי שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו', מכל מקום איכא למיקל בהתפיסה עצמה דאין צריך מוחזקים מעליא על ידי תפיסה גמורה, וסגי לכך גם אוחזים דסרכא סרוכי, וגם בכך חשיב כשנים אוחזים להיות חולקים בשבועה, וע"ז קאמר דבכהאי גוונא אפילו סומכוס מודה דהא סרכא לאו כלום היא, ואין זו אחיזה קלושה, אלא אין כאן אחיזה כלל, ולא שייך בכהאי גוונא חלוקה דשור שנגח את הפרה, וכן דשל שנים אוחזים, דהא אין שור שחוט לפניך ובלי טענותיהם אין הממון מוטל בספק, וכמש"נ לעיל, יעו"ש.

פרק ו

בו יבוארו דברי התוס' דאם סומכוס ס"ל דברי ושמא ברי עדיף היכא דאיכא דררא דממונא ולית ליה דינא דחלוקה אז גם לרבנן לכל הפחות צריך לומר שהדין הוא דיחלוקו, וגם יבואר מה שכתבו התוס' דבממון המוטל בספק חשיבי שניהם מוחזקים.

[**בבא מציעא צז:**] תנן השואל את הפרה וכו' שאלה היום ושכרה למחר וכו' ומתה המשאל אומר וכו' ביום שהיתה שאולה מתה וכו' והלה אומר איני יודע חייב, יעו"ש, ובגמרא שמעת מיניה מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב לימא תהוי תיובתא דרב נחמן וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה לימא וז"ל: ואם תאמר והא מתניתין מוקי לה בסמוך כסומכוס דלא אזיל בתר חזקה ואית ליה ממון המוטל בספק חולקין ולהכי לדידיה כי איכא ברי ושמא הוי ברי עדיף אפילו להוציא ורב נחמן כרבנן דאית להו המוציא מחבירו עליו הראיה אי נמי רב נחמן אתי שפיר כסומכוס דמודה סומכוס היכא דליכא דררא דממונא דהמוציא מחבירו עליו הראיה ויש לומר דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו וכיון דלדידיה אהני ברי נגד שמא וחייב הכל הכי נמי הוי ליה למימר לרבנן דאהני נמי ברי נגד שמא לכל הפחות לומר שיחלוקו עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק דהא סומכוס לא אזיל בתר חזקה ומשום הכי מהני לדידיה ברי ושמא לגמרי, והיכי מוכיח מזה דלרבנן דאזלי בתר חזקה מהני ברי ושמא לכל הפחות שיחלוקו, דמשמע דמכח הך סברא איכא למימר נמי דברי ושמא יהני אליבא דרבנן לגבי כולה, אלא דאין זה מבורר כל כך, ומכל מקום לכל הפחות יחלוקו. ובמה שכתבו התוס' דממון המוטל בספק חשיב כתרוייהו מוחזקים יש להסתפק אם כונתם לומר דהא גופא הוא דינא דממון המוטל בספק חולקים דהואיל והממון מוטל בספק חשיבי תרוייהו כמוחזקים ומשום הכי חולקים, ואם כן היינו דוקא אליבא דסומכוס, או דלמא כונתם לומר דמאחר דדינא הוא דממון המוטל בספק חולקים חשיבי תרוייהו מכאן ולהבא כמוחזקים, דכל אחד איתחזק בהחצי על ידי דינא דחלוקה, ואם כן שייך דין זה גם אליבא דרבנן היכא דליכא מוחזק או מרא קמא, דהתם גם רבנן מודו דחולקים, ועל ידי דינא דחלוקה חשיבי תרוייהו כמוחזקים, ולכאורה איכא ראייה מפורשת מדברי התוס' לקמן (דף קטז:) בד"ה לימא גבי הבית והעליה שנפלו דליכא מוחזק או מרא קמא וחולקים לכולי עלמא, יעו"ש, וכתבו התוס' דחשיב כאילו שניהם מוחזקים בו, יעו"ש, ומוכח דרצונם לומר דעל ידי דינא דחלוקה נתחזקו תרוייהו.

והנה לקמן (דף ק.) כתבו התוס' בד"ה הא מני סומכוס היא בשם הרשב"ם דגם סומכוס מודה דאם האחד מוחזק לא אמרינן ממון המוטל בספק חולקים, ולא נחלקו סומכוס ורבנן אלא אם אזלינן בתר חזקת מרא קמא, ומכל מקום כתבו התוס' דהיינו

דוקא כשהמוחזק טוען ברי, אז אמרינן דלכולי עלמא המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אם המוחזק טוען שמא ס"ל לסומכוס דלא מוקמינן הממון בידו אלא חולקים, יעו"ש, ובביאור דבריהם נראה דהיכא דהאחד מוחזק וטוען ברי הרי זה מונע כל חלות הספק, ומוחזקין הממון בידו בתורת ודאי ולא נעשה מעולם ממון המוטל בספק, אבל אם המוחזק טוען שמא אז אי אפשר לומר דאין כאן חלות ספק כלל, שהרי גם להמוחזק עצמו לא נודע, וחל הספק על הממון, ושוב הוה ליה ממון המוטל בספק. ונחלקו סומכוס ורבנן באופן הכרעת ממון המוטל בספק, סומכוס ס"ל דלספיקא דממונא בעינן הכרעה מעולה, וחזקת מרא קמא או חזקת המוחזק שטוען שמא לא הוה הכרעות מעולות, ומשום הכי לא אזיל סומכוס בתר חזקה, כמו שכתבו התוס' דידן, והיינו משום דלא אלימא חזקה להכריע ספיקא דממונא, כמו שכתב התוס' הרא"ש, יעו"ש, ואע"ג דמוחזק לעולם מהני בחזקת מטלטלין, היינו בטענת ברי ולעכב כל חלות הספק, כמש"נ, אבל בטענת שמא שכבר חל על הממון תורת ממון המוטל בספק בעינן הכרעת הספק, ואין הראיה הבאה על ידי המוחזק או על ידי חזקת מרא קמא מספקת להכריע ספיקא דממונא, ומשום הכי כל זמן שלא הביא ראיה מעליא דינא הוה דיחלוקו, אבל רבנן ס"ל דעל ידי חזקת מרא קמא וחזקת המוחזק בטענת שמא יכולין להכריע ספיקא דממונא, דרבנן אזלי בתר חזקה, ודי בזה להכריע ספיקא דממונא ונשאר הממון בחזקתו.

וכתבו התוס' בדין דמהא דס"ל לסומכוס דאזלינן בתר ברי ושמא בממון המוטל בספק חזינן דס"ל לסומכוס דברי ושמא הוי הכרעה מעולה מהכרעה דמוחזק, ואפילו במקום שהמוחזק כנגדו, דהא עיקר דין ממון המוטל בספק הוא דחולקים, והרי מצד עצם הספק חל דינא דחלוקה, וממילא חשיב כל אחד מהם כמוחזק על החצי, והשתא דאיכא נמי ברי ושמא הרי הברי ושמא הוא כנגד המוחזק כשאנו דנין על החצי שבחזקת השמא, וס"ל לסומכוס דאמרינן ברי ושמא ברי עדיף וחייב לשלם, ועל כרחך משום דיש להכריע ספיקא דממונא של ממון המוטל בספק על ידי ברי ושמא אפילו במקום שיש מוחזק כנגדו, אבל מוחזק לא מהני כלל להכריע ספיקא דממונא, כמש"נ, ומבואר דלסומכוס אלימא טפי תורת הכרעה של ברי ושמא מתורת הכרעה של מוחזק, ואם כן איכא למימר דה"ה לרבנן דאזלי בתר חזקה להכריע ספיקא דממונא, מכל מקום אלים ברי ושמא ממוחזק, וכסברת סומכוס, ולכל הפחות לא גריעא הכרעה דברי ושמא מהכרעה דמוחזק אליבא דרבנן, דאם לא כן הוה להו רבנן וסומכוס סברות הפוכות, דלרבנן אלימא חזקה להכריע ספיקא דממונא אבל לא ברי ושמא, ולסומכוס אלים ברי ושמא אבל לא חזקה, אלא מסתברא דלכולי עלמא אלים ברי ושמא, ולא נחלקו אלא אם אלים חזקה, ולרבנן דאלימא חזקה איכא למימר דאעפ"כ ברי ושמא עדיף, אי נמי יש לומר דברי ושמא שוה למוחזק לענין הכרעת ספיקא דממונא, אבל בודאי לא גרע, כמש"נ.

ולפי זה מתבארים היטב דברי התוס', דבמנה לי בידך והלה אמר איני יודע הרי בודאי חל תורת ספק על הממון, דהא הנתבע טוען שמא, וכמש"נ, ואע"ג דלרבנן אזלינן

בתר חזקה ומכריעים ספיקא דממונא על ידי מוחזק בטענת שמא, כמש"נ, מכל מקום במקום ברי ושמא הרי איכא הכרעה אחרת כנגד הכרעת המוחזק, ומדברי סומכוס חזינן דהכרעה דברי ושמא עדיפא מהכרעה דמוחזק, ויתכן לומר דגם לרבנן ברי ושמא עדיף וחייב הכל, ומכל מקום הא ודאי דלרבנן לא גרע ברי ושמא ממוחזק, דאי לאו הכי הוה להו לרבנן וסומכוס סברות הפוכות, כמש"נ, ולכל הפחות צריך לומר דברי ושמא שוה להכרעה דמוחזק, ואם כן במנה לי בידך וכו' דאיכא ספיקא דממונא ועל צד אחד איכא מוחזק ועל צד השני איכא ברי ושמא נימא לכל הפחות שיחלוקו, שהרי שתי ההכרעות מבטלות זו את זו, ונשאר הממון בספק, וכמש"נ.

פרק ז

בו יבואר מחלוקת רבה בר רב הונא ורבא לפי הדרך שכתבו התוס' בדבררא דממונא יש ספק לבית דין גם בלא טענותיהם אם אמר סומכוס דינו דממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה דוקא היכא ששניהם טוענים שמא או אפילו היכא ששניהם טוענים ברי.

[**בבא מציעא ק.**] מתניתין המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוקו, יעו"ש, ובגמרא אמאי יחלוקו וליחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אמר רבי חייא בר אבין אמר שמואל בעומדת באגם שפחה נמי דקיימא בסימטא ונוקמא אחזקת דמרא קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא בברי וברי מי אמר אמר רבה בר רב הונא אין אמר סומכוס אפילו בברי וברי רבא אמר לעולם כי אמר סומכוס שמא ושמא אבל ברי וברי לא ותני זה אומר שמא עד שלא מכרתי וזה אומר שמא משלקחתי, יעו"ש.

והנה לעיל (דף ב:) רצה לאוקמי מתניתין דשנים אוחזין בטלית יחלוקו בשבועה גם אליבא דסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה, דלא אמר סומכוס דינו אלא בשמא ושמא אבל בברי וברי חולקים בשבועה, והיינו כסברא דרבא בסוגיין, ומבואר דבברי וברי ס"ל לסומכוס דחולקים בשבועה, ופליג סומכוס על רבנן בין בשמא ושמא בין בברי וברי, דרבנן ס"ל דבין כך ובין כך אזלינן בתר המרא קמא, וסומכוס ס"ל דבשמא ושמא חולקים בלא שבועה, ובברי וברי חולקים בשבועה.

ופריך בגמרא שם ולרבה בר רב הונא דאמר אמר סומכוס אפילו ברי וברי מאי איכא למימר אפילו תימא סומכוס כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא אבל היכא דליכא דררא דממונא לא וכו', יעו"ש, ולמסקנת הגמרא לא איצטריך רבא ליישב מתניתין דשנים אוחזין גם אליבא דסומכוס משום דלא אמר דינו אלא בשמא ושמא, דגם לדידיה יש לתרץ דלא אמר סומכוס אלא בדררא דממונא, כדמשני אליבא דרבה בר רב הונא, דסתמא דגמרא בבבא בתרא (דף לה:) מביא סברא דדררא דממונא, יעו"ש, ומשמע דאין בזה מחלוקת, וגם רבא ס"ל דלא אמר סומכוס דינו אלא היכא דאיכא דררא דממונא, ואף היכא דאיכא דררא דממונא אין חולקים בלא שבועה אלא בשמא ושמא, אבל בברי וברי חולקים בשבועה, ורבה בר רב הונא ס"ל דאף בברי וברי חולקים בלא שבועה.

וצריכים לעיין בטעמא דרבא דמחייב שבועה בספק דדררא דממונא היכא דשניהם טוענים ברי, והרי כתבו התוס' לעיל (דף ב:) בד"ה היכא דאיכא דררא דממונא וז"ל: פירוש שבלא טענותיהם יש ספק לבית דין דיש לאחד תביעה על חבירו בלא טענותם כגון בשור שנגח את הפרה (ב"ק דף מו.) ומחליף פרה בחמור אחרי שהספק נולד מעצמו דין הוא שיחלוקו אפילו בלא שבועה עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ג פ"ד, ולהכי בשמא ושמא חולקים בלא שבועה, שהרי מה שזוכים בחלקם בבית דין הוא מכח הספק עצמו,

שהמצב מעורר הספק, ואין זכיתם מכח טענותיהם, וקשה דלמה לא נאמר כן נמי כשטוענים שניהם ברי, דהא סוף סוף הרי איכא דררא דממונא, והמצב עצמו מעורר הספק שבו דנים יחלוקו, ואינם מרויחים שום דבר בתורת החלוקה במה שטוענים ברי, דדל מהכא טענותיהם אנו דנים להם חלוקה מחמת הספק עצמו, ולמה מחייבים אותם לאמת טענותיהם על ידי שבועה, הרי אין אנו צריכים לטענותיהם כלל כדי לדון להם חלוקה.

אולם נראה דבברי וברי לקושטא דמילתא טענותיהם נצרכות כדי לדון להם חלוקה, ולא אמרינן דל מהכא טענותיהם איכא דררא דממונא ודין חלוקה מחמת הספק עצמו, דכיון דאחד מהם טוען ברי מוכרח גם השני לטעון ברי כנגדו, דאם לא טען ברי היה השני זוכה מדין ברי ושמא במקום דליכא מוחזק, כדאיתא במתניתין, ונמצא דכל אחד מהם היה מפסיד אם לא טען ברי, שהרי זה שכנגדו טוען ברי, ונמצא דזכות כל אחד ואחד בהחלוקה הוא על ידי מה שטוען ברי, ולכן מחייבים אותם שבועה.

ורבה בר רב הונא פליג וס"ל דאף בברי וברי חולקים בלא שבועה, ואע"ג דכל אחד ואחד מוכרח לטעון ברי הואיל וזה שכנגדו טוען ברי, ולולי טענתו היה מפסיד חלקו בהחלוקה, מכל מקום אין עצם החלוקה באה מכח טענתו, דעצם דין החלוקה הוא מחמת הדררא דממונא בלי טענותיהם, כמש"נ, והא דצריך לטעון ברי הוא כדי לנגד ולסלק טענת השני, שלא תעכב בדין חלוקה הבא מכח הספק עצמו, ולכן ס"ל דחולקים בלא שבועה, דאין טענותיהם מזכות אותם בחלקם אלא הספק עצמו מזכה אותם, וטענותיהם לא באו אלא לעכב השני מלזכות על ידי ברי ושמא במקום דליכא מוחזק, אבל רבא ס"ל דכיון דסוף סוף לא היו זוכים בחלקם אם לא שטוענים ברי הרי זה נחשב שזכותם באה על ידי טענותיהם ומחייבים אותם לישבע, ועיימש"נ בש"ג פ"ח.

פרק ח

בו יבואר למה אין להקשות לרבה דאמר תני זה אומר שמא עד שלא מכרתי וזה אומר שמא משלקחתי תרי שמא ושמא למה לי, ודוקא לרבה בר רב הונא דאמר דסומכוס אית ליה דחולקים בלא שבועה אפילו בברי וברי יש להקשות תרי שמא ושמא למה לי.

[בבא מציעא ק.] מתניתין המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוקו היו לו ב' עבדים אחד גדול ואחד קטן וכן ב' שדות אחת גדולה ואחת קטנה וכו' זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו, יעו"ש, ובגמרא אמאי יחלוקו וכו' הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא בברי וברי מי אמר אמר רבה בר רב הונא אין אמר סומכוס אפילו בברי וברי רבא אמר לעולם כי אמר סומכוס שמא ושמא אבל ברי וברי לא אמר ותני זה אומר שמא עד שלא מכרתי וזה אומר שמא משלקחתי תנן זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו בשלמא לרבה מדסיפא שמא ושמא רישא נמי שמא ושמא אלא לרבה בר רב הונא דאמר אין אמר סומכוס אפילו ברי וברי השתא ברי וברי אמר יחלוקו שמא ושמא מיבעיא אי משום הא לא איריא תנא סיפא לגלויי רישא וכו' תנא סיפא שמא ושמא מכלל דרישא ברי וברי ואפילו הכי יחלוקו, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: תנא סיפא שמא ושמא מכלל דרישא ברי וברי דתרי בשמא ושמא למה לי עכ"ל, יעו"ש, וקאמר רבה בר רב הונא דאם סיפא מיירי בשמא ושמא על כרחנו דרישא מיירי בברי וברי, דאם כבר הודיענו ברישא דבשמא ושמא קאמר סומכוס דחולקים בלא שבועה מה בא לאשמועין עוד בסיפא דלא אשמועין כבר ברישא, דתרי שמא ושמא למה לי, אלא על כרחך צריך לומר דרק סיפא מיירי בשמא ושמא, ומדסיפא בשמא ושמא רישא בברי וברי, ואם לא תנא בסיפא שמא ושמא הוה אמינא דרישא מיירי בשמא ושמא אבל בברי וברי לא אמר סומכוס דחולקים בלא שבועה, אבל השתא דתנא שמא ושמא בסיפא הדבר מובן דרישא בברי וברי, דאי לאו הכי תרי שמא ושמא למה לי, כמו שכתב רש"י, כנ"ל.

ויש לדקדק לרבה דמוקים רישא וסיפא בשמא ושמא אבל בברי וברי לא אמר סומכוס דינו, מה יענה על טענת רבה בר רב הונא דתרי שמא ושמא למה לי, ומהו החידוש בהסיפא אליבא דרבה, ואם יש בזה איזה חידוש דליכא תו להקשות תרי שמא ושמא למה לי, צריך לומר דרבה בר רב הונא לא ראה שום חידוש בהסיפא אם גם רישא מיירי בשמא ושמא, ונמצא דפליגי רבה בר רב הונא ורבה בסוגיין בתרתי, חדא, אם אמר סומכוס דינו בברי וברי, ושנית, אם יש שום חידוש בסיפא אילו גם רישא מיירי בשמא ושמא.

ונראה דהני תרתי פלוגתא באמת חדא נינהו, והא בהא תליא, דבאמת יש לעיין לפי דרך התוס' לעיל (דף ב:) דדררא דממונא היינו דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין למה

נחשב קונה עבד ספק של דררא דממונא, בשלמא מחליף פרה בחמור הוי דררא דממונא דכל שרואה שאחד הקנה פרתו לחבירו בחליפין ובערך באותה שעה ילדה הרי מיד נולד הספק אם ילדה קודם החליפין או אחר החליפין, וגם בלי טענותיהם יש לכל רואה להסתפק, וכן בההיא דבבא קמא (דף לה.) כשאנו רואים שור רודף אחר שור אחר ושור הנרדף נמצא מת יש לנו להסתפק אם מת מחמת הרדיפה או מחמת דבר אחר, וכן בכותל שנפל יש לכל רואה להסתפק של מי הוא הכותל, והוי דררא דממונא, כמו שכתבו התוס' בבבא בתרא (דף ב.) בד"ה לפיכך, יעו"ש.

אבל אם אנו רואים שאחד קנה עבד מחבירו, מה יש לנו להסתפק בדבר, וכי עולה בדעתנו ספק אם קנה ממנו עבד גדול או עבד קטן, אכן כשבאו המוכר והלוקח להתדיין בפני בית דין על המכירה אז נתעוררנו לחשוב למפרע על אותה מעשה קנין שראינו מה טיבה, שהרי בודאי היה כאן מעשה קנין אכן לא נודע אם הקנין היה על עבד קטן או על עבד גדול, והרי זה נחשב דררא דממונא למפרע, והרי הספק נתעורר למפרע על ידי מה שיש סכסוך על המעשה קנין, ולא על ידי תורת טענה של מה שכל אחד טוען, אלא כיון שמתוכחים בדבר הרי הפעולה עצמה מעוררת ספק, מה הקנה כאן ומה קנה, והוי דררא דממונא.

ולא דמי לשנים או חזים בטלית דאין עובדא זו מעוררת ספק אפילו למפרע, דמי יודע למה שנים או חזים בטלית, דילמא הוי משום כובד הטלית או משום סבה אחרת, ואין עצם העובדא מעוררת לנו להסתפק בשום דבר, אבל בקונה עבד ולא הצביע על איזה עבד הרי עצם העובדא יש להסתפק בה אם היה עבד זה או עבד זה, ואע"ג דבשעת מעשה לא נתעוררנו להסתפק, דיהיה איזה שיהיה, ומה לנו להסתפק, אכן כשבא הענין לפני בית דין אנו מסופקים למפרע איזה עבד הקנה לו, הגדול או הקטן, ואין אנו צריכים לתורת טענה שיש לכל אחד מהם, אלא הא גופא שבא הענין לבית דין מעורר הספק, והוי דררא דממונא.

וס"ל לרבא דאע"ג דרישא מיירי בשמא ושמא ולא בברי וברי, וקאמר סומכוס דחולקים בשמא ושמא דהוי דררא דממונא, עדיין יש חידוש נוסף בלקח אחד משני עבדים ושניהם טוענים שמא דחולקים, דהיה אפשר לומר דבשני עבדים לא הוי ספק של דררא דממונא, דהא בשעת המעשה קנין לא נתעורר לנו שום ספק בהקנין אם היה העבד גדול או קטן, דמה לנו להסתפק בזה, ורק כשבא הענין לפני בית דין נתעורר הספק למפרע, כמש"נ, ולא דמי למחליף פרה בחמור וילדה דהספק בולט מיד, כמש"נ, ולכן ליכא להקשות אליבא דרבא תרי שמא ושמא למה לי, דבהרישא נתעורר הספק מיד בשעתו, והסיפא מחדש לנו דאף כשנתעורר הספק למפרע הוה ליה ספק של דררא דממונא כיון דאין לנו צורך לתורת טענה שלהם לעורר הספק.

אבל רבה בר רב הונא ס"ל דאף בברי וברי אמר סומכוס דחולקים, ואע"ג דצריכים לטענותיהם לנגד טענת השני שלא יהא ברי ושמא ברי עדיף במקום דליכא מוחזק, ועיימש"נ בש"ג פ"ז, דכל שעצם העובדא היא בספק הרי זה ספק של דררא דממונא, ורק היכא דהטענות מעוררות הספק לא הוי ספק של דררא דממונא, ואם כן אין שום

נפקא מינה בין מחליף פרה בחמור לקונה עבד, דבין כך ובין כך אין הספק נתעורר על ידי תורת טענה של דבריהם, ותרוייהו דררא דממונא נינהו, ותרי שמא ושמא למה לי, אבל רבא ס"ל דלא אמר סומכוס דינו בברי וברי, ואע"ג דעצם העובדא מעוררת ספק מתי ילדה, מכל מקום כיון דאנו צריכים לטענת כל אחד לנגד טענת השני שלא יהא ברי ושמא ברי עדיף, הרי הספק כמות שהוא לפני בית דין תלוי בטענותיהם, ואין זה נחשב דררא דממונא, כמש"נ, ולכן לא אמר סומכוס דחולקים אלא בשמא ושמא, להכי בשני עבדים שלא נתעורר הספק בשעתו, ורק כשבא הענין לפני בית דין נתעורר הספק למפרע, כמש"נ, סלקא דעתין דאין זה נחשב דררא דממונא, קא משמע לן דגם זה הוי דררא דממונא כיון דלא איצטריך לטענותיהם אלא רק שיבא הענין בפני בית דין, כמש"נ, וליכא להקשות תרי שמא ושמא למה לי.

פרק ט

בו יוכיח דדרכו של רבא בהרבה מקומות בש"ס לחלוק על אביי שמשנה הגירסא בהמשנה ולומר שאין לשנותה כדי ליישב המשנה, ויבואר למה בסוגיין נטה רבא מדרכו בזה ואמר תני במתניתין זה אומר שמא עד שלא מכרתי וזה אומר שמא משלקחתי.

[**בבא מציעא ק.**] מתניתין המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוקו, יעו"ש, ובגמרא ונוקמא אחזקת דמרא קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא בברי וברי מי אמר וכו' רבא אמר לעולם כי אמר סומכוס שמא ושמא אבל ברי וברי לא ותני זה אומר שמא עד שלא מכרתי וזה אומר שמא משלקחתי, יעו"ש.

בכמה מקומות בש"ס נחלקו אביי ורבא אם נכון להגיה בלשון המשנה ולומר שנשתבשו הגירסאות או אם צריכים לפרש המשנה כמות שהיא לפנינו ולא לשבש הגירסאות, כמו שמצינו בשבת (דף קז,; קכב,; קכג,; קלד,; ובפסחים (דף מה,; נח.) יומא (דף י,; מועד קטן (דף יד,; סוכה (דף כ.) יבמות (דף לא,; כתובות (דף יב.) נדרים (דף כג,; נזיר (דף י,; לא,; סוטה (דף ז,; ח,; יא.) גיטין (דף י,; בבא קמא (דף מו,; בבא בתרא (דף יד,; יט,; פו,; כ,; כב,; קכח,; סנהדרין (דף מא,; מו,; נא,; סג,; שבועות (דף כט,; מנחות (דף כא.) ועוד, ובכל מקומות אלו רצה אביי לשנות הגירסא ואמר ליה רבא והא הכי קתני ואין לשנות הגירסא, ואם כן למה אמר רבא לשנות הגירסא בסוגיין. והדבר מתבאר על פי הא דאיתא בסנהדרין (דף י,; עיבור החודש בשלשה חישוב לא קתני קידוש לא קתני אלא עיבור לא ליקדשא וממילא לעבר אמר אביי תני קידוש החודש וכו' אמר רבא והא עיבור קתני אלא אמר רבא וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: והא עיבור קתני דרך תנא טועה בגירסא לחסר תיבה על ידי שכחה אבל אין נחלף לתנא בין גירסת קידוש לגירסת עיבור עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה מבואר למה רבא רצה לשנות הגירסא בסוגיין, שלא בא לשנותה אלא להוסיף בה תיבת שמא שחסרו התנא על ידי שכחה.

פרק י

בו יבוארו דברי התוס' דאע"ג דקיימא לן שהגודרות אין להן חזקה מכל מקום היכא דאיכא דררא דממונא ובלא טענותיהם יש ספק לבית דין והתופס טוען ברי שילדה החמור או השפחה אחר שלקחן מהניא תפיסתו אפילו בגודרות ואין להוציא מידו.

[**בבא מציעא ק.**] מתניתין המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוקו, יעו"ש, ובגמרא אמאי יחלוקו וליחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אמר רבי חייא בר אבין אמר שמואל בעומד באגם שפחה נמי דקיימא בסימטא ונוקמא אחזקת דמרא קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה, יעו"ש.

וכתבו התוס' וז"ל: ואם תאמר וכי נמי הוי הולד ברשות לוקח אין זה הוכחה דקנאה דהא אמרינן בחזקת הבתים (בבא בתרא דף לו.) הגודרות אין להן חזקה משום דשמא מאליהן באו לרשותו או תפסן ברחוב כשהן הולכות לרעות וכו' ויש לומר כיון דאיכא דררא דממונא ויש ספק בדבר בלא טענותיהן וטוען ברי הלוקח אם הוא ברשותו אין להוציא מידו אבל אם היה טוען שמא סברא הוא שלא תועיל חזקתו מספק וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה בקושית הגמרא דליחזי ברשות דמאן קיימא עדיין לא אסיק דמתניתין כסומכוס, ורצה לאוקמא אפילו אליבא דרבנן, ויסוד מחלקתם מבואר לעיל (דף ב:) דסומכוס ס"ל דהיכא דאיכא דררא דממונא, ולפי דברי התוס' היינו דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, בכהאי גונא חולקים ולא אזלינן בתר חזקת הממון, ורבנן ס"ל דאפילו במקום דררא דממונא מוקמינן הממון בחזקתו, ולית להו דספק דדררא דממונא עדיף בזה משאר ספק הבא על ידי טענותיהם, וכתבו התוס' דמכל מקום אית להו לרבנן דלגבי האי דינא דהגודרות אין להן חזקה שפיר אמרינן דמהני סברת דררא דממונא להחזיק בגודרות אם טוען נמי ברי.

ובביאור הדברים נראה דהנה אמרינן לעיל (דף ג.) דאנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה, יעו"ש, והיינו דתפיסת המוחזק הוי כמו ראייה ברורה שהיא שלו, ונקטינן כן בתורת ודאי, וכל זה הוא היכא דליכא מרא קמא כנגדו, אבל היכא דאיכא מרא קמא והוא תפוס בהמטלטלין וטוען שלקוחין הן בידו, והרי המטלטלין דברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר, בכהאי גונא ליכא ראייה ברורה בתפיסתו, ומכל מקום אמרינן דמספק אל תוציאנו מידו, אכן כל זה הוא היכא שיש שום סמך ורגלים לדבריו, דאמרינן אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, והדבר יותר קרוב שבא לידו בהיתר ובדין, אבל בגודרות שקל מאוד לתפוס בהן, כמו שכתבו התוס', כנ"ל, לא אמרינן אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, וליכא רגלים לדבר מספיק לאלם ולחזק תפיסתו, ואין לו דין מוחזק כלל להחזיק הגודרות בידו, אולם היכא דאיכא דררא דממונא, ובלא טענותיהם יש ספק לבית דין, הרי לכולי עלמא, בין לסומכוס בין לרבנן, יש צד ספק גמור לסייע

להתפוס בחזקתו, ואינו צריך הסמך דאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, אלא הא גופא שיש לנו ספק גמור בעצם העובדא, ושני צדדי הספק נשמעים לבית דין בלי טענותיהם, הרי הצד ספק מסייע להתפוס ונותן לו תורת מוחזק שאין להוציא מידו, ולהכי מהני התפיסה במקום דררא דממונא להחזיקו אפילו בגודרות, ואע"ג דלא שייך בהן אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן.

ומה שכתבו התוס' דאין חזקה בגודרות אלא כשטוען נמי ברי, אין כונתם בזה דצריכים הראיה דטענת ברי מלבד מה שהוא תפוס בהגודרות, דאי משום ראיה אתינן עלה הרי הכא ליכא שום תוספת בירור בהטענת ברי, דהא גם האחר טוען ברי, ונמצא דהראיות מכחישות זו את זו וליכא ראיה כלל, אלא נראה דכונתם היא דבכל טענת ברי איכא קצת תפיסה, ועימש"נ בש"ז פי"ב, ובגודרות לא אמרינן דתפיסתו מחזיקתו היכא דאיכא צד ספק גמור לסייעו אלא כשתפיסתו מעליא היא, דהיינו שהגודרות בידו וגם טוען ברי, ואע"ג דגם האחר טוען ברי, וגם לו יש קצת תפיסה בהממון, אין תפיסה קלושה זו מועילה לו כלל, אבל זה שהגודרות תפוסות בידו, ויש לו נמי תפיסה קלושה על ידי טענת ברי, שפיר נתחזקה תפיסתו, והרי הוא מוחזק בהגודרות היכא דיש לו נמי סמך דדררא דממונא, וכמש"נ.

פרק יא

בו יבוארו דברי התוס' דאע"ג דאין להחזיק בגודרות במקום דררא דממונא אלא בטענת ברי בהפקיד טלה אצל בעל הבית ויש גם לבעל הבית טלה ומת אחד מהם מהני תפיסתו אפילו בטענת שמא, ויתבאר מה שיש לחלק בין זה לחזקת המוכר בולד פרתו.

[**בבא מציעא ק.**] תנן המחליף פרה בחמור וילדה וכו' יחלוקו יעו"ש, ובגמרא אמאי יחלוקו וליחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' וז"ל: ואם תאמר וכי נמי הוי הולד ברשות לוקח אין זה הוכחה דקנאה דהא אמרינן בחזקת הבתים (בבא בתרא דף לו.) הגודרות אין להן חזקה וכו' ויש לומר כיון דאיכא דררא דממונא ויש ספק בדבר בלא טענותיהן וטוען ברי הלוקח אם הוא ברשותו אין להוציא מידו וכו' ולא דמי לאחד שהפקיד טלה חי אצל בעל הבית ויש לבעל הבית כמו כן טלה חי ומת אחד מהן דאמר בפרק שני דבכורות (דף יח:) דהמפקיד הוי המוציא מחבירו עליו הראיה ומועלת חזקת בעל הבית אע"פ שטוען ספק דהתם היה מוחזק בודאי בטלה חי מעיקרא אבל כאן לא הוחזק מעולם לוקח בולד זה בודאי אבל מוכר אם הוא מוחזק מועיל אפילו הוא טוען שמא שהיה מוחזק בודאי מתחילה קודם מכירה כשהיתה פרה מעוברת וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי התוס' דהא כל דין גודרות אין להן חזקה היינו שאם תופס בגודרות וטוען לקוחין הן בידי לא אהני לו תפיסתו אלא עדיין נשארין בחזקת בעליהן שהיו ידועים להן מקודם, ואפילו אם בעליהן טוענין שמא למאן דאמר ברי ושמא לאו ברי עדיף, דכיון דהוא בא להחזיק בשלו ולא להוציא מן הבעלים הידועים לא שייך בזה דין הגודרות אין להן חזקה, ואם כן במפקיד טלה אצל בעל הבית שיש לו נמי טלה ומת אחד מהם הרי הבעל הבית מחזיק בהטלה שתחת ידו בטענה שהטלה היה שלו מקודם ולא בטענת לקוח, ולא שייך בזה דין הגודרות אין להן חזקה, ולכן אהני לו תפיסתו אפילו בטענת שמא, ולא דמי לדידן שהלוקח טוען שגם הולד לקוח בידו כמו האם, ושפיר שייך בזה דין הגודרות אין להן חזקה אי לאו דאיכא דררא דממונא וטענת ברי.

ולכאורה זוהי כונת התוס' במה שכתבו דהתם היה מוחזק בודאי בטלה חי מעיקרא, כנ"ל שלא בא אלא להחזיק בשלו ולא להוציא מן האחר, ובזה לא אמרינן הגודרות אין להן חזקה, כמש"נ, והחידוש הוא דאע"ג דטלה זה התפוס בידו מעולם לא היה ידוע להבעל הבית, דהא אין אנו יודעים איזה מהם מת, מכל מקום כיון שהוא בא להחזיק מה שתחת ידו ולא להוציא מן הבעלים הידועים, לא אמרינן ככהאי גוונא הדין דגודרות אין להן חזקה, אבל בדידן במחליף פרה בחמור אם היה הולד נמצא ביד הלוקח הרי הוא בא להוציא מן המוכר בטענת לקוח, וכיון דהוי גודרות לא מהני לו תפיסתו אלא בטענת ברי.

וכל זה אם הלוקח תפוס בהולד, אבל אם המוכר תפוס בהולד אהני לו תפיסתו אפילו אם הוא טוען שמא, כמו בעל הבית המוחזק בטלה החי בטענת שמא, וכתבו התוס' וז"ל: ואע"ג דלא דמי ממש לההיא דבכורות דהתם הוחזק בודאי [בטלה]

מתחילה אבל הכא לא הוחזק מעולם בודאי בולד אחר שנולד אלא בעובר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק דהלא היה תפוס באותה ליטרא בשר כשהולד היה במעי אמו, והיה שלו בודאי והיה יכול לקדש בו את האשה, ואם היה מישוהו טוען שקנה ממנו העובר היינו אומרים המוציא מחבירו עליו הראיה, שהעובר הוא לגמרי בחזקתו, ומה לי שנשתנה שם שלו, דמתחלה היה נקרא עובר ולאחר הלידה נקרא ולד.

ונראה לבאר דבריהם דמה שהוא נחשב מוחזק בהעובר כשהוא במעי אמו לא הוי משום שיש לו תפיסה מיוחדת בהעובר עצמו אלא משום שהוא נגרר אחר האם, ואהני תפיסתו בהאם להחזיקו גם בהעובר, דכיון שהוא תפוס בהאם הרי הוא נחשב נמי תפוס בהעובר, אבל כשנולד ואינו נגרר עוד אחר אמו צריך תפיסה חדשה מיוחדת בהולד להחזיקו, ומשום הכי לא דמי ממש לההיא דבכורות, דהתם הבעל הבית לפי טענתו היה מוחזק בטלה זה שבידו גם מעיקרא באותה תפיסה שיש לו בו השתא, אבל בדין תפיסה זו שיש לו בהולד לא באה לו אלא לאחר שנולד, וקודם שנולד היה לו תפיסה אחרת בליטרא בשר זו, דהיינו דתפיסה שיש לו בהאם היתה מועילה גם להעובר, כמש"נ, והיה אפשר לחלק דכיון דתפיסה זו הוי תפיסה חדשה אינה מועילה לו בגודרות אלא אם טוען ברי, מכל מקום אע"ג דלא דמי ממש לההיא דבכורות, אהני לו תפיסתו אפילו בטענת שמא, דהא סוף סוף היה מוחזק בהולד גם קודם לידתו על ידי תפיסתו בהאם, וכמש"נ.

פרק יב

בו יתיישבו דברי הרמב"ם שפסק כרבנן דפליגי על סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקים ופסק גם כן במחליף פרה בחמור וילדה וזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינה ברשות אחד מהם יחלוק, ויחולק בין חזקת מרא קמא בקרקע ובמטלטלין.

[**בבא מציעא ק.**] מתניתין המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוק, יעו"ש, ובגמרא אמאי יחלוק וליחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אמר רבי חייא בר אבין אמר שמואל בעומדת באגם וכו' ונוקמא אחזקת דמרא קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה וכו', יעו"ש.

וכתב הרמב"ם פ"כ מכירה הל"י והל"א וז"ל: המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה אפילו אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה אע"פ שהפרה עומדת באגם והשפחה עומדת בסימטא הרי הן בחזקת מוכר עד שיביא הלוקח ראיה וכו' זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהם יחלוקו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והקשה עליו המגיד משנה וז"ל: זה אומר איני יודע וכו' משנה שם בהשואל (דף ק.) יחלוקו ואוקימנא לה כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין ובשמא ושמא וכן מפורש בהלכות וקשה לי היאך פסק כן רבינו שהרי אין הלכה כסומכוס כמו שפסק הוא ז"ל פ"ט מהלכות נזקי ממון ה"ג וכן בהלכות בבבא קמא בהפרה ואולי שהוא סובר דהא דמוקמינן לה כסומכוס דוקא ודלא כרבנן כשעומדת ברשות מוכר אבל בעומדת באגם אפילו רבנן מודו ואין זה משמעות הסוגיא וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה דברי המגיד משנה תמוהים שהביא ראיה דהרמב"ם פסק דלא כסומכוס מפ"ט נזקי ממון, כנ"ל, ולמה לא הביא ראיה ממה שכתב פה בהלכה הקודמת דאפילו עומדת באגם והמוכר טוען שמא הרי הולד בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה, והיינו להדיא כרבנן, דלסומכוס בכהאי גוונא חולקים, כמו שמבואר בגמרא, כנ"ל.

והמשנה למלך רצה ליישב קושית המגיד משנה וז"ל: ומה שתמה ה"ה ז"ל דאמאי פסק כסומכוס בשניהם טוענין איני יודע נראה לי דאפילו כרבנן אתיא דעד כאן לא פליגי סומכוס ורבנן אלא היכא דאיכא חזקת מריה קמא כגון המוכר שפחתו וילדה אבל היכא דליכא חזקת מאריה קמא אפילו לרבנן ממון המוטל בספק חולקין והיינו מה שכתב רבינו זה אומר איני יודע כו' ואינם ברשות אחד מהם כלומר דליכא לא חזקת מריה קמא וגם אינה ברשות אחד מהם חולקים אבל היכא דאיכא לאוקומי אמריה קמא כתב תחלה דאפילו המוכר טוען שמא והלה בריא ברשות המוכר קיימא דהיינו כרבנן והדבר צריך עיון עכ"ל, יעו"ש, ודבריו לכאורה אינם מובנים, דהיאך שייך כאן גוונא דליכא מרא קמא, והלא מיירי במחליף פרה בחמור, והרי המוכר הוא המרא קמא בכהאי גוונא, ואפילו אם הפרה עומדת באגם, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, ועוד יש

לעיין דמשמע מדבריו דלא פסק הרמב"ם דיחלוקו אלא במקום דליכא מרא קמא אבל במוכר שפחתו וילדה אזלינן בתר חזקת מרא קמא, והלא גם במחליף פרה בחמור יש לו חזקת מרא קמא, ובכלל יש לעיין בלשון הרמב"ם שכתב ואינם ברשות אחד מהם, והלא להדיא כתב הרמב"ם דאפילו הפרה עומדת באגם הרי היא בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה, כנ"ל, והיכי מיתוקמא שאינה ברשות אחד מהם.

והנה בהא דקאמר בגמרא ונוקמא אחזקת דמרא קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה יש להסתפק אם הך דין מרא קמא במטלטלין הוא כמו דין חזקת מרא קמא דקרקעות, דבקרקות אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת והרי הבעלים נחשב מוחזק גמור בהקרקע אף שאינו עומד בתוכה, ואף אם מישוהו אחר עומד בתוכה עדיין המרא קמא נחשב מוחזק בהקרקע כל זמן שלא החזיק בה השני שלש שנים, וכן הוא הדין במטלטלין דהמרא קמא נחשב מוחזק בהמטלטלין, דהיכא דהפרה עומדת באגם ואין שום אחד תפוס ומוחזק בה הרי היא מוחזקת ביד המרא קמא, וכל זה הוא במטלטלין דתפיסת המוחזק נותנת לו חזקה גמורה, אכן בזה חלוקין מטלטלין מקרקע דבמטלטלין מוחזק דתפוס עדיף ממוחזק דמרא קמא, והיכא דאחד תפוס במטלטלין שאין עשוי להשאיל ולהשכיר וטוען שלקוחין בידו הרי הוא מוחזק גמור ועדיפא חזקתו מחזקת המרא קמא, אבל בקרקע דלא שייך בה תפיסה גמורה כמו במטלטלין עדיפא חזקת המרא קמא מחזקת המחזיק שדר בה ומשתמש בה.

או דילמא חזקת מרא קמא במטלטלין לא דמי כלל לדין חזקת מרא קמא דקרקעות, ולא אמרינן דמטלטלין לעולם מוחזקים ביד המרא קמא כל היכא דליכא תפוס ומוחזק, אלא דמכל מקום אמרינן בתורת ראיה והנהגה דבמקום דאין מוחזק לא זה ולא זה אזלינן בתר המרא קמא ונשאר הממון בחזקתו עד שיביא האחר ראיה לדבריו.

ונפקא מינה היכא דהפרה וילדה מונחים בחצר של שניהם, ותפוסים ביד שניהם בשוה, והרי שניהם נחשבים מוחזקים על הממון, ונמצא דמצד המוחזקות אין שום אחד מהם עדיף מחבירו, אכן המוכר הוא המרא קמא, ואם היתה עומדת באגם שאין שום אחד מהם תפוס ומוחזק שפיר אזלינן בתר המרא קמא ונשאר בחזקת המוכר, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, אבל היכא דהולד הוא בחצר של שניהם, וכל אחד יש לו דין מוחזק גמור בו על ידי תפיסתו, אז הדבר תלוי בדין חזקת מרא קמא דמטלטלין, אם הוא דין מוחזק כמו בקרקעות, נמצא שהמרא קמא מוחזק יותר מן הלוקח, שיש לו תפיסה ביד וגם תפיסה על ידי מה שהוא מרא קמא, ועדיפא חזקת המוכר מחזקת הלוקח, אבל אם חזקת מרא קמא דמטלטלין לא מהני אלא בתורת ראיה והנהגה לא אזלינן בתר הך ראיה אלא היכא דליכא מוחזק כלל, כגון שעומדת באגם, אבל היכא דשניהם מוחזקים, כגון שעומדת בחצר של שניהם, לא אזלינן בתר החזקת מרא קמא, דאם אזלינן בתר החזקת מרא קמא נמצא שהיא מוציאה מיד מוחזק גמור, ואין להוציא ממוחזק אלא על ידי ראיה גמורה בעדים, כמו שכתב רש"י לעיל (דף ב: ב) בד"ה עליו הראיה, יעו"ש, ורק בעומדת באגם שאין שם מוחזק כלל אזלינן בתר חזקת מרא

קמא להחזיק הממון המוטל בספק בידו, אבל היכא דשניהם יש להם מוחזקות גמורה אין חזקת מרא תופסת מקום כלל, ואפילו רבנן מודים דחולקים.

ונראה דהרמב"ם ס"ל דחזקת מרא קמא דמטלטלין לא הוי אלא ראייה בלבד, והיכא דעומדת באגם דליכא תורת מוחזק לשום אחד מהם הרי הממון נשאר בחזקת המוכר שהוא המרא קמא בתורת ראייה, אבל היכא דאינו ברשות אחד מהם, דהיינו שמונח בחצר של שניהם, ששניהם מוחזקים בשוה וממילא אין הולד ברשות אחד מהם, וגם אינו ברשות המוכר שהוא המרא קמא, דכיון דשניהם מוחזקים אין הראיה דמרא קמא יכולה להוציא מיד הלוקח שגם הוא מוחזק בהולד, כמש"נ, ובהכי גם רבנן מודים דיחלוקו, ונראה דלזה כוון המשנה למלך במה שכתב דליכא חזקת מרא קמא וגם אינם ברשות אחד מהם, דכיון דשניהם מוחזקים אינם ברשות אחד מהם, וגם חזקת מרא קמא אינה תופסת מקום כלל, כמש"נ, אכן כל זה הוא במחליף פרה בחמור דהוי מטלטלין, ודין מרא קמא במטלטלין לא הוי אלא בתורת ראייה, ובמקום מוחזקים גמורה לא מהני, כמש"נ, אבל במוכר שפחתו וילדה הוי קרקעות, דעבדי כמקרקעי דמי, וחזקת מרא קמא בקרקעות הוי דין מוחזק גמור, ולכן אפילו היכא דהשפחה עומדת בחצר של שניהם, ושניהם מוחזקים בה בשוה, הרי נתאלמה ונתחזקה חזקת המוכר שהוא המרא קמא, ועדיפא חזקתו מחזקת הלוקח, ולכן לא אמרינן יחלוקו אלא נשאר הולד בחזקת המוכר.

פרק יג

בו יבואר הא דהמחליף פרה בחמור חולקים אליבא דסומכוס כיון דאיכא דררא דממונא אבל בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי לא דיינינן חלוקה שסופו לבא לידי עוות דחיישינן שמא יבואו עדים אחר כך ויסתרו את הדין שדנו להם בית דין.

[**בבא בתרא לד:**] זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי אמר רב נחמן כל דאלים גבר

ומאי שנא משני שטרות היוצאין ביום אחד דרב אמר יחלוקו ושמואל אמר שודא דדייני התם ליכא למיקם עלה דמילתא הכא איכא למיקם עלה דמילתא ומאי שנא מהא דתנן המחליף פרה בחמור וילדה וכו' יחלוקו התם להאי אית ליה דררא דממונא ולהוא אית ליה דררא דממונא הכא אי דמר לא דמר ואי דמר לא דמר, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה דררא דממונא וז"ל: פירוש דדל טענתייהו מהכא יש ספק

לבית דין דהי מינייהו הוה הולד אם נולד קודם שמכר או אחר שמכר וכו' אבל הכא בזה אומר של אבותי שעל פי טענותיהן בא הספק אמרינן כל דאלים גבר עכ"ל, יעו"ש, והיינו לפי שיטתם בבבא מציעא (דף ב:) בד"ה היכא, יעו"ש, והא דקאמר בגמרא הכא אי דמר לא דמר ואי דמר לא דמר פירשו התוס' דהיינו דארבא או קרקע שייכת או לזה או לזה, ובלי טענותיהם יש ספק לבית דין, ובסוגיא דבבא מציעא נקט טעם זה דדררא דממונא לפרש למה לסומכוס חולקים בלא שבועה, ובסוגיין הכא בא לפרש למה דנים להם חלוקה אע"ג דאיכא למיקם עלה דמילתא אם יבואו עדים, ויצטרכו להודות שעוותו את דין ולחזור ממנו, ועל זה אמרינן דכיון דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין מוכרחים בית דין לדון על הספק שלפניהם, ואפילו היכא דאיכא למיקם עלה דמילתא ואפשר שיצא קלון לבית דין אם יפסקו את הדין, אבל בארבא וקרקע דליכא דררא דממונא, ליכא ספק בהממון עצמו, אלא מחמת טענות הבעלי דין אנו מסופקים, ובמקום דאיכא למיקם עלה דמילתא חיישינן לכבודם של בית דין, ויכולים לדון להם כל דאלים גבר ולסלק עצמם מלהורות על הספק שבא על ידי טענותיהם.

והרשב"ם פירש קושית הגמרא ממחליף פרה בחמור וז"ל: יחלוקו והא הכא

דאיכא למיקם עלה דמילתא אם יבאו עדים ויעידו ברשות מי ילדה ואפילו הכי לא אמרינן כל דאלים גבר וקשיא לרב נחמן עכ"ל, יעו"ש, ובמקום דאיכא למיקם עלה דמילתא לא היה להם לדון חלוקה אלא לסלק ידם ולומר כל דאלים גבר, ובתירוץ הגמרא כתב וז"ל: התם גבי המחליף פרה בחמור לתרוייהו אית להו דררא דממונא שהפרה והשפחה של שניהם היתה בזה אחר זה וכל אחד ואחד טוען פרתי ושפחתי ילדה בהיותה ברשותי אי נמי בשעת חליפין ילדה ואין לברר של מי הוי הולד הלכך יחלוקו וכו' עכ"ל, יעו"ש, וצריך ביאור במה שכתב דאין לברר של מי הוא הולד, שהרי כתב להדיא בדיבור הקודם דאיכא למיקם עלה דמילתא אם יבואו עדים ויעידו, וקשה לומר דהתרצן חזר בו מזה וס"ל דהדבר כל כך מסובך כיון דאיכא למימר ילדה קודם הקנין או אחר הקנין או בשעת הקנין ולכן ליכא למיחש שיבואו עדים, ומה נאמר בשור שהיה רודף אחר חבירו ואין ידוע אם מנגיחתו מת או אם לקה באבן דמבואר בבבא

קמא (דף לה:): דאליבא דסומכוס חולקים, וכי התם נמי לא שייך שיבואו עדים.
 עוד יש לעיין במה שכתב אי נמי בשעת חליפין ילדה ואין לברר של מי הוי הולד,
 דאף אם נימא שהלידה היתה בבת אחת ממש עם הקנין ואי אפשר לברר מה היה קודם
 ולאיזה מהם הולד קנוי אפילו אם היו עדים עומדים שם בשעת הלידה, הא אפשר נמי
 שילדה שעה אחת קודם הקנין או שעה אחת אחר הקנין, ובזה איכא למיקם עלה
 דמילתא, ואם כן היאך דנים להם חלוקה ולא חיישינן שמא יבואו עדים ויגולה שעוותו
 את הדין, ועוד מה נאמר בשור שהיה רודף אחר חבירו, דהתם לכאורה לא שייך הך
 צדדא דבבת אחת, אלא או בנגיחה מת או באבן, ואם היו שם עדים היו יודעים בביור
 היאך מת, ואיכא למיקם עלה דמילתא.

לכן נראה דהרשב"ם אזיל בשיטת התוס' דדררא דממונא היינו דבלי טענותיהם יש
 ספק לבית דין, והיינו דכיון דהפרה עברה מרשות המוכר לרשות הלוקח ובתוך כך ילדה
 הרי יש כאן ספק לבית דין בלי טענותיהם, והוסיף הרשב"ם לרוחא דמילתא דאפשר
 נמי דבשעת חליפין ילדה, ובכהאי גוונא אי אפשר לטעון כלל, שהרי אין הדבר ידוע ואי
 אפשר לבררו, ועל כרחך הספק נולד על ידי המצב ולא על ידי טענותיהם, והוא הדין נמי
 בשור שהיה רודף וכדומה, אע"ג דלא שייך מצב כזה שילדה בשעת החליפין, כיון דבלי
 טענותיהם יש ספק לבית דין דנים להם חלוקה אפילו היכא דאיכא למיקם עלה
 דמילתא, וכמש"נ.

והנה רש"י בריש בבא מציעא (דף ב:): למד דדררא דממונא היינו שאתה מחסרו
 ממון, והקשו עליו הראשונים מסוגיא דידן, דהרי גם בזה אומר של אבותי וזה אומר
 של אבותי יש כאן חסרון ממון ולמה לא נחשב דררא דממונא, ונראה ליישב דברי רש"י
 עפ"מש"נ בש"ג פ"ג דכוונתו היא דאם בית דין ימשכו ידיהם מלדון יגרמו הפסד לאחד
 מהבעלי דין, מה שאין כן בשנים או חזים בטלית בטענת מציאה או מקח וממכר הרי
 אם בית דין לא ידונו להם אלא יצאו מבית דין כמו שנכנסו לא הפסיד שום אחד מהם
 באשמת בית דין, וזהו נמי מאי דקאמר בסוגיין, במחליף פרה בחמור איכא חסרון
 ממון, ולכן מוכרחים בית דין לדון אע"ג דאיכא למיקם עלה דמילתא ויש חשש שיצא
 מזה קלון לבית דין, אבל בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי אין בית דין גורמים
 חסרון ממון לשום אחד מהם במה שמושכים ידיהם מן הפסק ואומרים כל דאלים גבר,
 שאם אין בית דין דנים להם אינם גורמים הפסד לשום אחד אלא הממון נשאר באותו
 מצב שהיה כשבאו לבית דין, ולכן אין בית דין מוכרחים לדון להם, ובאמת יכולים לדון
 להם חלוקה אם ירצו, אכן כיון דאיכא למיקם עלה דמילתא יש לחוש שמא יבואו עדים
 ויסתרו את הדין ואין בית דין נזקקים לדון דין שאפשר שסופו לבא לידי עוות.

פרק יז

בו יבוארו דברי הרמב"ם דבאמר לשנים גזלתי מאחד מכם ואיני יודע איזהו הריהו משיב הגזילה לשניהם והם חולקים אותה ביניהם, ולא דיינינן להם שתהא מונחת עד שיבא אליהו, ויבואר גם כן עיקר הדין בגזל מאחד מחמשה ואינו יודע מי הוא הנגזל.

[רמב"ם פ"ד גזילה ואבדה הל"ט והל"י] כתב הרמב"ם וז"ל: הגזול אחד מחמשה ואין ידוע מי הוא הנגזל וכל אחד ואחד מהן תובעו ואומר לי גזלת אעפ"י שאין שם עדים שגזל הרי כל אחד מהן נשבע שזה גזלו ומשלם גזלה לכל אחד ואחד אף דבר זה קנס הוא שקנסוהו חכמים מפני שעבר עבירה וגזל אבל דין תורה אינו חייב לשלם מספק אמר לשנים גזלתי אחד מכם או אביו של אחד מכם ואיני יודע איזהו אם בא לצאת ידי שמים חייב לשלם גזלה לכל אחד ואחד אבל בדין אינו נותן אלא גזלה אחת והן חולקין אותה ביניהן שהרי אין אחד מהן יודע שנגזל אלא זה בא והודיעם ולא קנסו חכמים בדבר זה בפני שאין לו תובע עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הלחם משנה וז"ל: אמר לשנים גזלתי וכו' והן חולקין אותה וכו' קשה דלא היה לו לומר אלא תהא מונחת עד שיבא אליהו כדאמרו שם מניח גזילה ביניהם ומסתלק ופירשו שם בגמרא דתהא מונחת אבל הא דחולקים מנא ליה ואולי כונתו דחולקים אותה אם ירצו וכדכתב רבינו ז"ל בהלכות שאלה ופקדון פ"ה ותהא מונחת עד שיודה האחד לחבירו או עד שירצו לחלוק אותה ודוחק עכ"ל, יעו"ש.

והנה עיין בבבא מציעא (דף ק.) הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא בברי וברי מי אמר אמר רבה בר רב הונא אין אמר סומכוס אפילו בברי וברי רבא אמר לעולם כי אמר סומכוס שמא ושמא אבל ברי וברי לא אמר וכו', יעו"ש, ולעיל שם (דף ב:) מבואר דטעמא דסומכוס דחולקים בלא שבועה משום דהוי דררא דממונא, ופירשו התוס' שם דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, יעו"ש, וכן כתבו כמה מן הראשונים, ואם כן יש לעיין מאי שנא ברי וברי משמא ושמא אליבא דרבא, והא גם בברי וברי איכא ספק לבית דין מכח המציאות בלי טענותיהם.

ונראה דיסוד דינא דסומכוס הוא דהיכא דבית דין דנין על ספק הממון עצמו חולקים בלא שבועה, והיכא דאיכא דררא דממונא הרי הממון מוטל בספק, ודנין על ספק הממון וחולקים, ונחלקו רבה בר רב הונא ורבא בברי וברי אם גם בכהאי גונא דנין על ספק הממון או דלמא כיון דאיכא בפנינו טענות המכחישות זו את זו אם כן עיקר הנידון הוא על הטענות, וצריכים לברר איזה טענה אמיתית ואיזה שקר, והואיל וכן אין הנידון על ספק הממון אלא על הטענות, וספק באמיתיות הטענות נידון באופנים אחרים ולא על ידי חלוקה בלא שבועה, ומשום הכי קאמר לעיל שם (דף ב:) לחלק בין דינא דסומכוס דחולקים בלא שבועה לבין שנים אוחזים בטלית דחולקים בשבועה, דאליבא דרבא החילוק הוא דהתם ליכא טענות דכל אחד טוען שמא ומשום הכי דנין על ספק הממון וחולקים בלא שבועה, אבל בטלית דכל אחד טוען ברי דנין על

אמיתיות הטענות וחולקים דוקא על ידי שבועה, ואליבא דרבה בר רב הונא דאמר סומכוס אפילו בברי וברי החילוק הוא דהתם איכא דררא דממונא, והואיל וגם בלי טענותיהם יש ספק לבית דין איכא למימר דל מהכא טענותיהם הרי הממון עצמו מוטל בספק מכח המציאות וממילא נידון על ספק הממון ולא על אמיתיות הטענות, ומשום הכי חולקים בלא שבועה, אבל בטלית דליכא דררא דממונא, וכל הספק בא רק על ידי הטענות, אם כן אין הנידון על הממון עצמו אלא על הטענות, וכשדנים על הטענות לית דינא דחולקים בלא שבועה.

ולפי זה אין דינא דסומכוס תלוי בדררא דממונא אלא במקום חלות הספק, דאם הספק הוא בהממון עצמו חולקים בלא שבועה, ואם הספק הוא בהטענות חולקים רק על ידי שבועה או דנין דין אחר כמו שיהא מונח עד שיבא אליהו, וכל דין דררא דממונא הוא דאפילו במקום טענות מכחישות דנין על ספק הממון ולא על הטענות, כמש"נ. ולפי זה יש ליישב דברי הרמב"ם גבי אמר לשנים גזלתי אחד מכם, דהתם אע"ג דליכא דררא דממונא הרי בעל כרחך חל הספק על הממון עצמו, דהא אין כאן טענות, שהרי אין אחד מהם יודע שנגזל אלא זה בא והודיעם, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, ולא בעינן דררא דממונא אלא כדי לדון על ספק הממון אפילו במקום טענות מכחישות, כמש"נ, אבל הכא לא בעינן דררא דממונא, שהרי ליכא טענות כלל, ואעפ"כ חל ספק על הממון שהגזלן רוצה להחזיר, שהרי לא נודע לן מי הוא הנגזל, ובעל כרחך אנו דנים על ספק הממון, וכשאנו דנים על ספק הממון הדין הוא דחולקים בלא שבועה, ואפילו לרבנן דפליגי עליה דסומכוס, היינו משום דאזלי בתר חזקה בממון המוטל בספק, ועיימש"נ בש"ג פ"ו, אבל הכא ליכא חזקה לא לזה ולא לזה, והרי הממון מוטל בספק בלי שום הכחשות הטענות, ובכהאי גוונא כולי עלמא מודו דחולקים בלא שבועה. ומה שכתב הרמב"ם בריש דבריו גבי גזל אחד מחמשה דחייב לשלם לכל אחד ואחד משום קנס אבל מעיקר דין תורת אינו חייב לשלם מספק, כנ"ל, לא חש הרמב"ם להאריך ולפרש מה יהא דינו מעיקר הדין, הואיל ובלאו הכי חייב לשלם לכל אחד ואחד משום קנס, ולא כתב אלא דמעיקר דין תורה אינו חייב לשלם לכל אחד ואחד מספק, ונראה דמעיקר הדין היתה הגזילה מונחת עד שיודה האחד לחבירו או עד שיתרצו לחלוק ביניהם, ודומה לדין מפקיד אצל רועה ולדין סימנים וסימנים באבדה, דהואיל וליכא מוחזקים אין כאן פסק של מונח עד שיבא אליהו, אלא ממילא תהא מונחת, ולכן אם נתרצו לחלוק חולקים, ועיימש"נ בש"ב פכ"ו.

שער ד: בענין אין ספק מוציא מידי ודאי וקם דינא

ובו ל"א פרקים

פרק א

[יבמות לו:]: בו יובאו דברי רש"י בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דהספק מוחזק יותר דממה נפשך אית ליה זכיה בהם, ויבואר דמוחזקות אינה תלויה באחיזה בפועל אלא בסבה חיובית לתלות שהממון שלו, ואחיזה הוי רק אופן אחד של סבה כזו.

[יבמות לו:]: ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא ספק אמר ההוא גברא בר מיתנא הוא ונכסי ידידי הוא בני יבם אמרי את אחינו את ומנתא הוא דאית לך בהדן סבור רבנן קמיה דרב משרשיא למימר מתניתין היא דתנן הוא אינו יורש אותם והם יורשין אותו והכא איפכא התם אמרי ליה אייתי ראיה ושקול הכא אמר להו אייתי ראיה ושקולו אמר להו רב משרשיא מי דמי התם אינהו ודאי ואיהו ספק הכא אידי ואידי ספק אלא אי דמיא למתניתין להא דמיא לספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם גופיה דהתם אמרי ליה אייתי ראיה דאחונא את ושקול, יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה ספק ובני יבם וז"ל: הספק מוחזק בהן ביותר דממה נפשך אית ליה זכיה בגווייהו אבל בני יבם שמא אין להם חלק בהם שזה בן ראשון הוא וכולה שלו ומשום הכי סבור רבנן למימר היינו מתניתין בפרק נושאים על האנוסה דקתני ספק בן תשעה לראשון ספק בן שבעה לאחרון הוא לא יורש אותן לא זה ולא זה דבני ראשון מדחו ליה אצל בני אחרון ובני אחרון אצל בני ראשון והם יורשים אותו בין שניהם עכ"ל, יעו"ש, וסבור רבנן להוכיח משם דעל ידי שהוא ודאי יורש או ממה נפשך יורש נחשב מוחזק, ורב משרשיא דחי דרך ודאי נחשב מוחזק ולא ממה נפשך.

ומה שכתב רש"י שהספק מוחזק בהן יותר היינו כעין הדין דאין ספק מוציא מידי ודאי המבואר בהמשך סוגיין, ויסוד הדברים הוא דבכל ספיקא דדררא דממונא, דהיינו שהמצב עצמו מעורר הספק גם בלי טענותיהם, הרי שניהם מוחזקים, כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף צו:): בד"ה לימא וז"ל: ויש לומר דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו עכ"ל, יעו"ש, דעיקר דין מוחזק הוא מה שיש סבה ודאית לומר שהוא שלו, ואחיזה בידו כל זמן שאינו טוען שהממון הוא שלו אינה סבה גמורה להשוותו מוחזק, ומה שאינו יכול לתפוס ממון מיד חברו בלי ראיה או מיגו הוא רק מדרבנן, דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה, כמו שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' ט"ז, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות, ומשום לא שבקת תיקנו דגם אחיזה הוי סבה לומר שהוא שלו, והרי הוא מוחזק בהממון לא משום עצם אחיזתו אלא משום דאחיזתו הוי סבה לומר שהוא שלו.

אבל היכא דאיכא דררא דממונא הרי בעצם יש סבה לומר בין לזה ובין לזה שהממון שלו גם בלי טענותיהם, ומשום הכי שניהם נחשבים מוחזקים, וסומכוס ס"ל דמוחזק הזה מוציא אפילו ממוחזק דאחיזה וממוחזק דחזקת מרא קמא, וחכמים ס"ל

דהיכא דאחד יש לו מוחזק או מרא קמא הרי זה מחזק מוחזקות שלו ואין מוציאים מידו, אבל היכא דאין לאחד מהם חזקת מרא קמא, וגם שאין הממון מונח ברשות שום אחד מהם, גם חכמים ס"ל דשניהם מוחזקים בממון המוטל בספק מדררא דממונא.

וזהו מה שכתב רש"י שהספק מוחזק יותר, דאין זה דינא דאין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי אין שום אחד מהם ודאי יורש, כמו היבם בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא לקמן (דף לח.), יעו"ש, שמי שהוא ודאי יורש נחשב מוחזק, אבל אפילו אם ליכא ודאי יורש אלא שני ספיקות בדררא דממונא, שהרי הספק ובני יבם כולם אינם יורשים ודאים, ואם כן שניהם מוחזקים מכח הספיקא דדררא דממונא, כמש"נ, ואולם הספק יש לו מעליותא עליהם שאע"פ שאין לו דין יורש ודאי יש לו דין יורש בסברת ממה נפשך, ומשום הכי מוחזק דידיה עדיף, והרי הוא מוחזק יותר.

אבל הא דקאמר לקמן ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם גופיה דאמרי ליה אייתי ראייה דאחונא את ושקול, יעו"ש, התם אינו מפני שהם מוחזקים יותר, אלא מפני שהם ודאי יורשי אביהם והספק אינו אלא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ואכן יש לעיין קצת למה לא קאמר משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, ולמה לא הוזכר לשון אין ספק מוציא מידי ודאי עד לקמן גבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, ועיימש"נ בזה בש"ד פ"ד.

פרק ב

בו יבואר למה לא מהני תפיסה בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מת, ומה שהוצרכו התוס' להוכיח מההיא דנפל הבית עליו ועל אמו דהללו באין לירש והללו באין לירש דאף לרבנן דסומכוס חולקים ולא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה.

[יבמות לז:] ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא ספק אמר אנא בר מיתנא הוא ונכסי ידידי הוא ויבם אמר את בראי ידידי את ולית לך ולא מידי בנכסי הוי ממון המוטל בספק וממון המוטל בספק חולקין, יעו"ש, וכתבו התוס' וז"ל: אפילו רבנן דסומכוס (ב"ק לה:) מודו הכא דלא שייך כאן המוציא מחבירו עליו הראיה שאין זה מוחזק יותר מזה והוי כמו הללו באין לירש והללו באין לירש דאמר במי שמת (דף קנח:) דיחלוקו עכ"ל, יעו"ש, ואין דברי התוס' מובנים, דמה באו להשמיענו דאפילו לרבנן חולקים, והלא מפורש בבבא מציעא (דף ק.) דבמקום דליכא מוחזק כולי עלמא מודו דחולקים, יעו"ש, ולמה להו להביא ראיה מהללו באין לירש והללו באין לירש.

אמנם דבריהם מתבארים מתוך דברי הרא"ש שכתב נמי כדבריהם והוסיף ביאור וז"ל: והוי כמו הללו באין לירש והללו באין לירש דאמרינן במי שמת (דף קנח:) יחלוקו אפילו אחד מהם מוחזק בנכסים אינה חזקה כיון דנכסי בחזקת מיתנא הוו ותרווייהו אתי בטענת ספק ואם הוא כדברי אחד מהן אין לשני זכיה בהן הלכך הוי ספק וספק וחולקין עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דאפילו אם אחד מהם החזיק בהנכסים מוציאים מידו וחולקים, דס"ל להרא"ש דתפיסה מספק לא מהני לאפוקי מחזקת מרא קמא, כמו שכתב בבבא מציעא (דף ט:), יעו"ש, והביאו הש"ך בספר תקפו כהן סי' י"ט, ועיימש"נ בהגהות שם.

וביאור הענין הוא דהנכסים היו בחזקת מרא קמא של המת, ולאחר מיתנתו עברה החזקת מרא קמא ליורשו, אלא דמספקא לן מי הוא היורש, וממילא מספקא לן מי יש לו החזקת מרא קמא, ואם זה התופס אינו היורש האמיתי הרי האחר יש לו החזקת מרא קמא, ואין תפיסתו מחזיקתו כלל, ואם הוא היורש האמיתי הרי הנכסים בחזקתו מכח החזקת מרא קמא של המת, נמצא לפנינו וספק חזקת מרא קמא, וממון המוטל בספק חולקים, ולא דמי למ חליף פרה בחמור דאליבא דרבנן אזלינן בתר המוחזק, שהרי אין חזקת מרא קמא על הולד, וגם לא דמי למי שתופס מטלטלין בדברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר בטענת לקוח דלא אזלינן בתר חזקת מרא קמא, דהתם אית ליה טענת ברי, אבל הכא אין לכל אחד אלא טענת שמא, שאין הדבר ידוע, ואין לו אלא תפיסה ולא מוחזק גמור.

ויסוד הדברים הוא דחזקת מרא קמא דהמת עוברת להיורש אע"פ שלא נודע לן מי הוא, ועל חידוש זה הביאו התוס' והרא"ש ראיה מגמרא בבא בתרא דהללו באין לירש והלל באין לירש יחלוקו, דתנן התם (דף קנח.) נפל הבית עליו ועל אשתו יורשי הבעל אומרים אשה מתה ראשון ואחר כך מת הבעל יורשי האשה אומרים בעל מת ראשון ואחר כך מתה אשה בית שמאי אומרים יחלוקו ובית הלל אומרים נכסים בחזקתן וכו',

ואמרינן בגמרא (דף קנח:) בחזקת מי רבי יוחנן אמר בחזקת יורשי הבעל ורבי אלעזר
אומר בחזקת יורשי האשה ורבי שמעון בן לקיש משום בר קפרא אמר יחלוקו וכן תני
בר קפרא הואיל והללו באין לירש והללו באין לירש יחלוקו, יעו"ש, ויש לדקדק דהיכן
ראו התוס' והרא"ש מסוגיא דהתם דתפיסה לא מהני בספק ירושה.
ונראה דהנה בר קפרא מפרש דברי בית הלל דאמרי נכסים בחזקתן דהיינו בחזקת
שניהם ויחלוקו, כמו שכתב הרשב"ם, יעו"ש, ונמצא דאין שום נפקא מינה בפועל בין
בית שמאי לבית הלל, דתרוייהו אית להו יחלוקו, ולכאורה היה אפשר לומר דנפקא
מינה אם תפס, דלבית שמאי יחלוקו ולבית הלל נכסים בחזקתן, דהיינו בחזקת
התופס, ומדלא קאמר כן מבואר דאין תפיסה מועילה בספק ירושה, דחזקת מרא קמא
דהמוריש עוברת להיורש, והרי הנכסים בחזקת שניהם מספק וחולקים.

פרק ג

בו יבוארו דברי הרא"ש דבספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא יכול היבם לטעון אנא יורש ודאי היכא דאין הסבא עדיין קיים, ויבואר דלהרשב"ם דינא דהוחזקה נחלה לאותו שבט היינו השבט ממש ולהרא"ש פירושו דהוחזקה לעבור לאותה משפחה.

[יבמות לז:] ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא וכו' הוי ממון המוטל בספק וממון המוטל בספק חולקין, יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: ותימה ולימא יבם דל מהכא היבום שזכיתי בנכסים מכח הייבום מכל מקום אני יורש של מיתנא ואתה ספק ותנן (לקמן דף ק:) הוא לא יורש אותו אלא הקרוב קרוב יורש כי הוחזקה נחלה לאותו השבט והוא לא יוציא הנחלה מחזקתה מספק ונראה לי דמייירי שהסבא קיים הלכך מכח קורבה אין היבם זוכה בנכסים כי האב קודם והוא צריך לזכות מכח טענה דאת ברי ידי וזו טענת ספק היא ומכל מקום הסבא נסתלק מן הנכסים בין שהוא בר מיתנא ובין שהוא בן היבם הלכך חולקין הנכסים ביניהם ואם מת ספק מקמי חלוקה וסבא אמר בר מיתנא הוא ונכסי ידי נינהו חולקים הסבא והיבם עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק טובא בדברי הרא"ש, דהנה כשהיבם אומר לספק דל מהכא היבום הרי אני ודאי יורש של המת שאני אחיו ואתה ספק בן, אין כונתו לסלק עצמו מירושתו מדין יבם, שהרי אין אדם יכול לסלק עצמו מירושה, ולא נחלקו בבבא בתרא (דף קכד.) אלא בחלק בכורה דמתנה קרייה רחמנא, יעו"ש, ואם כן מאי דקאמר דל מהכא יבום הרי אני אח, כונתו דבצירוף שניהם, מה שהוא יבם ומה שהוא אח, דינו עדיף לגבי נכסי מיתנא, ואם כן קשה דסוף סוף הרי דינו לירש מיתנא מסופק, דאם הספק בן המיתנא הוא קודם להיבם, בין אם בא לירש מכח יבם בין אם בא לירש מכח אח, ומה לי שאילו לא היה כאן דין ירושת היבם היה יורש מדין אח, ואין לומר דכונתו שירושת היבם הוי אלימות בדין אח ויסוד ירושתו הוי מדין אחוה אלימתא דקודם לכל שאר יורשים, דאם כן מאי מתרץ דמייירי שהסבא קיים ואין היבם זוכה מכח קורבה, הרי אחוה אלימתא קודם לסבא, ובלאו הכי הרי מדויק מלשונו דבמקום סבא אינו זוכה מכח קורבה, אלא מדין יבם דלא הוי מכח קורבה.

עוד דקדקו המפרשים במה שכתב הרא"ש דהיבם יכול לטעון אני ודאי יורש של מיתנא ואתה ספק והוחזקה נחלה לאותו שבט והוא לא יוציא הנחלה מחזקתה מספק, והלא גם זה הספק שייך לאותו שבט, בין אם הוא בן המת בין אם הוא בן אחיו היבם, ועיין במהרש"א שהקשה עוד דאם נימא שהיבם זכה בחזקת השבט הואיל ובשעת מיתה עדיין לא נולד הספק, וכן נמי כשסבא קיים הוא זוכה בחזקת השבט קודם ליבם, אם כן בסבא וספק שבאו לחלוק בנכסי יבם למה אמרינן בגמרא (דף לח.) דחולקים, ולמה לא יטול הסבא הכל הואיל והוא זכה בחזקת השבט תחלה, והניח בצריך עיון, יעו"ש, ועיין בקרבן נתנאל ובקרני ראם וברש"ש מה שכתבו ליישב דברי הרא"ש, יעו"ש.

והנה עיין שם בבבא בתרא (דף קנח:) במתניתין נפל הבית עליו ועל אמו אלו ואלו

מודין שיחלוקו אמר רבי עקיבא מודה אני בזו שהנכסים בחזקתן, יעו"ש, ובגמרא בחזקת מי רב אילא אמר בחזקת יורשי האם וכו' וטעמא מאי אמר אביי הואיל והוחזקה נחלה באותו שבט, יעו"ש, והרשב"ם שם כתב דירשי האם היינו אחיה מאביה, יעו"ש, ומבואר מדבריו שלמד דדין הוחזקה נחלה לאותו שבט הוא ענין נחלת הארץ שנתחלקה לשבטים, וכל שבט יש לו חזקת נחלה לפי חלוקת הארץ, ומשום הכי כתב הרשב"ם דירשי האם היינו אחיה מאביה דוקא ולא מאמה, ועיין שם בהגהות הב"ח.

אכן נראה דהרא"ש היה לו הבנה אחרת בדין הוחזקה נחלה לאותו שבט, דאם כדברי הרשב"ם צריכים לאוקמי דינא דמתניתין דנפל הבית דאין נשארים בחזקת יורשי האם אלא קרקעות שבארץ ישראל אבל בירושת מטלטלין או בירושת קרקעות שבחוץ לארץ לא, לכן למד הרא"ש דלשון שבט לאו דוקא, אלא כונת הגמרא היא דהירושה היתה מוחזקת לעבור למשפחת האם, שהוחזקה הנחלה שתעבור לאותה קבוצת אנשים, בין אם בני המשפחה מרובים בין אם אינם אלא אדם אחד, ואף שעדיין לא נודע לאיזה מהם, ומספק אין להוציא נחלה מחזקתה, ונקטינן שמשפחת האם ירשו נכסיה, ולא אמרינן שבנה ירש אותה והוריש נכסיה לקרוביו שאינם ממשפחת האם, ומכיון שהירושה עוברת למשפחת האם שוב דנין מי במשפחת האם זוכה בהנכסים, ואמרינן הקרוב קרוב יורש, כמו שכתב הרא"ש, והוא לשון הגמרא לקמן (דף ק:), יעו"ש.

וכן מדויק נמי מלשון רש"י לקמן (דף לח:): בד"ה סיפא וז"ל: הואיל ואלו קרובין ודאין הם והוחזקה נחלה זו כבר בחזקת משפחתן אמרינן אוקי אחזקתה עכ"ל, יעו"ש, וכן מדויק בדברי הרמב"ן, יעו"ש, ולא הזכיר רש"י שבט אלא משפחה, ועל אף דליכא דין מיוחד של משפחה לגבי ירושה, כונתו שהוחזק בסתמא שהנחלה תעבור לקבוצת אנשים אלו, וכמש"נ, ומספק אין להוציא נחלה מחזקת הקבוצה, כמו שכתב הרא"ש, כנ"ל.

וכן מוכח נמי מדברי הרמב"ם פ"ה נחלות הל"ו וז"ל: אבל אם נפל הבית עליו ועל אמו מעמידין נכסי האם בחזקת יורשי האם שהם יורשין ודאין אבל יורשי הבן ספק הם וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולא הזכיר כלל ענין שבט.

ולפי זה מבוארים היטב דברי הרא"ש שהיבם יכול לומר דל מהכא יבום הרי אני יורש ודאי ואתה ספק והוחזקה נחלה לאותו שבט, דבחי המיתנא הוחזקה נחלתו שתעבור לקבוצת אחיו, שעדיין לא היה לו בן והיו אחיו עומדים ליורשו, והוחזקה הנחלה אצליהם, ואין להוציאה מידם מספק, ורק היבם יכול להוציא מידם, שלגבי האחים הוא ודאי ולא ספק, שיש לו טענת ממה נפשך, דאם לא השאיר המיתנא בן ליורשו הרי היבם נוטל הכל, ונמצא שאינו מוציא מידם משום ספק אלא משום ודאי, אבל הספק אין לו כח להוציא מידם מספק, שכבר הוחזקה נחלה אצליהם, ונמצא לפי זה דכל הנחלה תעבור להיבם, וחידוש הרא"ש הוא שמצרף החזקת הנחלה אצל האחים עם קנין היבם מדין יבם, ואע"ג דהאחים בודאי אין להם דין לירש, מכל מקום

אהני חזקתם שיוכל היבם, שהוא את, ליטול הכל מדין יבם, כמש"נ, דהואיל דגם בלאו
 דין יבם היה יורש מדין אח לא אבד חזקתו במה שנתוסף לו ירושה מדין יבם.
 ועל זה תירץ הרא"ש דמייירי שהסבא קיים, ובחיי מיתנא הוחזקה הנחלה אצל
 הסבא ולא אצל האחים, ואין חזקתו מועילה כלום להסבא, שהרי בודאי אין הנחלה
 עוברת לו, או משום שיש בן הקודם לו או משום שיש יבם הקודם לו, והרי הנחלה
 יוצאת מחזקתה בודאי ולא מספק, אכן לזה הועילה חזקתו שלא תוחזק הנחלה אצל
 האחים, ואם כן אין היבם לגבי ירושת המיתנא אלא ספק בעלמא.
 והנה בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא אמרינן לקמן (דף לח:): אין ספק מוציא
 מידי ודאי והיבם נוטל הכל, יעו"ש, אבל התם לא היה אפשר לומר הוחזקה נחלה
 לאותו שבט, שהרי הוחזקה ליורשי הסבא ובהא גופא אנו מסופקים מי הוא היורש,
 היבם לבדו מפני שהמיתנא לא השאיר בן, או שניהם היבם והמיתנא ביחד, ובן
 המיתנא עומד במקום אביו, ומעולם לא הוחזקה כל הנחלה מן הסבא אצל היבם,
 ואיצטריך לדין אין ספק מוציא מידי ודאי, ולאידך גיסא בההיא דיורשי האם לא היה
 יכול לומר דהנכסים בחזקתם משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי ליכא ודאי
 לפנינו, ומכל מקום אמרינן דכיון דהוחזקה נחלה ליורשי האם אין להוציא נחלה
 מחזקתה מספק, כמש"נ, ושני דינים נפרדים הם.

פרק ד

בו יבואר הא דבספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא אין הספק יכול לטעון אייתי ראייה דאחוכון אנא כדי לזכות בירושה בטענת ממה נפשך לדחות לבני היבם, ויחולק בין דין זה לדין אין ספק מוציא מידי ודאי בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא.

[יבמות לז:] ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא ספק אמר ההוא גברא בר מיתנא הוא ונכסי ידידי הוא בני יבם אמרי את אחינו את ומנתא הוא דאית לך בהדן סבור רבנן קמיה דרב משרשיא למימר מתניתין היא דתנן הוא אינו יורש אותם והם יורשין אותו והכא איפכא התם אמרי ליה אייתי ראייה ושקול הכא אמר להו אייתו ראייה ושקולו אמר להו רב משרשיא מי דמי התם אינהו ודאי ואיהו ספק הכא אידי ואידי ספק, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: ספק ובני יבם הספק מוחזק בהן ביותר דממה נפשך אית ליה זכיה בגווייהו אבל בני יבם שמא אין להם חלק בהם שזה בן הראשון הוא וכולה שלו ומשום הכי סבור רבנן למימר היינו מתניתין בפרק נושאים על האנוסה (דף ק:) דקתני ספק בן תשעה לראשון ספק בן שבעה לאחרון הוא לא יורש אותן לא זה ולא זה דבני ראשון מדחו ליה אצל בני אחרון ובני אחרון אצל בני ראשון והם יורשים אותו בין שניהם והכא אמרינן איפכא דהוא מוחזק יותר דהתם להכי מדחו ליה דאמרי ליה אייתי ראייה דאחונא את ושקול והכא נמי אמר להו האי אייתי ראייה דאחוכון אנא ושקולו מי דמי התם אינהו ודאי שהן יודעין מכח מי הן באין לירש הכא אידי ואידי ספיקא נינהו שאפילו הספק אין טוען טענת ודאי ואינו יודע מכח מי הוא בא לירש עכ"ל, יעו"ש, והיה אפשר לומר דרבנן סברי דטענת ממה נפשך נחשבת כטענת ודאי, וממילא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ואמר להו רב משרשיא דאין טענת ממה נפשך נחשבת כטענת ודאי הואיל ואינו יודע מכח מי הוא בא לירש נכסי המת, אם כבנו אם כבן אחיו, ואע"ג דממה נפשך יש לו דין ירושה בנכסי המת, מכל מקום אין זה נחשב ודאי, ולא שייך ביה דין אין ספק מוציא מידי ודאי, ועיימש"נ בש"ד פ"ב. אולם עיין לקמן בסוגיין (דף לח.) ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא ספק אמר האי גברא בר מיתנא הוא ופלגא ידידי הוא יבם אמר את בראי ידידי את ולית לך ולא מידי הוי יבם ודאי וספק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: הוי יבם ודאי יורש ויודע מכח מי הוא בא ומוחזק בנכסים ולא דמי לההיא דרב משרשיא דלעיל דהתם אע"ג דספק אית ליה זכיה בנכסים ממה נפשך אפילו הכי לא חשיב ודאי דלא ידע מכח מי הוא בא לירש מכח מה הוא בא עליהן עכ"ל, יעו"ש. ודבריו לכאורה תמוהים, שהקשה דלמה לא נימא אין ספק מוציא מידי ודאי בההיא דרב משרשיא ומשני דלא נחשב ודאי אלא ספק הואיל ואינו יודע מכח מי הוא בא לירש, והלא זוהי ממש קושיא ומתרצתא דתחלת הסוגיא, כנ"ל, ולמה לו לרש"י להזכירו עוד הפעם אחר שורות מועטות בהמשך הסוגיא, עוד יש לדקדק בדברי רש"י דבתחלת הסוגיא כתב דספק לא נחשב ודאי לגבי בני היבם הואיל ואינו יודע מכח מי

בא לירש, כנ"ל, וכשמקשה ומתרץ בהמשך הסוגיא הוסיף רש"י בדבריו שאינו יודע מכח מי בא לירש ומכח מה בא לירש.

ובכלל יש לדקדק בההיא דרב משרשיא שלא הוזכר בגמרא וברש"י לשון אין ספק מוציא מידי ודאי, וגם במה שכתב רש"י לקמן (דף ק:) לפרש המשנה שהובאה בסוגיין לא הזכיר שם לשון אין ספק מוציא מידי ודאי, ועיימש"נ בש"ד פ"ה, ורק כשהגענו לאוקימתא דספק ויבס בנכסי סבא מצינו בפעם ראשונה לשון אין ספק מוציא מידי ודאי, הלא דבר הוא.

לכן נראה דסברת רבנן קמיה דרב משרשיא לא הוי מדין אין ספק מוציא מידי ודאי כלל, דדין אין ספק מוציא מידי ודאי מזכהו בדין, או משום דאין להפסיד דין נחלה ודאית מספק, וכשיטת התוס', או משום דכל שיש לו חלק בהממון נחשב מוחזק בכל, וכשיטת הרשב"ם, ועיימש"נ בש"ד פ"כ, אכן קודם שהגענו לכך יש טענה יותר יסודית, שיכול לטעון שאינו צריך להתדיין עמו כלל, דמי יימר שהוא בעל דבר בענין זה, וכעין מה דאמרינן קיים שטרך וחות לדינא, וכעין הא דכופר הכל נסתלק לגמרי ממנו, ועיימש"נ בש"ד פ"ד, והכי אמרי ליה בני הראשון להספק במשנה דלקמן, אנחנו אחים באים לחלוק ירושת אבינו ואין אתה יכול ליכנס לכאן אלא אם כן אתה מביא ראיה שאתה אחינו, והרי הם מדחים אותו אל בני השני, והם מדחים אותו אל בני הראשון, ואין שום אחד מהם צריך להתדיין עם זה הספק, ולא איצטריך לזה דין אין ספק מוציא מידי ודאי.

ואמר להו רב משרשיא דלא דמי, דהתם הם בעלי דבר ברורים לגבי ירושת אביהם, שהרי הם יודעים מכח מי הם באים לירש, וממילא יכולים לעכב הספק מלהתדיין עמהם, אבל הכא הרי אין הספק יודע מכח מי הוא בא לירש, דילמא מכח המיתנא ודילמא מכח היבס, ואע"ג דממה נפשך יש לו זכיה בנכסים, מכל מקום אין תורת בעל דבר ידידה ברורה, דגם הוא הוי ספק בעל דבר, אלא דמכח שני הספיקות יש לו זכיה ממה נפשך, אכן כיון דאין תורת בעל דבר ידידה ברורה אינו יכול לעכב עליהם ולדחותם מלהתדיין על הירושה.

ורק באוקימתא דספק ויבס שבאו לחלוק בנכסי סבא נתחדש לן דין אין ספק מוציא מידי ודאי, דאין היבס יכול לדחותו מלהתדיין בנכסי סבא, דאע"ג דברורה תורת יורש דיבס בנכסי סבא אביו, גם הספק יש לו דין יורש גמור לגבי נכסי סבא, דבן הבן יורש ישיר מכח אביו דאבא, דתחת אבותיך יהיו בניך, כדאיתא בבבא בתרא (דף קנט.), יעו"ש, ורק לירושה הבן קודם לבן הבן שהוא בנו, ומכל מקום גם בן הבן יורש ובעל דבר הוא, ואין לדחותו מלהתדיין ולסדר טענותיו בהירושה, מה שאין כן בני היבס בנכסי המת הרי במקום שיש בן אין לבני האח דין יורש כלל, ואינם נדחים משום קדימה אלא משום שאינם יורשים כלל, ורק כשאין שם בן הרי הם יורשים מדין משמוש, שהירושה חוזרת להסבא בקבר ויורדת להם, ואז הם בעלי דבר על הירושה, אבל בספק ויבס בנכסי סבא הרי שניהם בעלי דבר, ואין היבס יכול לדחות הספק מלהתדיין על הירושה, כמש"נ.

וקאמר בגמרא דאע"ג דאין היבם דוחה הספק מלהתדיין עמו, עדיין יכול לנצח אותו בדין, דכיון דירושתו ודאית בפועל וירושת הספק אינה ודאית, אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי, והוא כעין דין מוחזק, והמוציא מחבירו עליו הראיה, כמש"נ בש"ד פ"כ.

והוקשה לו לרש"י בההיא דרב משרשיא, דנהי דאין הספק יכול לדחות לבני היבם מלהתדיין עמהם כלל, כיון דאין לו דין ירושה ודאית אלא שהוא יורש משום ממה נפשך, ואין תורת בעל דבר ידיה ברורה, כמש"נ, מכל מקום למה לא ינצח כנגדם בדין משום אין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי ממה נפשך יש לו זכיה בהירושה ואין להפקיע זכותו מספק.

ותירץ רש"י דגם בדין אין ספק מוציא מידי ודאי בעינן שיודע מכח מי הוא בא לירש, ולא עוד אלא בעינן נמי שיודע מכח מה הוא בא לירש, דהיינו שיודע בדיוק אופן זכיתו, ומצינו דהרמב"ם פ"ה נחלות הל"א חשיב טומטום במקום הבנות ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"ל, וטומטום יודע מכח מי הוא בא לירש, דהיינו אביו, אבל אינו יודע מכח מה הוא בא לירש, מכח ירושת הבן או מכח ירושת הבת, וחשיב ליה ספק ולא ודאי, ולכן בתחלת הסוגיא לא כתב רש"י אלא דבעינן שיודע מכח מי בא לירש, דכל זמן שיודע מכח מי בא לירש הרי ברורה תורת בעל דבר ידיה, ויכול לדחות מלהתדיין למי שאין תורת בעל דבר ידיה ברורה, אבל אם אין לו אלא ממה נפשך אינו יכול לדחותם, כמש"נ, וגם אינו זוכה בהירושה מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי אינו יודע מכח מי הוא יורש וכל שכן שאינו יודע אופן הירושה בדיוק, ולדין אין ספק מוציא מידי ודאי בעינן תרוייהו, וטעמא דמילתא יש לומר דכל זמן שאינו יודע מכח מה הוא בא לירש לא נחשב שיש לו חזקה ותפיסה גמורה, דאע"פ שהוא יודע שבדאי יזכה בדין, השתא מיהא לא נתבררה תורת בעלות ידיה, ואינו נחשב מוחזק בכל הממון, ועיימש"נ בש"ד פ"כ.

פרק ה

בו יבואר דבלא שהתה אחר בעלה שלשה חדשים וילדה, ואין ידוע אם הוא בן תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון, דבני הראשון ובני השני מדחים הספק אלו אצל אלו מלירש עמהם בנכסי אביהם, אבל הם יורשים אותו אם מת, דמי מעכב על ידם.

[יבמות לז:] ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא ספק אמר ההוא גברא בר מיתנא הוא ונכסי ידידי הוא בני יבם אמרי את אחינו את ומנתא הוא דאית לך בהדן סבור רבנן קמיה דרב משרשיא למימר מתניתין היא דתנן הוא אינו יורש אותם והם יורשין אותו והכא איפכא התם אמרי ליה אייתי ראיא ושקול הכא אמר להו אייתו ראיא ושקולו אמר להו רב משרשיא מי דמי התם אינהו ודאי ואיהו ספק הכא אידי ואידי ספק, יעו"ש, והמשנה היא לקמן (דף ק.) מי שלא שהתה אחר בעלה שלשה חדשים ונשאת וילדה וכו' היו לה בנים מן הראשון ובנים מן השני וכו' הוא אינו יורש אותן אבל הם יורשין אותו וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: הוא אינו יורש אותן דירשין מדחין אותו אלו אצל אלו והן יורשין אותו דמי מעכב על ידן והוי ממון המוטל בספק וחולקין בין שניהם עכ"ל, יעו"ש.

ויש לעיין בדברי רש"י מאיזה דין דוחים יורשי הראשון והשני לזה הספק, והלא כשבא לתבוע חלק עם יורשי השני למשל, הרי הספק שקול אם מגיע לו חלק או לא, ולמה לא נאמר ממון המוטל בספק חולקים, כדאמרינן בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא, יעו"ש, ואם נאמר דהוא מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, כדאמרינן לקמן (דף לח.) בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, יעו"ש, למה לא כתב רש"י דמדחים אותו מדין אין ספק מוציא מידי ודאי.

עוד יש לדקדק במה שכתב רש"י על הא דתנן שאם הספק מת בני הראשון ובני השני יורשים אותו וחולקים ביניהם, וכתב רש"י טעמא משום דמי מעכב על ידם, יעו"ש, מה המכוון במלים אלו דמי מעכב על ידם, והלא פשוט הוא דהממון מוטל בספק בין בני הראשון לבני השני וחולקים, וכי צריך לאשמועין דאין לנו לחוש אולי יופיע עוד אח שלא נודע לנו, ואם זוהי כונתו למה לא קאמר לה נמי גבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא שאין לנו לחוש שזה המת היה לו בן אחר שלא נודע לנו, ולא מסתברא כלל דזהו מה שבא רש"י להשמעינו, ואם כן צריך עיון למה כתב רש"י כאן דמי מעכב על ידם.

ונראה לבאר דברי רש"י עפ"י מש"נ בש"ד פ"ד דלהא דבני הראשון ובני השני מדחים לזה הספק מן הירושה לא איצטריך כלל לדון אין ספק מוציא מידי ודאי, אלא דדוחים אותו מלהתדיין עמהם הואיל ותורת בעל דבר דידהו ודאית ותורת בעל דבר דידהי ספק, ודומה לדון אין ספק מוציא מידי ודאי אלא דקודם לו, דדין אין ספק מוציא מידי ודאי אהני לו לזכות בדין, אבל טענת זיל אייתי ראיא דאחינו אתה מעכבתו מלבא עמהם לדון, ואפילו אם לא היינו אומרים דהודאי נחשב כמוחזק מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, ועיימש"נ בש"ד פ"כ, עדיין היו יכולים לדחותו מלהתדיין עמהם בטענת

איייתי ראייה דאחינו אתה, דאינו בעל דבר דידהו.
אולם אם מת הספק הרי בני הראשון ובני השני יורשים אותו, ואע"ג דאם הם
דוחים אותו וטוענים דאינו בעל דבר דידהו, אם כן גם הם אינם בעלי דבר דידהו,
והיאך יורשים אותו, על זה כתב רש"י דמי מעכב על ידם, דאין הכי נמי דתורת בעל
דבר שלהם לגבי ירושת הספק לא הוי ודאית, מכל מקום יכולים לירש אותו, דאין שם
מי שתורת בעל דבר דידהו ברורה לגבי ירושת הספק שידחה אותם מן הירושה, וכיון
דבין בני הראשון בין בני השני אין תורת בעל דבר שלהם ודאית, שפיר באים אלו ואלו
לדין וחולקים ביניהם, דאין מי שמעכב על ידם, כמש"נ.

פרק ו

בו יבואר מחלוקת רש"י והרמב"ם בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא אם הספק נוטל ההיא מנתא דבני היבם מודו בה, ויפורש מה שמודה הרמב"ם דבספק ובני יבם בנכסי סבא מתחלה נוטלים החלקים ששניהם מודים בהם וחולקים השאר.

[יבמות לז:] ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא וכו' הכא אידי ואידי ספק אלא אי דמיא למתניתין להא דמיא לספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם גופיה וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אבל בההיא דלעיל שניהם ספק ונראה בעיני דההיא מנתא דקמודו ליה שקיל ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקין הוא נוטל החצי ובין כולן החצי עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"ז, ונמצא לפי זה דספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא הספק נוטל יותר מחצי, דנוטל ההיא מנתא דקמודו ליה בראש, דהיינו שליש נכסי המיתנא, ואחר כך נוטל חצי מה שנשאר, דהיינו עוד שליש, ונמצא שהספק נוטל שני שלשים, ובני היבם חולקים ביניהם שליש, וכן כתבו הרא"ש והרשב"א, יעו"ש, ואע"ג דאילו היה הספק חולק עם היבם היה נוטל רק חצי, השתא שמת היבם קודם שחלקו, ובאו הספק ובני היבם לחלוק בנכסי מיתנא הספק נוטל שני שלשים.

אבל הרמב"ם פ"ה נחלות הל"ד פליג על דברי רש"י וז"ל: וכן דין זה הספק עם בני יבם בנכסי המת שנתייבמה אשתו חולקין בשוה הספק נוטל מחצה ובני היבם מחצה עכ"ל, יעו"ש, ואין להספק אלא מחצה בלבד כמו שהיה נוטל אילו היה חולק עם היבם עצמו, וכתב המגיד משנה וז"ל: חולקין בשוה הספק מחצה ובני היבם הודאין מחצה דימה הרב דין זה לדין ספק ויבם הנזכר בסמוך ובחצי שהיה לו ליבם ליטול אין הספק הזה נוטל כלום ואלו הודאין במקום אביהם הן עומדין ואע"פ שהן טוענין לזה שהוא אחיהם כיון שהוא טוען דבר מיתנא הוא ומשום ספקא פלגינן ליה בנכסים אין לו בחצי האחר כלום זהו דעתו ז"ל אבל רש"י ז"ל כתב ונראה בעיני דההוא מנתא דקא מודו ליה שקיל ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקין הוא נוטל החצי ובין כולם החצי עד כאן לשונו, למד זה מדין ספק ובני יבם בנכסי סבא שכל אחד נוטל מה שמודים לו והשאר חולקין וכן נראה וכן כתב הרשב"א עכ"ל, יעו"ש.

ומקורו של רש"י, לפי דברי המגיד משנה, הוא מגמרא לקמן (דף לח.) ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי סבא ספק אמר ההוא גברא בר מיתנא הוא ופלגא ידידי הוא ובני יבם אמרי אחונא את ומנתא אית לך בהדן פלגא דקמודי להו שקלי תילתא דקא מודו ליה שקל פש להו דנקא הוי ממון המוטל בספק וחולקין, יעו"ש, אולם קשה דהרי גם הרמב"ם שם הל"ה פסק כסוגיא דלקמן וז"ל: הרי הספק אומר אני בן המת ויש לי מחצה ולשניכם מחצה והשנים אומרים אתה אחינו ובן היבם אתה ואין לך אלא שליש בנכסי הזקן החצי שמודה להם בו נוטלין והשליש שמודין הן לו נוטל והשתות הנשאר חולקים אותו בשוה הוא נוטל חציו ושניהם חציו עכ"ל, יעו"ש, והמגיד משנה לא הקשה דדברי הרמב"ם סותרים אלו את אלו, ואם כן היאך ראה המגיד משנה שם מקור לדברי רש"י.

ובעצם יש להקשות על דברי רש"י היאך יכול הספק ליטול השליש דקא מודו ביה, והלא הוא מכחיש הודאתם וטוען אנא בן מיתנא וכל הנכסים שלי, ומודה שאין לו זכות בנכסי מיתנא מדין בן היבם, והיאך נוטל שלישי בתורת בן היבם וחצי מהנשאר בתורת בן המיתנא, הלא אם הוא בן היבם אין לו אלא שלישי, ואם הוא בן המיתנא אין לו אלא החצי שהיה נוטל אילו היה היבם עדיין חי, והיאך הגיע לו יותר מחצי. ונראה דרש"י והרמב"ם נחלקו היאך נחשבים נכסי המיתנא אם היו עדיין מונחים בלי חלוקה כשמת היבם, הרמב"ם ס"ל דכיון שהדין הוא דממון המוטל בספק חולקים הרי הם כמחלקים גם לפני שחלקו ביניהם ונטלו זה חלק מצד זה וזה חלק מצד אחר, והרי הספק והיבם נעשים שותפים מיד כשנולד הספק, וכשמת היבם והשאיר חצי נכסי המיתנא ליורשיו אין להספק חלק עמהם, שהרי הם ודאיים והוא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי.

ולא דמי לגמרא דלקמן בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, דהתם מת היבם בחיי הסבא, דאילו היה היבם חי כשמת הסבא בודאי היה יורש הכל מיד, דהא אין ספק מוציא מידי ודאי, ואין הספק יורש הסבא במקום היבם, והיו כל הנכסים מוחלטים מיד להיבם, והיו עוברים לבניו הודאיים, ואין להספק בהם כלום, דאין ספק מוציא מידי ודאי, ועל כרחך מיירי שמת היבם בחיי הסבא, וכשמת הסבא נפלו הנכסים לשלושה יורשיו, הספק ושני בני היבם הודאיים, ולכן הספק נוטל השליש שבני היבם מודים בו, ובני היבם נוטלים החצי שהספק מודה בו, והשתות הנשאר חולקים ביניהם, הספק נוטל מחצה ובני היבם נוטלים מחצה, ולא דמי לספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא שכבר היו נחשבים כמחלקים בחיי היבם, כמש"נ. אבל רש"י ס"ל דכל זמן שהספק והיבם לא חלקו נכסי המיתנא ביניהם או בפני בית דין, ולא בחרו להם החלקים שכל אחד יקבל, והנכסים עדיין בתפוסת הבית, אינם נחשבים כמחלקים, ונמצא שהחלוקה בנכסי המיתנא התחילה בשעה שהספק ובני היבם באו לחלוק, ולכן אין בני היבם יכולים לדחות הספק מדין אין ספק מוציא מידי ודאי מהחצי שהיה מגיע לאביהם, שהרי עדיין לא היה מגיע לאביהם כלום, ונמצא שבין הספק ובין בני היבם יש להם תביעה מספק לגבי כל נכסי המיתנא, והם מודים שיש לו שלישי בנכסי המיתנא, והוא אינו מודה להם כלום, והרי הוא נוטל השליש שהודו עליו, והשאר מוטל בספק וחולקים.

ומסוגיא דלקמן אין ראיה לשיטת רש"י, דהא גם הרמב"ם פסק כסוגיא דלקמן, דהתם מת היבם בחיי הסבא, ולא התחילה החלוקה עד שמת הסבא, ושלתם יורשים הסבא אבל לא נודע אם דרך המיתנא או דרך היבם, כמש"נ, והמקור שהמגיד משנה הביא משם לדברי רש"י אינו לגבי עיקר המחלוקת שבין רש"י והרמב"ם אם הנכסים שבתפוסת הבית נחשבים כמחלקים גם לפני החלוקה, כמש"נ, דלהרמב"ם בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא כבר זכה הספק בחצי בחיי היבם, ובחצי שהיבם זכה אין לו כלום, כמש"נ, אבל רש"י ס"ל דעדיין לא זכה שום אחד מהם בכלום, והנכסים עדיין בתפוסת הבית והשתא באים לחלוק, ואין זה שייך לסוגיא דלקמן, כמש"נ.

אכן אליבא דרש"י יש להסתפק היאך לעשות החלוקה, שהיה אפשר לומר דכיון שנכסי מיתנא שבין נכסי היבם מונחים לחלוק, ויש שלש ספק יורשים לפנינו, נפסוק להם דממון המוטל בספק חולקים ויטול כל אחד מהם שליש הנכסים, ואולם בסוגיא דלקמן מבואר דאין לעשות החלוקה באופן זה, אלא מתחלה נותנים לכל אחד מה שצד האחר מודה בו, ואז חולקים השאר בשוה בין הצדדים, ומזה למד רש"י דגם בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא לא אמרינן שחולקים בין שלשתם, ואז מגיע לכולם שליש הנכסים, אלא מנכים השליש שמודים בו, וחולקים השאר בין הספק ובני היבם, ונמצא שמגיע להספק שני שלישים, אבל להרמב"ם אין זה שייך כלל לסוגיא דהתם, דכבר בחיי היבם היו הנכסים כמוחלקים, ואין להספק כלום בחצי השני, וכמש"נ.

פרק ז

בו יבוארו דברי רש"י בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דההיא מנתא דקמודו ליה שקיל, ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקים, הוא נוטל החצי ובין כולם חולקים החצי, ויוכיח דאפשר לעשות החלוקה בשני אופנים ולהגיע על ידם לחשבון אחד.

[יבמות לז:] ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא וכו' מתניתין היא וכו' והכא איפכא וכו' הכא אמר להו אייתו ראייה ושקולו וכו' הכא אידי ואידי ספק אלא אי דמיא למתניתין להא דמיא לספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם גופיה וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: בנכסי יבם גופיה התם מיתוקמא מתניתין דהוא לא יורש אותן דאמרי ליה אייתי ראייה ושקול אבל בההיא דלעיל שניהם ספק ונראה בעיני דההיא מנתא דקמודו ליה שקיל ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקין הוא נוטל החצי ובין כולם החצי עכ"ל, יעו"ש.

והנה במה שכתב רש"י דחולקים היינו שהוא נוטל החצי ובין כולם החצי לכאורה כונתו דבין כולם היינו בני היבם, אולם עיין לקמן (דף לח.) גבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי סבא ספק אמר ההוא גברא בר מיתנא הוא ופלגא דידי הוא ובני יבם אמרי אחונא את ומנתא אית לך בהדן פלגא דקמודי להו שקלי תילתא דקא מודו ליה שקל פש להו דנקא הוי ממון המוטל בספק וחולקין, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה פש דנקא וז"ל: דקמינצו עליה האי אמר כולה דידי והני אמרי כולה דידן הוא נוטל חצי ובין שניהם חצי עכ"ל, יעו"ש, וקרי להו לבני יבם בין שניהם, וכאן כתב ובין כולם, ולכאורה משמע דגבי דידן כונתו ובין כולם היינו הספק ובני יבם, דהספק נוטל חצי הנכסים וחצי השני חולקים ביניהם הספק ובני יבם, ויש לדחוק דרש"י לא דק בלשונו. וביאור הדברים הוא דכיון דהספק מקבל מתחלה מנתא דקא מודו ביה בני יבם אם כן אפשר לעשות החלוקה בשני אופנים, חדא שהספק יטול המנתא ובשאר הנכסים יטול חצי, וחצי השני יחלקו בני היבם בין שניהם, ועוד אפשר לעשות החלוקה באופן שלא יטול הספק המנתא, אלא מיד יטול חצי מכל הנכסים, ובחצי השני יחלקו בין כולם הספק ובני היבם, ושני האופנים יעלו בסוף לחשבון אחד.

למשל, אם השאיר המיתנא שתי עשרה סלעים, באופן הראשון נוטל הספק ארבעה סלעים, ומשמנה סלעים הנשארים הוא נוטל חצי, דהיינו ארבעה סלעים, וחצי השני, דהיינו ארבעה סלעים, חולקים שני בני היבם ביניהם, ונמצא שלספק הגיעו שמנה סלעים ולכל אחד משני בני היבם הגיעו שני סלעים, ובאופן השני, אין הספק נוטל המנתא מראש אלא נוטל חצי, דהיינו ששה סלעים, וחצי השני, דהיינו ששה סלעים, חולקים בין כולם, הספק ובני היבם, וכל אחד מהם נוטל שני סלעים, נמצא דלספק הגיעו שמנה סלעים ולבני היבם הגיעו לכל אחד שני סלעים, והיינו הך. וכן אם היו שלשה בני יבם וספק, באופן הראשון הספק נוטל שלשה סלעים מראש, דהיינו המנתא, ומן השאר נוטל חצי, דהיינו ארבעה סלעים ומחצה, והארבעה ומחצה הנשארים חולקים שלשה בני יבם ביניהם וכל אחד נוטל סלע ומחצה, נמצא שלספק

הגיעו שבעה סלעים ומחצה ולבני היבם סלע ומחצה לכל אחד, ובאופן השני שאינו נוטל המנתא מראש נוטל חצי, דהיינו ששה סלעים, וששה הנשארים חולקים בין כולן, הספק ושלשה בני היבם, וכל אחד נוטל סלע ומחצה, נמצא שלספק הגיעו שבעה סלעים ומחצה ושלשה בני היבם הגיעו סלע ומחצה לכל אחד מהם, והיינו הך, וכן בכל גונא. ואפשר לומר לפי זה דמה שכתב רש"י דההיא מנתא דקמודו ליה שקיל ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקין הוא נוטל החצי ובין כולן החצי, כונתו דכיון שמודו לו בשליש היה צריך לנכותו תחלה, ואחר כך לחלוק השאר, ואחר כך יחלקו בני היבם ביניהם חצי השאר, ונמצא שהגיע להספק חצי הנכסים ושליש השאר, שלפי חשבון היינו הך, כמש"נ, ואם כן עדיף לעשות החלוקה באופן זה מיד, שהספק יטול חצי הנכסים וחצי השני יחלקו כולם בשוה, ואע"ג דמן הסברא יש לחלוק באופן הראשון, מכל מקום כיון דבאופן השני מגיע לאותו חשבון, עדיף לעשות חלוקה בשני שלבים מלעשות חלוקה בשלשה שלבים, ועיימש"נ בשיטת הרמב"ם ש"ד פ"ו.

פרק ח

בו יבואר מחלוקת האמוראים בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא אם קם דינא או הדר דינא, ולמה אין החזקת בני היבם בנכסי המת סותרת לטענתם דזיל אייתי ראיה דאחונא את ושקול, ויבואר דקם דינא הוי תקנה.

[יבמות לז:] ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא בני יבם אמרי אייתי ראיה דאחונא את ושקול אמר להו ספק מה נפשיכו אי אחוכון אנא הבו לי מנתא בהדייכו ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפלג אבוכון בהדאי רבי אבא אמר רב קם דינא רבי ירמיה אמר הדר דינא, יעו"ש.

והנה מבואר בגמרא דלמאן דאמר הדר דינא אין בני היבם יכולים לדחות הספק מנכסי היבם מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי יש לו טענת ממה נפשך לגבייהו, ואם כן יש לעיין למאן דאמר קם דינא, ואין להחזיר את הדין מאחר שנפסק, ואינו יכול להוציא מידם חצי נכסי מיתנא שזכה בהם היבם בדין, מכל מקום למה הפסיד טענת ממה נפשך, הרי סוף סוף חלק מנכסי מיתנא מונח בידי בני היבם ואינם רוצים להחזירו, ואם כן לדבריהם ספק גמור הוא אם זה הספק הוא בן המת או בן היבם, ואם הם מחזיקים בנכסי מיתנא הרי זה סותר לדבריהם שאין לו זכות בנכסי היבם, ולדבריהם יתנו לו על כל פנים חצי מנתא בהדייהו.

אלא נראה דיסוד המחלוקת אם אמרינן קם דינא או הדר דינא הוא אם לאחר שנפסק הדין נשאר שם המת על הממון, דלמאן דאמר הדר דינא לעולם נשאר שם המת על הממון, ומשום הכי לעולם יכול להחזיר הדין אם יש לו טענות חדשות, ומאן דאמר קם דינא ס"ל דלאחר שנפסק הדין נעשה ממונו סתם ואין עליו שם הממון כמו שהיה מקודם, וכל זה הוא מתקנת חכמים שאחר הפסק נחשב ממון סתם כדי שלא יהא פסק דין חוזר בכל פעם אם לא נתברר שהיה בטעות, ועיימש"נ בשיטת התרומת הדשן בהגהות לספר תקפו כהן להש"ך על הוספה בענין קים לי וקם דינא בסוף הספר, ונדפס במהדורות חדשות של חושן משפט אחר הלכות טוען ונטען, ולכן אינו יכול להחזיר הדין, שהרי אין ממונו תחת יד השני אלא ממון סתם, ועיימש"נ בש"ד פכ"ד, ונמצא לפי זה שבני היבם לא ירשו נכסי מיתנא מאביהם אלא ירשו ממון סתם הואיל וכבר נפסק הדין, ולכן אין שום סתירה בין מה שהם מחזיקים באותם הנכסים ובין מה שטוענים זיל אייתי ראיה דאחונא את ושקול.

פרק ט

בו יבואר דהתוס' פשיטא להו דבספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא לא אמרינן קם דינא אלא כשחלקו בפועל אבל כשהנכסים מוכנים לחלוקה וידוע שדינם לחלוק לא אמרינן קם דינא, והרשב"א נסתפק בדבר.

[יבמות לז:] ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא בני יבם אמרי אייתי ראייה דאחונא את ושקול אמר להו ספק מה נפשיכו אי אחוכון אנא הבו לי מנתא בהדייכו ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפלג אבוכון בהדאי רבי אבא אמר רב קם דינא רבי ירמיה אמר הדר דינא, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אמר רבי אבא קם דינא וז"ל: דוקא בתר דפלג אבל מקמי דפלג לא עכ"ל, יעו"ש, וכונתם דאם מת יבם קודם דפלג עם הספק בנכסי מיתנא יכול הספק לטעון לבני היבם או תנו לי כל נכסי המת או תנו לי חלק בנכסי היבם, שהיו נכסיו מרובים, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, אלא דיש לדקדק בדבריהם דהלא להדיא אמרינן בגמרא דמיירי לבתר דפלג יבם עם הספק בנכסי מיתנא, ומה באו התוס' להוסיף.

ועיין במגיד משנה פ"ה נחלות הל"ד שכתב דהרשב"א נסתפק אם בתר דפלג הוי דוקא או לאו דוקא, יעו"ש, ומסיק דהתוס' באו לאפוקי מצד זה דבתר דפלג לאו דוקא, ולא אמרינן קם דינא היכא דהנכסים מבוררים ומונחים ומוכנים לחלוקה והדבר ידוע שדינם לחלוק, ורק כשחלקו בפועל אמרינן קם דינא, וכונתם דלא תימא בתר דפלג היינו שחלקו בפני בית דין, ומשום הכי יש מאן דאמר קם דינא מפני שיצא פסק מפי בית דין, אלא בתר דפלג היינו אפילו אם חלקו הנכסים ביניהם בלי לבא לבית דין, לאפוקי שהנכסים עדיין מוכנים לחלוק ולא נחלקו, שלא נעשה בהם עדיין שום מעשה. ועיין מה שכתב הש"ך בהוספה בענין קים לי וקם דינא אם בעינן דוקא חלוקה על פי פסק בית דין או אם אפילו כשחלקו מעצמם אמרינן קם דינא, והש"ך עצמו למד דענין קם דינא הוא דאין לצרף טענות הבאות מתרי גברי בחד טענת ממה נפשך, יעו"ש, ומסתברא דהיינו נמי מתקנת חכמים, ועיימש"נ בהגהות שם.

פרק י

בו יבואר היאך תלויה מחלוקת אדמון ורבנן במי שאבדה לו דרך שדהו במחלוקת רבי אבא ורבי ירמיה בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר שחלק יבם בנכסי מיתנא אם קם דינא או הדר דינא, ומהי השייכות בין קם דינא לטענת אי שתקת.

[**יבמות לז:**] לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי דתנן מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אמר ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר והוינן בה לרבנן שפיר קאמר אדמון ואמר רב יהודה אמר רב הכא במאי עסקינן כגון שהקיפה ארבעה בני אדם מארבע רוחות וכו' כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה אדמון סבר מצי אמר ליה מכל מקום דרכי גבך הוא ורבנן סברי דאמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדייהו לימא רבי אבא דאמר כרבנן ורבי ירמיה דאמר כאדמון וכו', יעו"ש.

והקשו המפרשים היאך אסיק אדעתא דגמרא דרבי אבא אזיל בשיטת רבנן וטעמא דרבנן משום קם דינא, הרי להדיא קא אמרי טעמייהו משום דיכול בעל השדה לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו, וטענה זו לא שייכא גבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא, ובכלל מה שייך דין קם דינא לטענת אי שתקת, ועוד קשה דאבדה לו דרך שדהו הרי לא באו לדין כלל, שבא ממדינת הים ומצא שאבדה הדרך, ומה שייך התם ענין קם דינא, ויש מן הראשונים שכתבו דהוי כאילו נפסק הדין אע"פ שמעולם לא באו לבית דין.

ובאמת בגמרא מסיק דאמר לך רבי ירמיה דאע"ג דס"ל הדר דינא אנא דאמרי אפילו לרבנן שלא אמרו דינא אלא משום דיכול לטעון אי שתקת, יעו"ש, אכן יש לעיין מאי סלקא דעתא דגמרא, ועוד דגם במסקנא לא קאמר כן אלא כחילוק, דרק כשטוען אי שתקת אמרינן קם דינא, אבל אינו חוזר מעצם הדמיון של ענין קם דינא והדר דינא למחלוקת אדמון ורבנן, ועדיין קשה דהיאך סלקא דעתא דרבנן ס"ל קם דינא.

ונראה לבאר על פי מה שכתב הרא"ש בבבא קמא (דף ח.) בביאור דינא דאי שתקת וז"ל: משום שכל דבר שאדם יכול לטעון רואין אותו כאילו הוא כבר עשוי עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בזה בשופרא דשעבודא שיי"ג פל"א, וכיון שטוען שיחזיר השדות להמוכר, ובידו לעשות כן, דנים אותו כאילו עשה כדבריו, והיינו דאם באו ניזק ובעל חוב ואשה בכתובתה לגבות מלוקח שלקח כל שדותיו של הנתבע, עדית בינונית וזיבורית, ולקח עדית באחרונה ובאו כולם לגבות ממנה, יכול הלוקח לדחות בעל חוב ואשה מן העידית בטענת אי שתקת, וכנראה דכל זה אינו מעיקר הדין אלא מתקנת חכמים, ומשום הכי כתבו התוס' שאינו יכול לטעון אי שתקת להפסיד דינו.

ולפי זה, בהאי גונא דמי שאבדה לו דרך שדהו, וזה האחד הבא מכח ארבעה טען אי שתקת, ואמרינן דכיון שיכול לעשות כן חשבינן ליה כאילו כבר עשוי, הרי בעינן נמי שאחר שיחזירין להם יחזרו ויקנו השדות לו עוד הפעם לאחר שדחו בעל הדרך מן השדות, ונמצא שהוא עומד בארבע שדותיו ובעל הדרך נדחה לגמרי, ומשום הכי לא

קאמר בסוגיא דבבא קמא שם דדין אי שתקת תלוי בפלוגתא דאדמון וחכמים, דלא נחלקו אלא באופן שעל ידי טענת אי שתקת צריך נמי להחזיר ולקנות השדות מהם, אבל בבבא קמא אינו צריך להחזיר ולקנות מן המוכר, שהקרקעות עומדות לגבות מהם, ואם יחזיר הזיבורית יגבו ממנה, ובין אם מחזיר בין אם לא מחזיר יגבה מן המוכר באחריות המכירה, וכיון שהלוקח רוצה לעמוד בהעידית שלקח באחרונה אומר אי שתקת, ואם אתם רוצים לגבות העידית ממני, הרי אני מחזיר הזיבורית להמוכר ותדחו כולכם אצלה, ולכן גם אם לא החזיר יכול לדחותם אליה, ובכהאי גוונא כולי עלמא מודו דיכול לומר אי שתקת.

אבל הא דאמרו חכמים בחד דאתי מכח ארבעה דאומר לו אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדיהו, כל זה לא יועיל לו אלא אם כן קיימא לן דקם דינא, דאם החזיר השדות להמוכרים ובא בעל הדרך לתבוע דרכו מהם ודחו אותו, אז קם דינא שהפסיד דרכו, ואם החזירו אחר כך השדות להלוקח היחידי שוב אין בעל הדרך יכול לתבוע ממנו, שכבר קם דינא, אכן אם קיימא לן הדר דינא לא תועיל לו החזרת השדות להארבעה מוכרים, דלאחר שהם יחזירו השדות להלוקח היחידי שוב יוכל בעל הדרך לתבוע לדין בטענת ממה נפשך דרכי גבך, דהא הדר דינא, ולא אהני ליה כלל החזרת השדות, ונמצא דעצם טענת אי שתקת במי שאבדה לו דרך שדהו מיוסד על הא דקיימא לן קם דינא, ושפיר קאמר בגמרא דטעמא דרבנן דיכול לטעון אי שתקת התם היא משום דס"ל קם דינא, ואדמון דלית ליה טענת אי שתקת ס"ל דהדר דינא, וכמש"נ.

שוב אמרינן בגמרא אמר לך רבי אבא אנא דאמרי אפילו כאדמון עד כאן לא קאמר אדמון התם אלא משום דאמר ליה ממה נפשך דרכי חד גבך הוא אבל הכא מי איכא למימר הכי ורבי ירמיה אמר לך אנא דאמרי אפילו לרבנן עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא משום דאמר ליה אי שתקת וכו' אבל הכא מי איכא למימר הכי, יעו"ש. וטעמא דרבי אבא דאזיל אפילו כאדמון משום דהתם אית ליה טענת ברי, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, ובטענת ברי גם רבי אבא מודה דהדר דינא, ויש לדקדק דמה בכך דאית ליה טענת ברי, אם קם דינא קם דינא, ובפרט לפימש"נ בש"ד פ"ח דטעמא דמאן דאמר קם דינא מפני שלאחר שנפסק הדין נעשה ממון סתם, ואם כן מה לי דבא אחר כך בטענת ברי.

ונראה דלמאן דאמר קם דינא נמי יכול להחזיר הדין שיהא חוזר וניעור לאחר שכבר נפסק ונעשה ממון סתם, אכן כל זה הוא כשנשתנה המצב ועכשיו יש לו טענה מעולה לגבי אותו הממון שדנו עליו, וכמו דאמרינן טעות לעולם חוזר, כמו כן נמי אמרינן דאם נתגלו טענות מעולות מחזירים את הדין, ומשום הכי כשנתרכזו השדות ביד לוקח אחד ויכול לטעון טענת ברי דממה נפשך דרכי גבך, מה שלא היה יכול לטעון כשהיו השדות ביד ארבעה אנשים, בכהאי גוונא ס"ל לאדמון דמהדרינן דינא, וכמש"נ, אבל בספק ובני יבם גם אדמון מודה דאמרינן קם דינא, דהתם לא נשתפרו טענותיו לגבי נכסי מיתנא שדנו עליהם מכבר, ורק שהשתא נתוסף דיון בממון אחר, דהיינו

נכסי היבם, ורוצה לעורר דינו בנכסי מיתנא כדי שיוכל ליטול החלק שנטל היבם בדין או מנתא בנכסי היבם, אבל לגבי עצם נכסי מיתנא לא נשתפרו טענותיו, וס"ל לרבי אבא דבכהאי גוונא מודה אדמון דאין להחזיר הדין.

ויתר על כן יש לומר דמלבד מה שטענת ברי היא טענה מעולה יש בה נמי הוכחה וראיה על המציאות, כמו שמצינו דאיכא למאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף בכתובות (דף יב:), יעו"ש, ומצינו נמי שטענת ברי מועילה לגבי איסור, כדאיתא שם (דף טז.), יעו"ש, וכמו שמחזירים הדין אם באו עדים, כמו כן נמי באה טענת ברי לבית דין, מה שלא היתה שם בתחלה.

ונראה לבאר טעמא דרבי ירמיה דאזיל אפילו לרבנן, והיינו דבאמת ס"ל הדר דינא, והתם שאני דאית ליה טענת אי שתקת, ואע"ג דטענת אי שתקת תלויה בקם דינא, כמש"נ, רבי ירמיה ס"ל דנחשב השתנות המצב אפילו אם נתוספה טענת ממה נפשך, ולא כרבי אבא דבעינן שנתוספה טענה מעולה, כמש"נ, ומכל מקום לא אמרינן הדר דינא אלא כשנשתנה המצב במדה מסוימת, כמו גבי ספק ובני יבם דנתוסף דין בנכסי היבם עצמו, כנ"ל, אבל באבדה דרך שדהו לא נשתנה המצב כלל, דטעמא משום אי שתקת, וכיון דבין כשמחזיר השדות להארבעה בין כשהם חוזרים ומחזירים השדות להלוקח היחיד הדיון לעולם הוא על הארבע שדות שבהן נאבדה דרכו, ואין מסירתם מיד ליד נחשבת השתנות המצב, גם רבי ירמיה מודה התם דקם דינא.

פרק יא

בו יובא שיטת הבעל המאור שפסק דהדר דינא ומביא ראיה מהמקיף את חבירו משלש רוחותיו וגדר את שלש הרוחות ועמד ניקף וגדר את הרביעית שמגלגלים עליו את הכל, ויבואר דלשיטת הרי"ף דאית ליה קס דינא לא דמי מקיף וניקף לאבדה לו דרך שדהו.

[יבמות לז:] רבי אבא אמר רב קס דינא רבי ירמיה אמר הדר דינא לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי דתנן מי שהלך למדינת הים וכו' אמר לך רבי אבא אנא דאמרי אפילו כאדמון וכו' ורבי ירמיה אמר לך אנא דאמרי אפילו לרבנן וכו', יעו"ש, והרי"ף בשם רבותיו פסק כרבי אבא דקס דינא משום דאזיל כרבנן, יעו"ש, ואע"ג דבגמרא אידחי התליה בפלוגתא דאדמון ורבנן אשנויי דאנא דאמרי לא סמכינן, כמו שכתב הרמב"ן בספר הזכות, יעו"ש.

והבעל המאור פליג על דברי הרי"ף שהרי איפסקא הלכתא כרבי יוסי דתנן בבבא בתרא (דף ד:) המקיף את חבירו משלש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית אין מחייבין אותו רבי יוסי אומר אם עמד וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל ובגמרא אמר רבי יהודה אמר שמואל הלכה כרבי יוסי, יעו"ש, ומבואר דרבי יוסי אית ליה הדר דינא, דאם קס דינא כבר נפטר משלש מחיצות הראשונות, ואע"ג דכשעמד ניקף וגדר את הרביעית גלי אדעתיה דניחא ליה בהשלש ראשונות, הרי כבר נפטר מלשלם בעבורם, אלא מוכח דאמרינן הדר דינא, ועיין מה שכתב הרמב"ן במלחמות שם, ועיימש"נ בש"ד פי"ב.

ואולי יש לחלק דבמקיף וניקף לא שייך קס דינא, דבשלש דפנות הראשונות לא נתן כלום להניקף, שהרי עדיין חסר לו שמירה הואיל וצד הרביעי פרוץ, ונמצא דלא שייך דין תורה כלל בשלש הראשונות, וממילא ליכא למימר בהו קס דינא, ורק כשנגדר גם מצד הרביעי נהנה הניקף מהקפת המקיף, אלא דאם המקיף גדר את הרביעית יכול הניקף לומר איני חפץ בשמירה זו טול עציד ואבניך, אבל אם הניקף גדר את הרביעית גלי דעתיה דרוצה בשמירה זו ומגלגלים עליו את הכל, ומכל מקום לא התחיל הדין תורה עד שגדר הרביעית, וקודם לכן לא אמרינן קס דינא.

והנה שיטת הש"ך בההוספה לספר תקפו כהן בענין קים לי וקס דינא היא דענין קס דינא הוא דאין לצרף תביעות ספק מכח תרי גברי בטענת ממה נפשך, והנתבע יכול לדון עמו על כל תביעה ותביעה בפני עצמה ולדחותו, ולפי זה אין סוגיא דמקיף וניקף שייכת כלל לפלוגתא דקס דינא והדר דינא, והבעל המאור על כרחך לא ס"ל כהש"ך אלא כהתרומת הדשן שהביא הש"ך שם דקס דינא תלוי בנפסק הדין או נעשה מעשה, וכן כתב הש"ך שם, ועיימש"נ בהגהות אביר יוסף שם.

פרק יב

בו יובאו דברי הרמב"ן בשם רבינו אפרים דפסק כרבי ירמיה דהדר דינא כיון שהיבם הודה שהספק הוא בנו, והקשה עליו שלש קושיות, אבל לא הקשה דדבריו אינם עולים כלל לפי הסוגיא, ויבואר היאך הבינו הרמב"ן ובעל המאור דבריו, כל אחד לפי דרכו.

[יבמות לו:]: ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא בני יבם אמרי אייתי ראייה דאחונא את ושקול אמר להו ספק מה נפשיכו אי אחוכון אנא הבו לי מנתא בהדייכו ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפלג אבוכון בהדאי רבי אבא אמר רב קם דינא רבי ירמיה אמר הדר דינא לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי וכו' לימא רבי אבא דאמר כרבנן ורבי ירמיה כאדמון וכו', יעו"ש, ונחלקו הראשונים אם הלכתא כרבי אבא דקם דינא או כרבי ירמיה דהדר דינא, והרי"ף פסק כרבי אבא, ועיימש"נ בהגהות לספר תקפו כהן להש"ך בהנספח בענין קים לי.

והרמב"ן בסוף דבריו במלחמות הביא דברי רבינו אפרים תלמידו של הרי"ף וז"ל: ודברי ה"ר אפרים ז"ל תלמידו נמי שפוסק הלכה כרבי ירמיה אין להם על מה שיסמכו שאמר כיון דאודי אבוהון דהאי ספק בריה הוא היינו מתניתין דתנן בפרק יש נוחלין (דף קלד.) האומר זה בני נאמן ואמרין למאי הלכתא ואמר רב יהודה אמר שמואל ליורשו ולטמא לו ולפטור את אשתו מן היבום וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולמד הרמב"ן בדברי רבינו אפרים שפסק כרבי ירמיה מפני שהיבם הודה לו שהוא בנו, וסמך הדברים על משנה בפרק יש נוחלין, ולפי זה מה שרבינו אפרים פסק כרבי ירמיה הוא מוגבל אך ורק לעובדא דספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא. ואמנם מדברי הבעל המאור בבבא בתרא (דף ד:) מבואר שלא הבין כן בדברי רבינו

אפרים, שאחר שהעלה שם דהלכה כרבי ירמיה דהדר דינא משום דרבי יוסי דאמר מגלגלים עליו את הכל ס"ל דהדר דינא, ואיפסקא הלכה כרבי יוסי, כתב הבעל המאור וז"ל: וה"ר אפרים ז"ל פסק בשם הגאונים ז"ל בפלוגתא דרבי אבא ורבי ירמיה דבפרק החולץ כרבי ירמיה דאמר הדר דינא והדעת נוטה כדבריו עכ"ל, יעו"ש, והביא דברי רבינו אפרים לסמך למה שפסק כרבי יוסי דמגלגלים עליו את הכל, ואם כן אין לומר לפי דבריו דכונת רבינו אפרים היתה לפסוק כרבי ירמיה אך ורק בעובדא דספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא.

ולפי זה אי אפשר לומר שרבינו אפרים הביא המשנה דפרק יש נוחלין, ותלה דינו בהודאת היבם עליו שהוא בנו, דאם כן אין זה שייך כלל לסוגיא דמקיף וניקף, וצריך לומר דרבינו אפרים עצמו אמר רק דהלכה כרבי ירמיה כיון דאודי אבוהון דהאי ספק בריה הוא ותו לא מידי, והרמב"ן ציין המקור לדברי רבינו אפרים לפי מה שהבין בהם מן המשנה בפרק יש נוחלין.

והנה עיין שם בבבא בתרא (דף קלד.) מתניתין האומר זה בני נאמן, יעו"ש, ובגמרא למאי הלכתא אמר רב יהודה אמר שמואל ליורשו ולפטור את אשתו מן היבום ליורשו פשיטא לפטור את אשתו מן היבום אצטריכא ליה וכו' אמר רב יוסף אמר רב יהודה אמר שמואל מפני מה אמרו זה בני נאמן הואיל ובעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן,

יעו"ש, וטעמא דנאמן לומר גרשתי את אשתי משום דבידו לגרשה ונאמן במיגו, כמו שכתב הרשב"ם, יעו"ש, ולפי דברי הרשב"ם והתוס' שם הא דנאמן ליורשו נמי הוא משום מיגו דאי בעי מקנה לו נכסיו במתנה ונאמן רק לגבי נכסים שתחת ידו, כעין הא דאיתא לעיל שם (דף קכז:): לענין הכרת בכור בין הפשוטים, יעו"ש, אבל הרמב"ם פ"ד נחלות הל"א סתם דבריו ופסק הרי זה נאמן ויירשנו, יעו"ש, ומבואר דנאמן אפילו על נכסים שבאו לידו לאחר מיכן, והוא מפני שהתורה האמינה להאב לומר שזה בנו, ועיימש"נ שם בהגהות אביר יוסף על הדף.

וממה שהרמב"ן הביא דברי רבינו אפרים דהלכה כרבי ירמיה כיון שהיבם הודה דהאי ספק בריה הוא, וציין מקור לדבריו ממתניתין דהאומר זה בני נאמן, מבואר שס"ל דרבינו אפרים למד כהרמב"ם דנאמנות דזה בני אינה משום מיגו כהרשב"ם והתוס' אלא מפני שהתורה האמינתו, דאילו היתה הנאמנות משום מיגו הרי הכא ליכא מיגו דאי בעי נותן לו נכסיו במתנה, דהלא היבם תובע נכסי המיתנא, וזה לא היה בידו לעשות, ואם כן בודאי צריך לטעון שהספק הוא בנו ונכסי המיתנא עוברים להיבם, ולא שייך לומר מה לו לשקר, ואם כן מהי נאמנותו על כך, וצריך לומר שרבינו אפרים, לפי הבנת הרמב"ן בדבריו, ס"ל שיש להיבם נאמנות גמורה לומר על הספק שהוא בנו.

ועל זה הקשה הרמב"ן שלש קושיות וז"ל: זה טעות דהכא איהו גופיה לא ידע והיכי מודי תדע דהא ודאי לא פטר כלום מן יבום וכן נמי לא שקיל אלא בממה נפשך ובשנכסי יבם מרובים ואפילו באומר זה בני ודאי והלה אומר איני בנו אלא בנו של פלוני אני לא ירית כלום בנכסיו עכ"ל, יעו"ש, הקושיא ראשונה היא היאך אפשר לומר שהתורה נתנה להיבם נאמנות לומר שהספק הוא בנו, וכי היאך אפשר לידע דבר כזה, ואם כן אין הודאתו כלום, וראיה לכך דאין זו גזירת הכתוב שהאב נאמן לומר זה בני, דאם כן למה אינו פוטר מן היבום משום הך גזירת הכתוב, ולמה איצטריך התם לפוטרה מן היבום משום מיגו דאי בעי אמר גרשתי את אשתי, כנ"ל, ועוד קשה דאם היבם נאמן למה לא יקח הספק חלק בנכסי היבם אפילו אם היו מרובים, ובגמרא מבואר דנוטל הפחות שביניהם.

ובאחרונה הקשה דאפילו אם תאמר שהתורה האמינתו בודאי לאו כל כמיניה לומר זה בני אם הבן מכחישו ואומר אני בן איש אחר, ואין כונתו בזה דהוי כמו הודאה כנגד הודאה, דמהאי טעמא כתב הרמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"י דטענו חטים והודה לו בשעורים פטור אף מדמי שעורים, יעו"ש, אלא כונתו דאי אפשר שיהא לאדם נאמנות לומר על איזה אדם זה בני אם אין אותו אדם רוצה בכך, ואפילו אם אותו אדם מסופק ואינו מכחיש הודאת האומר זה בני, בודאי לאו כל כמיניה להכריחו להיות כבנו אם אינו רוצה בכך, ומכח קושיות אלו דחה דברי רבינו אפרים ואמר שזה טעות. אולם צריך עיון טובא בדברי הרמב"ן דדל מהכא קושיותיו, היאך הבין כונת דברי רבינו אפרים אפילו אם נימא שיש להיבם נאמנות גמורה לומר שהוא בנו, ואין לומר שרבינו אפרים פסק כרבי ירמיה אך ורק בהך עובדא דספק ובני יבם שבאו לחלוק

בנכסי יבם לבתר דפליג יבם בנכסי מיתנא משום סבה צדדית, דהיינו שהיבם הודה שהספק הוא בנו, ומשום הכי נוטל הספק חלק עם בני היבם אפילו אם הניח נכסים מרובים, ואין צורך לדון אם קם דינא אם הדר דינא, דאם כן נסתלק כל המשא ומתן בכל הסוגיא לענין קם דינא והדר דינא כיון דיש ליבם נאמנות להודות ולומר זה בני, וכי שכחו רבי אבא ורבי ירמיה משנה מפורשת בפרק יש נוחלין שנאמן אדם לומר זה בני, ולית מאן דפליג בזה.

ואם כן קודם שהקשה הרמב"ן קושיותיו על מה שכתב רבינו אפרים דהיבם הודה שהספק הוא בנו, היה לו להקשות על עצם דבריו היאך רצה לדחות כל הסוגיא מפני משנה מפורשת, כמש"נ, ואם כן צריך עיון מה היתה הבנת הרמב"ן בדברי רבינו אפרים, גם יש לעיין במה שהבעל המאור הביא דברי רבינו אפרים לסיוע דהלכה כרבי ירמיה בכל מקום, שהרי הרמב"ן כתב בשמו שאמר כיון דאודי אבוהון דהאי ספק בריה הוא, כנ"ל, ומסתמא גם הבעל המאור היו לו מלים אלו בשם רבינו אפרים, וצריך עיון היאך הבין הבעל המאור כונת רבינו אפרים במלים אלו, והיאך ראה מדבריו דאית ליה דהדר דינא גם במקיף וניקף, אם לא נדחה שהבעל המאור לא ראה הלשון שהביא הרמב"ן בשם רבינו אפרים.

ונראה דרבינו אפרים, כפי הבנת הרמב"ן בדבריו, למד דבודאי נחלקו רבי אבא ורבי ירמיה אם קם דינא או הדר דינא, דרבי אבא ס"ל דכיון שנגמר ענין החלוקה בחיי היבם אין לפתוח אותו עוד הפעם רק כדי שיוכל לטעון ממה נפשך אם לא בא בראיות חדשות, ורבי ירמיה ס"ל דלעולם יכול להדר הדין ולחזור ולהתדיין על החלוקה, ואפילו אם נתחדשה לו רק טענת ממה נפשך, וקאמר רבינו אפרים דמסתבר לו לפסוק כרבי ירמיה כיון דאודי אבוהון דהאי ספק בריה הוא, שהרי מעולם לא דנו על נכסי היבם בחייו, ואע"פ שבעצם אין להספק תביעה על נכסי היבם גופיה גם לאחר מיתתו, כיון שהוא ספק בנו ובני היבם ודאי בניו נינהו, מכל מקום יכול הספק לתבוע אותם לדין על נכסי יבם גופיה מכח הודאת היבם שאמר בני אתה, ועל ידי זה יכולים לחזור ולפתוח ענין נכסי המיתנא כיון שהשתא נתחדשה לו תביעה על נכסי היבם גופיה מכח הודאתו, מה שלא היה הנידון בחייו, ואפילו אם לא יצליח בתביעה זו מפני שהוא עצמו טען כנגדו שהוא בן המיתנא, מכל מקום שייך בזה דיון חדש, ועל ידי זה יש לו נמי טענת ממה נפשך לגבי נכסי המיתנא.

אבל רבי אבא לא איכפת ליה מה שנתחדשה לו תביעה לגבי נכסי היבם גופיה, שהרי כבר נפסק הדין על נכסי המיתנא לחלוקה, או ביניהם או בפני בית דין, ושוב אין להחזירו דקם דינא, ורבינו אפרים מסתבר ליה טעמא דרבי ירמיה משום שאינו מהדר הדין לכמות שהיה מקודם, אלא הוא מוסיף בו תביעה חדשה מכח הודאת היבם, והרי זה כמו שבא בראיות חדשות, ומסתברא מילתא להדר דינא, כמש"נ. והקשה הרמב"ן על זה קושיותיו, דאין לומר דמה שאמר היבם בשעת חלוקת נכסי המיתנא בני אתה היא הודאה גמורה כמו האב שאמר זה בני, דמנא ידע, ואם כן אין זה אלא טענה מספק ולא הודאה ונאמנות, ועוד דאם זוהי טענתו היה לו לחזור ולפתוח

הדין בתביעה על כל נכסי היבם גופיה, ולמה התחיל מיד בטענת ממה נפשך, ועוד דאפילו נימא דשייך הודאה ונאמנות אפילו במקום ספק, הרי זה פשוט דלאו כל כמיניה לומר זה בני על מי שאינו רוצה להיות בנו, והספק הרי צווח שהוא בן המיתנא, ואם כן אין בדברי היבם כלום.

והשתא יש לומר דהבעל המאור נמי הבין בדברי רבינו אפרים כהבנת הרמב"ן, ולא חש לקושיותיו של הרמב"ן כיון שאינו בא לזכות על ידי הודאת היבם, ואינו צריך לה אלא כדי לחזור ולפתוח הדיון דמעיקרא, ואיכא למימר דלזה מספיק גם תביעה גרועה כל זמן שהיא חדשה, וגם גבי מקיף וניקף בא המקיף בתביעה חדשה, שהרי מתחלה כשהקיפו משלש רוחותיו עדיין לא נהנה הניקף מהקפותיו, והשתא שהקיף גם הרביעית נתחדשה לו הנאה, מה שלא היתה לו מקודם, ומשום הכי גם התם מסתבר לרבינו אפרים דברי רבי ירמיה דיכול לחזור ולפתוח הדיון.

פרק יג

בו יובאו דברי הרמב"ן בספר הזכות לגבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפליג עם הספק בנכסי מיתנא, שהיבם היה נחשב כתפוס ברשות ובני היבם באי כחו תפוסים בהנכסים, ויבואר היאך אפשר תפיסה בקרקע שיש ספק במי הוא בעליה.

[יבמות לו:] ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפליג עם בנכסי מיתנא בני יבם אמרי אייתי ראייה דאחונא את ושקול אמר להו ספק מה נפשיכו אי אחוכון אנא הבו לי מנתא בהדייכו ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפלג אבוכון בהדאי רבי אבא אמר רב קם דינא רבי ירמיה אמר הדר דינא לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי וכו' לימא רבי אבא דאמר כרבנן ורבי ירמיה וכו', יעו"ש, וכתב הרמב"ן בספר הזכות וז"ל: כתוב בהלכות ופסקו רבוותא הלכתא כרבי אבא דקיימא לן כרבנן דפליגי עליה דאדמון השיב הרב ז"ל האי טעמא ליתא דהא אמרינן בגמרא דרבי ירמיה אמר לך אנא דאמרי אפילו לרבנן וכו' ואני אומר לא תהיה אלא ספיקא יבם תפיס ברשות ונכסים בידו וביד בניו ועל הספק להביא ראייה כדין כל ספיקא ותיקו שבדיני ממונות עכ"ל, יעו"ש, וגם הרא"ש הביא דבריו, יעו"ש.

ויש להקשות מה שייד תפיסה בקרקע, ועוד דהיאך תפסו בני היבם, ובודאי מיירי אפילו אם לא החזיקו בה בפועל, וצריך לומר דהיבם הוא שתפס, ועיימש"נ בהגהות אביר יוסף לספר תקפו כהן להש"ך, והקרקע תפוסה בידם משום שהם באי כח אביהם, אולם קשה היאך שייד לומר שהיבם תפס ברשות על ספק דקם דינא או הדר דינא שאינו נוגע לו כלל, ולא חל אלא לאחר מיתתו שיש לספק טענת ממה נפשך על בני היבם.

ועוד קשה למה הוצרך הרמב"ן לדין תפיסה ברשות, ולמה לא קאמר שיש להיבם חזקת מרא קמא גמורה בהחצי שקיבל בפסק בית דין, והוי ודאי שלו, והרי יש לו חזקת מרא קמא, ויכנסו בניו שהם באי כחו תחתיו לחזקת מרא קמא, ואלא דאמרינן דכיון שמת, ונעשה מצב של ממה נפשך, נתבטלה החזקת מרא קמא, אם כן למה לא נימא נמי שהממה נפשך מבטל תפיסתו מחייו.

ונראה שיש שני דינים בבעלות של קרקע, חדא שהתורת ממון של הקרקע קנויה לו כמו כל שוה כסף שהוא קונה, ועוד יש דין בבעלות קרקע שהיא נחשבת רשותו, כמו הא דאמרינן חצר משום ידה איתרבאי, שקרקעו הוי כידא אריכתא לקנות, ואין זה תלוי בתורת ממון של הקרקע, ודומה למה שידו קונה לו אע"פ שאינה ממון, ונמצא דבעל הקרקע מוחזק בה כשנולד ספק בשני אופנים, חדא דכיון שהקרקע בודאי היתה שלו מקודם נעשה מוחזק על הממון בחזקת מרא קמא שעדיין היא שלו, כמו במטלטלין שמוקמינן על חזקת מרא קמא במקום דליכא מוחזק, כדאיתא בבבא מציעא (דף ק.ו.), יעו"ש, ועוד יש דין שהוא מוחזק בהממונות של הקרקע מפני שהיא מונחת בהרשות של הקרקע, וזוהי תפיסה ולא חזקת מרא קמא.

ולפי זה יש לומר דאין מה שהיתה הקרקע מוחזקת ביד היבם קודם שמת נותן לו חזקת מרא קמא שיכול להעבירה לבניו באי כחו, שהרי על זה גופא אנו דנים, דאם

אמרין הדר דינא חזר המצב לכמות שהיה כשבאו הספק והיבם לחלוק בנכסי מיתנא, ואיגלאי מילתא שלא היה זמן שהנכסים היו ודאי שלו כדי שנוכל לומר אוקי ממונא אחזקתו ונימא שקנינו לא פקע, ואולם הרי היבם ודאי היה תפוס בחצי נכסי המיתנא שקיבל על ידי חלוקה, והיה יכול לקדש אשה בהם, ואפילו אם הדר דינא לא פקע תפיסתו למפרע, וכיון שהיבם היה תפוס בהחצי נכסי מיתנא עוברת תפיסתו לבניו באי כחו, וכשנולד ספק על בעלות הקרקע משום ממה נפשך אין הספק מפקיע תפיסתם, שהרי הם ודאי תפוסים כבאי כח היבם, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ואם הספק יגבה מהם חצי השני דנכסי מיתנא צריך להוציאו מידם, ובתיקו דבדיני ממונות אין מוציאים מן התפיסה.

פרק יז

בו יבואר מחלוקת היש מפרשים שהביא המהרש"ל והמהרש"ל עצמו בהא דאינו יכול לטעון אי שתקת במקום שהוא מפסיד דינו, וגם ידון לפי סברת היש מפרשים אם בחד דאתי מכח ארבעה דאתו מכח חדא נחשב שמפקיע דינו על ידי טענת אי שתקת.

[יבמות לו:] מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אמר ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכו' כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה אדמון סבר מצי אמר ליה מכל מקום דרכי גבך הוא ורבנן סברי דאמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדיהו וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אי שתקת שתקת ולא אעלה עליך בדמים יקרים עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדבריו דאם רוצה בדוקא דמים יקרים יכול בעל הדרך לומר לו לכי תהדר.

אבל התוס' בד"ה דאמר ליה פליגי וז"ל: פירוש ולא תטול כלום ולא כמו שפירש בקונטרס אי שתקת ומוזילנא לך דהא קתני יקח לו דרך במאה מנה ובפרק קמא דבבא קמא (דף ח.) גבי מכרן לאחד כולן נכנסו תחת הבעלים והוא אשה לזיבורית אע"פ שלקח עידית באחרונה משום אי שתקת וכו' ולא מצי אמרה ליה לכי תהדר כיון שאין בא להפקיע מדינא וכו' עכ"ל, יעו"ש, וס"ל להתוס' דיכול לדחותו לגמרי על ידי טענת אי שתקת, ואינו יכול לומר לו לכי תהדר, והביאו התוס' ראייה מלשון המשנה שאומר לו שיקח לו דרך במאה מנה, ופשטות משמעות דברי התוס' היא דמביאים עוד ראייה מגמרא בבא קמא דיכול לדחות כתובת אשה לזיבורית על ידי טענת אי שתקת ואינה יכולה לומר לכי תהדר הואיל ואינו מפסיד דינה, ואם כן הכא נמי האחד הבא מכח ארבעה יכול לטעון אי שתקת ואין בעל הדרך יכול לומר לכי תהדר הואיל ואינו מפסיד דינו, ועיין בתוספות הרא"ש ובמהרש"א בשם המרדכי והבית יוסף דגרסי וכן בפרק קמא דבבא קמא, והוסיפו מלת וכן להוכיח שדבריהם מוסבים על ראייה הראשונה, ומוכח להדיא דהתוס' הביאו גמרא דבבא קמא לראיה לדבריהם.

וכן כתבו היש מפרשים שהביא המהרש"ל וז"ל: יש מפרשים שמביא ראייה על פירושם דלא קשה למה לא אמרינן ליה לכי תהדר כיון שאין מפקיעו מדינו דהא מתחלה נמי לא היה לו דרך גבי ארבעה וליתא חדא דזה נמי קרוי מפקיע דינו דהא סוף סוף היה לו דרך וכו' ועוד בחד דאתא מכח ארבעה דאתו מכח חדא מאי איכא למימר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ופליגי בזה היש מפרשים והמהרש"ל, דהיש מפרשים ס"ל דאם האחד מחזיר להארבעה לא חשיב מפסיד דינו, והמהרש"ל פליג מן הסברא וס"ל דשפיר חשיב מפסיד דינו.

ושוב הקשה המהרש"ל על היש מפרשים דאם כן על כל פנים אחד דאתי מכח ארבעה דאתי מכח אחד ליהוי מפסיד דינו, ולא יוכל לטעון אי שתקת, דבעל הדרך אומר לו לכי תהדר, ולמה לא הוזכר בגמרא דין זה, וכונתו בודאי שאבדה לו דרך שדהו כשהיו כל השדות ביד אחד והאחד מכרן לארבעה והשתא בא אחד וקנאן מן הארבעה,

ולסברת היש מפרשים בכחאי גונא הוה ליה מפסיד דינו, ויש לדקדק דמה לי שמתחלה היו כל השדות אצל אחד, השתא מיהא היחיד השני קנאן מן ארבעה בני אדם שהדרך אבודה גביהם, והיאך הבין המהרש"ל סברת היש מפרשים שראה כאן קושיא מאחד דאתי מכח ארבעה דאתו מכח אחד.

ונראה דהמהרש"ל הבין סברת היש מפרשים דאם האחד דאתי מכח ארבעה החזיר השדות להם אינו מפסיד לו שום דין, שהרי אין לבעל הדרך שום דין ודברים עם השלשה שלא היתה הדרך אצליהם, ואין לו שום דין אלא בעלות על הדרך שלו בכל מקום שנמצאת, והרי אין ההחזרה מפקיעה בעלות זו, שהרי עדיין הדרך שלו, ורק שאינו יכול להחזיק בה שאינו יודע איפוא היא, וזיל הכא קא מדחי ליה וזיל הכא קא מדחי ליה, ועל השלשה שלא היתה הדרך אצליהם הרי מעולם לא היו לו שום זכות ותביעה, ונמצא שלא נפקע שום דין על ידי ההחזרה, ולא הפסיד שום דין שהיה לו מקודם, והמהרש"ל פליג עליהם מן הסברא, דכיון דיש לו דין להחזיק בדרך קצרה, ועל ידי ההחזרה נשאר בלא כלום, הרי זה נחשב מפסיד דינו.

והנה באחד דאתי מכח ארבעה דאתי מכח אחד הרי כשאבדה הדרך כשהיו כל השדות אצל היחיד הראשון זכה בעל הדרך זכות ושעבוד בכל שדותיו מדין דרכי גבך, והרי כל שדותיו משועבדות להדרך האבודה עד שיתן לו דרך, וכשמכר היחיד הראשון שדותיו לארבעה בני אדם נתבטלה זכותו בכל השדות, דזיל הכא קא מדחי ליה זיל הכא קא מדחי ליה, ואין לו טענת דרכי גבך על שום אחד מהם, אולם כשאלו הארבעה חזרו ומכרו השדות ליחיד שני, ס"ל להמהרש"ל דחוזרת וניעורה זכות בעל הדרך בכל השדות שזכה כשעדיין היו השדות אצל היחיד הראשון, דלא נתבטלה זכות זו אלא מפני שנתפרדו השדות זו מזו, והשתא שחזרו ונתחברו ביד יחיד השני חזרה זכותו למקומה, והשתא יש לו תביעה של ממה נפשך דרכי גבך גם משום היחיד הראשון, ועל ידי החזרת השדות להארבעה הרי הוא מבטל אותה הזכות שהיתה לו מכבר, ונמצא דבכחאי גונא אם מחזיר השדות הוא מפסיד דינו שהיה לו מקודם, וגם להיש מפרשים לפי הבנת המהרש"ל יוכל לומר לו לכי תהדר.

אכן נראה דלא זו היא סברת היש מפרשים דלא חשיב מפסיד דינו בהחזרת השדות להאחד, אלא סברת היש מפרשים היא דהחזרת השדות חשיב מפסיד דינו רק כשמגרע דינו ממה שהיה קודם המקח, כגון ההיא דבבא קמא אם רוצה לדחות הניזק אצל זיבורית או בינונית על ידי טענת אי שתקת ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה, דהרי קודם שלקח השדות היה הניזק גובה מן העידית, והשתא על ידי טענת אי שתקת רוצה לדחותו אצל זיבורית, זה נחשב מפסיד דינו, אבל הכא באחד הבא מכח ארבעה לא יוגרע כח בעל הדרך ממה שהיה קודם המקח, דגם קודם המקח לא היה לו דרך, דזיל הכא קא מדחי ליה זיל הכא קא מדחי ליה, אם כן אין זה נחשב מפסיד דינו ויכול לטעון אי שתקת, ולא קשה לפי זה מאחד דאתי מכח ארבעה דאתו מכח אחד, דגם בכחאי גונא אינו מגרע כחו ממה שהיה קודם המקח, ולא איכפת לן כלל במה שהארבעה אתו מכח יחיד הראשון, ולא חשיב מפסיד דינו, ושפיר יכול לטעון אי

שתקת.

ובהמשך הדיבור כתבו התוס' וז"ל: ובחד דאתי מכח חד לא מצי למימר ואי לא
מזבנינא לארבעה דהא פשיטא כיון דלא אתי מכח ארבעה לא שבקינן ליה עכ"ל,
יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ד פי"ז.

פרק טו

בו יבואר למה תסיק אדעתין דבחד דאתי מכח חד יכול השני לטעון אי שתקת שתקת ואי לא מזבנינא ליה לארבעה, אע"ג דפשיטא שהראשון אינו יכול למכור כל השדות להפקיע זכות בעל הדרך משום דאין אדם יכול להבריש נכסיו להפסיד לאחר.

[**יבמות לו:**] מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אמר ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכו' כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה אדמון סבר מצי אמר ליה מכל מקום דרכי גבך הוא ורבנן סברי דאמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדייהו וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בכתובות (דף קט:) בד"ה ורבנן וז"ל: אבל הא לא מצי למימר בחד דאתי מכח חד מזבנינא ליה לארבעה דלא מצית לאשתעווי דינא בהדייהו שלא יכול להפקיע דינו על ידי מכירתו הואיל וקודם שבא לידו לא היה ראוי לומר כן אבל בחד דאתי מכח ארבעה יכול לומר מהדרנא שטרא למרייהו וזכות הבא על ידו יכול להפקיעו ולהעמידו בזכות שהיה לו קודם שבאו לו אלו השדות לידו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה משמעות לשון התוס' היא דחד דאתי מכח חד אינו יכול לומר אי שתקת שתקת ואי לא מזבנינא ליה לארבעה משום דהמוכר לא היה יכול למכור השדות לארבעה, והא דהראשון אינו יכול למכור כל השדות ולהפקיע על ידי כך זכות בעל הדרך הוא משום דלא שבקינן ליה להבריש נכסיו להפסיד לבעל הדרך, כמו שכתבו התוס' בסוגיין, וכן כתבו שאר הראשונים, ותקנת חכמים היא, ואם כן למה כתבו התוס' דחד דאתי מכח חד אינו יכול למכור לארבעה מפני שהראשון לא היה יכול, הלא תקנה זו שייכת בהשני כמו שהיא שייכת בהראשון, ולמה תלו השני בהראשון, הרי בלאו הכא אין להניח להשני להבריש נכסיו ללוקחים אחרים להפסיד לבעל הדרך, ולמה תסיק אדעתין דהשני עדיף מן הראשון וביה לא שייכא התקנה, והתוס' בסוגיין באמת לא תלו השני בהראשון אלא כתבו בפשיטות שאינו יכול לומר ואי לא מזבנינא לארבעה דלא שבקינן ליה, יעו"ש.

ואולי יש לומר דכשהיו השדות אצל הראשון ואבדה בהן הדרך הרי אית ליה לבעל הדרך זכות ושעבוד בכל הנכסים מדין דרכי גבך, וכל השדות משועבדות לבעל הדרך עד שיברר לו דרך, ואם כן פשיטא דלא שבקינן ליה לבעל השדות להבריש נכסיו להפקיע זכות בעל הדרך, אבל כשמכר השדות להשני הרי על כל קנין וקנין היה יכול לדחותו אצל השדות הנשארות אצל הראשון, ולא היה לו לבעל הדרך זכות ושעבוד בהשדה כשהיא ביד הלוקח, אולם כשקנה הלוקח גם שדה הרביעית אז בא בעל הדרך בטענת ממה נפשך דרכי גבך, ולכן היה אפשר לומר דיכול לטעון אי שתקת שתקת ואי לא מזבנינא, אני קבצתי אותן וגרמתי שתוכל לטעון דרכי גבך, ואני אפזרם שלא תוכל לומר דרכי גבך, קא משמע לן דמכל מקום לא שבקינן ליה כי היכי דלא שבקינן ליה להראשון.

פרק טז

בו ידון במקום דשני בעלי דבר טוענים שמא על קרקע שאין לאחד מהם בה חזקת מרא קמא אם יחלוקו או שמניחים הקרקע ביד זה שיושב בה, ויחולק בין היכא דהתובע אין לו טענה אלא על איש אחד או שיש לו טענה על אחד מכמה בני אדם.

[**יבמות לו:**] מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אמר ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכו' בארבעה דאתו מכח ארבעה וארבעה דאתו מכח חד כולי עלמא לא פליגי דמצו מדחי ליה, יעו"ש, ויש להקשות למה לא יבא בעל הדרך אצל אחד מבעלי השדות ויטעון שמא דרכי גבד, וטענת בעל השדה נמי טענת שמא היא, דהא אין שום אדם יודע איפא היא הדרך שנאבדה, והוה ליה שמא ושמא ויחלוקו, וכההיא דספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא, ולא דמי לדר בה חד יומא דנחשב מוחזק, כמו שמבואר בבבא בתרא (דף מא:), יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות שם, דהתם טוען ברי שהבית שלו, אבל הכא הוי חזקה שאין עמה טענה.

ולא דמי למחליף פרה בחמור וילדה ואין ידוע אם קודם הקנין ילדה או אחר הקנין, דהוה ליה שמא ושמא ויחלוקו, ואמרינן בבבא מציעא (דף ק.) וליחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אמר רב חייא בר אבין אמר שמואל בעומדת באגס, יעו"ש, ומבואר דאליבא דרבנן דסומכוס בשמא ושמא אזלינן בתר המוחזק, דכל זה הוא במטלטלין שזה שהחפץ נמצא בידו הוא מוחזק בו, אבל בקרקעות הרי המרא קמא הוא המוחזק, ועל הא גופא אנו דנין, מי הוא המוחזק על מקצת שדה זו שהדרך עוברת בה, ושניהם אינם יודעים וטוענים שמא, ונמצא שעל מקצת השדה ליכא חזקת מרא קמא, רק שלא נתברר איפא הוא המקצת, ועל אותו מקצת בכל מקום שהוא אנו דנים, ושניהם טוענים שמא, ולמה לא נאמר שיחלוקו. ונראה דהיינו טעמא דבכהאי גוונא לא נאמר יחלוקו משום דאיכא שלשה בני אדם אחרים שאולי בשדותיהם נאבדה הדרך, ויכול בעל השדה לדחותו אצל האחרים ולומר לו מאן לימא לך שאתה בעל דבר דידי, דילמא אתה בעל דבר של האחרים בנידון זה, ויכול לדחותו מן הדין תורה לגמרי שלא יצטרך להתדיין עמו כלל, והיינו דינא דזיל הכא קא מדחי ליה זיל הכא קא מדחי ליה, דאינו צריך להתדיין עמו אם אינו יכול להוכיח שהוא בעל דבר דידיה, דכמו שהוא בא אצלו היה יכול לבא אצל האחרים וגם עמהם יהא שמא ושמא, ולכן אינו צריך להתדיין עמו כלל, ועיימש"נ בש"ד פ"ד. היוצא מדברינו דאם אחד היה דר בבית ובא אחר וערער עליו וטען אני חושב שאולי בית זה שלי הוא שירשתיו מאבותי, והלה טוען אולי כדברך אבל אני נכנסתי לבית זה מפני שחשבתי שאולי זהו הבית שירשתי מאבותי, הרי ליכא הכא חזקת מרא קמא, דהא לא ידוע מי הוא המרא קמא, ועל הא גופא אנו דנים, ושניהם טוענים שמא, וליכא בעל דבר אחר שיכול לדחותו אצלו, לכן בעל כרחך צריך להתדיין עמו, והוה ליה שמא ושמא ויחלוקו, והדבר צריך תלמוד.

פרק יז

בו ידון בחד דאתי מכח ארבעה אם החזרת השדות למוכריהן מסלק בעל הדרך ואם יש לחלק בין החזרה למוכריהן למכירה לאחרים, ויחולק בין חד דאתי מכח ארבעה שמכר לארבעה ובין שני יוסף בן שמעון שקנו שדה בשותפות ומכרוה לשני בני אדם.

[יבמות לו:] מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אמר ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכו' כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה אדמון סבר מצי אמר ליה מכל מקום דרכי גבך הוא ורבנן סברי דאמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדייהו וכו', יעו"ש, וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: ועוד היכי קאמר מהדרנא שטרא כלומר כל אחד ידחה לך ולא יהיה לך דרך אלא אם כן תקנה אותה כרצונם בדמים יקרים וכי בשביל חזרת השטר חזר המכר או המתנה והלא צריך לחזור ולמכור להם ואז לא עדיפי ממנו שהוא המוכר ואי עדיפי טפי ומצי מדחי ליה אם כן הוה ליה הלה מפסיד זכותו והיכי שבקי ליה רבנן למעבד הכי ולא קנסינן ליה לפיכך פירשו הם ז"ל דמהדרנא שטרא למרייהו לא אמר כן אלא ליפות טענתו והכי קאמר דכיון דאתי מכח ארבעה וכו' דמה מכר לו ראשון לשני כל זכות שיבא לידו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה פליגי הנמוקי יוסף על מה שכתבו התוס' וז"ל: ובחד דאתי מכח חד לא מצי למימר ואי לא מזבנינא לארבעה דהא פשיטא כיון דלא אתי מכח ארבעה לא שבקינן ליה עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדבריהם דרק למכור לארבעה אחרים לא שבקינן ליה, אבל להחזיר להארבעה מוכרים שבקינן ליה, ואולי מפני שהם מכרו לו השדות באחריות ויצא עליהם ערעור שבקינן ליה להחזיר להם השדות ולבטל המקח, ואע"ג דצריך קנין חדש, וכן משמע בשיטה מקובצת בשם הר"י מטראני, יעו"ש.

וגם אין לומר שהתוס' כוונו למה שכתב הנמוקי יוסף דטענת אי שתקת מהני ואינו יכול לומר לך תהדר דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, דאם כן פשיטא דאם טען שימכור לארבעה אנשים אחרים לא מהני טענתו, דהא ליכא בכהאי גוונא מה מכר ראשון לשני, ולא איצטריך לטעמא דלא שבקינן ליה למיעבד הכי.

ומסתברא טפי דהתוס' ס"ל כדברי הרא"ש בבבא קמא (דף ח.) דדינא דאי שתקת הוא דכל מה שאדם יכול לעשות חשבינן ליה כאילו עשאו, יעו"ש, ולכן מהני טענה דאי שתקת מהדרנא שטרא למרייה, דהא שבקינן ליה לעשות כן, והרי זה כמי שעשאו, אבל למכור לארבעה בני אדם לא שבקינן ליה, ואין זה דבר שיכול לעשות, ועיימש"נ בש"ד פ"י.

והנמוקי יוסף למד דלולי דינא דמה מכר ראשון אין שום נפקא מינה בין החזירן להמוכרים לבין מכרן לארבעה אחרים, דהא גם להמוכרים צריך להקנות בקנין חדש, וצידד בזה אם היתה מהני החזרתו להמוכרים לדחות לבעל הדרך, מתחלה כתב שלא היתה מהני החזרה דלא עדיפי מיניה, ואחר כך כתב דאפילו אם בעצם היתה החזרה מועילה, ובאמת עדיפי טפי מן המוכר ומצו מדחי לבעל הדרך, מכל מקום לא היו רבנן

מניחים אותו לעשות כן להפסיד לבעל הדרך, כנ"ל.

ולסברתו הראשונה, דהחזרה להמוכרים לא היתה מועילה דלא עדיפי מיניה, יש להקשות מהא דאמרינן בגמרא דבארבעה דאתו מכח חד כולי עלמא לא פליגי דמצי מדחי ליה, יעו"ש, ולמה לא אמרינן דלא עדיפי הארבעה מן האחד שמכר להם השדות. ונראה דכיון שנאבדה דרכו אצל המוכר הרי המוכר נתחייב להחזירה או לשלם לו, וחייב זה משעבד כל נכסיו לבעל הדרך, ואע"פ שלא כתבו שטר, דהא אמר רב בבבא בתרא (דף מא.) המוכר שדה בעדים גובה מנכסים משועבדים דלקוחות אינהו אפסידו אנפשיהו ולא דמי למלוה על פה דאינו גובה ממשועבדים דמאן דיזיף בצנעא קא יזיף, יעו"ש, וכיון שכן יכול לגבות דרכו הנאבדה מאיזה קרקע שירצה, ואם אחד מהם קדם בקנינו יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו, כדאיתא בבבא קמא (דף ח:), יעו"ש, ונמצא שלא הרויח כלום בהקנאת השדות לארבעה בני אדם.

וכל זה הוא בחד דאתי מכח ארבעה, דכיון שבאו כל השדות ליד האחד, ובעל הדרך תובע ממנו דרכי גבך ממה נפשך נשתעבדו כל נכסיו לבעל הדרך, שוב לא תועיל לו טענת אי שתקת, דאפילו אם מחזיר השדות למוכריהן לא פקע השעבוד, ולא עדיפי הארבעה ממנו, כמשי"י, אבל בארבעה דאתי מכח חד לא אמרינן דבאותה רגע שבעל הדרך שכח איה היא דרכו מיד נשתעבדו כל שדותיו, שהרי עדיין לא תבעו לדין ולא היה שום נידון על הדרך, ואולי אם יתבענו יתן לו דרך, ונמצא דעדיין לא נתחייב בעל השדות שום חיוב ממון לבעל הדרך דנימא שכל שדותיו נשתעבדו לו, ואם מכר שדותיו לארבעה בני אדם אין על שדותיהם שום שעבוד, ויכולים לדחות לבעל הדרך מזה לזה. ואין להקשות מהא דאמרינן בבכורות (דף מח.) אמר רבי ירמיה זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקחו שדה בשותפות בעל חוב גובה אותה מהם דאמר ליה אי בדידך קא מסיקנא מנתא דידך קא שקילנא ואי בחברך מסיקנא מנתא דחברך קא שקילנא, יעו"ש, ומשמע דאם היו שותפים ומכרו את השדה לשני בני אדם אין הבעל חוב גובה מהם, דתו לית ליה טענת ממה נפשך, ולמה לא נאמר דלא עדיפי הלוקחים מינייהו, שאני התם דלא נשתעבדה כל השדה לחוב זה, דחלק יוסף בן שמעון שלא לזה לא שייך ביה שעבוד כלל, אבל הכא כשבאו השדות ליד אחד ואבדה גביה הדרך, ובעל הדרך תבעו לדין, נשתעבדו כל שדותיו להדרך שנאבדה בהן, ושוב לא תועיל לו החזרה.

ולסברתו האחרונה ס"ל להנמוקי יוסף דאם מכר השדות לארבעה בני אדם יכולים הארבעה לדחות לבעל הדרך, דעדיפי מיניה, כנ"ל, ולצד זה צריך לומר דלא נשתעבדו כל השדות להדרך שנאבדה, ואין לו אלא טענת דרכי גבך על הדרך בכל מקום שהיא, כיון שאינו תובע תשלומין אלא חפץ מסוים, ואם נתחלקו השדות לארבעה בני אדם אין לו טענת דרכי גבך לשום אחד מהם, אי נמי יש לומר דאע"ג דמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים, היינו משום דאית ליה קול והלקוחות אפסידו אנפשיהו, אבל הכא דלמא לא ידעו שנאבדה דרך בהשדות שלקחו.

פרק יח

בו ידון בדברי הנמוקי יוסף דכח טענת אי שתקת באחד הבא מכח ארבעה אינו משום שיכול להחזיר השדות למוכריהן, דבודאי לא יניחוהו חכמים לעשות כן, אלא משום דאמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וידון היאך זה נחשב זכות ממון.

[**יבמות לו:**] מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אמר ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכו' כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה אדמון סבר מצי אמר ליה מכל מקום דרכי גבך הוא ורבנן סברי דאמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדיהו, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אי שתקת שתקת ולא אעלה עליך בדמים יקרים עכ"ל, יעו"ש, והנמוקי יוסף הביא דברי רש"י והקשה עליו היאך יכול להחזיר השדות, הא לא עדיפי מיניה, ואם עדיפי היאך יניחו לו חכמים לעשות כן, ועיימש"נ בש"ד פי"ז.

ופירש הנמוקי יוסף וז"ל: לפיכך פירשו הם ז"ל דמהדרנא שטרא למריהו לא אמר כן אלא ליפות טענתו והכי קאמר דכיון דאתי מכח ארבעה שהפסיד זכותו עמהם כדאמרן הרי נכנס הוא במקומם לגמרי וכאילו החזיר להם שטרותיהם ודן זה עמהם וזכו בדין דמה מכר לו ראשון לשני כל זכות שיבא לידו בין מה שהוא שלו ודאי בין מה שזכה בו מחמת הספק אלמא לרבנן זכותו של זה כזכותם של ראשונים שבא הוא מכחן ממש אע"פ דהוה מצי למימר לזה ארחי גבך מה שאין כן לכל אחד מן הראשונים עכ"ל, יעו"ש.

ויש להבין היאך שייך דין מה מכר ראשון לשני במה שהארבעה היו יכולים לדחותו זה לזה, והלא אין זה זכות אלא מציאות, שכל זמן שלא הביא ראיה יכול כל אחד לומר לאו בעל דברים ידידי את, אבל כשנתרכזו כל השדות ביד אדם אחד נשתנה המציאות ושוב אי אפשר לומר לאו בעל דברים ידידי את, ואם כן היאך אפשר לומר מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וכי איזה זכות באה ליד הראשון שיכול למוכרה להשני.

ונראה לבאר על פי מה ששמעתי ממו"ר הרה"ג רב יעקב משה שורקין זצ"ל דאם יש לאדם חפץ מונח על הלבנה פקעה ממנו בעלותו, דלא שייך בעלות בממון שאינו יכול להגיע אליו וליהנות ממנו, וכמו כן בחד דאתי מכח ארבעה יש לכל אחד מן הארבעה הכח לעקור בעלותו של בעל הדרך, שאם ידחהו אצל האחרים, וכן יעשו גם האחרים, נמצא כאילו דרכו היא על הלבנה, שהרי אינו יכול להגיע אליה, ופקע בעלותו, ונמצא דדחית כל אחד מהם אינה רק מציאות שאינו יכול לתבוע מי שאינו ידוע כבעל דבר שלו, אבל כלפי שמיא עדיין הדרך שלו, אלא דאם יבחור לדחותו הריהו עוקר בעלותו של בעל הדרך אפילו כלפי שמיא, ולפי זה נמצא שיש לו כח לעקור בעלותו של בעל הדרך, או על כל פנים להצטרף עם אחרים לעקור בעלותו, והיינו זכות וכח שהראשון יכול למכור לשני בכלל כל זכות שתבא לידו.

ובהמשך דבריו כתב הנמוקי יוסף וז"ל: והכא נמי קיימא לן כרבי אבא דאע"ג [דלבני] יבם באין מכח מה נפשך מה שאין כן ליבם אמרינן קם ליה דינא וכל שכן הוא

דהתם ברי הוא בתביעתו דודאי יש לו דרך גביה וכמו שתובע לחבירו מנה שלי נתערב במעותיך אבל הכא נהי דאתי עליהו ממה נפשך אינו ברי בתביעתו מאיזה כח הוא בא אם מכח מיתנא אם מכח יבם ובכל טענה מאלו אמרינן ליה אייתי ראייה הלכך אי אמרינן התם הלכתא כרבנן כל שכן דפסקינן הכא כרבי אבא ואמרינן קס דינא עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק דנימא מה מכר ראשון לשני גם ביבם ובני יבם, דכמו שהזכות עוברת על ידי מכירה תעבור נמי על ידי ירושה, ויש לומר דלא היה להיבם כח לדחות הספק מהחצי שבידו, דמה שנטל החצי הוא מפני שבית דין נתנו לו מדינא דחלוקה, והיה זוכה בהחצי רק מפני שלא היה ממה נפשך כנגדו, ולא דמי לארבע שדות, שכל אחד היה לו הכח לדחות לבעל הדרך, ואמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

פרק יט

בו יבוארו דברי הרמב"ם במי שאבדה דרך שדהו והחזיק בדרך ואומר זו דרכי דאין מסלקים אותו, לפי דברי המגיד משנה על ידי שהחזיק בה חזקת שלש שנים, ולפי דברי הכסף משנה בתפיסה בלבד, ויחולק לדברי הכסף משנה דבברי וברי לא מהני תפיסתו.

[יבמות לז:] מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אמר ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכו', יעו"ש, וכתב הרמב"ם פט"ו טוען ונטען הלי"א וז"ל: מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו וכו' וכן אם היו ארבע השדות לאיש אחד שקנה אותן מארבעה אין לו עליו דרך שהרי אומר לו עתה אם אחזיר לכל אחד שטרו אין אתה יכול לעבור על אחד מהן ואני קניתי מכל אחד מהן כל זכות שיש לו אבל אם היה בעל ארבע שדות המקיפו איש אחד והוא בעל המצר שלה מתחלה ועד סוף הרי זה אומר לו מכל מקום דרכי עליך וילך לו בקצרה באי זו שדה שירצה בעל השדה וכן כל כיוצא בזה ואם החזיק בדרך ואומר זו היא דרכי אין מסלקין אותו ממנה אלא בראיה ברורה עכ"ל, יעו"ש.

וכתב המגיד משנה וז"ל: ומה שכתב ואם החזיק בדרך וכו' נראה שהוא כשמחזיק בו שיעור חזקה כדינו הא לאו הכי ודאי לאו כל כמיניה להחזיק בעל כרחו של זה וזה ברור עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאין מסלקים אותו רק כשהחזיק בדרך בחזקת שלש שנים, אבל הכסף משנה פליג וז"ל: אין דברי הרב המגיד נראין בעיני דאם כן פשיטא אלא בשאחר שאבדה לו דרך שדהו אמר שהכירה והחזיק בה אפילו בעל כרחו של זה אין מסלקין אותו ממנה וטעמא משום דודאי דרכו אצל זה היא כשמחזיק בדרך ואומר זו היא דרכי אין בידינו לסלקו ממנה אלא בראיה ברורה עכ"ל, יעו"ש.

וליישב דברי המגיד משנה אולי יש לומר דיש כאן חידוש בהא דמועילה לו חזקת שלש שנים, שהרי הכא אינו טוען לקוחה היא בידי אלא טוען שהוא המרא קמא, והיה אפשר לומר דזוהי חזקה שאין עמה טענה, דכיון דנקטינן שבעל השדה הוא המרא קמא וכל השדות הן בחזקתו אין להוציא מידו אלא בטענת מכירה וכדומה שאינה מכחשת בעצם החזקת מרא קמא, ועל ידי חזקת שלש שנים עוברת הקרקע מן המרא קמא להמוחזק, מה שאין כן הכא שהוא מכחיש המרא קמא מכל וכל טענתו בטלה ולא מועילה לו חזקת שלש שנים, ולהוציא מסברא זו כתב הרמב"ם דשפיר מועילה לו חזקת שלש שנים.

והלחם משנה ביאר דלפי דברי המגיד משנה דהחזיק בחזקה גמורה של שלש שנים איכא למימר דבדברים אלו קאי הרמב"ם גם על חלוקות הראשונות שהיו שדות אלו לארבעה אנשים, אבל לדברי הכסף משנה דהחזיק בלא חזקה מעליא לא קאי הרמב"ם אלא על חלוקה בתרא דהיו השדות לאיש אחד, ודין הוא דנותן לו דרך באיזו שירצה, ומכל מקום אם החזיק בדרך ואומר זוכר אני אין מסלקים אותו, ועל מה שכתב הכסף משנה אפילו החזיק בעל כרחו של בעל השדות הקשה הלחם משנה דלמה יוכל להחזיק בעל כרחו, ויותר ניחא ליה לפרש דהחזיק והלה שתק ולא מיחה, ולכן אין מסלקים

אותו, דאע"ג דלא החזיק שלש שנים, מכל מקום בכהאי גוונא אמרינן דשתיקה כהודאה, יעו"ש.

ואולי יש ליישב דברי הכסף משנה דאם בעל הדרך טוען ודאי ובעל השדה טוען שמא נותן לו כל מה שירצה, דהשדות הם בחזקת בעל השדות, והוא נחשב המרא קמא, ואין להוציא ממנו אלא בראיה, אבל אם בעל הדרך תפס לו דרך בעל כרחו, והרי הוא מוחזק בה וטוען שהוא המרא קמא האמיתי ולא השני, הרי ליכא כנגדו חזקת מרא קמא גמורה, דבעל השדה מסופק וטוען שמא, ואפילו לפי טענתו שפיר שייך שדרך זו היתה בחזקת בעל הדרך מתחלתה, בכהאי גוונא נתעורר ספק בעצם החזקת מרא קמא, ונשאר הדרך ביד בעל הדרך שהוא המוחזק, והיינו מה שכתב הכסף משנה דודאי דרכו אצל זה, כנ"ל, וכיון שכן ליכא חזקת מרא קמא גמורה כנגדו, כמש"נ. והנכון דגם לפי דברי הכסף משנה אם החזיק בעל כרחו וטוען אני זוכר שזו היא דרכי, ובעל השדה טוען אני זוכר בודאי שאין זו דרכך, דמסלקים לבעל הדרך ובעל השדה נותן לו באיזו שירצה, דאז החזקת מרא קמא של בעל השדה גמורה, ואין להוציא ממנו אלא בחזקת שלש שנים, וענין זה תלוי במחלוקת הרשב"ם והתוס' בבבא בתרא (דף לב:) בד"ה והלכתא, יעו"ש, ועיימש"נ בהגהות אביר יוסף לספר תקפו כהן סי' ו'.

פרק ב

בו יבואר מחלוקת תוס' והרשב"ם ביסוד דין אין ספק מוציא מידי ודאי אם הוא מפני שיש לו דין יורש ודאי או משום שיש לו מקצת הנכסים בודאי, ויתיישב להרשב"ם הא דבשנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי לא אמרין אין ספק מוציא מידי ודאי.

[יבמות לח.] ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא ספק אמר האי גברא בר מיתנא הוא ופלגא דידי הוא יבם אמר את בראי דידי את ולית לך ולא מידי הוי יבם ודאי וספק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: הוי יבם ודאי יורש ויודע מכח מי הוא בא ומוחזק בנכסים וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה הוי יבם ודאי וספק ספק וז"ל: פירש בקונטרס ודאי שיודע מאיזה כח הוא בא ומוחזק בנכסים וכו' משמע מתוך פירושו דקרי ודאי מה שודאי נוטל חלק בנכסים ובפרק מי שמת (בבא בתרא דף קנח:) גבי הא דתנן נפל הבית עליו ועל אמו אלו ואלו מודים שיחלוקו פירש רבינו שמואל שיחלוקו יורשי האם דהיינו אחי האם מאביה עם יורשי הבן היינו אחי הבן מן האב ראובן ולא רצה לפרש יורשי האם בני האם דהיינו אחי הבן מן האם דהיינו בנימין דאם כן הוה ליה בנימין ודאי וראובן ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ואין נראה כלל דאטו מפני שהוא ודאי במקצת הנכסים יהא ודאי בכולן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה עיין מה שכתבו התוס' בריש בבא מציעא (דף ב.) על הא דתנן שנים אוחזין בטלית וכו' זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי וכו' זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע, וכתבו התוס' בד"ה זה נוטל רביע וז"ל: ואם תאמר ונימא דאין ספק מוציא מידי ודאי דהאומר כולה שלי יש לו בודאי חציה והאומר חציה שלי ספק אם יש לו בה כלום כדאמרין בפרק החולץ (יבמות דף לח.) ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא וכו' ויש לומר דהתם יבם שהוא בנו של סבא הוי ודאי יורשו ולא יוציא הספק מספק ממונו אבל הכא אין סברא מה שהוא ודאי בחציו שיועיל לו לחציו השני עכ"ל, יעו"ש, והתוס' בקושיתם למדו כשיטת הרשב"ם דכל שיש לו מקצת בודאי זוכה בכולו, כנ"ל, ומשום הכי הקשו מזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, ובתירוצם פליגי על שיטת הרשב"ם, ומה שיש לו מקצת אינו מאשרו בכל השאר, וטעמא דהיבם חשיב ודאי משום שהוא ודאי יורשו של הסבא, וגם בסוגיין הקשו התוס' על הרשב"ם ממשנה דבבא מציעא אלא שלא פירשו סברת אין ספק מוציא מידי ודאי, ובבבא מציעא פירשוהו, וכן משמע נמי מדברי הרא"ש בסוגיין, יעו"ש.

והסברא לפי שיטת התוס' היא דכל יורש יש לו דין לירש כל נכסי המוריש, והיכא דאיכא שני יורשים לא אמרין דכל אחד יש לו זכות ירושה בחצי הנכסים, והרי הם ככל שותפים שכל אחד יש לו בעלות בחצי הנכסים אלא שחלקיהם מעורבים זה בזה, אכן בירושה הדין הוא דכל אחד יש לו זכות ירושה בכל הנכסים כולם, אלא דכיון דאי אפשר ליתן כל הנכסים לזה וכל הנכסים לזה בעל כרחך צריכים לחלוק הנכסים

ביניהם, אבל בעצם יש לכל אחד זכות גמורה ודאית לגבי כל הנכסים, ומשום הכי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא הרי היבם יש לו זכות ודאית בכל הנכסים, ורק דנסתפקא לן אם הספק הוא בן המת וגם לו יש זכות גמורה בכל הנכסים כולם, ונמצא דהיבם הוא ודאי יורש, והספק הוא ספק יורש, ואין ספק מוציא מידי ודאי. ואע"ג דסוף סוף הרי הספק שקול לפנינו על חצי נכסי הסבא אם היבם יורשו או הספק יורשו, ואין אחד מוחזק יותר מחבירו בנכסים אלו המוטלים בספק, מכל מקום אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, והרי הוא יותר מוחזק בעצם הנכסים כיון שהוא ודאי יורשו של הסבא, ואין להוציאו ממנו מספק בלי ראיה, ויורש כל הנכסים. אבל הרשב"ם לית ליה הך סברא, אלא ס"ל דכיון שיש לו מקצת הממון ממילא הוה ליה מוחזק על השאר, דהנה דין המוחזק הוא זה שיש סמך לדבריו שהממון שלו, ואם מוחזק בהממון ותפוס בו הרי זה סמך שהממון שלו, והיכא דאיכא דררא דממונא הרי יש לכל אחד מהבעלי דין סמך לדבריו שהממון שלו, ומשום הכי כתבו התוס' בבבא מציעא (דף צז:) בד"ה לימא וז"ל: ויש לומר דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו עכ"ל, יעו"ש, דהיכא דאיכא דררא דממונא הרי בעצם יש סבה לומר בין לזה ובין לזה שהממון שלו גם בלי טענותיו, ומשום הכי שניהם נחשבים מוחזקים, וסומכוס ס"ל דמוחזק הזה מוציא אפילו ממוחזק דאחיה וממוחזק דחזקת מרא קמא, וחכמים ס"ל דמוחזק דאחיה ומוחזק דחזקת מרא קמא עדיפי, ועיימש"נ בש"ד פ"א.

והתוס' בבבא מציעא סבירא להו בקושיתם כסברת הרשב"ם, ולכן הקשו בזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי נימא אין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי לזה האומר כולה שלי יש לו בעלות בודאי על חצי הטלית, ואין בעלותו מבוררת קודם החלוקה, וכדאמרינן שם (דף ז:) מאי חזית דפלגת הכי פלוג הכי, יעו"ש, וכיון שכן יש לו תפיסה בכל הטלית, וגם בחלק המוטל בספק, כמש"נ, וסבירא להו להתוס' דתפיסה זו על ידי בעלות ודאית עדיפא מתפיסת השני בפועל, ואם כן נימא אין ספק מוציא מידי ודאי ויקח כל הטלית, ולכן חזרו בהם מסברא זו בתירוצם, וכתבו פירוש אחר בדין אין ספק מוציא מידי ודאי, כנ"ל.

וליישב שיטת הרשב"ם יש לומר דס"ל דתפיסה בפועל עדיפא מתפיסה על ידי בעלות ודאית במקצת, ולכן לא שייך דין אין ספק מוציא מידי ודאי בשנים אוחזין בטענת ברי, ועיימש"נ בדברי הנמוקי יוסף בש"ד פכ"ב, אי נמי יש לומר דלא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי אלא בדררא דממונא ששניהם מוחזקים גם קודם טענותיהם, ואהני אין ספק מוציא מידי ודאי לאלם כח המוחזק של הודאי, וכמו שכתב רש"י לעיל (דף לו:) בד"ה ספק ובני יבם וז"ל: הספק מוחזק בהן ביותר וכו', עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"א.

והנה עיין בבבא בתרא (דף קמא.) זכר תחלה מאתים נקבה אחריו ולא כלום נקבה תחלה מנה זכר אחריה מנה וילדה זכר ונקבה ולא ידעינן הי מינייהו נפק ברישא זכר שקיל מנה ממה נפשך אידך מנה הוה ממון המוטל בספק וחולקין, יעו"ש, ויש להקשות

לשיטת הרשב"ם דכל שיש לו בודאי מחצה הממון והשני הוא ספק בחצי הממון אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, למה הוי המנה השניה ממון המוטל בספק וחולקים, והלא הזכר יש לו בודאי החצי, והנקבה היא בספק דלמא אין לה כלום, ונימא אין ספק מוציא מידי ודאי.

ונראה דהא דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי כשיש לו חצי בודאי היינו רק כששני החציים מצורפים לחד כולה, כגון בספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, דאנו דנים על כל הנחלה ביחד, או בשנים או חזים בטלית, לפי מה שהקשו התוס', כנ"ל, אבל הכא כל מנה ומנה הוי מתנה בפני עצמה, ואינן מצורפות יחד, ולכן מה שהזכר הוא ודאי על מנה אחת אינו מחזיקו במנה השניה, ולפי זה אולי יש ליישב באופן אחר קושית התוס' משנים או חזים בטלית על שיטת הרשב"ם, דיש לומר דאע"ג דשני חציי הטלית מחוברים במציאות אינם מחוברים בדין, ויש לדון על כל חצי בפני עצמו, שחצי זה מתעצמים בו וחצי השני אינם מתעצמים בו, ולכן מה שהוא ודאי על החצי אינו מחזיקו בחצי השני.

פרק כא

בו יבואר דרש"י ס"ל כשיטת הרשב"ם דדין אין ספק מוציא מידי הוא מפני שיש לו מקצת הממון בודאי, ויבואר היאך שייך דין זה בספק זינתה דלביט שמאי משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי אין היורשים שהם ספק מוציאים ממנה כיון שהיא ודאי.

[יבמות לח.] ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא וכו' הוי יבם ודאי וספק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: הוי יבם ודאי יורש ויודע מכח מי הוא בא ומוחזק בנכסים ולא דמי לההיא דרב משרשיא דלעיל דהתם אע"ג דספק אית ליה זכיה בנכסים ממה נפשך אפילו הכי לא חשיב ודאי דלא ידע מכח מי הוא בא לירש מכח מה הוא בא עליהן עכ"ל, יעו"ש.

והנה התוס' בד"ה הוי יבם ודאי דייקו מלשון רש"י דס"ל כשיטת הרשב"ם בבבא בתרא (דף קנח:) דדין אין ספק מוציא מידי ודאי הוא דכיון שיש לו מקצת הממון בודאי זוכה נמי בשאר הממון כנגד הספק, ועיישמ"נ בש"ד פ"כ, והדיוק הוא ממה שכתב שבדאי הוא מוחזק בהנכסים, וכן מדויק מלשון רש"י לקמן (דף לח:) בענין זכות הבעל בנכסי מלוג של ספק נשואה, וז"ל: איהי ודאי שהקדן שלה ממה נפשך הלכך אלימא חזקה דילה עכ"ל, יעו"ש.

אכן עיין בגמרא שם קסברי בית שמאי שטר העומד לגבות כגבוי דמי ומנא תימרא דתנן מתו בעליהן עד שלא שאלו בית שמאי אומרים נוטלות כתובתן וכו' והא הכא דספק הוא ספק זנאי ספק לא זנאי וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי אלא שמע מינה שטר העומד לגבות כגבוי דמי, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: אלא לאו שמע מינה קסברי בית שמאי שטר העומד לגבות כגבוי דמי וכיון שמת עמדו הנכסים מיד בחזקת האשה ויורשים קאתו לאפוקי מינה משום ספק זנאי ולא אתי ספק ומוציא מידי ודאי עכ"ל, יעו"ש, ולמד רש"י דעל ידי דין שטר העומד לגבות כגבוי דמי נעשה בעל השטר כודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי, וקשה לפי זה דאם רש"י ס"ל כשיטת הרשב"ם דדין אין ספק מוציא מידי ודאי היינו דמספק אין להוציא ממי שיש לו מקצת הממון בודאי, וכמו שהבינו התוס' בדברי רש"י, כנ"ל, היאך שייך דין אין ספק מוציא מידי ודאי לגבי שטר העומד לגבות כגבוי דמי, הרי אין לבעל השטר מקצת הממון בודאי.

ונראה ליישב עפ"ימ"נ בשיטת הרשב"ם ש"ד פ"כ דכל שיש לו מקצת נעשה מוחזק על הכל הואיל ולא נתברר חלקו, ונמצא לפי זה דדין אין ספק מוציא מידי ודאי הוא בהמוחזקות, דכיון שיש לו סבה ודאית להיות מוחזק על השאר הואיל ויש לו בעלות גמורה בהמקצת, כמ"נ, אם כן אין הספק בהממון מעכב בדין מוחזק שלו, שאין ספק מוציא מידי ודאי, וממילא זוכה בכל הממון מדין מוחזק, ולפי זה הוא הדין בספק סוטה, שהרי יש לה סבה ודאית להיות מוחזקת בכתובתה הואיל ושטר העומד לגבות כגבוי דמי, אם כן אע"פ שעכשיו נולד ספק בהשטר דילמא זינתה ונתבטל השטר והמוחזקות, אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ועדיין מוחזקת בכתובתה ונוטלת את

הכל.

פרק כב

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף דלא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי אלא בירושה ולא בשנים אוחזים בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, ויתבאר דדין ספק נשואה בפירות נכסי מלוג דומה לירושה ולא לאוחזים בטלית כיון שהקרן ודאי שלה.

[יבמות לח.] ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא וכו' הוי יבם ודאי וספק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה הוי יבם דשיטת רש"י היא כשיטת הרשב"ם דדין אין ספק מוציא מידי ודאי הוא דיש לו מקצת הנכסים בודאי, והקשו כמה קושיות על שיטה זו, וגם הקשו מהא דתנן בריש בבא מציעא (דף ב.) זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי וכו' זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע, יעו"ש, ואם כדברי הרשב"ם דכל שיש לו חצי מן הממון בודאי זוכה בשאר הממון המוטל בספק, והיינו דין אין ספק מוציא מידי ודאי, אם כן זה שאומר כולה שלי בודאי יש לו החצי, ולמה אינו זוכה בכל הטלית, ועיימש"נ בש"ד פ"כ.

והנמוקי יוסף יישב קושיא זו וז"ל: הוי יבם ודאי כי אפילו לדברי הספק היבם ודאי הוא בנכסים ליטול פלגא מיהת וכיון שכן אין אומרים שיחלוקו חצי האחר אלא אמרינן שעומדין כל הנכסים ברשותו כי הוא יורש ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי דאמר ליה הבא ראייה דאת יורש ושקול ודוקא בהא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי מטעמא דאמרן אבל בדבר שהאחד ודאי שלא מחמת ירושה אין אומרים כן וכל שכן אם ודאו של זה מחמת הודאת חברו שאין אומרים כן אלא נוטל מה שהודה וחולקים השאר כדינם כדמוכח ריש מציעא זה אומר כולה שלי וכו' ולפי מה שאמרו שאין אומרים כן אלא ביורש אפילו יש לשם עדים לאחד מהן שהמחצה שלו אין אומרים בו אין ספק מוציא מידי ודאי וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו שני אופנים ליישב קושית התוס', חדא דהתם יש לו המחצה בודאי על ידי הודאת השני, ובזה לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, והוי כעין דינא דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ועוד דבכלל אין אומרים אין ספק מוציא מידי אלא בירושה בלבד, וצריך עיון בטעמא דמילתא.

אולם קשה לדבריו מהא דאמרינן בגמרא לקמן (דף לח.): אלא אמר רבה אידי ואידי דנפלה כשהיא נשואה וזיקת נשואה עושה ספק נשואה רישא דאיהי קיימא הוה לה איהי ודאי ואינהו ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: איהי ודאי שהקרן שלה ממה נפשך הלכך אלימא חזקה דילה עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דבספק פירות בנכסי מלוג אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ואע"ג דלא הוי מילתא דירושה.

ונראה דהנמוקי יוסף צירף סברת התוס' לסברת הרשב"ם, דהתוס' ס"ל דדין אין ספק מוציא מידי ודאי הוא דזה שהוא יורש ודאי יש לו דין יורש בכל הנכסים, ורק שאם יש עוד יורשים שיש להם דין יורש בכל הנכסים צריך לחלוק עמהם, אמנם מצד עצמו בעצם יש לו דין יורש בודאי בכל הנכסים, ואין יורש ספק מוציא מידו, אבל

הרשב"ם ס"ל דכל שיש לו בעלות על מקצת הממון יש לו דין מוחזק על השאר, ועיימש"נ בש"ד פ"כ, ונראה דהנמוקי יוסף ס"ל דלא אמרינן דעל ידי בעלות במקצת נעשה מוחזק על הכל אלא כשיש לו דין ודאי גם לגבי השאר, רק אז אמרינן שהוא נחשב מוחזק, אבל אם אין לו זכיה ודאית על השאר לא מהני ליה מה שיש לו בעלות ודאית להחזיקו על השאר, והיינו כונתו במה שכתב דדוקא גבי ירושה אמרינן דמי שיש לו חלק בהממון נעשה מוחזק על הכל, דבירושה הרי יש להיורש ודאי דין ירושה לגבי כל הנכסים אף במקום שיש גם יורש אחר, וכמש"נ, ולכן מהני בעלות במקצת להחזיקו, כמש"נ, אבל בשנים אוחזים בטלית הרי זה שטוען כולה שלי, ויש לו החצי בודאי, אין לו שום זכיה ודאית בשאר הטלית, אלא תרוייהו שוים בו, ומשום הכי לא אהני לו מה שמקצת הטלית ודאי שלו להחזיקו גם בשאר הטלית דנימא אין ספק מוציא מידי ודאי.

ובענין זה הרי ספק נשואה בנכסי מלוג דומה לירושה ולא לשנים אוחזים בטלית, דגוף הנכסים בודאי שלה הן, וממילא יש לה דין ודאי לזכות בכל הפירות, אלא דאיכא למימר דהפירות משועבדים לבעלה, והרי זה דומה לדין ספק ויבם בנכסי סבא, דאיברא דהשתא ספק לפנינו אם היא נשואה או לא, ואם הפירות שלה או של בעלה, מכל מקום דין דידה לגבי הפירות הוא ודאי ודין ידידה ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ודומה לדין ירושה, כמש"נ.

והנה רש"י ס"ל כשיטת הרשב"ם, כמש"נ בש"ד פכ"א, וקשה לדידה קושית התוס' משנים אוחזים, כנ"ל, ולכאורה היה אפשר ליישב דברי רש"י כפירוש הנמוקי יוסף דלא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי אלא בירושה וכדומה, דבעינן בעלות ודאית על מקצת הממון ודין ודאי על השאר, כמש"נ.

אכן עיין ברש"י ד"ה הוי יבם ודאי שהקשה למה לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי בההיא דרב משרשיא דספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא, דהא ממה נפשך יש להספק חלק בנכסי מיתנא, או כבן המת או כבן היבם, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"ד, ואם רש"י ס"ל כסברת הנמוקי יוסף דבעינן נמי דין ודאי על השאר, הרי זה הספק הבא רק בטענת ממה נפשך אין לו דין ודאי על השאר, ודלא כסברת התוס' בבבא מציעא שם, ואולי לזה כוון רש"י במה שכתב לתרץ דלא חשיב ודאי כיון דלא ידע מכח מי ומכח מה הוא בא לירש, יעו"ש, אי נמי יש לומר דלית ליה סברת הנמוקי יוסף, והוא יתרץ קושית התוס' דלא עדיף דין אין ספק מוציא מידי ודאי מתפיסת השני בפועל, ועיימש"נ בש"ד פ"כ.

פרק כג

בו יבואר לענין ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי סבא דאע"ג דמי שיש לו טענת ממה נפשך לא נחשב ודאי לדחות הספק מדין אין ספק מוציא מידי ודאי גם אין לו דין ספק שיוכל הודאי לדחותו מדין אין ספק מוציא מידי ודאי.

[יבמות לח.] ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי סבא ספק אמר ההוא גברא בר מיתנא הוא ופלגא דידי הוא ובני יבם אמרי אחונא את ומנתא אית לך בהדן פלגא דקמודי להו שקלי תילתא דקא מודו ליה שקל פש להו דנקא הוי ממון המוטל בספק וחולקין, יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: ואם תאמר אמאי פליג ספק באידך ממונא הוה לן למימר דבני יבם במקום אבוהון קיימי בכל חילוק שיש ביניהם כי אביהם היה ודאי יורש הסבא והספק ספק והבנים במקום אביהם קיימו ואי משום דהכא ממה נפשך יש לו זכיה במקצת הנכסים הא כבר בררנו דמשום הכי לא יפה כחו בממון שהוא טוען עליו ספק ויש לומר כשהספק דן עם היבם בנכסי סבא יפה כח היבם כי לדבריו אין ספק יורש של הסבא אבל כשהוא דן עם בני היבם גם לדבריהם הוא יורש של הסבא אלא שהם אומרים מכח היבם והוא אומר מכח מיתנא הלכך הדבר שקול ויחלוקו הספק שביניהם עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בקושית הרא"ש דהא לא דמי הנידון שבין ספק ויבם להנידון שבין ספק ובני יבם, דהרי במקום היבם עצמו יש להסתפק אם הספק יורש כלל, דאם הוא בן היבם אינו יורש כלום, אבל כשמת היבם ובאו הספק ובני יבם לידון על נכסי סבא הרי הספק יש לו דין לירש ממה נפשך, או כבן המת או כבן היבם, ואם סברת הרא"ש היא דממה נפשך לא מהני, וכדברי רב משרשיא לעיל (דף לו:), אם כן היה לו להביא דברי רב משרשיא בקושיתו, וגם בתירוצו שכתב דהא ספק הוא יורש ודאי של הסבא, והיינו משום ממה נפשך, היה לו לחלק בין ממה נפשך זה להממה נפשך דרב משרשיא. ונראה דקושית הרא"ש היא דאם נידון על משמוש הנכסים, אם עברו להיבם בקברו או גם להמת בקברו אם השאיר בן, לענין זה נימא דאין ספק מוציא מידי ודאי, ונימא דהנכסים ודאי עברו להיבם ולא להמת, וממילא כשדנין על נכסי הסבא כשהם בידי בני היבם הרי הם ודאים והספק ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ולא איכפת לן במה שהספק יורש את הסבא ממה נפשך, דאם נקטינן שהנכסים עברו להיבם בקברו שוב אין לו להספק ממה נפשך לגבי נכסי הסבא.

ועל זה תירץ הרא"ש שהספק הוא ודאי יורש של הסבא, ממה נפשך או כבן המת או כבן היבם, ולכן אין לנו לדון מתחלה על משמוש הנכסים ולקבוע שעברו להיבם, אלא דנים פעם אחת על הירושה, והרי כמו שהם ודאים גם הוא ודאי יורש, ואע"ג דממה נפשך לא נחשב ודאי לרב משרשיא, וצריך לידע מכח מי הוא בא לירש, היינו דוקא כשהממה נפשך הוא כנגד ספק ורוצה לדחותו מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, אז אמרינן דאין לו דין ודאי לדחות את הספק, אבל לאידך גיסא אם הממה נפשך הוא כנגד מי שהוא ודאי גמור, והודאי רוצה לדחות הממה נפשך מדין אין ספק מוציא מידי

ודאי, בכהאי גוונא אין הממה נפשך נחשב כספק, ואין הודאי יכול לדחותו, דאין זה נחשב שהוא מוציא נחלה מחזקתה מספק, שהרי ממה נפשך יש לו זכות בנחלה זו.

פרק כד

בו יבואר שיטת המהרש"ל דאף דבספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא אמרינן קם דינא, בספק וסבא שבאו לחלוק בנכסי יבם בכהאי גונא לא אמרינן קם דינא וזוכה הספק בחצי נכסי המת דממה נפשך הוא בן המת או בן היבם.

[יבמות לח.] סבא ויבם בנכסי ספק או ספק וסבא בנכסי יבם הוי ממון המוטל בספק וחולקין, יעו"ש, וכתב הקרבן נתנאל אות ש' וז"ל: ספק וסבא בנכסי יבם חולקין ונראה היכא שחלקו היבם עם הספק בנכסי המת ונטל כל אחד חלקו ובאים עכשיו לחלוק בנכסי היבם אז יאמר הספק ממה נפשך לית לך חלק באותו החצי שנטל היבם מנכסי המת אם אני בנו אני יורשו ואם אני בן המת נמצא שלקח היבם חלקו שלא כדין מהרש"ל בים של שלמה סי' י"ב, ע"ש באורך, ולא כן עמדי דאמרינן קם דינא כי הסבא אומר כבר זכה בני בדין ועכשיו אייתי ראיה שאתה בר יבם עכ"ל, יעו"ש.

הרי שנחלקו הקרבן נתנאל והמהרש"ל בספק וסבא שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם עם הספק בנכסי מת, המהרש"ל ס"ל דהספק יכול לתבוע שיוחזר לו אותו החלק דממה נפשך הוא שלו, או כבן המת או כבן היבם, וממה נפשך אין לסבא כלום באותו חלק, והקרבן נתנאל חולק עליו וס"ל דאמרינן קם דינא על אותו חלק, ונעשה כשאר ממון היבם שהספק והסבא חולקים ביניהם, וצריכים להבין דברי המהרש"ל דהא קיימא לן דקם דינא, וכההיא דלעיל (דף לו:) גבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא, יעו"ש, ומאי שנא בספק וסבא שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג בנכסי מיתנא דלא אמרינן קם דינא, וכמו שהקשה הקרבן נתנאל.

ונראה ליישב דברי המהרש"ל עפ"י מש"נ בש"ד פ"ח דדין קם דינא היינו שכיון שנפסק הדין נעשה ממנו סתם, ואע"ג דנשתנה המצב והשתא יש לו טענות חדשות אין חוזרין ודנים על הממון, ובזה חלוק ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דנטל חלק בנכסי מת מספק וסבא שבאו לחלוק בנכסי יבם, דבספק ובני יבם הרי עדיין מסופקים אנו על חלק שנטל היבם אם כדין נטל או לא, אלא דמתחלה היה ממון המוטל בספק בלי שום טענות נוספות וחלקו הספק והיבם הממון ביניהם, ולאחר שמת היבם עדיין לא נתברר לן שיש לספק זכות ודאית על אותו חלק, ורק שבא בטענת ממה נפשך לגבי נכסי היבם, ותובע ליטול או חלק בנכסי היבם או שיחזירו לו חלק שנטל בנכסי המת, ואיברא דטענה מעליא היא, מכל מקום עדיין בא ליטול מדין ספק, וכבר דנו על הספק וקם דינא, ואין להחזיר הדין מפני שטענותיו נשתפרו, אבל בספק וסבא הרי השתא אינו בא ליטול החלק שנטל היבם בנכסי המת מדין ספק, אלא הוא טוען שהוא ודאי שלו, או כבן המת או כבן היבם, והצדק עמו, ובכהאי גונא ס"ל להמהרש"ל דשפיר יש להחזיר הדין הואיל ועל ידי כך יעלה ממנו פסק ודאי ולא פסק מדין ספק.

פרק כה

בו יבואר דמי שנפל הבית עליו ועל אביו היורשין יש להן דין ודאי מכח ממה נפשך כלפי בעל חוב שמחוסר גוביינא, ואע"ג דאינם יודעים מכח מי באים לירש, ולא דמי לספק ובני יבם בנכסי מיתנא שאין הספק נחשב ודאי כלפי בני היבם מכח ממה נפשך.

[**יבמות לח:**] והתנן נפל הבית עליו ועל אביו וכו' יורשי האב אומרים הבן מת ראשון וכו' ובעל חוב אומר האב מת ראשון וכו' בית שמאי אומרים יחלוקו וכו' והא הכא יורשי האב ודאי ובעל חוב ספק וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: יורשי האב ודאי מוחזקים שבאין מכח ירושה ודאית שאפילו אם האב מת ראשון נכסי הבן מסתמא נופלים לפני יורשין דאילו בעל חוב מיחסר גוביינא עד שיחזיקוהו בית דין בהם עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר דיורשי האב נחשבים ודאים הואיל וממה נפשך דינם לירש, דאם הבן מת ראשון הם יורשים נכסי האב, ואם האב מת ראשון והבן ירש נכסיו הרי הם יורשיו של הבן, ומשום הכי הם מוחזקים בהנכסים, ויש לדקדק דהא אמר רב משרשיא לעיל (דף לז:): דמי שבא מכח ממה נפשך לא חשיב ודאי לגבי דין אין ספק מוציא מידי ודאי, דבעינן שיודע מכח מי בא לירש, כמו שכתב רש"י שם, ואם כן למה נחשבים יורשי האב ודאים, והלא אין יודעים מכח מי באים לירש.

ונראה דשאני הכא דלא נולד הספק אלא כשבא בעל חוב לבית דין, דהא השטר מחוסר גוביינא, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, ובאותה שעה כבר ידעינן שיורשי האב בודאי יורשים נכסי האב, וממילא יש להם דין ודאי לגבי הבעל חוב, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ולא איכפת לן שאיתחזקו ונעשה ודאי על ידי סברת ממה נפשך, אבל בההיא דרב משרשיא הרי נולד הספק מיד בשעת מיתתה, ואז אמרינן דאם אינו יודע מכח מי בא לירש אין לו דין ודאי מעיקרו לדחות הספק מן הירושה.

פרק כו

בו יבואר מחלוקת רש"י והרשב"ם בנפל הבית עליו ועל אביו אליבא דבית שמאי
דסבירא להו שטר העומד לגבות כגבוי דמי, דלרש"י יורשי האב והבעל חוב חשיבי ספק
וספק אבל לרשב"ם יורשי האב והבעל חוב חשיבי ודאי וודאי.

[יבמות לח:] ולבית שמאי אין ספק מוציא מידי ודאי והתנן נפל הבית עליו ועל אביו
עליו ועל מורישיו והיו עליו כתובת אשה ובעל חוב יורשי האב אומרים הבן מת ראשון
ואחר כך מת האב ובעל חוב אומר האב מת ראשון ואחר כך מת הבן בית שמאי
אומרים יחלוקו ובית הלל אומרים נכסים בחזקתן והא הכא יורשי האב ודאי ובעל חוב
ספק וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי קסברי בית שמאי שטר העומד לגבות כגבוי דמי
ומנא תימרא דתנן מתו בעליהן עד שלא שטו בית שמאי אומרים נוטלות כתובתן וכו'
והא הכא דספק הוא ספק זנאי ספק לא זנאי וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי אלא שמע
מינה שטר העומד לגבות כגבוי דמי, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: אלא לאו שמע מינה קסברי בית שמאי שטר העומד לגבות כגבוי
דמי וכיון שמת עמדו הנכסים מיד בחזקת האשה ויורשים קאתו לאפוקי מינה משום
ספק זנאי ולא אתי ספק ומוציא מידי ודאי דאי לא כגבוי דמי וטעמא דאתי ספק
ומוציא מידי ודאי הוא [כלומר דלא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי] הוה להו
למימר יחלוקו ונשווי ספק כודאי וכו' וגבי נפל הבית קאמרי יחלוקו דכי נמי אמרינן
כגבוי דמי לא מצינו לבעל חוב לשוויי ודאי טפי מיורשין שהרי לא הוחזק בו זה בנכסים
והשטר זה יוצא עליו ולא על האב הלכך ספק וספק הוא אם האב מת ראשון נמצא בעל
חוב ודאי דהאי שטר כגבוי דמי ויורשים אינם כלום ואם הבן מת ראשון נמצאו יורשין
ודאין ובעל חוב אין כלום עכ"ל, יעו"ש.

והביאור הוא דאשה נחשבת ודאי לגבי יורשי הבעל שהרי בודאי יש לה שטר
כתובה על נכסיו, ושטר העומד לגבות כגבוי דמי, והם באים להוציא מחזקתה משום
ספק זנאי ודילמא הפסידה כתובתה, בזה אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, אבל בנפל
הבית עליו ועל אביו אין בעל חוב מתחזק על ידי שטר העומד לגבות כגבוי אלא אם כן
מת האב קודם ונכנסו הנכסים לרשות הבן, והרי ספק הוא איזה מת תחלה, והוה ליה
ספק וספק ויחלוקו.

ובמה שכתב רש"י דאשה גובה כתובתה משום אין ספק מוציא מידי ודאי יש
לדקדק למה לא כתב משום דין מוחזק גרידא, דכיון דאמרינן שטר העומד לגבות כגבוי
דמי הרי היא מוחזקת כבר בחיי הבעל, ונימא המוציא מחבירו עליו הראיה, ולמה לן
טעמא דאין ספק מוציא מידי ודאי, ויש לומר דהכא לא שייך דין מוחזק גרידא, שהרי
היא מוחזקת על ידי השטר, והשתא נולד ספק בהשטר אם נתבטל על ידי זנות, לכן
איצטריך לדין אין ספק מוציא מידי ודאי, דכיון דודאי יש לה שטר ותפיסה בהנכסים
על ידי השטר אין לעורר בזה ספק ולבטל תפיסתה, דאין ספק מוציא מידי ודאי,
וממילא נתקיים דין מוחזק שלה.

והנה בסוף דבריו כתב רש"י דבנפל הבית עליו ועל אביו הוה יורשי האב ובעל חוב ספק וספק, כנ"ל, וכן כתב בד"ה כגבוי דמי, יעו"ש, אולם עיין ברשב"ם בבבא בתרא (דף קנז). על כך מתניתין דנפל הבית וז"ל: בית שמאי אומרים יחלוקו כדמפרש טעמא ביבמות (דף לח): דאע"ג דיורשי האב ודאי יורשין בהאי ממון ובעל חוב ספק וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי קסברי בית שמאי שטר העומד לגבות כגבוי דמי ותרוייהו ודאי חשיבי עכ"ל, יעו"ש, ומשמע דפליג על דברי רש"י וס"ל דהוה להו ודאי וודאי ולא ספק וספק, והגם שכתב לקמן שם (דף קנח): דהוה להו ספק וספק וז"ל: שכל מקום ששנים באים מכח ירושה ויודעין לטעון מכח מי הן באין לירש וכל אחד תובע כל הנכסים יחלוקו דהוי ספק וספק וחולקין וכו', עכ"ל, יעו"ש, כונתו דכיון דכל אחד נחשב ודאי ממילא הוה להו ספק וספק, אבל מתחלה הוה להו ודאי וודאי, כמו שכתב במתניתין דנפל הבית, כנ"ל, אבל רש"י ס"ל דגם מתחלה הוה להו ספק וספק כיון שאין ידוע לנו מי מת תחלה, כנ"ל.

עוד יש לדקדק בדברי הרשב"ם לקמן שם שכתב ששנים באים מכח ירושה ויודעין לטעון מכח מי הן יורשין, כנ"ל, והיינו לאפוקי מההיא דלעיל (דף לז): דספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא דאין הספק נחשב ודאי הואיל והוא בא בטענת ממה נפשך ואינו יודע מכח מי בא לירש, כמו שכתב הב"ח שם, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"ד, ולכאורה גרע מההיא דספק ובני יבם, דהתם על כל פנים יודע שבודאי יש לו דין לירש, אבל בנפל הבית הלא דין ירושתו מוטל בספק מי מת תחלה.

ובאמת מסתברא דהיכא דשני היורשים שוים ואין לאחד חלק בודאי והממון מוטל בספק לעולם חולקים, בין אם יודעים מכח מי באים לירש בין אם אין יודעים מכח מי באים לירש, ואין לשניהם אלא טענות ממה נפשך ולא טענות ודאות, ואם כן לא היה לו להרשב"ם לכתוב במקום ספק ששניהם יודעים מכח מי הם באים לירש, כנ"ל, ולא כתב כן אלא משום סיפא דלדבריו דאחד יש לו המקצת בודאי, דאמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, וס"ל להרשב"ם דאין לו תורת מוחזק על שאר הממון אלא כשיש לו דין ודאי לגבי אותו החלק שידע מכח מי בא לירש, אז נעשה מוחזק על הכל, ועיימש"נ בדברי הנמוקי יוסף ש"ד פכ"ב, ולכן גם בתחלת דבריו כתב שהשנים יודעים מכח מי הם באים לירש, אבל אין זה נוגע אלא לסוף דבריו, כמש"נ.

וצריך לומר דס"ל להרשב"ם דכל שיש לו טענה ודאית נחשב ודאי, וכיון ששנים יודעים מכח מי הם באים תרוייהו חשיבי ודאים, וממילא הוה ליה ספק וספק, כמש"נ, מה שאין כן בספק ובני יבם שאין להספק טענה ודאית אלא טענת ממה נפשך, לכן לא נחשב ודאי, ואע"ג דממה נפשך יש לו דין ירושה, אין לו דין ודאי כיון שאינו יודע מכח מי בא לירש, ולא שייך ביה דין אין ספק מוציא מידי ודאי, ואפילו אם בודאי יש לו מקצת הנכסים, אבל רש"י ס"ל דלא נחשב ודאי על ידי טענת ודאית גרידא, אלא בעינן שיהא לו דין ודאי, ועל ידי טענת ממה נפשך לא נחשב ודאי, ועיימש"נ בש"ד פ"ד, ולכן כתב רש"י דיורשי הבעל ובעל חוב אליבא דבית שמאי הוה להו ספק וספק, ולא כמו שכתב הרשב"ם דהוה להו ודאי וודאי.

פרק כז

בו יובאו דברי הרמב"ם והראב"ד שנחלקו בלוח שמכר קרקע, וכתב מלוח ללוקח דין ודברים אין לי עמך, ומכרה ללוקח שני, ובא בעל חוב וטרפה מלוקח שני, וחזר לוקח שני לגבות אחריותו מלוקח ראשון, ותתיישב קושית הראב"ד דרך לוקח ראשון לבדו מפסיד.

[**כתובות צה:**] תנא וכן בעל חוב ושני לקוחות, יעו"ש, וכתב רש"י ז"ל: ראובן נושה בשמעון מנה ולו שתי שדות ומכרן לשנים זו בחמשים וזו בחמשים וכתב בעל חוב ללוקח שני דין ודברים אין לי עמך בעל חוב נוטל מיד הראשון וכאן אין לומר הנחתי מקום שתגבה הימנו שהרי חובו כנגד שתיהן ולוקח ראשון מוציא מיד השני ובעל חוב חוזר ומוציא אף זו מן הראשון ולוקח שני מבעל חוב וחוזרין חלילה עד שיעשו פשרה עכ"ל, יעו"ש.

אבל הרמב"ם כתב פי"ט מלוח ולוח הל"ח ז"ל: מכר הלוח שדה ללוקח ומכרה לוקח ראשון ללוקח שני וכתב המלוח ללוקח ראשון דין ודברים אין לי עמך וקנו מידו הרי בעל חוב טורף מלוקח שני אותה השדה ולוקח ראשון טורף אותה מבעל חוב שהרי כתב לו ולוקח שני טורף אותה מלוקח ראשון שהרי הוא מכרה לו ובעל חוב חוזר וטורף משני וחוזרין חלילה עד שיעשו פשרה ביניהן וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולוקח ראשון יכול לחזור ולטרוף הקרקע מן הבעל חוב מפני שכתב לו, כמו שכתב הרמב"ם, והיינו משום דקנו מידו הוי קנין בגופה של קרקע, כדאיתא לעיל (דף פג.), יעו"ש, וכיון שהקנה לו זכותו בגוף הקרקע יכול להוציאה ממנו כשבאה לידו.

וכתב המגיד משנה ז"ל: מכר הלוח שדה ללוקח ומכר אחריה שדה שניה ללוקח שני וכתב המלוח ללוקח שני דין ודברים אין לי עמך וקנו מידו הרי בעל חוב טורף מלוקח ראשון שדה ראשונה ולוקח ראשון טורף מלוקח שני שדה שניה שהרי קנה אחריו ובעל חוב טורף אותה מלוקח ראשון ולוקח שני מוציא אותה מבעל חוב שהרי כתב לו ולוקח ראשון חוזר וטורף משני וחוזרין חלילה עד שיעשו פשרה ביניהן וכן האשה בכתובתה והוא שיהיה החוב כנגד שתי השדות ע"כ נמצא במקצת ספרי הרב ז"ל והוא פירוש למה שאמרו וכן בבעל חוב ושני לקוחות וכן פירש"י ז"ל שם במי שהיה נשוי אבל נוסחת הרב ז"ל בספרים אחרים היא כך מכר הלוח שדה ללוקח ומכרה לוקח ראשון ללוקח שני וכו' [עיי' בפנים] ופירוש כגון שלא כתב ללוקח ראשון ולבאי כחך ועל זה כתוב בהשגות שהוא טעות גדולה מכמה תשובות ואחת מהן חזקה והוא שאף לכתחלה אין בעל חוב יכול לטרוף מלוקח שני משום דאמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה וכן הדין במי שאבדה לו דרך שדהו עד כאן ודברים אמתיים הם ועוד אני מוסיף לומר שאין לנו צריכין לטענה זו אלא מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבא לידו כיון שמראשון אינו יכול לטרוף אף משני כן ואינו דומה לנאמנות ואפשר שדעת רבינו ז"ל כשביאר דבריו ואמר כל זמן שתהיה בידך וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש.

והראב"ד השיג על דברי הרמב"ם וז"ל: אין כאן פשרה כי כשיטרוף בעל חוב השדה מלוקח שני הולך אצל לוקח ראשון ולוקח מעותיו כשיבא לוקח ראשון ויוציא השדה מבעל חוב אותו בעל חוב על מי יחזור והלוקח שני כבר לקח מעותיו והלך לו נמצא הוא לבדו מפסיד עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי הראב"ד שלוקח שני יכול לתבוע החזרת מעותיו מלוקח ראשון בעל כרחו, ואין לוקח ראשון יכול להכריחו לקבל השדה שחזר וטרף מן הבעל חוב, שהרי יותר טוב ללוקח ראשון להגבותו השדה מלהחזיר לו מעותיו, דאם מחזיר לו מעותיו נסתלק הבעל חוב בלי שום פשרה, כמו שכתב הראב"ד, ואם כן נשאר לוקח ראשון עם שדה שלעולם לא יוכל למוכרה לאחרים, דכל מי שלוקח השדה מלוקח ראשון נעשה לוקח שני ואתי בעל חוב וטורף ממנו, וחוזרים חלילה עוד הפעם, ולמה יכניס עצמו לצרה זו, ויותר נוחא ליה ללוקח ראשון להחזיר הקרקע ללוקח שני ויחזור חלילה ויפשרו ביניהם והעסק יגמר, ואע"פ כן כתב הראב"ד דלוקח שני נוטל מעותיו על אף שאין לוקח ראשון נוחא בכך, כמש"נ, וטעמא משום שקנין השני נסתלק על ידי גבית הבעל חוב, ולא נשאר אלא אחריות מעותיו שכתב לו בהשטר מכירה.

אבל הרמב"ם ס"ל דיכול לוקח ראשון להגבות את השדה ללוקח שני אע"פ שאינו רוצה בכך אלא בהחזרת מעותיו, שהרי אם יקבל השדה יחזור בעל חוב ויטרפנה ממנו ואם יקבל מעות יסתלק הבעל חוב, כמש"נ, מכל מקום יכול לוקח ראשון להגבותו השדה שהרי מכרה לו, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, וכונתו דזו היא השדה שמכר לו מתחלה, ועיקר קבלת אחריות הוא לקיים המכר, ורק אם נשתדפה או נאבדה יכול לתת לו מעות תחת השדה, אבל כל זמן שאפשר להחזירה לו עיקר חיוב המוכר הוא להעמידה בידו, ומשום הכי יכול לוקח ראשון להגבות השדה ללוקח שני ואין לוקח שני יכול לתבוע שיחזיר לו מעותיו.

פרק כח

בו יבוארו שיטת רש"י והתוס' ושיטת הרא"ש שנחלקו בלקח עידית באחרונה אם לוקח יכול לדחות אשה לזיבורית בטענת אי שתקת דתיקנו חכמים דכל מה שיכול לעשות נחשב כעשוי או אם יכולה לומר לכי תהדר כיון דבלאו הכי אינה גובה אלא מזיבורית.

[**בבא קמא ח.**] תנו רבנן מכרן לאחד או לשלשה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים וכו' מכרן לאחד היכי דמי וכו' אלא פשיטא בזה אחר זה ומאי שנא שלשה דכל חד וחד אמר ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו האי נמי אכל חד וחד לימא ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו הכא במאי עסקינן כגון שלקח עידית באחרונה וכו' משום דאמר להו אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו שקליתו ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ושקליתו כולכו מזיבורית אי הכי בנזקין נמי נימא הכי אלא הכא במאי עסקינן ביתמי דלאו בני פרעון נינהו וכו' אלא משום דאמר להו טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעין מנכסין משועבדים במקום שיש בני חורין משום תקנתא דידי אנא בהא תקנתא לא ניחא לי וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אי שתקת וז"ל: אע"ג דבלאו הכי אשה גביא מזיבורית מכל מקום לא מציא למימר ליה לכי תהדר כיון שאין מפקיע כחה אבל בעל חוב לא מצי למימר דלישקול בזיבורית מטעם דאי שתקת דכיון דמפקיע כחו מצי אמר ליה לכי תהדר דהא השתא נמי מזיבורית אתה רוצה ליתן לי לכך לא פריך בסמוך אלא מנזקין ולא מבעל חוב כדפירש הקונטרס עכ"ל, יעו"ש, ומשום הכי יכול לדחות האשה לזיבורית, ואע"פ שלקח עידית באחרונה, כיון שאינו מפסיד עיקר דינה, שהרי אין לה שום קדימה בגבייתה, אלא נותן לה אפילו זיבורית, וגם יכול לדחות בעל חוב לבינונית כיון שעיקר דינו לגבות משם, אבל לא לזיבורית, אבל ניזק גובה מעידית ששם עיקר דין גביתו, ואינו יכול לדחותו אפילו לבינונית, והיינו דתני בברייתא דכולם נכנסו תחת הבעלים, ואין שום אחד יכול לומר לכי תהדר, דתיקנו לו חכמים שיכול לומר אי שתקת ולדחות הבעל חוב והאשה מן העידית שלקח באחרונה כל זמן שאינו מפסיד עיקר דינם על ידי טענת אי שתקת.

ובגמרא פריך אי הכי בנזקין נמי נימא הכי, ויש שני לשונות בגמרא, וכן מדויק בלשון הרא"ש דקרי להו שינויא קמא ושינויא אחרינא, יעו"ש, שינויא קמא ס"ל דאינו יכול לומר אי שתקת להפקיע כחם, ולכן כולם נכנסו תחת הבעלים, וכל אחד גובה כדינו, ואין יכולים לומר לכי תהדר, ושינויא אחרינא ס"ל דיכול לדחות לניזק מעידית בטענת אי שתקת, ועל כרחך מוקים להא דתנו רבנן כולם נכנסו תחת הבעלים ביתמי דאינו יכול לומר אי שתקת, וטעמא דכולם אינם גובים מעידית שלקח באחרונה משום דיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני חורין.

ועל הא דפריך אי הכי בנזקין נמי נימא הכי פירש רש"י וז"ל: אי בעית למישקל בינונית שקול ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ותשקול זיבורית בעל כרחך ואמאי יהיב ליה עידית אלא מדלא טעין הכי בעל כרחך בהכי עסקינן כגון שמת המוכר

וכיון שלא הניח קרקע אין היתומים בני פרעון וכו' ולהכי פריך מנזקין ולא פריך מבעל חוב דמאי לימא ליה אי שקלת זיבורית שקול ואי לא מהדרנא שטרא למריה ותשקול מיניה מצי אמר ליה האי לכשתחזיר דהא השתא נמי זיבורית קבעית למפרע לי עכ"ל, יעו"ש, והמקשן ס"ל דכיון שתיקנו חכמים שיכול לומר אי שתקת יכול נמי להפסיד עיקר דינם ולדחות הניזק מן העידית שלקח באחרונה, כמש"נ, ואולם לא מסתבר שתיקנו לו חכמים טענת אי שתקת אם אינו נותן לו על כל פנים בינונית ואינו מדחהו לגמרי לזיבורית.

וכעין זה כתב רש"י על הא דתנן בכתובות (דף קט:): מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו אדמון אומר ילך לו בקצרה וחכמים אומרים יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר, יעו"ש, ובגמרא כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה אדמון סבר מכל מקום דרכא אית לי גבך ורבנן סברי אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדיהו, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אי שתקת שתקת ואוזיל גבך כשתקנה הדרך ממני עכ"ל, יעו"ש, ומבואר שאינו יכול לדחותו בטענת אי שתקת אם אינו נותן לו כלום תחת דינו, ומשום הכי צריך לומר ואוזיל גבך, וכמו כן בסוגיין אינו יכול לדחות בעל חוב אצל זיבורית לעקור דינו לגמרי, אבל יכול לדחות ניזק אצל בינונית, אע"פ שעוקר דינו, כיון שנותן לו על כל פנים בינונית.

ורש"י והתוס' אזלי במקצת בשיטת הרא"ש שכתב וז"ל: ואזליתו כולכו ושקליתו מזיבורית ולא מצו למימר ליה לכי תיהדר ואפילו האשה שרוצה ליתן לה זיבורית משום שכל דבר שאדם יכול לטעון רואין אותו כאילו הוא כבר עשוי כדאמרינן פרק בתרא דכתובות (דף קט:): מי שאבדה לו דרך שדהו בחד דאתי מכח ארבעה יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר משום דאמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריהו ולא מצית לאשתעווי דינא בהדיהו ודלא כפרש"י שפירש התם אי שתקת ואוזילנא גבך דיקח לו דרך במאה מנה קאמר אלא כל דבר שיכול לטעון פסקין ביה כאילו כבר עשוי וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו שתיקנו חכמים שכל מה שיכול לטעון שבידו לעשותו נחשב כעשוי, ובשינויא קמא אינו יכול להפקיע דינו, וכולם נכנסו תחת הבעלים, ובזה אין נפקא מינה בין שיטת רש"י והתוס' ובין שיטת הרא"ש.

ובשנויא אחרינא נחלקו, רש"י והתוס' ס"ל שאע"פ שיכול לדחות הניזק מן העידית צריך על כל פנים ליתן לו בינונית, והרא"ש ס"ל דיכול להפסיד דינם לגמרי אפילו אינו נותן להם כלום, ומשום הכי מוקי לה ביתמי דליכא למימר אי שתקת, ונכנסו תחת הבעלים משום שיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים, כמש"נ.

ובשינויא קמא, שאין בה חילוק בין רש"י והתוס' ובין הרא"ש, וכולי עלמא ס"ל שאינו יכול להפקיע עיקר דינם לגבות, הביא הרא"ש מקור לדין זה ממי שאבדה לו דרך שדהו שיכול לטעון אי שתקת ולדחותו לגמרי מכל השדות, ואע"ג דמפסידו לגמרי, אין זה נחשב מפקיע דינו, שלפני שהאחד קנה השדות מארבעה בני אדם לא היה לבעל הדרך כח, אלא זיל הכא קא מדחי ליה וזיל הכא קא מדחי ליה, ועל ידי תקנת אי שתקת פועל שאין קנייתו הארבע שדות מפסידו להלוקח, דכיון שיכול להחזיר השדות

לארבעה בני אדם הרי זה כעשוי, ולא נשתנה המצב על ידי מה שהאחד קנה השדות, ואין זה נחשב שהפסיד דינו של בעל הדרך.

ונמצא לפי זה דבין טענת אי שתקת לשינויא קמא בין אמירת אי אפשי בתקנת חכמים למסקנת הגמרא פועלים אותו דבר, שאין קנייתו מגרעת דין הלוקח, או על ידי שטוען אי שתקת, או על ידי שאומר אי אפשי בתקנת חכמים, ואלא דלמסקנת הגמרא יכול לדחות הניזק לזיבורית, וצריך לאוקמי ביתמי דליכא טענת אי שתקת, ומכל מקום איכא דין אמירת אי אפשי בתקנת חכמים, ובמי שאבדה לו דרך שדהו ליכא תקנה שיאמר עליה אי אפשי בתקנת חכמים, אבל איכא טענת אי שתקת לדחות בעל הדרך מכל השדות.

פרק כט

בו יובאו דברי הרי"ף והרמב"ם דאם לקח עידית באחרונה גובים כדינם משום דאומר אי אפשי בתקנת חכמים, ואע"ג דיכול לדחות כולם לזיבורית בטענת אי שתקת, ויבואר דס"ל כהנמוקי יוסף דאי שתקת הוי מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

[**בבא קמא ח.**] הכא במאי עסקינן כגון שלקח עידית באחרונה וכו' משום דאמר להו אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו שקליתו ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ושקליתו כולכו מזיבורית אי הכי בנזקין נמי נימא הכי וכו' אלא משום דאמר להו טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעין מנכסין משועבדים במקום שיש בני חורין משום תקנתא דידי אנא בהא תקנתא לא ניחא לי וכו', יעו"ש, ומבואר דאי משום טענת אי שתקת יכול לדחות הניזק אצל זיבורית, וצריך לומר דהא דתני כולם נכנסו תחת הבעלים מייירי ביתמי דליכא טענת אי שתקת, ואין לו אלא אמירת אי אפשי בתקנת חכמים, ולכן כל אחד גובה כדינו.

והרא"ש בסוף דבריו כתב וז"ל: ומה שכתב רב אלפס ז"ל כגון שלקח עידית באחרונה והיינו טעמא דלא אתו כולוהו וגבו מעידית משום דאמר להו לוקח טעמא מאי אמור רבנן ולא הזכיר בדבריו דאירי בדיתמי כתב הראב"ד ז"ל דשגגה היתה או סמך על מה שמפורש בגמרא דעל כרחך בדיתמי אירי דאי לאו הכי אמר להו אי שתקיתו ושקליתו כו' ואפילו נזקין ובעל חוב הוו שקלי מזיבורית וכו' עכ"ל, יעו"ש, וקשה לדברי הרי"ף שהביא דין הברייתא ולא הזכיר דמייירי ביתמי.

וכן יש להקשות על דברי הרמב"ם פ"ט מלוה ולוה ה"ו וז"ל: מכרן לאחד זו אחר זו הרי הלוקח נכנס תחת הבעלים במה דברים אמורים שלקח עידית באחרונה אבל לקח זיבורית באחרונה כולן גובין מן הזיבורית שהרי אומר לטורף כשיבא לגבות מן השדה שלקח תחלה הרי הנחתי לך מקום לגבות ממנו ולמה אינו אומר לו הטורף כך אם לקח עידית באחרונה ותגבה האשה ובעל חוב מן העידית שלקח באחרונה שזו תקנה היא ללוקח והרי אומר לוקח להן אי אפשי בתקנה זו אלא כל אחד מכס יגבה מן הראוי לו עכ"ל, יעו"ש, וגם הרמב"ם לא הזכיר דמייירי ביתמי כדי שלא יהא לו טענת אי שתקת.

ואין לומר דהרמב"ם לית ליה דינא דאי שתקת, שהרי פסק בפט"ו טוען ונטען הלי"א וז"ל: מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו בין שהיו ארבע השדות המקיפות אותה לארבעה אנשים בין שהיו הארבע שדות קנויות מאחד הרי כל אחד מהן דוחהו ואומר שמא דרך שלך על חברי הוא לפיכך יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר וכן אם היו ארבע השדות לאיש אחד שקנה אותן מארבעה אין לו עליו דרך שהרי אומר לו עתה אם אחזיר לכל אחד שטרו אין אתה יכול לעבור על אחד מהן ואני קניתי מכל אחד מהן כל זכות שיש לו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וצריך לומר דהרי"ף והרמב"ם ס"ל כדברי הנמוקי יוסף ביבמות (דף לו:) וז"ל:

ועוד היכי קאמר מהדרנא שטרא כלומר כל אחד ידחה לך ולא יהיה לך דרך אלא אם כן תקנה אותה כרצונם בדמים יקרים וכי בשביל חזרת השטר חזר המכר או המתנה

והלא צריך לחזור ולמכור להם ואז לא עדיפי ממנו שהוא המוכר וכו' לפיכך פירשו הם ז"ל דמהדרנא שטרא למריהו לא אמר כן אלא ליפות טענתו והכי קאמר דכיון דאתי מכח ארבעה שהפסיד זכותו עמהם כדאמרן הרי נכנס הוא במקומם לגמרי וכאילו החזיר להם שטרותיהם ודן זה עמהם וזכו בדין דמה מכר לו ראשון לשני כל זכות שיבא לידו בין מה שהוא שלו ודאי בין מה שזכה בו מחמת הספק וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דהואיל וכל אחד מן הארבעה אנשים היה לו הכח לדחות בעל הדרך משדהו משום ספק, גם האחד שקנה מהם כל השדות זכה בכח זה לדחות לבעל הדרך מכל השדות, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וכן כתב הרמב"ם להדיא ואני קניתי מכל אחד מהן כל זכות שיש לו, ועיימש"נ בש"ד פי"ח.

ולפי זה לא שייך דין אי שתקת כלל גבי לוקח שלקח עידית באחרונה שנכנס תחת הבעלים, דהרי בזה ליכא למימר מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, דהא לא היתה להמוכר זכות לדחות הניזק מן העידית או לבעל חוב מן הבינונית, ונמצא דהדין אי שתקת דמי שאבדה דרך שדהו הוא דין אחר לגמרי מדין אי שתקת דנכנס תחת הבעלים, דהתם הוי מדין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, אבל הכא הוא משום תקנה דכל מה שאדם יכול לעשות נחשב כאילו עשאו, ומשום הכי לא קאמר בסוגיין לימא דזה תלוי באדמון וחכמים, כמו דקאמר ביבמות (דף לז:): לגבי פלוגתא דרבי אבא ורבי ירמיה לגבי קס דינא והדר דינא, יעו"ש, ומיהו יש לדחות דטעמא דאי שתקת אינה מבוארת בהמשנה בכתובות (דף קט:), יעו"ש, אלא בגמרא ביבמות שם. והשתא יש לומר דהרי"ף והרמב"ם ס"ל דהא דקאמר בסוגיין אי הכי בנזקין נמי נימא הכי אלא הכא במאי עסקינן ביתמי דלאו בני פרעון נינהו, כנ"ל, הוי חזרה ממאי דקאמר בשינויא קמא דכולם נכנסו תחת הבעלים, ואינו יכול לומר אי שתקת להפסיד לשום אחד מהם עיקר דינו לגבות אילו היו הקרקעות עדיין אצל המוכר, אלא השתא ס"ל דלא מסתברא לומר כן, דאילו היה הדין שיכול לומר אי שתקת מפני שיש תקנה דכל מה שאדם יכול לעשות נחשב כעשוי, אין סברא להגביל כח זה רק להיכא שאינו מפסיד עיקר דינו, אלא גם בנזקין היה צריך להיות הדין דיכול לומר אי שתקת, והא דקאמר הכא במאי עסקינן ביתמי דלאו בני פרעון נינהו אינו אלא דיחויא בעלמא, אבל העיקר הוא מאי דמסיק דאמר להו טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעין מנכסין משועבדים במקום שיש בני חורין משום תקנתא דידי אנא בהא תקנתא לא ניחא לי, ואידחי כל דין אי שתקת מפני תקנה שכל מה שיכול לעשות הוי כעשוי, ומשום הכי לא הביאוהו הרי"ף והרמב"ם לדינא.

פרק ל

בו יבוארו דברי הרמב"ם דבהניח בנות וטומטום יורשות בשוה והרי הוא כאחת מן הבנות מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, ואע"ג דבספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי המת אין בני יבם נוטלים אלא מחצה ואינם נחשבים כודאי כנגד הספק.

[בבא בתרא קמ:] מתניתין הניח בנים ובנות וטומטום בזמן שהנכסים מרובין הזכרים דוחין אותו אצל נקבות נכסים מועטין הנקבות דוחות אותו אצל זכרים, יעו"ש, וכתב הרמב"ם פ"ה נחלות הל"א וז"ל: זה הכלל ביורשין כל שני יורשין שאחד מהם יורש ודאי והשני ספק אין לספק כלום ואם היו שניהם ספק שמא זהו היורש או שמא זה היורש חולקין בשוה לפיכך מי שמת והניח בן וטומטום או אנדרוגינוס הרי הבן יורש את הכל שהטומטום והאנדרוגינוס ספק הניח בנות וטומטום ואנדרוגינוס יורשות בשוה והרי הוא כאחת מן הבנות עכ"ל, יעו"ש.

הרמב"ם קבע כאן כלל ביורשים דאם אחד יורש ודאי והשני יורש ספק הירושה עוברת להיורש ודאי ואין לספק כלום, ויש לדקדק בדבריו דלמה נחשב דין זה לכלל ביורשים, והלא דין כללי הוא דאין ספק מוציא מידי ודאי, ובגמרא יבמות (דף לח:) גבי שומרת יבם שדינה כספק נשואה ונפלו לה נכסים אין הבעל אוכל פירות דאין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, ואע"פ שאין שם נידון דירושה, ואם כן למה כתב הרמב"ם דדין אין ספק מוציא מידי ודאי הוא כלל בירושה, ואולי יש לומר דאין כונתו בזה לעצם דין אין ספק מוציא מידי ודאי אלא להא דירוש נחשב ודאי על כל הנכסים אפילו במקום שיש יורשים אחרים, כמו שמבואר מדברי התוס' בריש בבא מציעא (דף ב.) בד"ה וזה נוטל רביע, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ד פ"כ, וכיון דירוש יש לו דין ודאי שייך ביה הדין כללי דאין ספק מוציא מידי ודאי.

ובמה שכתב הרמב"ם הניח בנות וטומטום ואנדרוגינוס יורשות בשוה והרי הוא כאחת מן הבנות אין כונתו לומר דזה הוי ציור של ספק וספק, דאם כן היה צריך להיות הדין דחולקים בשוה, טומטום נוטל חצי והבנות חולקות ביניהן החצי השני, וכמו שכתב הרמב"ם בהל"ד וז"ל: וכן דין זה הספק עם בני היבם בנכסי המת שנתייבמה אשתו חולקין בשוה הספק נוטל מחצה ובני היבם מחצה עכ"ל, יעו"ש, אלא מבואר דציור זה של הניח בנות וטומטום הוא ציור שני של אין ספק מוציא מידי ודאי, דהבנות נחשבות יורשות ודאות, והטומטום כנגדם הוא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ואע"ג דאם הטומטום הוא בן הוא קודם לבנות ואין להם דין ירושה כלל, השתא מיהא הן באות מדין ירושה ודאית, ודין ירושת הטומטום בתורת בן הוא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי.

אלא דצריך עיון לפי זה דלמה לא נאמר כן נמי גבי ספק ובני יבם בנכסי מת דחולקים בשוה, כנ"ל, ולמה לא נימא נמי דבני היבם יש להם דין ירושה ודאית לגבי נכסי אחי אביהם, ואע"ג דאם הספק הוא בן המת הוא קודם לבני היבם ואין להם דין ירושה כלל, השתא מיהא בני היבם באים בדין ירושה ודאית ודין ירושת הספק כבן

המת הוא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי.

והנה המגיד משנה כתב כאן דדעת הרמב"ם היא דאנדרוגינוס בריה בפני עצמה הוא, יעו"ש, ובארו הלחם משנה דאין כונתו לומר דהוי ממש כבריה בפני עצמה, דזהו שלא כהילכתא, אלא כונתו דהאי בריה הוי ספק אם הוא זכר או אם הוא נקבה, יעו"ש, וכונתו בזה נראה דאין הספק של טומטום ואנדרוגינוס ספק של חסרון ידיעה, והיינו דבאמת הוא או זכר או נקבה אלא דלא נודע לנו איזה הוא, אלא דבאמת אין כאן חסרון ידיעה כלל, אלא טומטום ואנדרוגינוס בריה בפני עצמם הם, ודין הך בריה הוא ספק זכר ספק נקבה, ודומה למה שכתבו התוס' ביומא (דף מז:): בד"ה הדר פשטה בין הביניים ספק וז"ל: לא ידענא מאי קאמר הדר פשטה הא מעיקרא נמי כי הוה מיבעי ליה ספק הוא ושמא יש לומר דמעיקרא מספקא והוה סלקא דעתך למיפשט האי בכלל קומץ הוא או בכלל שיריים והדר פשטה דספק הוא ואינו בא לחזור ולפשוט הבעיא אי ודאי קומץ אי ודאי שיריים אלא בודאי ספק הוא ואין אדם יכול לעולם לעמוד עליו עכ"ל, יעו"ש, והכא נמי בטומטום ואנדרוגינוס אין כאן ספק אם הוא זכר או נקבה, אלא יש כאן ודאי שהוא ספק זכר ספק נקיבה.

ולפי זה יש לחלק בין בנות וטומטום לבין ספק ובני יבם, דאין להחשיב בני היבם ודאים, שהרי אם הספק הוא בן המת אין לבני היבם דין ירושה כלל, אבל בבנות ליכא למימר הכי דאם הטומטום הוא בן אין הבנות יורשות כלל, דליכא צד שהטומטום הוא בן ודאי, אלא דינו בהחלט כספק, כמש"נ, ולכן כשבאנו לדון מי יורש במקום שהניח בנות וטומטום הרי הבנות יש להן דין ירושה ודאית ודין ירושת הטומטום בעצם הוא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי, ואין להפקיע דין ירושת הבנות מכח ספק, ולכן נוטל הטומטום כאחת מן הבנות.

ויש להוסיף נמי דמהאי טעמא גופא הביא הרמב"ם דין בן וטומטום ובת וטומטום לצייר דין אין ספק מוציא מידי ודאי ביורשים, ואע"פ שציור זה לא הוזכר בגמרא, אכן נראה שהרמב"ם רצה להתחיל בציור שהספק הוא ספק גמור ולא רק ספק של חסרון ידיעה, כמש"נ, דכאן אי אפשר לדון במי הוא הודאי ומי הוא הספק, ושוב הביא הרמב"ם האוקימתות הנזכרות בגמרא דספק וודאי וספק וספק.

פרק לא

בו יבוארו דברי הרמב"ם שהביא כמה ציורים של מוריש ויורש שמתו ואין ידוע מי מהם מת תחלה, שנפלה עליהם המפולת או שנפלו לאש או שמתו ביום אחד זה במדינה וזה במדינה אחרת, דאין ספק מוציא מידי ודאי, אף דהדברים לכאורה פשוטים מאד.

[**בבא בתרא קנז.**] מתניתין נפל הבית עליו ועל אביו או עליו ועל מורישיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב יורשי האב אומרים הבן מת ראשון ואחר כך מת האב ובעלי החוב אומרים האב מת ראשון ואחר כך מת הבן בית שמאי אומרים יחלוקו ובית הלל אומרים נכסים בחזקתן, יעו"ש, וכתב הרשב"ם בד"ה ובית הלל סברי נכסים בחזקתן וז"ל: בחזקת יורשי האב שהרי הם יורשים ודאי או מיעקב או מראובן וכמוחזקין דמו שהרי יעקב מוחזק בנכסיו היה ואלו באים מכחו ובעל חוב ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי עכ"ל, יעו"ש.

ועיין מה שכתב הרמב"ם פ"ה נחלות הל"ט וז"ל: דין אלו שמתו תחת המפולת או שטבעו בים או שנפלו לאש או שמתו ביום אחד וזה במדינה זו והאחר במדינה אחרת דין אחד הוא שבכל אלו וכיוצא בהן אין יודעין מי הוא שמת תחלה עכ"ל, יעו"ש, וכתב המגיד משנה וז"ל: דברים פשוטים הם שכל הספקות שוות וכמו שכתב רבינו עכ"ל, יעו"ש, אכן יש לעיין דכיון דלכאורה הדברים פשוטים עד מאד מה ראה הרמב"ם לקבוע הלכה מיוחדת לכך לסיים הפרק של אין ספק מוציא מידי ודאי, ולמה יעלה על הדעת לחלק בין נפל עליהם הבית לבין טבעו בים וכל השאר.

ואולי יש לומר דכונת הרמב"ם היא דבכל אלו אמרינן אי אפשר לצמצם, דאם היה אפשר לצמצם אז היו יורשי האב יורשים אותו, שהרי איכא שלשה צדדים, או האב מת ראשון או הבן מת ראשון או שמתו שניהם ברגע אחד, ואם מתו שניהם ברגע אחד אז אין הבן יורש את אביו, שהרי לא היה חי אחר מיתת אביו, ונמצא דאיכא רוב צדדים שיזכו יורשי האב, או משום שהבן מת ראשון או משום שמתו בבת אחת, ולכן כתב הרמב"ם דבכל אלו שלא נודע מתי מתו אין לחוש לצד שלישי שמתו בבת אחת, אלא אמרינן בכל הציורים דאי אפשר לצמצם, וספק השקול הוא.

שער ה: בענין כאן נמצא כאן היה

ובו י"ב פרקים

פרק א

בו יבואר דרך רש"י בדברי רבא דטעמא דמתניתין דאם נמצאו המומים ברשות האב על האב להביא ראיה ואם נמצאו ברשות הבעל על הבעל להביא ראיה משום דאמרינן כאן נמצאו כאן היו, ויבואר דחזקת הגוף שיש בה ריעותא אינה יכולה לעכב חלות הספק.

[כתובות עה.] מתניתין היו בה מומין ועודה בבית אביה האב צריך להביא ראיה שמשנתארסה היו בה מומין הללו ונסתחפה שדהו נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו והיה מקחו מקח טעות דברי רבי מאיר וכו', יעו"ש, ובגמרא טעמא דמיייתי האב ראיה הא לא מיייתי האב ראיה הבעל מהימן מני רבי יהושע היא דאמר לא מפיה אנו חייך אימא סיפא נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה טעמא דמיייתי הבעל ראיה הא לא מיייתי הבעל ראיה האב מהימן אתאן לרבן גמליאל דאמר נאמנת אמר רבי אלעזר תברא מי ששנה זו לא שנה זו אמר רבא לא תימא רבי יהושע לא אזיל בתר חזקה דגופא כלל אלא כי לא אזיל רבי יהושע בתר חזקה דגופא היכא דאיכא חזקה דממונא וכו' רבא אמר רישא כאן נמצאו וכאן היו סיפא נמי כאן נמצאו וכאן היו, יעו"ש.

והנה לעיל (דף יב:) מבואר דרבן גמליאל ורבי יהושע נחלקו אם חזקת הגוף מוציאה מחזקת ממון, וסברת רבי יהושע מובנת, שהרי בספק ממון אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, והיינו בעדים, כמו שכתב רש"י בבבא מציעא (דף ב:), יעו"ש, דאין להוציא ממון אלא בראיה ברורה, וקיימא לן דאין הולכים בממון אחר הרוב, ואמרינן בקדושין (דף פ.) דרובא וחזקה רובא עדיף, יעו"ש, ולכן אין להוציא ממון על ידי חזקת הגוף הואיל ואין בזה ראיה ברורה.

ובביאור טעמא דרבן גמליאל יש לומר דיש שני דינים בחזקה דמעיקרא, חדא דיש בה כח להכריע ספק, ועוד שהחזקה מעכבת חלות הספק, דבמקום דאיכא חזקה נקטינן שלא נשתנה המצב, ואין אנו צריכים להכרעת החזקה, ולכן עדיפא חזקת הגוף מחזקת ממון, דכיון דהחזקה מעכבת חלות הספק לא הוי ממון המוטל בספק, ואין אנו צריכים לראיה והכרעה, ולא שייך בזה דין המוציא מחבירו עליו הראיה בעדים, וכגון אם העידו שני עדים לחייב הנתבע והוא טוען שהם פסולים לעדות, הדין הוא דמוקמינן העדים בחזקת כשרות ומוציאים ממון, ואין זה נחשב הוצאת ממון על ידי חזקה, אלא החזקה מעכבת חלות הספק, כמש"נ.

ואכן היכא דאיכא רובא כנגד החזקה שוב אי אפשר לומר שהחזקה מעכבת חלות הספק, שהרי איכא רוב לפנינו, ועל כרחך הוה הדבר בספק, ואז אין החזקה מועילה אלא בתורת הכרעה, שהסברא נותנת שהמצב השתא הוא כמו שהיה מקודם, שהרי הרוב מנגד להחזקה, והכרעת הרוב עדיפא מהכרעת החזקה. ופריך בגמרא דאם מתניתין אתיא כרבן גמליאל אם כן אם נמצאו בה מומים

חזקה אין אדם מיפייס במומין הכא נמי חזקה אין אדם מיפייס במומין אלא משנתארסה משום דאיכא תרתי חזקה העמד הגוף על חזקתו וחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו והאי ראה וניפייס הוא מאי אמרת חזקה אין אדם מיפייס במומין הוי חדא במקום תרתי וחדא במקום תרתי לא אמרינן וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה אמר ליה וז"ל: לעולם רישא משום כאן נמצאו כאן היו הוא ומשנתארסה משום דאיכא תרתי והיכא שהביא עדים שראו בה מומין הללו משנתארסה בבית אביה משום הכי לאו ראייה היא דאיכא תרתי ליפות כחה חדא העמד הגוף על חזקתו ולא היו בה בשעת אירוסין שהכל הולך אחר אותה שעה ואם תאמר הורעה החזקה הואיל וכאן נמצאו חזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו ואפילו כאן היו קודם קדושין זה שהכניסה לחופה וזו היא שתיית הכוס בידוע שבדקה ונודע לו וראה וניפייס עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי רש"י דהחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו מסלקת הריעותא מן החזקת הגוף, וממילא יכולה להוציא ממון מן המוחזק, שהחזקה מעכבת הספק, ואע"ג שחזקת הגוף וחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו באות על שני ענינים שונים, שחזקת הגוף קובעת שלא היו בה מומים בשעת אירוסין, וחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו קובעת שאפילו אם היו בה מומים הוא סביר וקיבל, שתייהן יש בהן הכח לעכב הספק ולפעול שאין על בית דין להסתפק, וכיון שהחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו אומרת שאין להסתפק, ממילא נסתלקה הריעותא המעוררת הספק, וחזרה גם החזקת הגוף לעכב הספק, והרי היא מוציאה על ידי החזקת הגוף, וכמו שכתב רש"י בד"ה חדא במקום תרתי וז"ל: דהעמד ממון על חזקתו לא אמרינן דניהוו נמי הכא תרתי דבמקום חזקה דגופא חזקה דממונא לאו כלום היא עכ"ל, יעו"ש.

ואע"ג דהחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו הורעה על ידי החזקה אין אדם מתפייס במומין, ושוב אין כח בהחזקה אין אדם שותה לעכב הספק, הרי הכא הוי חדא במקום תרתי, והחזקה דאין אדם מתפייס במומין כמאן דליתא, וכן היא באמת גירסת התוס', חדא במקום תרתי לאו כלום הוא, יעו"ש, ונמצא דליכא אלא חזקת הגוף בלי ריעותא וגם חזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו בלי ניגוד, ואין על בית דין להסתפק אם הבעל נפטר מכתובתה, ולא שייך בזה דין המוציא מחבירו עליו הראיה.

פרק ב

בו יבואר דרך התוס' דלרבא כאן נמצאו כאן היו הוא מדין חזקה דהשתא, ויבואר מה שכתבו דחזקת ממון מסייעה להחזקה דהשתא כנגד החזקת הגוף של האשה, ובמקום דצריך גם החזקה דאין אדם מתפייס במומים אין חזקת ממון יכולה לסייע לתרוייהו.

[**כתובות עו.**] חדא במקום תרתי הוא וחדא במקום תרתי לא אמרינן, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה וחדא במקום תרתי לאו כלום הוא וז"ל: ואם תאמר והא גבי בעל איכא נמי תרתי חדא דאין אדם מתפייס במומין וחדא דאית לן למימר כאן נמצאו כאן היו והני תרי חזקי דבעל עדיפי טפי מהני תרי חזקי דאשה דכאן נמצאו כאן היו עדיף מחזקת הגוף דהא עודה בבית אביה על האב להביא ראיה ולא מהני ליה חזקת הגוף משום דנולד ספק ברשותו ואמרינן כאן נמצאו כאן היו וכשנכנסה לרשות הבעל והביא הבעל ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו פטור מכתובתה דעדיף טעמא דאין אדם מתפייס במומין מההיא דאין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו אם כן השתא נמי דמיייתי ראיה דמשנתארסה היו בה המומין אמאי לא מיפטר מהני תרי טעמי ומאי שנא דכאן נמצאו כאן היו גרידא עדיפא מחזקת הגוף וחזקה דאין אדם מתפייס במומין עדיף מחזקה דאין אדם שותה בכוס כו' וכי הוו תרוייהו בהדי הדדי עדיפי טעמי האשה מנייהו עכ"ל, יעו"ש.

ומשמע מדברי התוס' דס"ל דדין כאן נמצא כאן היה הוא חזקה דהשתא, ודלא כדברי רש"י דהוי ריעותא בהחזקת הגוף, ועיימש"נ בדבריו, ומשום הכי הקשו התוס' דהרי איכא שתי חזקות כנגד שתי חזקות, אכן יש לדקדק בדברי התוס' דהיאך סלקא דעתיהו דחזקה דהשתא עדיף מחזקת הגוף, ולכאורה צריך לומר דהתוס' ס"ל דחזקת הגוף מעכבת חלות הספק, ומשום הכי מוציאים ממון מן המוחזק על ידי חזקת הגוף, כמש"נ בדברי רש"י, ואכן אם יש חזקה דהשתא כנגד החזקת הגוף שוב אין לומר שנתעכבה חלות הספק, ועל כרחם צריכים בית דין להסתפק, ואז אין חזקת הגוף מועילה אלא בתורת הכרעה על הספק, ואע"ג דהכרעת חזקת הגוף עדיפא מהכרעת חזקה דהשתא לא אלימא הכרעתה להוציא ממון מן המוחזק, דהמוציא מחבירו עליו הראיה בהוכחה גמורה דעדים.

ותירצו התוס' וז"ל: ויש לומר דודאי טעמי האשה עדיפי וכאן נמצאו כאן היו גרידא דעדיפא מחזקת הגוף היינו משום דמסייע ליה חזקת ממון וכן חזקה דאין אדם מתפייס במומין מסייע ליה חזקת ממון ולחד מינייהו יש כח לחזקת ממון לסייע אבל לתרוייהו בהדי הדדי לא מסייע וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ובביאור דבריהם נראה דהא דאמרינן דאע"ג דדין החזקת הגוף הוא דמעכבת חלות הספק, מכל מקום היכא דאיכא חזקה דהשתא על כרחם מוטל על בית דין להסתפק, היינו בסיוע החזקת ממון, דבעצם אין החזקה דהשתא נחשבת לכלום במקום דאיכא חזקת הגוף, ושפיר היינו אומרים שהחזקת הגוף מעכבת חלות הספק, ואין על בית דין להסתפק כלל, ואכן כיון דאיכא להנתבע חזקת ממון, הרי הוא יכול

לתבוע לבית דין להתחשב עם החזקה דהשתא על כל פנים שלא לעכב חלות הספק.
וכן החזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו בעצם מעכבת חלות הספק,
ואין החזקה דאין אדם מתפייס במומים מצד עצמה נחשבת לכולם במקום חזקה אין
אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו, והיה צריך להיות הדין שהיא מעכבת חלות
הספק, ואכן כיון שיש להתנבע חזקת ממון הרי זו מחזקת החזקה שאין אדם מתפייס
במומים שתוכל לחייב הבית דין להסתפק בדבר, כמש"נ בדין חזקה דהשתא דכאן
נמצא כאן היה, אולם אין בכח זכות הנתבע שיש לו חזקת ממון לחזק שתי חזקות
קלושות, וממילא לא נתחזקה שום אחת מהן, ונשאר הדין שבמקום דחזקה מעליא
מעכבת חלות הספק אין לבית דין להסתפק כלל, ומוציאים ממון מן המוחזק.

פרק ג

בו יבואר הסוגיא לפי דרך רש"י דרב יהודה אמר משמיה דשמואל דעל בעל החמור להביא ראיה והוכיח כן מכלה אליבא רבי אלעזר דמי ששנה זו לא שנה זו, ורמי בר יחזקאל אמר בשם שמואל דעל בעל הפרה להביא ראיה משום דכאן נמצא כאן היה.

[**כתובות עו.**] אמר רב יהודה אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת פרה ותנא תונא כלה הי כלה אילימא כלה בבית אביה מי דמי התם מייתי אב ראיה ומפיק הכא מייתי בעל החמור ראיה ומוקים וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה אילימא כלה בבית אביה וז"ל: רישא דמתניתין שבאו לדין בעודה ארוסה דקתני האב צריך להביא ראיה וסבירא ליה לשמואל כרבי אלעזר דמוקי לה בתרי תנאי ואפילו נכנסה לחופה אית ליה לתנא דרישא שהאב צריך להביא ראיה ואף על פי שלא נולד ספק ברשותו אלמא אינו גובה ממון מספק והאי נמי לא יחזיק בפרת חבירו מספק ואף על גב שהספק ברשות חבירו נולד שהרי כבר נעשית משיכה עכ"ל, יעו"ש.

לדברי רש"י טעמא דרב יהודה אמר שמואל דעל בעל החמור להביא ראיה משום שהנידון הוא על הפרה אם היא עדיין של בעל הפרה או אם עברה לרשות בעל החמור, והרי בעל הפרה הוא המרא קמא, ובעל החמור שמשך הפרה הוא התופס, ואין תפיסה בטענת שמא מועילה להוציא מחזקת מרא קמא, וכמו שכתבו התוס' בד"ה על בעל החמור, יעו"ש, ואין זה שייך כלל לדין כאן נמצא כאן היה, ולכן פירש רש"י דהא דקאמר ותנא תונא כלה קאי אליבא דרבי אלעזר דלית ליה דינא דכאן נמצא כאן היה, ומוקי רישא דמתניתין אליבא דרבי יהושע וסיפא אליבא דרבן גמליאל.

ומתחלה קא סלקא דעתיה דתנא תונא כלה היינו מרישא דמתניתין, דבין נכנסה לרשות הבעל בין לא נכנסה לרשותו על האב להביא ראיה, דאזיל כרבי יהושע דמתניתין לעיל (דף יב:) דאינו יכול להוציא ממון מן הבעל על ידי חזקת הגוף, יעו"ש, ואם כן הכא נמי אין בעל החמור מוציא הפרה מחזקת בעל הפרה על ידי חזקת חי של החמור, ואע"ג דבעל החמור כבר תפוס בהפרה, ודלא כמתניתין שהממון עדיין ביד הבעל, מתחלה היה ס"ל דאין תפיסת בעל החמור מועילה מאחר שאין לו טענת ברי, ובגמרא דחי ליה דאין להביא ראיה ממשנתינו כיון דהתם אין האב תפוס כלל, אבל בעל החמור יש לו על כל פנים תפיסה כל דהו, ואולי יכולה להצטרף להחזקת חי של החמור להחזיק הפרה בידו.

ואחר כך מביא בגמרא פירוש אחר בהא דאמר ותנא תונא כלה, אמר רבי אבא כלה בבית חמיה ואכתי לא דמי התם בעל מייתי ראיה ומרע ליה לחזקיה דאב הכא בעל החמור מייתי ראיה ומוקים חזקיה בידיה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: כלה בבית חמיה סיפא דמתניתין דקתני על הבעל להביא ראיה דרבן גמליאל אמרה ופליג נמי ברישא

אפילו נמצאו בבית אביה דלא נולד ספק ברשותו נמי על הבעל להביא ראיה להפקיע כח כתובתה וראיה זו לא להוציא היא אלא להחזיק וצריך להביאה ואף זה כל שכן שיביא ראיה להחזיק שהרי בשל אחרים בא להחזיק עכ"ל, יעו"ש.

רבי אבא סלקא דעתיה דאין טעמא דרבן גמליאל דעל הבעל להביא ראיה משום דסמך על חזקת הגוף דידה, כדאיתא לעיל (דף יב:), יעו"ש, אלא טעמא דידה משום שבא להפקיע כח כתובתה, בהא לא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, ואם כן הכא נמי במחליף פרה בחמור הרי בעל החמור בא להפקיע חזקת מרא קמא של בעל הפרה ועליו להביא ראיה, ובגמרא דחי לה וקאמר דטעמא דרבן גמליאל משום דאזיל בתר חזקת הגוף, והכא הרי החזקת הגוף מסייעא ליה לבעל החמור.

שוב מביא עוד פירוש בהא דקאמר ותנא תונא כלה, אמר רב נחמן בר יצחק כלה בבית אביה ולקדושין וכו' אי מייתי ראיה אין אי לא לא, יעו"ש, ומבואר דהנידון במשנתינו אינו רק על גבית הכתובה אלא גם על החזרת הכסף קדושין, ועדיין ס"ל דמשנתינו אזיל כרבי יהושע דאין האב גובה על ידי החזקת הגוף, ואם ס"ל שהאב צריך נמי להחזיר הכסף קדושין, ואע"פ שהוא תפוס בו, הרי דאין תפיסה בלי טענת ברי מועילה להוציא מחזקת מרא קמא, והוא הדין במחליף פרה בחמור אין תפיסת בעל החמור בהפרה מועילה להוציאה מחזקת בעל הפרה, ובזה נתיישב התנא תונא כלה. ופריך בגמרא מברייטא, מיתבי מחט שנמצאת בעובי בית הכוסות מצד אחד כשרה משני צדדין טריפה וכו' הוגלד פי המכה בידוע ששלשה ימים קודם שחיטה לא הוגלד פי המכה המוציא מחבירו עליו הראיה ואי יהיב טבח דמי בעי לאיתויי ראיה ומפיק ואמאי בעל בהמה לייתי ראיה ונוקים בדלא יהיב טבחא דמי מאי פסקא, יעו"ש, והלא התם מסופקים אם נטרפה קודם שהטבח קנה הבהמה או אחר כך, והטבח הוא מרא קמא על מעותיו, והמוכר תפוס בהם, ואמרינן דעל הטבח להביא ראיה, ומבואר דתפיסת המוכר מועילה להוציא מחזקת מרא קמא אף כשאין לו טענת ברי.

וכתב רש"י בד"ה המוציא מחבירו וז"ל: ואי יהיב הטבח דמי נמצא הוא המוציא ועליו הראיה ואי לא אשכח ראיה יחזיק זה במעותיו מספק והרי בבהמתו נמצא ריעותא דומיא דחמור דשמואל עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאע"ג דנמצא הריעותא בבהמת המוכר הועילה לו תפיסתו, ולא אמרינן כאן נמצא כאן היה, דהשתא קאי אליבא דרבי אלעזר דלית ליה דינא דכאן נמצא כאן היה.

ובגמרא רצה לדחות התיובתא דמיירי דעדיין לא יהיב דמי, אבל אין זה נכון, דמאי פסקא, ואיתותבו דברי רב יהודה אמר שמואל, ונשאר לנו דתפיסה מחזקת מרא קמא בלי טענת ברי מועילה, והוא כנגד רוב שיטות הפוסקים, ועיימש"נ בדברי הרמב"ם להלן בש"ה פ"ו.

ומסיק בגמרא רמי בר יחזקאל אמר לא תצייתנהו להני כללי דכייל יהודה אחי משמיה דשמואל הכי אמר שמואל כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה ותנא תונא כלה וכו', יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה כל שנולד ספק ברשותו וז"ל: על בעל הפרה להביא ראיה שמת החמור קודם משיכה הואיל וספק ברשותו נולד שלא נמצא החמור מת עד לאחר

משיכת פרה ותנא תונא כלה וסבירא ליה לשמואל דכולה מתניתין חד תנא הוא וכדתרצה רבא לעיל ורישא וסיפא סייעתא שמי שנמצא הסימפון ברשותו עליו להביא ראיה עודה בבית אביה על האב להביא ראיה נכנסה לחופה שהיא ברשות הבעל על הבעל להביא ראיה ואפילו הוא דר בבית חמיו ברשותו היא עכ"ל, יעו"ש.

ורמי בר יחזקאל פליג וס"ל דעל בעל הפרה להביא ראיה משום דכל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה, וס"ל כרבא דמוקי כל המשנה כחד תנא, וטעמא ידידה משום דינא דכאן נמצא כאן היה, והמחליף פרה בחמור נחשב שהספק נמצא ברשות בעל הפרה, שהרי נמצא לאחר המשיכה, ומן הסתם היינו אומרים שהחמור עבר לרשות בעל הפרה, והשתא נמצא שמת, הרי אצלו נמצא הספק ועליו להביא ראיה, וכנראה זו תקנת חכמים.

ובזה מבואר נמי מה שהוכיח מן הברייתא בספק נטרפה אחר שהטבח שילם להמוכר, ועל הטבח להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה נשארים דמי המכירה ביד המוכר, ואע"ג שטבח הוא המרא קמא, והמוכר תופס בלי טענת ברי, ולמה אהני לו תפיסתו, והלא לדעת רוב הפוסקים אין תפיסה בטענת שמא מועילה, כמש"נ, אולם לפי דברי רמי בר יחזקאל שאני הכא שכל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, והספק נמצא בהבהמה שמן הסתם כבר עברה להטבח, והרי היא נחשבת ברשותו, והרי נמצא הספק ברשות הטבח ועליו להביא ראיה מתקנת חכמים, זו היא דרך רש"י בכל הסוגיא, אבל הרמב"ם יש לו דרך אחרת, ועיימש"נ בש"ה פ"ז.

פרק ד

בו יבוארו דברי התוס' דטעמא דרב יהודה דעל בעל החמור להביא ראיה משום דאין תפיסה מועילה להוציא ממרא קמא, ומהי ההוכחה מדברי רמי בר יחזקאל דכל שנמצא הספק ברשותו עליו ראיה דפליג על דברי רב יהודה וס"ל דתפיסה מועילה.

[**כתובות עו.**] אמר רב יהודה אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת פרה וכו' רמי בר יחזקאל אמר לא תצייתינהו להני כללי דכילל יהודה אחי משמיה דשמואל הכי אמר שמואל כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה ותנא תונא כלה וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה על בעל החמור להביא ראיה וז"ל: אף על פי שהוא מוחזק וחזקת הגוף נמי מסייע ליה והוה לן לאוקמי החמור בחזקת שהיה קיים אלא טעמא דשמואל דמוקמינן לפרה בחזקת מרה קמא והא דפריך הש"ס בהשואל (בבא מציעא דף ק.) גבי המחליף פרה בחמור וילדה דיחלוקו וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אלמא לא מוקמינן אחזקת מרה קמא היכא דתפיס אידך התם פריך לפי המסקנא דהכא דלא קאי הכי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולדברי התוס' רב יהודה ס"ל דעל בעל החמור להביא ראיה משום דאף על פי שהוא מוחזק אין זה אלא תפיסה בידו, ומוציאים מיד התופס ומחזירים להמרא קמא, כדאיתא בבבא מציעא (דף ו:) דתקפו כהן מוציאים מידו, וכמו שכתבו התוס' שם בד"ה פוטר דכן היא מסקנת הסוגיא, יעו"ש.

מדברי התוס' מבואר דס"ל דרב יהודה קאמר דינו אפילו אם בעל החמור התופס טוען ברי שהחמור מת לאחר המשיכה, שהרי כדפריך שם בבבא מציעא וליחזי ברשות דמאן קיימא עדיין אית ליה דמיירי בברי וברי, כדמשמע לשון זה אומר עד שלא מכרת ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה, ורק אחר כך מוקים לה רבא בשמא ושמא ומשנה הגירסא דמתניתין, יעו"ש, ומבואר דהתוס' שהקשו משם לרב יהודה למדו דרב יהודה מיירי נמי בברי וברי, וכן מוכח נמי מדברי רש"י שכתב וז"ל: זה אומר עד שלא משכת את פרתי מת חמורך וזה אומר משמשכתי מת וכבר קנוי הוא לך עכ"ל, יעו"ש, וזהו לשון של ברי וברי, כמו שמבואר שם, ולפי זה רב יהודה ס"ל דתפיסה אינה מועילה אפילו בטענת ברי, כשיטת רבינו יונה והרמ"ה שהביא הרא"ש לעיל (דף כ.), יעו"ש.

ויש לעיין בדברי התוס' דהיכן ראו בדברי רמי בר יחזקאל דפליג על דברי רב יהודה בהא דס"ל דתפיסה אינה מועילה ומחזירים להמרא קמא, והלא לרמי בר יחזקאל על בעל הפרה להביא ראיה מפני שכל הנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה, כמו שמבואר בדברי רש"י והתוס', יעו"ש, ואין מוציאים מיד בעל החמור המוחזק להחזיר הפרה לבעל הפרה המרא קמא, ומנא להו להתוס' דבמקום דלא שייך דינא דכל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה דמוציאים מיד התופס ומחזירים להמרא קמא, ואין לומר דעיקר הוכחתם היא מסוגיא דבבא מציעא, דאם לא אתיא כרב יהודה צריך

לומר דאטיא כרמי בר יחזקאל, דאולי אטיא כאמורא אחר, והיה להם לומר דסוגיא דבבא מציעא פליגא על רב יהודה, והיאך תלו סוגיא דהתם בדברי רמי בר יחזקאל. ובכלל צריכים לעיין בדברי רמי בר יחזקאל, מאי ס"ל לענין תפיסה מחזקת מרא קמא, אם ס"ל דאין מוציאים מיד התופס להחזיר להמרא קמא, אם כן למה צריך לטעמא דכל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה, ולכן על בעל הפרה להביא ראיה אם רוצה להוציא פרתו מיד בעל החמור, והלא גם בלאו האי דינא אינו יכול להוציאה מיד בעל החמור, דהא בכל מקום תפיסה מועילה, ואלא נאמר דרמי בר יחזקאל ס"ל דתפיסה אינה מועילה, ואי לא דינא דכל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה היינו מוציאים מיד התופס ומחזירים להמרא קמא, ואם כן ס"ל כרב יהודה, ולא פליג עליה כמו שכתבו התוס'.

והנה יש להסתפק בהא דרב יהודה ס"ל דמוציאים מיד התופס ומחזירים להמרא קמא, אם היינו משום דהתופס יש לו איזה דין מוחזק ואלא דחזקת מרא קמא עדיפא מחזקת התופס ומוציאה ממנו, או אם התופס אין לו שום דין מוחזק בהממון שתפס מן המרא קמא, ומשום הכי מוציאים מידו, שהרי רק המרא קמא יש לו חזקה בהממון, ונראה דהתוס' ס"ל כצד השני דלמאן דאמר מוציאים מיד התופס אין לו שום דין וחזקה בהממון שתפס.

ולפי זה אי אפשר לומר דרמי בר יחזקאל ס"ל כרב יהודה דתפיסה מן המרא קמא אינה מועילה, דאם כן למה יפסיד בעל הפרה שהוא המרא קמא במה שנמצא הספק ברשותו והוטל עליו להביא ראיה, הלא אין לבעל החמור שום דין בהממון, ולמה יזכה אם לא הביא בעל הפרה ראיה, בשלמא אם היינו אומרים דגם התופס יש לו דין בהממון אלא שחזקת המרא קמא עדיפא ממנו, היה אפשר לומר דכיון דכל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה אם לא הביא בעל הפרה ראיה הוקלשה חזקתו כנגד חזקת התופס ושוב אין מוציאים מיד התופס, אבל התוס' ס"ל דאין להתופס שום דין וחזקה בהממון שתפס, ואם כן מה לי שהספק נמצא ברשות בעל הפרה ולא הביא ראיה, למה יפסיד בכך, הלא אין לבעל החמור שום דין בהממון, כמש"נ, אלא מבואר דרמי בר יחזקאל ס"ל דתפיסה מן המרא קמא מועילה, ואין מוציאים מידו, ושפיר הביאו התוס' ראיה מרמי בר יחזקאל דלמסקנא לא קאי כרב יהודה.

אולם עדיין צריכים ליישב מאחר שהוכחנו מדברי רמי בר יחזקאל דס"ל דתפיסה מחזקת מרא קמא מועילה, והתופס נעשה מוחזק ואין מוציאים מידו, למה הוצרך לומר דעל בעל הפרה להביא ראיה משום שהספק נמצא ברשותו, גם בלי הך טעמא עליו להביא ראיה, שהרי הפרה מוחזקת ביד בעל החמור שתפסה, ותפיסה מועילה ואין מוציאים מידו.

ונראה דרמי בר יחזקאל בא ליישב דברי שמואל אליבא דרבא דאית ליה לעיל (דף עה:) דאמרינן כאן נמצא כאן היה, ואם נמצאו מומי האשה כשנכנסה לרשות הבעל אמרינן שנולדו ברשותו, ואם כן הכי נמי במחליף פרה בחמור הרי כיון שנולד הספק בהממון שבעל החמור מחזיק בו הוקלשה חזקתו לעומת החזקת מרא קמא ועליו

להביא ראיה, ועל זה אמר רמי בר יחזקאל דהראיה מוטלת על זה שהספק נולד ברשותו, והיינו דמציאות הספק נולד בדבר שהוא ברשותו, ואין דנים על הפרה שמוטלת בספק אלא על גוף החמור שמיתתו גרמה הספק, וכיון שכבר נעשה המשיכה קודם שנמצא שמת החמור נקטינן מן הסתם שהחמור הוא ברשות בעל הפרה, ועליו להביא ראיה ולא על בעל החמור, ולכן אין דין כל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה מבטל הדין דתפיסה מועילה ואין מוציאים מידו.

פרק ה

בו יבוארו דברי התוס' דטעמא דשמואל דעל בעל החמור להביא ראיה משום דאזלינן בתר חזקה דהשתא, ובכלל שנמצאו בה מומים בבית הבעל אין החזקה מועילה אלא לומר שהיו בה קודם שנכנסה לרשותו ולא שהיו בה לפני שתי רשויות קודם שנתארסה.

[**כתובות עו.**] אמר רב יהודה אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת פרה וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה על בעל החמור להביא ראיה וז"ל: אף על פי שהוא מוחזק ומוחזקת הגוף נמי מסייע ליה והוה לן לאוקמי החמור בחזקת שהיה קיים אלא טעמא דשמואל דמוקמינן לפרה בחזקת מרה קמא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ובהמשך דבריהם כתבו התוס' דבמסקנא לא קאי סברא זו אלא תפיסה בטענת ברי מועילה ואין מוציאים מידו, ועיימש"נ בש"ה פ"ד.

והקשו התוס' וז"ל: ומיהו תימה למאי דסלקא דעתין השתא אמאי על בעל החמור להביא ראיה כיון שהוא מוחזק וגם איכא לאוקמי החמור בחזקת שהיה קיים והא שמואל גופיה אית ליה בריש המוכר פירות (בבא בתרא דף צב.) המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאין המעות חוזרין ולא מוקמינן להו בחזקת מרה קמא אלא אזלינן בתר חזקה דהשתא אף על גב דרובא מזבני לרידיא מסייע למרה קמא כל שכן הכא דאית לן למיזל בתר חזקה דהשתא דמסייע ליה חזקת הגוף וכו' על כן נראה דטעמא דשמואל לאו משום חזקת מרה קמא אלא אית לן למימר כיון דאשתכח החמור דמת כי היכי דעכשיו הוא מת כן יש לנו להחזיקו שהיה מת גם קודם ודמיא להא דאמר בנדה (דף ד.) דכל הטומאות כשעת מציאתן ודוקא גבי מיתת חמור וגבי מום וגבי מחט שנמצאת בעובי בית הכסות אית לן למימר הכי והא דכלה בבית חמיה על הבעל להביא ראיה משום דכי אמרינן נמי כמו שאנו מוצאין מום עתה כן היה קודם כניסה אכתי איכא למימר דמשנתארסה נולד בה מום והילכך אית לה כתובה דכולי האי לא אמרינן דקודם אירוסין דהיינו קודם שתי רשויות היה בה מום על ידי מה שאנו מוצאין עתה אבל בבית אביה אימר קודם לכניסת רשות זה היה כמו שהוא עתה וכו' עכ"ל, יעו"ש. ויש לדקדק בדברי התוס' דאם אזלינן בתר חזקה דהשתא לומר דכמו שנמצא היום כן היה מכבר, למה תהא הוכחה זו תלויה ברשויות, ולמה נאמר שהחזקה מגדת לנו שהמום היה ברשות שלפני זו שבה נמצא אבל לא קודם שבאה לאותה רשות, ועוד מאי סלקא דעתייהו להביא ראיה דכל הטומאות כשעת מציאתן, והלא לית מאן דפליג שהוא דין בטומאה לגבי קדשים וטהרות, אבל בדרך כלל הולכים אחר חזקה דמעיקרא לומר שלא נשתנה ממה שהיה כבר עד שעה אחרונה דאפשר, וכדברי התוס' בתירוצם. ונראה דאין כונת התוס' דאזלינן בתר חזקה דהשתא כנגד חזקה דמעיקרא, אלא כונתם דטעמא דשמואל הוא כדין כאן נמצא כאן היה שהוא דין חדש לענין דיני ממונות, אלא דלדידה דין כאן נמצא כאן היה הוא להיפך מדין כאן נמצא כאן היה אליבא דרבא, דלדעת רבא אמרינן דאם נמצא המום ברשות הבעל נקטינן דכאן הוא

שנתחדש ולא קודם, ולכן עליו להביא ראיה, ולדעת שמואל אמרינן איפכא, דכל שנמצאת הריעותא ברשותו נקטינן שהיתה שם כל הזמן באותה רשות, ולכן כיון שנמצא החמור מת ונולד הספק לאחר שהפרה נכנסה לרשות בעל החמור נקטינן שהיה מת כל זמן שהפרה היתה ברשותו, ואם לא הביא בעל החמור ראיה שהחמור מת לאחר המשיכה הרי זה מובן מאליו שהחמור כבר מת קודם המשיכה.

ואולם בכלה שנכנסה לרשות הבעל נקטינן שכל זמן שהיתה ברשותו היה בה המום, דכאן נמצא כאן היה, כמש"נ, ומובן מאליו שהמום כבר היה בה כשהיתה ברשות האב, אבל אין לנו שום סבה לומר שהיה מום גם קודם קדושין, שאין דין כאן נמצא כאן היה דשמואל אלא על הרשות שבה נמצאה הריעותא דנקטינן שהיתה שם כל זמן שהיתה ברשותו, אבל קודם לכן מוקמינן לה על חזקת הגוף.

והתוס' לא הביאו דינא דכל הטומאות כשעת מציאתן אלא לדמיון בעלמא, דכמו שמצינו דבדיני טומאה יש דין חדש דאזלינן בתר שעת מציאתן, כמו כן יש לומר דאיכא דין חדש דכאן נמצא כאן היה דלעולם נקטינן שהריעותא היתה שם כל הזמן שהיה ברשותו, כמש"נ, ואין זה אלא לדוגמא בלבד, והתוס' דחו תירוצם וז"ל: ואין נראה דדוקא משום חומרא דקדשים הוא דאמר כל הטומאות כשעת מציאתן וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאין זה דין חדש אלא חומרא בעלמא, ואע"ג דמבואר בהסוגיא שם דאמרינן כשעת מציאתן בין לקולא בין לחומרא, הרי כבר כתבו התוס' שם בד"ה שכל הטומאות וז"ל: והא דמחט שנמצאת מלאה חלודה דטהורה דכל הטומאות כשעת מציאתן אפילו להקל לאו משום דהוי כשעת מציאתן דאורייתא אלא משום דמוקי הטהרות אחזקתייהו עכ"ל, יעו"ש.

פרק ו

בו יבואר קושית התוס' אליבא דרמי בר יחזקאל דכל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה ועל בעל הפרה להביא ראיה, וקשה ממחליף פרה בחמור וילדה דאם היו ברשות בעל החמור על בעל הפרה להביא ראיה, ולמה אין על בעל החמור להביא ראיה.

[**כתובות עו:**] רמי בר יחזקאל אמר לא תצייתנהו להני כללי דכייל יהודה אחי משמיה דשמואל הכי אמר שמואל כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה ותנא תונא כלה וכו', יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה כל שנולד ספק ברשותו וז"ל: על בעל הפרה להביא ראיה שמת החמור קודם משיכה הואיל וספק ברשותו נולד שלא נמצא החמור מת עד לאחר משיכת פרה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דעל בעל הפרה להביא ראיה משום שנולד הספק על החמור לאחר שנעשה הקנין, ועיימש"נ בש"ה פ"ג, ודלא כשיטת הרמב"ם דלרמי בר יחזקאל על בעל החמור להביא ראיה, ועיימש"נ בדבריו בש"ה פ"ז. ועיין בתוס' בד"ה כל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה וז"ל: ואוקי לכלה דמתניתין כרבא ואפילו הוא מוחזק אותו שנולד ברשותו עליו להביא ראיה כדפריך מההיא דמחט דלייתי טבח ראיה אף על גב דלא יהיב דמי והוא מוחזק ואם תאמר מהא דפריך בהשואל (בבא מציעא דף ק.) גבי מחליף פרה בחמור וילדה וניחוי ברשותא דמאן קיימא וניהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה משמע דאי הוי ברשות בעל החמור על בעל הפרה להביא ראיה ואמאי והלא נולד ספק ברשותו ואחר שמשך בעל הפרה את החמור נודע שילדה הפרה וצריך לחלק בין ספק שנולד לטיבותא כי התם לספק שנולד לגריעותא כי הכא עכ"ל, יעו"ש, כן היא הגירסא שלפנינו, ועיין במהר"ם שי"ף שגרס כן.

וביאור דבריהם הכי הוא, דאמר רמי בר יחזקאל דכל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה, והיינו דכל דבר דנקטינן בו מן הסתם שהוא ברשותו קודם שנולד הספק ושוב נולד בו ספק עליו להביא ראיה לברר הספק, ובמחליף פרה בחמור הרי מיד שנעשה המשיכה נקטינן מן הסתם שהחמור עבר לרשות בעל הפרה והפרה עברה לרשות בעל החמור, ואם נולד ספק בגוף החמור שנמצא מת ולא ידעינן מתי מת, אם קודם המשיכה או אחר המשיכה, על בעל הפרה לברר ספק זה, ועל זה הקשו התוס' ממחליף פרה בחמור וילדה, דאמרינן בבבא מציעא דאם הולדות קיימי ברשות בעל החמור המוציא מחבירו עליו הראיה, ועל בעל הפרה להביא ראיה, והלא מיד שנעשה המשיכה נחשב שהפרה ברשות בעל החמור, כמש"נ, והתם נולד הספק בגוף הפרה מתי ילדה, ואם כן נימא דעל בעל החמור להביא ראיה.

ותירצו התוס' דאין על זה שנמצא ברשותו להביא ראיה אלא כשנצרכת לגרע הסתמא, שלא תישאר הסתמא כמות שהיא, ובסוגיין כיון דמסתמא החמור ברשות בעל הפרה, אם לא יביא ראיה ישאר החמור ברשות בעל הפרה ולא יתבטל המקח, אבל גבי מחליף וילדה והולדות קיימי ברשות בעל החמור הרי מסתמא הפרה באה לרשותו מעוברת והולדות נולדו ברשותו, ואין מחייבים אותו להביא ראיה לחזק הסתמא, אלא

הולדות נשאים אצלו אף בלי ראייה, וזהו החילוק בין לגרועות ולטיבותא.

פרק ז

בו יובא שיטת הרמב"ם במחליף פרה בחמור ונמצא שמת החמור דגם לפי המסקנא דרמי בר יחזקאל על בעל החמור להביא ראיה, ולדברי הכסף משנה פליג על רב יהודה רק כשכבר היה החמור ברשות בעל הפרה, ויבואר שקלא וטריא דהסוגיא לפי דרכו.

[**כתובות עו.**] אמר רב יהודה אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת פרה וכו' רמי בר יחזקאל אמר לא תצייתינהו להני כללי דכילל יהודה אחי משמיה דשמואל הכי אמר שמואל כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה ותנא תונא כלה וכו', יעו"ש.

וכתב הרמב"ם פ"כ מכירה הלי"ד וז"ל: כל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה כיצד המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך זה החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש, והנה בכל הסוגיא מבואר שאיתותבו דברי רב יהודה אמר שמואל דעל בעל החמור להביא ראיה, ולמסקנא פליג עליה רמי בר יחזקאל וקאמר דכל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה, ולכן על בעל הפרה להביא ראיה, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, ואם כן קשה על הרמב"ם שפסק כרב יהודה אמר שמואל.

ועיין בכסף משנה שעמד בדבריו וז"ל: ויש לתמוה על רבינו שפסק על בעל החמור להביא ראיה דהא איתותב ההוא לישנא גם הרי"ף כתב לישנא קמא בהלכותיו וכדברי רבינו דעל בעל החמור הראיה ואין לנו בזה אלא מה שכתב הר"ן בשם הר"ז שפירש דרב יהודה ס"ל דאותו שנולד הספק בממונו עליו הראיה וחמור ממונו של בעל החמור מיקרי שהרי בתחלה ממונו היה ואף על פי שאפשר שקנהו בעל הפרה אין ספק מוציא מידי ודאי וכו' אלא כי אתא רמי בר יחזקאל וכו' כלומר דלאו בממונו תליא מילתא כדאמר רב יהודה משמיה דשמואל אלא ברשותו תלי דכל שנמצא ספק בביתו עליו הראיה משום דאיכא למימר כאן נמצאו וכאן היו ונפקא לן בין כללא דרב יהודה לכללא דרמי דאילו לרב יהודה אפילו נמצא החמור מת ברשות בעל הפרה על בעל החמור הראיה כיון שהיה בעליו תחלה ואילו לרמי כיון שלא נולד הספק ברשותו אלא ברשות בעל הפרה על בעל הפרה להביא ראיה משום דאמרינן כאן נמצא וכאן מת ולפי זה הפירוש יפה עשו הרב אלפסי ז"ל ורבינו שכתבו לישנא דרב יהודה ואף על גב דאידיחי ליה משום דכיון שמת בבית בעל החמור כולו מודו דעליו הראיה ולא פליגי אלא בטעמא ונפקא מינה היכא שמת בביתו של בעל הפרה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה לפי דברי הכסף משנה רמי בר יחזקאל דאמר כל שנמצא הספק ברשותו עליו להביא ראיה היינו דעל בעל החמור להביא ראיה, ודלא כדברי רש"י דס"ל דעל בעל הפרה להביא ראיה, וטעמא דרב יהודה אמר שמואל לא הוי משום דינא דכאן נמצא כאן היה, ועיימש"נ בש"ה פ"ג, ואם כן למה לא קאמר הכסף משנה דהרמב"ם למד כל

הסוגיא כדברי רש"י, ואכן לדידיה לא קאמר רמי בר יחזקאל דמדון כאן נמצא כאן
היה על בעל הפרה להביא ראיה אלא דעל בעל החמור להביא ראיה, והרמב"ם פסק
כרמי בר יחזקאל כמסקנת הגמרא.

ואכן לא רצה הכסף משנה לפרש כן, דלדברי רש"י והתוס' טעמא דרב יהודה אמר
שמואל משום דאין תפיסה בטענת שמא מועילה להוציא מחזקת מרא קמא, וכמו
שהבינו רוב הפוסקים מסקנת הגמרא בבבא מציעא (דף ו:): דקיימא לן תקפו כהן
מוציאים מידו, יעו"ש, אבל הרמב"ם פ"ה בכורות הל"ג פסק דתקפו כהן אין מוציאים
מידו, יעו"ש ולכן לא רצה לאוקמי סוגיין שלא אליבא דהלכתא, ומשום הכי למד דאי
משום שתפס מן המרא קמא הרי קיימא לן דתפיסה מועילה אפילו בטענת שמא,
וטעמא דרב יהודה אמר שמואל משום דגם הוא ס"ל דכל שנמצא הספק ברשותו עליו
להביא ראיה, דאמרינן כאן נמצא כאן היה, אלא דהוא ס"ל דמי שנמצא הספק ברשותו
הוא בעל הממון, ואם כן לעולם על בעל החמור להביא ראיה, ורמי בר יחזקאל ס"ל
דמי שנמצא הספק ברשותו היינו ברשותו במציאות, ולכן אם החמור עדיין ברשות בעל
החמור עליו להביא ראיה, אבל אם היה מופקד ביד בעל הפרה על בעל הפרה להביא
ראיה.

והכי אזלא סוגית הגמרא אליבא דהרמב"ם, רב יהודה אמר שמואל ס"ל דעל בעל
החמור להביא ראיה משום שהספק נולד בממונו, ואע"פ שאפשר שקנהו בעל הפרה אין
ספק מוציא מידי ודאי, וכאן נמצא כאן היה, ואפילו נמצא החמור מת ברשות בעל
הפרה על בעל החמור להביא הראיה כיון שהיה בעליו תחלה, כמו שכתב הכסף משנה,
וקאמר ותנא תונא כלה, ומתחלה רצה לומר דהיינו מרישא דמתניתין דאם נמצאו
ברשות האב עליו להביא ראיה, שהרי בתו נחשבת ממנו, ויש לו שם בעל הממון,
והספק נולד בממונו, ואין ספק מוציא מידי ודאי, וכאן נמצא כאן היה לעולם נשאר
בעל הממון לגבי הספק, ודחי ליה דדלמא לא אמרינן כאן נמצא כאן היה להוציא מן
המוחזק, וכיון שנתארסה הוחזק האב במקום בתו להכתובה, ואין דין כאן נמצא כאן
היה יכול להפקיע כח כתובתה, כמו שכתב רש"י, כנ"ל.

והדר קאמר דהראיה מן כלה היא מסיפא דמתניתין שכבר כנסה הבעל, ועל הבעל
להביא ראיה מפני שהספק נמצא ברשותו שהוא בעל הממון, אולם צריך עיון למה יהא
הבעל נחשב בעל הממון, ולמה אין האב נחשב בעל הממון, שהרי מתחלה היתה ודאי
ברשותו, ונימא אין ספק מוציא מידי ודאי, ונראה דבנמצאו בה מומים חלות הספק
היא על שעת הנשואין, שאז היה ראוי להתחייב בכתובתה, ואע"ג דספק זה תלוי באם
היה מקח טעות בהקדושין, מכל מקום לא נולד ספק חיוב הכתובה לענין האירוסין,
שהרי באותה שעה בודאי עדיין לא נתחייב בכתובתה, ורק על שעת הנשואין, שרק אז
חל חיוב כתובה בפועל, ואנו מסופקים אם חל עליו החיוב, אבל קודם חלות הספק
בשעת הנשואין הסתמא היתה שהיא ארוסתו ועומד הבעל להתחייב בכתובתה לאחר
הנשואין, ולכן הבעל נחשב בעל הממון ועליו להביא ראיה, ולא דמי למחליף פרה
בחמור, דהתם הספק חל על שעת הקנין, שאם כבר מת החמור ליכא קנין, ואם עדיין

לא מת איכא קנין, ובאותה שעה שעליו חל הספק הרי המוכר הוא בעל הממון מפני שאין ספק מוציא מידי ודאי, כמש"נ, ודחי ליה דדלמא אין טעמא דמתניתין משום כאן נמצא כאן היה אלא מפני דאזלינן בתר חזקת הגוף שלה.

ואחר כך קאמר שהראיה היא מרישא דמתניתין שנמצאו המומים בבית אביה, דעל האב להביא ראיה לא רק לגבי גבית הכתובה אלא גם לגבי החזרת הכסף קדושין, דאע"פ שהוא מוחזק בהכסף צריך להחזירו אם לא הביא ראיה, ולא הועילה לו תפיסתו, דכיון שהבת שבה נולד הספק היא ברשותו, והרי הוא הבעל הממון עליה, כמש"נ, ובטענתו בא להחזיק בהכסף שבידו, אמרינן כאן נמצא כאן היה, וחזינן דאמרינן כאן נמצא כאן היה אפילו כשבא להחזיק הממון.

ופריך ממחט שנמצא בעובי בית הכוסות דאם כבר יהב הטבח דמים להמוכר עליו להביא ראיה שכבר נטרפה קודם המכירה, ולא אמרינן דכיון שנמצא הספק בהפרה, שהמוכר הוא בעל הממון שלה משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, על המוכר להביא ראיה מדין כאן נמצא כאן היה.

ובזה נדחו דברי רב יהודה אמר שמואל, ולא אמרינן דהבעל הממון הוא זה שנמצא הספק ברשותו, ורמי בר יחזקאל קאמר דזה שנמצא הספק ברשותו היינו זה שבמציאות נמצא הספק ברשותו, ושמואל מיירי שבעל הפרה לא משך החמור, ונבלתו עדיין נמצאה ברשות בעל החמור, ומשום הכי עליו להביא ראיה, אבל במחט שנמצא הרי הפרה במציאות ברשות הטבח, ועליו להביא ראיה.

פרק ח

בו יבואר מחלוקת רש"י והר"ן בדין כאן נמצאו וכאן היו אם נאמר כן גם כשנודע לנו ודאי שכבר היתה הריעותא ברשות האב אלא דלא נראה לעדים באותה שעה, ותתיישב ראית הר"ן מלשון התנא על הבעל להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו.

[**כתובות עה.**] מתניתין היו בה מומין ועודה בבית אביה האב צריך להביא ראיה שמשנתארסה היו בה מומין הללו ונסתחפה שדהו נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו והיה מקחו מקח טעות דברי רבי מאיר וכו', יעו"ש, ובגמרא טעמא דמייתי האב ראיה הא לא מייתי האב ראיה הבעל מהימן מני רבי יהושע היא דאמר לא מפיה אנו חיינן אימא סיפא נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה טעמא דמייתי הבעל ראיה הא לא מייתי הבעל ראיה האב מהימן אתאן לרבן גמליאל דאמר נאמנת וכו' רבא אמר רישא כאן נמצאו וכאן היו סיפא נמי כאן נמצאו וכאן היו איתיביה אבבי נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה שעד שלא תתארס היו בה מומין אלו והיה מקחו מקח טעות עד לא תתארס אין משתארס לא ואמאי לימא כאן נמצאו וכאן היו אמר ליה משנתארסה משום דאיכא למימר חזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: רבא מהדר לאוקמא כולה כרבן גמליאל דאוקמינן הלכתא כוותיה בפרק קמא לעולם חזקה דגופא עדיף ורישא טעמא משום דכיון דבבית אביה נמצאו המומין איתרע חזקתיה דאב דאיכא למימר כאן היו קודם אירוסין ובפרק קמא נמי פלוגתייהו בנכנסה לרשות הבעל היא ובה אמר רבן גמליאל דלא הורעה חזקת אביה בכך עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דבהנושא את האשה ולא מצא לה בתולים נאמנת משום דכיון שנכנסה לרשות הבעל אמרינן כאן נמצא וכאן היה.

והקשה עליו הר"ן מהא דאמרינן בגמרא דאם ראו עדים מומה בבית אביה משתתארס הרי זה נחשב שנמצאו ברשות האב וכאן נמצאו וכאן היו וז"ל: ואם כפירוש רש"י ז"ל בפלוגתא דרבן גמליאל ורבי יהושע בהנושא את האשה היא אומרת משתתארסתי נאנסתי אמאי אמר רבן גמליאל נאמנת דהא לישנא דהנושא את האשה כו' משמע שתכף שנשאה נולד מחלוקת זה ביניהם אף על פי שאי אפשר לומר דמשנשאה נאנסה ולפיכך היא אינה יכולה לטעון אלא משנתארסה נאנסה אבל לא משנשאה ומילתא פסיקתא אמר רבן גמליאל דנאמנת ואמאי והא כיון דעל כרחך נבעלה בבית אביה נימא כאן נמצאו וכאן היו וקודם שנתארסה נבעלה והיה מקחו מקח טעות וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכיון דידעינן בודאי שנבעלה בבית אביה נימא כאן נמצא וכאן היה כי היכי דאמרינן כשראו עדים המומין בבית אביה משתתארס, ולא תהא ידיעה ודאית גרועה מהעדאת עדים.

ונראה לבאר דברי רש"י דדין כאן נמצאו וכאן היו לא הוי כמו חזקה דהשתא שהוא בירור בהמציאות, ולא אזלינן בתרה לענין איסור והיתר במקום שאין חזקות אחרות מנגדות לה, אלא דין כאן נמצאו וכאן היו הוא דין מיוחד בחזקת ממון, וכן

מבואר מכל הסוגיא, וכן מפורש בתוס' חולין (דף נא.) בד"ה המוציא מחבירו שהקשו על דינא דכאן נמצאו וכאן היו מבריינתא דנדה (דף נח.) ולא הקשו אלא משום דרב ששת מפרש לענין דינא, יעו"ש, ודינא דכאן נמצאו וכאן היו הוא דהיכא דיש לאדם חזקת ממון מן הסתמא ונולד ספק בעצם החזקת ממון צריכים אנו לדון אם עדיין יש לו החזקת ממון כמו שהיה לו מקודם, ואין לידת הספק יכולה לבטלה, או אם אמרינן דספק בעצם החזקת ממון מבטלה, ובזה אמרינן כאן נמצאו וכאן היו, דהיכא דעבר נידון הממון לרשות אחרת אין הספק יכול לבטל החזקת ממון שזכה בו ברשות הראשון, והרי הוא נשאר בחזקתו לגבי הנידון שברשות השני, וכן הוא לשון הגמרא לקמן (דף עו:) אמר שמואל כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה וכו', יעו"ש, והוא יסוד דינא דכאן נמצאו וכאן היו, כמו שכתבו התוס' שם בד"ה כל שנולד, יעו"ש, והר"ן כתב דיש נפקא מינה בין שני דינים אלו, יעו"ש, אכן ביסודם חדא ענין להם.

ובסוגיין עוברת כתובת האשה מרשות האב לרשות האשה בשעת נשואין, דקודם נשואין הבעלי דבר בחיוב הכתובה הם הבעל והאב ולאחר נשואין הבעלי דבר הם הבעל והאשה, וכיון שנשתנו הבעלי דבר הרי זה נחשב שנשתנה הרשות ועיימש"נ בדברי הרא"ש בש"ה פ"י.

והנה בכל ברי ושמא למאן דאמר ברי עדיף אינו צריך לשום חזקת חיוב בצירוף לטענתו, אלא כל שאמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אמרינן ברי עדיף וחייב לשלם, אבל בבא בטענת כתובה הרי הוא מגביל גביתו להכתובה, ולא אמר סתם מאתים לי בידך אלא בא בטענת ברי על ידי הכתובה, ולכן צריכים אנו לדון על הכתובה אם ראוי לגבות על ידה, ולזה בעינן חזקת חיוב, שהכתובה היא בחזקתה שמן הסתמא אין בה מומין והרי המקח קיים והחיוב מוטל על הבעל, אכן אם נולד ספק בעצם הכתובה ואם על ידי הספק איתרע חזקת הכתובה אין האב או האשה יכולים לגבות מן הבעל מדין ברי ושמא, ואע"ג דאית לה נמי חזקת הגוף, ובזה כולי עלמא מודו דברי עדיף, כמו שמבואר לעיל (דף יב:), יעו"ש, הרי כיון דגביתם הוי מדין חיוב כתובה, והכתובה מוטלת בספק, גם גביתה מסופקת, ואין גובים מדין ברי ושמא, ולא דמי לאומר מנה לי בידך, דהתם בא לגבות על ידי הלואה שהוא אומר שקרה, ועל מה נידון, הרי אין הלואה בפנינו שנולדה בה ספיקות, אלא הוא אומר ודאי היתה הלואה והשני אומר שמא היתה הלואה וברי ושמא ברי עדיף, אבל הכא שתובעים חיוב כתובה הרי עלינו לדון אם באמת יש כאן חיוב כתובה מעליא, ואם אנו מסופקים אין יכולים לגבות, כמש"נ.

ובזה אמרינן כאן נמצאו כאן היו, ואין ספק שנולד ברשות שני יכול לבטל חזקת כתובה שהיתה לו ברשות הראשון, ואם נמצאו המומין ברשות הבעל אמרינן דאין ספק זה מועיל אלא לגבי הרשות שבה נמצא, וחזקת כתובה שהיתה ברשות האב לא איתרע על ידי ספק שנולד ברשות הבעל, ושפיר איכא חזקת כתובה מעליא ויכולה האשה לגבות כתובתה בטענת ברי וחזקת הגוף, אבל אם נמצאו המומין ברשות האב הרי נולד ספק אם היו שם גם קודם אירוסין, ועל ידי הספק איתרע חזקת הכתובה, ושוב לא

מהני ברי ושמה להוציא ממון הבעל, כמש"נ.

וקאמר בגמרא דאם באו עדים שהיו לה מומין בבית אביה משנתארסה הרי זה נחשב שנמצאו ברשות האב ואיתרע חזקת הכתובה, ולמד רש"י דבהנושא את האשה ולא מצא לה בתולים נחשב שנולד הספק ברשות הבעל, ואע"ג דידעינן בודאי שנאנסה קודם הנשואין, וכקושית הר"ן, כנ"ל, ויש לחלק לפי דעת רש"י דלא חשיב נולד הספק אלא כשנודע, ואם העדים ראו המומין בבית אביה הרי נולד ספק אם היו שם גם קודם האירוסין, ואיתרע חזקת הכתובה, אבל בנושא את האשה ולא מצא לה בתולים הרי קודם שנשאת לא היה עלינו להסתפק כלל אם לא היו לה בתולים בשעת אירוסין, וליכא לידת ספק אלא לאחר נישואין, ונמצא דאע"ג דידעינן בודאי שכבר לא היו לה בתולים בבית אביה, מכל מקום לא נולד שום ספק בפועל באותה שעה, ולא איתרע חזקת הכתובה, והרי היא גובה ממנו על ידי דין ברי ושמה וחזקת הגוף דברי עדין במקום דכתובתה בחזקתה, כמש"נ.

והר"ן לית ליה סברא זו, אלא ס"ל דאין דין כאן נמצאו וכאן היו תלוי בלידת הספק ברשות האב אלא בידעתנו שהריעותא נמצאה שם ברשות האב, וכיון שכן כל שנודע בודאי שהיו שם מומין בבית אביה אמרינן כאן נמצאו וכאן היו ואיתרע חזקת הכתובה, ואם כן הוא הדין בנשא אשה ולא מצא לה בתולים הרי ידעינן בודאי שכבר לא היו לה בתולים בבית אביה ואיתרע חזקת הכתובה, ואע"ג דלא נולד הספק בפועל עד שנכנסה לרשות הבעל, ורש"י ס"ל דלא סגי בידיעה ודאית להרעות חזקת הכתובה בבית האב, אלא בעינן לידת הספק בפועל, ואם כל זמן שהיתה בבית אביה לא נולד לנו שום ספק הרי כתובתה נשארה בחזקתה, ואף אם לאחר זמן נודע לן שבאותה שעה כבר לא היו לה בתולים, כמש"נ, ולא נחלקו רש"י והר"ן ביסוד דין כאן נמצאו וכאן היו אלא בפרט אחד בלבד נחלקו, אם אזלינן בתר לידת הספק בפועל או לא וכמש"נ.

והר"ן עצמו למד דהנושא אשה ולא מצא לה בתולים באמת נחשב כמו שנמצא ברשות האב, והיה לנו לומר כאן נמצאו וכאן היו ואיתרע חזקת הכתובה ואינה יכולה להוציא בברי ושמה וחזקת הגוף, כמש"נ, וטעמא דנאמנת לרבן גמליאל משום דבמקום ברי ושמה לא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו, דכיון דמסתברא מילתא כזה שטוען ברי כנגד שמה דחבירו לא אמרינן דהספק מבטל חזקת הכתובה, ובסוגיין מוקים לה במומין כמו ריח הפה דהוי שמה ושמה, וכיון דאין לנו שום הוכחה מדבריהם לצד זה או לצד זה אמרינן כאן נמצאו וכאן היו, והרי הספק מרעא לחזקת הכתובה אם נמצאו המומין ברשות האב, אבל אם נמצאו ברשות הבעל נשארת הכתובה בחזקתה, וכמש"נ.

פרק ט

בו יובא מה שהקשה רש"י דבהביא הבעל ראייה שהיו בה מומין משתתארים למה לא נצרף חזקת ממון לחזקה דאין אדם מתפייס במומין וליהוי תרתי במקום תרתי כדי לפוטרו מכתובתה, ויבואר מה שכתב דחזקת ממון במקום חזקה דגופא לאו כלום היא.

[**כתובות עה:**] רבא אמר רישא כאן נמצאו וכאן היו וסיפא נמי כאן נמצאו וכאן היו איתיביה אביי נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראייה שעד שלא תתארים היו בה מומין אלו והיה מקחו מקח טעות עד שלא תתארים אין משתתארים לא ואמאי לימא כאן נמצאו וכאן היו אמר ליה משנתארים משום דאיכא למימר חזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו והאי ראה וניפייס הוא אי הכי עד שלא תתארים נמי אלא אמרינן חזקה אין אדם מיפייס במומין הכא נמי חזקה אין אדם מיפייס במומין אלא משנתארים משום דאיכא תרתי חזקה העמד הגוף על חזקתו וחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו והאי ראה וניפייס הוא מאי אמרת חזקה אין אדם מיפייס במומין הוי חדא במקום תרתי וחדא במקום תרתי לא אמרינן וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה חדא במקום תרתי וז"ל: דהעמד ממון על חזקתו לא אמרינן דניהו נמי הכא תרתי דבמקום חזקה דגופא חזקה דממונא לאו כלום היא עכ"ל, יעו"ש, והקשה רש"י דנצרף חזקת ממון לחזקה אין אדם מיפייס במומין וליהוי תרתי במקום תרתי, ולא הקשה דנצרף כאן נמצאו וכאן היו לחזקה אין אדם מיפייס במומין, כמו שהקשו התוס' בד"ה וחדא, יעו"ש, והדברים מתבארים עפ"ימש"נ בש"ה פ"ח דאין דין כאן נמצאו כאן היו מתורת חזקה ובירור על המציאות, אלא הוא דין מיוחד בחזקת ממון, דאם נולד ספק בהחזקת ממון ברשות אחרת אין זה מבטל תורת חזקת ממון שהיה לו להאב כל זמן שהיתה ברשותו, ורק אם נמצאו המומין בעודה ברשות אביה אמרינן דלית הספק מבטלת החזקת חיוב שהיתה לו מקודם, ולפי זה לא היה שייך להקשות דנצרף כאן נמצאו וכאן היו לחזקת אין אדם מתפייס במומין, שהרי אין כאן נמצאו וכאן היו מדין חזקה אלא שזה קובע מי הוא המוחזק, ואם נמצאו ברשות האב לאחר שנתארים הרי לית הספק מגרעת חזקת האב והרי הממון בחזקת הבעל, והיינו מה שהקשה רש"י דלמה לא נצרף החזקת ממון להחזקה אין אדם מתפייס במומין, והא דיש לבעל חזקת ממון הוא מדין כאן נמצאו וכאן היו, כמש"נ.

ועל זה תירץ רש"י דבמקום חזקה דגופא חזקה דממונא לאו כלום היא, וכונתו בזה דחזקת הגוף מגלה לנו המציאות אבל חזקת ממון אין מגדת לנו שום דבר לגבי המציאות מתי נולדו בה המומין, ואלא דבמקום ספק אין להוציא ממון מן המוחזק, והיכא דאית לן חזקת הגוף וחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו הרי חזקות אלו מגידות לנו שהמומין נולדו לאחר שנתארים, ואי משום חזקה אין אדם מתפייס במומין הרי חדא במקום תרתי לא אמרינן, ונפשט הספק והשתא ידעינן שהמומין נולדו לאחר שנתארים, ושוב אין מקום לחזקת ממון, דאין מחזיקין ממון ביד המוחזק אלא במקום ספק, וכאן כבר נפשט הספק על ידי החזקות, וחדא במקום תרתי לא

פרק י

בו יובא מחלוקת הרא"ש וה"ר מאיר הלוי לרבא דאמרינן כאן נמצאו וכאן היו אם בוגרת בבית אביה עליה להביא ראייה, ויבוארו דברי הרא"ש דגם באופן זה לרבא חשיבא כנכנסה לרשות הבעל ועליו הראייה אע"ג שהיא ברשות עצמה עד הנישואין.

[כתובות עו.] רב אשי אמר רישא מנה לאבא בידך וסיפא מנה לי בידך וכו', יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: רב אלפס ז"ל לא הביא כל הני אוקימתות לפי שסובר שאין נפקותא בין שינויא דרבא לשנויא דרב אשי וה"ר מאיר הלוי ז"ל כתב דלרב אשי אם היא בוגרת אפילו עודה בבית אביה על הבעל להביא ראייה דמנה לי בידך הוא ולרבא בוגרת נמי כל זמן שלא נכנסה לרשות הבעל כיון שנמצאו בבית אביה אמרינן כאן נמצאו כאן היו ועליה להביא ראייה וכיון דפליגי הלכתא כרב אשי דהוא בתראה ואני אומר דאף רבא מודה בבוגרת דאף בבית אביה על הבעל להביא ראייה דלא שייך למימר כאן נמצאו כאן היו אלא בנערה דכתובתה לאביה והיא עצמה ברשות האב לכל מילי וכו' אבל בוגרת כיון שיצתה מרשות אביה ואינה נקראת עוד על שם בית אביה כך לי עומדת בבית אביה כאילו עומדת בבית איניש דעלמא וחשיבא כאילו נכנסה לרשות הבעל וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריו, נהי דבוגרת אינה נחשבת עוד ברשות אביה אפילו אם היא עומדת בביתו, מכל מקום איך חשיבא כאילו נכנסה לרשות הבעל, והלא הבוגרת ברשות עצמה היא כל זמן שלא נשאת לבעל, ועל ידי הנישואין היא עוברת מרשות עצמה לרשות הבעל, ולמה לא נימא בה כאן נמצאו וכאן היו.

ונראה לבאר דבריו עפ"ימש"נ בדברי רש"י בש"ה פ"ח דהשתי רשויות לגבי דין כאן נמצאו כאן היו נקבעות על ידי מי הם הבעלי דין, אם נמצאו המומין ברשות האב הרי הבעל והאב הם הבעלי דין, ולאחר שנשאת ותובעת מדין עצמה הרי האשה והבעל הם הבעלי דין, ואמרינן כאן נמצאו וכאן היו, ואם לא נולד הספק באותה הרשות שהבעל והאב הם הבעלי דבר לא איתרע חזקת הכתובה, והרי האשה יכולה לגבות בה על ידי ברי ושמא וחזקת הגוף, כמש"נ, ואם נולד באותה הרשות איתרע חזקת הכתובה ולא מהני לה ברי ושמא וחזקת הגוף להוציא ממון הבעל, ולפי זה שפיר מובנים דברי הרא"ש, דכיון שנתבגרה יצאה מרשות האב, ומאותה שעה הבעל והאשה הם הבעלי דין, ולא הבעל והאב, והרי זה נחשב רשות אחרת לגבי דין כאן נמצאו וכאן היו כמו אם נשאת כשהיא נערה, והרי זה כנכנסה לרשות הבעל שמאז והלאה היא והוא הם הבעלי דין.

פרק יא

בו יבוארו דברי רש"י במחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ונמצא החמור מת דאם נאמר כאן נמצאו וכאן היו כיון שנולד הספק ברשות בעל הפרה אין צריך בעל החמור להביא ראיה אלא בעל הפרה צריך להביא ראיה, וידון היכן רשות ראשונה.

[**כתובות עו.**] אמר רב יהודה אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת פרה ותנא תנא כלה הי כלה אילימא כלה בבית אביה מי דמי התם מייתי אב ראיה ומפיק הכא מייתי בעל החמור ראיה ומוקים וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה אילימא כלה בבית אביה רישא דמתניתין שבאו לדין בעודה ארוסה דקתני האב צריך להביא ראיה וסבירא ליה לשמואל כרבי אלעזר דמוקי לה בתרי תנאי ואפילו נכנסה לחופה אית ליה לתנא דרישא שהאב צריך להביא ראיה ואף על פי שלא נולד ספק ברשותו אלמא אינו גובה ממון מספק והאי נמי לא יחזיק בפרת חבירו מספק ואף על גב שהספק ברשות חבירו נולד שהרי כבר נעשית משיכה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו שעיקר דינו דשמואל הוא דלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו, ופלגי על רבא דלעיל, ואילו היינו אומרים כאן נמצאו וכאן היו היה צריך להיות הדין דעל בעל הפרה להביא ראיה שכבר מת החמור בעת החליפין, שהרי הספק חל כשנמצא החמור מת ברשות בעל הפרה מאחר שכבר נעשית משיכה, כמו שכתב רש"י להלן (דף עו:) בד"ה כל שנולד ספק ברשותו, יעו"ש, ומביא ראיה מרישא דמתניתין דאליבא דרבי אלעזר על האב להביא ראיה אף על פי שנולד הספק לאחר שנכנסה לרשות הבעל, ומבואר דלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו, וכן נמי במחליף פרה בחמור כיון שנולד ספק בחזקת ממון של בעל החמור בשום רשות איתרע חזקתו ועליו להביא ראיה.

ויש לדקדק בדברי רש"י שהרי דין כאן נמצאו וכאן היו הוא דאם הוחזק ברשות ראשון ונולד הספק ברשות שני אין הספק מבטל החזקה, ועיימש"נבש"ה פ"ט), ואיזה שתי רשויות איכא במחליף פרה בחמור, הרי קודם הקנין אין לנו בכלל לדון, ולא שייך לומר שכבר זכה בעל החמור חזקת ממון באותה שעה שעדיין לא היה בה שום מעשה קנין, ולאחר הקנין הרי מיד נולד הספק מתי מת החמור, וגם אם היינו אומרים כאן נמצאו וכאן היו לא היתה חזקת ממון של בעל החמור קיימת, ועל בעל החמור להביא ראיה, דהא כל חזקת ממון שלו לא חלה אלא לאחר הקנין, ובאותה רשות נמצא שמת החמור, והיאך היה מהני לו דין כאן נמצאו וכאן היו.

ויש לומר דכיון דהחמור היה בחזקת חי קודם הקנין אם כן נקטינן שבעל החמור הוחזק על ידי עצם המשיכה, ושעת המעשה קנין נחשבת רשות ראשונה, ומה שהחמור נמצא מת ביד בעל הפרה לאחר המשיכה נחשב רשות שניה, וכיון שנולד הספק לאחר המעשה קנין ולא בשעת המעשה קנין שפיר שייך ביה דין כאן נמצאו וכאן היו, דאין ספק הנולד לאחר המשיכה מרעא לחזקת ממון שבאה לו בבת אחת עם המעשה

משיכה.

וכן מבוארים נמי דברי התוס' בד"ה על בעל החמור וז"ל: והא דפריך הש"ס בהשואל (בבא מציעא דף ק.) גבי המחליף פרה בחמור וילדה דיחלוקו וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אלמא לא מוקמינן אחזקת מרה קמא היכא דתפיס אידך התם פריך לפי מסקנא דהכא עכ"ל, יעו"ש, דלמסקנא אמר שמואל כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, והיינו דאמרינן כאן נמצאו וכאן היו, כמו שכתב רש"י, ולכן לא הדרא ולד למרא קמא, דכיון דהפרה היתה בחזקת מעוברת בשעת משיכה הוחזק בעל החמור בהולד שבכריסה, והשתא שמצינו שילדה ונולד ספק אם קודם משיכה ילדה, ספק זה נולד ברשות בעל החמור ששם נמצא הולד, ואין ספק זה מרעא להחזקה שבאה לו בשעת משיכה.

ובגמרא דחי הראיה מכלה בבית אביה מי דמי התם מייתי אב ראיה ומפיק הכא מייתי בעל החמור ראיה ומוקים, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: דין הוא שצריך להביא ראיה שהרי הוא המוציא מחבירו הלכך מייתי ראיה ומפיק ממונא ומשם אתה בא ללמוד את זה שמוחזק בפרה זו ועומד ואתה אומר נייתי ראיה ונוקים ממון שבידו עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק דלמה נחשב בעל החמור מוחזק בהפרה, והלא על זה גופא אנו מסתפקים, מי איתרע חזקתו על ידי מציאת החמור מת ברשות בעל הפרה או לא, וכלשון רש"י בד"ה כלה בבית חמיה בסוף הדיבור וז"ל: כל שכן שיביא ראיה להחזיק שהרי בשל אחרים בא להחזיק עכ"ל, יעו"ש, ואם כן הכא נמי היאך נחשיבנו שיש לו חזקת ממון, הרי בא להחזיק בשל אחרים.

לכן נראה דהגמרא דוחה הראיה ממתניתין דלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו ולכן במחליף פרה בחמור על בעל החמור להביא ראיה, דשפיר איכא למימר כאן נמצאו וכאן היו היכא דעבר גוף הממון מרשות ראשונה לרשות שניה, דאז אמרינן דלדית הספק ברשות שניה לא מרעא החזקת ממון שבאה לו מרשות ראשונה, אבל במתניתין לא עבר שום דבר מרשות האב לרשות הבעל, דגם השתא גם קודם הנשואין תשלום הכתובה מונח ביד הבעל, ולא נשתנה מרשות ראשונה לרשות שניה אלא מי הם הבעלי דין, בזה לא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו, אבל במחליף פרה בחמור דהפרה עברה מיד בעל הפרה ותפוסה ביד בעל החמור ועל ידי זה עבר החמור ליד בעל הפרה ונעשה כתפוס בידו, זה נחשב שתי רשויות, ואמרינן כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא, כדאיתא לקמן, ואין כונת רש"י למוחזק של חזקת ממון, דבזה אנו מסופקים, כמש"נ, אלא מוחזק בידו בפועל, דזה נחשב רשות אחרת ואמרינן כאן נמצאו וכאן היו.

פרק יב

בו יבוארו דברי רב נחמן בר יצחק דתנא תונא כלה בבית אביה, דאם היינו אומרים כאן נמצאו כן היו אם כן נמצאו מומין ברשות הבעל אין האב גובה כתובתה אבל יכול לעכב כסף קדושין שבידו, ודומה לשנים אוחזים דכל אחד נוטל עד מקום שידו מגעת.

[כתובות עו:] אמר רב נחמן בר יצחק כלה בבית אביה ולקדושין וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: רישא דמתניתין סייעתיה דמטיל הבאת ראייה על האב אף על פי שחזקת גוף אצלו וכרבי אלעזר דאמר רבי יהושע היא ובסיפא נמי פליג להטיל ראייה על האב ואף על פי שלא נולד ספק ברשותו ודקשיא לך ההיא ראייה להוציא היא הראיה צריכה לו אף לעכב לו הקדושין שבידו שאם לא יביא ראייה יחזירם וזו להחזיק היא בידו עכ"ל, יעו"ש.

ובא להוכיח דכי היכי דלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו כדי שיוכל האב לעכב הכסף קדושין בידו, ואף על גב דנולד הספק ברשות הבעל, הוא הדין נמי במחליף פרה בחמור לא אמרינן כאן נמצאו כאן היו שיוכל לעכב הפרה שהיא נמשכת אצלו, ומבואר דאילו היינו אומרים כאן נמצאו וכאן היו רק להחזיק ממון שבידו, ועיימש"נ בש"ה פי"א, ונמצאו המומין לאחר שנכנסה לרשות הבעל, אין לידת הספק מרעא לחזקת האב בכסף קדושין שבידו, שאין לנו לחוש למומין, וסתמא כסף קדושין מעליא הוא, וגם הבעל מוחזק בדמי הכתובה שהם בידו, והרי הבעל עומד במה שבידו וגם האב עומד במה שבידו, ודומה לשנים אוחזים בטלית דזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקים בשוה, כדאיתא בבבא מציעא (דף ז.), יעו"ש, והכא ליכא שאר שיחלוקו בשוה, וכל אחד זוכה במה שתחת ידו.

שער ו: בענין תקפה בפנינו וכהן שתקף ספק בכור **ובו ל"ב פרקים**

פרק א

בו יובא דרך רש"י בהסוגיא, דהאיבעיא בתקפה אחד בפנינו היא לאחר שבית דין פסקו חלוקה אבל קודם שנשבעו, ויבואר כונת לשון מאי הוה ליה למיעבד היכא דצווח מעיקרא, ויבואר ענין שתיקה כהודאה גבי ספק בכור שלא נודע לשום אדם אם ביכרה.

[**בבא מציעא ו.**] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח מאי מדאשתיק אודויי אודי ליה או דלמא כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה תקפה אחד וז"ל: הוציאה מיד חבריו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדבריו שתקפה לאחר שפסקו בית דין שיחלוקו אבל עדיין לא הספיקו לישבע, ולא כתב רש"י קודם שחלקו אלא קודם שנשבעו, ואולם אם תקפה קודם שפסקו בית דין והלה שתק ולבסוף צווח בודאי אין מוציאים מידו, ויש להבין מאי שנא, אם צויחתו לבסוף מגלה שלא הודה לו למה אין מוציאים מידו, עוד יש לעיין בלשון הגמרא דקאמר דאי דקא צווח מעיקרא מאי הוה ליה למיעבד, ולמה לא אמר דאם צווח מעיקרא הרי לא שתק ולא הודה לו.

ובכלל יש להבין מה ענין שתיקה זו, דלכאורה אין לומר דהיא מדין שתיקה כהודאה, דהרי קאמר לקמן (דף ו:): ספק בכורות וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאים אותו מידו דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: ספק בכורות כגון בהמה שילדה ואין ידוע אם בכרה כבר אם לא אחד בכור אדם כגון שהפילה אמו לפניו ספק דבר הפוטר בבכורה ספק רוח הפילה והבא אחריו בכור עכ"ל, יעו"ש, והרי בספק בכור אין שום אדם יודע אם כבר ביכרה אם לא, ומכל מקום כתב רש"י וז"ל: המוציא מחבירו כו' קא סלקא דעתך אם ביד ישראל הן הוי כהן מוציא מחבירו עליו הראיה ואם תקפה כהן ושתיק ישראל והדר צווח הוי ישראל מוציא מחבירו עכ"ל, יעו"ש, ומה שייך התם ענין שתיקה כהודאה בדבר שלא נודע לשום אדם.

והנה תפיסה מועילה מדין עביד איניש דינא לנפשיה, כמו שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' כ"ו, יעו"ש, אבל לולי הא לא היתה תפיסתו מועילה, ואע"ג דהממון מוטל בספק, משום דעצם התפיסה הוי מעשה גזילה וחייב להחזיר, כמו שכתב הרשב"א בסוגיין, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פ"י, וכן כתב הש"ך בספר תקפו כהן בסי' ק"ח בשם המהרש"ל, יעו"ש, ובאמת היה צריך להיות הדין שיכול לתפוס טליתו של חבריו ולומר שלי הוא, ועל ידי זה נעשה ממון המוטל בספק על ידי טענותיהם, כמו בשנים שאוחזים בטלית, ועביד איניש דינא לנפשיה, וטעמא דאינו יכול לעשות כן כתב הש"ך שם בסי' ט"ז וז"ל: דהא פשיטא דבכל דוכתא דלית ליה לתופס מיגו לא מהני תפיסתו כלום אם

לא בספיקא דש"ס להר"ף והרמב"ם וסיעתייהו, או בספק שבשטר דעדות שעל השטר דתרי ותרי, וכמו שכתב הרא"ש בפרק שני דכתובות, דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, דכל אדם יתפוס משל חבירו בעדים ויאמר שלי, וזה דבר פשוט מאד עכ"ל, יעו"ש, והיא תקנת חכמים שאינו יכול לתפוס מכח ספק שנעשה על ידי התפיסה עצמה. והשתא נראה דלפי דעת רש"י כל דין שתיקה דסוגיין אינו מדין הודאת בעל דין כלל, שהרי לפני רגע היה צועק שהוא שלו, והיה מוכן לישבע בפני בית דין בנקיטת חפץ, ומה נשתנה על ידי תקיפת השני שפתאום הוא מודה שמתחלה היה גוזל את חבירו ושהיה מוכן לישבע לשקר, ומסתברא דהודאה זו אינה הודאה גמורה אלא ענין אחר, דכיון ששתק, נהי דאין בזה דין שתיקה כהודאה והודאת בעל דין כמאה עדים דמי, הרי לא התנגד לתפיסתו, והוא חשב דמה לי אם תפס, הרי אחר כך יתבענו לבית דין וידונו להם שיחלוקו כדין שנים אוחזים בטלית, אבל כיון שלא התנגד לתפיסתו אין תפיסתו נחשבת כמעשה גזילה, והרי התופס נתחזק על ידי תפיסתו, וכיון שהוא מוחזק שוב אינו יכול להוציא ממנו אלא בראיה, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ואינו צריך תו לדין עביד איניש דינא לנפשיה, דזה לא איצטריך אלא כדי שלא תהא תפיסתו מעשה גזילה, אבל הכא שתיקתו פעלה שאינה מעשה גזילה, וממילא נעשה מוחזק ואינו יכול להוציא ממנו, וכן מבואר בדברי הרמב"ן, ועיימש"נ בש"ו פ"ט.

וזהו החילוק בין שתק ולבסוף צווח לבין צווח מעיקרא, דאם צווח מעיקרא והתנגד לתפיסת התוקף הרי תפיסתו גזילה, ואינו נעשה מוחזק על ידה אלא מחייבים אותו להחזיר, אבל אם שתק מתחלה ואחר כך צווח, דהיינו שתבעו לדין, מיבעי ליה לרבי זירא אם זה נחשב שלא התנגד לתפיסתו, אלא חשב שבינתיים לא יעמוד כנגדו לעכבו מלתפוס, ואכן אחר כך יתבענו לדין, ואם זאת היתה כונתו הרי לא עיכבו מלהחזיק בהטלית, וכיון שנעשה מוחזק אין מוציאים מידו, או דלמא התנגד לתפיסתו מתחלה אלא שלא צווח מפני שאמר הא קא חזו לי רבנן, אבל כיון שלא ויתר על התנגדותו נמצא שהיתה תקיפתו גזילה וחייב להחזיר, והיינו מאי דקאמר שאם צווח מעיקרא מאי הוה ליה למיעבד, שהרי עשה כל מה שהיה יכול לעשות להראות שהוא מתנגד לתפיסת חבירו, והרי זו גזילה ומוציאים מידו.

ולפי זה מובנים דברי רש"י, דבשנים אוחזים בטלית בעצם יש ספק על הממון, ואע"ג דלא הוי דררא דממונא אלא על ידי טענותיהם, מכל מקום כיון שהטלית מוטלת בספק היה צריך להיות הדין דאם תפס בטענת ברי אין מוציאים מידו, שהרי איכא צד ספק שהטלית שלו, ועל ידי תפיסתו הוא מוחזק בה, אולם אם צווח מעיקרא אין תפיסתו מועילה ומוציאים מידו, דתפיסתו הוי מעשה גזילה, ובכל תפיסה אמרינן דתפיסתו מועילה משום דעביד איניש דינא לנפשיה, אבל הכא הרי כבר פסקו בית דין דיחלוקו בשבועה, ואינו יכול לעשות דינא לנפשיה כיון שכבר דנו בית דין, אבל קודם שפסקו יחלוקו יכול לתפוס אפילו אם השני צווח מתחלה ועד סוף, דכיון שבית דין עדיין לא דנו יכול הוא לתפוס בטענת ברי ולעשות דינא לנפשיה.

אבל אם כבר נשבעו אז זכה כל אחד בחצי הטלית, ונסתלק הספק לגמרי, דכל אחד

יש לו חצי בודאי על פי פסק בית דין, ואין אחד מהם יכול שוב לעורר הספק על ידי תפיסתו, דהרי זה כתוקף טליתו של חברו שאין התפיסה עצמה יכולה לעורר הספק, דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה, כמו שכתב הש"ך, כנ"ל.

וגבי ספק בכור ס"ל לרש"י דאע"ג דאיכא בעצם ספק אם כבר ביכרה אין תפיסה מועילה אלא כשהלה שתק ולא התנגד, אבל אם צווח הרי תפיסתו גזילה, והתם ליכא למימר עביד איניש דינא לנפשיה, שהרי אין שום אדם יודע אם ביכרה, ונמצא שתפיסתו היא בטענת שמא, ולא שייך למימר עביד איניש דינא לנפשיה אלא כשפוסק הדין לעצמו בטענת ברי, ועיימש"נ בדברי רש"י שם בש"ו פ"ד.

פרק ב

בו יובא פירוש רש"י דבהקדישה בלא תקפה בטלית ובמסותא מיבעיא אם נחשב כמקדיש דבר שאינו ברשותו, ויבואר היאך הקדישה בלא תקפה מקודשת משום דהקדישה כתקפה, ויתיישב למה מוקים יכול להוציאה בדיינים במסותא מקרקעי.

[**בבא מציעא ו.**] אם תמצי לומר תקפה אחד בפנינו מוציאין אותה מידו הקדישה אינה מקודשת אם תמצי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי כמאן דתקפה דמי או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה וכתוב ואיש כי יקדיש את ביתו קדש וגו' מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו לאפוקי האי דלא ברשותו, יעו"ש, כך היא הגירסא לפי דברי רש"י לקמן (דף ו:): בד"ה לעולם אימא לך, יעו"ש.

ולפי גירסא זו, מיבעיא ליה על הצד דתקפה בפנינו והלה שתק ולבסוף צווח אין מוציאים משום דהודה לו, והיינו שלא התנגד לתפיסת האחר, ועיימש"נ בש"ו פ"א, ומיבעיא ליה אם הקדיש והלה שתק ולבסוף צווח, דהשתא נמי לא התנגד לתפיסתו על ידי הקדשה, אם חל ההקדש משום דהקדישה כתקפה, ואין בזה חסרון של מקדיש דבר שאינו ברשותו, או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה, ואם כן הקדישה בלא תקפה הוי כמקדיש דבר שאינו ברשותו.

ובגמרא רצה לפשוט מההיא מסותא דהוה מנצו עלה בי תרי האי אמר ידידי הוא והאי אמר ידידי הוא קם חד מינייהו אקדשה ופרשי מינה רבנן, ורצה לפשוט מספק בכור דתקפו כהן אין מוציאם מידו ולכן אסורים בגיזה ועבודה גם כי לא תקפה, ודחי לה דתקפו כהן מוציאם מידו, יעו"ש, ומדמי מסותא לתקפה אחד בפנינו, ונמצא דגם התם פרשי רבנן משום דמספקא להו בהקדישה בלא תקפה אם הוי כמקדיש דבר שאינו ברשותו, כמו שכתב רש"י בד"ה לעולם אימא לך, יעו"ש, ורצה לפשוט מספק בכור ודחי לה.

ויש להבין לפי דברי רש"י במה תלויה בעיא זו, ולמה לא נאמר דהוי כמקדיש דבר שאינו ברשותו, והיה אפשר לפרש על פי מה שכתב הרשב"א וז"ל: ולדידי קשיא לי עוד מאי קא מיייתי עלה ממסותא ומסיק שאני התם דמקרקעי אדרבה לידוק שלא קדשה מדברי יוחנן דאמר גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדיש וכו' ויש לומר דשאני הכא דתפיס בה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דהא גופא מיבעיא ליה אם תפיס בה הוי ברשותו, ואע"ג דהרשב"א לא למד דזו היא בעית הגמרא, דהוא לא גרס או דלמא בעינן מה ביתו ברשותו, אלא שהקשה דמאי מיבעי ליה, הלא אינה ברשותו, ועיימש"נ בדבריו בש"ו פ"י, אבל לפי דברי רש"י יש לומר דהא גופא מיבעי ליה, אולם קשה לפי זה היאך רצה לפשוט בעיא זו מספק בכור, הא התם לא הקדיש הכהן כלום. ובכלל יש להבין, דאם הסברא דצד הראשון בהבעיא הוא דכיון שהוא תפוס בהטלית הרי זו נחשבת ברשותו, וכסברת הרשב"א, למה קאמר דהקדישה כתקפה

משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, למה צריך לכך, אפילו אם היה צריך מעשה קנין כמו סודר למסור ממונו להקדש עדיין היה ההקדש חל כיון דהטלית נחשבת ברשותו.

ואם זו היא הבעיא יש להקשות עוד מהא דאיתא לקמן (דף ז.) מאי הוי עלה דמסותא תא שמע דאמר רבי חייא בר אבין הוה עובדא בי רב חסדא ורב חסדא בי רב הונא ופשטה מהא דאמר רב נחמן כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינין הקדישו אינו קדוש הא יכול להוציאו בדיינין הקדישו קדוש אע"ג דלא אפקיה והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותיה קיימא, יעו"ש, ופשט דאין ההקדש חל על המסותא מפני שאין לו ראייה בדבר ואינו יכול להוציאה בדיינין, כמו שכתב רש"י, יעו"ש.

ואם הבעיא לפי גירסת רש"י היא אם במסותא הוי כמקדיש דבר שאינו ברשותו, למה צריך לאוקמי במסותא מקרקעי, למה לא מיתוקמא גם במסותא מטלטלי, וכיון שאינו יכול להוציאה בדיינים בודאי אינה מקודשת, אבל אם יש לו ראייה ויכול להוציאה בדיינים עדיין תלוי בבעיא ראשונה אם הוי כמקדיש דבר שאינו ברשותו, ועיין בקצות החושן סי' קל"ח סק"ג שנדחק ליישב דהבעיא היא אם בכלל יש דין מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, ובמסקנא מביא דברי רבי יוחנן דבעינן מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, אולם בכמה מקומות בש"ס וראשונים הובאו דברי רבי יוחנן, ולא מצינו בשום מקום שיש צד לומר דאדם מקדיש דבר שאינו ברשותו.

עוד יש לדקדק, דאם נימא דלית מאן דפליג דבעינן מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, והכא מיבעי ליה אם נחשב ברשותו מפני שהוא תפוס בהטלית, או במסותא מפני שהוא עומד וצווח ואין שום אחר תפוס בה, למה במסקנא הזכיר המימרא בשם רבי יוחנן, כאילו הוא דבר חדש, והלא כבר הוזכר מתחלה דבעינן מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, ורק דמיבעי ליה אם נחשב ברשותו על ידי מה שהוא תפוס בה.

ונראה דהנה על הצד דתקפה והלה שתק ולבסוף צווח אין מוציאים מידו היינו משום דנקטינן מחמת שתיקתו שלא התנגד לתפיסת האחר, וסמך בלבו שאחר כך יתבענו, וכיון שלא התנגד הוחזק האחר ושוב אין מוציאים מידו, ומבואר דבעצם יש לו דין לתפוס מכח הספק, ואלא שהאחר יכול להתנגד, כמש"נ בש"י פ"א, אבל בעצם יש לו זכות לתפוס, ואם לא התנגד תפיסתו מועילה מכח הזכות שיש לו בהטלית.

ורש"י לית ליה סברת הרשב"א דכיון דתפוס בהטלית נחשבת ברשותו, אלא ס"ל דכיון דגם האחר תפוס בה אין הטלית ברשותו, או במסותא כיון שהאחר תובע אותה לפני בית דין אינה ברשותו, ואכן מיבעי ליה אם יכול להקדיש רק זכותו לתפוס, שהרי גם זה נחשב לו ממון, אבל הוא דבר שאין בו ממש, ואין מעשה קנין נתפס בזכות תפיסה, ובכל מקום יכול להקנות זכות על ידי מעשה קנין בהדבר שיש לו זכות בו, אבל היכא דאינו יכול לעשות מעשה קנין בהדבר שיש לו זכות בו גם אינו יכול להקנות הזכות עצמה, שאין מעשה קנין נתפס בדבר שאין בו ממש, ומכל מקום יש להסתפק

אם יכול להקדישה, דכיון דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אין צריך לעשות מעשה קנין להקדיש ממונו, ואם כן יכול למסור הזכות תפיסה להקדש באמירה בעלמא, וכיון שהקדש זכה בהזכות תפיסה הרי רשות הקדש תפוס בהטלית או בהמסותא מיד, דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, וכל דבר שיש להקדש בו זכות לתפוס הוא לעולם תפוס ביד הקדש, ושוב אין מוציאים מיד הקדש, והיינו מאי דקאמר הקדישה כתקפה.

או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה, והזכות לתפוס היא שאם יתפוס ממון המוטל בספק יכול להחזיק בו מכח הצד שהוא שלו, אבל כל זמן שלא תפס גם הזכות תפיסה אינה ברשותו, ואינו יכול להקדישה, דכתיב איש כי יקדיש את ביתו קדש וגו' מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, ואע"ג דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אינו יכול למסור להקדש זכותו לתפוס, דלא רק הטלית או המסותא אינה ברשותו, אלא גם הזכות לתפוסה אינה ברשותו.

ורצה לפשוט הבעיא מספק בכור דאסור בגיזה ועבודה כיון שאם תקפו כהן אין מוציאים מידו, והיינו דמתחלה סלקא דעתא דקדושת בכור אינה קדושה הבאה מאליה, אלא הקדושה תלויה במה שהבכור הוא מתנת כהונה, שהתורה הקדישה המתנת כהונה דבכור, ואם נימא דבספק בכור אם תקפו כהן מוציאים מידו נמצא שאין בהספק בכור צד מתנת כהונה, דלעולם אי אפשר לבא לידו, ואם כן לא הטילה התורה קדושה עליו.

אבל משמעות המשנה היא דתקפו כהן אין מוציאים מידו, וסלקא דעתא דמשום הכי נחשב מתנת כהונה, וחלה עליו קדושת בכור, הרי מבואר דהזכות תפיסה הוי ממון לכהן, והוה ליה מתנת כהונה וחלה עליו קדושת בכור, דהא אם נימא דהזכות תפיסה נחשבת אינה ברשותו ואינו יכול להקדיש הזכות, אם כן השתא מיהא אין לו שום צד ממון בהבכור ואין להחשיבו מתנת כהונה, ולא תיחול עליו קדושה לאסרו בגיזה ועבודה.

ודחי דבאמת יש לומר דתקפו כהן מוציאים מידו, ואין להכהן שום כח בהממון, כלשון רש"י שם, ואיסור גיזה ועבודה אינו תלוי בתורת מתנת כהונה שלו, אלא היא קדושה הבאה מאליה, אבל בשנים אוחזים דאם תקפה אין מוציאים מידו, ויש לו זכות תפיסה, ויש לו כח בהטלית, עדיין איכא למיבעי אם זכות תפיסה נחשבת ברשותו או לא.

ומסיק בגמרא מאי הוי עלה דמסותא, ופשיט לה מהא דאמר רב נחמן כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינין הקדישו אינו קדוש, ואם כן אין מקום להבעיא כלל, שהרי אינו יכול להוציא המסותא בדיינים, וגם הזכות תפיסה עצמה אינו יכול להוציא בדיינים, ונמצא דאין כאן שום צד הקדש ואינה מקודשת.

ומדייק הא יכול להוציאו בדיינין הקדישו קדוש אע"ג דלא אפקיה, דמשמע ליה דכל מה שיכול להוציא בדיינים יכול להקדיש, ואילו היה למקדיש המסותא עדים שמוכנים לבא לבית דין חל הקדשו אפילו אם אינה ברשותו, דעל ידי הא גופא שיכול להוציאה בדיינים נחשבת ברשותו, ופריך והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים

שניהם אינם יכולין להקדישו זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו, והתם הרי יכול להוציאו בדיינים, כמו שכתב רש"י וז"ל: שאינו ברשותו והא סתם גזילה יכולין להוציאו בדיינים הוא עכ"ל, יעו"ש, ומכל מקום אינו יכול להקדיש מפני שאינו ברשותו, ומשום הכי הביא דברי רבי יוחנן, דאע"ג שכבר ידע דבעינן מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, והוא דבר מוסכם, כמש"נ, עדיין היה אפשר לומר דאם יכול להוציאו בדיינים הרי זה כברשותו, ומדברי רבי יוחנן מוכח דאפילו אם יכול להוציאו בדיינים אינו נחשב ברשותו, ומשני דבמסותא מקרקעי עסקינן דכי יכול להוציאה בדיינים ברשותיה קיימא.

פרק ג

בו יובא הא דקאמר אם תמצז לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאז מידו הקדישה בלא תקפה מאז, ויבוארו דברי רש"י דאם מוציאז מידו בהקדישה בלא תקפה נמי מוציאז מידו דלא אלז הקדש מתקפה, אבל תקפה והקדישה אין מוציאז מידו.

[בבא מציעא ו.] אם תמצז לומר תקפה אחד בפנינו מוציאז אותה מידו הקדישה אינה מקודשת אם תמצז לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאז אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו וכו', וכתב רש"י וז"ל: ואם תמצא לומר בשאילתנו לפשוט דמוציאז אותה מידו ויחלוקו הקדישה בלא תקפה אינה מקודשת דלא אלז הקדישה מתקפה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק למה קאמר הקדישה בלא תקפה אינה מקודשת, והלא אפילו אם תקפה ואחר כך הקדישה אינה מקודשת, דהא לצד זה ס"ל תקפה מוציאז מידו, ולכאורה משמע דאם תמצא לומר מוציאז מידו אינה מקודשת היינו הקדישה בלא תקפה, אבל אם תקפה והקדישה מקודשת, ואע"ג דתקפה מוציאז מידו, מכל מקום אם תקפה והקדישה חל ההקדש, וצריך עיון למה הוא כן, ועיין במהר"ם שיף שעמד על דברי רש"י וקאמר דלאו דוקא ניהו, יעו"ש.

אכן נראה לבאר דברי רש"י על פי מה שכתב הר"ן דהיכא דשתק ולבסוף צווח איכא כמו ספיקא דדינא אם חשיב כהודאה או לא, ובעית הגמרא היא אם פסק דחלוקה קודם שנחלקו חשיב כבעלות ודאית, וממילא אמרינן דאין ספק מוציא מידו ודאי, או דלמא קודם חלוקה עדיין חשיב כספק, ועיימש"נ בש"ו פי"א, ולדעת רש"י נמי איכא למימר כעין פירוש זה, דלכל הצדדים אית כאן ספיקא דדינא אם שתק ולבסוף צווח חשיב כהודאה או לא, ומיבעי ליה אם מוציאז מיד התוקף בספיקא דדינא כזה, והסברא היתה נותנת דאין מוציאז, דהא אין תפיסת שום אחד מהם מורה שום דבר לגבי הספק, ולמה נוציאנה מיד זה ליתן ביד זה הואיל והוי ספיקא דדינא ושניהם שוין לגמרי, אלא דמכל מקום, לפי צד אחד דהאיבעיא, תיקנו חכמים דמוציאז מידו, דאין בית דין מניחים חטיפות, כמו שכתבו התוס' בבבא בתרא (דף לד:) גבי ההוא ארבא, יעו"ש, וכמו שכתב הנמוקי יוסף בסוגיין, יעו"ש, והכא נמי אין בית דין מניחין שיחטוף האחד מיד חברו, ומשום הכי מוציאז אותה מידו, הגם דמעיקר הדין לא גרע זה החוטף מזה שחטף ממנו, ועיימש"נ בש"ו פי"ד.

ולפי זה נמצא דתקפה אחד בפנינו מוציאז מידו הוא דין בבית דין, שבית דין צריכים להוציאנה מיד החוטף ולהחזירה ליד זה שחטף ממנו, אכן כל זמן שלא הוציאוה בית דין, והחפץ עדיין מונח ביד החוטף, הרי אלז דינו לגבי החפץ כמו שהיה אלז זה שחטף ממנו כל זמן שהיה בידו, דבספיקא דדינא שאי אפשר לבררו אין תפיסה מכרעת הספק אלא כל שהוא בידו דיני הבעלות עמו, ועיימש"נ בש"ו פי"ד, ולכן ס"ל דאם תקפה והקדישה מקודשת, דכל זמן שעדיין לא הוציאוה בית דין מידו יש לו

דין בעלות לגבי החפץ ואם הקדישה חל ההקדש, ושוב אין בית דין יכולין להוציאה, דהקדש לא פקע בכדי, ודוקא אם הקדישה בלא תקפה אמרינן דאינה מקודשת, דלא אלים הקדישה מתקפה, כמו שכתב רש"י, דכיון דאין לו זכות תקיפה לא חשיב הקדשו כתקיפה, ואע"ג דזה שכנגדו שתק ולבסוף צווח כשהקדיש, וחל ספיקא דדינא אם הודה או לא, מכל מקום כיון דאילו תקף מוציאים בית דין מידו, אם כן השתא נמי אין לו זכות ממון של תקיפה ולא מהני הקדשו, ועיימש"נ בש"ו פ"ב.

פרק ד

בו יובאו דברי רש"י דלמאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו מיירי שתקף הכהן והישראל שתק ולבסוף צוות, ויבואר דראית הגמרא מאיסור גיזה ועבודה בספק בכור אינה תלויה בזה, אלא דרש"י ס"ל דאי אפשר לומר דתפיסה מועילה בטענת שמא.

[**בבא מציעא ו:**] אמר ליה רב המנונא מתניתין היא ספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טהורים בין טמאים המוציא מחבירו עליו הראיה ותני עלה אסורים בגיזה ובעבודה והא דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה וכי לא תקפו אסורין בגיזה ובעבודה אמר ליה רבה קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאים אותו מידו ואפילו הכי אסורים בגיזה ובעבודה דקדושה הבאה מאליה שאני, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה המוציא מחבירו כו' וז"ל: קא סלקא דעתך אם ביד ישראל הן הוי כהן מוציא מחבירו עליו הראיה ואם תקפה כהן ושתיק ישראל והדר צוות הוי ישראל מוציא מחבירו עכ"ל, יעו"ש.

ואין מדברי רש"י אלו פשיטות על הא דבעי רבי זירא לעיל בתקפה אחד בפנינו והלה שתק ולבסוף צוות אם זה נחשב הודאה, והכא קאמר דאם שתק והדר צוות אין מוציאים מיד הכהן, דאין זה שייך להחיל דלעיל, דהתם מספקא ליה אם שתיקתו הודאה או דלמא אינה הודאה כיון דאמר הא קא חזו ליה רבנן, אבל הכא לא הוזכר שתקו הכהן בפני בית דין, וליכא למימר הא קא חזו ליה רבנן, ואם כן שתיקתו בודאי הוי כהודאה, אבל אין זו ממש הודאה כהודאת בעל דין, שהרי אין שום אדם יודע אם ביכרה כבר אם לא, ולא שייך בזה הודאת בעל דין, אלא השתיקה היינו שאינו מתנגד לתפיסת הכהן, אלא חושב בלבו שאחר כך יתבענו בבית דין, אבל כיון שבשעת תפיסה לא התנגד לתפיסתו הרי הכהן נתחזק כשבא הספק בכור לידו, ושוב הוה ליה מוחזק ואין מוציאים מידו, ועיימש"נ בש"ו פ"א.

ואולם הא דמביא ראייה מהמשנה דהקדישה בלא תקפה מקודשת אינו משום שאיסור גיזה ועבודה תלוי בשתיקת הישראל, דהא הקדושה חלה מיד בשעת לידה כיון דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ועיימש"נ בראית הגמרא בש"ו פ"ו, ואם כן צריך עיון למה כתב רש"י דהא דתקפו כהן אין מוציאים מידו מיירי שהישראל שתק ולבסוף צוות, ולמה נחית לכך, הלא אין זה שייך כלל לראית הגמרא.

וצריך לומר דרש"י ס"ל כסברת כל הפוסקים דפליגי על שיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ויכול לתפוס אפילו בטענת שמא, ולרוב הפוסקים ענין זה הוא פלוגתא בסוגיין, והרמב"ם פסק כמאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו, ושאר הפוסקים פסקו דמוציאים מידו, אבל רש"י ס"ל דאין שום צד שנאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו, שהרי התפיסה מועילה משום דעביד איניש דינא לנפשיה, כמש"נ בש"ו פ"א, ואינו עולה על הדעת שיוכל לעשות דינא לנפשיה בטענת שמא, דאיזה דין הוא זה.

ולכן אם מצינו צד בהגמרא דתקפו כהן אין מוציאים מידו, על כרחך מיירי

שהישראל שתק ולבסוף תבעו לבית דין, וכיון שלא התנגד לתפיסת הכהן לא היתה תפיסתו מעשה גזילה, ומיד כשבא הממון לידו נתחזק ושוב אין מוציאים מידו, ולא צריך לכך לעשות דינא לנפשיה, שהרי לא עמד כנגדו, כמש"נ.

ואין נקודה זו שייכת להמשך הגמרא, דאם נאמר כהרי"ף והרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו בודאי יש לומר שכח הכהן בהממון גורם לקדושת הבכור, אבל רש"י ס"ל דאין צד כזה שיוכל לתפוס בטענת שמא, וצריך לומר דהישראל שתק ולא התנגד לתפיסתו, כמש"נ, ומכל מקום חזינן דהיכא דאין הישראל מתנגד, ואינו צריך לעשות דינא לנפשיה, הועילה תפיסתו ונעשה מוחזק מחמת הצד ממון שיש לו בו ולא מחמת הודאת הישראל, והרי זה מוכיח שבעצם יש לו זכות לתפוס בטענת שמא היכא דאינו צריך לעשות דינא לנפשיה, וסלקא דעתיה דרב המנונא דזכות ממון זו גורמת שתיחול על הבכור קדושה מספק, ואסור בגיזה ועבודה, ועיימש"נ בש"ו פ"ב בראית הגמרא.

פרק ה

בו יבואר דרך התוס' בהסוגיא, דמיבעי ליה אם שתק ולבסוף צווח הוי הודאה גמורה כמאה עדים או היא רק שלא התנגד לתפיסת השני על ידי הקדשה בחשבו שיוכל להוציאה ממנו אחר כך, וכיון שעדיין תפוס בהטלית הוי כמקדיש דבר שאינו ברשותו.

[**בבא מציעא ו.**] אם תמצי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיט דמי כמאן דתקפה דמי או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה הקדישה בלא תקפה מהו וז"ל: ומיירי נמי כגון ששתק בשעה שהקדיש ולבסוף כששאלה הגזבר צווח ומבעיא ליה כיון דאמירתו לגבוה כו' הוה הקדש כתקפה דכיון ששתק אודויי אודי ליה והוה הקדש ולא דמי לגזל ולא נתייאשו הבעלים דשניהם אין יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו דכיון דאודי ליה הוי כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש כדמוכח בהמוכר את הספינה (ב"ב דף פח.). גבי ההוא דאייתי קרי כו' דאי לא קייצי דמייהו הוי קדושות או דלמא הקדש לא הוי כתקיפה דלמה יצווח בשביל דבריו ומייתי מההיא מסותא דהקדיש חד ושתק אידך ומסקנא דלא הוי הקדש אלמא שתיקתו אינו כהודאה עכ"ל, יעו"ש.

ועיין ברשב"א שהביא דברי התוס' והקשה עליהם דכיון דהבעיא היא בשתק כשהשני הקדישה אם יש בזה הודאה או אין בזה הודאה דלמה יצווח היאך מייתי ראייה לכך מהא דספק בכור אסור בגיזה ועבודה, הא התם אין שום צד שתיקה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פ"ד.

עוד יש לעיין במה שכתבו ומייתי מההיא מסותא דהקדיש חד ושתק אידך, ומשמע דגם במסותא הבעיא היא אם שתיקתו כשהשני הקדישה הוי כהודאה, וכמו שלמד רש"י, ועיימש"נ בש"ו פ"ב, ואכן בד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו' כתבו התוס' וז"ל: נראה דהכי מיבעי ליה במסותא כיון דמקרקעי היא והוה דינא כל דאליה גבר וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע אפילו חזר חבירו ותקפה ממנו כי הקדישה בלא תקפה נמי הוי הקדש או דלמא כיון דאפילו גבר האחד אם יכול השני לחזור ולתוקפה ממנו זוכה הוא הדין הקדיש בלא תקפה לא יחול הקדש כלל כיון דחבירו אם תקפה היה זוכה דלא אלים הקדש מתקיפה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהבעיא היא בענין אחר לגמרי, ויש מן האחרונים שלמדו דהם שני פירושים שונים בבעיא דמסותא, ואכן אין רמז בדברי התוס' שזהו כמו ועוד יש לומר.

ומה שכתבו התוס' דהוי כפקדון בידו אין כונתם דהוי כפקדון ממש שקיבל על עצמו להיות שומר בעד חבירו, דזה פשוט דיד שומר כיד בעל הבית, ובודאי הוי ברשותו, ולא הוצרכו להביא ראיה על כך מההיא דבבא בתרא, אלא כונתם דמוכן להחזירו, וגם בזה נחשב ברשותו, כדמוכח שם ההוא גברא דאייתי קארי לפום נהרא אתו כולי עלמא שקול קרא קרא אמר להו הרי הן מוקדשין לשמים אתו לקמיה דרב

כהנא אמר להו אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו והני מילי הוא דקייצי דמייהו אבל לא קייצי דמייהו ברשות מרייהו קיימי, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: ברשותא דמרייהו קיימי ויכול להקדישן דלא דמי לגזלן דאמרינן (ב"ק סח:) שניהן אינן יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו דהכא לאו אדעתא למיגזל שקלינהו אלא לקנותן וכיון דלא קייצי דמייהו לא סמכא דעתיהו דשמא ירצה למכרן ביוקר ודעתן להחזירן ומשום הכי ברשותא דמרייהו קיימי עכ"ל, יעו"ש, הרי מבואר דבדעתו להחזירו הוי ברשותו אפילו אם לא קיבל עליו שמירה, ועיימש"נ בש"ו פ"ח בדברי הקצות החושן שתלה דברי התוס' במחלוקת הבעל המאור והרמב"ן בגזלן שהודה. וכתבו התוס' דבגמרא הביא ראייה מההיא דמסותא דגם התם מיירי שהקדיש אחד מהם והשני שתק ולבסוף צווח, אכן קשה דאם הבעיא היא אם שתיקה במקום הקדש הוי הודאה מאי סלקא דעתיה לפשוט הבעיא לפי מאי דס"ל דתקפו כהן אין מוציאים מידו מהא דתנן ספק בכור אסור בגיזה ועבודה, הלא התם אין שום נידון אם שתיקה כהודאה, וכמו שהקשו הרמב"ן ושאר ראשונים.

עוד יש לדקדק במה שהוסיפו התוס' ומסקנא דלא הוי הקדש אלמא שתיקתו אינו כהודאה, וקשה דהרי מסקנת הגמרא היא דכל דבר שאינו יכול להוציאו בדיינים אינו קדוש, וממילא נסתלקה כל הבעיא כיון שאינו יכול להוציאה בדיינים, והיכן ראו במסקנא דשתיקה אינה כהודאה.

ונראה דהתוס' למדו דבעית הגמרא נמשכת מהא דאם תמצא לומר דתקפה אין מוציאים מידו משום דאמרינן מדשתק אודויי אודי ליה, ולמדו התוס' דאם שתק כשהלה תקף הרי שתיקתו הודאה גמורה של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ונתברר שזה שתקף הגביה הטלית לבדו, ואולם יש להסתפק היכא דלא תקף אלא הקדישה בלא תקפה והלה שתק, מי אמרינן דגם בזה הוי שתיקתו הודאה גמורה, ושוב הוי כפקדון בידו, וחל ההקדש, או דלמא אין בזה הודאה גמורה, דלמא יצווח בשביל דבריו, ומכל מקום הרי לא התנגד לתפיסתו בחשבו שאחר כך ידונו להם בית דין שיחלוקו, ובזה טעה, דכיון שלא התנגד לו אין בתפיסתו גזילה, כמש"נ בדברי רש"י, וכמו שמבואר בדברי הרמב"ן והרשב"א, עיימש"נ בש"ו פ"ט ופ"י, אבל מכל מקום אין הקדשו חל כיון דבעינן מה ביתו ברשותו, ואע"ג דהשני אינו מעכבו מלתפוס הרי הוא עדיין תפוס בהטלית וטוען שהיא שלו, ומשום הכי אינה ברשותו של המקדיש.

ובעיא זו לא שייכא גבי תקפה בידים, דכיון שהטלית בידו אין נפקא מינה אם הלה הודה הודאה גמורה כמאה עדים או אם רק לא התנגד לתפיסתו, שהרי תפס ואיתחזק בין כך ובין כך, ורק בהקדישה בלא תקפה יש להסתפק, דאם שתיקתו היא הודאה גמורה הרי הטלית בידו כפקדון, אבל אם רק שלא התנגד הטלית נחשבת אינה ברשותו, שהרי עדיין תפוס בה ואין הקדשו הקדש, ועיימש"נ בש"ו פ"ו לענין מה שבגמרא מדמה בעיא דהקדישה בלא תקפה ששתק ולבסוף צווח לבעיא דמסותא דגם התם שתק ולבסוף צווח, ואע"ג דהבעיא התם היא אם היכא דהדין הוא כל דאלים גבר אם אמרינן שלא יהא הקדש אלים מתקיפה.

ועל זה מביא בגמרא ראייה מספק בכור דאם תקפו כהן אין מוציאים מידו הרי הוא אסור בגיזה ועבודה, והיינו משום שרב המנונא ס"ל דקדושת בכור אינה קדושה הבאה מאליה, אלא היא תלויה בממון כהן, והתורה הקדישה הבכור היכא דהוא מתנת כהונה, שיש לכהן זכות ממון בו, כמש"נ בדברי רש"י בש"ו פ"ד, ואם תאמר דקודם תפיסה צד ממון של התופס נחשב אינו ברשותו, נמצא שקודם תפיסה אין הבכור נחשב מתנת כהונה ולא תהא קדושה חלה עליו, אלא מבואר דכיון שתקפו כהן אין מוציאים מידו נחשב שכבר יש להכהן זכות ממון בהבכור, ואין צד ממון שלו נחשב אינו ברשותו, ואם כן אזלא לה הבעיא דהקדישה בלא תקפה, דעל כל צדדי הבעיא חלה הקדושה, דאפילו אם לא הוי הודאה גמורה עדיין יכול להקדישה כיון דצד ממון שלו נחשב שהוא ברשותו.

וכמו שצריכים לומר למסקנא לפי פירוש רש"י דמיבעי ליה אם בהקדישה בלא תקפה אמרינן הקדישה כתקפה ונחשבת הטלית ברשותו או מכל מקום אינה ברשותו, ולמסקנא פשיט לה מדרב נחמן דאינו יכול להקדיש ממון שאינו יכול להוציא בדיונים, ואם כן אפילו אם נחשבת ברשותו אינה קדושה, ולא נפשטה הבעיא אלא אזלה לה, דבין כך ובין כך אינה מקודשת, או לפי דרך הקצות החושן דהבעיא היא אם בעינן מה ביתו ברשותו כרבי יוחנן או לא, ופשיט ליה דבעינן שיכול להוציאו בדיונים והבעיא אזלה לה, כמו כן למדו התוס' דהפשיטות מספק בכור הוא דהיכא דיכול לתפוס נחשב צד ממון שלו ברשותו, ואזלה לה הבעיא.

ולמסקנא פשיט רב חסדא הבעיא מדברי רב נחמן דאינו יכול להקדיש ממון שאינו יכול להוציאו בדיונים, והטלית והמסותא נחשבות ממון שאינו יכול להוציא בדיונים, ומזה מבואר דרב חסדא ס"ל דשתיקתו אינה כהודאה גמורה, דאם יש בשתיקתו הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, הרי שפיר יכול להוציאה בדיונים, ועל כרחך אין בשתיקתו אלא שלא התנגד לתפיסתו על ידי הקדש, ואם כן בודאי אין ההקדש חל כיון דאינו יכול להוציאה בדיונים.

פרק ו

בו יבוארו דברי התוס' דבעיא דמסותא דהו מניצו עלה בי תרי והקדישה אחד מהם היא אם כי היכי דאם תקפה ואחר כך הקדישה תו לא פקע ההקדש, כמו כן נמי אם הקדישה בלא תקפה, או דלמא אינו יכול להקדישה שלא יהא הקדש אלים מתקיפה.

[**בבא מציעא ו.**] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו וכו' דשתיק מעיקרא והדר צווח וכו' אם תמצוי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו וכו' תא שמע דההיא מסותא דהו מניצו עלה בי תרי וכו' קם חד מינייהו אקדשה פרשי מינה רב חנניה ורב אושעיא וכולהו רבנן ואמר ליה רב אושעיא לרבה כי אזלת קמיה דרב חסדא לכפרי בעי מיניה כי אתא לסורא אמר ליה רב המנונא מתניתין היא ספק בכורות וכו' והא הכא דאמר תקפו כהן וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו' וז"ל: נראה דהכי מיבעי ליה במסותא כיון דמקרקעי היא והוה דינא כל דאליס גבר וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע אפילו חזר חבירו ותקפה ממנו כי הקדישה בלא תקפה נמי הוי הקדש או דלמא כיון דאפילו גבר האחד אם יכול השני לחזור ולתקפה ממנו זוכה הוא הדין הקדיש בלא תקפה לא יחול הקדש כלל כיון דחבירו אם תקפה היה זוכה דלא אלים הקדש מתקיפה עכ"ל, יעו"ש, והתוס' פליגי על דברי הרא"ש בבבא בתרא (דף לד:) דמאחר שתקף הראשון אין השני יכול לחזור ולתקוף ממנו, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ב.

והתוס' לא רצו לפרש בעיא דהקדישה בלא תקפה בשנים אוחזים בטלית כמו שפירשו במסותא שהקדישה בלא תקפה, דמיבעי ליה אם אלים הקדש כתקפה, ולא לענין שתיקה כהודאה, דהא דיכול להקדיש בלא תקפה במסותא הוא משום שיש לו זכות לתקוף מדינא דכל דאליס גבר, ויכול למסור זכותו להקדש, והקדש נכנס תחתיו, ויד הקדש כתוקף, דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, כמש"נ, וזה לא שייך בשנים אוחזים בטלית, דאין לו זכות תקיפה קודם שתקף, אלא שאם תקף והלה שתק ולבסוף צווח נולד ספק חדש, אם יש בזה הודאה גמורה או רק שלא התנגד, ועיימש"נ בש"י פ"ה, ואין תפיסתו מועילה אלא מכח ספק הנולד, אבל מקודם אין לו שום זכות במה שביד חבירו, ואין לו מה להקדיש, ודלא כמש"נ בדברי רש"י בש"י פ"ב דגם קודם תפיסה יש לו זכות ממון לתפוס ויכול להקדישו.

והנה מדברי התוס' מבואר דאע"ג דמיבעי לן אם תיקנו חכמים דינא דכל דאליס גבר בהקדש או דלמא לא תיקנו שלא יהא הקדש אלים מתקיפה, מכל מקום אם אחד מן המנצים תקף את המסותא ואחר כך הקדישה מסתמא תו לא פקע, ולא תיקנו חכמים שלא יוכל להקדיש ולעכב חבירו מלחזור ולתקוף, ומיבעי ליה רק היכא דהקדישה בלא תקפה, מי אמרינן דחל ההקדש כמו בתקפה ואחר כך הקדישה, או

דלמא לא תיקנו דינא דכל דאלים גבר היכא דיצא הדבר דאלים הקדש מתקיפה, ויש להבין למה גרע הקדישה בלא תקפה מתקפה והקדישה, הלא בין כך ובין כך מעכב השני מלחזור ולתקוף, ועוד יש להבין מה שכתבו התוס' דאם תקפה ואחר כך הקדישה מסתמא תו לא פקע, דמשמע שהיה להם צד דאין ההקדש חל בכהאי גוונא.

ויש ליתן טעם בדברי התוס', דהנה יש להסתפק אם תקפה והקדישה נחשבת תקיפה נמשכת, דגם ההקדש הוי חלק מהתקיפה, שבתחלת תקיפתו זכה דאין מוציאים מידו, אבל השני עדיין יכול לחזור ולתקוף ממנו, וכשהקדישה הוסיף בתקיפתו, ושוב אין השני יכול לחזור ולתקוף ממנו, או דלמא אין תורת תקיפה אלא על עצם התקיפה, וכיון שנעשית שלו לכל דבר כל זמן שהיא תחת ידו ממילא יכול להקדישה, דכמו שיכול לאוכלה ולשורפה ולקדש בה אשה אחר שתקפה, כמו כן יכול להקדישה, דגם זה נחשב כאכילה, ושוב אין השני יכול לחזור ולתקוף, דכיון שחל ההקדש תו לא פקע, דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ואי אפשר להוציא מתפיסת הקדש, אבל אין תורת תקיפה אלא על תקיפה עצמה, או דלמא אין ההקדש אחר התקיפה נחשב כאכילה אלא כתוספת תפיסה, ואיכא למימר דלא יהא הקדש אלים מתפיסה, ובזה כתבו התוס' דמסתברא דיכול להקדיש אחר התקיפה, דתפס והקדיש בשני שלבים הוי כאכילה, כמש"נ.

ובעיא דמסותא היא במסותא מקרקעי, דמסותא היא מרחץ, וסתם מרחץ הוא מקרקעי, והדין הוא דכל דאלים גבר, והנה יש לחכמים כמה אופנים לדון במקום ספק ממון שאינו ביד מרא קמא ואין עליו ראייה, כגון חלוקה ושודא דדייני ויהא מונח עד שיבא אליהו וכל דאלים גבר, ובכל ספק יש להם להחליט איזה מן האופנים מתאים יותר כפי המצב, והיכא דאין שום אחד מוחזק בהממון תיקנו חכמים לדון להם כל דאלים גבר, וטעמא דמלתא כמו שכתב הרא"ש בבבא בתרא (דף לד:) וז"ל: אלא חכמים פסקו כל דאלים בפעם הזאת גבר וסמכו על זה דכל מי שהדין עמו וכו' ימסור נפשו להעמיד שלו בידו עכ"ל, יעו"ש, ואין בזה הוכחה מעליא בעצם הספק, אלא שאמרו חכמים שכיון שאי אפשר לברר המציאות, ואין שום אחד מהם תפוס בה, עדיף להניח שיהא כל דאלים גבר, דהדבר עלול שמי שהממון שלו יתגבר, ועדיף להורות כן מלעשות חלוקה, שבודאי יפסיד בעל הממון חצי ממונו.

ולכן במסותא פרשי מינה רבנן משום דמספקא להו אם תיקנו שיהא כל דאלים גבר מפני שמי שהממון שלו יתגבר על האחר, וגם יוכל השני להתגבר על הראשון ולחזור ולתפוס ממנו, והרי יש בזה קצת הוכחה שאדרבה הוא הבעלים, אבל אם תפיסת הראשון מעכבת תפיסת השני בחזרה לא היה ניחא להם לדון כל דאלים גבר, או דלמא לא איכפת לן בכך, דכיון שיכול להקדיש מיד אחר שתקף, ואין חוששים שהשני לא יוכל עוד לתפוס, אם כן גם מתחלה לא איכפת לן אם תקף על ידי הקדש והלה נתעכב מלחזור ולתפוס.

ומביא ראייה מספק בכור, דרב המנונא ס"ל דקדושת בכור באה מאליה אבל רק אם יש לו תורת מתנת כהונה, ואם תקפו כהן מוציאים מידו אין בספק בכור צד ממון

כהן ואינו מתנת כהונה, אבל כיון דתקפו כהן אין מוציאים מידו, הוה ליה מתנת כהונה וחלה עליו קדושה מאליה, וכתבו התוס' וז"ל: והשתא אייתי ראייה והא הכא אם תקפה כהן אין מוציאים ולכך אפילו לא תקפה אסורין בגיזה ועבודה מספק משום דשמא יש לכהן חלק בו ולכך יכול לתוקפה אלמא אפילו לא תקפה חשיב כאילו תקפה כבר והקדישה בעודה בידו עכ"ל, יעו"ש, דכיון דחזינן דמה שהכהנים יכולים לתקוף נחשב חלק ממון להם גם כשעדיין לא תקפו, אם כן בהקדישה בלא תקפה הרי קודם שהקדישה כבר יש לו חלק ממון בהטלית, דאילו תקפה בידים אין מוציאים מידו, ואם הקדישה הרי זה נחשב כתקף ואחר כך הקדיש, והרי התקיפה וההקדש באים בשני שלבים, ויש על ההקדש תורת אכילה, ולא איכפת לן במה שהשני אינו יכול לחזור ולתפוס.

ושפיר מביא ראייה ממסותא להקדישה בלא תקפה, דכיון דפשיט לספיקא דרבנן מספק בכור הרי דמה שיכול לתקוף הוי כחלק ממון בהטלית גם קודם התקיפה, והרי זה נחשב שכח התפיסה הוא ברשותו, דאם אינו ברשותו לא היה נחשב מתנת כהונה גבי ספק בכור, ואם כן אפילו אם נאמר דהקדישה בלא תקפה והלה שתק ולבסוף צווח אינה הודאה גמורה אלא רק שלא התנגד להתפיסה, עדיין אין זה נחשב כמקדיש ממון שאינו ברשותו, והרי ההקדש כתקפה וחל ההקדש.

ונמצא דמה שמוכח מדין ספק בכור דכח התפיסה הוי כחלק בהממון גם קודם תפיסה פושט שני הספקות כל אחד לפי ענינו, במסותא מיירי נמי ששתק ולבסוף צווח, ואם כן לא התנגד להקדשו של השני, ומשום הכי אין הקדשו נחשב מקדיש ממון שאינו ברשותו, אבל אילו היה צווח מתחלתו ומתנגד לתפיסתו היתה המסותא נחשבת אינה ברשותו, ולא חל ההקדש כלל, אבל כיון דשתק מתחלה ולא התנגד להקדשו, וגם אינו תפוס בהמסותא עצמה, תו אינה נחשבת אינה ברשותו, ולכן יש להסתפק אם יש בהקדשו דין כל דאלים גבר או אם לא יהא הקדש אלים מתפיסה, וכיון שמוכיח מאיסור גיזה ועבודה בספק בכור דיש לכהנים חלק בהממון גם בלי תפיסתם אמרינן שהקדישה בלא תקפה הוי כתפיסה והקדש בשני שלבים, כמש"נ.

ובטלית שהקדישה בלא תקפה, דמבעי לן אם יש בשתיקתו הודאה גמורה, או רק שלא התנגד לתפיסתו ואז הוי כמקדיש דבר שאינו ברשותו כיון שהשני עדיין אוחז בה, כמש"נ, לזה נמי מוכיח מספק בכור דגם כשהספק בכור ביד הישראל יש בו איסור גיזה ועבודה כיון שיש להכהן כבר צד ממון כיון שיכול לתפוס, ואין כח זה נחשב אינו ברשותו מחמת שהספק בכור ביד הישראל, ואם כן גם בטלית נחשב הכח תפיסה ברשות המקדיש, ולא איכפת לן מה שהשני תפוס בה, ואזלא כל הבעיא, כמש"נ.

אבל רש"י ס"ל דבעיא דהקדישה בלא תקפה ובעיא דמסותא חדא נינהו, דמבעי ליה אם הכח לתפוס שהוא מוסר להקדש הוי ברשותו או לא כיון שגם השני תפוס בה, וגם במסותא ששתק ולבסוף צווח איכא למיבעי כן כיון שהשני לא עזב תביעתו, ורק שלא התנגד לתפיסתו של השני בחשבו שיוכל להוציאה ממנו, ואם כן עצם המסותא בודאי אינה ברשותו, ואע"פ שאין לו תפיסה בהמסותא, התביעה עצמה לפני בית דין

גורמת שהיא נחשבת אינה ברשותו, ואם הקדישה אינה מקודשת, ומכל מקום יש להסתפק אם עצם הכח לתפוס הוי אינו ברשותו, ומספק בכור מוכיח דאינו נחשב אינו ברשותו, דאם כן לא היה הספק בכור נחשב מתנת כהונה, ועיימש"נ בדברי רש"י בש"ו פ"ב.

ואולם התוס' ס"ל במסותא דמיירי בשתק ולבסוף צווח כמו בטלית שהקדישה בלא תקפה, וכיון שלא התנגד לתפיסת המקדיש על ידי הקדש כתקפה וגם אינו תפוס בגוף המסותא לא נחשב כמקדיש דבר שאינו ברשותו, וכיון דשתק וגם אינו תפוס בהמסותא אין להחשיבה אינה ברשותו לגבי המקדיש, ואי משום שעדיין עומד בתביעתו לא נחשב משום כך אינה ברשותו כל זמן שאינו מתרעם כנגדו, ודלא כסברת רש"י דעל ידי עצם התביעה שעדיין עומד בה נחשב אינה ברשותו, ולכן אי אפשר לפרש בעיא דמסותא אם שתיקתו הוי הודאה גמורה או רק שלא התנגד, כמו שפירשו בטלית שהקדישה בלא תקפה, דגבי מסותא שאינו תפוס בה אין נפקא מינה בבעיא זו, כמש"נ, ולכן פירשו מה דהיה מספקא להו לרבנן כמו שפירשו.

פרק ז

בו יובאו דברי התוס' והרא"ש דהא דמיבעי ליה במסותא אם יכול להקדישה מיירי במסותא מקרקעי דדינא הוא דכל דאלים גבר, ותתישב קושית הפלפולא חריפתא דהלא מבואר בגמרא להלן ובכמה מקומות דגם במטלטלין אמרינן כל דאלים גבר.

[**בבא מציעא ו.**] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו וכו' אם תמצי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו וכו' תא שמע דההיא מסותא דהו מנצו עלה בי תרי וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו' וז"ל: נראה דהכי מיבעי ליה במסותא כיון דמקרקעי היא והוה דינא כל דאלים גבר וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע אפילו חזר חבירו ותקפה ממנו כי הקדישה בלא תקפה נמי הוי הקדש או דלמא כיון דאפילו גבר האחד אם יכול השני לחזור ולתוקפה ממנו זוכה הוא הדין הקדיש בלא תקפה לא יחול הקדש כלל כיון דחבירו אם תקפה היה זוכה דלא אלים הקדש מתקיפה עכ"ל, יעו"ש, והתוס' ס"ל דהשני יכול לחזור ולתקוף מן התוקף, ופליגי על דברי הרא"ש בבבא בתרא (דף לד:) דמאחר שתקף הראשון אין השני יכול לחזור ולתקוף ממנו, יעו"ש.

ומדברי התוס' לכאורה מבואר דבמסותא מקרקעי הוה דינא דכל דאלים גבר, אבל אילו היתה מסותא מטלטלין לא היה הדין דכל דאלים גבר, וכן הוא בדברי הרא"ש לקמן (דף ז.) וז"ל: והאי מסותא נמי אין יכול להוציאו בדינא דדינא דמסותא כל דאלים גבר דמסותא מקרקעי היא הלכך לא קדשה ולא אמרינן דאלים כח הקדש למיהוי כאילו גברה יד המקדיש ותקפה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והקשה הפלפולא חריפתא וז"ל: גם התוס' בד"ה והא הכא כי תקפה כו' כתבו כיון דמקרקעי והוי דינא דכל דאלים גבר כו' וקשה דמדאמר לקמן מי סברת במסותא מטלטלי עסקינן כו' מכלל דעד השתא הכי סבר לה וכו' ועוד קשה דבריש פרקין כתבו התוס' ורבינו דכל דבר אפילו מטלטלי שאין שום אחד מוחזק בו פסקינן דכל דאלים גבר וצריך עיון ובקיצור הפסקים כתב כל ממון כו' אפילו הוא קרקע וזה נכון אבל דברי התוס' ורבינו אין לפרש כך עכ"ל, יעו"ש.

והפלפולא חריפתא הבין מדברי התוס' דבמטלטלין לא אמרינן כל דאלים גבר, והוכיח דגם במטלטלין דינא הוא דכל דאלים גבר, ובאמת גמרא מפורשת היא בבבא בתרא (דף לד:) ההוא ארבא דהו מנצו עלה בי תרי האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי היא אתא חד מינייהו לבי דינא ואמר תיפסוה אדמייתנא סהדי דדידי היא וכו' אזל ולא אשכח סהדי אמר להו אפקוה וכל דאלים גבר, יעו"ש, וארבא היא מטלטלין, וקאמר כל דאלים גבר, והתוס' לעיל (דף ב.) ד"ה יחלוקו, שציין הפלפולא חריפתא, הביאו סוגיא דארבא, יעו"ש.

ולכאורה צריכים לומר דהתוס' והרא"ש ידעו שפיר דגם במטלטלין דינא הוא דכל דאלים גבר, ואלא דס"ל דאילו היתה מסותא מטלטלין לא היה מיבעי ליה אם

הקדישה כתקפה, והדבר צריך ביאור.

ונראה ליישב דבריהם על פי הא דיש להסתפק בדין כל דאלים גבר אם היינו סילוק גמור, שבית דין מסלקים עצמם לגמרי מן הספק כיון שאין להם שום הוכחה לא לצד זה ולא לצד זה, ואין נזקקים כלל להדיון, וניחא להם להסתלק ולא לדון להם חלוקה מפני שכל מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו, כמו שכתב הרא"ש בבבא בתרא (דף לד:), יעו"ש, ואין בזה הוכחה גמורה כמובן, אכן יש אפשרות שיצא הדבר לאמיתו, מה שאין כן בפסק דחלוקה דבדאי לא יצא הדבר לאמיתו, אכן כששניהם מוחזקים אין בית דין רוצים שיחטפו זה מזה, ועיימש"נ בש"ב פ"ב, או דלמא אין דינא דכל דאלים גבר סילוק גמור שאין בית דין נזקקים להם כלל כאילו לא באו לפניהם, אלא זהו פסק בית דין שהם מסלקים עצמו ומניחים הממון בפניהם וכל דאלים יגבר, והבית דין מאשרים להם שיתפסו, וכל דאלים יגבר, ועיימש"נ בש"ז פמ"ה.

ויש להביא ראיה מדברי התוס' דאין דינא דכל דאלים גבר סילוק גמור אלא פסק של סילוק, ועל ידי זה בית דין מאשרים אותם לתפוס, ממה שכתבו התוס' דבעיא דמסותא היא אם הקדש יכול להיות אלים מתקיפה, דהלא אם תקף יכול האחר לחזור ולתקוף, ואם הקדיש תו לא פקע, והשתא אם דינא דכל דאלים גבר הוא סילוק גמור שאין בית דין נזקקים להם, למה איכפת לן אם הקדש יהא אלים מתקיפה, והלא בית דין משכו ידיהם ומה שיהיה יהיה, אלא מבואר דכל דאלים גבר הוי פסק של סילוק, ומיבעי ליה אם יפסקו סילוק בהקדיש בלא תקפה, דדלמא אין בית דין מסלקים את עצמם אלא כשיהא האפשרות לכל אחד לחזור ולתקוף מחבירו, אבל במקום הקדש דלא יוכל האחר לחזור ולתקוף לא תיקנו דינא דכל דאלים גבר.

ואכן יש לומר דהתוס' והרא"ש ס"ל דלענין זה חלוקה קרקע ממטלטלין, דבין כך ובין כך רצו חכמים שכל דאלים יגבר, ובמטלטלין אין בית דין צריכים לפסוק להם כל דאלים גבר, וסגי במה שמסלקים עצמם, וממילא יוכל כל אחד לתפוס, ועל ידי תפיסתו יתחזק בידו, ושוב יוכל לעשות בו כל מה שרוצה, אבל במקרקעי לא נעשה מוחזק במה שתופס את הקרקע ומיישב עצמו בה ומעכב חבירו מליכנס, דאינו נחשב מוחזק בהקרקע אלא כשאכל פירותיה או דר בה חד יומא, כדמבואר בבבא בתרא (דף מא:), יעו"ש, ועל ידי תפיסתו גרידא לא תתחזק בידו, ולא יוכל לאוכלה או לקדש בה אשה, לכן הוצרכו חכמים לתקן לבית דין לפסוק להם דינא דכל דאלים גבר, וכל שתופס בחזקה הרי היא שלו לאוכלה ולקדש בה אשה, דכיון שהוא תפוס על פי פסק בית דין תפיסתו תפיסה ואיתחזק בהקרקע, אבל במטלטלין לא הוצרכו לתקן פסק בית דין לתפוס, אלא מסתלקים לגמרי מן הדין, והם עושים מה שעושים, ואם תפס אחד מהם איתחזק.

והנה בממון המוטל בספק, שזה אומר שלי הוא וזה אומר שלי הוא ואין שום הוכחה בדבר, ואינו מוחזק ביד שום אדם, ודנים להם כל דאלים גבר, אין לאלו המנצים שום זכות בהממון, ואדרבה חזינן בבבא בתרא (דף לה:) דאם בא שלישי ותפס

אין מוציאים מידו, יעו"ש, ואפילו אם לא טען מידי, כמו שכתב הרשב"ם, יעו"ש, אולם במקרקעי יש לכל אחד כח לתפוס על ידי התקנה דכל דאלים גבר בקרקעות, שבית דין נתנו להם כח שעל ידי תפיסה בלבד תתחזק הקרקע להתפוס, כמש"נ, ובודאי קודם תפיסתו אין לו בה זכות לתפוס, ואם בא שלישי ותפס אין מוציאים מידו, אבל יש לו כח לתפוס, מה שאין כן במטלטלין שאין בית דין דנים להם כלל, אלא מסלקים עצמם לגמרי, כמש"נ, אין להם כח לתפוס קודם שתפסו, אלא דאם תפסו איתחזקו כיון שבאו המטלטלין לידם, כמש"נ.

ולכן חלוקה קרקע ממטלטלין לענין הקדישה בלא תקפה, דהרי דין הקדישה בלא תקפה הוא דעצם מעשה הקדשה הוי תפיסה, ועיימש"נ בש"ו פ"ו, וכיון דבקרקע נתנו לו בית דין כח לתפוס שפיר איכא למימר דגם על ידי הקדשה איכא תפיסה, אבל במטלטלין קודם שתפס אין לו שום שייכות להממון, שאין לו שום זכות בהן, וגם אין לו שום כח מיוחד בהן קודם תפיסתו, ולמה איכפת לן אם עמד אדם שאין לו שום שייכות להממון וצווח שהוא מקדיש אותו, בזה אין צד שהוא תפיסה, ורק בקרקע שהדין הוא כל דאלים גבר, ותיקנו לו חכמים שיש לו כח לתפוס, איכא למימר דגם על ידי הקדשה נחשב תפוס, וכדפריך בגמרא להלן היאך יכול להקדיש מסותא שאינה ברשותו אין זה אלא הוה אמינא שגם במטלטלין נתנו לו חכמים כח תפיסה, ובעיא דמסותא שייך אפילו במסותא מטלטלין, אבל יותר מסתברא להתוס' דגם מתחלה בשעת הבעיא כבר ידע דמיירי במסותא מקרקעי שיש לו כח תפיסה בה, ומיבעי ליה אם יכול נמי להקדישה, ודבר זה מתברר בהשקלא וטריא בשלהי הסוגיא.

וכן מסתבר דדינא דכל דאלים גבר במסותא לא הוי סילוק גמור שאין בית דין נזקקים להדיון כלל, דאם כן מאי איכפת להו אם אלים הקדש מתקיפה, הא סילקו עצמם, ויהיה מה שיהיה, ואם שייך תפיסה על ידי מעשה הקדשה למה לא תועיל, אלא מוכח דדינא דכל דאלים גבר במסותא הוא שתיקנו לו חכמים כח תפיסה, ומיבעי ליה אם תיקנו תפיסה גם על ידי הקדשה, דגם בזה יש הנהגת בעלות, או דלמא לא תיקנו תפיסה על ידי הקדשה דאם כן יהא כח הקדש אלים מתפיסה, וס"ל להתוס' והרא"ש דלא תיקנו כח תפיסה אלא במקרקעי דבלאו הכי ליכא תפיסה, כמש"נ, אבל במסותא מטלטלין לא הוצרכו לתקן להם כח תפיסה, ואם כן פשוט הוא דאינו יכול לתפוס על ידי הקדשה, וכמש"נ.

והא דמיבעי ליה בשנים אוחזים בטלית אם הקדישה בלא תקפה מקודשת, ואע"ג דהטלית היא מטלטלין, היינו משום דבשנים אוחזים בעצם יש לכל אחד כח תפיסה אם אין השני מנגד לו, דהא הממון מוטל בספק בין שניהם, ואין שלישי מן השוק יכול לנגוע בו, ובעצם יש לו כח תפיסה כשהלה שותק ואינו מנגד לו, ומיבעי ליה אם גם על ידי מעשה הקדשה יכול לתפוס אם הלה שתק, דדלמא אינו צריך לצווח בשביל דבריו של זה ואין שתיקתו כלום, כמו שכתבו התוס', אבל במסותא דאין להם שום קשר להממון אין להם כח תפיסה כלל, ומכל מקום במקרקעי תיקנו להם חכמים כח תפיסה, כמש"נ, ומיבעי ליה אם יכול לתפוס על ידי הקדשה, או דלמא לא אלים הקדש

מתקיפה, ועיימש״נ בש״ו פ״ה.

פרק ח

בו יובאו דברי הקצות החושן דהרמב"ן דס"ל דגזלן שהודה אין הגזילה כפקדון בידו, ואין הנגזל יכול להקדישה, אינו יכול לפרש בעיא דהקדישה בלא תקפה כפירוש התוס', ויבואר דגם הרמב"ן מודה בשנים אוחזים בטלית שאם שתק והודה הוי כפקדון בידו.

[**בבא מציעא ו.**] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו וכו' אם תמצי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו וכו' תא שמע דההיא מסותא דהו מנצו עלה בי תרי וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה הקדישה בלא תקפה מהו וז"ל: ומיירי נמי כגון ששתק בשעה שהקדיש ולבסוף כששאלה הגזבר צווח ומבעיא ליה כיון דאמירתו לגבוה כו' הוה הקדש כתקפה דכיון ששתק אודויי אודי ליה והוה הקדש ולא דמי לגזל ולא נתייאשו הבעלים דשניהם אין יכולין להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו דכיון דאודי ליה הוי כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ועיין בקצות החושן סי' רי"א סק"ג שהביא מחלוקת הבעל המאור והרמב"ן בגזלן שהודה ורצה להחזיר הגזילה להנגזל, הבעל המאור ס"ל שאם הגזלן רוצה להחזיר הגזילה הדר הוה ליה פקדון ויכולים הבעלים להקנותו ולהקדישו, והרמב"ן ס"ל שאע"פ שהוא רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו, ואחר כך הביא הקצות החושן דברי התוס' בסוגיין דכיון דשתיק הודה לו ושוב הוי כפקדון בידו ויכול להקדישו, וכתב דלדברי הרמב"ן אין לפרש בעית הגמרא דהקדישה בלא תקפה כפירוש התוס', דכיון שבא לידו בתורת גזל שוב אינו יכול להקדישו עד שיחזירנו להנגזל, יעו"ש.

אולם נראה דדברי התוס' שפיר עולים גם לדברי הרמב"ן, דבאמת צריך ביאור בדבריו, למה לא ליהוי כפקדון, הרי הודה ורוצה להחזיר הגזילה ומשמרה בידו בשביל הנגזל, וצריך לומר דהרמב"ן ס"ל דכיון שבא הממון לידו בגזל קנה בו קניני גזילה, ואפילו אם הודה ורוצה להחזיר הגזילה אין הקניני גזילה נפקעים אלא על ידי קיום השבת הגזילה להנגזל, וכל זמן שיש להגזלן קניני גזילה אין הגזילה ברשותו של הנגזל ואינו יכול להקדישה.

ולפי זה יש לומר דבשנים אוחזים בטלית אם שתק והודה הרי נתברר שחבירו שאמר אני מצאתיה וכולה שלי צודק, והשני בא אחר כך ואחז גם הוא בהטלית ואמר אני מצאתיה וכולה שלי, ונמצא דכשאחז בהטלית בגזילה לא עשה בה מעשה קנין, שהרי כבר היתה אחוזה ביד הראשון, ואין באחיזת השני מעשה קנין, כמו שמבואר לקמן (דף ט.) דאמרינן והא דרבי אבהו ברותא היא דאי לא תימא הכי טלית שהיא מונחת חציה על גבי קרקע וחציה על גבי עמוד ובא אחד והגביה חציה מעל גבי קרקע ובא אחר והגביה חציה מעל גבי עמוד הכי נמי דקמא קני ובתרא לא קני הואיל ויכול לנתק ולהביא אצלו אלא הא דרבי אבהו ברותא היא, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: ברותא היא דאף על גב דיכול לנתק לאו הגבהה היא עכ"ל, יעו"ש.

ונמצא לפי זה דכשהשני אחז בהטלית שביד חבירו אין בזה קנין הגבהה אפילו אם יכול לנתקה, ואפילו אם עבר בזה על איסור גזילה לא קנה קניני גזילה, ומכל מקום הוי אינו ברשותו של הנגזל כיון שמעכבה ממנו, אבל אם הודה ורוצה להחזירה נעשה כפקדון בידו גם לדעת הרמב"ן, ובסוגיין לא פירש בדרך התוס', ועיימש"נ בש"י פ"ט, אבל התוס' בסוגיין אפשר דאזלי בשיטת הרמב"ן בענין גזלן שהודה.

פרק ט

בו יובא דרך הרמב"ן בהסוגיא, דמיירי שכהקדישה שתק ולבסוף צווח, אבל לא אלימא ההיא הודאה להוציא ממונא ממאן דתפיס, ויבואר דהרמב"ן אזיל בשיטת רש"י דשתיקה בשנים אוחזים אינה הודאה כמאה עדים אלא שלא התנגד להתפיסה.

[בבא מציעא ו.] אם תמצוי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו, יעו"ש, כתב הרמב"ן וז"ל: תמהני והא תקיפה דמהניא משום דאמרין אודויי אודי ליה ומה ענין הקדישה לכאן ואי דקמיבעיא ליה אי אמרין אודויי אודי בהקדישה דומיא דתקפה אם כן היכי מפשטא בעיא מספק בכורות ומכל ממון שאינו יכול להוציאו בדיונים ואיכא למימר פשיטא לן מילתא דכי הקדישה ואשתיק ולבסוף צווח כמאן דתקפה דמי למימר ביה דאודויי אודי אלא דלא אלימא ההיא הודאה לאפוקי ממונא ממאן דתפיס אלא אי הקדש חייל עליה הא תקפה ואפקה מיניה אי לא חל עליה לאו כלום עבד ואע"ג דאישתיק האי עכ"ל, יעו"ש.

הרמב"ן עמד על מה שהקשו שאר ראשונים, והא תקיפה מועילה משום ששתק ולבסוף צווח, ואמרין אודויי אודי ליה, ואם כן מאי מיבעיא ליה בהקדישה ולבסוף תקפה, ואם שהקדישה והלה שתק ולבסוף צווח, ומיבעי ליה אם גם בזה חשיבה כהודאה, אם כן מאי מביא ראיה מספק בכורות.

ותירץ הרמב"ן דשפיר מיירי ששתק אחר שהקדישה ולבסוף צווח, ואם שתיקתו נחשבת כהודאה כשתקפה נחשבת נמי הודאה כשהקדישה, ואלא דלא אלימא ההיא הודאה לאפוקי ממונא ממאן דתפיס, ומבואר מדבריו דס"ל כדברי רש"י לקמן (דף ו:): דלמאן דאית ליה בספק בכור תקפו כהן אין מוציאים מידו היינו דוקא אם הישראל שתק, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פ"ד, ולדברי רש"י אין השתיקה כהודאת בעל דין שהיא כמאה עדים, שהרי אין שום אדם יודע אם כבר ביכרה, אלא השתיקה היא שלא התנגד לתפיסת הכהן, דאם צווח מעיקרא הרי הכהן כגזלן ואין תפיסתו מועילה, אבל הישראל שתק ולא עיכב הכהן מלתפוס בחשבו שאחר כך יתבענו לדין ויוציא הספק בכור מידו, וכיון שלא התנגד לתפיסתו אינה נחשבת מעשה גזילה, וממילא איתחזק הכהן, ושוב אין הישראל יכול להוציאו בבית דין אלא על ידי ראיה.

וזוהי נמי סברת הרמב"ן, דאם הקדישה והלה שתק אין בשתיקה זו הודאה גמורה שהיא כמאה עדים, אלא דכיון ששתק לא התנגד למה שהתוקף הקדישה, ואין הודאה כזו מוציאה מיד השותק שהוא עדיין תפוס ומוחזק בהטלית, ואכן אם ההקדש חל משום דהקדישה כתקפה, ואין בזה משום מקדיש דבר שאינו ברשותו, הרי תקפה מן זה המוחזק בה, אבל אם אין ההקדש חל משום דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו הרי לא עשה כלום, והשני עדיין תפוס בהטלית, ואע"פ ששתק אין בזה הודאה כמאה עדים אלא שלא התנגד לתפיסתו, והרי לא תפסה, לא בידים ולא על ידי מה שהקדישה, ועיימש"נ בדברי רש"י בש"ו פ"ב, ובדברי הרשב"א בש"ו פ"י.

פרק י

בו יובא דרך הרשב"א בהסוגיא, ויבואר הפירוש הראשון שהביא ודחה, ומה שחילק בין שתק ולבסוף צווח ובין שתק לגמרי, ויבואר פירושו בהסוגיא ובמה שמדמה בעיא דהקדישה בלא תקפה בשנים אוחזים לבעיא דמסותא מקרקעי דכל דאליס גבר.

[**בבא מציעא ו.**] אם תמצי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו וכו', יעו"ש, כתב הרשב"א וז"ל: איכא למידק והא אפילו תקפה לא מהימנא אלא משום הודאה דכיון דלא צווח אמרינן אודויי אודי ליה והאי כיון דלא תקפה מאי הוה ליה למצווה וליכא למימר דהכא בשתקפה אחר שהקדישה ושתק ולבסוף צווח קאמר ואי קדשה למפרע קא מיבעיא ליה לומר דאיגלאי מילתא למפרע דבשעת הקדש ביתו שלו קרינן ליה דהא מייתנין עלה ספק בכורות דאסורין בגיזה ועבודה ביד ישראל וכן ההיא מסותא דהוה פרשי מינה כלהו רבנן אפילו קודם שתקפה וליכא למימר נמי דפרשי מינה מספק שמא יתקוף לבסוף ונמצאו מועלין למפרע דאם כן מאי קא מייתי מינה ראייה דדילמא האי דפרשי מינה לאו משום חשש שתק ולבסוף צווח פרשי אלא משום דדילמא שתיק לגמרי ולא צווח עכ"ל, יעו"ש.

ומה שכתב בפירוש הראשון דמיירי בתקפה אחר שהקדישה ושתק ולבסוף צווח דאיגלאי מילתא למפרע שהיתה ברשותו בשעה שהקדישה, ואע"ג דבשעתו לא היה נודעה הודאתו, ואם כן למה נחשב שהקדיש ממון שברשותו, וצריך לומר דכונתו דאיגלאי מילתא למפרע דמה ששתק כשהקדישה היה משום הודאה, דאע"ג דמתחלה אין לנו לחוש ששתיקתו היתה כהודאה, אבל כיון דאחר התקיפה עדיין שתק איגלאי דשתיקתו הראשונה נמי היתה כהודאה, ואותה שתיקה היתה בתוך כדי דיבור של ההקדש, דאין ההקדש נגמר עד אחר כדי דיבור שאינו יכול לחזור בו, ונמצא שחל ההקדש כשהיה הממון ברשותו.

ויש לעיין במאי דקאמר שאחר ההקדש תקף והלה שתק ולבסוף צווח, למה לא קאמר ששתק לגמרי, ואיגלאי מילתא למפרע שחל ההקדש, ומאי נפקא מינה שצווח לבסוף, ואין לומר דלאו דוקא קאמר, והוא הדין אם שתק לגמרי, ונקט לישנא דגמרא גבי תקפה אחד בפנינו, שהרי בהמשך דבריו קאמר דאין לומר דמיירי שתקפה אחר שהקדישה דדילמא האי דפרשי מינה לאו משום חשש שתק ולבסוף צווח פרשי אלא משום דדילמא שתיק לגמרי ולא צווח, כנ"ל.

ונראה מוכח דגם הרשב"א למד כרבו הרמב"ן דשתק ולבסוף צווח לא הוי הודאה גמורה, ועיימש"נ בדברי הרמב"ן בש"ו פ"ט דהיינו דלא הוי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אלא שאינו מתנגד לתפיסת חבירו בחשבו שאחר כך יתבענו לבית דין ויגבה ממנו, וטועה בכך, דכיון שלא התנגד להתפיסה איתחזק חבירו ושוב אינו יכול להוציאה ממנו בלי ראייה, ולכן דייק הרשב"א דאחר שהקדישה תקפה והלה שתק ולבסוף צווח, דאילו שתק לגמרי ושוב לא תבעה ממנו הרי זו הודאה גמורה כמאה עדים דמי, ובהודאה כזאת בודאי היינו אומרים דאיגלאי מילתא למפרע דבשעת הקדש

היתה הטלית שלו, וחל ההקדש, אבל אם שתק ולבסוף צווח איכא למיבעי אם אמרינן איגלאי מלתא למפרע.

וביאור הדבר, דהנה בשלהי סוגיין קאמר (דף ז.) מאי הוי עלה דמסותא וכו' הא יכול להוציאו בדיינין הקדישו קדוש אע"ג דלא אפקיה והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותיה קיימא, יעו"ש, ומבואר דמקדיש מסותא הוי כמקדיש דבר שאינו ברשותו, ואע"ג דאין השני תפוס בה, ואינה גזולה, מכל מקום הא גופא שהוא תובע אותה לפני הדיינים גורם שתיחשב אינה ברשותו.

ולפי זה נבין החילוק בין הודאה גמורה להודאה שאינה גמורה לגבי אם אמרינן איגלאי מלתא למפרע, דממון ביד גזלן בעצם הוי אינו ברשותו של הנגזל כיון שהוא תפוס בו ומעכב הנגזל מלהתקרב אליו, ואע"ג שלבסוף הביאו לדין והוציא ממנו בעדים לא אמרינן איגלאי מלתא שגם קודם לכן היה ברשותו, דהרי השתא מיהא בשעתו היה תפוס לגמרי ביד הגזלן, אבל במסותא לא נחשבת אינה ברשותו אלא משום שהשני תובע כנגדו, ולכן אם הודה הודאה גמורה איגלאי מלתא שהיה משקר בתביעתו, ואין תביעת שקר גורמת שתיחשב אינה ברשותו, רק תביעה שמסופקים בה אם היא אמיתית, ואם כן בודאי חל ההקדש.

אבל אם שתק ולבסוף צווח לא הודה הודאה גמורה כמאה עדים, אלא שלא התנגד לתפיסת התוקף, כמש"נ, ובזה איכא למיבעי היכא דשתק ולבסוף צווח כשתקפה אחר שהקדישה אם יש בזה התגלות שגם לא התנגד להקדש כתקפה דמעיקרא, או דלמא באותה שעה עדיין היה מתנגד להתפיסה, ורק השתא החליט שלא להתנגד לתפיסת התוקף, דאין לך בו אלא משעת חידושו ואילך.

והרשב"א הביא גם פירוש התוס' ודחה דבריהם וז"ל: ותירצו בתוספות דהכי קאמר מי אמרינן כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט כיון דאקדשה בפניו הוה ליה למצווח כאלו תקפה ומסרה לאחר ומדאשתיק אודויי אודי ליה או דילמא סבר השתא מיהא הא לא תקפה וכל שלא תקפה מאי איצווח ואינו מחוור וספק בכורות דקא מייתי עלה יוכיח דליכא למימר ביה שתק ולבסוף צווח עכ"ל, יעו"ש, ודחה דברי התוס' מתרי טעמי, חדא שאינו מחוור מן הסברא, דזו סברא פשוטה דשתיקה בלא תקיפה אינה כלום, כמו שכתב בתחלת דבריו, ועוד הקשה על דבריהם מהא דמביא ראיה מספק בכורות דהתם לא שייך ענין שתק ולבסוף צווח.

ואחר כך הוסיף הרשב"א להקשות על הסוגיא וז"ל: ולדידי קשיא לי עוד מאי קא מייתי עלה ממסותא שאני התם דמקרקעי אדרבה לידוק שלא קדשה מדרבי יוחנן דאמר גזל ולא נתייאו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדיש דמייתי לה בשלהי שמעתין ואף על גב דאי תקפו בעלים לא מפקינן מיניה ואדרבה יכול הוא להוציאם בדיינים ויש לומר דשאני הכא דתפיס בה אלא דאינו יכול להוציאה בדיינים והוה ליה כמסותא מקרקעי כשאין עדים לא לזה ולא לזה וכל דאלים גבר עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו שהקשה שתי קושיות, היאך מדמי הקדישה בלא תקפה טלית למסותא שסתם מרחץ מקרקעי, כמש"נ בש"ו פ"ו, ולכאורה כונתו דמסותא לעולם ברשותו היא משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, מה שאין כן טלית מטלטלין אינה ברשותו, ועוד הקשה דלמה לא פריך מיד מהא דאמר רבי יוחנן בגזל ולא נתיאשו הבעלים דבעינן מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, ויש להבין למה צריך קושיא ראשונה, דהא שתי הקושיות חדא נינהו, דהיאך יכול להקדיש טלית שאינה ברשותו, ולמה לו להזכיר הדמיון למסותא ולחלק ממנה לענין אינה ברשותו, עוד יש לדקדק על מה שתירץ דכיון דתפיס בידו הרי זה נחשב ברשותו, והוסיף דהוה ליה כמסותא שדינה כל דאלים גבר, ומאי נפקא מינה לקושיתו ותירוצו לענין אם טלית נחשבת אינה ברשותו היאך בית דין דנים בההיא דמסותא אם בחלוקה או בכל דאלים גבר.

ונראה דקושיתו מתחלה היתה דלמה לא תיחשב הטלית אינה ברשותו משום שהשני תפוס בה וטוען כולה שלי, ואין להקשות מיד ממימרא דרבי יוחנן, דהיכא דממונו ביד גזלן בודאי אינו ברשותו, ואינו יכול להקדישו, אבל הכא לא גזל ממנו, רק אוחז בטליתו ותובע לפני בית דין שהיא שלו, ואיכא למיבעי אם גם על ידי כך נחשבת אינה ברשותו, ואכן הקשה ממאי דקמדמי לה למסותא, והלא מסותא מקרקעי, ואין שום אחד אוחז בה, ואם כן לא הוי אינה ברשותו, אבל בטלית שפיר יש לומר דאינה ברשותו כיון שהשני אוחז בה, ועוד הקשה ממאי דקאמר במסקנא דאפילו היכא דיכול להוציא בדיונים מן הגזלן הרי זה נחשב אינו ברשותו על ידי אחיזת הגזלן, ואם כן הכא בטלית אפילו אם נאמר שהוא הגביהה וכולה שלו הרי השני אוחז בה ועל ידי כך תיחשב אינה ברשותו.

ועל זה תירץ דמה שהשני תפוס אינו גורם שתיחשב אינה ברשותו כיון דגם הוא תפוס בה, ולא בעינן שתהא ברשותו ממש, אלא אפילו אם ממונו מונח ברשות הרבים ואין שום אחר נוגע בו הרי זה נחשב ברשותו, וכיון שהוא תפוס בה הרי תפיסתו מבטלת תפיסת השני, ואע"ג דלענין חלוקה נחשבים שניהם תפוסים וכל אחד זוכה בחצי, מכל מקום לענין אם להחשיבה אינה ברשותו תפיסתו מבטלת תפיסת חברו, וממילא לא הויא הטלית אינה ברשותו, אלא היא כמו מסותא שאין שום אחד תפוס בה והדין הוא כל דאלים גבר, ויש בכח השני לתפוס המסותא, השתא מיהא הא לא תפס, ואינה נחשבת אינה ברשותו של המקדיש.

ומבואר שלמד הרשב"א דבעיא דהקדישה בלא תקפה היא אם הטלית נחשבת אינה ברשותו משום הא גופא שהשני תובע אותה, אע"פ שתפיסת השני נתבטלה על ידי תפיסתו, והקשה הרשב"א דאם כן מאי קא מייתי עלה ספק בכורות דמטלטלין נינהו והם ביד הישראל והכהן לא תפיס בהו כלל, ותירץ דגם רב המנונא ס"ל דקדושת הבכור באה מאליה, אבל הקדושה חלה משום דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ועל ידי כך נחשבו הכהנים כתפוסים כבר בהבכור, וכמו כן גם טלית ומסותא נחשבות כתפוסים והרי הן נחשבות ברשותו לגבי הקדש.

ומסיק הרשב"א וז"ל: ומעתה היינו דמיינתי עלה הא דמסותא דהא דתקפה אחד

בפנינו אי אמרינן דאילו שתק ולבסוף צווח לא מפקינן מיניה היינו משום דחשבינן ליה כדידיה משום דתפוס בה הואיל ובשתיקה כזו זכה בה ואלו במה שאינו תפוס בו כלל וחטפה בפנינו מחברו אף על פי ששתק ולבסוף צווח פשיטא דמוציאין מידו אלא דהכא שאני דכיון דתפוס בה ורבו עליה קודם לכן ועכשיו תקפה והלה שותק אף על פי שחזר וצווח חשבינן ליה כדידיה וברשותו קצת חשבינן ליה והלכך הקדישה מקודשת ולא חשבינן ליה כגזלן וטעמא דנסבינן בשתק ולבסוף צווח משום דאודויי אודי ליה הכי קאמר אף על גב דבעלמא חשבינן ליה כגזלן ומפקינן מיניה ומוקמינן בחזקת קמא הכא לאו כגזלן חשבינן ליה אלא ידידיה שקיל דאי לאו דדידיה שקיל לא הוה שתיק ליה האי והילכך כל דתקף ואין מוציאין מידו כדידיה חשבינן ליה וברשותיה קרי ליה אי תפיס ליה עכ"ל, יעו"ש.

וביאור הדברים, דאם תקף בטליתו של חבירו מוציאין מידו אפילו אם חבירו שתק ולבסוף צווח, דחשבינן ליה כגזלן, אבל הכא דשנים אוחזים הטלית מוטלת בספק, ועכשיו שהשני שתק ולבסוף צווח חשבינן ליה ברשותו קצת גם קודם תפיסתו, דכל דאילו תקף אין מוציאין מידו כדידיה חשבינן ליה, ואי תפיס ליה נחשב שתפס מה שברשותיה ואינו כגזלן, וכיון שכן הרי היא ברשותו לענין שיכול להקדישה, ומה שכתב דהכא לאו כגזלן חשבינן ליה אלא ידידיה שקיל דאי לאו דדידיה שקיל לא הוה שתיק ליה האי, אין כונתו דהוי הודאה כמאה עדים שהוא ידידיה, דאם בהקדישה בלא תקפה אין שתיקה כלום, כמש"נ, וגם לא תועיל לו מה שאילו תקף ושתק הוי הודאה גמורה, אלא כונתו, דאילו היה מחשיבו כגזלן לא היה שותק, אלא שהניח לו לתפוס ולא התנגד ליה, כמש"נ, ותפיסה הועילה מחמת זכותו בהספק ממון, והוי ברשותו להקדישה.

פרק יא

בו יבואר דרך הר"ן בהסוגיא דאם שתק ולבסוף צווח לכל הצדדים הוי ספק הודאה, ומיבעיא ליה אם מדין חלוקה יש לכל אחד חלקו בתורת ספק או בתורת ודאי דאנן סהדי דמאי דתפיס ידיה הוא, ואע"ג דטעם זה מפורש בגמרא ולא מצינו מאן דפליג.

[בבא מציעא ו.] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח וכו', יעו"ש, וכתב הר"ן וז"ל: לא צריכא דאשתיק ולבסוף צווח כו' נראה לי דבעיין הכי פירוש דוודאי פשיטא לן דהא דאשתיק ולבסוף צווח איכא למתלי בהודאה כיון דאשתיק ואיכא למימר דלאו הודאה הוא כיון דלבסוף צווח אלא הכא קמבעיא לן כיון דוודאי טלית זו מתחילה בספק היתה עומדת שלא היינו יודעים של מי הוא וכיון שכן אף ספק הודאה מהני להעמידה ברשות זה שתקפה או דלמא כיון דקצוות ואיכא למימר דהא דאשתיק לאו משום הודאה הוא, אין תולין לומר שמא הודה לפי שטלית זו מתחלה לא היתה מוטלת בספק דאנן סהדי דמאי דתפוס האי ידיה הוא ומאי דתפוס האי ידיה הוא וכיון שכן אין ספק הודאה מוציא מידי וודאי עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק דהרי הא דאנן סהדי דמאי דתפיס ידיה הוא מפורש בגמרא לעיל (דף ג.) תני רבי חייא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו חמשים זוז נותן לו חמשים זוז וישבע על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מקל וחומר ותנא תונא שנים אוחזין בטלית זה אומר אני מצאתיה וכו' והא הכא כיון דתפיס אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא ומאי דתפיס האי ידיה הוא וקתני ישבע וכו', יעו"ש, והיאך קאמר הר"ן דבעיא דרבי זירא היא בהא גופא.

אולם נראה דמאי דקאמר בגמרא דאיכא אנן סהדי להאי ואנן סהדי להאי אין הכונה בזה דהוי ממש כאנן סהדי, דאם כן איכא הכחשה ביניהם, אלא הכונה היא שעל ידי מה שתיקנו חכמים בשנים אוחזים דיחלוקו זכה כל אחד בחצי הטלית כאילו היו לו עדים, ונחשב השני מודה במקצת, שהרי על חצי טענתו הדבר ברור שמפסיד, ומאי נפקא מינה אם מפסיד מחמת העדאת עדים או מחמת תקנת חכמים, וסלקא דעתא שמשום הכי נשבע על חצי השני שנוטל.

ולמד הר"ן דרבי זירא מיבעי ליה אם על ידי התקנה זוכה בחצי בתורת ודאי, שתיקנו חכמים שעל ידי פסק דיחלוקו נסתלק הספק לגמרי, ומכאן ולהבא יש לכל אחד החצי בתורת ודאי, או דלמא תיקנו שמספק ישאר החצי בידו ולא נסתלק הספק, ומכל מקום כן הוא הדין שממון מסופק שהניחוהו בית דין בידו יכול לאוכלו ולעשות בו כל מה שרוצה, ואין ספק זה שייך לדברי הגמרא לעיל, דלחייבו שבועת מודה במקצת אינו צריך אלא שעל ידי התקנה מפסיד החצי, ועל ידי זה נחשב כמודה במקצת, כמו שאם העידו עדים כנגדו, ולענין זה אין נפקא מינה אם יסוד התקנה הוא שזוכה בתורת ודאי או בתורת ספק, דהרי בין כך ובין כך מפסיד חצי.

וגם להצד דעל ידי דין חלוקה אמרינן דכל אחד יש לו החצי בתורת ודאי, דאנן

סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא ומאי דתפיס האי ידיה הוא, אין זה לומר דכל אחד הוא מוחזק על החצי, דאילו כן היה טעמא דאין מוציאים מידו משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה, והר"ן כתב דכיון שכן אין ספק הודאה מוציא מידי וודאי, ומבואר דלית כאן מוחזק דתפיסה על החצי, אלא מדין חלוקה ודאי יש לכל אחד חצי, והשתא שתקפה נולד ספק חדש של הודאה, ואמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ואין הספק הודאה יכול להפסיד דין ודאי שלו לקבל חצי, ודומה לספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, כדאיתא ביבמות (דף לח.), יעו"ש.

והר"ן פירש בעיא דרבי זירא כן כדי ליישב היאך רצה לפשוט בעיא דהקדישה בלא תקפה מדין תקפו כהן בספק בכור, וכתב וז"ל: ומשום הכי איכא לספוקי בהקדישה כי לא תקפה מאי ואפילו לא שתק חבירו אלא צווח דכיון דממון זה בספק של שניהם הוא עומד ועדיין יש לכל אחד ואחד איזה דין אפילו בחצי האחר דאפילו ספק הודאה זו מהני ליה דוקא לגבי הדיוט לא מפקינן מרשות התופס לפי שאין כחו חל ברשות חבירו דמחוסר תקיפה ומסירה אבל רשות גבוה בכל מקום הוא חייל ולא מחסר ביה מסירה וכיון שממון זה בספק הוא עומד חייל עליה הקדש מספיקא לענין אסורא דכמאן דתקפה בדינא להדיוט דמי או דלמא כיון דהשתא מיהא הא לא תקפה ואינה שלו לשום דבר אף לענין הקדש אינה מקודשת מכחו עכ"ל, יעו"ש, ולהבעיא דהקדישה בלא תקפה אינו צריך שתק ולבסוף צווח, ומיירי אפילו אם צווח מתחלה, להצד דלאחר התקנה עדיין נשארה כל הטלית בספק אמרינן דאם הקדישה חל ספק הקדש, ונאסרה הטלית מספק, אבל אם לאחר התקנה החצי שלו בתורת ודאי לאו כל כמיניה להקדיש את שאינו שלו.

ויש לדקדק לפי דרך הר"ן, דהרי בגמרא משמע דהצד דבהקדישה בלא תקפה חל ההקדש הוא משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ולכאורה אינו צריך לכך, דאפילו אם היה צריך מסירה להקדש כמו להדיוט, עדיין שייך הבעיא אם מסר חלקו להקדש על ידי סודר, דאם יש לו דין ספק על כל הטלית חל הקדשו מספק, ונאסרה על השני, ואם יש לכל אחד החצי בתורת ודאי אינו יכול להקדיש חלק חבירו, ובשלמא לפירוש התוס' יש לומר דכיון שהקדש אלים כל כך דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, היה לו לצווח, ועיין נמי מה שנתבאר בזה בש"ו פ"ב לפי דברי רש"י, אבל לפירוש הר"ן לכאורה אין צורך לכך, וצריך עיון.

פרק יב

בו יחולק בין הא דמיבעי לן בתקפה אחד בפנינו והלה שתק ולבסוף צווח אם שתיקתו כהודאה ובין הא דאמרינן בבבא בתרא בכותב נכסיו לאחר והלה שתק ולבסוף צווח דלכולי עלמא אין צויחתו מבטלת שתיקתו וזכה בהנכסים ואינו מסתלק אלא בקנין.

[**בבא מציעא ו.**] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח מאי מדאשתיק אודויי אודי ליה או דלמא כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן אמר רב נחמן תא שמע במה דברים אמורים וכו', יעו"ש, והנה עיין בבבא בתרא (דף קלו:) אמר רב יהודה אמר שמואל הכותב נכסיו לאחר ואמר הלה אי אפשי בהן קנה ואפילו עומד וצווח ורבי יוחנן אמר לא קנה אמר רבי אבא בר ממל ולא פליגי כאן בצווח מעיקרא כאן בשותק מעיקרא ולבסוף צווח, יעו"ש, ומבואר דלכולי עלמא אין צויחתו לבסוף מבטלת שתיקתו, ומאי שנא דבסוגיין מיבעי ליה.

אכן נראה דהתם אין לנו פקפוק בשתיקתו מעיקרא, ואין לנו שום סבה להסתפק דלמא אינה שתיקה מעליא, וקאמר שמואל דאפילו אם צווח לבסוף שתיקתו במקומה עומדת, ואינו יכול לגלות למפרע בצויחתו ששתיקתו לא היתה שתיקה, אלא מיד זכה כששתק, ואינו יכול להוציאה מרשותו עד שיתנה במתנה לאחרים או שיפקירנה, כמו שכתב שם הרשב"ם, יעו"ש.

אבל בסוגיין הרי יש להסתפק בשתיקתו בשעתה, אם שתק מפני שהודה או אם שתק מפני שאמר הא קא חזו ליה רבנן, אכן אם לא צווח לבסוף, ולא התנגד לתקיפתו של השני לעולם, למה יזדקקו בית דין לכך, אבל אם צווח לבסוף וטען שלא היתה שתיקתו הודאה מפני שהיתה בפני הדיינים, רק אז צריכים לדון על השתיקה אם היתה כהודאה או לא, אבל עצם הצד שאינה כהודאה לא נתעורר על ידי הצויחה, אלא בעצם איכא למימר דאין שתיקה כהודאה במקום דחזו ליה רבנן, ומיבעי לן אם באמת כן הוא, ולא דמי לשתק ולבסוף צווח במי שכתב לו נכסיו, דהתם לא היתה סבה להסתפק בהשתיקה בשעתה, ונקטינן בפשטות שהיה ניחא ליה לקבל המתנה, לכן אמרינן דעלתה לו השתיקה, ואין צויחה אחר כך מועילה לו, כמש"נ.

וכן בהא דמיבעי ליה בהמשך סוגיין בהקדישה בלא תקפה, וכתבו התוס' בד"ה הקדישה וז"ל: כגון ששתק בשעה שהקדיש ולבסוף כששאלה הגזבר צווח ומיבעיא ליה וכו' או דלמא הקדש לא הוי כתקיפה דלמה יצווח בשביל דבריו עכ"ל, יעו"ש, והתם הבעיא היא מיד אם שתיקה במקום דברים הוי שתיקה, אבל אם מעולם לא צווח אין בית דין נוקקים לו, אבל עצם הבעיא היא אם בכהאי גוונא שתיקתו כהודאה.

פרק יג

בו יתיישבו דברי הרמב"ן שכתב דכל תיקו דינו יחלוקו ואם תפס אין מוציאים מידו אבל בשנים אוחזים דיחלוקו אם תקפה האחד והלה צווח מוציאים מידו משום דכל אחד מוחזק, וכתב נמי דטענת ברי מועילה, ואע"ג דאין ברי מועיל במקום חזקה.

[**בבא מציעא ו.**] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד וכו', יעו"ש, ועיין ברמב"ן וז"ל: אבל תיקו שדינו שיחלוקו שאין אחד מהן מוחזק יותר מחברו אם תפס אחד מהם אין מוציאים מידו וכו' ואם תשאל למה אמרו תקפה אחד בפנינו מוציאים אותה מידו והלא אין זה מוחזק יותר מזה תשובתך הרי אמרו כיון דתפס אנן סהדי דמאי דתפס ידיה הוא וכל אחד ואחד מוחזק במחצה יותר מחבירו, זהו דעתי בדיני תפיסות הללו עכ"ל, יעו"ש.

ודבריו אלו נראים כסותרים למה שכתב בבבא בתרא (דף לד:) וז"ל: ובכל הנך דיני בין בדינא דיחלוקו בשבועה או בלא שבועה וכו' הני מילי בבריא ובריא אבל בבריא ושמא בכולהו בריא עדיף דהא ליכא לחד מינייהו חזקה דממונא אבל היכא דאיכא חזקה דממונא בין דאיתיה השתא ברשותיה בין דמוקמינן ליה אחזקה דמרה קמא כגון המחליף פרה בחמור לרבנן אפילו בבריא ושמא חזקה דממונא עדיפא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ודינא דשנים אוחזים בטלית חולקים בשבועה הוא בכלל כל הנך דיני דיחלוקו בשבועה, ומכל מקום כתב הרמב"ן דבמקום ברי ושמא ברי עדיף, ואם כל אחד נחשב מוחזק בהחצי, הרי כתב להדיא דחזקה דממונא עדיפא מטענת ברי כנגד שמא. ובכלל יש לדקדק בדברי הרמב"ן דלכאורה צריך לומר דהאנן סהדי אינו מעיד לכל אחד שכולה שלו, דאם כן מכחשי אהדדי ובטלי, ואלא צריך לומר דהתרי אנן סהדי מסכימים זה עם זה, וכל אנן סהדי מעיד רק על החצי לכל אחד מהם ומסכימים שהחצי השני הוא של השני, והרי כל אחד טוען אני הגבהתיה וכולה שלי, והוא מכחיש להאנן סהדי שלו, והודאת בעל דין כמאה עדים, ובאמת יש להקשות כן על הגמרא לעיל (דף ג.) ותנא תונא שנים אוחזין בטלית זה אומר אני מצאתיה וכו' והא הכא כיון דתפס אנן סהדי דמאי דתפס האי ידיה הוא ומאי דתפס האי ידיה הוא וקתני ישבע וכו', יעו"ש, וכן על התוס' לעיל (דף ב.) בד"ה ויחלוקו וז"ל: ויש לומר דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפס האי ידיה הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

לכן נראה דכל מי שתפוס בדבר ומוחזק בו נחשב שהוא שלו בודאי, דאנן סהדי דמאי דתפס ידיה הוא, וכח המוחזק הוא ככח עדים עד שיביא ראיה כנגדו, והרי הדבר נחשב שלו בתורת ודאי, ועיימש"נ בש"ו פ"א דהוא מתקנת חכמים שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף טליתו של חבירו, ועל ידי התקנה נחשב דאנן סהדי והממון ודאי שלו, וכששנים אוחזים בדבר, והרי כל אחד תפוס בכולו, נחשב ששניהם יש להם מוחזק גמור בכולו, וכמו בשותפין ששני השותפים נחשבים בעלים על הכל, וכשבאים

לחלוק כל אחד נוטל החצי, וכמו כן בשנים אוחזים, כיון שכל אחד מוחזק בכולה, הרי הם שותפים בהמוחזקות, והרי הם חולקים המוחזקות, וכל אחד נוטל החצי, ודין שנים אוחזים בטלית הוא מדין חלוקת השותפים, ולא מדין פסק בממון המוטל בספק. וכתב הרמב"ן דמשום הכי לא מהני תפיסה בשנים אוחזים, דאם החלוקה היא משום דהוי ממון המוטל בספק, אין החלוקה מבטלת הספק, ועדיין הוי ממון המוטל בספק, ואם תפס אין מוציאים מידו, אבל בשנים אוחזים החלוקה היא מדין חלוקת שותפים ודאים, ולא מדין ממון המוטל בספק, כמש"נ, ויש לכל אחד החצי בודאי, ולא הוי ממון המוטל בספק, ואם תפס מוציאים מידו.

ולפי זה יש לבאר מה שמשמע מדברי הרמב"ן בבבא בתרא דבשנים אוחזים בטלית טענת ברי עדיפא מטענת שמא ומועילה, כנ"ל, ואע"ג דזה שטוען שמא מוחזק בהחצי, דהרי כל דין מוחזק שלו הוא משום ששניהם שוים בכל הטלית, והרי הם שותפים בהמוחזקות, כמש"נ, אולם אם אחד מהשנים טוען ברי והשני טוען שמא, הרי המוחזק של הטוען ברי עדיף, והרי הוא נעשה מוחזק על הכל, וזה שטוען שמא לא הוי עוד מוחזק.

פרק יד

בו תתיישב סתירת דברי הרמ"א שפסק דאם תקף אחד בפנינו והלה שתק ולבסוף צווח אין מוציאים מידו אפילו אם מביא אחר כך עדים שהיא שלו, ופסק נמי דאם חזר הלה ותקפה מן התוקף לא מהני תפיסתו בלא ראיה, ומבואר שמכל מקום בראיה מוציא.

[**בבא מציעא ו.**] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו וכו' אמר רב נחמן תא שמע במה דברים אמורים ששניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה היכי דמי אי נימא כדקתני פשיטא אלא שתקפה אחד בפנינו לא הכא במאי עסקינן כגון וכו', יעו"ש, וכתב הריטב"א דמסתמא מיירי שתקפה אחד בפנינו והלה שתיק ולבסוף צווח, דאם שתיק מתחלה ועד סוף לא היה מהני ראיה, ובברייתא קאמר המוציא מחבירו עליו הראיה, ומשמע דאילו היה מביא ראיה היה מוציא מיד התוקף, ואם שתיק מתחלה ועד סוף הרי אית כאן הודאה גמורה ממנו, והרי הודאתו מכחשת העדאת העדים, והודאת בעל דין כמאה דמי, ועל כרחך צריך לומר דמיירי כגון דשתיק ולבסוף צווח, יעו"ש.

והא דמהני ראיה בעדים היכא דשתיק ולבסוף צווח, ואע"ג דאיכא ספק הודאה, וממילא איכא ספק אם הכחיש העדים, איכא למימר דבמקום העדאת עדים ליכא ספק הודאה, ונקטינן שבודאי לא הודה, וכן כתב הב"ח חו"מ סי' קל"ח, יעו"ש, וכן מבואר מדברי הט"ז שם סעי' ז', יעו"ש, אי נמי יש לומר כמו שכתב שם הקצות החושן סק"ג דבספק הודאה במקום העדאת עדים אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, יעו"ש, אלא דקצת קשה לפי זה דכיון דלפי הודאתו העדים שקרנים ופסולים, אם כן בספק הודאה איכא ספק פסול על העדים, ולמה חשבינן ליה אין ספק מוציא מידי ודאי.

ויש לומר דמצד העדים הרי איכא העדאה ודאית שיש לסמוך עליה, ואלא דמספקא לן אם אירע דבר הפוסל עדותם, דהיינו הודאת בעל דין שאין דינה לפסול העדות כמו הכחשת עדות אחרת, אלא גזירת הכתוב היא דאדם נאמן לגבי עצמו אפילו כנגד עדים, והרי יש העדאה ודאית וספק פוסל, ואין ספק מוציא מידי ודאי.

והנה עיין בחו"מ סי' קל"ח סעי' ו' וז"ל: באו שניהם אדוקים ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו שכיון ששתק בתחלה הרי זה כמודה לו, וכתב הרמ"א הגה ויש אומרים דאפילו מביא עדים אחר כך שהוא שלו לא מהני ליה דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי עכ"ל, יעו"ש, ועיין בש"ך סק"ח שהביא דברי הב"ח שחולק על דברי הרמ"א וס"ל דרק בשתק מתחלה ועד סוף לא מהני ראיה בעדים, אבל בשתק ולבסוף צווח מהני, וכתב הש"ך דאע"ג דגם בדברי הרמ"א יש לדחוק דקאי על שתק מתחלה ועד סוף, מכל מקום פשטות משמעות לשון הרמ"א היא דקאי על שתק ולבסוף צווח, יעו"ש.

עוד עיין מה שכתב המחבר בסעי' ז' שם וז"ל: חזר האחר ותקפה מיד זה התוקף אע"פ שצווח מתחלה ועד סוף יחלוקו כבתחלה עכ"ל, יעו"ש, והוא כמו שפסק הרמב"ם

פ"ט טוען ונטען הלי"ב, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פ"כ, וכתב הרמ"א וז"ל: ויש אומרים דכיון שזכה הראשון משום הודאתו של זה אין האחר יכול לתקוף ממנו בלא ראייה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דאם הביא ראייה מהני, ועיין בהגהות הגר"א ס"ק ט"ו שכתב דדברי הרמ"א הם כפי משמעות הגמרא וכדברי הריטב"א, כנ"ל, אלא דלכאורה נראים כסותרים למה שכתב בסעי' ו' דלא מהני ראייה, וצריך לומר דבסעי' ו' קאי על שתק מתחלה ועד סוף, יעו"ש, אולם לפי דברי הש"ך דבסעי' ו' קאי על שתק ולבסוף צווח קשה טובא דלכאורה דברי הרמ"א סתרי אהדדי.

ואם נחלק דבסעי' ו' מיירי שרוצה להוציא על ידי עדים, מה שאין כן בסעי' ז' שכבר תפס ובא להחזיק על ידי העדים, אם כן קשה דלמה ליה עדים כלל, תהני ליה תפיסתו, וצריך לומר כמו שכתב הגר"א בס"ק ט"ז דהרמ"א אזיל לשיטתו דתקפו כהן מוציאין מידו, ואין תפיסתו מועילה לו, יעו"ש, אכן קשה דאם כן מה לי אם מביא עדים, הרי איכא הודאת בעל דין כנגדם, וכמש"נ.

ונראה ליישב דברי הרמ"א עפ"י מש"נ ברש"י בש"ו פ"ג דהא דתקפה מוציאין מידו בספיקא דדינא הוא דין בבית דין, ואע"ג דמצד הממון אין שום נפקא מינה בין החוטף לבין זה שממנו חטף, וליכא שום סברא ממונית להוציא מיד החוטף ולהחזירו לזה שממנו חטף, אלא כיון דאי אפשר לברר הספק ולעמוד על אמיתת הדברים אין התפיסה מכרעת הספק אלא כל שהוא בידו דיני הבעלות עמו, מכל מקום אין לבית דין להניח חטיפות, ומשום הכי מוציאין מידו, ולפי זה איכא למימר דהיכא דחזר הראשון ותקף מן התוקף והביא עדים מהני, שהרי מעיקר דין הממון יש לנו להניחו אצלו, דהא הוי ספיקא דדינא ושניהם שוין ולמה נוציא מזה לתת לזה, אלא דתקנת בית דין היא שלא להניח חטיפות.

אולם היכא שהביא עדים הרי הדבר ידוע לבית דין שהוא שלו, ואע"פ שהוא הודה כנגד העדים, ולדבריו הם שקרנים ופסולים, מכל מקום אין נאמנות הודאת בעל דין אלא לגבי עצמו ולחובתו, ובדרך כלל אם הודה כנגד עדים אמרין דהגם שאנו יודעים שהאמת כדברי העדים ושהם כשרים ונאמנים, מכל מקום לגבי ידיה לחובתו צריכים לדון כאילו הם שקרנים ופסולים, אכן כיון שבית דין לגבי עצמם יודעים שהאמת כדברי העדים אין צריכים להוציא מיד החוטף, שהרי לפי ראות עיני בית דין לא היתה כאן חטיפה שלא כדין, וכיון שזה החוטף אוחז הטלית בטענת ברי אין בית דין מחויבים להוציאה מתחת ידו, הואיל ועדים מעידים כדבריו.

ומיושבים היטב לפי זה דברי הרמ"א, דבסעי' ו' מיירי שבא להוציא מיד החוטף בראיה דעדים, וכיון דבשתק ולבסוף צווח נתעורר ספיקא דדינא והרי איכא ספק הודאה כנגד העדים, כמש"נ, אבל בסעי' ז' מיירי שכבר חזר ותקף מן התוקף, והרי מעיקר הדין אין צריכים להוציא הממון ממנו, דהא הוי ספיקא דדינא והדבר שקול, כמש"נ, אלא דס"ל להרמ"א דתקפו מוציאין מידו, והיינו דין בבית דין שאין להם להניח חטיפות, ואם הביא עדים הרי הדבר מבורר לבית דין שהוא שלו, ואע"פ שאינו יכול לנצח בדין על ידי הני עדים, שהרי הודה כנגדם ולחובתו נאמן, מכל מקום חיובי

בית דין אינם תלויים בפיו של זה אלא בראות עיני הדיינים, והרי יש כאן עדים כשרים מעידים שכדין חטף, ועל תקיפה כזו ליכא חיוב על בית דין להוציאה מידו, ועיימש"נ בש"ו פט"ו.

פרק טו

בו יתיישבו דברי הרמ"א שפסק דאם תקפה אחד בפנינו והלה שתק ולבסוף צווח אין מוציאים אותה מידו, ואפילו אם הביא עדים אחר כך, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, והלא אין כאן רק ספק הודאה, ולמה לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי.

[**בבא מציעא ו.**] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח מאי מדאשתיק אודויי אודי ליה או דלמא כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן וכו', יעו"ש, וכתב הרמב"ם פ"ט טוען ונטען הלי"ב וז"ל: באו שניהם אדוקין בה ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו כיון ששתק בתחלה והרי זה כמודה לו חזר השני ותקפה מראשון אע"פ שהראשון צווח מתחלה ועד סוף חולקין עכ"ל, יעו"ש, ומחזיר להשני החצי שהיה לו מתחלה על ידי הפסק דחלוקה כיון שצווח מתחלה ועד סוף, ומשום הכי חולקים, וכתב המגיד משנה דטעמא דהרמב"ם דאין מוציאין מידו משום דשתק ולבסוף צווח הוי בעיא דלא איפשיטא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פ"ב.

ועיין בחו"מ סי' קל"ח סעי' ו' וז"ל: באו שניהם אדוקים ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו שכיון ששתק בתחלה הרי זה כמודה לו, וברמ"א הגה ויש אומרים דאפילו מביא עדים אחר כך שהיא שלו לא מהני ליה דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי (טור בשם הרא"ש) עכ"ל, יעו"ש.

והקשה עליו הט"ז וז"ל: תמוה לי דעת הרא"ש בזה דהא כתב הרא"ש עצמו בסי' קכ"ו דאף במודה בפירוש הודאה גמורה יכול אחר כך לומר טעיתי כשיש עדים כל שכן כאן שאין הודאה גמורה שיכול לומר טעיתי בשעה ששתקתי ותו קשה לי דהא בגמרא מיבעיא לן אי הוה הודאה בזה או לא ומכח דלא נפשטה לא מפקינן מיד התוקף אם כן כשיש עדים לפנינו אלא שאתה רוצה לפוסלן מכח הודאתו וכאן אין לך הודאה ברורה אדרבה נימא לאידך גיסא שאין כאן הודאה גמורה והעדים אומרים אמת וכו' ויותר תימה לי על דברי הרא"ש לפי מה דבעי רב נחמן למיפשט בגמרא מברייתא דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה מיירי בתקפה אחד לפנינו משמע דאי מייתי ראייה דמהני וכו' וכהאי גוונא מצינו בגמרא פרק המדיר (כתובות דף עו.) דאמרינן יתרת מאי ראייה מייתי פירוש כיון דראיה לא מהני אין שייך לומר עליו להביא ראייה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואולי יש ליישב קושיתו דאע"ג דבכל הודאה גמורה יכול לומר טעיתי כשבאו עדים להעיד לזכותו, הכא כיון שבאו לפנינו כששניהם אווזים בטלית, והוא צווח שכולה שלו, ומוכן לישבע בנקיטת חפץ שאין לו בה פחות מחציה, לא מסתברא שיהא נאמן אחר כך לומר טעיתי.

ושוב הקשה הט"ז מהא דאמר רב נחמן תא שמע במה דברים אמורים ששניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו

הראיה היכי דמי אי נימא כדקתני פשיטא אלא שתקפה אחד בפנינו לא הכא במאי עסקינן וכו', יעו"ש, הרי דמוקי הברייתא בתקפה בפנינו, וקתני המוציא מחבירו עליו הראיה, ולדברי הרמ"א הלא אין העדים נאמנים, והיאך שייך לומר שעליו להביא ראיה, דהיינו בעדים, כמו שכתב רש"י בבבא מציעא (דף ב:), יעו"ש.

ואין לדחות דעליו להביא ראיה ואינו יכול ומפסיד, דהא אמרינן בכתובות (דף עו.) איתביה רב אחא בריה דרב אויא לרב אשי מודה רבי מאיר במומין הראויין לבא עמה מבית אביה שעל האב להביא ראיה ואמאי מנה לי בידך הוא הכא במאי עסקינן ביתירת יתירת מאי ראיה מייתי וכו', יעו"ש, ומבואר שם דלא שייך לשון על האב להביא ראיה כשיש לה אצבע יתירה, כיון דאין שייך בזה ראיה שנולד לה אחר האירוסין, כמו שכתב רש"י שם, יעו"ש, ואם כן גם בתקפה בפנינו אין שייך לשון המוציא מחבירו עליו הראיה לדברי הרמ"א דאין עדים נאמנים.

ויש ליישב דברי הרמ"א דלא דמי סוגיין לההיא דכתובות, דהתם מה שאינו יכול להביא ראיה לא הוי משום חסרון נאמנות בראיותיו, אלא משום דהדבר ברור שכבר היתה לה אצבע יתירה בבית אביה, דליכא למימר דלאחר אירוסין נולד, ולכן אין מום זה שייך לראיות כלל, ולא שייך למיתני עליו להביא ראיה בדבר שאי אפשר להיות אמת, אבל בתקפה בפנינו הרי הדבר אפשר שהוא הגביה הטלית לבדו כמו שטען מתחלה, ושייך בזה המושג של ראיה, ושייך לומר בו עליו להביא ראיה, אע"ג דבפועל אין לו ראיה המועילה, שהרי אין עדים נאמנים, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

ויתר על כן יש לומר דהמוציא מחבירו עליו הראיה הוא כלל בספיקות המובא בכמה מקומות בש"ס, ויסוד הכלל הוא דממון המוטל בספק נשאר בחזקתו, ושפיר יש להשתמש בכלל זה לומר דאוקי ממונא אחזקתו אפילו אם בפועל לא שייך להביא ראיה, אבל שם בכתובות לשון הברייתא הוא על האב להביא ראיה, ואין זה לשון של כלל מפורסם, אלא צריך לפרשו כפשוטו שעליו להביא ראיה, ושפיר פריך בגמרא הרי אי אפשר להביא ראיה, אבל בדין שהוא כלל מפורסם יש להשתמש בו מפאת המושג שבו, ואף אם בפועל לא אפשר להביא ראיה.

ואדרבה יש להקשות לדברי הט"ז מהא דלקמן (דף ו:): ספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טהורים בין טמאים המוציא מחבירו עליו הראיה וכו', יעו"ש, והרי בספק בכור אי אפשר להביא ראיה, וקאמר המוציא מחבירו עליו הראיה, ומבואר דלשון זה הוא כלל בספק ממון, והמכוון הוא שנשאר בחזקת התפוס בו, וצריך עיון.

והנתיבות המשפט בביאורים סק"ז הקשה על דברי הרמ"א דהלא יש לנו ודאי הגדת עדות וספק הודאת בעל דין, ונימא דאין ספק מוציא מידי ודאי ונקבל הגדת העדים, יעו"ש, וכן כתב הקצות החשן סק"ג, יעו"ש, ונראה ליישב דברי הרמ"א על פי מה שכתבו התוס' לעיל (דף ב.) בד"ה וזה נוטל רביע וז"ל: ואם תאמר ונימא דאין ספק מוציא מידי ודאי דהאומר כולה שלי יש לו בודאי חציה והאומר חציה שלי ספק אם יש לו בה כלום כדאמרינן בפרק החולץ (יבמות דף לח.) ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי

סבא וכו' ויש לומר דהתם יבם שהוא בנו של סבא הוי ודאי יורשו ולא יוציא הספק מספק ממונו אבל הכא אין סברא מה שהוא ודאי בחציו שיועיל לו לחציו השני עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דאפילו במקום הספק יש ליבם דין יורש ודאי, אלא דמסופקים אם יש כאן עוד יורש, ומספק אין להוציא ממנו, ולפי זה במקום ספק הודאה הרי אמרינן דלצד שהיא הודאה הרי הודה שהעדים שקרנים, ונקטינן כדבריו לגבי דידיה לחובתו, ונמצא דהיכא דאיכא ספק הודאה איכא נמי ספק פסול עדות, דלא שייך בזה דינא דאין ספק מוציא מידי ודאי, דלגבי דידיה ליכא עדות ודאית כנגד ספק הודאתו, ולא דמי לספק ויבם.

פרק טז

בו יבואר מחלוקת המאירי והנמוקי יוסף כשיצאו לחלוק וחזרו כשאחד תופס וטוען הודה לי והלה אומר השכרתיה לו בלא עדים, דאין נאמן במיגו דתקפה, דבדאי לא היה מאמין לו אחר שחשדו בגזלן, אם נאמן לומר השכרתיה לו בפני עדים והלכו להם.

[**בבא מציעא ו.**] תא שמע במה דברים אמורים ששניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' הכא במאי עסקין כגון דאתו לקמן כדתפיסו לה תרוייהו ואמרינן להו זילו פלוגו ונפקו והדר אתו כי תפיס לה חד מינייהו האי אמר אודויי אודי לי והאי אמר בדמי אגרתי ניהליה דאמרינן ליה עד השתא חשדת ליה בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה אגרת ליה בלא סהדי וז"ל: ואינו נאמן במיגו דאי בעי אמר תקפה ממני דמיגו במקום עדים הוא עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר דאילו טען תקפה ממני היה נאמן, ויש בזה מחלוקת הראשונים, דהרמב"ם פ"ט טוען ונטען הלי"ג ס"ל דאינו נאמן לומר תקפה ממני, והגר"א סי' קל"ח ס"ק י"ח כתב דהיינו טעמא משום דאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקין, כדאיתא בשבועות (דף מו:), ועיימש"נ בש"ו פי"ז, אבל הרשב"א והר"ן ס"ל כהתוס' דנאמן לומר תקפה ממני.

ועיין בנמוקי יוסף שהביא דבריהם וז"ל: וטעמא דמילתא דכי היכי דאמר (דף קטז.) בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר כל היכא דאיכא ראה דלא מהימן למימר לקוחין הם בידי לפי שאין תפישתן מוכחת שהן של תופסן אף טלית זו כיון שבתחלה היו מתעצמין עליה אין תפיסתו של זה עכשיו מוכחת דאודויי אודי ליה לפי שהדבר עשוי שיגבר האחד על חברו ויתקפנה מידו וכיון דאיכא ראה אינו נאמן לומר אודויי אודי לי וכו' וכתבו הם ז"ל דאם אמר בדמי אגרתי בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים מהימן דלא מצי למימר ליה לא הוה לך לאוגרא ניהליה לעולם עכ"ל, יעו"ש, וכן פסק הרמ"א בסי' קל"ח סעי' ח' דאם טען שהשכירה לו בפני פלוני ופלוני נאמן מיגו דאי בעי אמר תקפה ממני, יעו"ש.

אולם עיין במאירי שהביא הנך שיטות דנאמן לומר תקפה ממנו ומכל מקום אינו נאמן בטענת אגרתי ניהליה מיגו דתקפה ממני, וכתב המאירי שני טעמים, חדא דהוי מיגו במקום עדים ועוד דהוי מיגו להוציא, ולכאורה לפי הך טעמא דמיגו להוציא הוא הדין דאינו נאמן לומר השכרתיה בפני פלוני ופלוני מיגו דתקפה ממני, דנהי דליכא אג סהדי כנגד הך טענה ולא הוי מיגו במקום עדים, מכל מקום הוי מיגו להוציא, כי היכי דטענת אגרתי בלא סהדי חשיב מיגו להוציא, ונמצא דהמאירי פליג על דברי הנמוקי יוסף והרמ"א וס"ל דאף טענת השכרתיה בפני פלוני ופלוני לא מהני, דהוי מיגו להוציא, וצריכים לעיין בסברת פלוגתתם.

והנה עיימ"ש הרא"ש וז"ל: והאי אמר בדמי אגרתי ניהליה דאמרינן ליה עד השתא וכו' ומיהו אם אמר תקפה ממני בחזקה מהימן כיון דעד הנה הו' נידונים עליה והא

דלא מהימן למימר אגרתה ניהליה במיגו דאי בעי אמר תקפה דהוי מיגו במקום עדים עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב הרא"ש דטעמא דנאמן לומר תקפה ממני משום דעד השתא היו נידונים עליה, וצריך עיון כונתו בכך, ובפלפולא חריפתא דחק לפרש דבריו אלו על פי מה שכתב הנמוקי יוסף שהדבר עשוי שיתקפנו מידו, אכן אין זה משמעות לשון הרא"ש כל כך.

ואולי יש לפרש דברי הרא"ש באופן אחר, דכל שנים אוחזים בטלית שבאו לפני בית דין כששניהם תפוסים מיד הוקבע דין מוחזק שלהם באופן זה ושוב אין צריכים לאחוז בגוף הטלית בכל רגע ורגע, ובשעת הטענות והמשא ומתן יכולים להניח הטלית על השולחן ולא יפסידו בזה זכותם בהטלית, וזהו מה שכתב הרא"ש דכיון דעד השתא היו נידונים עליה, ולא נשתנה ענין הנידון כלל, וזה שטוען אודויי אודי לי עדיין טוען בענין הנידון של השנים אוחזים, אלא שהשתא הוסיף לטעון שהודה לו, ומכל מקום כיון שהענין הנידון הוא אותו הענין שהיו נידונים עליו עד השתא, דהיינו השנים אוחזים, אם כן כבר הוקבעו המוחזקות כמו שהיו מקודם, ואפילו אם השתא נמצאת כל הטלית ביד האחד עדיין מוחזקים בה שניהם כמו שהיו מוחזקים בה מתחלה, ורק אם טוען אגרתי ניהליה בלא סהדי אינו נאמן, שהרי מודה שמסרה לו, ובמה שאומר שהשכירה לו בלא עדים הרי איכא אנן סהדי כנגדו.

ונפקא מינה בין דרך הרא"ש לדרך הנמוקי יוסף הוא כשזה שהטלית בידו טוען לקוחה היא בידי, לסברת הנמוקי יוסף אינו נאמן לטעון לקוח, דהא אין בתפיסתו שום תורת מוחזק, שהרי הדבר עשוי שיתגבר האחד על חברו, כמש"נ, אבל לסברת הרא"ש נאמן בטענת לקוח, דהא דאינו נאמן לומר אודויי אודי לי הוא משום דעד אותו הענין היו נידונים עליו וכבר הוקבעו המוחזקות, כמש"נ, אבל בטענת לקוח הרי אנו דנים על ענין חדש, דהיינו אם היתה כאן מכירת הטלית, ואין אנו דנים עוד על ענין השנים אוחזים, שכבר חל על הטלית דין חלוקה כשבאו לבית דין כששניהם אוחזים בה, אלא שזה בא בטענה חדשה שהשני מכר לו החצי שלו, ולגבי נידון זה לא אזלינן בתר המוחזקות של הנידון דמעיקרא, אלא דנין המוחזקות כמו שהם נראין עכשיו לפנינו, והרי כל הטלית יוצאת מתחת ידו של זה, והוא מוחזק בכולה.

ולפי זה יש לומר דהנמוקי יוסף ס"ל דטענת השכרתיה בפני פלוני ופלוני נאמן מיגו דתקפה ממני, ולא הוי מיגו להוציא, משום דאזיל לשיטתו דתפיסת האחד במקום שהיו שנים אוחזים אין בה שום ראייה, שעשוי שיתגבר אחד על חברו, כנ"ל, ואם טוען השכרתיה בפני פלוני ופלוני לא חשיב שטוען כנגד המוחזק, ורק אם טוען השכרתיה בלא עדים אינו נאמן, דאיכא אנן סהדי כנגדו, כמש"נ.

אבל המאירי אזיל בסברת הרא"ש דטעמא דנאמן לומר תקפה ממנו הוא משום דעד השתא היו נידונים כבר על אותו הענין גופא, דהיינו השנים אוחזים, וכבר הוקבעו המוחזקות, אבל אם טוען השכרתיה בפני פלוני ופלוני הרי מודה שהיתה כאן מסירה חדשה, והרי אנו דנין על כך מסירה אם היתה בתורת שכירות או בתורת הודאה, ומכל מקום כיון דהענין הנידון חדש הוא הרי זה שהטלית כולה יוצאת מתחת ידו חשיב

כמוחזק עליה, ואם נאמין לזה השני במיגו דאי בעי טעין תקפה ממני הוה ליה מיגו להוציא, ואין הכי נמי דאם היה טוען תקפה ממני היה נאמן, היינו משום דכיון שאינו מודה בשום מסירה הרי הנידון שלפנינו עדיין הוא ענין השנים אוחזים, ואע"פ שזה טוען שהודה ומסרה לו מדעתו, מכל מקום אין אנו רואים כאן שום מסירה ודאית, ועדיין אנו דנין על השנים אוחזים, ולגבי נידון זה כבר הוחזקו שניהם מוחזקים על ידי הפסק דיחלוקו, כמש"נ, אבל אם טוען השכרתיה בפני פלוני ופלוני הרי אית כאן מסירה ודאית לפנינו, ועל זה אנו דנין אם היתה בתורת שכירות או בתורת הודאה, והואיל ויוצאת מתחת ידו הרי הוא מוחזק בה, וטענת השני הוי מיגו להוציא.

פרק יז

בו יובא מחלוקת הראשונים בשנים אוחזים בטלית ויצאו מבית דין לחלקה וחזרו כשהאחד אוחזה לבדו אם נאמן השני לטעון תקפה ממני, ויבואר דהרמב"ם שפסק שאינו נאמן לית ליה סברת הרמב"ן דעד השתא לא יכיל לך השתא היכי יכיל לך.

[**בבא מציעא ו.**] תא שמע במה דברים אמורים ששניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' הכא במאי עסקין כגון דאתו לקמן כדתפיסו לה תרוייהו ואמרינן להו זילו פלוגו ונפקו והדר אתו כי תפיס לה חד מינייהו האי אמר אודויי אודי לי והאי אמר בדמי אגרתי ניהליה דאמרינן ליה עד השתא חשדת ליה בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה אגרת ליה בלא סהדי וז"ל: ואינו נאמן במיגו דאי בעי אמר תקפה ממני דמיגו במקום עדים הוא עכ"ל, יעו"ש.

מדברי התוס' מבואר דאם טען השני תקפה ממני היה נאמן, אבל אם טען אגרתי נהליה אינו נאמן במיגו דתקפה ממני, דהוי מיגו במקום עדים, דאנן סהדי שלא היה מוגיר ליה, וכן כתב הנמוקי יוסף בשם הרשב"א והר"ן דאם זה טוען אודויי אודי ליה והשני טוען תקפה ממנו צריך להחזירה, וכתב טעמא משום דהוי כדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דאינו יכול טעון לקוחים הם בידי, דאין תפיסתו מורה על בעלותו, וכמו כן נמי בשנים אוחזים אינו יכול לטעון שהודה לו, דכיון שהדבר עשוי שיגבר אחד על חבירו אין תפיסתו מוכחת שהודה לו, ומשום הכי נאמן השני לומר תקפה ממני, והא דאינו נאמן לומר אגרתי נהליה במיגו דתקפה הוא משום דהוי מיגו במקום עדים, כמו שכתבו התוס', או משום דהוי מיגו במקום חזקה שלא היה מוגיר ליה, יעו"ש, ונמצא דזה שהטלית בידו וטוען הודה לי ריע טענתיה, שהרי הדבר עשוי שיגבר אחד על חבירו, וזה שטוען אגרתי ניהליה נמי ריע טענתיה, שהרי עד השתא חשד ליה בגזלן, ומשום הכי אין מוציאים מידו.

שוב כתב הנמוקי יוסף דאיכא מאן דאמר דאם אמר תקפה ממני אינו נאמן, וטעמא משום דאמרינן עד השתא לא יכיל לך השתא היכי יכיל, ומשום דגם באומר תקפה ממני ריע טענתיה, ואין מוציאים מידו, וסברא זו לא הוזכרה בגמרא, והביאה השיטה מקובצת בשם הרמב"ן, והנמוקי יוסף כתב דכן דעת הרמב"ם, יעו"ש, ועיין מה שכתב פ"ט טוען ונטען הלי"ג וז"ל: באו שנים אדוקים בטלית ואמרנו להם צאו וחלקו את דמיה יצאו וחזרו והרי היא תחת יד אחד מהם זה טוען הודה ונסתלק ממנה וזה טוען שמכרתיו לו או נתגבר עלי וחטפה המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' עכ"ל, יעו"ש. ומסתברא דלא נתכוון הנמוקי יוסף לומר דטעמא דהרמב"ם כסברת הרמב"ן דעד השתא לא יכיל לך השתא היכי יכיל, כנ"ל, דאילו היתה סברא זו מוזכרת בגמרא לא היה מוטל על הרמב"ם אלא להביא את הדין ולא את הסברא, אבל מכיון דאין הדין דטענת תקפה ממני מוזכר בגמרא, וטעמא דעד השתא לא יכיל לא מצינו אלא בדברי

הראשונים, אם זוהי נמי טעמא דהרמב"ם היה לו להזכירה, ויותר מסתברא דטעמא דהרמב"ם משום דס"ל דטענת הודה לי טענה מעליא היא, ואינה כמו טענת לקוח בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אלא כיון שהוא תפוס בהטלית וטוען שהודה אין לנו לתלות בחטיפה, והרי תפיסתו מוכחת שהיא שלו, ואין השני נאמן לומר תקפה ממני בלא ראיה.

ואחר שהביא הנמוקי יוסף שיטת הראשונים דאין השני נאמן לומר תקפה ממני סיים דבריו דהרשב"א כתב שאינו נכון, יעו"ש, ולכאורה מבואר מדברי הנמוקי יוסף שהוא עצמו ס"ל כדעת הרשב"א והר"ן דנאמן לומר תקפה ממני, שהרי זו השיטה הראשונה שהביא, ועוד דלאחר שהביא דעת החולקים כתב בשם הרשב"א דאינו נכון, ומשמע דס"ל כדעת הפוסקים דנאמן לומר תקפה ממני.

אולם עיין מה שכתב בהמשך דבריו וז"ל: שמעינן מהא דכל ספק ממונא דקיימא לן חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה ותקיפה בכהאי גוונא לא מהניא וכו' עכ"ל, יעו"ש, וצריך עיון דמשמע מדבריו דמפקינן מיניה רק כשתקף בפנינו או בפני עדים, אבל אם לא תקף בפנינו אלא טוען שהלה הודה לו והלה טוען שתקפו ממנו לא מפקינן מיניה, והלא הנמוקי יוסף ס"ל דנאמן לומר תקפו ממני, ואם כן אף כשאינן עדים על התקיפה, רק טענת הלה, נעמיד ממון אחזקתיה ונוציאנו מיד השני, וצריך עיון.

עוד יש להעיר בדברי הנמוקי יוסף דהא דהלה נאמן לומר תקפה ממני הוא דריע טענתיה דהודה לי, דהוי כדברים שהעשויים להשאיל ולהשכיר דאין תפיסתו מוכחת שהיא שלו, כנ"ל, אם כן למה הוצרך לומר דאינו נאמן לומר אגרתי נהליה במיגו דאי בעי אמר תקפה ממני משום דהוי מיגו במקום עדים או במקום חזקה, ולמה לא קאמר דאין לו מיגו משום דטענת תקפה ממני בעצם אינה טענה נצחת, והא דהיינו מוציאים מידו אילו היה טוען תקפה ממני הוא משום דאין האחר יכול להחזיק בטענת הודה לי, דריע טענתיה, והיו בית דין מוציאים מידו משום גריעותא דטענת הודה לי ולא משום אלימות דטענת תקפה ממני, ולכאורה מבואר מדבריו דאין דין המיגו משום כח הטענה, דטענתו מקבלת כח הטענה שהיה יכול לטעון, דהא הטענה שהיה יכול לטעון אין בה אלימות, כמש"נ, אלא דין המיגו הוא משום ראיה דמה לו לשקר, ואילו רצה לשקר היה יכול לטעון תקפה ממני והיה מנצח מחמת קלישת טענת הודה לי של התוקף.

פרק יח

בו ידון בהא דאמרינן דאם יצאו לחלוק וחזרו כשהאחד תפוס וטוען הודה לי והלה טוען השכרתיה לו, שאינו נאמן דעד השתא חשדו בגזלן והיאך השכירה לו בלא עדים, אם הוא הדין שאינו נאמן לטעון השכרתי לו שאר כליו העשויים להשאיל ולהשכיר.

[**בבא מציעא ו.**] הכא במאי עסקינן כגון דאתו לקמן כדתפיסו לה תרווייהו ואמרינן להו זילו פלוגו ונפקו והדר אתו כי תפיס לה חד מינייהו האי אמר אודויי אודי לי והאי אמר בדמי אגרתי ניהליה דאמרינן ליה עד השתא חשדת ליה בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי, יעו"ש.

ויש להסתפק אם ישאיל אחד מהשנים או חזים בטלית להשני כלים אחרים שלו העשויים להשאיל ולהשכיר אם יוכל השואל לטעון לקוחין הן בידי הואיל ועד השתא חשדת ליה וכו', אולם הלכה כזו לא משתמע בשום מקום, ואף אם נאמר דלא אמרינן עד השתא חשדת ליה אלא בנוגע להך טלית גופא שהיו מתעצמים בה, שהרי חשדו לגזול חפץ זה, עדיין יש להסתפק, דמה יהיה אם היו מתעצמים בדבר העשוי להשאיל ולהשכיר ושנה אחר חלוקה השאיל לו או השכיר לו החצי שזכה בהחלוקה, והלה טוען לקוח הוא בידי, וכי נימא שאינו יכול לטעון שאול הוא בידך הואיל והוא מן הדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ויש לדחוק דהיינו דוקא בשעת החלוקה דהוי בעידן ריתחא, ודחוק הוא.

אולם נראה דבאמת אין לזה לירא מחבירו שהוא חשוד אצלו, דלמה לא ישאיל לו כליו העשויים להשאיל ולהשכיר, הלא יש לו חזקת מרא קמא מוחלטת על הכלים, וכיון דעשויים להשאיל ולהשכיר לא תהני בהו תפיסה בטענת לקוח, ולעולם יוכל להוציא כליו מיד השואל על ידי החזקת מרא קמא שלו, ולעולם יהא נאמן לומר שהשאילם לו, דאע"פ שחושד אותו בגזלן אין לו מה לפחד, כמש"נ, ואין לומר דדילמא יכפור בכל או יטעון החזרתי, דאם כן גם אם השאיל לו בעדים לא היה נשמר מכך, ובגמרא קאמר מוגרת ליה בלא סהדי, משמע דעל ידי עדים אין לו מה לחוש, ואם כן בודאי בכל מקום יכול להשאיל לו כל כליו שיש לו, ולא יוכל השואל לטעון לקוחין הן בידי, וגם טלית זו לאחר זמן יכול להשאילה לו.

אבל הכא מיירי קודם חלוקה, ומסתברא דקודם חלוקה אין לו עדיין חזקת מרא קמא, ואף אם נאמר דהחלוקה היא בתורת ודאי, כמש"נ בש"ו פ"א, ואע"ג דמיירי כאן שכבר נשבעו והלכו להם לחלוק ביניהם, מכל מקום הואיל ועדיין לא נחלקה הטלית בפועל, ועדיין לא איתחזק חלקו בידו, לא חלה עדיין חזקת מרא קמא, ואין תביעתו כאן מדין מרא קמא אלא מדין קיום פסק החלוקה, ומשום הכי הואיל והוא חושד שהשני גזלן לא ישאיל לו בלא סהדי, דכיון דלית לו חזקת מרא קמא יוכל השני לטעון לקוחה היא בידו או אודיי אודית לי.

פרק יט

בו יבואר הא דמסרך בה סרוכי אינו כלום אפילו לסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה, ואע"ג דסומכוס אמר דינו היכא דאיכא דררא דממונא, ומה ענין דינו לסרכא, ויבוארו דברי רש"י דסומכוס מיקל בחלוקה וסלקא דעתין דסרכא מהני.

[בבא מציעא ו.] אמר רב נחמן תא שמע במה דברים אמורים ששניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה היכי דמי אי נימא כדקתני פשיטא אלא שתקפה אחד בפנינו לא הכא במאי עסקינן וכו' ואיבעית אימא כדקתני דאתו לקמן כי תפיס לה חד מינייהו ואידך מסרך בה סרוכי ואפילו לסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה מודה סומכוס דסרכא לאו כלום היא, יעו"ש.

ויש להבין מה ענין סומכוס לענין זה, ולמה תסיק אדעתין דסרכא מהני אליבא דסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה, והלא סומכוס קאמר דינו בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברא בצדה דאיכא דררא דממונא, כמו שמבואר לעיל (דף ב:), יעו"ש, וסרכא בודאי לא הוי דררא דממונא.

ועיין מה שכתב רש"י בד"ה אפילו לסומכוס וז"ל: כלומר ואליבא דסומכוס דמיקל בחלוקה ולא מצריך אפילו שבועה איצטריך לאשמועינן דבכהאי גוונא מודי סומכוס דאפילו בשבועה לא שקיל דהא לאו ממון המוטל בספק הוא עכ"ל, יעו"ש, ולפי המסקנא אפילו לסומכוס לא שקיל דלא הוי ממון המוטל בספק דליכא דררא דממונא, וכמש"נ, אכן למה תסיק אדעתין דאליבא דסומכוס תועיל לו סרכא, ואי משום דמצינו דסומכוס מיקל בדררא דממונא לחלוק בלא שבועה, הלא קולא דידיה הוי בענין אחר, וכי על כל דבר מוכרח להקל, ולכאורה צריך לומר דיש איזה קשר בין דינא דסומכוס לדינא דסרכא, והדבר צריך ביאור.

ונראה לבאר דברי רש"י על פי מה שכתבו התוס' לקמן (דף צו:): בד"ה לימא וז"ל: ויש לומר דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דבמקום דררא דממונא יש לו תפיסה על ידי טענתו בלבד, ואע"ג דאינו תפוס בו בידו, וסלקא דעתין דגם בתפיסה של שנים אוחזים בטלית אין צריך שתהא הטלית תפוסה בידם, אלא גם צויחה הוי כתפיסה, וקולא דסומכוס היא דתפיסה אינה מוכרחת להיות דוקא ביד.

פרק כ

בו יבוארו דברי הרמב"ם דבשנים אוחזים בטלית ותקפה אחד בפנינו והשני שתק ולבסוף צווח אין מוציאין מידו, אבל אם חזר השני ותקפה מן התוקף הראשון, והלה צווח מתחלה ועד סוף חולקים כדמעיקרא, ולא אמרינן דצויחתו מקיימת תפיסתו.

[**בבא מציעא ו.**] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי

ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד וכו', יעו"ש, ויש לדקדק בהא דאיצטריך לטעמא דמאי הוה למיעבד בצווח מעיקרא, והלא אם אחד תקף חפץ הידוע לחבירו מיד חבירו ואומר שלי הוא והלה צווח וקורא לו גזלן, בודאי מוציאין מידו ומחייבים אותו להשיב את הגזילה, ואין צורך לטעמא דמאי הוה ליה למיעבד, והרי בשנים אוחזים בטלית דינם יחלוקו, ויש לכל אחד לזכות בחצי הטלית מן הדין, ולא עוד אלא שכתבו התוס' לעיל (דף ב.) בד"ה ויחלוקו וז"ל: תימה דמאי שנא מההיא דארבא דאמר כל דאלים גבר פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף לד:) ויש לומר דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואם כן היאך מהני תפיסה להוציא מתחת ידו אם אנן סהדי שהוא ידיה, ובשלמא אם שתק ולבסוף צווח יש להסתפק דלמא הודה לו, אבל אם צווח מתחלה למה נניח להתוקף להוציא מידו, ולמה לן טעמא דמאי הוה ליה למיעבד.

וצריך לומר דהיכא דתקף חפץ הידוע לחבירו הרי אין זכות חבירו תלויה בתפיסתו אלא במה שידוע שהחפץ שלו, ותפיסת השני בטענת שלי הוא הוי גזילה, כמש"נ, אבל בשנים אוחזים בטלית הרי כל זכותו באה על ידי מה שהוא אוחז בה, וגם האנן סהדי מבוסס על מה שהוא תפוס בה, והוה אמינא דאם תקפה ממנו יכול לבטל תפיסת השני, ושוב לא הוי שנים אוחזים בטלית, ואין בזה משום גזילה, לכן איצטריך טעמא דמאי הוה ליה למיעבד, דאין סברא שיאבד זכות תפיסתו מחמת התגברות חבירו, דמאי הוה ליה למיעבד, היוצא לנו דצויחתו מקיימת תפיסתו, וכמו דסלקא דעתיה בהמשך הסוגיא דסרוכי מסרך נחשב כתפיסה, וסירכא היינו צויחה, ומסיק דלא נחשב כתפיסה, אכן אם היה תפוס בפנינו והשתא צווח מתחלה ועד סוף, שפיר נחשבת צויחתו כתפיסה, ושוב הוה להו שנים אוחזים בטלית ויחלוקו.

אולם עיין ברמב"ם פ"ט טוען ונטען הלי"ב וז"ל: באו שניהם אדוקין בה ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו כיון ששתק בתחלה הרי זה כמודה לו חזר השני ותקפה מראשון אע"פ שהראשון צווח מתחלה ועד סוף חולקין עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק למה חולקים כשתקפו השני מיד תוקף הראשון, והלא צויחה מקיימת התפיסה, כמש"נ, והרי הוא צווח מתחלה ועד סוף, ולמה אבד תפיסתו, והראב"ד השיג עליו וז"ל: א"א אין טעם לזה עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה זו היא קושיתו.

והמגיד משנה כתב ישוב לקושית הראב"ד וז"ל: והטעם לפי שחזר הענין למה

שהיה בתחלה שהרי שניהם תקפוח זה מזה ואע"פ שהראשון לא צווח מתחלה ועד סוף וזה צווח מעיקרא מכל מקום עד כאן לא אמרין דאם לא חזר ותקפה השני דאין מוציאין אותה מן הראשון אלא משום ספק והמוציא מחבירו עליו הראיה אבל עכשיו שחזר זה ותקפה ודאי חולקין והארכתי בזה לפי שכתב בהשגות א"א אין לזה טעם עד כאן ולא ידעתי לדברי הר"א ז"ל ריח או טעם וכבר הסכים הרשב"א לדעת רבינו עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדברי המגיד משנה דצויחה לא מועילה לתוקף הראשון מפני שכל תפיסתו מספק.

ובראש דבריו כתב המגיד משנה לבאר מה שפסק הרמב"ם דהוי כמודה לו וז"ל: ולא איפשיטא בעיא זו ולזה פסק רבינו שאין מוציאין אותה מיד זה שתפסה כיון שהדבר ספק וכו' ועוד שאמר שם אם תמצא לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו ודרך רבינו לפסוק כאם תמצא לומר עכ"ל, יעו"ש, ובין כך ובין כך אין מוציאין מידו מספק, אלא דלפי פירוש ראשון כיון דלא איפשטא פסק הרמב"ם דמספק אין מוציאין מידו, ולפי פירוש שני כבר נפסק בגמרא דמספק אין מוציאין מידו, וכיון דתפיסתו היא משום דאמרין מספק אל תוציאנה מידו, אין צויחתו מתחלה ועד סוף מקיימת תפיסתו, וכן כתב הלחם משנה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פכ"א.

וביאור דבריו, דבשנים אוחזים בטלית יש לכל אחד טענה ודאית בתפיסתו, שהרי דינם שיחלוקו, ומדיני חלוקה יש לו חלק ודאי חצי הטלית, והא דתפיסת האחד מהני לא הוי מדינא דכל דאלים גבר, דהא בשנים אוחזים הדין הוא דיחלוקו ולא יתגבר האחד על חבירו להפסידו חלקו, אלא שתפיסתו מעוררת ספק הודאה כיון דשתק ולבסוף צווח, ועכשיו אין בית דין דנים על הספק של שנים אוחזים אלא על הספק החדש אם יש כאן הודאת בעל דין אם שתק ולבסוף צווח, ולא איפשטא הך ספיקא, ואמרין מספק אין להוציא מידו, והמוציא מחבירו עליו הראיה, ואם צווח מעיקרא בודאי לא הודה ותפיסתו קיימת, דמאי הוה ליה למיעבד, כמש"נ.

אבל אם שתק ולבסוף צווח נתעורר ספק הודאה, ואין להוציא מיד התופס, אולם כיון דכל תפיסתו היא מכח הספק, הלא גם השני יכול לתפוס מכח אותו ספק, ולפיכך מהני מה שחזר ותקפה, דאפילו צווח התוקף הראשון ולא הודה כלום עדיין מהני תפיסת התוקף השני להחזיקה בידו מכח אותו ספק שנולד על ידי מה ששתק ולבסוף צווח כשתקפה ממנו התוקף הראשון, כמש"נ, ומכל מקום אין תפיסתו מהני על כל הטלית, וגם על החלק המגיע לחבירו מדין חלוקה, דהא אין לו טענה הודאה מצד התוקף הראשון, דהא צווח מתחלה ועד סוף, וגם אין לו טענה אחרת חדשה, ואי משום טענה אני מצאתיה דמתחלה, הרי כבר חל דין יחלוקו על אותו ספק, ואין תפיסה עוקרת דין חלוקה אלא על ידי טענה חדשה, כמש"נ.

פרק כא

בו יבוארו דברי הרמב"ם דתקפה אחד בפנינו והלה שתק ולבסוף צווח אין מוציאים מידו ואם חזר הלה ותקף ממנו והראשון צווח מתחלה ועד סוף חולקים, ויבוארו דברי המגיד משנה דאין מוציאים דהוי ספק הודאה, ואע"ג דקאמר בגמרא אם תמצא לומר.

[בבא מציעא ו.] בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח מאי מדאשתיק אודויי אודי ליה או דלמא כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן אמר רב נחמן תא שמע במה דברים אמורים ששניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה היכי דמי אי נימא כדקתני פשיטא אלא שתקפה אחד בפנינו לא הכא במאי עסקינן כגון וכו' אם תמצא לומר תקפה אחד בפנינו מוציאין מידו הקדישה אינה מקודשת אם תמצא לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו וכו', יעו"ש.

וכתב הרמב"ם פ"ט טוען ונטען הלי"ב וז"ל: באו שניהם אדוקין בה ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו כיון ששתק בתחלה הרי זה כמודה לו חזר השני ותקפה מראשון אע"פ שהראשון צווח מתחלה ועד סוף חולקין עכ"ל, יעו"ש, ופסק דתקפה אין מוציאים מידו, ועיימש"נ בש"ו פ"כ. וכתב המגיד משנה דטעמא דהרמב"ם דאין מוציאים מידו הוא משום דשתק ולבסוף צווח הוי בעיא דלא איפשיטא בבבא מציעא (דף ו.), ועוד דקאמר התם בגמרא אם תמצא לומר תקפה אחד בפנינו מוציאים מידו הקדישה אינה מקודשת אם תמצא לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאים אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו וכו', ודרך הרמב"ם לפסוק כלישנא דאם תמצא לומר, ולכן פסק דאין מוציאים מידו, ומה שכתב הרמב"ם דחזר ותקפה חולקים היינו משום שחזר דינו למה שהיה בתחלה, יעו"ש, והקשו הלחם משנה והקצות החושן בסי' קל"ח סק"ג דהא כיון דהרמב"ם פוסק כאם תמצא לומר למה יכול הראשון לחזור ולתוקפה ממנו, יעו"ש.

והלחם משנה כתב ליישב דברי הרמב"ם וז"ל: ואע"ג דסובר רבינו דכל אם תמצא לומר פשיטותא היא מכל מקום כתב למטה הרב המגיד דאין מוציאים אותה מן הראשון משום ספיקא דאע"ג דאמרו אם תמצא לומר מכל מקום עיקר הדבר בעיא היא עכ"ל, יעו"ש, והקצות החושן הביא דבריו וכתב וז"ל: ולסוף דעתו הרמה לא ירדנו דהא בכל מקום עיקר הדבר בעיא היא וכשחזרו ואמרו אם תמצא לומר פשיטותא היא לשיטת הרמב"ם וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והקצות החושן ביאר דברי הרמב"ם על פי מה שכתב הר"ן דשתק ולבסוף צווח הוי ספק הודאה ומיבעי ליה אם מהני תפיסה בשנים או חזים וספק הודאה, יעו"ש, ואיכא למימר דגם לזה כוון הלחם משנה במה שכתב דעיקר הדבר בעיא היא, והיינו דהגם דאיפשיטא דאין מוציאים מידו, דהא קאמר אם תמצא לומר, מכל מקום לא איפשיטא

דאיכא הודאה ודאית אלא דאהני תפיסה במקום ספק הודאה, ועיקר הדבר עדיין בעיא היא אצלנו אם הוי הודאה אם לא, ומשום הכי מהני חזר ותקפה, דבמקום ספיקא דדינא ס"ל להרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאים מידו, וכמו שכתב הגר"א בסקט"ז שם. ונראה לפרש דברי הלחם משנה באופן אחר, דבגמרא מספקא ליה אם הקדישה בתקפה, כלומר אם הקדישה והלה שתק ולבסוף צווח אם חשיב כהודאה או לא, מי אמרינן דדרך בני אדם בהקדישה היא כדרכם בתקפה, או דלמא לא חשיבא להו מעשה הקדש כמעשה תקיפה, ולפי זה יש לומר דספק זה שייך לכולי עלמא, בין אם מוציאים בין אם אין מוציאים, דלכולי עלמא יש להסתפק אם מעשה הקדש חשיבא לבני אדם כמעשה תקיפה לענין אם צריכים לצווח, ואם לא צווח הרי זה כאילו הודה, או אם אין להוכיח כלום ממה שלא צווח מיד היכא דהשני הקדישה בלא תקפה, אלא דלמאן דאמר מוציאים אין נפקא מינה בספק זה, דהא גם בתקיפה אמרינן דלא חשיבא הודאה, ואפילו אם נימא דהקדישה כתקפה אין זה מועיל לו כלום, ורק למאן דאמר אין מוציאים, וחשיבא הודאה במקום תקיפה, יש להסתפק אם גם הקדישה הוי כתקפה, ונמצא דהא דמיבעי רק לפי הד' צד דאין מוציאים הוא משום דרק לפי הד' צד איכא נפקא מינה בהבעיא, אבל עיקר הבעיא שייך גם לצד השני, כמש"נ.

ולא דמי לשאר אם תמצא לומר כגון אם תמצא לומר יש יד לצדקה יש יד להפקר או אין יד להפקר, כדאיתא בנדרים (דף ז.ו.), יעו"ש, דהתם אם אין יד לצדקה בודאי אין יד להפקר, ונמצא דכל הבעיא לא הוי אלא על צד אחד של בעיא ראשונה, וזה חשיב כפשיטות הבעיא, אבל בדין שייך ענין הבעיא לכל הצדדים של בעיא ראשונה, דלעולם יש להסתפק אם הקדישה כתקפה, כמש"נ, אלא דלמעשה אין זה נוגע אלא לצד השני, דלצד הראשון אם בתקפה לא חשיבא הודאה, אם כן מה לי דהקדישה כתקפה, ובכהאי גוונא לא חשיבא אם תמצא לומר כפשיטות הבעיא, ומכל מקום שפיר הביא המגיד משנה בריש דבריו הא דדרך הרמב"ם לפסוק כאם תמצא לומר, דכיון דאם תמצא לומר נותן חשיבות לצד זה של הבעיא, אם כן הכא הוי לכל הפחות בעיא דלא איפשיטא, ומכל מקום פשיטות גמורה ליכא, וכמש"נ.

אי נמי יש לומר דהא דנקטינן דאם תמצא לומר הוי פשיטות בעיא ראשונה היינו משום דאם לא נפשטה בעיא ראשונה אין מקום לבעיא שניה, אבל הכא אין צורך למיפשט בעיא ראשונה ולומר דאיכא הודאה ודאית כדי שנוכל למיבעי בעיא שניה, דאף אם מוציאים מידו מספק עדיין איכא למיבעי הקדישה בלא תקפה מאי, ואם כן אין להוכיח מהאם תמצא לומר שנפשטה בעיא ראשונה.

פרק כב

בו יבוארו דברי רב חנניה ואבבי בהא שהוכיחו דתקפו כהן מוציאים אותה מידו מברייתא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ויוכיח דנחלקו אם אינו יכול לפטור עצמו בממון כהן, ונחלקו נמי אם הטלה נחשב עשירי ספק אף קודם תקיפה ואינו בר חיובא.

[**בבא מציעא ו:**] דההיא מסותא דהוה מנצו עלה בי תרי וכו' קם חד מינייהו אקדשה וכו' אמר ליה רב המנונא מתניתין היא ספק בכורות וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה ותני עלה אסורים בגיזה ובעבודה והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה וכי לא תקפו אסורין בגיזה ובעבודה אמר ליה רבה קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפילו הכי אסורים בגיזה ובעבודה דקדושה הבאה מאליה שאני אמר ליה רב חנניה לרבה תניא דמסייע לך הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ואי סלקא דעתך תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אמאי נכנסין לדיר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן אמר ליה אבבי אי משום הא לא תסייעיה למר הכא במאי עסקינן כגון דלית ליה אלא תשעה והוא דמה נפשך אי בר חיובא הוא שפיר קא מעשר אי לאו בר חיובא הוא תשעה לאו בר עשורי נינהו הדר אמר אבבי לאו מילתא היא דאמרי דספיקא לאו בר עשורי היא דתנן קפץ אחד מן המנויין לתוכן כולן פטורין וכו' עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק וכו', יעו"ש.

ובהא דרב חנניה מביא ראיה לרבה מברייתא דספיקות נכנסין לדיר להתעשר, כתב רש"י וז"ל: לקמן מפרש בספק פדיון פטר חמור דמפריש עליו טלה לאפקועי איסורא והוא לעצמו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ובאמת לגבי הוכחת רב חנניה אין נפקא מינה אם היינו ספק בכור או ספק פדיון פטר חמור, דבין כך ובין כך איכא ספק ממון כהן, אבל לקושטא דמלתא לא מיתוקמא ברייתא בספק בכור, דיהיה קודש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש, כדאיתא לקמן (דף ז.ו.), יעו"ש, ומשום הכי הביא רש"י מסקנת הגמרא. והנה יש להסתפק בהא דאמר רב חנניה דאם נימא דתקפו כהן אין מוציאים מידו, היאך נכנסין הספיקות להתעשר, והלא נמצא פוטר עצמו בממונו של כהן, אם כונתו דאם תקפו כהן אין מוציאים מידו אם כן עדיין קיים הספק אם הפדיון פטר חמור שייך להישראל או להכהן, ורק דאין הכהן יכול להוציאו מיד הישראל, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אם תפס אין מוציאים מידו, ואם כן היאך יכול להכניס הספק לדיר, והלא דילמא של כהן הוא, והדין דתפיסה מועילה מקיים את הספק, ונחשב פוטר עצמו בממון כהן משום הצד של הספק שהוא בכור, כמש"נ, ואין זה ממון כהן ודאי אלא ספק ממון כהן, ומזה מוכח דתקפו כהן מוציאים מידו, ונסתלק הספק לגמרי, ובדינא נעשה ממון גמור של ישראל, ושוב לא איכפת לן מה קרה בהעבר, אם היה פטר רחם או לא, דאין בזה שום נפקא מינה כיון דאם תקפו מוציאים מידו, והוי ממון גמור של ישראל, ואין זה נחשב שפוטר עצמו בממון כהן.

או דלמא מצד עצם הספק לא נחשב פוטר עצמו בממון כהן אפילו אם תקפו אין מוציאים מידו, ואע"ג דהדין דתפיסה מועילה מקיים הספק, כמש"נ, מכל מקום כיון דכל זמן שהטלה בידו יכול לעשות בו כל מה שרוצה, ויכול לאוכלו או לקדש בו אשה וכדומה, הרי כל זמן שלא תקף הכהן הטלה נחשב ממון גמור של ישראל, ואינו נחשב ממון כהן מחמת הא שיש בו עדיין צד פדיון פטר חמור, דהא אין זה מעכבו מלעשות בו כל מה שרוצה, אולם אם אמרינן תקפו כהן אין מוציאים מידו נמצא דגם קודם תקיפה יש להכהן זכות לתקוף, וזכות זו יש עליה תורת ממון, וזה הוי ודאי ממון של כהן, שהרי ודאי יש לו זכות לתפוס, ולכן נחשב פוטר עצמו בממון כהן, דהיינו הזכות ודאית שאם תקפו אין מוציאים מידו.

ומדברי רש"י מבואר דבזה נחלקו רב חנניה ואב"י, שבדברי רב חנניה פירש רש"י בד"ה ואי סלקא דעתך וז"ל: יש לכהן צד זכיה בו נמצא זה אם יצא בעשירי פוטר ממון בממונו של כהן עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב רש"י דנחשב פוטר עצמו בממון כהן רק אם הספק יצא עשירי, ואם נחשב ממון כהן משום הצד ספק שיש בו, כנ"ל, הרי גם אם יצא ראשון או חמישי או תשיעי לא הוי עישור מעליא, שהרי דילמא פדיון פטר חמור הוא ולא בר חיובא הוא, אלא מוכח דאי משום הא עדיין הוי עישור מעליא, שהרי לכל מילי הוי ידיה, ונחשב הטלה ממון ישראל ומחויב במעשר, כמש"נ.

אכן מלבד מה שהישראל הוא בעלים על השתמשות בהטלה למרות שהוא מוטל בספק, כמש"נ, הרי מכח הספק גם להכהן יש צד זכיה שהוא יכול לתפוס הטלה ולא נוציאנו מידו, ולכן אינו יוצא חיוב מעשר אם הספק פדיון פטר חמור היה יוצא עשירי, דכיון דמלבד הממון גמור שיש להישראל בהטלה גם לכהן יש בו זכות ממון נמצא שמה שהוא נותן להקדש יש בו נמי צד ממון כהן, שהרי תפיסת הקדש מפקיעה זכות הכהן לתפוס עוד, וכיון שכן נתינת העשירי לגבוה אינה נחשבת נתינה גמורה מאחר שחלק מן הנתינה בא מן הכהן, שהרי ההקדש מועיל להפקיע חלק הכהן, וכמו שכתבו התוס' בד"ה והא הכא דאם תקפה והקדישה מהני להפקיע חלק האחר, יעו"ש, ודין מיוחד הוא במעשר בהמה דאין זו נתינה גמורה אם יש לכהן בו זכות תקיפה, אלא נחשב שפוטר עצמו בממונו ובממון כהן, והיינו מה שכתב רש"י שיש לכהן צד זכיה בו, ומזה הוכיח רב חנניה דתקפו כהן מוציאים מידו, ואין להכהן שום צד זכיה בהטלה, ואין זה נחשב שפוטר עצמו בממון כהן.

ואב"י מתחלה דחה ראית רב חנניה, וקאמר דבאמת איכא למימר דתקפו כהן אין מוציאים מידו, והא דספיקות נכנסים לדיר להתעשר, ואע"ג דיש צד ממון להכהן, היינו משום דמיירי שאין להישראל אלא תשעה טלאים והוא, וממה נפשך הוי עישור מעליא, ופירש רש"י בד"ה אם בר חיובא הוא וז"ל: אי האי גברא בר חיובא הוא לעשורי שפדיון זה לאו פדיון פטר חמור שלו הוא הרי יש לו עשרה טלאים וחייב לעשר שפיר קמעשר אי לאו בר חיובא הוא שפדיון זה של כהן לא פטר ליה מידי דתשעה לאו בני עשורי נינהו עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה צריך להקדיש העשירי על תנאי, שאם הוא שלו יקריבנו כדין מעשר בהמה, ואם הוא של כהן יקריבנו שלמים, ששניהם קדשים קלים,

ומתנותיהם שוין.

אולם קשה טובא, דאפילו אם נימא דכלפי שמיא גליא שהחמור שנפדה עליו לא היה פטר רחם, והפדיון לא היה פדיון, והוא לגמרי ממנו של ישראל, מכל מקום הרי כלפי שמיא גליא אבל כלפי מטה לא גליא, וכיון שכן אילו היה הדין דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ונעשה ממון הכהן, ויכול לאוכלו או לקדש בו אשה, נמצא שודאי יש לכהן צד זכיה בהטלה, והרי הוא פוטר עצמו בממונו של כהן.

אלא מבואר דגם אביי ראה הוכחה בהבחייתא דתקפו כהן מוציאים מידו, אבל לא מטעמיה דרב חנניה, אלא ס"ל דאי משום הצד זכיה שיכול לתקוף ולא נוציא מידו לא נחשב ממון כהן לעכב המעשר, שהרי השתא מיהא הטלה לגמרי ביד הישראל, ויכול נמי ליתנו להיות מעשר בהמה, ולא איכפת לן אם מלבד בעלותו הגמורה איכא נמי להכהן צד זכיה בהטלה שאין מוציאים מידו אם תקפו, דהשתא מיהא הא לא תקפו, וקודם תקיפה הוא לגמרי של הישראל, כמש"נ, דלא ס"ל כרב חנניה שיש דין מיוחד שאינו יכול לפטור עצמו בממונו של כהן, ואינו יכול להפריש העשירי למעשר אם יש לכהן צד זכיה בו.

אכן אביי היה ס"ל דיש הוכחה מן הברייתא דתקפו כהן מוציאים מידו מטעם אחר, דאילו היה הדין דתקפו כהן אין מוציאים מידו נמצא דלא נסתלק הספק לגמרי, ועדיין קיים הצד דדלמא של כהן הוא, ונהי דלענין ממונות בפועל הרי הוא של ישראל לגמרי, ויכול לעשות בו כל מה שרוצה, היינו דכיון שהטלה ברשותו מותר לו לאוכלו אפילו אם כלפי שמיא גליא שהוא שייך להכהן, אולם לענין מעשר אזלינן בתר המציאות, ואם כלפי שמיא גליא הטלה הוא פדיון פטר חמור אינו ראוי ליכנס לדיר להתעשר, כמו שפירש רש"י בדברי אביי, וכיון דתניא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר שפיר מוכח דאם תקפו כהן מוציאים מידו, ושוב נסתלק הספק לגמרי, כמש"נ, ודנין שהטלה בודאי של ישראל, ובטל הצד שהוא של כהן, ושפיר ראוי לעישור.

ולדברי אביי ההוכחה לא הוי משום דדילמא יצא עשירי, כמו שכתב רש"י אליבא דרב חנניה, כנ"ל, אלא משום דעל כל טלה וטלה איכא ספק שהוא של כהן ואינו מחויב במעשר, וכן מבואר להדיא בדברי רש"י על הא דמסיק דספיקא לאו בר עישורי הוא, דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק, ואפילו במקום ממה נפשך אין נכנסים להתעשר, וכתב רש"י בד"ה לאו מילתא היא דאמרי וז"ל: דודאי סיעתא היא למר דאי הוה צד זכיה לכהן ביה מספק ואשתכח דכל הני טלאים ספק חייבים במעשר ספק אין חייבים מספיקא לא הוי צריך לעשוריהו כדקאמרי לעשורי ממה נפשך דכל ספק חייב ספק פטור לאו בני עשורי נינהו ואפילו היכא דאיכא למימר ממה נפשך עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב רש"י דאליבא דאביי העיכוב הוא משום דכל הטלאים בספק, ולא משום דלמא יצא עשירי, כמו שכתב בדברי רב חנניה.

ורש"י לא רצה לפרש בדברי רב חנניה שהעיכוב הוא מצד כל הטלאים ולא רק מפני שאולי יצא עשירי, כמו שפירש בדברי אביי, שהרי קאמר רב חנניה שנמצא פוטר עצמו בממון כהן, ואליבא דאביי אין הפטור משום שפוטר עצמו בממון כהן אלא משום

דמתחלה לא נתחייבו במעשר, כמש"נ, וגם לא רצה לפרש בדברי אביי כמו שפירש בדברי רב חנניה, דאם כן לא היה מועיל הממה נפשך כיון דאיכא ודאי זכות ממון להכהן במה שאם תקף אין מוציאים מידו, כמש"נ, ומשום הכי פירש דהעיכוב הוא מצד הטלאים דאינם מחויבים במעשר, ולכן מהני הממה נפשך במקום שאין לו אלא תשעה והוא, ומסיק אביי דאילו היה הדין דתקפו כהן אין מוציאים מידו לא היו נכנסין לדיר אפילו במקום ממה נפשך, דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק, וס"ל לאביי דהרי זה נחשב עשירי ספק, ואע"ג דעושה בו כל מה שרוצה, דכיון דתקפו אין מוציאים מידו לא נסתלק הספק ממון, ורק דהישראל מותר לאוכלו אפילו אם כלפי שמיא גליא שהוא ממון כהן, כמש"נ.

ונמצא לפי זה דרב חנניה ואביי נחלקו בשני דברים, חדא נחלקו אם זכות תקיפה של הכהן, אילו היה הדין דתקפו כהן אין מוציאים מידו, מעכבת בהפרשת הטלה למעשר, דרב חנניה ס"ל דאע"ג דכל העשרה טלאים נחשבים של ישראל להתחייב במעשר, ולא שייך בהם הפטור של עשירי ודאי ולא עשירי ספק כמו בקפץ אחד מן המנוים, שהרי אין הספק מעכבו מלעשות בו כל מה שרוצה, מכל מקום אין העשירי נעשה מעשר בהמה אם יש לכהן זכות תקיפה בו, דנמצא פוטר עצמו בממון כהן, כמש"נ, ואביי לית ליה הך סברא דפוטר עצמו בממון כהן כיון שיש להישראל בעלות גמורה כל זמן שהטלה בידו, כמש"נ.

ועוד נחלקו אם הצד ממון כהן מעכב הטלאים מלהתחייב במעשר, דאביי ס"ל דאע"ג דהישראל יכול לעשות כל מה שרוצה בהטלאים שבידו, מכל מקום אילו היה הדין דתקפו כהן אין מוציאים מידו לא היה הספק נסתלק, ועדיין איכא לספוקי דלמא הטלה שייך להכהן כלפי שמיא, ואם כן לאו בר עישורי הוא, אפילו במקום דאיכא למימר ממה נפשך, דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק, כמש"נ, ורב חנניה ס"ל דכיון דהטלה לגמרי ברשות הישראל קודם תקיפת הכהן אין זה נחשב עשירי ספק, ולא דמי לקפץ אחד מן המנוים דהוי ספק גמור, ולכן כל הטלאים מחויבים במעשר, וכל העיכוב הוא אם יצא עשירי דנמצא פוטר עצמו בממון כהן, כמש"נ.

ושתי פלוגתות אלו אינן תלויות זו בזו, דבחדא נחלקו אם יש דין מיוחד דאינו יכול לפטור עצמו בהפרשת העשירי במקום שיש לכהן זכות תקיפה בו, ועוד נחלקו אם קודם תקיפה יש בהספק פדיון פטר חמור דין עשירי ספק, וכמש"נ.

פרק כג

בו יתיישבו דברי הרמב"ם שפסק כרב המנונא דתקפו כהן אין מוציאם מידו, ואע"ג דרבה פליג עליה, וגם רב חנניה ואבבי דחו דבריו מכח ברייתא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ועוד דהרמב"ם עצמו פסק כההיא ברייתא, ונמצאו דבריו סותרים אלו לאלו.

[**בבא מציעא ו:**] אמר ליה רב המנונא מתניתין היא ספק בכורות וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה ותני עלה אסורים בגיזה ובעבודה והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה וכי לא תקפו אסורין בגיזה ובעבודה אמר ליה רבה וכו' לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפילו הכי אסורים בגיזה ובעבודה דקדושה הבאה מאליה שאני אמר ליה רב חנניה לרבה תניא דמסייע לך הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ואי סלקא דעתך תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אמאי נכנסין לדיר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן וכו', יעו"ש, וגם אבבי לבסוף הסכים דהברייתא מוכחת דתקפו כהן מוציאם מידו, ודלא כרב המנונא.

ולפי פשוטו מסקנת הגמרא היא דתקפו כהן מוציאם מידו כדברי רבה, וכמו שהוכיחו רב חנניה ואבבי מברייתא דהספיקות נכנסין לדיר, ודלא כרב המנונא שרצה להוכיח דתקפו כהן אין מוציאם אותו והקדישה מקודשת מספק בכור דאסור בגיזה ועבודה, ורבה דחה ראיתו ואמר דקדושה הבאה מאליה שאני, ורב חנניה הביא סיוע דתקפו כהן מוציאם מידו מברייתא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, וגם אבבי שרצה לדחות סיוע דרב חנניה בהמשך הסוגיא חזר בו לבסוף, והסכים דהברייתא מוכחת דתקפו כהן מוציאם מידו, ולפי המסקנא הברייתא מסייעא לרבה דתקפו כהן מוציאם מידו.

אולם עיין ברמב"ם פ"ה בכורות הל"ג וז"ל: כל בכור שהוא ספק דינו שירעה עד שיפול בו מום ויאכל לבעליו ואם תפשו הכהן אין מוציאין אותו מידו ואוכל אותו במומו אבל אינו מקריבו שאין מקריב לעולם אלא בכור ודאי שמא ישחוט חולין בעזרה עכ"ל, יעו"ש, ופסק הרמב"ם כרב המנונא דתקפו כהן אין מוציאם מידו, וכן פסק בפ"ב שם הל"ו וז"ל: אבל אם ילדה מין סוס או גמל אע"פ שיש בו מקצת סימני פרה הרי הוא ספק בכור לפיכך יאכל לבעלים ואם תפסו כהן אין מוציאין מידו עכ"ל, יעו"ש.

והקשה עליו הכסף משנה וז"ל: אבל קשה וכו' למה דחה רבינו דברי רבה ורב חנניה וברייתא ופסק כרב המנונא וכו' ובתשובות הרשב"א סי' שי"א כתוב שנשאל על זה והשיב באמת גם לי נראה פשיטותא של הלכה כן אלא דבעינן למשכוני נפשינן אדרבינו לחזר אחר זכותו והשתדל להראות פנים לדברי רבינו עכ"ל, יעו"ש.

עוד הקשו המפרשים על דברי הרמב"ם דדבריו לכאורה נראים כסותרים למה שכתב פי"ב בכורים הלכ"ג וז"ל: מי שהיו לו עשרה טלאים כל אחד מהן הפרישו על ספק פטר חמור הרי הן כחולין לכל דבר ומתעשרין כשאר הבהמה ומפריש אחד מהן מעשר והשאר שלו כשהיו עכ"ל, יעו"ש, וגם בזה צריכים למשכוני נפשינן ליישב דבריו,

כלשון הרשב"א, דהלא מבואר בגמרא דספק פדיון פטר חמור נכנס לדיר להתעשר רק למאן דס"ל תקפו כהן מוציאים מידו, כנ"ל, והלא הרמב"ם פסק דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ונמצא פוטר עצמו בממון כהן, עוד יש לדקדק בסוף דברי הרמב"ם שכתב דמפריש אחד מהם והשאר שלו כשהיו, מהו המכוון במה שהם שלו כשהיו. והנה הכסף משנה הקשה למה דחה הרמב"ם דברי רבה וגם דברי רב חנניה ופסק כרב המנונא, אכן נראה דבאמת אין הכרח מן הסוגיא דרבה פליג על רב המנונא לענין תקפו כהן אם מוציאים מידו, דהרי רב המנונא לא הביא ראיה מספק בכור דתקפו כהן אין מוציאים מידו, אלא ראיתו היתה דהקדישה בלא תקפה מקודשת מהא דספק בכור אסור בגיזה ועבודה, ורבה דחה ראיתו דאין להוכיח דהקדישה בלא תקפה מקודשת דקדושה הבאה מאליה שאני, ואף לפי דחיתו עדיין איכא למימר דתקפו כהן אין מוציאים מידו אבל הקדישה בלא תקפה אינה מקודשת, ובאמת היה לו לרבה לומר לעולם הקדישה בלא תקפה אינה מקודשת וקדושה הבאה מאליה שאני, וקאמר לעולם תקפו כהן מוציאים מידו לרוחא דמילתא, דאפילו למאן דאית ליה תקפו כהן מוציאים מידו, ואין להכהן שום צד ממון בו, אין להקשות ממתניתין דספק בכור, דקדושה הבאה מאליה שאני, אבל בודאי שפיר איכא למימר דתקפו כהן אין מוציאים מידו ומכל מקום הקדישה אינה מקודשת, ולא תקשי מספק בכור, דקדושה הבאה מאליה שאני, ולא ראה הרמב"ם בדחיה דרבה דס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו להלכה. אולם מדברי רב חנניה מבואר להדיא דס"ל דתקפו כהן מוציאים מידו, שהרי הקשה מברייטא דספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ואם תקפו כהן אין מוציאים מידו נמצא פוטר עצמו בממון כהן, אלא על כרחך תקפו כהן מוציאים מידו, ואין להכהן צד ממון בו, ורב חנניה בודאי פליג על רב המנונא, ובאמת גם אביי פליג על רב המנונא, כדאיתא בהמשך הסוגיא, אמר ליה אביי אי משום הא לא תסייעיה למר הכא במאי עסקינן כגון דלית ליה אלא תשעה והוא דמה נפשך אי בר חיובא הוא שפיר קא מעשר אי לאו בר חיובא הוא תשעה לאו בר עשורי נינהו הדר אמר אביי לאו מילתא היא דאמרי דספיקא לאו בר עשורי היא דתנן קפץ אחד מן המנויין לתוכן כולן פטורין וכו' הכא נמי עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק, יעו"ש.

ולפי מה דהדר ביה אביי הסכים לדברי רב חנניה דברייטא דספיקות נכנסין לדיר להתעשר מוכחת דתקפו כהן מוציאים מידו, וגם הוא פליג על רב המנונא, ואם כן אפילו אם נניח דמדברי רבה אין להוכיח דפליג על רב המנונא, רב חנניה ואביי בודאי פליגי עליה, וקשה לדברי הרמב"ם דפסק כרב המנונא אע"ג דרב חנניה ואביי הוכיחו כנגדו מן הברייטא, ויתר על כן קשה דפסק כהברייטא אע"ג דלפי הגמרא מוכח ממנה דתקפו כהן מוציאים מידו, כנ"ל, וצריך לומר דהרמב"ם ס"ל דלא איתותב רב המנונא מן הברייטא, אלא רב המנונא היה לו ישוב על הברייטא, ומשום הכי פסק כותיה, אכן בגמרא לא הוזכר שום ישוב אליבא דרב המנונא, והיאך פסק הרמב"ם כותיה משום דמסתמא היה לו ישוב שלא הוזכר בגמרא.

ונראה ליישב דברי הרמב"ם על פי מה שמבואר מדברי רש"י דרב חנניה ואביי

הוכיחו מן הברייטא דתקפו כהן מוציאים מידו בשני אופנים נפרדים, רב חנניה הוכיח מהא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ואם תאמר דתקפו כהן אין מוציאים מידו יש לחוש שהספק יצא עשירי ונמצא פוטר עצמו בממון כהן, ואביי הוכיח דתקפו כהן מוציאים מידו מעצם חיוב מעשר בהמה שחל על כל העשרה, דאם יש ספק ביניהם נמצא דליכא חיוב מעשר, דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק, ואפילו אם לא יצא הספק עשירי ליכא חיוב מעשר, ועיימש"נ בש"ו פכ"ב דרב חנניה ס"ל דהעשרה הם בני חיובא אפילו אם הספק ביניהם, דכיון דיכול ישראל לעשות בהספק כל מה שרוצה הרי זה נחשב ממנו וחייב במעשר, ולא נחשב עשירי ספק, ומכל מקום אם יצא הספק עשירי אינו יכול לפטור עצמו בו אילו היה הדין דאם תקפו כהן אין מוציאים מידו, דיש דין מיוחד דאינו יכול לפטור עצמו בממון שאפשר לבא ליד הכהן.

אבל אביי לית ליה הך דין מיוחד דפוטר עצמו בממון כהן, כדמוכח מהא דמתחלה רצה לאוקמה שאין לו אלא תשעה והוא ומה נפשך וכו', כמש"נ שם, אכן ס"ל דאע"ג דהישראל יכול לעשות בו כל מה שרוצה היה הספק פטור מחיוב מעשר משום עשירי ודאי ולא עשירי ספק, ומזה הוכיח דתקפו כהן מוציאים מידו ונסתלק הספק לגמרי, ולא הוי עוד ממון המוטל בספק, ולא הוי עשירי ספק.

ונמצא לפי זה דרב חנניה ואביי נחלקו בשנים, רב חנניה ס"ל דיש דין מיוחד דאינו פוטר עצמו בממון כהן אם יצא עשירי, ואביי פליג עליה, ואביי ס"ל דאם נתערב ספק בשאר טלאים שנכנסו לדיר אינם בני חיובא, דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק, כמו בקפץ אחד מן המנויים לתוך העדר, ורב חנניה פליג עליה וס"ל דאין זה נחשב עשירי ספק כיון שהישראל יכול לעשות בו כל מה שרוצה, ולא דמי לקפץ אחד מן המנויים שכל טלה עומד בספק אם כבר נטל ממנו מעשר, וכל אחד לפי סברתו, רב חנניה משום פוטר עצמו בממון כהן אם יצא עשירי, ואביי משום עשירי ודאי ולא עשירי ספק, הוכיח מן הברייטא דתקפו כהן מוציאים מידו, ואין בזה עוד צד ממון כהן, דהא אין תפיסתו מועילה, וגם אין זה עשירי ספק, דהרי נסתלק הספק לגמרי ואין תפיסת כהן מועילה.

ורב המנונא פליג על תרוייהו, ואע"ג דס"ל תקפו כהן אין מוציאים מידו אינו חושש דלמא יצא הספק עשירי ונמצא פוטר עצמו בממון כהן, דס"ל כאביי דליכא דין מיוחד דפוטר עצמו בממון כהן, וגם אינו חושש לעשירי ודאי ולא עשירי ספק, דס"ל כרב חנניה דכיון דהישראל עושה בו כל מה שרוצה הרי זה נחשב ממנו ודאי, ושפיר מיתוקמא ברייתא אפילו למאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו.

והרמב"ם פסק כרב המנונא כנגד רב חנניה ואביי משום דהוי פלוגתא דרבוותא, ויכול הדיין לפסוק כפי סברתו ולא מוטל עליו לנטות אחרי הרוב דעות אלא כשאין לו הכרעה מסברתו, וכמו שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' ק"ח בשם המהרש"ל וז"ל: נקוט האי כלל בידך לכל דבר ספיקא דדינא שאין ביד הדיין להכריע בין מחלוקת שנפלה בש"ס בין שנפלה בין הגאונים מהני תפיסה מאחר שאינו יכול להכריע אבל אם הדיין מכריע בין שהדיין מכריע מחמת שרבים הם החולקים על היחיד בין מחמת

שמסתבר להדיין כסברתו דחד מראיות ברורות אפילו הרבה הם החולקים על היחיד לא יכול התופס לומר קים לי כאידך אלא הדיין מוציא מידו עכ"ל, יעו"ש.

ויתר על כן יש לומר דהרמב"ם פסק בסוגיין כרוב דעות, דבין סברא דרב חנניה ובין סברא דאביי נחלקו בה בגמרא, כמש"נ, ורב המנונא לית ליה תרוייהו, לכן בכל אחת מהן איכא רוב דעות כנגדה, רב המנונא ואביי חולקים על רב חנניה ולית להו סברא דפוטר עצמו בממון כהן, ורב המנונא ורב חנניה פליגי על אביי ולית להו דנחשב עשירי ספק היכא שהישראל יכול לעשות בו כל מה שרוצה, ושפיר פסק הרמב"ם דספיקות נכנסין לדיר להתעשר אע"ג דפסק דתקפו כהן אין מוציאים מידו, והוסיף הרמב"ם דלאחר ההפרשה השאר שלו כשהיו, כנ"ל, והיינו דעדיין דין הספיקות דאם תקפו כהן אין מוציאים מידו, ומכל מקום היו נחשבים ממון ישראל ליכנס לדיר להתעשר, דשפיר הוי ממון ישראל, וכדעת רב המנונא, ועיימש"נ בהגהות לספר תקפו כהן להש"ך סי' ב' עוד ישוב אחר לדברי הרמב"ם לפי הבנת הסמ"ג בהם.

פרק כד

בו ידון בדברי התוס' דלמאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים אותו מידו מכל מקום צריך לשלם בעד הטובת הנאה שהפסיד לבעל הבית שהיה יכול ליתנו לאיזה כהן שירצה, ויבואר היאך שייך דין מזיק אם אין מוציאים אותו מידו, ולמה לא הוי ספק מזיק.

[**בבא מציעא ו:**] אמר ליה רב המנונא מתניתין היא ספק בכורות וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה ותני עלה אסורים בגיזה ובעבודה והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאים אותו מידו דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה וכי לא תקפו אסורין בגיזה ובעבודה וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה והא הכא דכי תקפה כהן כו' וז"ל: ואם תאמר אמאי אין מוציאים מידו והלא הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר ויש לומר במכירי כהונה אי נמי אינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו בו למאן דאמר טובת הנאה ממון וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה הש"ך בספר תקפו כהן סי' ה' הביא דברי הלבוש וז"ל: וכן כתב מהר"ר מרדכי יפה בלבוש עטרת זהב ביו"ד ריש סי' שט"ו להדיא הטעם דקיימא לן בתקפו כהן מוציאים מידו שכיון שהישראל יש לו על כל פנים חזקה דטובת הנאה ליתנו למי שירצה בכל מקום שהוא הוא בחזקתו והכהן לעולם מוציא ועליו להביא ראיה עד כאן לשונו וגם אני נמשכתי אחריו בספרי שפתי כהן שם סק"ג וכתבתי כדבריו עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דכיון שבידו ליתנו לכל מי שירצה נעשה עליו מוחזק, ועל הכהן להביא ראיה, אבל רעק"א בתשובות יו"ד סי' פ' ס"ל דאין הישראל נעשה מוחזק על ידי מה שיכול ליתנו לאיזה כהן שירצה, יעו"ש.

והשתא יש לדון מהי קושית התוס' למאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו והלא הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר, האם הקשו דכיון שהישראל יכול ליתן למי שירצה הרי הוא נחשב מוחזק על הספק בכור, והכהן לעולם מוציא ועליו להביא ראיה, כסברת הלבוש, ולמה אין מוציאים מידו, או דלמא אין הישראל מוחזק על הספק בכור, וכסברת רעק"א, אכן הרי אפילו אם באמת הוי בכור יש לו זכות ליתן הבכור לכל מי שירצה, ולכן צריך הכהן להחזירו לו, דלאו כל כמיניה להפסידו זכותו המוחלטת. ויש להביא ראיה מתירוצם השני של התוס', דאם ס"ל להתוס' דהישראל מוחזק בהספק בכור, הרי צריך הכהן להחזירו, ולא סגי בתשלומי הטובת הנאה שהפסידו, ואם תאמר דבתירוצם השני חזרו בהם וס"ל דאין הישראל מוחזק, אם כן בהא גופא מתורצת הקושיא, ומה לי אם צריך לשלם בשביל טובת הנאה שהפסידו למאן דאית ליה טובת הנאה ממון או אם אינו צריך לשלם כמאן דאמר אינו ממון, הלא זהו ענין צדדי לגמרי, ולמה הכניסו עצמם התוס' לכך.

אלא מוכח דגם מתחילה כבר ידעו התוס' דאין הישראל מוחזק על הספק בכור, וכסברת רעק"א, אכן בקושיתם סברי דכיון שהכהן הפסידו זכותו ליתנו לכל מי שירצה יכול הישראל לתובעו שיחזירו לו, ולכן הקשו למה אין מוציאים מידו, הרי עליו

להחזיר לו מה שהפסידו, ועל זה תירצו בתירוץ השני דלא שייך חיוב השבה על כך מדין גזילה, שהרי זכות זו להישראל לא הוי אלא טובת הנאה, ואין גוף הבכור שלו שיהא נחשב גזול ביד הכהן, וגם אין עליו חיוב לסלק הזיקו, כמו שמצינו בחופר בורות שיחין ומערות בשדה חבירו שכתב הרמב"ם פ"ט גזילה הל"א שחייב להחזירה לכמות שהיתה, יעו"ש, שהרי כיון שהכהן זכה בגוף הספק בכור מן הדין על ידי תפיסתו, שוב אין לחייבו להוציאו מידו כדי למלאות להישראל מה שהפסיד זכותו ליתנו לאיזה כהן שירצה, ואין עליו אלא לשלם בעד הפסדו של הישראל למאן דאמר טובת הנאה ממון. והנה לפי תירוץ השני של התוס' מאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו, מכל מקום צריך לשלם לבעל הבית דמי שויות טובת הנאה שהיה יכול ליתן לכל כהן שירצה, והרי הוא מזיקו ממון וצריך לשלם מה שהזיקו, ומבואר לפי דברי התוס' דטובת הנאה הוי זכות הבעלים בעצם המתנות, וכשהכהן תפס הספק בכור פקעה זכות טובת הנאה, ונמצא שבתפיסתו ביטל והפסיד ממון חבירו, וצריך לשלם מדין מזיק. ואע"ג דאם לא תפס הכהן מסתמא לא היו הבעלים נותנים הספק מתנות לכהן אלא היו מעכבים אותם לעצמם מספק, שכן הוא הדין שיכולים לעכבם לעצמם, ואם כן לא הפסידו הטובת הנאה אלא הממון, ועל הממון אמרינן דאין מוציאים מידו, צריך לומר דאילו היה רוצה היה יכול ליתן הספק בכור לכהן, והיה מקבל בזה טובת הנאה, ואותה טובת הנאה הפסידו, וצריך לשלם.

ובאמת יש לכל אדם טובת הנאה בממונו, שיכול ליתנו במתנה לכל מי שירצה ויקבל בזה טובת הנאה מחבירו, ומלבד מה שיש לו בעלות על עצם גוף ממונו, יש לו נמי זכות מיוחדת ליתן אותו לכל מי שירצה, והרי זה דומה למה שכתב רש"י בפסחים (דף ט:) בד"ה כולי עלמא, ובכתובות (דף נט:) בד"ה הקדש, דלוח שמכר קרקע ללוקח עדיין נשאר לו בעלות בה לגבי גוביינא דמלוה, שיכול להגבותו בחובו, ואע"ג דאין ללוה שום בעלות בגוף הקרקע, יעו"ש, וכן הכא נמי יש בעלות מיוחדת לגבי טובת הנאה מלבד בעלות בעצם הממון, אלא דבכל מקום אין נפקא מינה בבעלות זו, דאינה מוסיפה כלום בשויות הקרקע, אבל בישראל שנותן מתנותיו לכהן, שאין להישראל בעלות בעצם המתנות, עדיין יש לו זכות ממון בהם לגבי טובת הנאה, והתופס שהפסידה צריך לשלם.

וצריך לומר לפי דברי התוס' דהא דתקפו כהן אין מוציאים מידו אין זה זכות ממון שיש להכהן בהספק בכור גם קודם תפיסתו, דאם רוצה יכול לתפוס אותו ולעכבו אצלו אם לא יחזור האחר ויתפוס ממנו, דמה שאין בית דין מוציאים מידו הרי זה זכות ממון לו, זה אינו, דאילו היה לו בזה זכות ממון לתפוס היאך היה אפשר לחייבו משום מזיק על מה שהפסידו הטובת הנאה להבעלים, והלא בדין עשה, שהיה לו זכות לתפוס ותפס, אלא צריך לומר דאין לו רשות לתפוס, שאין לו שום זכות ממון בהספק בכור כל זמן שהוא ביד הבעלים, ומכל מקום, כיון שדין השור הוא ספק בעצם, אם תפס אין מוציאים מידו, ועל ידי זה נעשה ממנו לכל דבר אם לא יחזור האחר ויתפוס, וכיון דאין לו זכות ממון לתפוס, אם תפס והפסידו טובת הנאה הרי הזיקו טובת הנאה בהא

גופא דרכש בו זכות ממון, וחייב לשלם.

ועדיין יש להבין למה חייב משום מזיק, והלא אינו אלא ספק מזיק, דאם אינו בכור אין להבעלים טובת הנאה בו, ולמה משלם, נימא המוציא מחבירו עליו הראיה, וצריך לומר דעל כל אופן יש לו טובת הנאה, גם בממון גמור שלו, גם אם צריך ליתן הממון לשום כהן, דכיון דמחמת הספק היה נשאר ביד הבעלים, הרי זה נחשב ודאי ממנו, והרי יש לו טובת הנאה ודאית כל זמן שהממון מוחזק בידו מספק, שהרי היה יכול ליתנו לכהן מספק, או בתורת בכור או בתורת מתנה, ובין כך ובין כך יש לו טובת הנאה, כמש"נ, והכהן שתפס זכה בהממון וביטל הטובת הנאה, וצריך לשלם, כמש"נ. וכן צריך לומר לענין ספיקא דדינא בשכירות, דאם המשכיר תובע תשלומין לאחר שדר השוכר בביתו, לא אמרינן דהספק הוא על הממון שביד השוכר, והמוציא מחבירו עליו הראיה, אלא הספק הוא על הדירה שכבר דר ותפס ממנו, ואם הדין הוא דתקפו כהן מוציאים מידו, הרי דירתו המסופקת היתה גזולה אצלו, וצריך לשלם להמשכיר שהוא הנגזל.

פרק כה

בו יבוארו דברי הנמוקי יוסף שכתב דמשמע משמעתין דבתקפה אחד בפנינו והלה צווח מעיקרא מוציאים מידו, ואף דמפורש כן בגמרא, וידון במה שכתב דבמילתא דעבידא לאיגלווי ובמקום תרי ותרי אין מוציאים מידו, ובמה שחילק בין קרקעות למטלטלין.

[**בבא מציעא ו:**] אמר ליה רב המנונא מתניתין היא ספק בכורות וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה ותני עלה אסורים בגיזה ובעבודה והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה וכי לא תקפו אסורין בגיזה ובעבודה אמר ליה רבה קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפילו הכי אסורים בגיזה ובעבודה דקדושה הבאה מאליה שאני אמר ליה רב חנניה לרבה תניא דמסייע לך הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ואי סלקא דעתך תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אמאי נכנסין לדיר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן וכו', יעו"ש.

וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: ומשמע משמעתין דדוקא שתק ולבסוף צווח הא צווח מעיקרא מוציאין אותה מידו דמאי דתפיס האי ידיה הוא והכי נמי משמע מהא דתנן (דף ו:) ספק בכורות וכו' דמסקינן דאם תקף כהן בהמה שהיתה ספק בכור בבית ישראל מוציאין אותה מידו שמעינן מהא דכל ספק ממון דקיימא לן חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה ותקיפה בכהאי גונא לא מהניא הלכך בכל תיקו שבתלמוד ובכל ספק ממונא תקפו תובע מפקינן מיניה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לתמוה על מה שכתב הנמוקי יוסף דמשמע ליה דאם תקפה אחד בפנינו והלה צווח דינא הוא דמוציאים מידו, והביא ראיה מספק בכורות דלמסקנא תקפו כהן מוציאים מידו, וקשה דהלא גמרא מפורשת היא בריש הסוגיא, בעי רבי זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי וכו' ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד, יעו"ש, הרי להדיא דתקיפה לא מהני בצווח מעיקרא.

אלא נראה דכונתו לבאר יסוד הך דינא דצווח מעיקרא מוציאים מידו, דהיה אפשר לומר דהא דמוציאים מידו הוא משום דאין זו חטיפה המועילה בדין אלא מעשה גזילה, שהרי כיון שנפסקה להם חלוקה שוב יש לכל אחד מן האוחזים בטלית זכות ודאית בחצי הטלית, ותו ליכא ספק ממון, וזה שחטף והשני צווח מעיקרא הרי הוא כמו שחטף ממון חבירו בחזקה והלה צווח שהוא גזלן, וצריך להשיב את הגזילה, אבל אילו כן לא היה מזה דמיון לכהן שתפס ספק בכור, ואפילו אם הלה צווח, דספק בכור הוי ממון המוטל בספק, ואינו יכול להוציאו בדין מבעל הבית, אבל אם חטף הספק בכור הרי הוא תפוס בו, ואין להוציא ממנו בדין.

וקאמר הנמוקי יוסף דטעמא דמוציאים מידו היא משום דכל ספק ממון צריך להישאר במקומו, ומאי דתפיס ידיה הוא, ולא מהני חטיפה להעביר התפיסה אל התוקף, וכמו שמצינו בספק בכור דתקפו כהן מוציאים מידו, והוא הדין שנים אוחזים

בטלית הממון נשאר בספק אפילו לאחר שנפסקה להם חלוקה, ולא נעשה לשום אחד מהם חזקת מרא קמא גמורה אלא תפיסה בעלמא, אלא כל זמן שלא חלקוה עדיין הוי ממון המוטל בספק, ותפיסה לא מהני בממון המוטל בספק, וכמו בספק בכור דתקפו כהן מוציאים מידו, ולפי זה נמצא דלמאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו, הוא הדין בתקפה אחד בפנינו והלה צווח מעיקרא מכל מקום אין מוציאים מידו, דהא לדידיה חטיפה מועילה בממון המוטל בספק.

שוב כתב הנמוקי יוסף וז"ל: ואם תאמר היכי אמרינן דבכל ספק ממון אי תפס תובע מפקינן מיניה והא אמרינן בפרק האשה שנתארמלה (כתובות דף טז:) זימנין דתפסה מאתים ואמרה וכו' יש לומר התם טעמא דמילתא משום דמילתא דעבידא לאיגלווי הוא וכו' ובמילתא דעבידא לאיגלווי לא מפקינן ממוןא מרשות התופס כדי להעמידו אחזקה דמריה קמא וראיה לדבר מדאמרינן בפרק המקבל (ב"מ דף קי.) ההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא [מלוה אומר שלש ולוה אמר שתים] מי מהימן פירוש כגון שקדם מלוה ואכלינהו לפירי ואסיקנא פירות בחזקת אוכליהן הן עומדים וכו' מילתא דעבידא לאיגלווי היא ואטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטרחינן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והתם בפרק המקבל במשכנתא דסורא עסקינן, שהמלוה אוכל פירות שדה הלוה במקום תשלומי ההלואה, והמלוה טוען שיש לו זכות אכילה שלש שנים, והלוה טוען שאין לו אלא שתים, מיעוט לשון שנין הכתוב בשטר, כן היא גירסת הגהות מא"י, יעו"ש, וטעמא משום דאם מלוה אומר חמש שנים ולוה אומר שלש שנים, כפי הגירסא שלפנינו, הרי הוה ליה לוח מודה במקצת, כההיא דלעיל (דף ד:), יעו"ש, לכן גרס שהמלוה טוען שלש והלוה טוען שתים, והמלוה ולוה באו לבית דין לאחר שהמלוה אכל שנה שלישית והרי הוא נחשב תפוס על הפירות שאכל, ואמרינן דאוקי פירות בחזקת אוכליהם משום דהוי מילתא דעבידא לגלווי.

ומבואר דאילו לא היה מילתא דעבידא לגלווי היו בית דין מוציאים מיד המלוה, דתקפו כהן מוציאים מידו, וספק ממון נשאר ביד התופס הראשון, ולא מהני בו חטיפה, כמש"נ, ויש לעיין דהא כיון שכבר אכל הפירות אין הנידון אלא על תשלומין, והרי המלוה מוחזק בממונו, וצריך לומר דחל הספק כשנכנסה שנה שלישית, וכיון דהפירות גדלו בקרקע הלוה, הרי הלוה תפוס בהפירות, ודינא הוא שישארו בידו מחמת הספק, דתקפו כהן מוציאים מידו, נמצא שהמלוה אכל הפירות בגזילה, ויש עליו חיוב תשלומין ודאי, ועיימש"נ בדברי התוס' בש"ו פכ"ד.

עוד כתב הנמוקי יוסף וז"ל: ואם תאמר דהא אמרינן בפרק האשה שנתארמלה (כתובות דף יט:) שנים החתומים על השטר וכו' ואקשינן ומגבינן ביה תרי ותרי נינהו וכו' והא התם לאו מילתא דעבידא לאיגלווי וכו' יש לומר דכל תרי ותרי לא אמרינן אוקי ממוןא אחזקה קמא משום דבכל תרי מינייהו סמכינן בודאי ואינו בדין שנוציא ממון מרשות התופס כיון ששני עדים מעידין כדבריו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וביאור הדברים הוא דכל הכללים שהביא הנמוקי יוסף לענין תפיסה הם תקנות

חז"ל, דבמקום דאיכא ספק ממון שאי אפשר לבררו הוצרכו לתקן היאך להתנהג בממון כזה, ותיקנו שישאר הממון ביד מי שתפוס בו אע"פ שאין בתפיסתו הכרעה על הספק ממון, והיכא שהכנגדו חטף הממון מידו תיקנו נמי שמוציאים מידו, שאין בית דין מניחים חטיפות, אכן כשהוא מילתא דעבידא לגלויי חיישינן לטירחת הבית דין, ומניחים הממון ביד התופס, שבעצם אין תפיסתו גרועה מתפיסת השני, כמש"נ, ואם לא הוי מילתא דעבידא לגלויי אלא דאיכא תרי תרי, בזה נמי תיקנו שישאר ביד התופס, דאם יוציאו הממון מידו הרי זה כמו שאומרים שהשני עדים המעידים כדברי התופס הם שקרנים, ואינו בדין שיעשו כן, ותיקנו שישאר ביד התופס.

ובהמשך דבריו הביא הנמוקי יוסף עוד כלל אחר וז"ל: אבל כל ספיקא דממונא דלאו מכח תרי ותרי אתי ולא מילתא דעבידא לאיגלווי היא אפילו תפס תובע מפקינן מיניה ומיהו הני מילי דתפיס שלא ברשות אבל תפיס ברשות אפילו בכהאי גוונא לא מפקינן מיניה וראיה לדבר מדאמרינן בסוף פרק השואל (דף קב:): כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה וכו' משום דברשות תפיס וכו' ומיהו כי אמרינן דבספיקא דממונא תפיסה ברשות מהניא הני מילי במטלטלי אבל במקרקעי אפילו ברשות לא מהניא וכו' אמרינן דקרקע בחזקת בעלים עומדת ולא מהניא בה תפיסה ובזה יפה כח הקרקעות מכח מטלטלין אבל לענין תפיסה שלא ברשות כי היכי דלא מהניא בקרקעות כך לא מהניא במטלטלין וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דמדמה תפיסה שלא ברשות במטלטלין לתפיסה ברשות בקרקעות, וכי היכי דזו לא מהניא כך זו לא מהניא, וביאור הדברים דאין בית דין מניחים גזילות, ותפיסת קרקע שבחזקת בעלים עומדת הוי גזילה אפילו אם תפס ברשות, ותפיסת מטלטלין לא הוי גזילה אלא כשתפס שלא ברשות, אבל אם באו לידו ברשות אין זה נחשב גזילה, ואין להוציא ממנו.

פרק כו

בו יבוארו דברי רש"י דהחידוש דספק פטר חמור נכנס לדיר להתעשר הוא דאין בטלה זה של פדיון משום קדושה, שהוא דבר פשוט וידוע, ולא קאמר דהחידוש הוא דנחשב עשירי ודאי, ויתבאר לפי זה מה בא רב נחמן לחדש, וגם יתיישבו שאר קושיות התוס'.

[בבא מציעא ז.] מאי ספיקות אילימא ספק בכורות יהיה קדש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש אלא ספק פדיון פטר חמור וכדרב נחמן דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבון ישראל שיש לו עשרה ספק פטרי חמור בתוך ביתו מפריש עליהן עשרה שיין ומעשרן והן שלו, יעו"ש, והקשו התוס' בד"ה מפריש עליהן וז"ל: תימה דבפרק קמא דבכורות (דף יא.) אמרינן דשה אחד פוטר כמה פטרי חמורים ומה צריך עשרה שיים ותו מאי קא משמע לן מתניתא היא הספיקות נכנסים לדיר להתעשר ותו כיון דאמר מעשרן מה צריך להשמיענו דהן שלו פשיטא כיון דמעשרן דהן שלו דאילו היו של כהן לא היה מעשרן דהוה להו כלקוח דתנן (שם דף נה:) הלקוח והניתן לו במתנה פטור ואי קא משמע לן דאע"ג דמעשרן עדיין הם שלו פשיטא דמעשר בהמה של בעלים הוא עכ"ל, יעו"ש.

אכן עיין ברמב"ם פי"ב ביכורים הלכ"ג וז"ל: מי שהיו לו עשרה טלאים כל אחד מהן הפרישו על ספק פטר חמור הרי הן כחולין לכל דבר ומתעשרין כשאר הבהמה ומפריש אחד מהן מעשר והשאר שלו כשהיו עכ"ל, יעו"ש, ויש בדבריו שינוי קצת מלשון רב נחמן בגמרא, דקאמר שאם יש לו עשרה טלאים שהפריש כל אחד בשעתו על ספק פטר חמור מעשרם כשאר בהמות, ומשמע דאילו היו לפניו עשרה ספק פטרי חמור בבת אחת אינו צריך עשרה טלאים, ואולי הבין כן בלשון הגמרא.

ועוד עיין ברש"י ד"ה ספק פדיון פטר חמור וז"ל: טלה שהופרש על ספק פטר חמור שאפילו הוא פטר חמור ודאי אין בטלה זה של פדיון משום קדושה עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק בדבריו דהרי החידוש דספק פדיון פטר חמור נכנס לדיר להתעשר הוא דנחשב ודאי של ישראל, ואין לכהן צד זכיה בו, והרי הטלה היוצא עשירי הוא עשירי ודאי ולא עשירי ספק, והוי מעשר מעליא, אבל מה שאין בו משום קדושה לכאורה אין בו שום חידוש, וגם בלי רב נחמן שפיר ידעינן דפדיון פטר חמור הוא מתנת כהונה בעלמא כמו גזל הגר, ואין בו קדושה, ולמה הוצרך רש"י לאשמועין מה שאין בו שום חידוש, ועוד יש לדקדק למה הביא הגמרא דברי רב נחמן בכלל, הא ידעינן מן הבריייתא דספק פטר חמור הוי עשירי ודאי, וזוהי בעצם קושית התוס'.

ונראה דבאמת היה אפשר לומר דפדיון פטר חמור לא דמי לגזל הגר, דבגזל הגר אין שום שם מיוחד חל בהממון, אלא שהתורה זיכתה להכהן הממון כיון שאין לגר יורשים ואין לו תובעים, אבל פדיון פטר חמור חל בו שם מיוחד של פדיון פטר חמור, וקיום דינו הוא על ידי נתינתו להכהן, ואע"ג דאין בו שום קדושה לענין שמותר בגיזה ועבודה ונאכל גם בטומאה, מכל מקום יש עליו שם פדיון פטר חמור, ואם כן אינו ראוי

להיות קרבן מעשר בהמה, שהרי כבר יש עליו שם פדיון פטר חמור, ואם הוא ספק פדיון חמור, נהי דלענין דיני ממון הרי הוא נשאר ביד ישראל דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אין שם ספק פדיון חמור נעקר ממנו, והשם הוא כמו קדושה הבאה מאליה דאמר רבה לעיל דספק בכור אסור בגיזה ועבודה אף אם ס"ל תקפו כהן מוציאם מידו, דקדושה הבאה מאליה שאני, יעו"ש, וכן כל שם מיוחד שבא מאליו ולא מכח הממון אינו נעקר אפילו אם תקיפה מיד ישראל לא מהני, ואם כן אף אם נחשב ודאי ממון ישראל עדיין נשאר עליו שם מיוחד של ספק פדיון פטר חמור, ואינו ראוי להיות קרבן מעשר בהמה.

ולפי זה היינו אומרים דהספיקות נכנסים לדיר להתעשר היינו ספק פדיון פטר חמור אחד, דאיכא למימר על העשירי שאינו ספק פדיון פטר חמור, דכל דפריש מרובא פריש, ושפיר חל עליו תורת קרבן מעשר בהמה, ולא איכפת לן במה שאחד מן התשעה הראשונים הוא ספק פדיון פטר חמור, שהוא ודאי ממון ישראל, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, כמש"נ, וגם הוא נשאר חולין ולא נתקדש להיות קרבן מעשר בהמה, והרי שפיר נתעשרו הטלאים, והעשירי יש לתלות שאינו ספק פדיון פטר חמור, דכל דפריש מרובא פריש, כמש"נ, אולם אם הכניס עשרה ספק פדיון פטרי חמור לדיר אינו יכול לעשרם, דנהי דכולם הם ודאי ממון ישראל, הרי ממה נפשך העשירי הוא ספק פדיון פטר חמור, ואינו ראוי לקרבן, כמש"נ.

ורב נחמן מחדש דפדיון פטר חמור אין בו שום קדושה כלל, ואפילו שם מיוחד אין לו, אלא הוא חולין גמור, ולכן אם יש לו עשרה שייס ספק פדיון פטרי חמור מכניסים לדיר ומעשרם, ואע"ג דבכהאי גוונא בודאי יצא ספק פדיון פטר חמור עשירי, שפיר חל עליו תורת קרבן מעשר בהמה, שהרי אין בנידון הספק אלא הממון, והמוציא מחבירו עליו הראיה, והוא ודאי ממון ישראל, ומאי דקאמר עליהם אין הכונה שכן צריך לעשות אלא שכן יכול לעשות.

ומיושבין לפי זה קושיות התוס', דבודאי אילו רצה היה יכול לפדות כולם בשה אחד, אבל רב נחמן אתא לאשמועינן דבגוונא דודאי יצא העשירי ספק פדיון פטר חמור עדיין יכול להיות קרבן מעשר בהמה, שאין בו שום קדושה כלל, כמש"נ, ודבר זה לא נלמד מהברייתא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, דהתם אמרינן כל דפריש מרובא פריש, כמש"נ, ועיימש"נ בש"ו פכ"ז, ונראה דזהו מה שכתבו התוס' ליישב קושיות אלו בבכורות (דף יא.) בד"ה שהיו לו וז"ל: ונראה דבכל הני דנקט עשרה לרבותא אע"ג שכולן פטר חמור כולן נכנסין לדיר להתעשר עכ"ל, יעו"ש, וכונתם דכיון דכולם ספק פדיון פטר חמור בודאי יהיה העשירי ספק פטר חמור, ומכל מקום ראוי להקריבו מעשר בהמה, כמש"נ.

פרק כז

בו יבוארו דברי הרמב"ם שפסק כרב נחמן דישראל שיש לו עשרה ספק פדיון פטרי חמור מפריש עליהן מעשר והן שלו, אלא שהוסיף דהשאר שלו כשהיו, והרי גם העשירי שלו הוא דקרבן מעשר בהמה של בעלים הוא, ויבואר מה שכתב שהשאר שלו כשהיו.

[**בבא מציעא ז.**] אלא ספק פדיון פטר חמור וכדרב נחמן דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא ישראל שיש לו עשרה ספק פטרי חמור בתוך ביתו מפריש עליהן עשרה שיין ומעשרן והן שלו, יעו"ש, ופסק הרמב"ם פי"ב ביכורים הלכ"ג כרב נחמן וז"ל: מי שהיו לו עשרה טלאים כל אחד מהן הפרישו על ספק פטר חמור הרי הן כחולין לכל דבר ומתעשרין כשאר הבהמה ומפריש אחד מהן מעשר והשאר שלו כשהיו עכ"ל, יעו"ש, והרמב"ם לא הביא במפורש הדין דספיקות נכנסין לדיר להתעשר, דזה מובן ממילא מדינא דרב נחמן שהביא להלכה.

ועיין במגיד משנה שהקשה על דברי הרמב"ם דלכאורה סתרי אהדדי, דהרי פסק דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ומבואר בגמרא (דף ו:) דלמאן דאמר אין מוציאים מידו אין הספיקות נכנסים לדיר להתעשר, יעו"ש, אולם עיימש"נ בש"ו פכ"ג דלדעת הרמב"ם לא אמרינן שאין הספיקות נכנסים לדיר אלא למאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו וגם אם הקדישה מקודשת, אבל הרמב"ם לא הזכיר דין הקדישה בלא תקפה, ומבואר דס"ל דהקדישה אינה מקודשת, ולדעת הרמב"ם כיון דהקדישה אינה מקודשת אין להכהן שום צד ממון קודם שתקף, ושפיר הוי עשירי ודאי ולא עשירי ספק, ונכנסין לדיר להתעשר.

ומה שכתב הרמב"ם והשאר שלו כשהיו, ולכאורה מה הוסיף באמרו כשהיו, יש לומר דכונתו שהשאר שהם שלו עדיין נוהג בהם דין תקפו כהן אין מוציאים מידו, ואף לאחר שהפריש מעשר יכול הכהן לתקוף ממנו השאר, ולא אמרינן שמוציאים מידו כדי שלא תתבטל תורת קרבן מעשר בהמה מן העשירי, דאפילו אם תקפן עדיין הוי עשירי מעשר בהמה, דבשעת ההפרשה היו של הישראל בתורת ודאי, כמש"נ, ומה שכתב הרמב"ם שהשיים כחולין לכל דבר יש לבאר עפיש"נ בש"ו פכ"ו דחידושו דרב נחמן הוא דאין על פטר חמור שום קדושה כלל, ואפילו שם מיוחד אין לו, והרי הם חולין גמור כמו גזל הגר.

ומדברי הרמב"ם מבואר דהעשירי חלה עליו תורת קרבן מעשר בהמה, ורק השאר שלו, וכן מסתברא, דכיון דכולם נחשבים ודאי שלו, הרי העשירי הופרש לקרבן, אכן עיין בתוס' בד"ה מפריש עליהן עשרה שיין וז"ל: ותו כיון דאמר מעשרן מה צריך להשמיענו דהן שלו פשיטא כיון דמעשרן הן שלו דאילו היו של כהן לא היה מעשרן דהוה להו כלקוח דתנן (בכורות דף יא.) הלקוח והניתן לו במתנה פטור ואי קא משמע לן דאע"ג דמעשרן עדיין הם שלו פשיטא דמעשר בהמה של בעלים הוא עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריהם דהא דקאמר הן שלו היינו כל העשרה הם שלו, התשעה הם חולין

שלו והעשירי הוא קרבן מעשר בהמה שלו, ואם כן יש לדקדק למה כתב הרמב"ם
דהשאר שלו, הלא גם העשירי הוא שלו אלא שדינו להביאו לקרבן או לאכלו במומו.
וזה מתבאר עפ"י דמאי דקאמר והשאר שלו כשהיו היינו דאם תקפו כהן אין
מוציאים מידו, וזה לא שייך אלא על התשעה שהם חולין, אבל העשירי שנתקדש
לקרבן שוב לא מהני בו תפיסה, דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ואי אפשר
לתפוס מן ההקדש.

פרק כח

בו יבואר דהא דאמר רב נחמן דכל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש הוא דין חדש ולא הדין דמה ביתו שלו אף כל שלו ומה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, ויתיישב בזה מה שכתבו התוס' דאם תקפה והקדישה מסתמא תו לא פקע.

[בבא מציעא ז.] מאי הוי עלה דמסותא תא שמע דאמר רבי חייא בר אבין הוה עובדא בי רב חסדא ורב חסדא בי רב הונא ופשטה מהא דאמר רב נחמן כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש הא יכול להוציאו בדיינים הקדישו קדוש אף על גב דלא אפקיה והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן דכי יכול להוציאה בדיינים ברשותיה קיימא, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: שאינו יכול להוציאו כו' והאי נמי דחזינן ליה דאין יכול להוציאו בדיינים שאין לו ראייה בדבר אין הקדישו קדוש וכו' שאינה ברשותו והא סתם גזילה יכולין להוציאו בדיינים הוא וכו' מקרקעי דכל היכא דאיתיה ברשות מריה קיימא דקרקע אינה נגזלת ושפיר פשיטנא מהא דאי הוה ליה ראייה עלה הקדישו הקדש עכ"ל, יעו"ש, ויש לעיין בדברי רב נחמן דכל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש, מה מוסיף לן על הא דקיימא לן איש כי יקדיש את ביתו קדש מה ביתו שלו אף כל שלו ומה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, דאם אינו יכול להוציאו בדיינים אינו שלו ואינו ברשותו.

ונראה לבאר דברי רב נחמן עפ"י ש"י פ"ב דכל הנידון של הסוגיא הוא אם יכול למסור להקדש זכותו לתפוס, והקדש לעולם תפוס דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, או דלמא אמרינן דכיון דאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו אם כן אין בזה אפילו מעשה תפיסה אלא פטומי מילי בעלמא, ואם ליכא תפיסה ליכא הקדש, דשוב הוה ליה אינו שלו ואינו ברשותו.

וקאמר רב נחמן דאם אינו יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו הקדש, דהא דתפיסה מועילה בממון המוטל בספק אפילו אם האחד תפוס בהממון, כגון בספק בכור למאן דאמר תקפו כהן אין מוציאים מידו, היינו משום דהספק לעולם קיים, ומכל מקום זה שתפס הממון נעשה שלו לענין שיכול לאוכלו, אבל לא נפסק הספק ונסתלק, ומשום הכי יכול האחר לחזור ולתפוס, כמו שכתבו התוס' בד"ה והא הכא, יעו"ש, דהספק עדיין קיים, ולמרות כן הדין הוא דזה שתפוס בהממון יכול לאוכלו אפילו אם כלפי שמיא גליא שהוא של חברו, דכיון דאי אפשר לעמוד על אמיתות הדברים מניחים להתפוס להשתמש בו כבעלים, אכן אין בזה מספיק בעלות להקדישו לשמים, ודין מיוחד הוא בהקדש שאינו יכול להקדיש אלא ממון שהוא שלו בהחלט, ויכול להוציאו בדיינים, אבל אם יש בו צד ממון אחרים אין הקדש מקבלו.

ולכן במסותא דתקף ושתק הלה, דאין בזה הודאה גמורה אלא שלא התנגד

לתפיסתו, כמש"נ בש"ו פ"ב, עדיין הוי ממון המוטל בספק אע"ג דאהני תפיסתו, ואין להתופס אלא דין תפוס ולא בעלות מוחלטת, ואם כן לפי דברי רב נחמן אזלא כל בעיא דמסותא שהקדישה בלא תקפה, דאפילו אם נימא דהקדשה נחשבת כתפיסה, ונעשה בזה תפוס, והיא שלו וברשותו, עדיין אינו יכול להקדיש המסותא, שהרי אינו יכול להוציאה בדיינים, ואינה שלו בהחלט אלא כתפוס, והוא דין חדש דאינו יכול להקדיש ממון שבידו ועושה בו כל מה שירצה אם כל זכותו היא מדין תפוס ולא מדין בעלות מוחלטת, ואם לא שייך בה הקדש לא שייך בה תפיסה.

ויתר על כן, דאפילו אם תפס המסותא בידים אינו יכול להקדישה, שהרי אין תפיסתו מבטלת הספק ממון, ולא נעשית שלו בהחלט, והרי יכול השני לחזור ולתקפה ממנו, שהרי בעצם עדיין הוי ממון המוטל בספק, כמש"נ, והרי זה ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים.

ואולם יש להסתפק אליבא דהרא"ש דאין השני יכול לחזור ולתפוס מן התופס, כמו שכתב בבבא בתרא (דף לד:) וז"ל: האי כל דאליס גבר דינא הוא דכל מי שגבר ידו בפעם ראשונה הוא שלו עד שיביא חבירו ראייה וכל זמן שלא יביא ראייה אף אם תגבר ידו לא שבקינן ליה לאפוקי מיניה דלא מיסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכן היא נמי שיטת הרמב"ם פט"ו טוען ונטען הל"ד, יעו"ש, ולדידהו יש להסתפק אם תיקנו דלא הוי עוד ממון המוטל בספק, אלא הוי של התופס בהחלט מדין הפקר בית דין הפקר, או אם עדיין הוי ממון המוטל בספק אלא שלמען השלום אין בית דין מניחים שיהיו חוזרים ותוקפים כל ימיהם, ואם כן אולי גם להרא"ש אם תפס אינו יכול להקדיש, דהוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים, ואינו יכול להקדיש אלא ממון שהוא שלו בהחלט, כמש"נ, אבל לדעת התוס' דיכולים לחזור ולתקוף בודאי הממון לעולם נשאר מוטל בספק, ואע"פ שיכול לאוכלו אינו שלו בהחלט, ואינו יכול להקדישו, כמש"נ.

ולפי זה יש להוסיף ביאור במה שכתבו התוס' בד"ה והא הכא וז"ל: נראה דהכי מיבעי ליה במסותא כיון דמקרקעי היא והוה דינא כל דאליס גבר וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע אפילו חזר חבירו ותקפה ממנו כי הקדישה בלא תקפה נמי הוי הקדש או דלמא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ו פ"ו, ויש להבין למה כתבו התוס' דמסתמא תו לא פקע כאילו יש להם פקפוק בזה, והלא כל הבעיא היא על סמך זה דאם תקפה והקדישה מהני אם כן מיבעי לן אם הוא הדין הקדישה בלא תקפה, ואם כן זוהי הנחה שעליה מבוססת הבעיא, ולמה כתבו שמסתמא הוא כן.

אולם לפימש"נ דברי התוס' מבוארים, דהרי לפי המסקנא באמת אינו כן, ואפילו אם תקפה והקדישה אינה מקודשת, שהרי אינו יכול להוציאה בדיינים, ואין הממון שלו בהחלט, כמש"נ, אכן בההוא אמינא שעדיין לא ידע הגמרא דינו דרב נחמן דממון שאינו יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש חשבו דמסתמא אם תקפה והקדישה מקודשת, ושוב אינו יכול לחזור ולתקוף ממנו, ומשום הכי איבעי להו אם הקדישה

כתקפה, אבל למסקנא אפילו תקפה בידים והקדישה אינה מקודשת, כמש"נ.
ובגמרא פריך דלשון רב נחמן משמע דהכל תלוי באם יכול להוציאו בדיינים, ואם
יכול להוציאו הקדישו קדוש אפילו אם לא הוציאו, ופריך דהלא אינה ברשותו, ומשני
דהכא במסותא מקרקעי עסקינן דלעולם היא ברשותו אם יכול להוציאה בדיינים,
דקרקע אינה נגזלת, אבל במטלטלין אינו יכול להקדישן כל זמן שלא הוציאו כיון דאינו
ברשותו, וגם מדברי רב נחמן אין לדייק, דאין הכי נמי דבמקרקעי כל זמן שיכול
להוציאה בדיינים הקדישו קדוש.

פרק כט

בו יבואר דהא דמסקינן מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן אין הכונה דמתחלה סבירא ליה שהמסותא מטלטלין היא, דהא מסותא היא מרחץ, וסתם מרחץ מקרקעי, אלא סלקא דעתא דהיו פרשי מינה אפילו אם היתה מטלטלין.

[בבא מציעא ז.] מאי הוי עלה דמסותא וכו' הא יכול להוציאו בדיינין הקדישו קדוש אע"ג דלא אפקיה והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייבשו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותיה קיימא, יעו"ש. והנה לפי גירסת רש"י בעיא דהקדישה בלא תקפה היא אם יש בזה חסרון של מקדיש דבר שאינו ברשותו, ועיימש"נ בש"ו פ"ב, ולכאורה צריך לומר דמתחלה כשרצה לפשוט מההיא מסותא סלקא דעתיה דהמסותא מטלטלי ויכול לתוקפה ושייכת הבעיא אם הקדישה בלא תקפה, אבל קשה דהא מסותא היא מרחץ, וסתם מרחץ הוא בנין המחובר לקרקע, והרי דינו כקרקע, ולמה תיסק אדעתין דמיירי במסותא מטלטלין.

אולם נראה דבעיא דמסותא היא בין במסותא מקרקעי בין במסותא מטלטלי, דהא טעמא דקרקע לעולם נחשבת ברשותו משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, כדאמר רב נחמן לקמן (דף קב:), יעו"ש, וכל זה הוא מפני שבעל הקרקע יש לו חזקת מרא קמא, ולעולם נחשבת הקרקע ברשות בעליה, אבל בקרקע שלא נודע מי הוא הבעלים למה נאמר שזה שכלפי שמיא גליא שהוא הבעלים תהא הקרקע נחשבת ברשותו, ואם כן כל מסותא אינה ברשותו, אבל מדברי רעק"א אין נראה כן, ועיימש"נ בש"ו פ"ל.

אבל רב חסדא קאמר דכל הבעיא נסתלקה משום דאם אינו יכול להוציאו בדיינים אינו קדוש, ודייק מיניה דאם יש לו עדים מוכנים לבא ויוכל להוציאה בדיינים קדוש, והלא אינה ברשותו, ועל זה קאמר דמיירי רק במסותא מקרקעי, דכיון דיכול להוציאה בדיינים הרי הקרקע לעולם נחשבת ברשותו כמו שנחשבת ברשות המרא קמא.

פרק ל

בו תתיישב קושית רעק"א על הא דאמרין בגמרא דמסותא מטלטלי המונחת ברשות הרבים אין אחד מהם יכול להקדישה מפני שאינה ברשותם, והלא מטלטלין נחשבים אינן ברשותו משום שהן נגזלין, מה שאין כן בקרקע, והלא הכא לא גזל המטלטלין.

[**בבא מציעא ז.**] מאי הוי עלה דמסותא וכו' והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים

שניהם אינם יכולין להקדישו זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן במסותא מקרקעי עסקינן דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותיה קיימא, יעו"ש, והקשה רעק"א בגליון הש"ס וז"ל: במסותא מקרקעי, קשה לי הא עיקר החילוק בין מטלטלי למקרקעי דמטלטלין נגזלין וקם ליה ברשותיה דגזלן מקרי אינו ברשותו דהנגזל אבל קרקע אינה נגזלת ולא קם ברשותיה דגזלן אם כן במטלטלין וגזל בלא קנין דלא קם ברשותיה דהגזלן ואינו חייב באחריותו וכדאיתא בבבא קמא (דף עט.) במתניתין הוי כקרקע דמנחי ברשותיה דהנגזל ואם כן הכא במסותא דהגזילה במה דאמר דידי הוא וליכא קנין יכול להקדישו וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש, וקושית רעק"א היא דלמה קאמר דמסותא מטלטלי דמנצו עלה נחשבת אינה ברשותו, למה תיגרע מגזל בלא קנין המונח ברשות הגזלן דלא חשבינן ליה אינו ברשותו.

ואולי יש לחלק הכי, דהרי אם יש לאדם חפץ מונח ברשות הרבים בודאי יכול להקדישו אפילו אם לא הכניסו לחצירו, ואין זה נחשב אינו ברשותו במה שאינו מונח בחצירו, דדין מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו היינו כשתפיסת אדם אחר מעכבת עליו, ולכן בגזל בלא קנין אין תפיסת הגזלן מעכבת עליו, שהרי לא נתמעטה בעלותו בעיני בית דין על ידי הגזילה, והוי כמונח ברשות הרבים, מה שאין כן במסותא מטלטלי המונחת ברשות הרבים שלא נודע מי הוא הבעלים ומנצו עלה בי תרי ואחד מהם הקדישה, נהי דאין להשני אחיזה בהמסותא הממעטת בבעלותו, הרי מכל מקום טוען דידי הוא בפני בית דין, ובטענתו הוא מעכבו בדין מליקח המסותא אם לא על ידי תפיסה בחזקה, ובהא גופא נתמעטה בעלותו של המקדיש, ומשום הכי נחשבת המסותא אינה ברשותו.

אבל בגזל בלא קנין אין הגזלן מעכב על הנגזל לא בקנין ולא בטענה, ורק שמעכבו מליקח ממונו במציאות, ואין זה אלא כאילו היה כלב עובר בפני ממונו המונח ברשות הרבים ואינו יכול להגיע אל ממונו עד שהכלב ילך לו, דלא נחשב בזה שממונו אינו ברשותו, ורק בגזל בקנין נחשב אינו ברשותו כיון דיש לו קנייני גזילה דקונה בשינוי, ואם נאנס חייב באחריותו כאילו דידיה נאנס, ונמצא שנתמעטה בעלות הנגזל במקצת, ובזה נחשב אינו ברשותו, וגבי מסותא נמי טענת הלה שאומר שלי הוא בפני בית דין מעכבתו מליקח ממונו בדין, ועל ידי זה נתמעטה בעלותו במקצת, ונחשבת המסותא שאינה ברשותו, כמש"נ.

וכל זה הוא במסותא מטלטלי, אבל מסותא מקרקעי לא נחשבת אינה ברשותו
אע"פ שהלה טוען שלי הוא, שהרי קרקע בחזקת בעליה עומדת, והרי היא ברשותו
בפועל ממש, אבל אם חפץ שלו מונח ברשות שאינה שלו, ואינו תחת ידו, אינו נחשב
ברשותו אלא אם אין מי שמנגד לו, לא בקנין ולא בטענה, כמש"נ.

פרק לא

בו יבואר קושית רבינו יונה על דברי הראשונים דתפיסה מועילה בטענת ברי מהא דקאמר בגמרא אלמנה ששמה נכסי יתומים לעצמה לא עשתה כלום דאמרינן לה מאן שם לך, ואע"ג דהתם ליכא ספיקא דממונא, ויבואר תירוץ הרא"ש דאין שומתה כלום.

[**כתובות יט:**] תנו רבנן שנים חתומין על השטר ומתו ובאו שנים מן השוק ואמרו ידענו שכתב ידם הוא אבל אנוסים היו קטנים היו פסולי עדות היו הרי אלו נאמנים ואם יש עדים שכתב ידם הוא זה או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר משטר שקרא עליו ערער והוחזק בבית דין אין אלו נאמנין וכו' אמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה וכו', יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה ואוקי ממונא בחזקת מריה וז"ל: בחזקת הלוח וכו' ודקתני בברייתא אין נאמנים לא דליהוי שטרא מעליא למיגבי ביה אלא דלא קרעינן ליה ואי תפיס מידי והדר אתי האי ותבע מיניה לא מפקינן מיניה דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי וממונא בחזקת היכא דקאי עכ"ל, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה ואוקי ממונא בחזקת מריה וז"ל: פירש בקונטרס ואין נאמנין דקתני לאו דמגבינן בשטרא אלא דלא קרעינן ליה ונפקא מינה דאי תפס לא מפקינן מיניה וקשה דאמר בפרק קמא דבבא מציעא (דף ו:): גבי ספק בכור תקפו כהן מוציאין אותו מידו אלמא תפיסה דלאחר ספיקא לאו כלום היא וכו' ויש לומר דשאני גבי בכור שכהן תופס מספק דאין יודע אם בכור הוא אבל הכא שטוען ברי מהניא תפיסה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וכן כתב הרא"ש וז"ל: פירש רש"י והא דקתני אין נאמנין לאו דליהוי שטרא מעליא למגבי ביה אלא דלא קרעינן ליה ואי תפיס מדידיה והדר אתי האי ותבע מיניה לא מפקינן מיניה והא דמהני תפיסה מספק כתבתי בפרק קמא דבבא מציעא גבי תקפו כהן מוציאין אותו מידו ומיירי בדתפס קודם שנולד הספק אי נמי שאני הכא שטוען ברי ומצאתי כתוב בשם ה"ר יונה ז"ל דתפיסה לא מהניא מדאמר לקמן בפרק אלמנה (דף צח.) גבי אלמנה שתפסה דאמרינן לה מאן שם לך ולא מהני תפיסה אלא מיירי הכא כשהתפסוהו בית דין או שהתפס המלוה קודם שבאו עדים וכו' עכ"ל, יעו"ש. ורבינו יונה הביא ראיה לדבריו מהא דאיתא בכתובות (דף צח.) דאמר רבי זירא אמר רב נחמן אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום וכו' ודאמרי לה מאן שם לך וכו', יעו"ש, והנה מבואר בסוגיא שם בכתובות (דף צז.) דחכמים תיקנו שאלמנה שאין לה מזונות מוכרת בנכסי יתומים לכתובתה שלא בבית דין, שאי אפשר לה להיות יושבת ומתענה עד שיזדקקו לה בית דין, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, ואמר רב נחמן אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום, דאמרי לה מאן שם לך, וכתב רש"י וז"ל: ממי קבלת מכירה זו לא מבית דין ולא מיתומין לפיכך לא יצא הקרקע מרשות היתומין אבל היכא דשמת לאחרני נפק מרשות היורשין שהרי נתנו לה חכמים רשות

למכור עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאם מכרה לאחרים מפני שצריכה מעות למזונות מכירתה מכירה מפני שכן תיקנו לה חכמים, כמש"נ, אבל אם שמה לעצמה לגבות הקרקע בכתובתה, ולא מפני שחסר לה מזונות, לא תיקנו לה חכמים שתוכל למכור שלא בבית דין.

ואם כן צריך עיון מהי קושיתו דרבינו יונה משם על פירוש הראשונים, הרי ליכא התם ספיקא דממונא, אלא הדין הוא שלא נתנו לה חכמים למכור נכסי יתומים אלא כשצריכה למזונות, ומה ענין זה לתפיסה בטענת ברי במקום דאיכא ספיקא דממונא. ונראה לבאר קושית רבינו יונה על פי מה שכתב הש"ך בספר תקפו כהן סי' כ"ו דתפיסה מועילה לדעת הרא"ש משום דעביד איניש דינא לנפשיה, יעו"ש, ונחלקו האמוראים בבבא קמא (דף כז:) אם עביד איניש דינא לנפשיה במקום דליכא פסידא אם יתבענו לבית דין, אבל במקום דאיכא פסידא כולי עלמא ס"ל דעביד איניש דינא לנפשיה, יעו"ש, והיה אפשר לומר דעביד איניש דינא לנפשיה רק כשהדין ברור, ואם יתבענו לבית דין בודאי יזכה בדינו, אז אמרינן דכיון שהדין עמו אינו צריך לטרוח לתובעו לבית דין אלא יכול ליטול בעצמו, ועיין ברמב"ם פ"ב סנהדרין הלי"ב, יעו"ש, אבל במקום שאם יתבענו לבית דין לא יזכה בדין לא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה, ומחדש הש"ך דאע"ג דאילו היה תובעו לבית דין לא היה יכול להוציא ממון מספק, מכל מקום יכול לעשות דינא לנפשיה ולתפוס.

ולפי זה יש לפרש קושית רבינו יונה מאשה ששמה לעצמה דאמרינן לה מאן שם ליד, ואין האשה יכולה לגבות נכסי היתומים לכתובתה שלא על פי בית דין, ולמה לא תוכל לעשות דינא לנפשיה, שהרי היא אומרת שהקרקע שוה בכתובתה, ולמה לא תגבה מעצמה, ואם יערערו היתומים על שומתה יתבעוה לבית דין, ועד שיתבעו תעמוד אותה הקרקע ברשותה, ואם נתייקרה נתייקרה לה, אלא מוכח דלא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה היכא דאין ברור מה יהיה הפסק בית דין, וכל שכן דבמקום ספיקא לא עביד איניש דינא לנפשיה כיון שאם יבא לבית דין לא יוכל להוציא ממון מספק.

והרא"ש תירץ קושית רבינו יונה וז"ל: ואין בהם ממש בכל אלו הדברים דההיא דאלמנה ששמה לעצמה איירי ששמה לעצמה נכסי היתומים בכתובתה ואחר כך הוקרו הנכסים דאמרינן אין שומתה כלום ולא יצאו הנכסים מרשות היתומים וברשות הוקרו וכו' דלא אשכחן דלא מהניא תפיסה אלא בספק בכור וכן בבא בסוף החדש דאמרינן כולו למשכיר דבהני אין לתופס טענת ברי אבל כל היכא שהמוחזק במטלטלין טוען ברי אין כח בבית דין להוציא מידו עכ"ל, יעו"ש.

ובביאור תירוצו יש לומר דקרקע בעצם אין לה שויות קבועה כמו דבר הנמכר בשוק, ואין השומא כדי לברר השויות שכעת אינה מבוררת, ואינה אופן לגלות חסרון ידיעה מהי השויות, אלא השומא עצמה קובעת השויות, והקביעות היא לפי הסדר המבואר בבבא קמא (דף קיב:), יעו"ש, ועיין ברמבם פכ"ב מלוה ולוה, יעו"ש, וצריכים שמאים מומחים והכרזה במשך זמן ארוך, ולכן אין שומתה שומא, ומה שהיא חושבת אינו כלום, ואין שומתה נחשבת כטענת ברי, ולאז כל כמינה למכור נכסי היתומים בלי

לקבוע השויות על ידי שומא מעליא, ורק לצורך מזונות הקילו לה חכמים.

פרק לב

בו יבוארו דברי הרמב"ם דעדים שהעידו לפסול שטר מקוים אין גובים בו, וכרב נחמן דאוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה, ולמה לא הזכיר דאם תפס המלוה אין מוציאים מידו, כמו שכתב רש"י, ואם פליג למה לא כתב דאם תפס מוציאים מידו.

[**כתובות יט:**] תנו רבנן שנים חתומין על השטר ומתו ובאו שנים מן השוק ואמרו ידענו שכתב ידם הוא אבל אנוסים היו קטנים היו פסולי עדות היו הרי אלו נאמנים ואם יש עדים שכתב ידם הוא זה או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר משטר שקרא עליו ערער והוחזק בבית דין אין אלו נאמנים וכו' אמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה מידי דהוה אנכסי דבר שטיא דבר שטיא זבין נכסי אתו בי תרי אמרי כשהוא שוטה זבין ואתו בי תרי ואמרי כשהוא חלים זבין אמר רב אשי אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה ואוקי ממונא בחזקת מריה וז"ל: ואי תפיס מידי והדר אתי האי ותבע מיניה לא מפקינן מיניה דאמרין אוקי תרי לבהדי תרי וממונא בחזקת היכא דקאי עכ"ל, יעו"ש.

והרמב"ם הביא דין זה בפ"ז עדות הל"ז וז"ל: שנים שהיו חתומין על השטר ומתו ובאו שנים ואמרו כתב ידן הוא זה אבל אנוסים היו קטנים היו פסולי עדות היו אע"פ שיש שם עדים אחרים שזה כתב ידן או שהיה כתב ידן יוצא משטר אחר שקרא עליו ערער והוחזק בבית דין הרי זה לא נתקיים אלא מעידין השנים שבשטר כנגד השנים שהעידו עליהן שהן פסולין ואין גובין בו כלום עכ"ל, יעו"ש.

ודינא דבר שטיא הביא הרמב"ם פכ"ט מכירה הל"ה וז"ל: מי שהוא עת שוטה ועת שפוי כגון אלו הנכפין בעת שהוא שפוי כל מעשיו קיימין וזוכה לעצמו ולאחרים ככל בן דעת וצריכין העדים לחקור הדבר היטב שמא בסוף שטותו או בתחלת שטותו עשה מה שעשה עכ"ל, יעו"ש, וכן כתב המחבר בסי' רל"ה סעי' כ"א, יעו"ש, ולא הזכירו שם דבמקום תרי ותרי אוקי ממונא בחזקת בר שטיא, דשם באו לסדר דיני הקנין במי שהוא עתים חלים עתים שוטה, ולא נחתי לענין ספיקא, אלא סמכו על מה שכתבו בהלכות עדות, והרמ"א שם הזכיר דין תרי ותרי.

וכתב הלחם משנה שם בהלכות עדות וז"ל: ואין גובין בו כלום כתב רש"י ז"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומשמע שכונתו דגם לדברי הרמב"ם אם תפס לא מפקינן מיניה, אכן לא משמע כלל שכן היא דעת הרמב"ם, דבכמה מקומות שהביא הרמב"ם דיני ספיקא דממונא כתב להדיא דאם תפס לא מפקינן מיניה, עיין מה שכתב פ"ב אישות הלי"ג, ופ"ב בכורות הל"ו, ופ"ג נזקי ממון הל"ד, ופ"ד נזקי ממון הל"ג, ופ"ב גניבה הלי"ב, ופ"ז חובל ומזיק הלי"ח, ופ"ג מכירה הלי"י, ופ"ח עבדים הל"ד, ופ"ב שאלה ופקדון הל"ח, יעו"ש, ולמה לא פירש כאן בספיקא דתרי ותרי דאם תפס אין מוציאים מידו, ואם פליג על דברי רש"י וס"ל דמאיזה טעם בספיקא דתרי ותרי דאם תפס מוציאים מידו, למה לא פירש דספיקא דתרי ותרי יוצא מן הכלל.

והנה עיין בבבא בתרא (דף לד:) זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי אמר רב נחמן כל דאלים גבר וכו', יעו"ש, וכתב הרמב"ם פט"ו טוען ונטען הל"ד וז"ל: שנים שהיו עוררין על השדה זה אומר שלי וזה אומר שלי ואין לאחד מהן ראייה או שהביא כל אחד מהם עדים שהיא שלו או של אבותיו וכו' מניחין אותה בידיהן וכל המתגבר ירד בה ויהיה האחר מוציא מידו ועליו הראייה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ופסק הרמב"ם דהיכא דפוסקים להם כל דאלים גבר, כיון שגבר האחד איתחזק בידו ואין השני יכול לחזור ולהתגבר עליו, ודלא כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף ו.) בד"ה הקדישה בלא תקפה, יעו"ש.

אולם עיין לעיל שם בבבא בתרא (דף לא.) זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רב נחמן אוקי אכילה לבהדי ואוקי ארעא בחזקת אבהתא וכו' הדר אייתי סהדי דאבהתיה היא אמר רב נחמן אנן אחתיניה אנן מסקינן ליה לזילותא דבי דינא לא חיישינן, יעו"ש, וכתב הרמב"ם פט"ו טוען ונטען הל"ה וז"ל: הביא האחד עדים שהיא של אבותיו ושאלה שני חזקה והרי היא תחת ידו והביא האחר עדים שאכלה שני חזקה והרי היא תחת ידו נמצאת עדות החזקה של שניהם מוכחשת מעמידין אותה ביד זה שהעידו עליו עדי החזקה שהיא של אבותיו ומורידין אותו לתוכה חזר השני והביא אף הוא עדים שהיא של אבותיו שהרי נמצאת גם עדות זו מוכחשת חוזרין בית דין ומסלקין ממנה אף הראשון ומניחין אותה ביד שניהם וכל המתגבר ירד בה עכ"ל, יעו"ש.

ויש לעיין בדברי הרמב"ם, דכיון דבספיקא דתרי ותרי דנים להם דינא דכל דאלים גבר, למה מסלקים הראשון מן הקרקע, והלא הוא יושב בה, והיא כבושה תחת ידו, והרי הוא האלים והוא התגבר, ומה לי שמתחלה באה לידו על ידי שהתפיסוהו בית דין, אלא מבואר מדבריו דדינא דכל דאלים גבר לא הוי רק סילוק ידי בית דין כיון דאין להם הכרע בהספיקא דממונא, אלא כיון שאין שום אחד מהם מוחזק יותר מחבירו במקום דאיכא תרי ותרי, תיקנו חכמים להניחו ביד שניהם וכל המתגבר ירד בה, ובזה מקיימים בית דין חובתם במקום ספיקא דממונא שאין בה הכרע, ואמנם היכא דהתפיסוהו לאחד מהם בטעות עליהם לסלק הטעות, ולזילותא דבי דינא לא חיישינן, ואחר כך לדון להם דינא דכל דאלים גבר.

אולם אילו היה אחד מהם תפוס מכבר במקום דאיכא ספיקא שדנים בה כל דאלים גבר אין מסלקים אותו להניחה בין שניהם, דבהא גופא שהוא תפוס בה נחשב שהתגבר ונתקיים דינא דכל דאלים גבר, ושוב אין השני יכול להוציא ממנו אלא בראייה, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל.

ולפי זה נראה דהרמב"ם ס"ל דכל היכא דאיכא תרי ותרי הרי הספק שקול, ואין בו שום הכרע, וצריך לדון להם דכל דאלים גבר, ואפילו אם האחד מוחזק אין החזקתו בהממון מכרעת כלום בהספק, שהרי איכא שני עדים כנגד החזקת ממון, ואע"ג דשני עדים מסייעים להחזקת ממון, הא תרי כמאה, והרי הספק בלי שום הכרע, וצריך

להיות הדין דכל דאליס גבר, אכן זה המוחזק בה מתחלה נחשב שהתגבר ונשארה בידו, ואין צורך לסלקו ולאחר כך לדון כל דאליס גבר, שהרי לא באה לידו בטעות בית דין שצריכים לתקנה, אלא שהיה מוחזק מכבר, והרי הוא מתגבר ועומד, ונשארה בידו, ואין האחר יכול להוציא ממנו אלא בראיה.

ולמד הרמב"ם דהא דאמר רב נחמן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה לאו היינו מדין חזקת ממון אלא מדין כל דאליס גבר, דזה שהממון בחזקתו נחשב שהתגבר, כמש"נ, ומשום הכי לא שייך כאן כל ענין תפיסה מספיקא, שהרי ספיקא דתרי ותרי ניתן לפסק בית דין, והרי בית דין פוסקים להם דכל דאליס גבר, ואין השני יכול להוציא ממנו אלא בראיה, וזה שהממון בידו הוא המתגבר ועומד, כמש"נ, ונמצא שהממון בידו משום פסק בית דין ולא משום ספיקא, ובכהאי גוונא בודאי אין האחר יכול לתפוס, שכן היא התקנה שהמתגבר זכה ואין האחר יכול להוציא ממנו אלא בראיה, ולכן לא כתב הרמב"ם דאם תפס לא מפקינן מיניה, כמו שכתב רש"י, דהרמב"ם חולק וס"ל דאין האחר יכול לתפוס במקום שהאחד התגבר, וגם לא כתב דאם תפס מפקינן מיניה, דלא שייך כאן כלל ענין תפיסה, כמש"נ, והא דאם תפס מפקינן מיניה לאו היינו מדיני תפיסה במקום ספיקא דממונא, אלא משום שהוא גוזל את חברו שזכה בהממון על ידי פסק בית דין דכל דאליס גבר, וכמש"נ.

שער ז: חזקת קרקעות

ובו מ"ח פרקים

פרק א

בו יובאו דברי רש"י דכשאמרו שלש שנים לחזקה כל הראוי לצאת ממנה אמרו, ויבואר דאין זה דומה למה שכתב הרשב"ם דאם אכל ממקצת אילנות גילה על עצמו שהשדה אינה שלו וירא להחזיק חזקה גמורה ולפיכך לא חשש המערער למחות ואינה חזקה.

[**בבא בתרא כח.**] חזקת הבתים והבורות והשיחין והמערות והשובכות והמרחצאות ובית הבדין ובית השלחין והעבדים וכל שהוא עושה פירות תדיר חזקתן שלש שנים מיום ליום, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אם החזיק בה שלש שנים שלימות אין צריך להביא שטר מכירה וכו' ואם לאו אין חזקתו מועלת לו לפי שכשאמרו שלש שנים לחזקה כל הראוי לצאת ממנה בשלש שנים אמרו עכ"ל, יעו"ש. ויש לדקדק דכפי המבואר לקמן (דף כט.) חזקת שלש שנים מועילה מפני שהיה לו למחות, ומדלא מיחה הרי זה מוכיח שבאמת מכרה להמחזיק כמו שהוא טוען, יעו"ש, ואם כן היה לו לרש"י לפרש דאם לא החזיק בה שלש שנים שלימות מיום ליום אין חזקתו מועילה לו משום דבכהאי גוונא ליכא הוכחה ממה שלא מיחה הואיל ולא אחזיק כדאחזקי אינשי.

והנה עיין לקמן (דף כט.) אמר רב הונא שלש שנים שאמרו הוא שאכלן רצופות וכו' אמר רב חמא ומודי רב הונא באתרא דמוברי באגי פשיטא לא צריכא דאיכא דמובר ואיכא דלא מובר והאי גברא מוברה מהו דתימא מצי אמר ליה אם איתא דדידך הואי איבעי לך למיזרעה קא משמע לן דאמר ליה חדא ארעא בכוליה באגא לא מצינא לינטר וכו', יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: ומודה רב הונא דדי לו בחזקת אכילת שנים מפוזרות באתרא דמוברי באגי במקום שנוהגין לזרוע שנה ולהוביר שנה שלא להכחיש את הקרקע דהא אחזיק בה כדמחזקי אינשי וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר דאם אכלה שנה והובירה שנה ואכלה שנה והובירה שנה ואכלה שנה הוי חזקה מעליא הואיל ואחזיק כדאחזקי אינשי, ואם כן צריך עיון למה לא הוי חזקה מעליא במקום דאיכא דמובר ואיכא דלא מובר, אם לא מפני שטוען חדא ארעא בכוליה באגא לא מצינא לינטר, והלא בלא הך טענה הרי אחזיק כדאחזקי אינשי וליהוי חזקה מעליא, ובגמרא אינו מחלק בין אם הני דמוברי הם המיעוט או הרוב, ומשמע דאפילו אם רוב אינשי מוברי ואיכא מיעוטא דלא מוברי לא הוי חזקה בלא טענה זו, ואמאי לא, והא אחזיק כדאחזקי אינשי, והמערער ראה שהמחזיק אוכל כדרך שרוב בני אדם בההוא אתרא אוכלים, והיה לו למחות ולא מיחה.

לכן נראה דאין דנים כל חזקה וחזקה לפי המצב שלה, אלא משום הסברא דהיה לו למחות ולא מיחה תיקנו חכמים דחזקת שלש שנים מועילה, וקבעו חכמים כללים לחזקת שלש שנים, ואחד מן הכללים הוא שעל המחזיק לאכול כל הראוי לצאת ממנה

בשלש שנים, ואם חסר לו ימים באמצע חזקתו הרי חזקתו בטלה, והיינו מה שכתב רש"י לפי שכשאמרו שלש שנים לחזקה כל הראוי לצאת ממנה בשלש שנים אמרו, כנ"ל, וכונתו דאם לא החזיק מיום ליום אין חזקתו בטלה מפני שבעובדא ידיה ליכא הוכחה ממה שלא מיחה, אלא טעמא דחזקתו בטלה מפני שלא החזיק באופן שתיקנו חכמים, דהיינו שיאכל כל הראוי לצאת ממנה בשלש שנים.

ולפי זה שפיר מובן למה איצטריך לטעמא דחדא ארעא בכוליה באגא לא מצינא לינטר, דבלי האי טעמא לא היתה חזקתו מועילה לו אם הוביר במקום דאיכא דמובר ואיכא דאינו מובר, דכיון דשייך שלא להוביר, כדחזינן מהא דאיכא אינשי דלא מוברי, אם כן נמצא שלא אכל כל הראוי לצאת ממנה בשלש שנים, והרי תיקנו חכמים דלא הוי חזקה אלא אם אכל כל הראוי לצאת ממנה, ולכן אם רוצה להחזיק עליו שלא להוביר אע"ג דרוב אינשי מוברי, וקא משמע לן דיכול לטעון חדא ארעא בכוליה באגא לא מצינא לינטר, ונמצא דשפיר אכל כל הראוי לצאת ממנה בשלש שנים, דאין מוטל עליו לשכור שומר בלי השתתפות שכניו.

אכן עיין לקמן (דף לו): אמר אביי מדרבי ישמעאל נשמע לרבנן היו לו שלשים אילנות ממטע עשרה לבית סאה אכל עשרה בשנה זו ועשרה בשנה זו ועשרה בשנה זו הרי זו חזקה וכו' והני מילי היכא דלא אפיקו אבל אפיקו ולא אכל לא הויא חזקה וכו', יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: והני מילי דהוי חזקה באכילת שלשים אילנות בשלש שנים כהאי גוונא היכא דלא אפיק אחריני כי העשרים לא עשו פירות כי אם עשרה לבד בכל שנה וכו' אבל אי אפיק הני שלשים אילנות כולהו פירות בכל שנה ולא אכל אלא עשרה מינייהו לא הוי הני עשרה חזקה לעשרים דכיון דלא אכל כל הפירות גילה על עצמו שהשדה אינה שלו וירא להחזיק חזקה גמורה ולפיכך לא חשש זה המערער למחות ולא הויא חזקה עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריו דלמה צריך לכך דכיון שלא אכל כל הפירות גילה על עצמו שהשדה אינה שלו וירא להחזיק, והלא תיקנו חכמים דכדי להחזיק בקרקע צריך לאכול כל הראוי לצאת ממנה והוא לא אכל אלא פירות של עשרה אילנות, ולמה הוצרך לומר דאיכא ריעותא בחזקתו, והלא ליכא חזקה כלל כיון שלא אכל כל הראוי לצאת ממנה.

ונראה לבאר על פי מה שכתב הרמב"ם בפירוש המשניות וז"ל: אבל בשדה האילן רצה לומר שישער עם זרע האילן כי כשאסף כל תבואתו כאילו אכל פירות כל הקרקע מחטים וכן כשמסק את זיתיו מאותה השדה עצמה כאילו אכל כל הקרקע מפירות הזיתים וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דאע"ג דאם אכל פירות של חצי שדה הלבן לא נחשב כאילו החזיק בכל השדה, דאין החזקה אלא במקום שממנו יצאו, מכל מקום בשדה האילן אמרינן דאם אכל פירות האילן הרי זה כמו שהחזיק בכל השדה מסופה ועד סופה, ולכן אם אכל פירות הזיתים הרי זו חזקה על כל השדה, גם על הגפנים וגם על הדקלים, וכן כשאוכל פירות הגפנים הרי זו חזקה גם על הזיתים ועל הדקלים, ומשום הכי ס"ל לרבי ישמעאל דיכול להחזיק על ידי שלש אכילות בשנה אחת, ורבנן פליגי

וס"ל דבעינן שלש שנים אבל גם הם מודים דאינו צריך לאכול פירות כל האילנות בכל שנה מהשלש שנים.

ולפי זה אם אכל פירות של עשרה אילנות הרי זה נחשב חזקה גמורה על כל השדה וכל שאר האילנות שבה, ובודאי בעינן שיאכל כל פירות הראוין לצאת מאותם עשרה אילנות, ואם שייר מקצתם אין כאן חזקה כלל, אבל אם אכל כל פירותיהם הרי זו חזקה על כל השדה וכל שאר האילנות, אכן אם שאר האילנות נמי אפקי פירי אז בטלה חזקה משום ריעותא, דכיון שלא אכל שאר הפירות גילה דעתו שאינו רוצה להחזיק, ולא איצטריך סברא זו אלא בשדה האילן, כמש"נ, אבל בשדה הלבן אם אכל רק פירות של חצי השדה אין כאן חזקה כלל, שהרי לא אכל כל הראוי לצאת ממנה כמו שתיקנו חכמים.

פרק ב

בו יבוארו דברי הרשב"א דחזקת עבדים בשלש שנים משום דהוי כקרקע אבל אי משום גודרות היה מספיק בשנה או שנתיים, ויחולק בין עבד קטן מוטל בעריסה דחזקתו לאלתר, וגם יבואר להרשב"א הא דחזקתו לאלתר אף שהדרך לקנות עבדים בשטר.

[**בבא בתרא כח.**] תנן חזקת הבתים והבורות והשיחין והמערות והשובכות והמרחצאות ובית הבדין ובית השלחין והעבדים וכל שהוא עושה פירות תדיר חזקתן שלש שנים מיום ליום, יעו"ש, וכתב הרשב"א וז"ל: קשיא לי אמאי תנא הכא העבדים דמשמע דדוקא משום דעושין פירות תדיר חזקתן שלש שנים הא לאו הכי לא בעינן שלש שנים ואמאי והא מנפשיהו קא אזלן והוו להו כגודרות שאין חזקתן לאלתר אלא לאחר שלש שנים וכדאמרין בגמרא (דף לו.) ויש לומר דגודרות אין להם חזקה לאלתר אבל לאחר שנה או שנים שדרך הבעלים להקפיד בכך ואינם מניחים אותם ביד אחרים יש להם חזקה ועבדים נמי אי משום האי טעמא לאחר שנה או שנים סלקא להו חזקה אבל משום דעבדי פירות תדיר אין להם חזקה עד לאחר שלש שנים וכי אקשינן בגמרא והעבדים יש להם חזקה והא אמר ריש לקיש הגודרות אין להן חזקה ופרקינן אין להם חזקה לאלתר אבל יש להן חזקה לאחר שלש שנים אעבדים קא מהדר וכו' אי נמי יש לומר דעבדים תרי טעמי אית בהו חדא משום דאזלי מנפשיהו ועוד משום שעושין פירות תדיר וכיון דעבדים הוקשו לקרקעות תנא להו הכא בהדי חזקת קרקעות הואיל ואית בהו נמי משום דעושין פירות תדיר עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי הרשב"א דאי משום דעבדים הם כגודרות היתה חזקתם שנה או שנתיים אבל משום דעושים פירות תדיר חזקתם שלש שנים, והלא מה שעושים פירות תדיר הוי סבה להא דבעינן חזקה מיום ליום ולא לחזקת שלש שנים, דהרי שור שראוי למלאכה ועושה פירות תדיר בודאי אינו צריך חזקת שלש שנים, ואולי יש לומר דכונתו במה שכתב עושים פירות תדיר היא להא דעבדים יש להם דין קרקע, ורצה לומר דאי משום חזקת מטלטלין לא היה צריך שלש שנים בעבדים אע"ג דאזלי מאליהם והוו להו כגודרות, דאי משום הא סגי ליה בשנה או שנתיים, אבל כיון דעבדים הוו להו כקרקע בעינן בהו שלש שנים כדין חזקת קרקעות, והלשון מגומגם קצת.

וכבר עמדו המפרשים על דבריו דלקושטא דמילתא למה לא תועיל לו תפיסה בעבדים מדין חזקת מטלטלין, ועוד קשה מהא דמסיק לקמן (דף לו.) אמר רבא אם היה קטן מוטל בעריסה יש לו חזקה לאלתר, יעו"ש, הרי דבעבד קטן דאינו כגודרות מהני תפיסה מדין חזקת מטלטלין ולא בעינן חזקת שלש שנים כדין חזקת קרקעות, ואם כן הוא הדין נמי בעבד גדול למה לא סגי בשנה או שנתיים דעל ידי זה יש לו חזקת מטלטלין אפילו בגודרות, ולמה בעינן חזקת שלש שנים בעבד גדול.

ונראה לחלק בין עבד גדול לעבד קטן לענין אם שייך בהו חזקת מטלטלין, דהא דכתב הרשב"א דכיון דעבדים כמקרקעי לא מהניא בהו חזקת מטלטלין היינו משום שהעבד יש לו רשות לעצמו, ויש לו יד לקנות, והעבד עצמו הוא ברשות עצמו בכל מקום

שהוא, ואינו כחפץ שהוא ברשות זה שנמצא בידו, אלא העבד הוא ברשות עצמו, וכיון דאמרין יד עבד כיד רבו הרי רשות העבד נעשה רשותו של האדון, ושוב הוי העבד לעולם ברשות האדון, ואף אם העבד נמצא ביד אדם אחר אינו ברשותו אלא ברשות האדון, ולכן לא מהניא ביה חזקת מטלטלין, דאין העבד נחשב מוחזק ברשות זה שתופס בו אלא ברשות האדון, ודומה להא דאמרין קרקע בחזקת בעליה עומדת, ובהכי הוי עבד כקרקע, ואינו יכול להחזיק בו אלא בחזקת קרקעות בשלש שנים.

וכל זה הוא בעבד גדול, אבל בקטן הרי מצינו כל זמן דלית ביה שיעור צרור וזורקו אגוז ונוטלו אין לו דין זכיה אפילו על ידי דעת אחרת מקנה אותו, כדאיתא בגיטין (דף סה.), יעו"ש, ועיין ברמב"ם פ"ד זכיה ומתנה הל"ז, יעו"ש, ומסוגיא דריש בבא מציעא (דף י:) משמע דאפילו יד אין לו מן התורה, יעו"ש, ונמצא דעבד קטן אין לו רשות לעצמו ואינו ברשות עצמו, ואם כן לגבי חזקת ממון דינו כמטלטלין ולא כקרקע, ורק דהוי כגודרות, וקטן המוטל בעריסה אינו כגודרות.

והנה עיין במה שכתב הרשב"ם לקמן (דף מב.) בד"ה אין להם חזקה וז"ל: וחזקת שלש שנים לא נאמרה אלא במקרקעי אבל במטלטלי מי שהוא מוחזק בשל חבירו אפילו שעה אחת שאנו רואים שיוצאים מתחת ידו אע"פ שיש לחבירו עדים שהיה שלו נאמן זה המוחזק לומר לקוח הוא בידי דסתם לוקח מטלטלין מחבירו בלא עדים הוא קונה ובלא שטר חוץ מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחין הן בידי דאינו נאמן כדקיימא לן במסכת שבועות (דף מו:) עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דבעצם אין חילוק בין קרקעות למטלטלין לענין אם שייך בהו תפיסה, אלא החילוק הוא אם הדרך לקנותן בעדים ובשטר, ובין כך ובין כך אהני תפיסה להחזיק ביד התופס, והא דלא מהני תפיסה גרידא בקרקעות כמו במטלטלין הוא משום דסתם לוקח קרקע קונה בעדים ובשטר, ולפיכך אם אין לו שטר הרי נדחית חזקתו, ולכן בעינן חזקת שלש שנים, דטפי משלש שנים לא מיזדהר איניש בשטרו, כדאיתא לקמן (דף כט.), יעו"ש, אבל מטלטלין דסתם קנינם בלא עדים ושטר שפיר אית בהו חזקה גמורה על ידי תפיסה גרידא, ולא נאמר בהו דבעינן חזקת שלש שנים. וגם לפירושו יש להקשות מהא דעבד קטן המוטל בעריסה יש לו חזקה לאלתר, כנ"ל, ונהי דעבד קטן לא הוי כגודרות, מכל מקום הרי סתם קנין עבדים הוי על ידי עדים ושטר, ואם כן היאך מהני בו חזקה לאלתר אע"ג דאין לו שטר, הלא במטלטלין גופיהו לא היתה מהני בהו תפיסה גרידא אילו היו נקנין על ידי שטר.

ועיין בפרק קמא דבבא מציעא (דף ח:) אלא רכוב במקום מנהיג איבעיא ליה מאי רכוב עדיף דהא תפיס בה או דלמא מנהיג עדיף דאזלא מחמתיה, יעו"ש, והאיבעיא היא לענין קנין כשבאים רכוב ומנהיג לקנות ביחד איזה מהם עדיף, וכתבו התוס' בד"ה או דלמא מנהיג עדיף וז"ל: תימה דלפשוט ממתניתין דמנהיג קונה במקום רכוב ואי רכוב איירי במנהיג ברגליו כל שכן דמנהיג עדיף דאפילו במקום רכוב ומנהיג ברגליו קני כל שכן בקמום רכוב לחודיה ויש לומר דמן המשנה אין להוכיח דקני מנהיג במקום רכוב דאפילו לא קני מיקרי מוחזק דכיון דמנהיג לחודיה שלא במקום רכוב

קני מקרי מוחזק אפילו במקום רכוב עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' דאע"ג דלתפיסה דחזקת מטלטלין בעינן תפיסה שיש בה קנין, היינו דעצם המעשה יהא יכול לפעול קנין, ואע"ג דבמצב התפיסה שהמנהיג תפוס ביחד עם הרכוב אין בו כח לקנות, מכל מקום כיון דמנהיג קונה כשהוא לעצמו שפיר נחשבת תפיסתו כתפיסה שיש בה קנין.

והשתא יש לומר דגם אליבא דהרשב"ם דס"ל דבעצם שייך תפיסה גם בקרקע כמו במטלטלין אלא דאין לו חזקה כיון דהדרך לקנותן בשטר, מכל מקום חלוקה תפיסת קרקעות מתפיסת מטלטלין, דתפיסת מטלטלין הוי על ידי אחיזת החפץ בידו או ברשותו, אבל בקרקעות לא שייכא תפיסה כזו, אלא התפיסה בקרקע היא על ידי אכילת פירותיה, ובשתי התפיסות בעינן שיהיו תפיסות שיש בהן קנין, ובקרקעות לא נחשבת אכילת פירות כל דהו כתפיסה מעליא, דהא הדרך לקנות קרקע בעדים ושטר, ואם אין לו שטר אין תפיסתו נחשבת תפיסה שיש בה קנין, ורק על ידי חזקת שלש שנים הוחזקה הקרקע, דחזקה במקום שטר קאי, אבל במטלטלין איכא תפיסה שיש בה קנין על ידי אחיזת החפץ, דהא אחיזה קונה אפילו במקום שאין לו ראיה דאין דרך לקנות מטלטלין בעדים ושטר.

ואולי יש לומר לפי זה דכמו שכתבו התוס' דמנהיג חשוב תפוס גם במקום רכוב, והוי תפיסה שיש בה קנין הואיל ומנהיג הוי מעשה קנין מעליא במקום דליכא רכוב, הוא הדין נמי דתפיסת מטלטלין בעצם היתה מועילה גם להחזיקו בקרקעות אם היתה אפשר מציאות כזו, ואע"ג דתפיסת מטלטלין אינה קונה קרקע, מכל מקום כיון דתפיסת מטלטלין הויא מעשה קנין מעליא הרי היא מועילה גם לתפוס קרקעות, ורק דהמציאות אי אפשר להיות, שהרי אין הקרקע נתפסת בידו.

ויצא לנו לפי זה דגבי עבדים שייכי שתי התפיסות, שייך בהו תפיסת קרקעות דאכילת פירות, ובצירוף חזקת שלש שנים דבמקום שטרא קאי, ושייך בהו נמי תפיסת מטלטלין שהרי נתפסים ביד, ולתפיסת מטלטלין לא בעינן שטר, ואע"ג דדרך קנין עבדים לקנות בעדים ובשטר, ואם כן בלי שטר תפיסתם לא הוי תפיסה שיש בה קנין, כמש"נ, הרי הכא בא להחזיק בהעבד על ידי אחיזה ביד, דשפיר הוי תפיסה שיש בה קנין במטלטלין, והוי נמי תפיסה שיש בה קנין לגבי עבדים, והרי הוא נחשב מוחזק, ואז לא הפסיד במה שאין לו שטר, דכיון שהוא מוחזק לא אלים טענת אחוי שטרך להוציא ממנו, ובאמת היה יכול להחזיק בעבד גם באחיזה בלבד, אכן גודרות הם, וגודרות אין להם חזקת מטלטלין, ולכן אי אפשר להחזיק בעבדים אלא על ידי תפיסת קרקעות על ידי אכילת פירותיהם, ולתפיסה זו בעינן אכילת שלש שנים, ובפחות מכאן אין לו חזקה דהא הדרך לקנותן בשטר, ואם אין לו שטר הוה ליה תפיסה שאין בה קנין, כמש"נ.

אבל עבד קטן המוטל בעריסה שאני, שהרי לא הוי כגודרות, ושפיר מהני ביה חזקת מטלטלין להחזיקו לאלתר, ואע"ג דגם עבד המוטל בעריסה נקנה בשטר כמו עבד גדול, לא בעי חזקת שלש שנים, שהרי יכול להחזיק בו על ידי תפיסת מטלטלין

דנחשבת תפיסה שיש בה קנין בכל מקום, כמש"נ, וגם לא מהני כנגדו טענת אחוי שטרך, דכיון דהוחזק על ידי תפיסת מטלטלין שוב לא אלים טענת אחוי שטרך להוציא מן המוחזק, כמש"נ, והדבר צריך תלמוד.

פרק ג

בו יובא מחלוקת הראשונים אם אליבא דחכמים בעינן שלש שנים מיום ליום בשדה הבעל ובשדה האילן, ויחולק דאף דניר לא הוי חזקה סגי בניר כדי להשלים שלש שנים מיום ליום, ויבוארו דברי התוס' דנחשב מיום ליום בשדה האילן בזומר ומעכב העצים.

[**בבא בתרא כח.**] שדה הבעל חזקתה שלש שנים ואינן מיום ליום רבי ישמעאל אומר שלשה חדשים בראשונה שלשה באחרונה ושנים עשר חדש באמצע הרי אלו י"ח חדש רבי עקיבא אומר חדש בראשונה וחדש באחרונה וי"ב חדש באמצע הרי אלו י"ד חדש אמר רבי ישמעאל במה דברים אמורים בשדה לבן אבל בשדה אילן כנס את תבואתו ומסק את זיתיו וכנס את קייצו הרי אלו שלש שנים, יעו"ש, ולא נתפרש במתניתין מאן קאמר דבשדה הבעל לא בעינן חזקת שלש שנים מיום ליום.

ופירוש המשנה מבואר בגמרא לקמן (דף לו:): דאמר רב יהודה אמר רב זו דברי רבי ישמעאל ורבי עקיבא אבל חכמים אומרים חזקתה שלש שנים מיום ליום וכו' דאמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי רבי ישמעאל ורבי עקיבא אבל חכמים אומרים עד שיגדור שלש גדירות ויבצור שלש בצירות ומסוק שלש מסיקות מאי בינייהו אמר אביי דקל נערה איכא בינייהו, יעו"ש, ועיין שם ברשב"ם שהביא שני פירושים בדקל נערה, בפירוש הראשון דקל נערה טוענת פירות בפחות משלש שנים, ובא שמואל לגרוע משלש שנים, כדמבואר להדיא בהמשך דבריו, ומחלוקת חכמים ורבי ישמעאל היא בשדה אילן אם יכול להחזיק בשנה אחת באכילת פירות שונות, ונמצא דאליבא דרב חכמים ס"ל דבעינן מיום ליום ואליבא דשמואל חכמים ס"ל דלא בעינן מיום ליום, וכן פסק הרמב"ם פי"ב טוען ונטען הל"א, יעו"ש, ועיין ברא"ש שהקשה דאם כן למה לא אמר איכא בינייהו מיום ליום, ולמה הוצרך לומר דקל נערה איכא בינייהו, יעו"ש, ולפירוש השני בשם רבינו חננאל גם שמואל מסכים דלחכמים בעינן מיום ליום, ודקל נערה היינו שמשיר פירותיו, וכן כתב הרא"ש בשם רב האי גאון.

ואליבא דרב הא דתנן שדה הבעל חזקתה שלש שנים ואינן מיום ליום לאו היינו מימרא דחכמים אלא דרבי ישמעאל ורבי עקיבא כדמפרש ואזיל במתניתין, וגם אליבא דשמואל לפי פירוש השני של הרשב"ם דחכמים מצריכים מיום ליום לא אתיא הך מימרא כחכמים, אכן לפירוש הראשון של הרשב"ם דבא שמואל לגרוע משלש שנים שפיר איכא למימר דחכמים הם בעלי הך מימרא, ועיין ברש"י וז"ל: שדה בית הבעל וכו' חזקתה שלש שנים ואינה צריכה מיום ליום ומה היא חזקתה רבי ישמעאל אומר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דבא רבי ישמעאל לפרש מימרא דשדה הבעל צריכה חזקת שלש שנים אבל לא מיום ליום, וזה מיתוקמא אליבא דרב, כמש"נ, אבל אליבא דשמואל לא מיתוקמא אלא כפי פירוש ראשון של הרשב"ם, ולכאורה מוכח דרש"י ס"ל כן, דלא יתכן שיפרש מתניתין אליבא דחד מאן דאמר בדבר שיש בו פלוגתא. והנה עיין בתוס' בד"ה שלשה חדשים וז"ל: מתוך פירוש הקונטרס משמע דבעי רבי ישמעאל שהוא יזרע ויקצור באותן שלשה חדשים וכו' אבל קשיא לר"י וכו' ונראה

לר"י דלא בעי רבי ישמעאל שיזרע התבואה ויקצור אלא אפילו זרעה הראשון או הוא
 יזרענה בשלשה חדשים אחרונים אע"פ שלא קצרה וכו' ואם תאמר היאך יהא ניכר
 שיחזיק בה כל שלשה חדשים ראשונים או אחרונים כי ביום אחד או בשנים יוכל
 לקצור או לזרוע וכו' וי"ל כגון שאכלה שחת וכו' ובשדה אילן דבעו רבנן דפליגי ארבי
 ישמעאל בגמרא מיום ליום שלש שנים אע"ג דלא שייך התם אכלה שחת מכל מקום
 איכא למימר כגון שזומר ומעכב העצים לעצמו ואע"ג דמתקן בכך והוי כמו ניר כיון
 שמעכב העצים לעצמו לא שייך למימר כל שיבא דכרבא ניעול בה עכ"ל, יעו"ש.
 ומדברי התוס' שכתבו דלרבנן בעינן מיום ליום בשדה אילן משמע דס"ל כפירוש
 השני של הרשב"ם דבין לרב בין לשמואל בעינן שלש שנים מיום ליום, כנ"ל, דאם יש
 בזה פלוגתא דרב ושמואל היה להם להתוס' להזכיר דהא דאמרינן בגמרא דרבנן
 מצרכי מיום ליום בשדה האילן הוא מימרא דרב.
 ויש לדקדק בדבריהם דהלא גם בלי כל ההקדמה הזאת היינו צריכים לפרש הא
 דאמרינן בגמרא דאליבא דחכמים בעינן שלש שנים מיום ליום בשדה האילן, דאין
 לומר דהיינו על ידי ניר, דהא ניר לא הויא חזקה, כמו שהביאו התוס' מגמרא דלקמן
 דכל שיבא דכרבא ניעול בה, כנ"ל, ולמה המתינו לפרש דברי חכמים דחזקת שדה הבעל
 ושדה האילן מיום ליום עד אחר שפירשו דברי רבי ישמעאל דשלשה חדשים בראשונה
 היינו כשלא זרע וקצר.
 ונראה דבעצם לא הוקשה להתוס' היאך שייך חזקה בשדה הבעל ושדה האילן
 מיום ליום, דשפיר איכא למימר דהיינו על ידי ניר, ואע"ג דאמרינן בגמרא דניר לא הוי
 חזקה, כנ"ל, היינו דאינו יכול להחזיק על ידי ניר אלא על ידי אכילת פירות, אבל אם
 אכל כל פירות הקרקע שלש שנים ואינו צריך אלא להשלים חזקתו שתהא מיום ליום
 לזה מהני לו ניר, דהא עיקר חזקתו נעשה על ידי אכילת פירות, ובשדה הבעל ושדה
 האילן שאינן עושין פירות תדיר יכול להשלים מיום ליום על ידי ניר.
 אולם לרבי ישמעאל קשה, דלפי מה שפירש ר"י דבשלשה חדשים בראשונה קצר
 אבל לא זרע במה החזיק בהקרקע, והלא קצירה לא הוי אלא יום אחד או שנים, ואין
 לומר שעשה ניר בשלשה חדשים אלו, דהא ניר לא הוי חזקה, ואינו יכול להחזיק על ידי
 ניר, כמש"נ, וצריך לומר דבאותם שלשה חדשים אכל שחת מן הקרקע עד שקצר
 התבואה בסוף השלשה חדשים, והרי החזיק בה שלשה חדשים, ולפי זה גם אליבא
 דרבנן אין צריכים לחדש דאע"ג דאינו יכול להחזיק על ידי ניר שפיר יכול להשלים
 מיום ליום על ידי ניר, דגם לרבנן איכא למימר שמשלים השלש שנים מיום ליום על ידי
 אכילת שחת, אולם כל זה לא יתכן אלא בשדה הבעל דאית ביה שחת, אבל עדיין לא
 מתפרש היאך משלים מיום ליום בשדה האילן שאין בו שחת, ועל זה כתבו שזומר
 ומעכב העצים לעצמו ודומה לאכילת שחת.

פרק ד

בו יבוארו דברי התוס' דלהולכי אושא ילפינן חזקת שלש שנים משלש נגיחות דשור המועד אע"ג דהוי מילתא בלא טעמא, ויבואר מה שכתבו בקושית הגמרא דלהולכי אושה במחאה שלא בפניו ליכא חזקה, ולקמן כתבו דשלא בפניו לא הויא מחאה.

[**בבא בתרא כח.**] אמר ר' יוחנן שמעתי מהולכי אושא שהיו אומרים מנין לחזקה שהיא שלש שנים משור המועד מה שור המועד כיון שנגח שלש נגיחות נפק ליה מחזקת תם וקם ליה בחזקת מועד הכא נמי כיון דאכלה תלת שנין נפק לה מרשות מוכר וקיימא לה ברשות לוקח אי מה שור המועד עד נגיחה רביעית לא מיחייב הכא נמי עד שנה רביעית לא קיימא ברשותיה הכי השתא התם מכי נגח שלש נגיחות הוי מועד ואידך כי לא נגח מאי לשלם הכא כיון דאכלה תלת שני קיימא לה ברשותיה אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה אלמה תנן כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה טעמא מאי דאמרינן דילמא כדקאמר השתא איהו לא טעין אגן ליטעון ליה מתקיף לה רב עזירא אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה דומיא דשור מועד מה שור המועד בפניו בעינן אף הכא נמי בפניו בעינן התם והועד בבעליו כתיב הכא חברך חבא אית ליה וחברא דחברך חבא אית ליה וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה עד נגיחה רביעית לא מיחייב וז"ל: תימה לר"י דמאי פריך הא הכי יליף משור המועד מה התם הוחזק נגחן שלש פעמים הכא נמי הוחזק שתקן בשלש שנים אם כן משלש שנים ואילך כמה ליה ברשותיה ואומר ר"י דסלקא דעתא דמקשה דהכי יליף מה התם מכי נגח שלש פעמים נפק ליה מחצי נזק לנזק שלם הכא נמי כיון שאכלה שלש שנים ולא מיחה נפקא ליה מרשות מוכר לרשות לוקח אע"ג דמילתא בלא טעמא הוא עכ"ל, יעו"ש, וצריכים לעיין בהך מילתא בלא טעמא דהא לא הוקשה חזקת שלש שנים לשור המועד, וגם ליכא גזירה שוה למילף משור המועד, אלא מסברא בעלמא ילפינן, ואם כן בעל כרחך יש כאן שום צד השוה ביניהם, ומה ענין הך מילתא בלא טעמא.

ובמה שכתבו התוס' בתחלת דבריהם דהא דילפינן חזקת שלש שנים משור המועד הוא דכי היכי דהתם הוחזק נגחן הכא נמי הוחזק שתקן היה אפשר לומר דהיינו כדברי הרשב"א דשתיקת הבעל מוכחת שמכרה לו, אכן לכאורה אי אפשר לפרש כן בדעת התוס', דעיין מה שכתבו בד"ה אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה וז"ל: תימה מאי סלקא דעתא דמקשה דהכי מצי לאוקמי בדיה כיון דלא טעין מידי ויש לומר דהכי פריך כיון דילפת משור המועד מה התם בשלש נגיחות הוי בחזקת נגחן הכא נמי כיון דאכלה שלש שנים ולא מיחה הויא בחזקת שלא ימחה עוד ובלא טענה נמי תהא שלו דאית לן למימר שמחל לו אי נמי הא דקא פריך למימרא דחזקה שלא בטענה תהא חזקה היינו כגון דאמר ליה מפלניא זבנתה דזבנה מינך אע"ג דלא אמר קמי ידי זבנה ולא דר בה אפילו חד יומא ולא ידע אי זבנה מיניה אי לא אלא דהכי אמר ליה עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתבו התוס' דהחזקת שתקן הויא דכיון דאכלה שלש שנים ולא מיחה

שוב לא ימחה עוד, ואם כונתם לומר דשתיקת הבעל מוכחת דמכרה ליה אם כן למה הוצרכו להא דלא ימחה עוד, ולמה לא סגי להו במה שכבר שתק שלש שנים להוכיח על מכירתו.

וכי תימא דאין שלש שנים של שתיקה ראייה מספקת על מכירת הקרקע, אלא בעינן שתיקה עולמית לכך, ורק דעל ידי שתיקת שלש שנים הוחזק שתק ונקטינן דשוב לא ימחה עוד, והרי אית כאן שתיקה עולמית להוכיח על המכירה, גם זה לא יתכן, דאם כן כשבא אחר שלש שנים לערער על הקרקע הרי הוכחשה החזקה ונסתרה, דערעורו סותר החזקה כמו הכחשה דבא הרוג ברגליו, דהא חזינן דלא שתק עולמית אלא מיחה ומיחה, ואזלא ההוכחה על מכירת הקרקע, ואם כן צריכים להבין מה טיבה דחזקת שתק והיאך ילפינן לה משור המועד, ועוד צריכים להבין שני תירוצי התוס' דמשום טעמא דחזקת שתקן סלקא דעתא דמהני חזקה בלי טענה כלל או בטענה גרועה דמפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך, כנ"ל.

והנה בהא דפריך אליבא דהולכי אושא אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה כתב רש"י וז"ל: אם מיחה המערער בתוך שלש שנים לפני עדים שלא בפני המחזיק ואמר דעו דפלוני מחזיק בקרקע שלי בגזילה לא תהוי מחאה דומיא דשור המועד שמעידין ששורו נגחן ובשלש פעמים שהעידו שלא בפניו אינו נעשה מועד אף התראת עדות של מחאה לא תיהוי עדות שלא בפניו דמחאה דומיא דהעדאה היא שהיא התראה לשמור שורו ואף המחאה התראה היא להזהר בראיית זכותו ושטר מכירתו עכ"ל, יעו"ש, וכן פריך נמי אביי לקמן (דף כט.) אליבא דרבא דטעמא דחזקת שלש שנים משום דתלת שני מיזדהר איניש בשטריה טפי לא דאם כן מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה שהרי לא הזהירו לשמור שטרו, וכן פירשו גם התוס' שם בד"ה אלא מעתה וז"ל: אומר ר"י דליכא לאוקמי פירכא דאביי אלא כשהן בעיר אחת דאי בעיר אחרת היכי פריך דלא תהא מחאה ותהא חזקה אדרבה כיון דלא הויא מחאה לא הויא חזקה דהא אינו צריך לבא בעיר אחרת לפני המחזיק ולמחות כדמוכח לקמן עכ"ל, יעו"ש.

אולם עיין מה שכתבו התוס' בפירוש הפירכא לגבי ההולכי אושא (דף כח:): בד"ה אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תהא מחאה וז"ל: פירש ר"י כי היכי דילפת משור המועד דהוי חזקה בשלשה זימני הכי נמי נילף מה שור המועד צריך העדאה בפניו ולא אמר קלא אית ליה ותועיל הכי נמי מחאה שלא בפניו אית לן למימר דלית ליה קלא ולא תהא חזקה אע"פ ששמע החזקה כיון דאין קול למחאה מה היה מועיל אם מוחה כיון שלא תגיע למחזיק מחאתו ואע"ג שמחאה באה לבטל החזקה והעדאה באה לקיים מכל מקום פריך שפיר והא דנקט מחאה ולא נקט חזקה משום דחזקה נשמעת טפי מהעדאה אבל מחאה אינה נשמעת יותר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דעיקר פירכת הגמרא היא דחזקה שלא בפניו לא תיהוי חזקה, לא בשביל שהמערער לא ישמע החזקה, אלא משום דכיון דאפילו ימחה לא ישמע המחזיק מחאתו ממילא אינו צריך למחות וגם החזקה לא תהוי חזקה, ודלא כמו שפירש"י בדין ולא כמו שפירש הר"י

עצמו לקמן בפירכת אביי אליבא דרבא, כנ"ל.

והמהרש"א הרגיש בזה וז"ל: לכאורה אין פירושו מכוון כפי המובן בפשיטות ובפירוש רש"י דאית לן למימר כיון דהמחאה לית ליה קלא תהא חזקה וכמו שפירש ר"י גופיה לקמן פירכא דאביי דמיירי כשהן בעיר אחת ופריך דלא תהא המחאה ותהא חזקה וכו' ומיהו ודאי דהוה מצי נמי הכא למפרך כשהן בעיר אחת דלא תהא המחאה ותהא חזקה והוא שכתבו ובלא שור המועד הוי מצי למפרך דלא תהא מחאה כדפריך כו' אלא דהכא כיון דיליף ליה משור המועד ניחא ליה למיפרך דומיא דהכא דשלא בפניו לא הוה חזקה וזהו שכתבו דאע"ג דאינו דומה ממש דמחאה באה לבטל החזקה וההעדאה באה לקיים מכל מקום פריך שפיר דהמכוון מהם דומיא דבשניהם שלא בפניו לא הוי חזקה ותו לא מידי ודוק עכ"ל, יעו"ש, אלא דקצת קשה דאם שינו התוס' פירושם כדי לדמות לשור המועד דלא הוי חזקה והכא נמי לא תהא חזקה, הרי סוף סוף טעמא דלא הוי חזקה הכא היא משום דמחאתו לאו מחאה ולא הוי דומיא דשור המועד, אלא בודאי הדמיון הוא דכי היכי דהתם לא סמכינן אקלא הכא נמי לא סמכינן אקלא, ושפיר מצי לאוקמי הפירכא בעיר אחת ובמחאה, והדרא קושיא לדוכתא, ויש לדחוק.

ונראה דכונת התוס' במה שכתבו הוחזק שתקן היינו דעל ידי שתיקתו ויתר ואיבד זכותי טענה שיש לו לגבי הקרקע, ובעינן לכך שתיקה עולמית, דאם שתיקתו לא הוי אלא לפי שעה לא מחשבינן לה כויתור כח הטענה, אבל אם שתק שלש שנים הרי הוחזק שתקן ונקטינן דשוב לא ימחה עוד, כלומר דהשתא בדעתו לשתוק לעולם, וכיון שהחליט לשתוק לעולם ויתר זכותי טענה שלו, ואינו יכול להתעצם כנגד טענת המחזיק שלקחה ממנו, ואפילו אם נמלך אחר כך ובא לערער על המחזיק אין זה מבטל חזקתו שהוחזק שתקן באותה שעה, כיון דבאותה שעה היה בדעתו לשתוק ויתר זכותו ושוב לא מהני שנמלך ובא לערער, דכבר אבד זכותו לבא בטענה כנגד טענת המחזיק, ומה שכתבו התוס' לקמן (דף כט.) בד"ה שתא קמייתא וז"ל: דלעיל דגמר משור המועד דכיון דקפיד בשלש זימנין ולא מיחה ודאי מכרה או נתנה לו עכ"ל, כונתם דכיון שויתר טענותיו נקטינן טענת המחזיק בתורת ודאי, אבל אין השתיקה עצמה ראייה.

והנה לכאורה פשוט דאף לפי מה דסלקא דעתיה דמקשה דלא אתי שור המועד לכלל נזק שלם עד נגיחה רביעית, מכל מקום לענין הא דאיתא בבבא קמא (דף מו.) ולקמן (דף צב.) דהמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן מקחו טעות בודאי חשבינן ליה כנגחן אחר שלש נגיחות, ואע"פ שעדיין לא נגח נגיחה רביעית להתחייב בנזק שלם, דהרי בשלש נגיחות כבר הורגל השור לנגיחה, וידעינן ביה כבר שתכונתו ליגח, ורק דעד נגיחה רביעית לא חל עליו שם מועד, ועדיין אין בו תורת נזק שלם, וסלקא דעתיה דמקשה דכי היכי דבשור המועד אמרינן דאע"ג דכבר הורגל בנגיחות מכל מקום לא חל עליו שם מועד ולא נכנס לתורת נזק שלם עד נגיחה רביעית, הוא הדין נמי בחזקת שלש שנים, דאע"ג דכבר שתק שלש שנים והורגל לשתיקה וידעינן ביה כבר שדעתו לשתוק, מכל מקום לא חל עליו שם שתקן עד שתיקת שנה רביעית וממילא לא תאבד זכות טענה

שלו עד אחר שנה רביעית, והיינו המילתא בלא טעמא שכתבו התוס', דבשלמא בשור המועד שפיר איכא למימר דאע"פ שכבר הוחזק נגחן עדיין אינו משלם נזק שלם עד שחל עליו שם מועד, אבל הכא למה לא די לנו בדיעה בעלמא שבדעתו שלא למחות עוד, אלא דמכל מקום פריך המקשה דאע"ג דמילתא בלא טעמא היא מכל מקום נימא דכי היכי דבשור המועד ליכא נזק שלם בלי חלות שם מועד, הכא נמי ניבעי חלות שם שתקן לויתור הטענה.

ושוב פריך בגמרא אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה, ופירשו התוס' דכיון דהוחזק שתקן וויתר זכות טענה שלו אם כן סלקא דעתיה דהגמרא דאפילו אם לא בא המחזיק בטענת לקוח אלא בא להחזיק בה כמו מן ההפקר גם בכהאי גוונא אין המרא קמא יכול להתעצם כנגדו ולדחותו מן הקרקע, וחשבינן כאילו מחל לו, ובתירוץ שני כתבו דאפילו אם נאמר דליכא דין ויתור הטענה כנגד מי שבא לזכות מחדש, ובכהאי גוונא גם שתקן יכול לסלק המחזיק, מכל מקום איכא לפרש סלקא דעתיה דמקשה דפריך מהיכא דטען מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך, ואע"ג דהך טענה גרועה ביותר שהרי המחזיק בעצמו לא ראה הקנין ולא ראוהו שדר בו, מכל מקום טענה כל דהו אית כאן, ואפילו טענה גרועה כזו תועיל לו במקום שתקן שויתר זכות טענה שלו, ועל זה משני דאף כנגד שתקן בעינן על כל פנים טענה מעליא ושוב אין המרא קמא טוען כנגדו אף אם אית ליה טענה נצחת.

ויתיישב היטב לפי זה מה שכתבו התוס' דהא דפריך אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה דרצה לומר וממילא אינו צריך למחות וחזקתו לאו חזקה, ולא היה ניחא להם לפרש כפשוטו דקאי על עצם המחאה, וכמו שפירשו בסוגיא דלקמן, כנ"ל, דכיון דהשתא קאי אליבא דהולכי אושא דחזקת שלש שנים הוי מדין הוחזק שתקן, דהיינו שעל ידי שתיקתו ויתר זכות טענה שלו, כמש"נ, אם כן אי אפשר לומר דמחאה שלא בפניו לא הוי מחאה, דכיון דעומד וצווח לפני בית דין או לפני עדים במקום אחר דאין רצונו לוותר על זכות טענה שלו למה לא נאמינוהו על כך, ובדאי לא נחזיקנו לשתקן שויתר על זכותו לטעון בכהאי גוונא, ואי איכא לפרש קושית הגמרא הכי איכא לפרשה, דאדרבה כיון דילפינן משור המועד דלא סמכינן על קלא אם כן אם ימחה שלא בפניו הרי לא תגיע מחאתו להמחזיק, וממילא אם לא מיחה לא חשבינן לה שתיקה וויתור הטענה, דשתיקה שלא בפניו לאו שתיקה היא, וחזקתו לא הוי חזקה, אבל מחאה שלא בפניו בודאי מהני לגלות דעתו דאינו רוצה לוותר על זכותו לטעון, וכל זה הוא אליבא דהולכי אושא דיסוד החזקה הוי שתיקת הבעל וויתור טענותיו, אבל לקמן קאי אליבא דרבנן דיסוד החזקה הוי ההוכחה מדלא מיחה, ולמחאה זו בודאי בעינן מחאה בפניו, שהרי המחאה באה להורות על בעלותו ולא רק לגלות דעתו וכונתו במה ששתק, והתם בודאי עדיף לפרש כפשוטו דקושית הגמרא היא על עצם המחאה שלא תהא מחאה, וכמו שכתבו התוס' שם, כנ"ל.

פרק ה

בו יבוארו דברי התוס' דהולכי אושא ילפי חזקת שלש שנים משור המועד וכששתק שלש שנים הוחזק שתקן ושלא ימחה עולמית, ומהני משום שמבטלת המוחזקות של חזקת מרא קמא ונעשה המחזיק מוחזק בהקרקע, ויוכיח דכן היא גם שיטת רש"י.

[**בבא בתרא כח.**] אמר רבי יוחנן שמעתי מהולכי אושא שהיו אומרים מנין לחזקה שהיא שלש שנים משור המועד מה שור המועד כיון שנגח שלש נגיחות נפק ליה מחזקת תם וקם ליה בחזקת מועד הכא נמי כיון דאכלה תלת שנים נפק לה מרשות מוכר וקיימא לה ברשות לוקח אי מה שור המועד עד נגיחה רביעית לא מיחייב הכא נמי עד שנה רביעית לא קיימא ברשותיה הכי השתא התם מכי נגח שלש נגיחות הוי מועד ואידך כי לא נגח מאי לשלם הכא כיון דאכלה תלת שנים קיימא לה ברשותיה וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה עד נגיחה רביעית לא מיחייב וז"ל: תימה לר"י דמאי פריך הא הכי יליף משור המועד מה התם הוחזק נגחן שלש פעמים הכא נמי הוחזק שתקן בשלש שנים אם כן משלש שנים ואילך קמה ליה ברשותיה ואומר ר"י דסלקא דעתא דמקשה דהכי יליף מה התם מכי נגח שלש פעמים נפק ליה מחצי נזק לנזק שלם הכא נמי כיון שאכלה שלש שנים ולא מיחה נפקא ליה מרשות מוכר לרשות לוקח אע"ג דמילתא בלא טעמא הוא עכ"ל, יעו"ש.

וצריכים לעיין בכונת התוס' במה שכתבו דאליבא דהולכי אושא ילפינן חזקת מקרקעות משור המועד מה התם בשלש נגיחות הוי בחזקת נגחן הכא נמי בשלש שנים הוי בחזקת שתקן, מה זו חזקת שתקן והיאך מועילה חזקה זו להעביר הקרקע מרשות מוכר ולאוקמה ברשות לוקח.

והיה אפשר לומר דכונת התוס' למה שכתב הרשב"א לקמן (דף כח:) לענין חזקה שאין עמה טענה דשתיקת המוכר שלש שנים מוכחת שמכרה לו, יעו"ש, אכן אי אפשר לומר דהיינו כונת התוס', שהרי כתבו לקמן (דף כח:) בד"ה אלא מעתה דכיון דאכלה שלש שנים ולא מיחה הויא בחזקת שלא ימחה עוד, יעו"ש, והיינו דהחזקת שתקן היא שישאר בשתיקתו עולמית, ואם כדברי הרשב"א דשלש שנים של שתיקה מוכחת שמכרה לו למה לן שישתוק עולמית, והרי כבר הוכיח שמכרה לו בשתיקתו שלש שנים, ואין לומר דשתיקה עולמית הוי הוכחה על שמכרה לו, ולאחר ששתק שלש שנים חזקתו שישתוק עולמית והרי זו הוכחה שמכרה לו, דגם זה לא יתכן, דאם כן כשבא לאחר שלש שנים לערער על הקרקע הרי הוכחשה החזקה ונסתרה, דערעור סותר החזקה כמו הכחשה דבא הרוג ברגליו, דהא חזינן דלא שתק עולמית אלא מיחה ומיחה, ואזלא ההוכחה על מכירת הקרקע.

ונראה לבאר דברי התוס' דהנה בחזקת מרא קמא יש שני ענינים, חדא דמה שהקרקע הוחזקה בידו והיתה ידועה שהיא שלו זה מחייב דנחזיקנה שעדיין היא שלו כמות שהיתה מעיקרא, והרי זו ראיה שהמרא קמא הוא הבעלים, ועוד איכא ענין אחר

דקרקע בחזקת בעליה עומדת, דאע"ג דבמטלטלין זה שתפוס בהן בידו הוא המוחזק בהן, וכל הטוען כנגדו נחשב שבא להוציא מן המוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה, ומספק אל תוציאנו מידו, אכן בקרקע זה שידוע להיות בעליה הוא המוחזק בה, ולא זה שהוא יושב בה, ואם טוען שלקחה ממנו הרי הוא בא להוציא מן המרא קמא שהוא המוחזק בה ועליו להביא ראיה, ונשאר הקרקע ביד המרא קמא, לא מפני שיש לנו ראיה שהקרקע היא שלו אלא מפני שהקרקע בחזקתו, ואין להוציאה ממנו אלא בראיה.

והשתא נראה דאע"ג דהמרא קמא הוא הנחשב מוחזק בהקרקע היינו דוקא כשהוא עלול לעמוד על זכויותיו ולהרעים על מי שבא בגבולו, אבל אם תכונת המרא קמא הוא לפחוד ולשתוק כשאחרים יושבים בנכסיו ואוכלים פירותיו, הרי הקרקע יוצאת מחזקתו ואינו נחשב עוד שהוא מוחזק בה, ואע"פ שלא מחל אפילו על פרוטה אחת ולא נתיאש מנכסיו כלל, מכל מקום אם אדם זה שותק בפני המחזיקים אי אפשר לומר שמכח בעלותו הוא נחשב כאילו הוא תפוס בהקרקע והיא מוחזקת ידו, ומכל מקום אין לנו שום ראיה משתיקתו שמכרה לו.

וזהו מה שכתבו התוס' דכיון דשתק שלש שנים הוחזק שתקן, כי היכי דשור שנגח שלש פעמים הוחזק נגחן, וכיון שהוחזק שתקן נקטינן שישתוק עולמית ולא ימחה עוד, ומרא קמא שהוחזק לכך שהוא שותק ואינו לוחם אינו נחשב מוחזק מדין קרקע בחזקת בעליה עומדת, כמש"נ, וכיון שיצא מחזקת המרא שוב הויה לה בחזקת המחזיק, דבמקום דליכא מרא קמא הרי המחזיק נעשה מוחזק אפילו אם דר בה חד יומא, ונמצא שלאחר שעברו שלש שנים של שתיקה הרי הקרקע בחזקת המחזיק ולא בחזקת המרא קמא, והמרא קמא הוא המוציא ועליו להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה הרי הדבר נשאר בספק אם מכרה לו אם לא, שהרי זה טוען לא מכרתיה וזה טוען לקחתיה ממך, וגם בלי שום הכרע על הספק הקרקע נשארת ביד המחזיק שהוא המוחזק בה, ואין הראיה של מרא קמא מספקת להוציא מיד המוחזק, והגם דחזינן שלא שתק עולמית אלא בא וערער, מכל מקום כששתק שלש שנים הוחזק שתקן ושישתוק עולמית, ובאותה שעה אבד חזקתו ועברה הקרקע לחזקת המחזיק, וזכה בה מדין מוחזק, כמש"נ, והשתא שבא לערער הרי משנה טבעו וחוזר מחזקתו, כמו שור נגחן שלא נגח דהוא משנה טבעו וחוזר לתמותו כן זה שערער משנה טבעו וחוזר למצבו שאינו שותק, אבל עד ששינה טבעו וערער עדיין היה בחזקת שתקן ואבד חזקתו וזכה בה המחזיק, כמש"נ.

וכן מדויק נמי מדברי רש"י (דף כח.) בד"ה שדה בית הבעל על הא דתנן שדה הבעל חזקתה שלש שנים ואינן מיום ליום רבי ישמעאל אומר שלשה חדשים בראשונה שלשה חדשים באחרונה וכו', ובמסקנת הגמרא לקמן (דף כח:) אמרינן מאן הולכי אושא רבי ישמעאל, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: ויש לו עדים שזרעה באותן שלשה חדשים וכן בשלשה חדשים ראשונים של אחרונה הרי זו חזקת שלש שנים רצופות שאין לך אדם הרואה את חבירו שזורע את שדהו לאכול פרי העשוי לשנה ושותק עכ"ל, יעו"ש, ולא

כתב רש"י שאין לך אדם הרואה את חברו זורע שדה שלש שנים ושותק, ומשמע מדבריו דאפילו שנה אחת אינו שותק, ואם כן יש לעיין למה לא הוי חזקתו עד שלש שנים, אלא נראה דרש"י אזיל בשיטת התוס' דלרבי ישמעאל חזקת שלש שנים היא להחזיקו בשתקן, ולכן אע"ג דאין הנהגת בעלים לשתוק כשאדם אחר אוכל פירות העשוי לשנה לא אבד בזה דין מוחזק שלו, דרק כשרואים שהוא שתקן ולא ימחה עולמית רק אז לא נחשב עוד שהקרקע בחזקת בעליה, ובאמת גם שתיקת שנה אחת לא הוי כדרך בעלים, אכן אין בזה ראייה שמכרה, וגם לא הוחזק שתקן שלא ימחה עולמית, ועדיין קרקע בחזקת בעליה עומדת, כמש"נ.

וגם מדברי רש"י לקמן בסוגיין (דף כח:) בד"ה ומשני מוכח דס"ל כדברי התוס', וז"ל: טעמא מאי אמרינן שלש שנים מפקי לה מחזקת מרא קמא דאמרינן דלמא כדאמר איהו זה אומר לקחתיה ממך וזה אומר גזלתה ממני ואין אנו יודעין האמת עם מי אתיא חזקת שלש שנים ומוקי לה ברשותיה ואמרינן דלמא קושטא הוא כדקאמר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דאין החזקה ראייה שמכרה לו אלא עדיין הדבר תלוי בספק ואמרינן דלמא קושטא הוא כדקאמר, ומוקמינן הקרקע ברשותיה מספק, ומבואר דהחזקת שלש שנים מסלקת דין מוחזק דמרא קמא דקרקע בחזקת בעלה עומדת, וממילא היא בחזקת המחזיק, והרי היא נשארת בידו מספק.

ולפי זה נוכל לבאר מה שכתבו התוס' בתירוצם דסלקא דעתיה דמקשה דילפינן מה נגיחה בשלש פעמים יצא מחצי נזק לנזק שלם אף אכילת שלש שנים מוציאים מרשות מוכר לרשות לוקח אע"ג דמילתא בלא טעמא הוא, כנ"ל, וקשה דאם הוא מילתא בלא טעמא מה מחייב אותנו למילף משור המועד, הא אין כאן לא גזירה שוה ולא היקש אלא מה מצינו בלבד, והיינו דהסברא נותנת דנלמד משור המועד, והלא הוי מילתא בלא טעמא, אלא נראה דבודאי גם המקשה ידע דילפינן דכי היכי דשלש נגיחות קובעות שנשתנה טבע השור ונעשה נגחן כן שלש אכילות קובעות שנשתנה טבע הבעלים ונעשה שתקן ואבד חזקתו, אלא דסלקא דעתיה דמקשה דאע"ג דנשתנה טבע השור ונעשה נגחן אין שינוי הטבע משנה הדין עד שיתנהג פעם אחת בטבע שנשתנה, ואע"ג דדבר זה הוא מילתא בלא טעמא, והוא הדין בקרקע, דאע"ג דבשלש שנים התחזק כשתקן, מכל מקום צריכים שיתנהג עוד שנה בטבעו החדש, ורק אז תצא הקרקע מחזקתו, ושפיר גמרינן דבשלש פעמים נעשה שתקן, וילפינן נמי דלא סגי בהיותו שתקן אלא שיתנהג בשתיקתו שנה אחת, ואע"ג דהוי מילתא בלא טעמא.

והנה עיין לקמן (דף כט.) בתוס' בד"ה שתא קמייתא וז"ל: דודאי דרבי ישמעאל דאזיל בתר אכילות שפיר מצי למיגמר משור המועד דמה התם הוחזק נגחן בשלש פעמים אף כאן בשלש אכילות אם לא שמכרה לו היה מקפיד וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכתבו התוס' דאליבא דרבי ישמעאל, דהיינו הולכי אושא, שלש אכילות הוה להו ראייה והוכחה שמכרה להמחזיק, והיינו כדברי הרשב"א הנ"ל, ולכאורה פליגי על דברי התוס' בריש סוגיין דמועילות משום חזקת שתקן, שהרי כתבו התוס' דחזקת שתקן היינו שלא ימחה עוד, ואליבא דהרשב"א אין חזקתו תלוי במה שהמרא קמא לא ימחה

אלא בהוכחה היוצאת ממה שלא מיחה שלש שנים, כמש"נ.

פרק ו

בו יובאו דברי הרמב"ן בביאור הא דסלקא דעתא דמקשן דאין קרקע נכנסת לחזקת מחזיק עד שנה רביעית, ויבוארו דברי הריטב"א דבשנה רביעית דיינין להו כל דאליס גבר שיש כאן הוכחה לצד זה של המרא קמא ויש גם כן הוכחה לצד זה של המחזיק.

[**בבא בתרא כח.**] אמר ר' יוחנן שמעתי מהולכי אושא שהיו אומרים מנין לחזקה שהיא שלש שנים משור המועד מה שור המועד כיון שנגח שלש נגיחות נפק ליה מחזקת תם וקם ליה בחזקת מועד הכא נמי כיון דאכלה תלת שנין נפק לה מרשות מוכר וקיימא לה ברשות לוקח אי מה שור המועד עד נגיחה רביעית לא מיחייב הכא נמי עד שנה רביעית לא קיימא ברשותיה הכי השתא התם מכי נגח שלש נגיחות הוי מועד ואידך כי לא נגח מאי לשלם הכא כיון דאכלה תלת שני קיימא לה ברשותיה וכו', יעו"ש.

וכתב הרמב"ן וז"ל: אבל נראה שלכך הקישום לומר שכשם ששור המועד כיון שנגח שלש נגיחות יצא מאותה חזקה של תמות אף כאן יצאה שדה זו מחזקה של מוכר וכיון שיצאה מחזקתה עליו להביא ראיה שלא מכרה שהרי זה מוחזק ועומד והיינו דאקשינן אי מה שור המועד עד נגיחה רביעית וכו' כלומר אע"פ שיצא מחזקה של תמות לא נכנס לחזקה של מועדות עד פעם רביעית הכא נמי לא נכנס שדה זה בחזקת הלוקחו עד שנה רביעית אע"פ שיצאת מרשות המוכר והיאך הוא נאמן לגמרי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ובריטב"א הרחיב קצת על מה שכתב הרמב"ן דהיאך הוא נאמן לגמרי, וכתב דנימא כאן כל דאליס גבר, יעו"ש.

ויש להקשות לדברי הרמב"ן דהרי הא דבעינן חזקת שלש שנים היינו רק להוציא מחזקת המרא קמא, אבל שלא במקום מרא קמא אהני תפיסתו בהקרקע אפילו חד יומא להחזיקו, והמרא קמא עצמו אינו צריך להוכיח בעדים אלא שהיתה הקרקע בחזקתו חד יומא ושוב מוציא מן המחזיק אם לא החזיק בה שלש שנים, ואם כן כיון דילפינן משור המועד דאחר שלש שנים יצא מחזקת המרא קמא היאך תסיק אדעתין דיצטרך עוד שנה רביעית, ולמה לא תועיל לו תפיסתו מיד הואיל ולא הוי במקום חזקת מרא קמא.

ונראה דהנה מצינו שני דינים בחזקת מרא קמא, חדא הוא הראיה שבה דכיון דידעינן שהיה שלו מכבר נקטינן דעדיין הוא שלו, וכמו כל חזקה דמעיקרא דמוקמינן אחזקתו, ועוד יש בזה דין נוסף דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ובעל הקרקע הוא הנחשב מוחזק בהקרקע אע"פ שאינה תחת ידו, ולא דמי למטלטלין דתפיסתו בהן מחזיקתן, אלא תפוס במקום מרא קמא לאו מידי הוא, ועדיין נחשבת הקרקע בחזקת המרא קמא, ורק במקום דליכא מרא קמא יכול להחזיק בקרקע על ידי תפיסה בלבד.

ולפי זה יש לומר דסלקא דעתא דהמקשה דשלש שנים מוציאות ממוחזקת דחזקת המרא קמא אבל לא מהראיה דחזקת מרא קמא, ועיימש"נ בש"ז פ"ה, ואע"ג דהקרקע לא הוי עוד ברשות המרא קמא, מכל מקום אית לן הוכחה מעליא ממה שהיתה שלו מכבר שעדיין היא שלו, והוכחה זו מעכבת המחזיק מלהחזיק בה בתורת מוחזק, ורק

על ידי שנה רביעית נסתלק המרא קמא לגמרי ונתבטלה אף הראיה דחזקת מרא קמא ונכנסת הקרקע לחזקת המחזיק, אי נמי יש לומר דלאחר שנה רביעית איחזק המחזיק להיות מוחזק אע"ג דאיכא ראית מרא קמא כנגדו, ושוב נשאר בידו, דלא אלימא ראיה דמרא קמא להוציא מן המוחזק, אבל בין שנה שלישית לרביעית אין בה מוחזק כלל, דכבר יצאה מחזקת המרא קמא, אכן כיון דעדיין אית לן ההוכחה דמרא קמא לא נכנסה לחזקת המחזיק, כמש"נ.

אולם כי היכי דאיכא הוכחה לצד המרא קמא מדין חזקה דמעיקרא איכא נמי הוכחה להמחזיק מתפיסתו, דנהי דאין תפיסתו מחזיקתו לתת לו תורת מוחזק, מכל מקום שפיר אית בזה הוכחה דמה שתחת ידו שלו, ורק דלא נכנסה לחזקתו בשביל כך, ונמצא דבין שנה שלישית לרביעית כבר יצאה הקרקע מחזקת מרא קמא ולא נכנסה עדיין לחזקת המחזיק, ואיכא הוכחה לצד זה ואיכא נמי הוכחה לצד זה, והרי הדבר עומד בספק, ואין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו, והיה צריך להיות הדין דכל דאלים גבר, וכמו שכתב הריטב"א, כנ"ל.

פרק ז

בו יבוארו דברי התוס' דאע"ג דבשלש שנים של שתיקה הוחזק שתקן ילפינן משור המועד דלא אבד חזקתו עד שנה רביעית כמו בשור המועד, ואע"ג דהוי מילתא בלא טעמא, ויתבאר מה דלא ילפינן מהא דלרבן שמעון בן גמליאל בשלש פעמים הוה חזקה.

[**בבא בתרא כח.**] אי מה שור המועד עד נגיחה רביעית לא מיחייב הכא נמי עד שנה רביעית לא קיימא ברשותיה הכי השתא התם מכי נגח שלש נגיחות הוי מועד ואידך כי לא נגח מאי לשלם וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה עד נגיחה רביעית לא מיחייב וז"ל: תימה לר"י דמאי פריך הא הכי יליף משור המועד מה התם הוחזק נגחן שלש פעמים הכא נמי הוחזק שתקן בשלש שנים אם כן משלש שנים ואילך קמה ליה ברשותיה ואומר ר"י דסלקא דעתיה דמקשה דהכי יליף מה התם מכי נגח שלש פעמים נפק ליה מחצי נזק לנזק שלם הכא נמי כיון שאכלה שלש שנים ולא מיחה נפקא ליה מרשות מוכר לרשות לוקח אע"ג דמילתא בלא טעמא הוא עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי התוס' דהיאך סלקא דעתיה דמקשה דילפינן מה נגיחה בשלש פעמים יצאה מחצי נזק לנזק שלם אף אכילות שלש שנים מוציאים מרשות מוכר לרשות לוקח אע"ג דמילתא בלא טעמא הוא, והלא אם הוא מילתא בלא טעמא מה מחייב אותנו למילף משור המועד כלל, הא אין כאן לא גזירה שוה ולא היקש אלא מה מצינו בלבד, והיינו דהסברא נותנת דנלמד משור המועד, ואם הוא מילתא בלא טעמא מה ראו הולכי אושא למילף משור המועד.

והנה מדברי התוס' מבואר דאף לפי מאי דס"ל להמקשה דלא הוי מועד עד נגיחה רביעית כבר הוחזק נגחן בשלש נגיחות, ועל זה הקשו דמה בכך דשור נגחן לא נעשה מועד עד נגיחה רביעית, הלא כיון שנגח שלש פעמים הוחזק נגחן, וכן נמי בחזקת קרקעות היה לנו לומר דאם שתק שלש שנים הוחזק שתקן, ומבואר דאע"ג דהוחזק נגחן בשלש נגיחות לא חל עליו שם נגחן עד נגיחה רביעית, והביאור בזה יש לומר דעל ידי מה שהוחזק בשלש פעמים אין לנו הוכחה אלא שעלול ליגח בפעם הרביעית, אבל אין לנו הוכחה שנשתנה טבעו ונעשה נגחן ועלול ליקח עולמית, וכן כל היכא דאמרין הוחזק בשתי או שלש פעמים אין זו הוכחה אלא לפעם שלישית או רביעית, ובודאי חל על בעל השור חיוב שמירה נוספת כשנגח שלש נגיחות והוחזק נגחן, שהרי יש לו לחוש שאם יפגש בשור אחר יגח לו, אבל לא חל עליו שם מועד ואין בו תורת תשלומי נזק שלם עד נגיחה רביעית, ועיין בתוס' ביבמות (דף סה.) בד"ה ושור המועד שכתבו דאפילו לרבי דאית ליה חזקה בשתי פעמים לא נעשה מועד עד נגיחה שלישית, יעו"ש, והיינו כסברת המקשה דאע"ג דהוחזק נגחן צריך עוד נגיחה אחרת להחזיקו נגחן, ואז נקטינן שעלול ליגח עולמית, וחל עליו שם מועד ודינו לשלם נזק שלם, ועל זה הקשו התוס' דכיון דעל כל פנים כבר הוחזק נגחן בנגיחה שלישית נילף ממנו דבשלש שנים הוחזק שתקן ואבד חזקתו, דשוב לא נאמר בו קרקע בחזקת בעליה עומדת, ועיימש"נ

בש"ז פ"ה.

ועל זה תירצו התוס' דאין הוחזק שתקן מספיק להפסיד דין מוחזק שלו דהא בעינן שננקוט בו שישתוק עולמית, כמו שכתבו התוס' לקמן (דף כח:) בד"ה אלא מעתה חזקה וכו' דאמרינן כיון שלא מיחה לא ימחה עוד, יעו"ש, ולזה בעינן גבי שור המועד נגיחה רביעית, דאז נשתנה דינו וחל עליו שם נגחן ונקטינן שעלול ליגח לעולם, ואע"ג דמילתא בלא טעמא הוא דבשלש נגיחות אין לנו לנקוט שיגח עולמית ובארבע נגיחות נקטינן שעלול ליגח עולמית, אלא כך חידשה תורה דבפעם רביעית נשתנה דינו וחל עליו שם נגחן וממילא אמרינן שיגח עולמית, אם כן יש לנו למילף לחזקת קרקעות דאע"ג דבשלש שתיקות אין לנו לומר שחל עליו שם שתקן ונקטינן שישתוק עולמית, מכל מקום כיון ששתק שנה רביעית חל עליו שם שתקן מלבד מה שהוחזק שתקן, כמו גבי שור המועד בנגיחה רביעית, ואז אמרינן דכיון שלא מיחה לא ימחה עוד עולמית, ושוב לא נחשבת הקרקע בחזקתו, כמש"נ.

והנה גם לפי המסקנא, דבשלש נגיחות נעשה השור מועד וכי לא נגח מאי לשלם, עדיין צריכים לומר דבשלש נגיחות יש שני דינים, חדא דבשלש נגיחות הוחזק נגחן ועוד דחל עליו שם מועד ונשתנה שם המזיק של השור וחל עליו שם שור נגח והוחזק ליגח עולמית, דאם לא כן אלא דלפי המסקנא ליכא אלא הוחזק נגחן בלבד, למה צריך למילף משור המועד, דהא רבן שמעון בן גמליאל ס"ל לענין כמה דברים דבשלש פעמים הוי חזקה, כדאיתא בסנהדרין (דף פא:), יעו"ש, ובכמה מקומות, ונימא דכן הוא נמי בחזקת קרקעות דבשלש שתיקות הוחזק שתקן, ומה מוסיף לנו הילפותא משור המועד.

אלא נראה דהא דבשלש פעמים הוחזק לרבן שמעון בן גמליאל, אין זה רק בנוגע לפעם האחרת אבל לא שיהא כן עולמית, כמש"נ, ואין השתקן מפסיד חזקתו אלא כשהוחזק לן שישתוק עולמית, כמו שכתבו התוס' לקמן (דף כח:) בד"ה אלא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פ"ה, אכן בשור המועד חזינן דאחר שלש נגיחות חל עליו שם מועד ונגחן ונקטינן שיגח עולמית, וכן נמי בחזקת קרקעות כיון ששתק שלש פעמים חל עליו שם שתקן ונקטינן שישתוק עולמית, ושוב לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת, כמש"נ, וכמו דאליבא דרבי דאית ליה הוחזק בשני פעמים עדיין בעינן נגיחה שלישית לקבוע שם מועד, כמו שכתבו התוס' ביבמות, כנ"ל, כמו כן נמי לרבן שמעון בן גמליאל איכא שם מיוחד של מועד גם לפי המסקנא, אלא שהשם מועד בא ביחד עם נגיחה שלישית.

פרק ח

בו יבוארו דברי התוס' דרך להולכי אושא דילפינן חזקת שתקן מחזקת נגחן סלקא דעתין שהקרקע נשאר ביד המחזיק בטענות גרועות, ויתבאר המשך דבריהם דרך לפי מה שכתבו בזה הוקשה להם דתפשוט מהכא דלאיעודי תורא הוא ולא לאיעודי גברא.

[**בבא בתרא כח:**] אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה אלמה תנן כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה טעמא מאי דאמרינן דלמא כדקאמר השתא איהו לא טעין אנן ליטעון ליה, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה וז"ל: תימה מאי סלקא דעתיה דמקשה דהיכי מצי לאוקמי בידיה כיון דלא טעין מידי ויש לומר דהכי פריך כיון דילפת משור המועד מה התם בשלש נגיחות הוי בחזקת נגחן הכא נמי כיון דאכלה שלש שנים ולא מיחה הויא בחזקת שלא ימחה עוד ובלא טענה נמי תהא שלו דאית לן למימר שמחל לו אי נמי הא דקא פריך למימרא דחזקה שלא בטענה תהא חזקה היינו כגון דאמר ליה מפלניא זבנתה דזבנה מינך אע"ג דלא אמר קמי דידי זבנה ולא דר בה אפילו חד יומא ולא ידע אי זבנה מיניה אי לא אלא דהכי אמר ליה תימה לרשב"א הא דמיבעיא לן בפרק כיצד הרגל וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי התוס' דהנה לפי מאי דמסיק אליבא דרבנן דחזקת שלש שנים לא ילפינן משור המועד, אלא סברא היא דמדלא מיחה מכרה לו, לא פריך אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תיהוי חזקה, ואף אם טען מסתמא מחלת לי או מפלניא זבנתה דאמר לי דזבנה מינך לא הויא חזקה, והיינו טעמא משום דהני טענות גרועות נינהו שאינו טוען ברי שהקרקע שלו, ולכן לא מהניא לו החזקה, ואם כן למה סלקא דעתיה דמקשה דאהני לו טענות גרועות כשחזקתו נלמדת משור המועד דכשם שהשור הוחזק נגחן בשלש נגיחות הכא נמי הוחזק שתקן בשלש שנים.

והדבר מובן עפ"י ש"נ בש"ז פ"ה דחזקת שתקן לא הוי הוכחה שמכר לו את הקרקע אלא דכל בעלים שחזקתו לשתוק עולמית ולא לעמוד על ממונו וללחום כנגד הבא לגזול ממנו אין לו דין מוחזק על הקרקע, ולא אמרינן ביה קרקע בחזקת בעליה עומדת, וממילא נעשה המחזיק מוחזק על הקרקע, ומספק נשאר בידו, וסלקא דעתיה דמקשה דבטענה גרועה נמי נחשבת הקרקע שמוטלת בספק וממילא תישאר ביד המחזיק שהוא המוחזק, ומשני דטענה גרועה אינה נחשבת לכלום, וליכא ספק כלל, וממילא מוקמינן לה ביד המרא קמא שיש לו הוכחה שהיא שלו ממה שהיתה שלו מכבר, ואע"ג דאין לו דין מוחזק על הקרקע הואיל והוחזק שתקן, כמש"נ, ולא מהני לו להמחזיק מה שהקרקע מוחזקת בידו כיון דבלי טענה מעולה ממנו אין לנו אפילו ספק אם הקרקע היא שלו אלא בודאי היא של המרא קמא, כמש"נ.

וכל זה הוא אליבא דהולכי אושא דחזקת שלש שנים מחזיקתו כשתקן ואבד דין מוחזק שלו ועברה הקרקע לחזקת המחזיק להיות מוחזק בה, וסלקא דעתין דגם על ידי טענה גרועה איכא ספק והקרקע נשאר ביד המחזיק מספק, אבל לפי מה דמסיק

אליבא דרבנן דחזקת שלש שנים הוי ראייה לטענתו אם כן פשיטא לן דבעינן טענה מעולה לכך, וצריך לטעון לקחתיה, שהרי אין הקרקע נשאת בידו מספק אלא מתורת ודאי.

ובמה שכתבו התוס' דסלקא דעתיה שעל ידי חזקת שתקן תישאר הקרקע ביד המחזיק בלי טענה דאיכא למימר מסתמא מחל לו, כנ"ל, יש לדקדק קצת דהא אם באמת מחל לו הרי המחזיק צריך לעשות בו מעשה קנין, והיאך זכה בהקרקע בחזקת שלש שנים, והלא לא עשה בה מעשה קנין, ואין לומר דהמעשה קנין הוא מה שזרע ואכל פירותיה דהא באותה שעה עדיין לא החזיק בה שלש שנים ולא היתה לנו הוכחה שמחל לו, ודוחק לומר דאין הקרקע נשאת בידו אלא כשרץ מיד אחר שנגמרה החזקת שלש שנים ונעל גדר ופרץ לשם קנין.

אולם איכא למימר דענין מעשה קנין דקרקע הוא מעשה הוראת בעלות, וכל שמראה עצמו כבעלים קונה היכא דאיכא דעת מקנה ואמר לו לך חזק וקני, ולפי זה יש לומר דזה שישב בתוך הקרקע שלש שנים שלימות וזרעה ואכל פירותיה הרי הוא בעצם במצב של הוראת בעלות, ומיד שהבעלים מחל לו ונתן לו רשות לקחת אותה לעצמו הרי נקנית לו הקרקע מיד, שהרי הוא בעצם במצב של הוראת בעלות ואינו צריך מעשה נוספת להורות על כך, וקונה אפילו אם אינו בתוך הקרקע בשעת המחילה, וכן לכאורה מבואר מדברי התוס' בבבא מציעא (דף טו:): בד"ה דמית לוקח, ועיימש"נ בשופרא דשעבודא ש"ח פ"ט.

והנה בהמשך דבריהם כתבו התוס' וז"ל: תימה לרשב"א הא דמיבעיא לן בפרק כיצד הרגל (ב"ק כד.) אי לאיעודי תורא אי לאיעודי גברא תפשוט מהכא דלאיעודי תורא הוא מדקאמרי הולכי אושא מה שור המועד כיון שנגח שלש נגיחות נפקא ליה וכו' ואי לאיעודי גברא לא מייעד עד נגיחה רביעית דאז הוא מועד לעבור בהתראות דכשנגח נגיחה שלישית והתרו בו עדיין לא עבר על שלש התראות עד שיגח פעם רביעית ויש לומר דסוגיא דהכא כמאן דאמר לאיעודי תורא והולכי אושא לא אמרו אלא דגמרינן משור המועד ולא יותר וילפינן משלש התראות דגברא ולא משלש נגיחות דתורא ועוד דלמאן דאמר לאיעודי גברא אין צריך שיהו מוחזקות לעבור בהתראות דאם כן עד נגיחה חמישית לא יחייב אלא צריך שיוודיעוהו בכל פעם כשיגח כדי שישמור שורו ומכל מקום חיובא דשור תליא במה שהוחזק ליגח עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בהמשך דברי התוס' דלמה לא הקשו מיד על הגמרא בריש סוגיין דקאמר מה שור המועד כיון שנגח שלש נגיחות נפק ליה מחזקת תם וקם ליה בחזקת מועד וכו' דתפשוט מינה דלאיעודי תורא ולא לאיעודי גברא, ולמה נטרו עד אחר שפירשו דאליבא דהולכי אושא חזקת שלש שנים היא להחזיקו כשתקן ורק אז הקשו בשם הרשב"א תפשוט מהכא דלאיעודי תורא, כנ"ל.

ויש לומר דלולי דברי התוס' דכי היכי דעל ידי שלש נגיחות הוחזק נגחן הכא נמי על ידי שתיקתו בשלש אכילות הוחזק שתקן היה אפשר לומר דילפינן משור המועד דכי היכי דבשלש נגיחות משלם נזק שלם הכא נמי בשלש שנים עברה הקרקע מן המוכר

להלוקח, ואין זה כלל משום השתנות שום טבע אלא מטעמא אחרינא, ואם כן אפשר לאוקמי להולכי אושא בין למאן דאמר לאיעודי תורא בין למאן דאמר לאיעודי גברא, אבל מכיון שכתבו התוס' דכמו דשלש נגיחות מחזיקות השור כנגחן כן שלש שתיקות מחזיקות הבעלים כשתקן, כמש"נ, אז חזינן דס"ל לאיעודי תורא, דאי לאיעודי גברא, דהיינו להחזיקו שלש פעמים לעבור בהתראות, לזה בעינן ד' נגיחות ולא סגי בשלש נגיחות, דעד נגיחה רביעית לא עבר על התראה השלישית.

ותירצו התוס' בתירוצם הראשון דהולכי אושא לא אמרו אלא דילפינן חזקת שלש שנים משור המועד ולא יותר, וסוגיא דידן הוסיפה מה שור המועד כיון שנגח שלש נגיחות וכו', ולשון זה בודאי מוכיח דלאיעודי תורא, אבל באמת יש לפרש דברי הולכי אושא גם למאן דאמר לאיעודי גברא, ויש לעיין היאך היינו למדים חזקת שלש שנים מהעדאה דגברא, וכתב המהרש"א דהיינו אומרים לאיעודי גברא לאו היינו דהוא לעבור בהתראות אלא דצריך להיות מותרת שלש פעמים, ולא בעינן נגיחה רביעית להעדאתו אלא דכי לא נגח מאי ישלם, כדקאמר בגמרא, יעו"ש.

אכן קשה דמדברי התוס' משמע דרק בתירוץ השני חזרו בהם ממה שכתבו בהקושיא דלאיעודי גברא היינו מועד לעבור התראות, אלא דמה שדחקו להמהרש"א לפרש כן הוא משום דהוקשה לו היאך היינו למדים חזקת שלש שנים משור המועד למאן דאמר לאיעודי גברא וצריך להיות מועד לעבור בהתראות, הלא לפי זה בעינן ארבע נגיחות והיאך נילף מזה חזקת שלש שנים, לכן כתב דלפי תירוץ התוס' לא בעינן העדאה לעבור בהתראות אלא העדאה להיות מותרת, ולזה סגי בשלש פעמים, ושפיר ילפינן חזקת שלש שנים.

אולם נראה דלפי תירוץ הראשון של התוס' שפיר איכא למילף חזקת שלש שנים מארבע נגיחות דהעדאת השור למאן דאמר לאיעודי גברא, דבארבע נגיחות איכא שלש עבירות על התראה, ושפיר ילפינן מיניה שלש שתיקות להחזיקו כשתקן, ובהגמרא כמות שהיא לפנינו אין לפרש דאתי כמאן דאמר לאיעודי גברא, דהא אמר כיון שנגח שלש נגיחות נעשה מועד, ולמאן דאמר לאיעודי גברא בעינן ד' נגיחות, אבל שפיר היה אפשר לפרש דברי הולכי אושא אליבא דמאן דאמר לאיעודי גברא, והיה צריך לומר מה שור נעשה מועד בארבע נגיחות כן עוברת הקרקע ללוקח בשלש שנים, וכמש"נ, ובתירוץ השני חזרו התוס' מהא דרצו לומר דלאיעודי גברא היינו שנעשה מועד לעבור בהתראות דאם כן לא יחייב עד נגיחה חמישית, אלא גם להך מאן דאמר עצם ההעדאה וההחזקה היא בהשור שנעשה נגחן, אלא דלמאן דאמר לאיעודי גברא צריך להודיעו על כל נגיחה ונגיחה, ואין זה משום עצם ההחזקה, ולפי זה אתיא סוגיין ככולי עלמא.

פרק ט

בו יבוארו דברי רש"י דסלקא דעתין דמחאה שלא בפניו אינה מחאה משום דילפינן ממועד דבעינן התראה בפניו, אף דהתראה מחזקת השור ומחאה מבטלת החזקה, ויתבאר גם מה שכתב בתירוץ הגמרא דבעינן העדאה בפניו כיון שבאה לחייבו ממון.

[**בבא בתרא כח:**] מתקיף לה רב עזירא אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה דומיא דשור מועד מה שור המועד בפניו בעינן אף הכא נמי בפניו בעינן התם והועד בבעליו כתיב הכא חברך חבא אית ליה וחברא דחברך חבא אית ליה, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה אם מיחה המערער בתוך שלש שנים לפני עדים שלא בפני המחזיק ואמר דעו שפלוני מחזיק בקרקע שלי בגזילה לא תיהוי מחאה דומיא דשור המועד שמעידין ששורו נגחן ובשלש פעמים שהעידו שלא בפניו אינו נעשה מועד אף התראת עדות של מחאה לא תיהוי עדות שלא בפניו דמחאה דומיא דהעדאה היא שהיא התראה לשמור שורו ואף המחאה התראה היא להזהר בראיית זכותו ושטר מכירתו עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק דהיאך מדמינן חזקת קרקע לשור המועד לענין התראה בפני עדים, והלא בשור המועד באה ההעדאה להחזיק השור בנגחן ולעשותו מועד, אבל בחזקת קרקעות באה המחאה לבטל החזקתו של המחזיק, ועיין בתוס' בד"ה אלא מעתה מחאה וכו' שעמדו בזה וכתבו דמכל מקום פריך שפיר, ולא כתבו למה, יעו"ש.

ונראה לבאר עפ"י ש"נ בש"ז פ"ז דמשור המועד ילפינן דמלבד הא דבשלש פעמים הוחזק נגחן חל עליו נמי שם מועד וחזקתו שיגח עולמית, וכן נמי בחזקת קרקעות מלבד הא דהוחזק שתקן בשלש פעמים חל עליו נמי שם שתקן ואמרינן דמדלא מיחה לא ימחה עולמית, כמו שכתבו התוס' (דף כח:) בד"ה אלא מעתה חזקה וכו', יעו"ש, והנה בשור המועד חזינן דלא חל עליו שם מועד אלא על ידי התראה מעולה של העדאה בפניו, ולא בהתראה גרועה של חברך חבא אית ליה, ונמצא דההתראה הנזכרת שבפרשה מחודשת זו היא התראה מעולה, וכן נמי בחידוש זה דילפינן לענין חזקת קרקעות דבשלש שתיקות חל עליו שם שתקן אמרינן דהתראות הנוגעות לכך הן התראות מעולות ולא גרועות, ולכן המחאה שבאה לבטל החזקה צריכה נמי להיות בפני המחזיק, ולכאורה לזה כוונת התוס'.

ועל הא דמשני התם והועד בבעליו כתיב הכא חברך חבא אית ליה כתב רש"י

וז"ל: התם והועד בבעליו אמר רחמנא כו' כלומר לא דמי נהי דגמרינן שלש שנים משלש נגיחות כי היכי דהני מפקי מחזקה הני נמי מפקי מחזקה אבל מחאה מהעדאה לית לן למיגמר דהתם כיון דהעדאה לחייבו ממון על נגיחותיו היא באה ולהעמיד שורו בחזקת מועד בעינן בפני הבעלים שידעו לטעון ולהכחיש העדים ולהביא אחרים להזימן אבל טעמא דמחאה להתרות בו להיות זהיר בזכויותיו היא באה שזה טוען שבגזילה היא בידו הכא אפילו שלא בפניו נמי איתה דחברך חבא אית ליה כו' ויאמרו זה לזה והדבר בא לאזניו ואינו יכול לומר אילו שמעתי הייתי זהיר בראיית זכותי עכ"ל,

יעו"ש.

וביאור הדברים הוא דאין דין העדאה בפניו משום דלענין שור המועד בעינן התראה מעולה, דבאמת גם התראה דחברך חבא אית ליה הוי התראה מספקת, אלא הך דינא דבעינן בפניו לא הוי מדין שור המועד, אלא דין כללי הוא בעדות דבעינן שיעידו בפניו כדי שיוכל להכחישם ולהזימם, ואם כן אין למילף מהתם למחאה שלא בפניו, דהתם העיקר הוא להתרות בו שישמור שטרו, ולזה מספיק התראה של חברך חבא אית ליה, ועיין ברש"י בבבא קמא (דף מד:) בד"ה והועד בבעליו וז"ל: היינו בבית דין דאין העדאה אלא בבית דין עכ"ל, יעו"ש, והוא הדין כללי דהעדאת עדות צריכה להיות בבית דין ובפני הבעל דבר, ובסוגיין הרחיב וכתב טעמו של דבר כדי לבאר למה אין דין זה נוגע לחזקת קרקעות.

פרק י

בו יבוארו דברי התוס' דלהולכי אושא אם מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה אין חזקת המחזיק מועילה אבל אליבא דרבא דטפי מתרתי תלת שני לא מיזדהר איניש בשטריה אם מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה חזקתו מועילה דאומר לו היה לך למחות בפני.

[**בבא בתרא כח:**] אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה דומיא דשור מועד מה שור המועד בפניו בעינן אף הכא נמי בפניו בעינן התם והועד בבעליו כתיב הכא חברך חבא אית ליה וחברא דחברך חבא אית ליה, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אלא מעתה מחאה וכו' וז"ל: פירש ר"י כי היכי דילפת משור המועד דהוי חזקה בשלשה זימני הכי נמי נילף מה שור המועד צריך העדאה בפניו ולא אמר קלא אית ליה ותועיל הכי נמי מחאה שלא בפניו אית לן למימר דלית ליה קלא ולא תהא חזקה אף על פי ששמע החזקה כיון דאין קול למחאה מה היה מועיל אם מוחה כיון שלא תגיע למחזיק מחאתו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולמדו התוס' דהא דקאמר מחאה שלא בפניו לא תהא מחאה כונתו שלא תהא חזקה היכא דהמרא קמא הוא במקום אחר ואינו יכול למחות אלא שלא בפניו, דכיון דאין מחאתו שלא בפניו מחאה אינו צריך למחות כלל, דאיזו תועלת תצא לו ממחאתו, וממילא לא תהא חזקת המחזיק חזקה.

אולם מצינו קושיא זו גם בסוגיא דלקמן (דף כט.) אלא אמר רבא שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה תרתי ותלת מיזדהר טפי לא מיזדהר אמר ליה אביי אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה דאמר ליה אי מחית באפאי הוה מיזדהרנא בשטראי וכו', יעו"ש, ושם מבואר בגמרא דמחאה שלא בפניו לא הוי מחאה ולכן חזקתו חזקה, כדאמר אי מחית באפאי וכו', ואם כן יש לדקדק בדברי התוס' דלמה לא פירשו קושית הגמרא בסוגיין כי ההיא דלקמן, דנימא מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה ואהני חזקתו, ועיין במהרש"א שנדחק ליישב דברי התוס', יעו"ש.

אכן נראה דדברי התוס' מתפרשים היטב לפי שיטתם דאליבא דהולכי אושא ילפינן משור המועד דבשלש שנים של שתיקה הוחזק שתקן ומדלא מיחה לא ימחה עוד, ועיימש"נ בש"ז פ"ה דמה דהוחזק שתקן לא הוי ראייה שמכר לו השדה אלא דכיון שהראה עצמו שאינו לוחם לקיים זכויותיו לא אמרינן ביה קרקע בחזקת בעלה עומדת, ואע"פ שעדיין יש לו חזקת מרא קמא לא הוי עוד מוחזק בשדהו על ידי כך, ולכן אם אמרינן מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה אין לנו להחזיקו כשתקן במה שלא מיחה, דאם היה מוחה לא היה מועיל לו כלום, וכיון שכן לא אבד תורת מוחזק שלו מדין קרקע בחזקת בעליה עומדת וחזקת המחזיק אינה מחזיקתו, אבל לקמן אזיל אליבא דרבא דהמחזיק בקרקע נעשה מוחזק בתפיסתו ורק דאיכא ריעותא דאחוי שטרך, ולאחר שלש שנים אזלא הריעותא דטפי משלש שנים לא מיזדהר איניש בשטרו, ואתי מחאת המערער להזהירו לשמור שטרו אמנם אם מיחה שלא בפניו אין בזה הזהרה וממילא קיימת חזקת המחזיק.

פרק יא

בו יבואר הא דמפרש רב יוסף טעמייהו דרבנן דמצרכי שלש שנים לחזקה ומביא מקור לזה מירמיה שהיה עומד בעשר ומזהיר על אחת עשרה שהזהיר להם לכתוב שטרות שתי שנים לפני הגלות, ואע"ג דגם על דברי ירמיה יש לשאול מנא ידע שכן הוא הדין.

[**בבא בתרא כח:**] לרבנן מאי אמר רב יוסף קרא כתיב שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום וגו' שהרי נביא עומד בעשר ומזהיר על אחת עשרה אמר ליה אביי דלמא התם עצה טובה קא משמע לן וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: ירמיה בשנה העשירית לצדקיהו היה וכו' כי יגלו מן העיר בשנת אחת עשרה כשנלכדה העיר ולא יחזיקו במקח שלש שנים אלא עשירית ואחת עשרה אלמא בהני תרתי שנין לא הוי חזקה מכאן לחזקה שאינה פחותה משלש שנים עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק דהרי הא דקאמר לרבנן מאי היינו דמנא להו דחזקת קרקעות שלש שנים, דאין לומר דילפי לה משור המועד דאם כן בשלש אכילות סגי ולא בעינן שלש שנים, כדמבואר בסוגיא לעיל, ואם כן מהיכן נפקא להו דחזקה בשלש שנים, ומה משני על זה דהרי נביא עומד בעשר וכו', דגם על הנביא עצמו יש לדון מהיכן ידע דחזקה בשלש שנים, דעל כרחך לא יליף לה משור המועד, ואם כן מהיכן היה יודע דין זה, ומה שאנו שואלים לרבנן יש לשאול לירמיה.

עוד יש לדקדק במה שכתב רש"י מכאן לחזקה שאינה פחותה משלש שנים, כנ"ל, אבל אין להוכיח מעובדא דירמיה דחזקה הוי בשלש שנים, דמנא ידעינן דבר כזה, דילמא חזקה היא בחמש שנים, ומשום הכי הזהירם ירמיה לכתוב שטרות ולשומרם, אלא הא מיהא יש לדייק דפחות משלש לא הוי חזקה, ולכן הזהיר ירמיה גם לאלו שאכלו תרתי שני חזקה, אולם קשה דאם כן מנא לן דבאמת איכא חזקה בשלש שנים, דילמא בעינן יותר משלש שנים, ואף דידעינן דאין חזקה פחותה משלש שנים עדיין אין לנו מקור למה שאמרו רבנן במשנתנו דחזקת קרקעות שלש שנים.

והנה יש להסתפק מה היינו אומרים אליבא דרבנן אם לא היה להם מקור דחזקה בשלש שנים, והיה אפשר לומר דהוה אמינא דהמחזיק נעשה מוחזק בהקרקע מיד כשדר בה חד יומא, דכיון שהשתמש בה מעט נעשה כתפוס בה ויש לו דין מוחזק, והמרא קמא בא להוציא ממנו ועליו הראיה, אולם רש"י בד"ה עצה טובה לא פירש כן וז"ל: כלומר לעולם חזקה הויה בשנה אחת וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דבלי שום מקור לחזקת שלש שנים היו רבנן אומרים דנעשה מוחזק בשנה אחת אבל לא בדר בה חד יומא.

ודבריו מתבארים עפ"י ש"ז פ"ה דאליבא דהולכי אושא ילפינן משור המועד דהוחזק שתקן ועל ידי כך המרא קמא מפסיד דין קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואע"ג דדילמא האמת כדבריו מכל מקום מי ששותק כשאחרים אוכלים פירותיו לא נחשב מוחזק על הקרקע, ומבואר מדברי התוס' דאינו מפסיד תורת מוחזק שלו אלא כשהוחזק שתקן וכיון שלא מיחה לא ימחה עוד עולמית, כמש"נ, ולפי זה יש לומר דגם

רבנן דפליגי על הולכי אושא ס"ל מן הסברא דשתקן לא נחשב מוחזק על קרקעו, ולא אמרינן ביה קרקע בחזקת בעליה עומדת, אלא דבלי שום מקור היינו אומרים דבחדא שתיקה סגי להפסיד תורת מוחזק שלו, ולא בעינן שיוחזק שתקן שלא ימחה עולמית, אלא בחדא שתיקה הפסיד תורת מוחזק שלו, ושתיקה דשנה אחת נחשבת שתיקה להפסיד תורת מוחזק שלו, דאין לך אדם הרואה את חברו שזורע את שדהו לאכול פרי העשוי לשנה ושותק כמו שכתב רש"י במשנתנו לעיל (דף כח.) בד"ה שדה בית הבעל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פ"ה, ומשום הכי כתב רש"י דלולי ההוכחה מירמיה היתה חזקת קרקעות בשנה אחת ולא בדר בה חד יומא, דבעינן שתיקה, ולשתיקה בעינן פרי העשוי לשנה, כמש"נ.

ולפי זה יש לומר דלא הוצרך להביא מעובדא דירמיה אלא דלא סגי בשתיקה אחת להפסיד תורת מוחזק שלו, אלא בעינן נמי שיוחזק שתקן, ואנן ידעינן דבשלש פעמים הוי חזקה, ואין סברא להצריכו חזקה של חמש שנים, והביא ראיה מירמיה דבפחות משלש שנים ליכא חזקה, וחזינן דשתיקה אחת אינה מפסדת תורת מוחזק שלו, וממילא ידעינן מן הסברא דבעינן שלש שתיקות להחזיקו שתקן, ומן הסברא אמרינן דבעינן שלש שנים, אכן הולכי אושא דילפי משור המועד סגי להו בשלש אכילות בשנה אחת דומיא דנגיחות דשור, אבל רבנן מצרכי שלש שנים.

פרק יב

בו יבוארו דברי הרמב"ם דאם המערער אין לו עדים שהוא המרא קמא הקרקע נשאת ביד המחזיק ונשבע היסת, אבל אם יש לו עדים מוציא מן המחזיק ואינו נשבע היסת, ויחולק בין טוען המחזיק מכרתיה לי סתם או שטוען מכרתיה לי ואכלתיה שני חזקה.

[רמב"ם פי"א טוען ונטען הל"א והל"ב] כתב הרמב"ם וז"ל: כל הקרקעות הידועות לבעליהן אע"פ שהן עתה תחת יד אחרים הרי הן בחזקת בעליהן כיצד ראובן שהיה משתמש בחצר כדרך שהעם משתמשין בחצרותיהן דר בה ומשכירה לאחרים בונה וסותר ואחר זמן בא שמעון וטען עליו ואמר לו חצר זה שתחת ידך שלי הוא ושכורה היא בידך או שאולה והשיבו ראובן שלך היתה ואתה מכרתה לי או נתתה לי במתנה אם אין עדים לשמעון שהיתה ידועה לו נשבע ראובן היסת ויעמוד במקומו אבל אם הביא שמעון עדים שחצר זה שלו היתה הרי היא בחזקת שמעון ואומרין לראובן הבא ראיה שמכרה לך או נתנה לך ואם לא הביא ראיה מסלקין אותו ממנה ומחזיקין אותה לשמעון אע"פ שאין ראובן מודה לשמעון שהיא היתה שלו שהרי יש עדים לשמעון במה דברים אמורים שמצריכין ראובן להביא ראיה או יסתלק בשלא נשתמש בה זמן מרובה אבל אם הביא עדים שאכל פירות קרקע שלש שנים רצופות ונהנה בכולה כדרך שנהנין כל אדם באותה קרקע והוא שיהיה אפשר לבעלים הראשונים שידעו בזה שהחזיק ולא מיחו בו מעמידין אותה ביד ראובן וישבע ראובן היסת שמכרה לו שמעון או נתנה לו ויפטר עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דהיכא דמעמידים הקרקע ביד המחזיק מחייבים אותו לישבע היסת, והיכא דמעמידים הקרקע ביד המערער אין מחייבים אותו לישבע היסת, והטור ריש סי' ק"מ פסק להדיא דגם כשמחזירים הקרקע להמערער משביעים אותו שבועת היסת, ועיין בבית יוסף שתמה על דברי הרמב"ם שלא הזכיר דהמערער נשבע שבועת היסת במקום שמסלקים המחזיק מן הקרקע, יעו"ש.

ויתר על כן קשה על דברי הרמב"ם דלכאורה נראים כסותרים למה שכתב בפ"ה טוען ונטען הל"א והל"ב וז"ל: ואלו דברים שאין נשבעין עליהן מן התורה הקרקעות והעבדים השטרות וההקדשות אע"פ שהודה במקצת או שיש עליו עד אחד או שמר וטען טענת השומרין הרי זה פטור וכו' ועל כולם נשבע שבועת היסת אם היתה שם טענת ודאי וכו' שתי שדות מכרת לי לא מכרתי לך אלא אחת שני עבדים או שני שטרות יש לי בידך אין לך בידי אלא שטר אחד או עבד אחד הרי זה נשבע היסת וכן אם טען ואמר חצר זה או עבד זה או שטר זה שיש לי בידך שלי הוא ואתה מכרתו לי והנטען אומר לא היו דברים מעולם בין שהביא הטוען עד אחד בין שלא הביא הרי זה נשבע היסת ונפטר עכ"ל, יעו"ש, הרי שפסק שם דמי שבא להוציא קרקע מן המרא קמא בטענת מכרת לי מסלקים אותו ומחייבים המרא קמא לישבע היסת, וכאן פסק דהמחזיק בטענת מכרת לי ואין לו שלש שנים דחזקה מסלקין ליה ואין מחייבים המרא קמא לישבע היסת.

והנה הש"ך סי' ק"מ סק"ה פסק כהנך דיעות דמחייבים המרא קמא לישבע היסת, וז"ל: והעיקר כסברא ראשונה כדמוכח בכמה דוכתי מיהו כתב בהגהת אשרי פרק חזקת הבתים (דף לב:) בשם ה"ר אברהם חדליק דאדם שקנה קרקע מחבירו ויש לו שטר ובתוך שלש שנים טען המוכר חזרת ומכרת לי והלוקח מוחזק בקרקע אינו צריך לישבע היסת ואפילו אין לו שטר אלא שטען אחד על חבירו מכרת לי קרקע ואין מוחזק בה ואין לו שטר ובלבד שמשיב לא היו דברים מעולם וכן הוא במרדכי פרק שבועת הדיינים מפסקי הר' חזקיה וצריך עיון עכ"ל, יעו"ש, והובאו נמי דברי המרדכי בבית יוסף סוף סי' ק"מ ובדרכי משה סוף סי' צ"ה, יעו"ש.

והנה בגונא קמייטא שהביא הגהת אשרי שפיר מובן מה שאין הלוקח נשבע היסת, דכיון דעדיין עומד בתוך שלש שנים אם איתא שחזר ומכרה למוכר היה מחזיר לו השטר או כותב לו שטר אחר, ושלש שנים מיזדהר איניש בשטריה, וכיון שאין שטר ביד המוכר איתרע טענתיה ואינו יכול לחייבו אפילו שבועת היסת, אבל בגונא בתרייתא באחד שטען על חבירו מכרת לי קרקע זה צריכים להבין למה אינו מחייבו שבועת היסת, דמי לא עסקין אפילו היכא דטען מכרת לי הקרקע לפני עשר שנים, דשוב לא איתרע טענתיה במה שאין שטר בידו דטפי משלש שנים לא מיזדהר איניש בשטריה, ועיין בבית יוסף שתמה עליו.

ובהגהת אשרי הנ"ל כתב טעמא להא דאין המרא קמא נשבע היסת, וז"ל: ומה שתיקן רב נחמן שבועת היסת דוקא במלוה דלא שכיח לכתוב שטר אמלוה אבל קרקע דכל הקונהו כותב שטר וזה אין לו פשיטא שאינו יכול להשביעו עכ"ל, יעו"ש, וכפי הנראה לא נתחוורו דבריו, דדוחק לומר דכונתו לטענת אחוי שטרך דעל ידי כך איתרע טענתו שלא יוכל לחייבו אפילו שבועת היסת, שהרי לא הזכיר כלל דמיירי שטוען מכרת לי תוך שלש שנים, ומשמע דבכל אופן אינו יכול להשביעו, אפילו אם טען שמכרו לו לפני יותר משלש שנים דשוב אינו צריך להיזהר בשטרו.

ונראה בביאור דברי ההגהת אשרי דהא דאמרינן בכל מקום דתביעה בעלמא מחייבת שבועה היסת היינו משום דעל ידי טענתו בממון חבירו יש לו כעין מקצת תפיסה בה, דהא חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, וצריך הלה לישבע היסת לסלקו ממנו, וכעין זה מצינו נמי תפיסה על ידי טענה גבי שנים או חזים בטלית, ועיין מה שכתב הרמב"ם בפ"ט טוען ונטען הל"ז לענין שנים יושבים בצד הערימה, יעו"ש, והכא נמי איכא למימר שטענתו נותנת לו כעין תפיסה בהממון, ואע"ג דבודאי אלימא טובא תפיסת המוחזק, מכל מקום אהני טענתו לחייב המוחזק לישבע שבועת היסת. וכל זה לא נאמר אלא במטלטלין דמהניא בהו תפיסה, ואם כן איכא למימר דגם טענה הוי כמקצת תפיסה לחייבו שבועת היסת, אבל קרקע הרי בחזקת בעליה עומדת, ואין התפיסה מועילה בה כמו במטלטלין, וכיון דאין התפיסה מועילה בה גם טענה אינה נותנת לו שום תפיסה ואחיזה בגוף הקרקע לחייב הלה לישבע היסת, ולפיכך אם בא וטען קרקע זו מכרת לי אינו צריך לישבע היסת, והיינו מה שכתב ההגהת אשרי, דלא מיבעי היכא דבא המוכר בתוך שלש שנים וטען חזרת ומכרתי לי דאינו צריך

לישבע היסת דכיון דאין לו שטר איתרע טענתיה, אלא אפילו אם טען חבירו קרקע זו מכרת לי, ובכהאי גוונא דליכא ריעותא דאחוי שטרך, גם התם אינו צריך לישבע היסת, דאין טענה פועלת כלום במקום חזקת מרא קמא, דלא עדיפא טענה מתפיסה. ומה שכתב ההגהת אשרי דטעמא דליכא היסת משום דכל הקונה קרקע כותב שטר וזה אין לו, נראה דכוונתו בכך למה שכתב הרשב"ם במתניתין (דף מב.) בד"ה אין להם חזקה וז"ל: וחזקת שלש שנים לא נאמרה אלא במקרקעי אבל במטלטלי מי שהוא מוחזק בשל חבירו אפילו שעת אחת שאנו רואים שיוצאים מתחת ידו אע"פ שיש לחבירו עדים שהיה שלו נאמן זה המוחזק לומר לקוח הוא בידי דסתם לוקח מטלטלין מחבירו בלא עדים הוא קונה ובלא שטר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פ"ב דס"ל דהא דבמטלטלין תפיסתן מחזיקתן היינו משום דאין הדרך לקנותן בשטר, אבל בקרקע דרך לקנותה בשטר, ותפיסה בלא שטרא לאו מידי היא, והיינו נמי כונת ההגהת אשרי, דכיון דכל הקונה קרקע כותב עליו שטר, אם כן בלא שטר ליכא תפיסה, ומהאי טעמא נמי מי שאין לו שטר אין לו תורת טענה לחייב שבועת היסת, וכמש"נ.

ולפי זה נוכל לבאר גם דברי הרמב"ם דאם אין למחזיק עדי חזקה חוזרת הקרקע למערער ואינו צריך לישבע היסת, כנ"ל, דכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת, אם כן זה שבא להחזיק בה בלי חזקת שלש שנים לא מהני תפיסתו ולא מידי, וגם טענתו אינה נותנת לו שום זכות וכח בהקרקע לחייב המרא קמא לישבע היסת, כמש"נ, אבל היכא דאין למערער עדים או שיש למחזיק עדי חזקה, דמוקמינן קרקע ביד המחזיק, אז בודאי מהני טענת המרא קמא לחייבו שבועת היסת, שהרי אית ליה תפיסה מעליא בהקרקע על ידי החזקת מרא קמא, ואע"ג דתקינן רבנן דחזקת שלש שנים מוציאה מן המרא קמא, מכל מקום שפיר אהני ליה דין מרא קמא שלו שתועיל לו טענתו להטיל שבועת היסת על המחזיק.

ואולי נוכל ליישב לפי זה גם מה שדברי הרמב"ם נראים כסותרים למה שכתב בפ"ה טוען ונטען, כנ"ל, דאיכא למימר דהתם לא מיירי שבאה עיקר תביעתו על גוף הקרקע, אלא תביעת ממון בעלמא היא, וכעין מה שכתב שם שתי שדות מכרת לי, ומשמע דאינו תובע ממנו איזו שדה מיוחדת אלא שימסור לו שתי שדות שכבר שילם בעדם, דבא לתבוע קיום המקח או החזרת המעות, ועיקר התביעה היא החיוב ממון והשעבוד שנתחייב על ידי המכירה, ואע"ג דגם זה נקרא קרקעות לענין דינא דאין נשבעין על הקרקעות, מכל מקום כיון דעיקר התביעה על הממון אהני ליה טענתו לחייבו שבועת היסת, אבל בפ"א מיירי הרמב"ם שכבר החזיק בהקרקע ויושב בה, ואין הנידון על קיום המקח או החזרת המעות אלא על גוף הקרקע אנו דנים, וגוף הקרקע בחזקת בעליה עומדת, ואין טענת המחזיק נוגעת בה כלל, אבל בודאי יודה הרמב"ם דאם חזר המחזיק ותבע החזרת מעות המקח והמערער טען לא היו דברים מעולם, בכהאי גוונא בודאי צריך המערער לישבע היסת. עוד עיין מה שכתב הרמב"ם פט"ז טוען ונטען הל"ה וז"ל: ראובן שערער והביא

עדים ששדה זו שלו ושמעון שבתוכה טוען אתה מכרתה לי ואכלתיה שני חזקה וראובן אמר בגזל אכלת בין שלא היו עדים שאכל כלל בין שהיה שם עד אחד שאכלה שלש שנים אינו חייב להחזיר הפירות שאכל שהרי הוא אומר שלי אכלתי ואין עליו עדים שמחייבין אותו בפירות שהרי מעצמו הודה וזה העד שהעיד שאכלה שלש שנים ליפות כחו של אוכל הוא בא ואילו היה עמו אחר היתה השדה עומדת בידו לפיכך ישבע ראובן היסת שלא מכר ותחזור לו השדה וישבע שמעון היסת שאינו חייב לו כלום בפירות שאכל ויפטר עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה גם דברי הרמב"ם אלו סותרים למה שכתב בפי"א דהיכא דהקרקע חוזרת למרא קמא אינו צריך לישבע שבועת היסת, כנ"ל, והכא כתב הרמב"ם דנשבע המרא קמא היסת שלא מכר לו ותחזור לו השדה, והכא ליכא ליישב כמש"נ בדברי הרמב"ם בפ"ה הנ"ל דהיכא דעיקר הדיון הוי על קיום המקח והשעבודים שחלו עליו על ידי המכירה אהני טענתו לחייבו בשבועת היסת, דהא הכא מיירי הרמב"ם במרא קמא שבא לסלקו מן הקרקע, ועיקר הנידון הוי על גוף הקרקע, ואם כן קשה דמאי שנא דבפ"ה כתב הרמב"ם דמסלקין אותו ואין המרא קמא נשבע היסת ומאי שנא הכא דנשבע היסת.

ונראה דשאני הכא דהמחזיק טוען אתה מכרתה לי ואכלתיה שני חזקה, מה שאין כן התם לא טען המחזיק אלא שמכרה לו ולא טען שאכלה שני חזקה, וכיון דהכא טוען שאכלה שני חזקה, אע"פ שאין לו ראיה על כך אהני טענתו לחייבו היסת, והיינו טעמא משום דהא דאין המרא קמא נשבע היסת הוא משום דאין טענת המחזיק נתפסת כלל דהא קרקע לעולם בחזקת בעליה עומדת ואין טענה נוגעת בה כלל, כמש"נ, אמנם כל זה הוא לגבי טענת לקוח דהספק לפנינו הוא אם מכרה אם לא, ולפי טענתו שלקוחה היא בידו אינו אומר שיש לו תורת מוחזק לגבי הך ספק, דבודאי אין לו תורת מוחזק הואיל וקרקע בחזקת בעליה עומדת, ורק דטוען דלמרות שאין לו שום צד ליחשב מוחזק מכל מקום האמת הוא דלקחה ממנו, וכיון דלית מאן דפליג דהמרא קמא הוא המוחזק אין משביעים אותו היסת, אבל בטוען ממך לקחתיה ואכלתיה שלש שנים הרי לפי דבריו הוא המוחזק לגבי הספק, ואילו היה לו עדים לאמת דבריו היה הוא המוחזק ולא המרא קמא, אם כן אע"ג דאין טענתו נאמנת אהני להשביעו שבועת היסת.

פרק יג

בו יובא שיטת הרמב"ן דחזקת שלש שנים מהני מעיקר הדין דמדלא מיחה רגלים לדבר שמכרו ושיטת הרמב"ם דהיא תקנת חכמים, ויוכיח דהרשב"ם אזיל בשיטת הרמב"ם, ויבואר דברי תוס' דבית הבדים חזקתו מיום ליום אף דרוב העולם דורכים כשלוקטים.

[**בבא בתרא כט.**] אלא אמר רבא שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה תרתי ותלת מיזדהר טפי לא מיזדהר וכו', יעו"ש, ועיין מה שכתב בקצות החושן סי' ק"מ סק"ב וז"ל: ואכתי צריך טעמא נהי דזה לאו ריעותא במה דלית ליה שטרא ומשום דטפי לא מזדהר אבל סוף סוף אין לו ראייה והיכי מוציאין ממרא קמא בלא ראייה והנה בחידושי הרמב"ן בפרק חזקת (דף מב.) כתב גבי אכלה האב שנה והבן שנתיים זה לשונו יש מפרשים דוקא בבנו גדול אבל קטן לאו בר מחויי ביה הוא והלכך לאו בר חזקה הוא דכיון דכי מחי לאו בר אזדהורי בשטרא הוא איהו נמי לא מחי וכו' ואין אני מוחזק בטעם זה דטעמא דחזקה לאו משום אזדהורי ידיה בלחוד אלא כיון דהאי שתק רגלים לדבר אלא שתוך שלש אמרינן ליה למחזיק אחוי שטרך ולאחר שלש כיון שלא מזדהר ביה טפי איתרע ליה האי טענה ואמרינן לא לחנם שתק וקטן נמי לאו בר אזדהורי טפי הוא עד כאן לשונו עיין שם ומבואר מדבריו דעיקר טעמא דחזקה משום דשתק רגלים לדבר דמסתמא מכרו לו אלא דתוך שלש איתרע משום דאמרינן ליה אחוי שטרך ולבתר שלש דאזל ריעותא הוא משום דטפי לא מזדהר אמרינן חזקה מדשתק ודאי מכרו לו וכן כתב בספר תורת חיים ריש פרק חזקת עיין שם עכ"ל, יעו"ש, כל זה הוה לשיטת הרמב"ן.

אבל הקצות החושן היה לו דרך אחרת בזה וז"ל: ולעניות דעתי עיקר חזקה דשלש שנים אינו אלא תקנת חכמים משום תיקון העולם דלא רגילי להזהר בשטר טפי משלש דסובר המחזיק כיון דיושב בתוכו משך שלש שנים ואין עורר עירעור שוב לא יתעורר עוד עירעור ולא מזדהר טפי וימשך מזה פסידא דלקוחות לכן ראו חכמים לתקן שיהיה נאמן בחזקת שלש שנים והמערער שהאמת אתו יעשה מחאה תוך שלש ואחר המחאה גם המחזיק יזדהר בשטרו ואם אינו מוחה בתוך שלש יפסיד המערער וכן נראה מלשון הנמוקי יוסף ריש פרק חזקת זה לשונו טפי לא מזדהר כי סבר לא יערער עוד וכו' ולפי שדעת העולם כן לא תיקנו חכמים אלא שלש שנים עד כאן לשונו ומשמע דתקנת חכמים היא וכו' וזה לשון הרמב"ם פי"א טוען ונטען הל"ב הואיל ולא מחית אתה הפסדת על ידי עצמך עיין שם וזה נראה כדברינו וכו' ואילו לפי טעמא דהרמב"ן אמרינן הואיל ולא מיחה רגלים לדבר שמכרו לו ולא שייך הפסדת על עצמך עכ"ל, יעו"ש.

והנה הרמב"ן אזיל לשיטתו לקמן (דף לב:) דאיכא תפיסה בקרקע בלי ראייה דחזקת ממון ומכל מקום מהני, דראיה מדלא מיחה מקלשת כח החזקת ממון של המרא קמא ואין בכחה להוציא מתפיסתו, ובדעת הרמב"ן דחזקת שלש שנים הוי מעיקר הדין ולא מתקנת חכמים אין לומר דס"ל דגם בקרקע תפיסה מחזקת אלא

דבתוך שלש שנים איכא ריעותא דאחוי שטרך, דהא אם תפיסה מחזקת לא אלימא ריעותא דאחוי שטרך להוציא מן המוחזק, ומשום הכי כתב הרמב"ן דשתיקת המרא קמא הוי רגלים לדבר שמכרה לו, אכן גם בזה אין לומר דבאמת נשאת הקרקע בחזקת בעליה ורק דשתיקתו הוי ראייה ורגלים לדבר שמכרה למחזיק, דהא אין ראייה זו חשובה כמו עדות להוציא ממון מחזקתו, אלא נראה דחלוקה תפיסת מטלטלין מתפיסת קרקע, דמטלטלין תפוסין בידו, ולהכי אין הטענה חלק מהחזקה, אבל בקרקע אין תפיסתו בה אלא במה שהוא יושב בתוכה ואוכל פירותיה, ולזה בודאי בעינן טענה, דאם הוא טוען שהקרקע היא שלו אזו אנו רואים חזקת ממון בישיבתו בה, אבל בלי טענה ליכא חזקה כלל בישיבתו בה, ולא חשבינן לישיבתו בהקרקע כתפיסה בה. וזוהי כונת דברי הרמב"ן, דאע"ג דחזקת ממון של המרא קמא באה על ידי מה שנודע לנו שמפעם היתה הקרקע שלו בתורת ודאי, מכל מקום לא חשיבא בחזקתו אלא אם כן הוא טוען שהיא שלו, ואם שתק הרי זה רגלים לדבר שמכרה, והוקלש כח חזקתו וממילא זכה בה זה שהחזיק בה בטענת לקוח, אלא דתוך שלש שנים אין השתיקה מוכחת לן דליכא טענה עם חזקת המרא קמא, דכיון דשלש שנים מיזדהר איניש בשטריה אם כן למה היה לו למרא קמא לצווח, הא בכל עת שירצה יכול לומר להמחזיק אחוי שטרך ולסלקו מן הקרקע ולתבוע ממנו תשלומין בעד כל הפירות שאכל, אבל לאחר שלש שנים דשוב לא מיזדהר איניש בשטרא אזלא לה ריעותא דאחוי שטרך, ואמרינן דלא לחנם שתק, כמו שכתב הרמב"ן, כנ"ל, ושפיר נתברר לן דאיכא רגלים לדבר בשתיקתו והויא לה כחזקה שאין עמה טענה, ואזלא חזקת המרא קמא וזכה בה המחזיק.

ונראה להוכיח דשיטת הרשב"ם אזלא בשיטת הרמב"ם ממה שכתב לקמן (דף כט:) גבי שני שותפין שקנו שפחה וכתבו שטר עיטרא דאית ליה קלא, וז"ל: עיטרא שטר חלוקה ובעדים שתעבוד לזה שנה ולזה שנה יש מפרשים קלא אית ליה והיה לו למחות מיד ולא מיחה ולא לתר הוא חזקה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולדעת הרמב"ן היאך זכו בה לאלתר, הא איכא ריעותא דאחוי שטר מכירה, אבל לדעת הרמב"ם דשלש שנים הוי מתקנת חכמים איכא למימר דעל ידי עיטרא הוי חזקה לאלתר, וכן מבואר מלשון הרשב"ם לקמן (דף לה:) ד"ה ישראל, יעו"ש, וכן מבואר מלשוננו לקמן (דף לח.) בד"ה רבי יהודה, יעו"ש, ובכמה מקומות.

ועיין לקמן בסוגיין אמר רב הונא שלש שנים שאמרו הוא שאכלן רצופות מאי קא משמע לן תנינא חזקתן שלש שנים מיום ליום מהו דתימא מיום ליום לאפוקי מקוטעות ולעולם אפילו מפוזרות קא משמע לן אמר רב חמא ומודי רב הונא באתרא דמוברי באגי פשיטא לא צריכא דאיכא דמובר ואיכא דלא מובר והאי גברא מובר מהו דתימא מצי אמר ליה אם איתא דדידך הואי איבעי לך למיזרעה קא משמע לן דאמר ליה חדא ארעא בכולה באגא לא מצינא לינטר ואי נמי בהכי ניחא לי דעבדא טפי, יעו"ש, והנה באתרא דמוברי באגי פשיטא ליה להגמרא דיכול להחזיק במפוזרות, דהא אחזיק בה כדמחזקי אינשי, וכמו שכתב הרשב"ם, ודרך בני אדם בהאי אתרא

לזרוע שנה ולהוביר שנה, ואם כן צריכים לעיין באתרא דאיכא דמובר ואיכא דלא מובר
למה סלקא דעתין דיכול המערער לטעון איבעי לך למיזרעה, והא שפיר אחזיק בה
כדאחזקי אינשי, דהא איכא כמה אנשים בהאי אתרא דמוברי, והיאך יעלה על הדעת
לומר דבמה שלא זרעה גילה דעתיה דלאו ידידה הוא, וכמו שכתב הרשב"ם טעמא
דמפוזרות לא מהני, והא אחזיק בה כדאחזקי כמה אינשי בהאי אתרא, ואיזה גילוי
דעת יש בזה.

ובשלמא לדעת הרמב"ם והנמוקי יוסף דחזקת שלש שנים הוי מתקנת חכמים, כמו
שכתב הקצות החושן, כנ"ל, ומפני תיקון העולם תיקנו שיוכל להחזיק בקרקע בשלש
שנים ושוב לא יצטרך ליזהר בשטרו, אם כן יש לומר דכיון דאיכא נמי גברי דלא מוברי
היה לו לזרוע שדהו כדי לקבוע בה חזקתו כפי תקנת חכמים, ואי לאו דלא מינטרא או
דבהכי ניחא ליה טפי היתה טענה זו מבטלת חזקתו, אולם לדעת הרמב"ם דהחזקה היא
מעיקר הדין עדיין קשה דהיאך סלקא דעתין דלא הוי חזקה, והא כיון דאחזיק
כדאחזקי אינשי היה לו למחות וכיון דלא מיחה רגלים לדבר דודאי מכרה לו, ואולי יש
לדחות דיכול המערער לטעון שהוא חשב דהך מחזיק הוא מהני גברי דלא מוברי וכיון
שראוהו שלא זרע היה סובר דגילה דעתו בזה דלאו ידידה הוא ומשום הכי לא מיחה,
ולכא רגלים לדבר מעליא בשתיקתו, ומשום הכי איבעי ליה למיזרעה, להוציא מטענה
זו של המערער, אלא דעדיין קשה לפי זה מאי משני חדא ארעא בכולי באגי לא מינטרא
או בהכי ניחא לי טפי, סוף סוף לא נסתלקה בזה טענת המערער שטוען דהוה סבירא
ליה דהך מחזיק הוא מהני גברי דלא מוברי, ומשום הכי לא היה לו למחות וליכא
רגלים לדבר בשתיקתו, וצריך עיון.

ויש שמדמים סוגיא זו למה שכתבו התוס' לעיל במתניתין (דף כח.) בד"ה חזקת
הבתים ובית הבדים וז"ל: פירש ר"י בר מרדכי דהא דתנן בפרק חומר בקדש (חגיגה
כד:) עברו הגיתות והבדים דמשמע שיש להן זמן קבוע היינו שרוב העולם דורכים אז
בזמן לקיטה אבל יש בני אדם שמצניעין כל השנה ודורכין במעט מעט עכ"ל, יעו"ש,
והקשה בקובץ שעורים דאם כן למה בעינן חזקה מיום ליום בבית הבדים, לימא
המחזיק שהוא מן רוב העולם שדורכים בזמן לקיטה, והיה לו למחות, ומכל מקום
חזינן דלא אזלינן בתר רובא וצריך להחזיק מיום ליום, והכא נמי לא אזלינן בתר גברי
דמוברי באגי ואיבעי ליה למיזרעה ולא להובירה.

אולם נראה דאין זו כונת התוס' במתניתין, כנ"ל, דאין כונתם לומר דמיירי
מתניתין במי שיש לו בית הבדים לצרכי עצמו וצריך להחזיק בה שלש שנים מיום ליום
הואיל ואיכא מיעוט בני אדם שמצניעים ודורכים מעט מעט, דבכהאי גוונא בודאי סגי
ליה אם דורך בזמן לקיטה וכמנהג רוב העולם, אלא הכא מיירי במי שיש לו בית
הבדים ועושה בו מסחר, דבאים בני אדם ודורכים אצלו ומשלמים לו שכר, וחזקת בית
הבדים העשוי לשכר היא שלש שנים מיום ליום, שהרי עושה פירות תדיר, ועל זה הקשו
התוס' דהא אינו עושה פירות תדיר אלא בזמן לקיטה, ותירצו דאע"ג דרוב העולם
דורכים בזמן לקיטה איכא נמי מיעוט בני אדם שמצניעים ודורכים מעט מעט, ואלו בני

אדם באים כל השנה לדרך אצלו, ושפיר עושה פירות תדיר, וחזקתו מיום ליום, כן
נראה בכונת דברי התוס', ולפי זה אין דמיון מדברי התוס' הנ"ל לסוגיא דידן, כמובן.

פרק יד

בו יוכיח מדברי הנמוקי יוסף דמה שתיקנו חכמים חזקת שלש שנים היינו שאינו צריך לשמור שטרו יותר משיעור זה, ויבואר דהא דצריך לשמור שטרו כלל הוא מעצם התקנה שחייב לשמור שטר מכירתו מן העכברים כדי להישמר מתביעת המרא קמא.

[**בבא בתרא כט.**] אלא אמר רבא שתא קמייתא לא קפיד איניש תרתי לא קפיד תלת קפיד אמר ליה אביי אלא מעתה כגון הני דבי בר אלישיב דקפדי אפילו אמאן דחליף אמיצרא דידהו הכי נמי דלאלתר הוי חזקה וכו' אלא אמר רבא שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה תרתי ותלת מיזדהר טפי לא מיזדהר וכו', יעו"ש.

וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: טפי לא מזדהר כי סבור לא יערער עליו אדם עוד כיון שאכל שלש שנים בשופי ולא ערערו בו ולפי שדעת העולם כן לא תקנו חכמים אלא שלש שנים עכ"ל, יעו"ש, והקצות החושן סי' ק"מ סק"ב הוכיח מדבריו דחזקת שלש שנים הוי תקנת חכמים, והדברים מפורשים, ועיימש"נ בש"ז פי"ג, אכן יש לדקדק במה שכתב דלא תיקנו חכמים אלא שלש שנים לפי דעת העולם, ומשמע שלולי תקנת חכמים היה צריך לשמור שטרו יותר משלש שנים, ותיקנו חכמים שאינו צריך לשמור אלא שלש שנים, והלא בלי הראיה דמדלא מיחה, או מדאורייתא דהוי כאן סהדי או מתקנת חכמים, לכאורה אין להוציא הקרקע מחזקת המרא קמא במה שזה טוען לקחתי, דהא קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואם כן באמת היה המחזיק זוכה על ידי הראיה דמדלא מיחה, ואלא דהמרא קמא אומר לו אחוי שטרך, והורעה על ידי זה הראיה דמדלא מיחה, ולא הויא זו ראיה גמורה, אכן אחר שלש שנים ליכא עוד טענת אחוי שטרך, דלא מיזדהר איניש בשטריה טפי משלש שנים, ואם כן המחזיק זוכה מעיקר הדין, ולמה איצטריך תקנה על השלש שנים.

ונראה לבאר דברי הנמוקי יוסף עיימש"נ בדברי הרשב"ם לקמן (דף לח.), עיימש"נ בש"ז פל"ג, דתנא קמא שם ס"ל דכותבים שובר, ומחייבים הלוח לשמור שובר מן העכברים, וכן במחזיק בשדה חבירו תיקנו חכמים שצריך לשמור שטר מכירתו מן העכברים להישמר מתביעת המרא קמא, ואם אבד שטרו הפסיד, ומכל מקום לא תיקנו חכמים שישמור שטרו לעולם, אלא כיון דדעת העולם שלא להזהר בשטר יותר משלש שנים, לא תיקנו לו חכמים אלא שלש שנים, דעד שלש שנים צריך לשמור שטרו מן העכברים, ויתר מכאן אינו צריך לשמור שטרו, וממילא זכה בהקרקע על ידי מה שהמרא קמא לא מיחה.

פרק טו

בו יוכיח דאביי ורבא נחלקו בשני דברים, אם הקרקע עומדת בחזקת המרא קמא או שעומדת בחזקת המחזיק, וגם אם המחאה היא כדי לסלק הריעותא דמדלא מיחה או שהיא כדי שישמע המחזיק ויזהר בשטרו, ויבואר דשני פלוגות אלו הן תלויות זו בזו.

[**בבא בתרא כט.**] אלא אמר רבא שתא קמייתא לא קפיד איניש תרתי לא קפיד תלת קפיד אמר ליה אביי אלא מעתה כגון הני דבי בר אלישיב דקפדי אפילו אמאן דחליף אמיצרא דידהו הכי נמי דלא לתר הוי חזקה וכי תימא הכי נמי אם כן נתת דברך לשיעורין אלא אמר רבא שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה תרתי ותלת מיזדהר טפי לא מיזדהר אמר ליה אביי אלא מעתה מחאה שלא בפניו לא תיהוי מחאה דאמר ליה אי מחית באפאי הוה מיזדהרנא בשטראי דאמר ליה חברך חבא אית ליה וחברא דחברך חבא אית ליה, יעו"ש.

ומבואר בגמרא דאביי ס"ל דמחאה שלא בפניו הוי מחאה אף בלי סברת חבא דחברך חבא אית ליה, ואף שלא נודע מחאת המרא קמא להמחזיק נתבטלה חזקתו, והיינו משום דאביי פליג על רבא ולית ליה דיסוד דין חזקת שלש שנים הוא דיותר משלש שנים לא מיזדהר איניש בשטריה ושוב ליכא טענת אחוי שטרך, אלא יסוד דין חזקת שלש שנים הוא דמדלא מיחה איתרע החזקת מרא קמא, ולכן אם מיחה אפילו שלא בפניו שוב ליכא ריעותא דמדלא מיחה ונשארת הקרקע ביד המרא קמא, וכיון שכן באמת צריך המחזיק ליזהר בשטרו הרבה יותר משלש שנים, שהרי אין חזקתו בטוחה, דאע"פ שלא שמע מחאה מן המרא קמא, דילמא מיחה שלא בפניו והוא לא שמע, ובאמת אם בא המרא קמא וערער לאחר שלש שנים יש לו טענה מעליא של אחוי שטרך, אלא דמכל מקום כיון שלא מיחה כל שלש שנים נתחזק המחזיק, ושוב אין טענת אחוי שטרך מבטלת חזקתו.

ויצא לנו מדברי אביי שני חידושים, חדא דהקרקע לעולם עומדת בחזקת המרא קמא, ורק דאם לא מיחה שלש שנים איתרע חזקתו, ולזה מהני אפילו מחאה שלא בפניו שלעולם לא ישמע המחזיק, כמש"נ, ושנית שמעינן מיניה דאם לא מיחה שלש שנים ונתחזק המוחזק שוב אין טענת אחוי שטרך מבטלת חזקתו, ואע"ג שצריך לשמור שטרו דדילמא מחאה שלא בפניו, כמש"נ, מכל מקום אין טענת אחוי שטרך מבטלת חזקת המוחזק.

ורבא פליג על אביי בתרוייהו, דלדידיה מחאה שלא בפניו לא מהני אלא מטעמא דחברא חבא אית ליה, וממילא איכא טענת אחוי שטרך לגבי המחזיק, אבל מחאה שאין המחזיק יכול לשמוע אותה אינה מועילה לבטל חזקתו, ונמצא לפי דבריו דהקרקע בעצם היא בחזקת המחזיק, ואלא דטענת אחוי שטרך מבטלת חזקתו, ואחר שלש שנים לא נהגא עלמא ליזהר בשטרו ושוב ליכא טענת אחוי שטרך, אכן אם שמע שמיחה המוכר היה לו להיזהר בשטרו עד שיעברו שלש שנים בלא מחאה, ואיכא טענת אחוי שטרך ונתבטלה חזקתו, ופליג רבא על אביי בהא דס"ל דהקרקע בחזקת מרא

קמא, והוא ס"ל דהקרקע בחזקת המחזיק, ופליג עליה נמי בהא דס"ל לאביי דאין טענת אחוי שטרך מצד עצמה מבטלת החזקה אי לאו דאיתרע החזקת מרא קמא הואיל ולא מיחה, כמש"נ, ורבא ס"ל דכל דין מחאה הוא כדי שישמע המחזיק ויצטרך ליזהר בשטרו, ואם לא נזהר הרי טענת אחוי שטרך מבטלת חזקתו, כמש"נ. ונראה דהני תרי פלוגתות תלויות זו בזו, דלרבא דס"ל דהקרקע בחזקת המחזיק הרי לא נתחזק בה אלא על ידי תפיסה בלבד, ומשום הכי קלושה חזקתו ומתבטלת על ידי טענת אחוי שטרך, אבל אביי ס"ל דהמחזיק נתחזק על ידי מה שהמרא קמא לא מיחה בו, והרי זו ראייה מעליא, ומשום הכי אלימא חזקתו ואינה מתבטלת על ידי טענת אחוי שטרך.

פרק טז

בו יובאו דברי הרשב"ם דמר זוטרא ס"ל דמסתמא נקטינן דאם דר בו בימים דר בו גם בלילות היכא דלא טען המערער ברי שלא דר בו גם בלילות והמקשן לית ליה הסתמא, ויבואר למה פריך דוקא על רב הונא ולא על מתניתין איך מחזיק על ידי שלש שנים.

[**בבא בתרא כט.**] אמר רב הונא שלש שנים שאמרו הוא שאכלן רצופות וכו' תנן חזקת הבתים והא בתים דביממא ידעי בליליא לא ידעי אמר אביי מאן מסהיד אבתים שיבבי שיבבי מידע ידעי ביממא ובליליא רבא אמר כגון דאתו בי תרי ואמרי אנן אגרין מיניה ודרינן ביה תלת שנין ביממא ובליליא וכו', אמר מר זוטרא ואי טעין ואמר ליתו תרי סהדי לאסהודי ליה דדר ביה תלת שני ביממא ובליליא טענתיה טענה, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם בד"ה שאכלן רצופות וז"ל: אבל אם הניחה שנה שניה ואחר כך אכלה שתי שנים שלישית ורביעית מצי אמר בעל השדה האי דלא מחאי לך היינו משום דאוברת לה שנה שניה דגלית אדעתך דלאו דידך הואי והלכך לא זרעת אותה עכ"ל, יעו"ש, ובמימרא דמר זוטרא פירש הרשב"ם וז"ל: מילתא באנפי נפשה היא דפשיטא ליה למר זוטרא דאע"ג דבעו כל הנך אמוראי לעיל שלש שנים רצופות אפילו הכי אין מחייבין את המחזיק להביא עדים שיעידו בפירוש על כל הימים והלילות אלא יעידו סתם שראוהו דר שלש שנים ומסתמא אם בימים דר בבית אף בלילות דר בו וקאמר מר זוטרא דאי טעין מערער ואמר אייתי סהדי כו' טענתו טענה וצריך שיבואו עדים של לילות וימים דכיון דטעין טענת ברי דקאמר אני ראיתיו שלא דר בלילות בביתי ולכך לא מחיתי וכו' הלכך צריך להביא עדים להכחישו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בדברי הרמב"ם בש"ז פ"כ.

היוצא מדבריו דהמקשן פליג על מר זוטרא וס"ל דלא נקטינן מסתמא שאם דר בימים דר נמי בלילות, ומשני דאע"ג דליכא סתמא על הלילות עדיין יכול להחזיק על ידי שיבבי או שוכרים, ומר זוטרא קאמר דבעצם איכא סתמא על הלילות, אכן כשטוען המערער ברי שלא היה המחזיק בבית בלילות אז צריך לברר חזקתו, למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה, אבל המקשן ס"ל דליכא סתמא על הלילות, ומשום הכי פריך לרב הונא דלמה הוי חזקה הרי חסר לו הלילות, ואכן יש לדקדק דכיון דהמקשן לית ליה סתמא על הלילות למה ליה להקשות לרב הונא דמצריך רצופות, הלא גם בלי דינא דרב הונא יש להקשות על מתניתין, דכיון דחסר לו הלילות אין לו חזקת שלש שנים שלימות, אלא דבזה יש לומר דלחזקת הבתים סגי בשלש שנים ביום, ולא בעינן שידור בו גם בלילות, וכמו שכתב השיטה מקובצת, יעו"ש, וכל הקושיא היא אליבא דרב הונא דמצריך רצופות דיכול המערער לטעון גלית אדעתך, כמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל, ואם כן גם בביתים שלא דר בו בלילות למה לא יוכל לטעון גלית אדעתך, ועיימש"נ בדברי הרמב"ם בש"ז פ"יז.

אולם עדיין קשה לפי זה דמאי מקשה ממתניתין לרב הונא, הלא רב הונא מצריך רצופות כדי שלא יטעון המערער טענת ברי של אני ראיתי דאוברת לה וגלית אדעתך,

ואם כן למה לא נוקים מתניתין בפשיטות כשלא טען המערער אני ראיתי שלא היית דר בו בלילות.

ועי' ברמ"ה שפירש הקושיא דכי היכי דאמרינן בבתיים דאם דר בו בימים דר בו נמי בלילות נימא כן נמי כשהביא עדים שהחזיק שלש שנים מפוזרות דמסתמא היה בה גם בשנה שלא הביא עליה עדים, ולמה מצריך רב הונא רצופות, אכן פירשו לא מיתוקמא לדברי הרשב"ם דמר זוטרא אית ליה הך סתמא ולא המקשן, כמש"נ, והרמ"ה עצמו פירש דברי מר זוטרא לענין אם עדים שוכרים נחשבים כנוגעים בעדותם, יעו"ש, וכן כתב הרמב"ם פי"ב טוען ונטען הל"ב, יעו"ש, ועדיין קשה לדברי הרשב"ם דמאי פריך ממתניתין לרב הונא נוקמא בדלא טעין המערער טענת ברי, וכמש"נ. ונראה לבאר קושית המקשן לפי דברי הרשב"ם דרב הונא מצריך רצופות רק כשטוען המערער טענת ברי, דס"ל להמקשן דאם הנכון הוא כדברי רב הונא דיכול המערער לטעון ברי אני ראיתי שלא היית שם וגלית אדעתך דלאו דידך היא אם כן סברא היא דאינו יכול להחזיק בשלש שנים של דירה בימים בלבד, דהרי עדיין יוכל המערער לטעון אני ראיתי שלא היית דר בו בלילות וגלית אדעתך, ומשום הכי אפילו אם לא טען ברי ליכא חזקה כשלא הביא עדים על הלילות, וגם לית ליה להמקשן דאם דר בו בימים מסתמא דר בו נמי בלילות, כמש"נ.

ושפיר הקשה לרב הונא דלמה הוי חזקת הבתים בדירת שלש שנים אפילו היכא דלא טען המערער טענת ברי, ובאוקימתא דרב הונא בודאי בעינן שיטעון המערער טענת ברי, כמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל, דהתם הרי החזיק בהשדה שלש שנים שלימות אלא שדילג שנה בין השנים, ואין החזקה מתבטלת אלא כשטען טענת ברי, אבל בחזקת שלש שנים בימים, אם נקטינן כרב הונא דיכול לטעון גלית אדעתך הרי יצא לנו דליכא חזקה בלילות כלל, ואפילו לא טען טענת ברי, כמש"נ, ונמצא שחסר לו שלש שנים שלימות של חזקה.

פרק יז

בו יבואר שיטת הרמב"ם בהא דבעינן שיהא דר בהבית בימים ובלילות דלא הוי משום דינא דרב הונא דבעינן שלש שנים רצופות ולא מפוזרות אלא משום דכל דבר שעושה פירות תדיר בעינן בו תשמיש תמיד ובדר בו רק ביום אין כאן תשמיש של חזקה כלל.

[**בבא בתרא כט.**] אמר רב הונא שלש שנים שאמרו הוא שאכלן רצופות וכו' תנן חזקת הבתים והא בתים דביממא ידעי בליליא לא ידעי וכו', יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: בליליא לא ידעי וכו' וכיון דלית ליה סהדי על הלילות הוו להו מפוזרות ואם איתא לדרב הונא הא מצי אידך למיטען אני ראיתי שלא היית דר בלילות ולכך לא חשתי למחות דגלית אדעתך דלאו דידך הואי ואמאי הויה חזקה עכ"ל, יעו"ש, ולמד הרשב"ם בקושי הגמרא דכי היכי דלרב הונא יכול המערער לטעון גלית אדעתך כשהחזיק בשדה שלש שנים מפוזרות הוא הדין נמי בבתיים יוכל לטעון כן.

אולם הרמב"ם יש לו דרך אחרת בפירוש הסוגיא בפ"ב טוען ונטען הל"א וז"ל: שלש שנים שאמרנו מיום ליום אפילו היו חסרים יום אחד לא החזיק ומסלקין אותו ממנה במה דברים אמורים בקרקעות שהן עושין פירות תמיד כגון הבתים והחצירות וכו' עכ"ל, ובהל"ב הביא עדים שהיה דר בחצר זו שלש שנים או ששכרה שלש שנים הרי זו חזקה טען בעל החצר ואמר שמא לא שכן בה ביום ובלילה וכו' עכ"ל, ובהל"ד שלש שנים שאמרנו צריך שיהיו רצופות זו אחר זו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דהא דבעינן שיהא דר בבתיים בימים ובלילות לא הוי מדין רצופות כלל, שהרי לא הביא דין רצופות עד הל"ד לאחר שכבר קבע דין הבתים בלילות, אלא הא דבעינן שיהא דר בו בלילות הוא מדין תשמיש תמיד, כמו שכתב בהל"א, כנ"ל, ובבתיים שעושין פירות תמיד בעינן שיחזיק בו בימים ובלילות, אלא דמכל מקום נקטינן דמסתמא אם דר בו בימים דר בו נמי בלילות, אכן יכול המערער לטעון שמא לא דר בו בלילות ויביא עדים, ועיימש"נ בש"ז פ"כ, ורק אחר כן הביא הרמב"ם דינא דרב הונא דבעינן רצופות, דמלבד הא דבעינן תמיד לחזקה בעינן נמי שיהיו השלש שנים רצופות, וגם זה הוי מתקנת החזקה ולא משום שהמערער טען טענת ברי, ודלא כדברי הרשב"ם הנ"ל, שלא הוזכר בדברי הרמב"ם שהדבר תלוי בשטען המערער טענת ברי, אלא שני דינים נפרדים הם בתקנת חזקת שלש שנים, חדא דבעינן תמיד, ועוד דבעינן רצופות, מתחלה אמרינן דבמידי שתשמישו תמיד בעינן שיחזיק שלש שנים יום ולילה, ואם לאו חסר לו בחשבון השלש שנים, אולם אי משום הא לא היה צריך להחזיק כסדרן בלי הפסק, וכמו שכתבו התוס' בסוגיין (דף כט:) ד"ה ומודה רב הונא דמחזיק במשך שש שנים, יעו"ש, וקאמר רב הונא דבעינן רצופות ולא מפוזרות, וצריך להחזיק בימים ולילות בלי הפסק.

אלא דקשה לפי זה מאי פריך המקשן ממתניתין דחזקת הבתים לרב הונא, מה ענין זה לזה, דאם אין אנו יודעים שהיה דר בו בלילות הרי החסרון הוא משום דלא הוי תמיד ולא משום דלא הוי רצופות, כמו שמבואר מדברי הרמב"ם, כנ"ל.

ונראה דבאמת כן הוא דלא שייכי אהדדי, והרמב"ם למד דהא דקאמר בגמרא תנן חזקת הבתים והא בתים וכו' הוא מילתא באפי נפשה, ואין זה שייך כלל למימרא דרב הונא דבעינן רצופות, דכאן החסרון הוא דבכלל ליכא שלש שנים של תשמיש תמיד, וצריך לאוקמי מתניתין דחזקת הבתים בשלש שנים בדאיכא שיבבי או שוכרים המעידים על הלילות, אבל אילו היה מחזיק שלש שנים שלימות ביום ובלילה, רק שהיו מפוזרות, שנה ראשונה שלישית חמישית, היתה חזקתו מועילה, שהרי יש שלש שנים תשמיש תמיד אלא שמפוזרות במשך חמש שנים, אולם לקושטא דמילתא גם חזקה כזו לא היתה מועילה דהא אמר רב הונא דבעינן שלש שנים רצופות ולא מפוזרות, ולכן מתחלה הביא הרמב"ם דינא דקרקעות שעושין פירות תמיד שצריך להחזיק בהן תמיד, ולא כשדות שצריך להחזיק בהן רק באותם זמנים שיש בהן אכילה.

והיינו דקאמר בשלהי הסוגיא ומודי מר זוטרא ברוכלין המחזירין בעיירות דאע"ג דלא טען טענינן ליה אנן ומודה רב הונא בחנותא דמחוזא דליממא עבידא לליליא לא עבידא, יעו"ש, כלומר דמודה רב הונא דחננויות דמחוזא אין בהם חסרון של מפוזרות, וגם אין בהם חסרון של תמיד, שהרי אין קרקעות אלו עושין פירות תמיד, דליליא לא עבידי, ובאמת לא היה לו לפרט דמודה רב הונא, דהא גם לאמוראי דבתים דמצרכי חזקה בימים ובלילות צריך לומר דמודו בחננויות דמחוזא, אלא דאולי יותר פשוט הוא אליבא דידהו, שהרי אין חננויות דמחוזא עושין פירות תמיד, כמש"נ, ואולי יש בזה שום חידוש אליבא דרב הונא דאע"ג דגם בלי לילות הוה ליה תמיד מכל מקום לא הוה ליה רצופות, קמ"ל דגם רב הונא מודה דאין בזה חסרון של מפוזרות, אולם עיקר החידוש הוא לכולי עלמא דבחננויות דמחוזא אין דין תמיד מחייב תשמיש בלילות הואיל וללילות לא עבידי, כמש"נ, ולכן הביא הרמב"ם דין חננויות דמחוזא בהל"ג קודם שהביא רצופות בהל"ד, דעיקר החידוש הוא דחזקה בהני חננויות נחשבת תמיד גם בלי הלילות, וסגי בשלש שנים של ימים, וכמש"נ, ומיושבת לפי זה קושית הראב"ד, יעו"ש, ועיימ"ש המגיד משנה בביאור דברי הראב"ד, יעו"ש.

פרק יח

בו יובא מחלוקת הרשב"ם והראשונים אם באתרא דמוברי באגי בעינן שיעשה ניר בשנים שהובירה, ויבואר דאף דלהרשב"ם לכולי עלמא בעינן שיעשה השדה ניר בשנה שלא זרעה מכל מקום לא פריך מחזקת הבתים שלש שנים למאן דלא מצריך רצופות.

[**בבא בתרא כט.**] אמר רב הונא שלש שנים שאמרו הוא שאכלן רצופות וכו' אמר רב חמא ומודי רב הונא באתרא דמוברי באגי פשיטא לא צריכא דאיכא דמובר ואיכא דלא מובר והאי גברא מוברה מהו דתימא מצי אמר ליה אם איתא דדידך הואי איבעי לך למיזרעה קא משמע לן דאמר ליה חדא ארעא בכוליה באגא לא מצינא לינטר ואי נמי בהכי ניחא לי דעבדא טפי תנן חזקת הבתים והא בתים דביממא ידעי בליליא לא ידעי וכו', יעו"ש, ופריך לרב הונא דמצריך רצופות דהיאך תועיל לו חזקת הבתים והא בליליא לא ידעי והוו להו מפוזרות.

וכתב הרשב"ם בד"ה באתרא דמוברי באגי וז"ל: במקום שנוהגין לזרוע שנה ולהוביר שנה שלא להכחיש את הקרקע דהא אחזיק בה כדמחזקי אינשי ומיהו שנה שהובירה אינה עולה לחשבון שלש שני חזקה וצריך לשמור שטרו יותר משלש שנים עד שילקוט תבואות שלש שנים ואי טעין אידך אני באתי בתוך שלש ומצאתי שדה ריקם ולכך לא מחיתי מצי אמר ליה מכל מקום היה לך למחות שאע"פ שלא זרעתיה הייתי עושה בה ניר שאחר הקציר והיה לך להבין שבשביל שלא להכחיש כחה לא חפצתי לזרעה כמנהג שדות העיר עכ"ל, יעו"ש.

והבית הלוי ח"ג סי' נ' הביא שיטת הראשונים דפליגי על הרשב"ם וס"ל דבאתרא דמוברי באגי לא בעינן אפילו ניר, והוכיח שם דלפי שיטת הרשב"ם מאן דפליג על רב הונא ולא בעי רצופות מודה נמי דבהך שנה שלא זרעה בעי ניר, דאי לא תימא הכי אלא דלהך מאן דאמר מהני מפוזרות אפילו בלא ניר מנליה להרשב"ם דבאתרא דמוברי באגי ס"ל לרב הונא דבעינן ניר, והא לא בזה איפליגו אלא ברצופות ומפוזרות, ולכאורה מוכח דלכולי עלמא בעינן ניר היכא דהשנים של החזקה מפוזרות, אלא דרב הונא ס"ל דלא מהני מפוזרות אלא באתרא דמוברי באגי, ומאן דפליג עליה ס"ל דגם באתרא דלא מוברי באגי יכול להחזיק בשנים מפוזרות, ומכל מקום בהשנים שבינתיים צריך לעשות ניר, ולכן הקשה הבית הלוי דלמה פריך מחזקת הבתים רק לרב הונא, והא גם למאן דפליג על רב הונא בעינן ניר במפוזרות, ובבתים דלא חזינן ביה דדר בו כלל בליליא ליכא אפילו ניר, ואם כן קשה גם למאן דלא בעי רצופות למה הוי חזקה, יעו"ש.

והנה באמת יש לעיין לפי דעת רב הונא דבאתרא דמוברי באגי מהני ניר בין השנים אע"ג דאין ניר עולה לחשבון שני החזקה, דאם כן גם במפוזרות באתרא דלא מוברי באגי למה לא תועיל לו ניר בשנה שהובירה שלא תבוטל החזקה, וכסברת מאן דפליג עליה, לפי מה שהוכיח הבית הלוי, כנ"ל, אכן נראה דהחילוק מבואר מתוך דברי הרשב"ם בד"ה שאכלן רצופות וז"ל: אבל אם הניחה שנה שניה ואחר כך אכלה שתי

שנים שלישית ורביעית מצי אמר בעל השדה האי דלא מחאי לך היינו משום דאוברת לה שנה שניה דגלית אדעתך דלא דידך הואי והלכך לא זרעת אותה עכ"ל, יעו"ש, הרי שחילק הרשב"ם בטענת המערער בין אתרא דמוברי באגי לבין מפוזרות, דבאתרא דמוברי באגי בא בטענת מצאתי שדה ריקם ולכך לא מחיתי, כנ"ל, אבל במפוזרות בא בטענת גלית אדעתך דלאו דידך הואי והלכך לא זרעת, דכיון דכולי אינשי זרעי והוא לא זרע הרי גילה דעתו דלאו ידיה הוא, דלא נהג בה מנהג בעלים, ועל טענה כזו לא מהני ניר, דסוף סוף לא עביד כדעבדי אינשי, אבל באתרא דמוברי באגי דכל טענת המערער לא הוי אלא שבא ומצא שדה ריקם, לזה שפיר מועיל מה דעביד בה ניר, ועל ידי זה הוכיח דעדיין עומד בתוך השדה.

ונמצא לפי זה דרב הונא ובר פלוגתיה נחלקו בטענת גלית אדעתך במה שלא זרעת, דרב הונא אית ליה הך טענה, ומשום הכי מצריך רצופות, ומאן דפליג עליה לית ליה הך טענה, אלא ס"ל דכל זמן שהחזיק בה שלש שנים אית בזה הוראת בעלות מספקת להחזיקו, דכיון שאכלה שלש שנים וזה לא מיחה אית כאן חזקה מעליא, ורק דיכול המערער לטעון באתי ומצאתי שדה ריקם, ולזה ודאי בעינן שעשה המחזיק ניר בשנה שהובירה, וכמו שהוכיח הבית הלוי, כנ"ל.

ונסתלקה לפי זה קושיית הבית הלוי דלמה פריך מחזקת הבתים רק לרב הונא, והא כיון דלא דר בו כלל ולא עשה בו שום דבר בלילות איכא למיפרך לכולי עלמא, דהא לכולי עלמא בעינן ניר, כנ"ל, דהנה עיימ"ש הרשב"ם בד"ה בליליא לא ידעי וז"ל: וכיון דלית ליה סהדי על הלילות הוו להו מפוזרות ואם איתא לדרב הונא הא מצי אידך למיטען אני ראיתי שלא היית דר בלילות ולכך לא חשתי למחות דגלית אדעתך דלאו דידך הואי ואמאי הויא חזקה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר להדיא דבא המערער בטענת גלית אדעתך דלאו דידך הואי ולכך לא חשתי למחות, ולא בטענת מצאתי ביתי ריקם, ולכאורה היינו טעמא משום דלא דמי דירת לילה דבתים לשדה שהובירה שנה שלימה, דהתם אילולי עשה בה ניר שפיר שייך לטעון מצאתי שדה ריקם, שאפילו יהיה המערער שם במשך זמן ארוך עדיין השדה ריקם ולפיכך לא היה לו למחות, אבל בבית שדר בו בימים ולא בלילות אינו יכול לטעון מצאתי ביתי ריקם, שהרי בכל יום בא המחזיק ומשתמש בביתו בפני כל, ובודאי נודע הדבר להמרא קמא שהוא מחזיק בביתו, ורק דכיון שלא דר בו בלילות יכול המרא קמא לערער ולטעון דמדלא דרת בו בלילות גלית אדעתך דלאו דידך הואי, והרי הך טענה ליתא אלא אליבא דרב הונא ולא אליבא דמאן דפליג עליה, וכמש"נ.

והנה עיין בעליות דרבינו יונה שכתב דלמאן דפליג על רב הונא וס"ל דמפוזרות מהני לחזקה אם כן אם דר בבית שלש שנים בימים ולא בלילות הוי חזקה, ואע"פ דלא דר בו בלילות לא חשיב מקוטעות הואיל ועיקר תשמיש הבית הוי ביום, אבל לרב הונא דפוסל במפוזרות הוא הדין נמי בבית אם לא דר בו בלילות הוו להו מפוזרות, ואע"ג דעיקר תשמיש הבית ביום, ולפי מה שנתבאר מבוארים דבריו היטב, דכיון דעיקר תשמיש הבית ביום אם כן אם דר בבית שלש שנים בימים ולא בלילות הרי החזיק בו

כדאחזקי אינשי ולא חשיבי מקוטעות, אבל רב הונא מחדש דאיכא טענה דבמה שלא זרעת גלית אדעתך דלאו דידך הואי ולכך לא מחיתי, וכיון דאיכא להשתמש בבתים גם בלילות והוא לא השתמש הרי גילה דעתו דלאו ידיה הוה ולכך לא מיחה, אבל מאן דפליג לית ליה הך טענה, וכיון דאחזיק כדאחזקי אינשי לא הוה להו מקוטעות.

פרק יט

בו יובא מחלוקת הראשונים בהא דאמר מר זוטרא דיכול המערער לטעון ליייתי סהדי דדר ביה תלת שני ביממא ובליליא אם בעינן שיטעון ברי שלא דר ביה או דסגי בטענת שמא, ויובאר מה שכתב רבינו גרשום דילפינן להמערער למיטען דלייתי הרוכל סהדי.

[**בבא בתרא כט.**] תנן חזקת הבתים והא בתים דביממא ידעי בליליא לא ידעי אמר אביי מאן מסהיד אבתים שיבבי שיבבי מידע ידעי ביממא ובליליא רבא אמר כגון דאתו בי תרי ואמרי אן אגרינן מיניה ודרינן ביה תלת שנין ביממא ובליליא אמר ליה רב יימר לרב אשי הני נוגעין בעדותן הן דאי לא אמרי הכי אמרינן להו זילו הבו ליה אגר ביתא להאי אמר ליה דייני דשפילי דייני הכי מי לא עסקינן כגון דנקיטי אגר ביתא ואמרי למאן ליתביה אמר מר זוטרא ואי טעין ואמר ליתו תרי סהדי לאסהודי ליה דדר ביה תלת שני ביממא ובליליא טענתיה טענה ומודי מר זוטרא ברוכלין המחזירין בעיירות דאע"ג דלא טען טענינן ליה אן וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם בד"ה אמר מר זוטרא וז"ל: מילתא באנפי נפשה היא דפשיטא ליה למר זוטרא דאע"ג דבעו כל הנך אמוראי לעיל שלש שנים רצופות אפילו הכי אין מחייבים את המחזיק להביא עדים שיעידו בפירוש על כל הימים והלילות אלא יעידו סתם שראוהו דר שלש שנים ומסתמא אם בימים דר בבית אף בלילות דר בו וקאמר מר זוטרא דאי טעין מערער ואמר אייתי סהדי כו' טענתו טענה וצריך שיבואו עדים של לילות וימים דכיון דטעין טענת ברי דקאמר אני ראיתיו שלא דר בלילות בביתי ולכך לא מחיתי ואין חזקתו חזקה ולכך אני אומר אייתי סהדי דדר ביה תלת שנין בין ביממא בין בלילא הלכך צריך להביא עדים להכחישו ולומר לו שהיה לך למחות עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדברי הרשב"ם דרק על ידי טענת ברי יכול לחייבו בהבאת עדים על הלילות, ולא אתי מר זוטרא לאיפלוגי על אביי ורבא אלא לפרושי מילתייהו דמיירי כשטען המערער טענת ברי, וכן כתב הגר"א בסי' ק"מ סקכ"ז, יעו"ש, ויש מן הראשונים דס"ל דאף בטענת שמא יכול המערער לחייב המחזיק להביא עדים על הלילות, וכן היא שיטת הרמב"ם פי"ב טוען ונטען הל"ב, יעו"ש.

ובתוס' בד"ה אמר מר זוטרא הקשו על הרשב"ם וז"ל: הקשה ר"י בר מרדכי לפירוש הקונטרס כי לא טעין נמי אמאי לא נשאל מהן כי שמא אינן יודעין על הלילות שלא נוציא על פיהן שלא כדין דבכל עדיות אנו דורשין יפה וכאן נמי אמאי לא נחקור אותן מספק ולא פירכא היא דכיון שהעידו על הימים אפילו יאמרו אין אנו יודעים על הלילות מסתמא כיון שדר בימים דר נמי בלילות אם לא שטוען המערער שבודאי לא דר עכ"ל, יעו"ש, והיינו דסמכינן על האומדנא דאם דר בימים דר בלילות, ואע"ג דליכא עדות על הלילות.

והרא"ש תירץ קושיא זו באופן אחר קצת וז"ל: כלומר ודאי אי לא טען המערער להעיד על ימים ולילות והעידו העדים בסתם שדר בו שלש שנים מסתמא העידו על ימים ולילות ואין אנו זקוקין לדרוש ולחקור העדים אם העידו על ימים ולילות

דמסתמא הוי כאילו חקרנום כל זמן שאין המערער טוען עכ"ל, יעו"ש, ולא ס"ל להרא"ש דסמכינן על האומדנא אלא דכל זמן דלא טעין המערער נקטינן דכן היה דעתם של העדים להעיד גם על הלילות, וכשאמרו על ימים כונתם היתה לימים ולילות, וטענת המערער מבטלת הך סתמא.

שוב הביאו התוס' פירוש אחר דמר זוטרא לא מיירי כלל בטענת המערער וז"ל: ור"ח פירש דמר זוטרא קאי אפירכא דרב יימר דפריך נוגעין בעדותן הן וקאמר מר זוטרא אי טעין ואמר המחזיק לייתו תרי סהדי דדרו ביה שלש שנים ביום ובלילה והבו לי אגרא ונפקו ואזלו להו והנהו דדיירי ביה אחריני נינהו טענתו טענה ולא נוגעין בעדותן הן דהא לא דיירי בה השתא דמצי למימר להו הבו לי אגר ביתא אלא אינהו אמרו דיירנא ואינהו אמרו פרענו והפה שאסר הוא הפה שהתיר דאי בעו אמרי לא דיירנא ביה וליכא למימר דדילמא מכחיש להו שהוא לא היה יודע כלל שהיו דרים באותו בית וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואתי מר זוטרא למימר דיכול המחזיק להביא שוכרים שכבר יצאו מביתו והלכו להם ויעידו שדרו בו שלש שנים של חזקה ואין כאן נוגע בעדות דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואינהו אמרי דיירנא ואינהו אמרי פרענו, כלומר דיירנו בו שלש שנים של ימות ביום ובלילה וחזקתו של המחזיק חזקה מעליא היא וכדין פרענו.

ובמה שכתב הר"ח דליכא למימר דילמא מכחיש להו המערער, דהא לא היה יודע כלל שהיו דרים באותו בית, כתב המהרש"א וז"ל: נראה מלשונם שהמערער גופיה לא יכחיש אותם אף בלא עדים ואפשר שהוצרך לזה לאוקמי מלתא דמר זוטרא אף לבתר דתקינן רבנן שבועת היסת דהשתא אי הוה מכחיש להו המערער לא הוי מהימני בהאי מיגו וקל להבין עכ"ל, יעו"ש, וכונת המהרש"א למה שכתבו התוס' בד"ה הני נוגעין בעדותן הן וז"ל: ואם תאמר ואמאי הוו נוגעין בעדות הא איכא מיגו דהוו מצו אמרי פרענא לך אגר ואע"ג דבתר דתקון רבנן שבועת היסת לא מהימני לאסיהודי בהאי מיגו כדאיתא בריש האיש מקדש (קדושין מג:). הכא דאמתניתין קיימין ואכתי לא ניתקנה שבועת היסת מאי פריך ליהמניה במיגו ויש לומר דהאי לאו מיגו הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה כתב המהרש"א דאע"ג דלעיל קאי אמתניתין דאכתי לא נתקנה שבועת היסת, מכל מקום מר זוטרא מיירי אפילו אחר שנתקנה שבועת היסת, ומשום הכי כתב הר"ח דמיירי בכהאי גוונא דאין המערער יודע שהיו דרים בו ולא היה יכול להכחיש להו, דאם היה מכחיש להו היו נשבעים היסת ושוב אין נאמנים בהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

אי נמי אפשר לפרש דברי הר"ח על פי מה שכתב רש"י בכתובות (דף טז.) בד"ה הכא וז"ל: גבי שדה אין שור שחוט לפניך שיעלה על לב בעליו לתבוע מי שחטו כלומר אם שתק זה לא היו לו עוררים הלכך אי לאו דדבר פשוט הוא שלקחה הימנו לא היה אומר לו של אביך היתה הלכך אמרין מגו אבל גבי לא מצא לה בתולים שור שחוט לפניך בתולים שלא מצא לה הם הסיתוהו לבא לבית דין ואע"פ שיש לה להשיב טענה טובה מזו לא אמרין מגו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואיכא למימר דס"ל להר"ח כשיטת רש"י

דלא אמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר היכא דכנגדו טוען ברי, ואם היה המוכר יודע דדיירי בו ומכחיש להו לא היו נאמנים.

ועיין מה שכתב רבינו גרשום וז"ל: אמר מר זוטרא כשטען המחזיק כבר היא בידי שני חזקה ואמר המערער לייתי סהדי דלסהוד ביה דדייר בה תלת שנין ביממא ובליילה טענתיה טענה אבל אי לא טעין הכי אנן לא ילפינן ליה למטען מודי מר זוטרא ברוכלין דאי האי מחזיק הוי רוכל המחזר בעיירות דלא מצי למידר בה ביממא ובליילה מפני שהולך בסחורתו ואמר הרוכל החזקתי שלש שנים בלא ערעור והאי לא ידע לטעון כנגדו כיון דקים לן דרוכל אינו שוהה תדיר בביתו שמא איתרמי דזה בא וכיון שלא ראהו שהיה דר שם שתיק ליה להכי ילפינן ליה למערער למיטען דליתי האי רוכל סהדי דדר בה בין ביממא בין בלילה ואי לא לא הוי חזקה עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דס"ל כהנך שיטות דגם בטענת שמא יכול לחייב המחזיק להביא עדים על הלילות, שהרי מדויק מלשונו דהך טענינן דסוגיין לא הוי הדין טענינן כללי דאנן טענינן ליה וחשבינן ליה כאילו הוא טען לעצמו, אלא הכא הדין הוא דילפינן ליה למיטען, כלומר דאנו מגלין לו איזה טענות המועילות לו, ושוב טוען הוא לעצמו, ובדרך כלל לא ילפינן ליה למיטען זיל אייתי סהדי דדר בו ביום ובליילה, אבל היכא דהמחזיק הוי רוכל המחזר בעיירות מודה מר זוטרא דילפינן ליה למיטען כך לעצמו, ומוכח מדבריו דרבינו גרשום ס"ל דלא בעינן טענת ברי, דאם לא כן היכי ילפינן ליה לטעון טענת שקר הואיל ואינו ברי בדעתו, אלא ודאי דסגי בטענת שמא, וכשהמחזיק רוכל ילפינן ליה למערער לטעון טענת שמא לא היה שם בלילות ולתבוע עדות על כך. והנה עיין בש"ך סי' ק"מ סק"ז שהוקשה לו בשיטת הרמב"ם דסגי בטענת שמא, דהא כיון דאמרינן דכשדר בו בימים מסתמא דר בו נמי בלילות, היאך נדחה הך אומדנא על ידי טענת שמא בלבד, ותיירץ דאין כונת הרמב"ם לטענת שמא גמורה, אלא דמיירי כגון שבא המערער איזה פעמים בלילה ולא ראהו שם והואיל וכן טוען דשמא גם בכל שאר הלילות לא היה דר בו המחזיק, ויש בזה קצת ענין טענת ברי לעורר ריעותא בהסתמא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פ"כ.

אולם מדברי רבינו גרשום מוכח דלית כאן טענת ברי כלל, דאי לאו הכי היאך ילפינן ליה למיטען כן הואיל ובאמת אינו ברי בדעתו, ולכאורה מבואר מדבריו דגם טענת שמא גמורה מועילה להצריכו למחזיק להביא עדים על הלילות, ומה שהקשה הש"ך דהיאך תוכל טענת שמא לבטל האומדנא דאם היה דר בו בימים מסתמא דר בו נמי בלילות, כנ"ל, יש לומר דאין הכי נמי דאין הטענה מעוררת שום ריעותא על האומדנא, אלא מצד אחר היא מועילה, דזכות היא למערער לתבוע בירור מעליא על ידי עדים ולא לסמוך על האומדנא, ובלי טענת המערער אנן סמכינן שפיר על האומדנא, אבל אם בא המערער לתבוע עדות שומעים לו, ובפרט לפי שיטת הראשונים דכל דין חזקת שלש שנים הוי מתקנת חכמים, כמש"נ בש"ז פ"ג, שפיר איכא למימר דכל זה היה בכלל התקנה, דנתנו לו חכמים למערער זכות וכח לתבוע עדות אף במקום דאיכא אומדנא.

אלא דטובא יש לעיין במה שכתב רבינו גרשום דהיכא דהמחזיק הוי רוכל המחזר בעיירות שאינו שוהה תדיר בביתו חיישין דילמא בא ולא מצאו ומשום הכי שתיק ולהכי ילפינן ליה למיטען על כל הלילות, כנ"ל, וקשה כי מה ענין זה אצל זה, ולמה מפני שאנו חוששין שבא בעל השדה כשהיה הרוכל חוץ לעיר נלמדנו לטעון על כל שאר הלילות, והגע עצמך דלמה לא נלמדנו לטעון שבא ולא מצאו שם כמו שבאמת אנו חוששין, ולכאורה היינו טעמא משום דטענה זו לא תועיל לו כלל, שהרי המחזיק הרוכל כדאחזקי אינשי, דדרך הרוכל לצאת ולחזור, ועיין ברא"ש, ואם כן הוא דאפילו אם טוען שבא ולא מצאו שם אין טענתו מועילה לו, למה מחייב אותנו חשש זה לגלות לו טענות אחרות המועילות לו.

ונראה דהיכא דהבעל דין עומד לפנינו ואינו טוען אין לבית דין להורות לו טענות המועילות לו, ולכן אם טען דשמא לא היה דר שם בלילות ותבע הבאת עדים על כך צריך המחזיק להביא עדים על הלילות, אבל אם לא טען אכן לא ילפינן ליה למיטען, אבל היכא דהמחזיק הוא רוכל המחזר בעיירות חיישין דילמא בא בעל השדה כשהיה המחזיק חוץ לעיר ולא מצאו שם, והא דלא טען כן המערער לפנינו היינו משום דקים ליה דכן דרך הרוכל שיוצא ובא, ולהכי שתק המערער ולא אמר מידי, דאם היה טוען באתי ולא מצאתיך וגלית אדעתך דלאו דידך הוא, היה המחזיק עונה לו דאין בזה שום גילוי דעת אלא היינו טעמא דלא מצאתני מפני שאני רוכל ודרכי לצאת מן העיר לפרקים, והרי טענת המחזיק טענה נצחת, ולכן שתק שידע שלא היתה טענתו מועילה לו, וכיון דאית לן טענת המערער לפנינו שפיר ילפינן ליה למיטען טענות המועילות לקיום טענתו שלפנינו, ולהכי ילפינן ליה לתבוע הבאת עדים על הלילות, דאם לא היה דר שם בלילות הרי זה מגלה דגם מה שלא מצאו שם כשבא ביום לא היה מפני שהוא רוכל אלא מפני שלא היה נוהג בו מנהג בעלות, ושוב זוכה המערער על ידי טענת באתי ולא מצאתיך וגלית אדעתך דלאו דידך הוא, ואין המחזיק יכול לטעון דהיינו טעמא שלא מצאתני שם מפני שאני רוכל אלא אם כן הביא עדים דכל שאר הימים היה דר שם בימים ובלילות, כמש"נ, וכיון דכל הנידון בכהאי גוונא הוא קיום הטענה שפיר ילפינן ליה למיטען.

פרק כ

בו יבואר שיטת הרמב"ם דאם טען המערער ואמר יביאו עדים שדרו בה אלו השוכרים ביום ובלילה אין השוכרים יכולים להעיד להמחזיק ואפילו אם שכרם בידם ואינם נוגעים בעדותם כיון שזה הדבר תלוי בהן ואינו תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו לו.

[רמב"ם פי"ב טוען ונטען הל"ב] כתב הרמב"ם וז"ל: הביא עדים שהיה דר בחצר זו שלש שנים או ששכרה שלש שנים הרי זו חזקה טען בעל החצר ואמר שמא לא שכן בה ביום ובלילה או שמא אלו שהשכירו להם לא שכנו בה ביום ובלילה הרי זו טענה אומרים למחזיק או תביא עדים ששנים אלו גמורות ביום ובלילה או הסתלק אפילו באו עדים ואמרו לנו השכיר ואנו דרנו בה ביום ובלילה וטען בעל השדה ואמר יביאו עדים שדרו בה ביום ובלילה צריכין אלו השוכרין להביא ראיה שדרו בה תמיד שזה הדבר תלוי בהן ואין תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו לו עכ"ל, יעו"ש, והשיגו הראב"ד וז"ל: אפילו באו עדים ואמרו לנו השכיר וכו' אמר אברהם ונתנו לו השכר עכ"ל, יעו"ש.

ומקור לדברי הרמב"ם מסוגיא דבבא בתרא (דף כט.) תנן חזקת הבתים והא בתים דביממא ידעי ובליילא לא ידעי וכו' רבא אמר כגון דאתו בי תרי ואמרי אנו אגרינן מיניה ודרינן ביה תלת שנין ביממא ובליילא אמר ליה רב יימר לרב אשי הני נוגעין בעדותן הן דאי לא אמרי הכי אמרינן להו זילו הבו ליה אגר ביתא להאי אמר ליה דייני דשפילי דייני הכי מי לא עסקינן כגון דנקיטי אגר ביתא ואמרי למאן ליתביה אמר מר זוטרא ואי טעין ואמר ליתו תרי סהדי לאסהודי ליה דדר ביה תלת שני ביממא ובליילא טענתיה טענה, יעו"ש, ולמד הרמב"ם דמר זוטרא קאי אתירוצא דרבא דמהני ליה עדות השוכרים, וקאמר מר זוטרא דאי טען המערער ליתו סהדי דדרו ביה ביממא ובליילא הועילה לו טענתו, אבל אי לא טען אנן לא טענינן ליה, ומיירי כאן שהשכר בידם, דאם כבר נתנו השכר הרי הם נוגעים בעדות, וגם בלי טענת המערער אינם נאמנים, וכמו שכתב הראב"ד, כנ"ל, כן פירש המגיד משנה, יעו"ש.

והלחם משנה הקשה על הרמב"ם שכתב דאין נאמנים מפני שזה הדבר תלוי בהן ואין תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו לו, דאם כן למה נאמנים על הימים, ותירץ דעל הימים איכא עדים אחרים, כמו שכתב הרמב"ם בתחלת דבריו, כנ"ל, שוב הקשה הלחם משנה דלכאורה דברי הרמב"ם סותרים למה שכתב פט"ו עדות הל"ה וז"ל: אבל השוכר אם לקח השכירות בידו ואמר כל מי שתתקיים שדה זו בידו יטול הרי זה מעיד ואם כבר נתן השכירות לבעל השדה אינו מעיד עכ"ל, יעו"ש, והכא כתב הרמב"ם דאפילו כששכר בידם אין נאמנים שזה הדבר תלוי בהן, ותירץ דהתם מיירי שהשוכר מעיד על קנין השדה, שאין דבר זה תלוי בו, אבל בדידן מיירי שמעיד על חזקת שלש שנים שהוא עצמו החזיק בה בעד המשכיר, כן למד הלחם משנה בדברי הרמב"ם, יעו"ש.

אולם קשה טובא דהרי בסוגיא דחזקת הבתים איתא להדיא דכשהשכר בידם

נאמנים להעיד על החזקה, והיכן ראה הרמב"ם לפסוק כנגד גמרא ערוכה במילתא דלא איפליגי בה אמוראי, ועוד קשה דלפי דעת הלחם משנה אין עדות השוכרים מועילה כלל וכלל, ומשום טעמא דזה הדבר תלוי בהם, ומדברי הרמב"ם משמע להדיא דרק אם טען המערער יביאו עדים וכו' אין לנו לסמוך על עדות השוכרים, אבל אם לא טען שפיר סמכינן עליהו, והדבר באמת צריך עיון, דאם כשרים הם היכן מצינו שטענת בעל דבר פוסלת עדים כשרים, ואם פסולים הם למה לן לטענת הבעל דבר כלל.

והנה עיין בתוס' בבבא בתרא שם בד"ה אמר מר זוטרא וז"ל: הקשה ר"י בר מרדכי לפירוש הקונטרס כי לא טעין נמי אמאי לא נשאל מהן כי שמא אינן יודעין על הלילות שלא נוציא על פיהן שלא כדין דבכל עדיות אנו דורשין יפה וכאן נמי אמאי לא נחקור אותן מספק ולא פירכא היא דכיון שהעידו על הימים אפילו יאמרו אין אנו יודעים על הלילות מסתמא כיון שדר בימים דר נמי בלילות אם לא שטוען המערער שבודאי לא דר עכ"ל, יעו"ש, וס"ל להתוס' דהיכא דאיכא עדות על הימים סמכינן על הסתמא, דכיון דדר בו בימים מסתמא דר בו נמי בלילות, ואם טען המערער שבודאי לא דר איתרע הסתמא על ידי הטענת ברי.

ודעת הרמב"ם בהלכה הנ"ל היא דלא בעינן לכך טענת ברי, ואפילו אם טען בעל החצר שמא לא שכן בה ביום ובלילה אהני טענתו, וצריך המחזיק להביא ראיה על הלילות, ועיין בש"ך סי' ק"מ סק"ז שהקשה דהיאך מהני טענת שמא לבטל הסתמא, ולכן פירש בדברי הרמב"ם דמיירי שטוען שראוהו שלא היה דר בו איזה לילות ושמא גם כן הלילות לא היה דר בו, ויש בזה ענין טענת ברי מספקת לבטל הסתמא, יעו"ש. אכן נראה דאיכא לאוקמי דברי הרמב"ם גם בטענת שמא גמורה, וכפשוטו משמעות לשונו, והא דמהני טענת שמא לאו היינו בתורת ריעותא על הסתמא, אלא זכות היא לבעל החצר לתבוע בירור מעליא על הלילות אף במקום דאיכא סתמא ולעורר בה חששות, ובפרט לשיטת הרמב"ם דחזקת שלש שנים היא מתקנת חכמים, כמש"נ בש"ז פ"ג, איכא למימר דכך תיקנו לו חכמים שיוכל לטעון שמא לא דר בה בלילות, ולתבוע בירור על הלילות ולא רק הסתמא, והרי טענתו מחייבת אותנו לחוש שלא דר בה בלילות עד שיבררנו בראיה חיובית.

והשתא נראה דמה שכתב הרמב"ם דזה הדבר תלוי בהן ואין תלוי בטענת המחזיק כדי שיעידו לו כונתו דלא דמי עדות דחזקה לשאר עדיות, דבשאר עדיות כגון שמעידין על הקנין הרי אין עדותם אלא לבירור בעלמא, ואין עצם חלות הקנין תלוי בעדותם, ואפילו היכא דבעינן עדי קיום אין עדותם אלא לברר, ובהא גופא דאיכא אפשרות דבירור על ידי עדים חשיבי עדי קיום, ולא באה עדותם אלא לגלות לנו שהיה קנין, אבל גם בלי עדותם הדבר קנוי לו, רק שאין הקנין ידוע, מה שאין כן בחזקת שלש שנים דכל זמן שלא נתבררה אכילתו לבית דין הקרקע בחזקת בעליה, ולא איתחזק המחזיק אלא על ידי בירור אכילתו, ונמצא דעדי החזקה הם הם הפועלים החזקתו של המחזיק, ובדרך כלל כשרים עדים להעיד אפילו על דבר שהם עשו לו בשליחות, וכדאמרינן בקדושין (דף מג.) דהן הן שלוחיו הן הן עדיו, שהרי אין עדותם אלא גילוי מילתא

בעלמא, ואין עדותם פועלת שום דבר, ואינם נחשבים בעלי דבר במה שהם עצמם עשו לו המעשה בשליחות מלבד מה שהם עדים על כך, אבל בחזקת שלש שנים עדותם פועלת תורת מוחזק של המחזיק, כמש"נ, ואין נאמנים להעיד על כך היכא דהם עצמם החזיקו בשבילו, דכיון דעדותם גומרת החזקה חשיבי בעלי דבר.

ולפי זה יש לומר דהכי אזלי דברי הרמב"ם, דאם הביא עדים שדר בה או ששכרה שלש שנים הרי זו חזקה מעליא אע"פ שלא העידו אלא על הימים בלבד, דכיון שדר בה בימים מסתמא דר בה נמי בלילות, ואם טען המערער שמא לא שכן בה בלילות אהני טענתו לעורר חששות בהסתמא ולחייב בירור גם על הלילות, כמש"נ, אולם כשהביא המחזיק ראיה על הלילות נסתלקו החששות והדר דינא דמסתמא כיון שדר בימים דר בלילות, ונמצא דבכהאי גונא אין העדים המעידים על הלילות פועלים החזקה, אלא הסתמא פועלת החזקה, ולא באו העדים אלא לסלק החששות שנתעוררו על ידי טענת שמא של המערער, ומשום הכי מהני שיעידו על כך אפילו השוכרים היכא דעדיין שחרם בידם ואין להם נגיעות בהגדתם, והיינו דקאמר רבא דהשוכרים מעידים אן אגרינן מיניה ודרינן ביה וכו', וגם הרמב"ם פסק כן.

אלא דמר זוטרא מחדש לן דאפילו כשבאו השוכרים והעידו לו עדיין יכול המערער לטעון לייתו תרי סהדי לאסהודי ליה דדר ביה תלת שני ביממא ובלילא, כלומר דיכול המערער לטעון שאינו רוצה לסמוך על הסתמא כלל וכלל, ויכול לתבוע שהמחזיק יברר חזקתו אך ורק על ידי עדות מעליא ולא על ידי אומדנא וסתמא, ואין הכי נמי דאם לא טען כן אן לא טענינן ליה, מכל מקום זכות המערער היא לתבוע שהמחזיק יברר חזקתו אך ורק על ידי עדים, ובכהאי גונא נמצא דהני עדים הם הפועלים החזקה, ואינם באים רק לסלק החששות מן הסתמא ולהעמידה על מקומה, דהא אף בלי חששות אין הסתמא מועילה לו כשתבע המערער עדים, ומשום הכי לא מהני לעדות זו אלא עדים אחרים ולא השוכרים עצמם, שהרי זה הדבר תלוי בהן, שהם עשו החזקה בשביל המחזיק ובהגדתם הם גומרים אותה, אבל אם לא טען כן המערער שפיר מהני גם עדות השוכרים, דהא לא באה עדותם אלא לסלק החששות מן הסתמא ולא לפעולת עצם החזקה, כמש"נ.

פרק כא

בו יוכיח מדברי הרשב"ם דס"ל כדברי התוס' אליבא דהולכי אושא דילפינן חזקת שלש שנים משור המועד דכי היכי דבשלש נגיחות הוחזק נגחן הוא הדין נמי דבאכילת שלש שנים הוחזק שתקן, ודינא דרב נחמן בשכונני גואי לא אזלא כהולכי אושא אלא כרבנן.

[**בבא בתרא כט:**] ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ביתא אמר ליה מינך זבינתיה ואכלית שני חזקה אמר ליה אנא בשכונני גוואי הואי אתו לקמיה דרב נחמן אמר ליה זיל ברור אכילתך אמר ליה רבא דינא הכי המוציא מחבירו עליו הראיה וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: ואכלתיה שני חזקה ואבדתי שטרי ואתה לא מחית לי שאזדהר בשטרי עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק דמה ראה הרשב"ם לפרש כאן עוד הפעם פעולת חזקת שלש שנים, והלא משנה מפורשת היא לעיל (דף כח.) דחזקת הבתים שלש שנים, וסוגיא ערוכה לעיל (דף כט.) דהיה לו למחות כדי שיזדהר בשטרו, יעו"ש, ומה הוסיף הרשב"ם בדבריו כאן.

והנה עיין עוד ברשב"ם בד"ה אנא בשכונני גוואי הואי וז"ל: בחדרים הפנימים היתה עיקר דירתו והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שדרת בו ברשותי ולכך לא מחיתי עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דטענת שכונני גואי לא הוי שדירתו בשכונני גואי היתה נחשבת כמחאה, אלא שבאמת לא מיחה, אלא שהוא טוען שלא היה מוטל עליו למחות כל זמן שהוא דר בשכונני גואי.

ולפי זה נראה ליישב דברי הרשב"ם, דהנה כתבו התוס' לעיל (דף כח.) בד"ה עד נגיחה רביעית דאליבא דהולכי אושא ילפינן חזקת שלש שנים משור המועד דכי היכי דבשלש נגיחות הוחזק נגחן הוא הדין דבשלש שנים הוחזק שתקן, יעו"ש, וכוונתם דמרא קמא ששותק אין הקרקע נחשבת בחזקתו אף אם כלפי שמיא גליא שהיא שלו, ועיימש"נ בשי"ז פ"ה, ולפי זה אין טענת בשכונני גואי הואי מועילה להמערער אליבא דהולכי אושא, דמה לנו אם שתק משום שהוא פחדן או אם שתק משום שלפי דעתו אינו צריך למחות, בין כך ובין כך הרי הוחזק שתקן ואין הקרקע בחזקתו אלא בחזקת המחזיק, ולכן כתב הרשב"ם דטענת אכלתיה שני חזקה היא משום שלא מיחה המערער ולא הזהירו לשמור שטרו, והוא כדעת רבנן ולא כהולכי אושא, כדמבואר בסוגיין לעיל, ורק אליבא דידהו נחלקו רב נחמן ורבא אם יכול לטעון בשכונני גואי הואי, אבל אליבא דהולכי אושא לית מאן דפליג דאין טענתו טענה, דהא הוחזק שתקן, וכמש"נ.

פרק כב

בו יובא הא דפריך סתירה דרב נחמן אדרב נחמן ודרבא אדרבא משכוני גואי לנכסי דבי בר סיסין אם אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה או שצריך המוכר או הלוקח לברר טענתו, ויבואר דנחלקו אם התעוררות ספק מבטלת מה שכפי הנראה הוא מוחזק.

[**בבא בתרא כט:**] ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ביתא אמר ליה מינך זבינתיה ואכלית שני חזקה אמר ליה אנא בשכוני גוואי הואי אתו לקמיה דרב נחמן אמר ליה זיל ברור אכילתך אמר ליה רבא דינא הכי המוציא מחבירו עליו הראיה ורמי דרבא אדרבא ורמי דרב נחמן אדרב נחמן דההוא דאמר ליה לחבריה כל נכסי דבי בר סיסין מזבנינא לך הוה ליה ההיא ארעא דהוה מיקרי דבי בר סיסין אמר ליה הא לאו דבי בר סיסין היא ואיקרויי דמיקריא דבי בר סיסין אתו לקמיה דרב נחמן אוקמה בידא דלוקח אמר ליה רבא דינא הכי המוציא מחבירו עליו הראיה קשיא דרבא אדרבא קשיא דרב נחמן אדרב נחמן דרבא אדרבא לא קשיא התם מוכר קאי בנכסיה הכא לוקח קאי בניכסיה דרב נחמן אדרב נחמן נמי לא קשיא התם כיון דאמר ליה דבי בר סיסין ומיקריא דבי בר סיסין עליה דידיה רמיא לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא אבל הכא לא יהא אלא דנקיט שטרא מי לא אמרינן ליה קיים שטרך וקום בניכסי, יעו"ש. וכתב הרשב"ם בד"ה אוקמה בידיה דלוקח וז"ל: כדמפרש טעמא לקמיה דעליה דידיה רמיא לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא עכ"ל, יעו"ש, והביא הרשב"ם טעמא דמסקנת הגמרא גם בהקושיא, ומבואר מדבריו דגם מתחלה הבין דזוהי טעמא דרב נחמן, ואם כן קשה מאי פריך דרב נחמן אדרב נחמן, והלא שאני התם דעליו לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא, והוא דין מיוחד בשטר שכתוב בו דבי בר סיסין, ולכאורה אין זה שייד לפלוגתא דשכוני גואי.

ועוד יש לדקדק בקושית הגמרא דרבא אדרבא והרי בשכוני גואי קאמר המוציא מחבירו עליו הראיה, ועל המוכר להביא ראיה הואיל והלוקח מוחזק, כמו שכתב הרשב"ם, יעו"ש, וגם רב נחמן מודה שהלוקח מוחזק בו, דאם לא כן אין להקשות עליו כלל מנכסי דבי בר סיסין, ואם כן מאי פריך דרבא אדרבא, והלא הכא הלוקח מוחזק ובנכסי דבי בר סיסין המוכר מוחזק, וכדמשני בגמרא, ומאי סלקא דעתיה להקשות. עוד יש לדקדק במה שכתב הרשב"ם לעיל בד"ה עליו לבאר דברי רבא וז"ל: וסבירא ליה לרבא דכיון שראו עדים לזה המוחזק שנשתמש בו שלש שנים אין לנו לחוש שמא גם זה היה עמו הואיל ולא שמענו בלתי היום וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דס"ל לרבא דאין לנו לחוש לחששות רחוקות כיון שלא שמענו בלתי היום, אכן לפי זה למה איצטריך לטעמא דהלוקח מוחזק שכתב בריש דבריו, כנ"ל, והלא גם אם אין ללוקח דין מוחזק אין לחוש לחששות רחוקות.

ונראה דהנידון בסוגיין הוא אם כפי הנראה יש כאן תורת מוחזק, והבעל דבר בא לעורר ספיקות, אם הועילו טענותיו להרעות המוחזק ולבטלו או לא, וקאמר רב נחמן

דעל המחזיק לברר חזקתו, ואע"ג דכפי הנראה המחזיק מוחזק בהקרקע, מכל מקום אם טען המערער שהיה בשכונ גואי נתעורר לן ספק, ובטל תורת מוחזק של המחזיק, שהרי הספק שנתעורר לא הוי במי הוא הבעלים, דלגבי אותו ספק בודאי הועילה חזקתו, כיון דליכא ריעותא בעצם ההחזקה, אבל הכא חיישינן דילמא היה בשכונ גואי ולא היה כאן מוחזק כלל, וכיון שיש לן ספק בעצם המוחזק הרי נתבטלה תורת מוחזק שלו עד שיברר חזקתו, והיינו כדברי שמואל בכתובות (דף עו:): כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, יעו"ש, והוא דינא דכאן נמצא כאן היה, ועיימש"נ בש"ח פט"ו, וכן בדין כיון שנולד הספק ברשותו בטלה חזקתו ועליו להביא ראיה.

ושפיר פריך מנכסי דבי בר סיסין דכפי הנראה קודם שטען המוכר יש כאן תורת מוחזק להלוקח בכל הנכסים על ידי השטר, ועכשיו שטען שיש מן הנכסים שאינם בכלל דבי בר סיסין הרי הוא מעורר ספק בעצם תורת מוחזק של הלוקח, וקאמר דרב נחמן אוקמה בידא דלוקח, ולא נתבטלה תורת מוחזק שלו על ידי הספק שנתעורר, אלא עליה ידידה דמוכר רמיא לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא, כמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל, ולא סגי ליה לעורר ספיקות לבטל תורת מוחזק של הלוקח, והרי דבריו סותרים אלו את אלו, דבשכונ גואי קאמר דאם נולד ספק בתורת מוחזק אין הספק מבטל המוחזק, ובנכסי דבי בר סיסין קאמר איכפא, דהתעוררות ספק מבטלת מה שכפי הנראה היה לו תורת מוחזק.

ועל זה משני דבנכסי דבי בר סיסין עליה ידידה רמיא לגלויי דהך לאו דבי בר סיסין היא, וליכא אפילו ספק בדבר, ולכן עומד הלוקח בחזקתו, אבל בשכונ גואי שפיר נתעורר ספק במוחזקות של הלוקח כשטען המוכר בשכונ גואי הוא, ובפרט לפי דברי התוס' דיש עדים שהיה בשכונ גואי ורק שלא נודע באיזו דרך היה נכנס ויוצא, יעו"ש, וכיון שנתעורר ספק בעצם המוחזק של המחזיק נתבטלה תורת מוחזק שלו ועליו לברר חזקתו.

והא דפריך דרבא אדרבא הוי אותו ענין בדיוק אלא להיפך, דבשכונ גואי קאמר רבא המוציא מחבירו עליו הראיה ואוקמיה בידא דלוקח שהוא המוחזק, ואע"ג דבא המערער לעורר ספיקות ולבטל תורת מוחזק של הלוקח, לאו כל כמיניה לעשות כן, שהרי חשש זה לא שמענו בלתי היום, וקודם לכן לא היה לנו שום חשש בתורת מוחזק של המחזיק, דכפי הנראה הוא מוחזק מעליא, ועכשיו בא המערער לעורר חששות חדשות ולעקור המוחזקות של הלוקח, לאו כל כמיניה לבטלה, אלא נשאר מוחזק כמו שהיה קודם הערער.

וס"ל לרבא דלא שייך בזה דינא דשמואל דכל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, כנ"ל, דשאני התם דנמצאו מומין בהאשה, והרי איכא דררא דממונא, שהרי עכשיו נתעורר ספק גמור מתי נולדו המומין האלו, ומי שנולד הספק ברשותו בטלה חזקתו, אבל בדין ליכא שום דררא דממונא, שהוא טוען שהיה דר בשכונ גואי, ודבר זה לא שמענו בלתי היום, וכל הספק התעורר על ידי טענתו, ובלא טענתו אין כאן שום

ספק בהמוחזק, בכהאי גוונא ס"ל לרבא דאין ספק כזה יכול לבטל המוחזקות שהיתה לו להמוחזק קודם שבא המערער.

ופריך מנכסי דבי בר סיסין דהתם קאמר איפכא, שהרי קודם שטען המוכר דהך לאו דבי בר סיסין היא כפי הנראה היה הלוקח מוחזק בכל הנכסים על ידי השטר שבידו, ועכשיו בא המוכר לעורר ספיקות ולבטל המוחזק, וקאמר רבא המוציא מחבירו עליו הראיה, והדין עם המוכר ועל הלוקח להביא ראיה, ומבואר דאם נתעורר ספק בעצם תורת מוחזק נתבטלה, ואפילו אם הספק נתעורר על ידי טענתו בלבד, וסותר למה שאמר בשכונני גואי.

ועל זה משני התם מוכר קאי בנכסיה הכא לוקח קאי בניכסיה, והיינו דהכא מלבד שיש להמחזיק תורת מוחזק גמור על ידי חזקתו הרי הוא גם תפוס בהבית במה שדר בו, וקאמר רבא דאם נתעורר ספק בתורת מוחזק של מי שהוא ודאי תפוס אין הספיקות יכולים לבטל תורת מוחזק שלו, אלא תפיסתו מחזקת חזקתו ואינה מתבטלת על ידי התעוררות ספיקות, אבל בנכסי דבי בר סיסין הרי המוכר עדיין תפוס בהקרקעות ולא הלוקח, ורק דהלוקח יש לו תורת מוחזק על ידי השטר שבידו, כמש"נ, אבל כיון דאינו תפוס בגוף הקרקע וגם נתעורר ספק בתורת מוחזק, הרי המוחזקות שלו נתבטלה, ועל הלוקח להביא ראיה לקיים חזקתו.

ועיין ברמב"ם פכ"א מכירה הלכ"א וז"ל: האומר לחבירו שדה ראובן אני מוכר לך וכיון שבא הלוקח להשתמש בה אמר לו המוכר אינה זו השדה שהיתה של ראובן וכי' עכ"ל, יעו"ש, והדגיש הרמב"ם דעדיין לא נשתמש בה הלוקח, ומדויק מדבריו דאילו כבר נשתמש בה והרי היא תפוסה בידו אין טענת המוכר מועילה, דכיון שהוא תפוס בה הרי זה כההיא דשכונני גואי וקיימא לן כרבא דלא כל כמיניה דהמערער לעורר ספק בתורת מוחזק של התפוס, וכמש"נ.

פרק כג

בו יובאו דברי התוס' דעדים מעידים שדר בשכונני גואי אלא שלא נתברר באיזו דרך היה יוצא, ויבואר דאולי דגם הרשב"ם שכתב שיש להמערער עדות שבית זה שלו היה ס"ל כן ומשום דאם ליכא עדי מרא קמא יש למחזיק הפה שאסר הוא הפה שהתיר.

[**בבא בתרא כט:**] ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ביתא אמר ליה מינך זבינתיה ואכלית שני חזקה אמר ליה אנא בשכונני גואי הואי אתו לקמיה דרב נחמן אמר ליה זיל ברור אכילתך אמר ליה רבא דינא הכי המוציא מחבירו עליו הראיה, יעו"ש.

וכתבו התוס' וז"ל: בשכונני גואי הואי והואי לי דרך עלך ונראה לי שהיה לו עדים שהיה בשכונני גואי אבל לא היו יודעים באיזה דרך היה יוצא דאי לא היה לו עדים כלל דהוה בשכונני גואי היכי הוה קאמר רב נחמן זיל ברור אכילתך דאטו יש להם לעדי חזקה לידע שלא היה המערער באותו בית כל שלש שנים עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דיש עדים שהמערער היה דר בשכונני גואי אלא שאין אנו יודעים אם היה יוצא דרך השכונני בראי וביטל חזקת המחזיק או אם היה יוצא בפתח אחר ולא היה עובר על השכונני בראי.

והנה כתב הרשב"ם וז"ל: והאי עובדא לא מתוקם אלא כשהיה לו עדות למערער דבית זה שלו היה אבל בלא עדות אפילו רב נחמן מודי דהמחזיק נאמן בלא ראיא שהפה שאסר הוא הפה שהתיר דאי בעי אמר שלי הוא מעולם כי אמר נמי מינך זבינתיה מהימן עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דאם לא הביא המערער עדים שהוא המרא קמא הרי המחזיק נאמן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ובהשפקה ראשונה היה נראה דהרשב"ם פליג על התוס' שכתבו דמיירי שיש עדים שהמערער היה דר בשכונני גואי, דאם כן גם בלא עדים על המרא קמא אין להמחזיק הפה שאסר הוא הפה שהתיר. אכן זה אינו, דאם אין להמחזיק אלא עדים שהיה דר בשכונני גואי כל שלש שנים אלו אבל אין לו עדים שלפני זה הוחזק כמרא קמא, הרי אין המערער אלא מחזיק שני בטענת שלי היה מעולם, ולא הועילה חזקתו אלא להחזיקו בהשכונני גואי שהעדים מעידים שהיה דר שם כל שלש שנים, והוא בא להחזיק גם על השכונני בראי שהיה דר שם המחזיק בטענה שכולו חדא בית הוא והוא החזיק בכולו על ידי שדר בשכונני גואי והיה נכנס ויוצא דרך שכונני בראי, ואם ליכא עדים שהמערער הוא המרא קמא הרי המחזיק נאמן שלא יצא דרך השכונני בראי, שהרי היה יכול לומר שלי היה מעולם, ועל המערער לברר חזקתו, והפה שאסר הוא הפה שהתיר.

פרק כד

בו יובאו דברי הרשב"ם דהספק בנכסי דבי בר סיסין הוא אם קנה שדה זו מבר סיסין או אם ירושה היא לו מאבותיו, ויבואר דאם ידוע שלא קנאה מבר סיסין ושנקרא כן מטעם אחר ומספקא לן אם נתכוון גם לשדה זו אמרינן יד בעל השטר על התחתונה.

[**בבא בתרא כט:**] ורמי דרב נחמן אדרב נחמן דההוא דאמר ליה לחבריה כל נכסי דבי בר סיסין מזבנינא לך הוה ליה ההיא ארעא דהוה מיקרי דבי בר סיסין אמר ליה הא לאו דבי בר סיסין היא ואיקרוייה הוא דמיקריא דבי בר סיסין אתו לקמיה דרב נחמן אוקמה בידא דלוקח אמר ליה רבא דינא הכי המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' דרב נחמן אדרב נחמן נמי לא קשיא התם כיון דאמר ליה דבי בר סיסין ומיקריא דבי בר סיסין עליה דידיה רמיה לגלויי דלאו דבי בר סיסין היא וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: דמקריא דבי בר סיסין כך קורין לו ואין ידוע אם קנאה מבי בר סיסין ולפיכך נקראת כן או כך שמה מעולם וירושה היא לו מאבותיו עכ"ל, יעו"ש, ובאמת היה הרשב"ם יכול לפרש דמייירי דידיעין בבירור שאין שדה זו בכלל השדות שקנה מבר סיסין, וידעין נמי שנקראת דבי בר סיסין מסבה אחרת, ומספקא לן אם נתכוון גם לשדה זו כשכתב בשטר שמקנה לו כל נכסי דבי בר סיסין או אם נתכוון רק לשדות אלו שקנאם מבר סיסין, והרשב"ם לא רצה לפרש כן אלא פירש דמספקא לן אם קנה שדה זו מבי בר סיסין.

וטעמא מילתא משום דבכהאי גוונא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, וכההיא דמנחות (דף קט.), יעו"ש, דאין השטר מעיד אלא על המשמעות הכי פחותה, ועיימש"נ בשופרא דשטרא ש"ו פ"כ, ואם הספק הוא אם השטר בא להקנות רק הנכסים שקנה מבי בר סיסין או גם הנכסים שלא קנה מבי בר סיסין אלא שנקראים דבי בר סיסין, בכהאי גוונא בודאי אמרינן דיד בעל השטר על התחתונה, ואין השטר מעיד אלא על הנכסים שקנה מבי בר סיסין ולא יותר, אכן אם הספק הוא על שדה אחת אם קנה אותה מבי בר סיסין או אם ירושה היא מאבותיו לא שייך בזה יד בעל השטר על התחתונה, דכונת השטר מבוררת שהקנה לו כל שדה שקנה מבי בר סיסין, ורק שמספקא לן אם שדה זו קנאה מבי בר סיסין והרי היא בכלל השטר, ועל ספק זה נחלקו רב נחמן ורבא, ועיימש"נ בש"ז פכ"ב.

וכן מפורש בדברי הרשב"ם במסקנת הגמרא וז"ל: כיון דכולי עלמא קרו ליה דבי בר סיסין ונראין הדברים שלפיכך נקראת כן שקנאה מבי בר סיסין והוא אמר לאו מבר סיסין לקחתיה עליה דידיה רמיה לגלויי ולהביא ראיה דלאו מבר סיסין לקחה ואם יביא עדים דאיקרוייה הוא דמיקריא הכי ולא מהני שדות שלקח מבר סיסין היא מוקמינן ליה בידיה דהא פשיטא לן דהאי דאמר ליה נכסי דבי בר סיסין מזבנינא לך הכי קאמר ניכסי שקניתי ממנו ולא נכסי שלא קניתי ממנו אע"פ שנקראין כן כך נראית השיטה עכ"ל, יעו"ש, וכונתו דאם ידוע על ידי עדים שלא קנה שדה זו מבר סיסין מוקמינן לה בידיה, דיד בעל השטר על התחתונה, ואין השטר מעיד אלא על השדות

שקנה מבר סיסין ולא יותר, וכמש"נ, ועיימש"נ בדברי הרמב"ם בש"ז פכ"ב.

פרק כה

בו יוכיח מדברי הרשב"ם והתוס' דאם החזיק שלש שנים וטען מפלגניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך קמאי ידידי אין חזקתו מועילה לו אלא מדין מיגו דאי בעי טעין מינך זבנתיה ואכלתיה שני חזקה, ויבואר למה לא סגי בחזקת שלש שנים עם טענתו זו.

[**בבא בתרא ל.**] ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מפלגניא זבינתה דזבנה מינך אמר ליה את לאו קא מודית דהאי ארעא ידידי היא ואת לא זבינתה מינאי זיל לאו בעל דברים ידידי את אמר רבא דינא קאמר ליה, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: אמר ליה מפלגניא זבינתה דזבנה מינך כלומר שאמר לי בשעת מכירה שהוא לקחה ממך ומאחר שלא טען ואכלתיה שני חזקה שטר מכירה שלו עודנו בידו ומסקנא דמילתא מוקמינן ליה ביד המערער והיינו טעמא דכיון דמודה דשלו היה הקרקע מתחלה לא מבעיא היכא דלא החזיק בה שלש שנים אלא אפילו החזיק בה שלש שנים נמי אינה חזקה ומפקינן ליה מיניה דהא חזקה שאין עמה טענה היא שהוא אינו יודע אם היתה של אותו שמכרה לו אם לאו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ודייק הרשב"ם דטענת מפלגניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך לא נחשבת טענה כלל מהא דקאמר זיל לאו בעל דברים ידידי את, והיינו דאינו צריך להתחשב ולהתדיין עמו כלל, דאין טענה זו נחשבת כלל, ומשום הכי אין לו מיגו דאי בעי אמר שלא היתה שלך מעולם, וכיון שכן גם אם החזיק בה שלש שנים אין זה מועיל לו דהוא חזקה שאין עמה טענה, וכונתו במה שכתב שיש לו שטר מכירה היא דאם אין לו שטר מכירה על כל פנים ממוכר זה שטען שלקחה ממנו ליכא חזקה כלל, דיכול המערער לומר לו אם כדברך אחוי שטרך מן המוכר שלך, ולא איצטריך לדין חזקה שאין עמה טענה, דאפילו אם טען קמאי ידידי זבנה ממך ליכא חזקה.

ומבואר מדבריו דאם אין לו שטר מכירה מן המוכר מוציאים הקרקע מידו ונותנים אותה להמערער, ואע"פ שאין אנו יודעים שהיתה של המערער, והרי הוא אומר קמאי ידידי זבנה מינך, מכל מקום כיון שבטלה חזקתו על ידי טענת אחוי שטרך מוציאים הקרקע מידו ונותנים אותה להמערער.

ולכאורה מבואר דהרשב"ם פליג על דברי הרמב"ם והמרדכי דאם אמר שלא אמר לי אדם כלום מעולם ואין להמערער עדים דאין מוציאים אותה מידו, כי היכי דאם אתי ליד בית דין אמרינן דאי תפס לא מפקינן, ועיימש"נ בש"ז פמ"ו, ואולי יש לחלק דהכא הרי הוא מודה שהיתה הקרקע של המערער, ועל ידי זה הוקבעה לו חזקת מרא קמא אע"פ שהמחזיק טוען שמכרה קמא דידיה ונתבטלה חזקתו, הרי טענתו זו הוכחשה על ידי טענת אחוי שטרך, ומכל מקום נשארה החזקת מרא קמא שהודת בה, ומוציאים אותה מיד המחזיק, מה שאין כן באומר שלא אמר לי אדם כלום מעולם אין לנו שום הוכחה שהמערער הוא המרא קמא, ולכן אין המערער יכול להוציאה מידו עד שיתברר מי הוא הבעלים, אי נמי יש לומר דכיון שנודע לנו שהוא שקרן, שהרי אין שטרו בידו, אין מניחים הקרקע ברשותו, מה שאין כן באמר שלא אמר לי אדם כלום

מעולם לא שקר ולא מיד.

שוב כתב הרשב"ם בהמשך הדיבור וז"ל: ולא אמרינן מיגו דאי בעי אמר אנא זבינתה מינך ואכלתיה שני חזקה כי אמר מפלניא זבינתה דזבנה מינך נאמן שהוא עצמו אינו יודע אם זבנה המוכר מיניה דמערער אם לאו הלכך כיון דהוא מודי למערער דשלו היתה הודאת בעל דין כמאה עדים דמי וגם מודה הוא שאינו יודע אם לקחה המוכרה לו מן הבעלים אם לאו דהא לא טעין דזבנה מינך קמאי דידי וגם אין לו עדים שהחזיק בה המוכר יום אחד לכך הפסיד אבל החזיק זה שלש שנים וטעין מפלניא זבינתה דזבנה מינך קמאי דידי כלומר שידעתי בברור שלקחה מינך נאמן מיגו דאי בעי אמר אנא זבינתה מינך ואכלתיה שני חזקה אי נמי יש לו עדים שהחזיק בה המוכר יום אחד והכי אמרינן לקמן בפירקין (דף מא:) גבי ההוא דדר בקשתא בעיליתא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק דלמה לן האי מיגו, הרי החזיק בה שלש שנים וגם יש לו טענת ברי דמפלניא זבינתה דזבנה מינך קמאי דידי, ובחידושי הגרעק"א שם כתב דהאי מיגו לאו דוקא, אלא לשון כי היכי הוא, כלומר כי היכי דנאמן בטענת מינך זבינתה כשהחזיק בה שלש שנים, שהרי בא בטענה מעליא, הכי נמי נאמן בטענת מפלניא זבינתה דזבנה מינך קמאי דידי, יעו"ש, אולם מדברי הרשב"ם לקמן (דף לא.) לכאורה מבואר דס"ל דהיינו דין מיגו ממש, דאיתא התם דנאמן אדם לטעון של אבותי שלקחיה מאבותיך היכא דהחזיק בה שלש שנים, וכתב הרשב"ם בד"ה ומודו נהרדעי וז"ל: וכיון דהחזיק בה שלש שנים מוקמינן לה בידיה דחזקה שיש עמה טענה היא דמה לו לשקר דאי בעי אמר מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה כי אמר נמי של אבותי שלקחיה מאבותיך מהימן וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דאע"ג דהחזיק בה שלש שנים ואית ליה נמי טענת ברי עדיין איצטריך למיגו דאי בעי טעין מינך זבינתה ומה לו לשקר, וגם מלשון התוס' בתחלת ד"ה לאו קמודית משמע דאיצטריך מיגו, דלא כתבו דנאמן מיגו דאי בעי אמר וכו', אלא במיגו דאי בעי אמר וכו', ומשמע דהוי בדין מיגו, ועיין בהגהות הב"ח שהגיה כן גם באמצע הדיבור.

ואפשר לומר דהרשב"ם אזיל בזה לשיטתו לקמן (דף לה:) בד"ה ישראל ובכמה מקומות דחזקת שלש שנים הוי מתקנת חכמים, ועיימש"נ בש"ז פ"ג דתיקנו חכמים שלא יהא לוקח צריך לשמור שטרו יותר משלש שנים, ואחר שלש שנים נאמן בטענת לקוח אע"פ שאין שטר בידו, ולפי זה יש לומר דלא נתקנה תקנה זו אלא לטובת לוקח כלפי המוכרה לו, אבל לגבי אדם אחר לא, ואע"ג דאית ליה טענה מעליא אין החזקת שלש שנים מועילה לו, דלא תיקנו חכמים חזקת שלש שנים אלא לסיוע לטענת לקוח, ומפני תקנת לקוחות, אלא דמכל מקום אהני ליה שאר טענות מדין מיגו דאי בעי טעין טענת לקוח דהוה מהימן מתקנת חכמים הואיל והחזיק שלש שנים, והשתא נמי דטעין טענה אחרת כגון מפלניא זבינתה דזבנה מינך קמאי דידי, אע"ג דאין חזקה מועילה לטענה זו, נאמן במיגו דטענת לקוח, וגם לא חשיב ככהאי גוונא מיגו להוציא, דכיון דאילו הוה טעין טענת לקוח חשבינן ליה למוחזק, דכן תיקנו חכמים דשלש שנים

מחזיקות הלוקח כלפי המוכרה לו, אם כן השתא נמי מהני המיגו לתת לו תורת מוחזק בכל שאר טענות דמצי טעין, ולא חשיב מיגו להוציא אלא כשטענת המיגו היתה מועילה כנגד המוחזק להוציא ממנו, מה שאין כן הכא דאילו היה טוען טענת לקוח הרי תיקנו חכמים דהלוקח הוא המוחזק ולא המוכר, ועיימש"נ בש"ט פ"ד.

פרק כו

בו יובאו דברי הרשב"ם דאם טוען מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך הרי זו חזקה שאין עמה טענה, ויבואר למה הוסיף דהוה ליה כהכיר בה שאינה שלו וגובה מעותיו מן המוכר וגם דברי הרי"ף דהוה ליה האי ודאי והאי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי.

[**בבא בתרא ל.**] ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מפלניא זבינתה דזבנה מינך אמר ליה את לאו קא מודית דהאי ארעא ידידי היא ואת לא זבינתה מינאי זיל לאו בעל דברים ידידי את אמר רבא דינא קאמר ליה, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: ומסקנא דמילתא מוקמינן ליה ביד המערער והיינו טעמא דכיון דמודה דשלו היה הקרקע מתחלה לא מבעיא היכא דלא החזיק בה שלש שנים אלא אפילו החזיק בה שלש שנים נמי אינה חזקה ומפקינן ליה מיניה דהא חזקה שאין עמה טענה היא שהוא אינו יודע אם היתה של אותו שמכרה לו אם לאו והוה ליה כהכיר בה בשדה שאינה שלו של מוכר ויחזירנה למערער והוא יגבה מעותיו מן המוכר לו כדפסקינן בשנים אוחזין (בבא מציעא דף טו:) וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריו דהנידון כאן הוא אם אהני ליה חזקתו להמחזיק או אם צריך להחזיר הקרקע להמערער, ואמרינן דכיון דלא ידע שהקרקע היתה של מוכר הרי זו חזקה שאין עמה טענה ואינה מועילה לו, ולמה הוצרך הרשב"ם להגיד לנו שהמחזיק חוזר וגובה מעותיו מן המוכר, ולמה נחית לפלוגתא דרב ושמואל בבבא מציעא שם אם מעות פקדון או מעות מתנה, ואיברא אף דפסקינן שם כמאן דאמר מעות פקדון וחוזר וגובה מן המוכר, הלא איכא נמי מאן דאמר דמעות מתנה ואינו חוזר וגובה, ולמה הכניס הרשב"ם עצמו כאן לפלוגתא זו.

והנה יש להסתפק בהא דבעינן חזקה שיש עמה טענה אם בעינן טענת ברי לכך או אם סגי נמי בטענת שמא, כגון שאמר ליה מאי בעית בהאי ארעא והוא אומר שמא לקחתיה ממך ואיני בטוח בכך אבל אכלתיה שני חזקה, שהרי דין חזקה שיש עמה טענה הוא שטוען שירד והחזיק כדין, כמו שכתב הרשב"ם לקמן (דף מא.) ד"ה כל חזקה, יעו"ש, ואולי גם בטענת שמא נחשב שטוען שירד בדין, או דלמא לא נחשב שירד בדין אלא כשטוען טענת ברי.

ולכאורה יש להביא ראיה מדברי המחבר ס"י קל"ג סעי' א' וז"ל: כל דבר המיטלטל שהוא ביד האדם בחזקת שהוא שלו וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכתב הקצות החושן סק"א וז"ל: ונראה דאם היה ביד קטן מוציאין וכו' לפי שאין טענתן כשאר בני אדם וכו' דמטלטלין נמי טענה בעי והוה ליה כמו חזקה שאין עמה טענה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיין בבבא קמא (דף קיד:), ובנמוקי יוסף לקמן (דף מא:), יעו"ש, ומבואר דדינא דחזקה שאין עמה טענה קאי גם בחזקת מטלטלין, ומצינו מאן דאמר בבבא מציעא (דף צז:) דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור, יעו"ש, דברי ושמא לאו ברי עדיף, ואוקי ממונא בחזקתו, ודין זה נאמר לא רק בחיובי ממון אלא גם בחזקת מטלטלין, כמו שמבואר לקמן שם (דף קטז:), יעו"ש, ועיין שם בתוס' בד"ה לימא דלמאן דאמר

ברי ושמא לאו ברי עדיף אין מוציאין מטלטלין מן המוחזק שטוען שמא, יעו"ש, ומבואר דגם בטענת שמא יש לו חזקת מטלטלין ולא הוי כמו חזקה שאין עמה טענה, ואם כן הוא הדין בחזקת קרקעות לא חשיב חזקה שאין עמה טענה אם טוען שמא לקחתיה ממך, דהא הקצות החושן משוה חזקת קרקעות וחזקת מטלטלין לענין חזקה שאין עמה טענה, כנ"ל, ונמצא דגם בטענת שמא חשיב שלפי טענתו בדין ירד, כמו שכתב הרשב"ם לקמן (דף מא.) בד"ה כל חזקה שאין עמה טענה, יעו"ש, דכיון שמסופק אם לקחה ממנו הרי דינו לירד להקרקע והבית דין ידונו על הספק, אבל לעת עתה נחשב שהחזיק בטענה, ולא דמי למי שאמר מפני שלא אמר לי אדם דבר מעולם. ונראה דכונת הרשב"ם במה שכתב דהוה ליה כהכיר בה בשדה שאינה של מוכר היא דלא הוי אפילו טענת שמא אלא אין זו טענה כלל, ולא אמרינן דכיון שלקח השדה מפלוני שאמר לו דזבנה מן הבעלים הרי זה נחשב טענת שמא, אלא אין כאן טענה כלל, ואפילו אם המוכר הוא צדיק מפורסם שאינו חשוד לשקר, שאם לא ידע בבירור שהמוכר לקחה מן הבעלים בראית עיניו או שטר מכירתו מן הבעלים אין להמחזיק שום טענה, והוה ליה כהכיר בה שאינה שלו.

והשתא אילו היתה טענת מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך נחשבת טענת שמא לגבי המערער היתה נחשבת נמי טענת שמא לגבי המוכר כשבא לגבות מעותיו, דכיון דהדבר בספק אם מכירתו היתה מכירה אינו יכול לגבות מעותיו מן המוכר, דהמוציא מחבירו עליו הראיה, אכן כיון דאינה נחשבת טענה כלל, וכל זמן שלא ראה בבירור שהשדה של המוכר הוה ליה כהכיר בה שאינה שלו, אם כן יכול לגבות מעותיו מן המוכר דאין כאן צד מכירה ולא שייך בזה דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה. ולפי זה מובנים שפיר דברי הרשב"ם שכתב דטענת מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך הוה ליה כהכיר בה שאינה שלו, והיינו דאינה נחשבת טענת שמא, דאילו היתה נחשבת טענת שמא היה יכול להחזיק בה בחזקת שלש שנים, דהוה ליה חזקה שיש עמה טענה, כמש"נ, והוסיף הרשב"ם דלא רק דאין לה חשיבות של טענת שמא, אלא הוה ליה ממש כהכיר בה שאינה שלו, דכיון שלקח הקרקע רק על סמך דיבורו של המוכר אין זה נחשב מכירה כלל, ובמקום דליכא מכירה המעות פקדון וחוזר וגובה מעותיו מן המוכר, וכל זה הוא רק למאן דאמר מעות פקדון, וכדפסקינן הלכתא שם בבבא מציעא, אבל למאן דאמר מעות מתנה אפילו הכיר בה שאינה שלו אינו גובה מעותיו, ואין בהפסד מעותיו שום הדגשה דטענת מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך הוה ממש כהכיר בה שאינה שלו, כמש"נ.

והנה הרי"ף לא הביא דטעמא דאמר מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך לא הוי חזקה משום דהוי חזקה שאין עמה טענה, כמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל, אלא כתב וז"ל: כיון דאודי דהאי ארעא להאי הוה ליה ודאי והאי דאמר ליה אמר לי פלניא דזבנה מינך הוה ליה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי הלכך דינא הוא דמהדר ליה לארעא להאי דאודי ליה דדיליה היא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק בדבריו דמה שייך כאן ענין אין ספק מוציא מידי ודאי, ויותר הוה ליה למימר דהמוציא מחבירו עליו הראיה.

אולם עיין ברא"ש שהביא דברי הרי"ף וכתב שכך פירש הרשב"ם, יעו"ש, לכן נראה דשניהם אמרו דבר אחד, ומה שכתב הרי"ף דאין ספק מוציא מידי ודאי אין כונתו להוראת בית דין, אלא דעל הלוקח היה לו להבין דאין ספק מוציא מידי ודאי, ולא היה לו להאמין להמוכר שאמר לו דזבנה מן המרא קמא הואיל והוא ידע שמפעם בודאי היתה הקרקע של המרא קמא, וכן הוא להדיא בעליות דרבינו יונה וז"ל: גם עכשיו שמודה שמעון שהוא יודע שהיתה של ראובן אין לו להאמין שום אדם עליה לומר שלקחה ממנו אלא בשטר או בחזקה ואין ספק מוציא מידי ודאי עכ"ל, יעו"ש.

והרי"ף לא הזכיר דינא דחזקה שאין עמה טענה משום דכאן יותר גרוע מההיא דמתניתין לקמן (דף מא.) דאמר שלא אמר לי אדם דבר מעולם, יעו"ש, דהלכה מרווחת וידועה היא דאין חזקת שלש שנים מועילה אלא בטענת לקוח, וכאן שאמר מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך אין כאן שום טענת לקוח, כמש"נ, ופשיטא דליכא חזקה, ולא איצטריך לאשמועין במתניתין דבעינן חזקה שיש עמה טענה אלא באמר שלא אדם לי דבר מעולם, דסלקא דעתין דילפינן ליה לחזור ולטעון שטרא היה לי ואירכס, כמו שמבואר שם בגמרא, יעו"ש, אבל בדין אין לנו שום צורך להזכיר מתניתין דחזקה שאין עמה טענה, כמש"נ, וגם הרשב"ם שהזכיר לשון חזקה שאין עמה טענה לא נתכוון לדינא דמתניתין, שהרי לא הביא המשנה, אלא נקט לשון המשנה אבל הדין פשוט הוא, וכמש"נ.

פרק כז

בו יוכיח מדברי הרשב"ם והתוס' דאם החזיק שלש שנים וטען מפלניא זבינתה דזבנה מינך קמאי ידידי אין חזקתו מועילה לו אלא מדין מיגו דאי בעי אמר אנא זבינתה מינך ואכלתיה שני חזקה או שיש לו עדים דדר בו מוכר יום אחד, ויבואר למה הוצרך לכך.

[**בבא בתרא ל.**] ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מפלניא זבינתה דזבנה מינך אמר ליה את לאו קא מודית דהאי ארעא ידידי היא ואת לא זבינתה מינאי זיל לאו בעל דברים ידידי את אמר רבא דינא קאמר ליה, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: אבל החזיק זה שלש שנים וטען מפלניא זבינתה דזבנה מינך קמאי ידידי כלומר שידעתי בברור שלקחה מינך נאמן מיגו דאי בעי אמר אנא זבינתה מינך ואכלתיה שני חזקה אי נמי שיש לו עדים שהחזיק בה המוכר יום אחד וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דאפילו אם החזיק בה שלש שנים וטען מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך הויה לה חזקה שאין עמה טענה ואינה מועילה לו אלא אם כן יש לו עדים דדר בה המוכר חד יומא, אבל אם טען שראה כשהמוכר דר בה חד יומא אינה חזקה, וכן הבינו התוס' בד"ה לאו קמודית בדברי הרשב"ם, יעו"ש, ועיין במהרש"א שרצה לדחות דלשון הרשב"ם לאו דוקא, יעו"ש.

ועיימש"נ בסברת הרשב"ם בש"ז פמ"ג דלא מהני טענת קמא ידידי דר בה המוכר חד יומא משום דלא נתברר לבית דין על ידי עדים שהיתה כאן מכירה כלל, וכל תקנת טענין היא ליורשים ולקוחות, והרי לא נודע לבית דין שמחזיק זה היה לוקח כלל, ואע"ג דאית ליה מיגו דאי בעי אמר ממך לקחתיה אין זה מספיק לקבוע לו תורת לוקח בעיני בית בין שיטענו בעדו, דלא מפיו אנו חייין.

והתוס' פליגי וז"ל: וכדבריו כן הוא היכא דיש עדים למערער שהקרקע שלו היתה אבל בעובדא דהכא דמשמע שלא היה למערער עדים מדקאמר לאו קא מודית כו' אי הוה טעין קמי ידידי זבנה מינך או דר בה חד יומא היה נאמן אף על פי שלא החזיק שלש שנים מיגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם אבל ודאי השתא דאמר מפלניא זבינתה דזבנה מינך והודה שהיתה שלו תו לא מצי למיטען קמי ידידי זבנה מינך או קמי ידידי דר בה חד יומא במיגו דאי בעי אמר בתחלה לא היתה שלך מעולם דמיגו למפרע לא אמרינן וכו' עכ"ל, יעו"ש, וס"ל להו להתוס' דגם על ידי מיגו יכול לקבוע לעצמו תורת לוקח ושוב טענין ליה כל מה שהמוכר היה יכול לטעון, וגם אם יש עדים למערער שהוא המרא קמא עדיין יכול המחזיק לטעון, אם החזיק שלש שנים, קמא ידידי דר בה המוכר חד יומא מיגו דאי בעי אמר ממך לקחתיה.

אבל אם טען מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך הפסיד, דהויה לה חזקה שאין עמה טענה, וגם אינו יכול לחזור ולטעון קמא ידידי דר בה חד יומא, ואע"ג דאין בזה משום טוען וחוזר וטוען, דאין זה סותר לטענתו הראשונה, מכל מקום כיון שכבר הודה שלא לקחה ממנו הוה ליה מיגו למפרע, וכן אם לא היה לו עדים למערער שוב אינו יכול להוסיף קמא ידידי דר בה חד יומא, דכיון שכבר הודה שהיתה של המערער וגם לא

לקחה ממנו הוה ליה מיגו למפרע.

פרק כח

בו תתיישב קושית האחרונים על מה שכתב הרשב"ם דאף היכא דאין למערער עדים שהיתה שלו רק הודאת המחזיק אין המחזיק נאמן מדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ויבואר מה שהוסיף רבינו גרשום בפירוש דברי רבא שיתבע מעותיו מאותו שקנה ממנו.

[**בבא בתרא ל.**] ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מפלניא זבינתה דזבנה מינך אמר ליה את לאו קא מודית דהאי ארעא דידי היא ואת לא זבינתה מינאי זיל לאו בעל דברים דידי את אמר רבא דינא קאמר ליה, יעו"ש, וכתב הרשב"ם בד"ה אמר ליה מפלניא וכו' וז"ל: ואע"ג דליכא עדים למערער מדקאמר ולא מודית לי וכו' הלכך כיון דהוא מודי למערער דשלו היתה הודאת בעל דין כמאה עדים דמי וגם מודה הוא שאינו יודע אם לקחה המוכרה לו מן הבעלים אם לאו דהא לא טעין דזבנה מינך קמאי דידי וכו' אבל החזיק זה שלש שנים וטעין מפלניא זבינתה דזבנה מינך קמאי דידי כלומר שידעתי בברור שלקחה מינך נאמן מיגו דאי בעי אמר זבינתה מינך ואכלתיה שני חזקה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה משמע מדברי הרשב"ם דאפילו היכא דאין למערער עדים שהיתה שלו רק הודאת מחזיק, מכל מקום לא היה המחזיק נאמן לטעון אנא זבינתה מינך אי לאו דאכלה שני חזקה, ותמהו עליו כל האחרונים דלמה לא יהא נאמן מדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, דהא אי בעי טעין לא היו דברים מעולם, והרי משנה מפורשת היא בריש פרק שני דכתובות (דף טו:): דנאמן לומר שדה זה שלך היתה ולקחתיה ממך, דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואם אית ליה נמי חזקת שלש שנים בלאו הכי נמי נאמן, ועיין בב"ח סי' קמ"ו ס"ק כ"ד ובש"ך סקי"ג, ובדרישה כתב דאין כונת הרשב"ם לומר שצריך להביא עדים שהחזיק בה שלש שנים, אלא סגי במה שטוען שהחזיק בה שלש שנים אף אם לא הביא ראיה על כך, דאם לא טען שהחזיק בה שלש שנים הרי לפי דבריו איכא ריעותא דאחוי שטרך, דאין דרך העולם לקנות בלא שטר ואדם נזהר בשטרו שלש שנים, וכן כתב בבית הלוי ח"ג סי' ל"ו, יעו"ש, והוה ליה כמיגו במקום עדים, אולם קצת קשה דמצינו בכתובות (דף יט:): דחזקת כשרות דעדי השטר חשיבא כעדות, ואם באו עדים לפסול השטר הוה ליה תרי ותרי, ומכל מקום היכא דאין כתב ידם יוצא ממקום אחר מהני הפה שאסר לפסול השטר ולא חשבינן ליה כמיגו במקום עדים.

ונראה לבאר דברי הרשב"ם עפ"י ש"נ בש"ז פי"ב דמקום חזקת מרא קמא אין הטענה נשמעת כלל, דכיון דקרקע לעולם בחזקת בעליה עומדת, וחשיבא לעולם תחת ידו ואין התפיסה מועילה בה, אם כן לא עדיפא טענה מתפיסה, ואין הטענה נוגעת כלל בחזקת המרא קמא ואינה מעוררת בה שום ספיקות, ורק על ידי חזקת שלש שנים נשמעת טענת לקוח במקום חזקת מרא קמא, ונמצא לפי זה דהא דאין טענת לקוח מהניא במקום מרא קמא לא איצטריך להבירור שבחזקת מרא קמא דכיון שהיתה שלו מכבר עדיין הוא שלי, דכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת אין הטענה נשמעת כלל

ואינה מעוררת שום ספיקות, כמש"נ.

והנה דין הפה שאסר הוא הפה שהתיר איכא לפרשו על שני פנים, חדא איכא למימר דהיינו דאין לנו לקבל מקצת דיבורו אם לא נקבל כולו, אי נמי יש לומר דאין להכחיש דיבורו על ידי הוכחה דאיתא לן על ידו, ועיימש"נ בזה בש"א פט"ו ובספר שופרא דשטרא ש"א פ"ב, והשתא אם ננקוט כצד השני נוכל להבין מה שכתב הרשב"ם דאין טענת לקוח גרידא מועילה במקום חזקת מרא קמא אפילו כשאין עדים למערער, דלא אמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר אלא בנוגע נאמנות טענתו, דאין להכחיש טענתו על ידי ההוכחה היוצאת לן מן החזקה הואיל והוא עצמו קבע לן החזקה, אבל הכא אין טענתו מתבטלת על ידי הכחשת החזקה, אלא היינו טעמא משום דכיון שהודה ששדה זו שלו היתה הרי אנו רואין אותה לעולם בחזקת המערער, דקרקע בחזקת בעליה עומדת, וכי היכא דאין התפיסה מהניא בה כך אין הטענה מהניא בה, דלא עדיפא טענה מתפיסה, כמש"נ, ואין הטענה נשמעת כלל ואינה מעוררת ספיקות, ודבר זה לא בא מכח הראיה שבחזקת מרא קמא אלא מהמציאות של החזקת מרא קמא, ולזה לא יועיל לו דין הפה שאסר, דכיון דסוף סוף נודע לן שהמערער הוא המרא קמא הרי הקרקע לעולם תחת ידו לחלוטין, ואין הטענות נשמעות כלל. אולם כל זה לא נאמר אלא בטענת לקוח גרידא, אבל אם טען מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה הרי שפיר נשמעת טענתו, דהא אין החזקת מרא קמא סותרת טענת אכלתיה שני חזקה, דדילמא אכלה בגזילה, כמש"נ בש"ז פ"ג, וכיון דעולה לפנינו טענת אכלתיה שני חזקה, אז נשמעת נמי הטענת לקוח, דאם האמת כדבריו דאכלה שני חזקה הרי זו ראייה מעליא על הטענת לקוח, כמש"נ שם, וכיון דנשמעת הטענת לקוח בכהאי גוונא הרי אין כנגדה אלא ההוכחה היוצאת לן מן החזקת מרא קמא, ולזה בודאי מהני ליה דין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, דהא רק על ידי הודאתו באה לן הוכחה זו ואינה יכולה להכחיש דבריו, ושפיר מיתוקמא מתניתין דכתובות הנ"ל כשטוען מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה, וכמו שכתבו הדרישה והבית הלוי, ומטעמא אחרינא, וכמש"נ.

והנה עיימ"ש הרשב"ם בד"ה ואת מינאי לא זבינתה וז"ל: שאפילו אם היית טוען דמינאי זבינתה הלא אין לך לא שטר ולא חזקה זיל מקרקע שלי לאו בעל דברים ידי את ואני מוחזק בה יותר ממך שאתה לא החזקת שלש שנים אמר רבא דינא קאמר ליה המערער ואפילו אם החזיק בה שלש שנים כמו שפירשתי וכן הלכה עכ"ל, יעו"ש, והנה דברי הרשב"ם הללו עולים לפי דבריו למעלה דגם טענת מינך זבינתה לא מהניא בלי חזקת שלש שנים, או על כל פנים טענת אכלתיה שני חזקה, כפי מה שכתב הדרישה, וכמש"נ, אמנם אכתי צריכים לעיין למה הכניסם הרשב"ם בתוך השקלא וטריא דהגמרא, דכשאמר זיל לאו בעל דברים ידי את פירש הרשב"ם דהיינו מפני שלא החזיק בה שלש שנים, ובהא דאמר רבא על הא גופא דדינא קאמר ליה פירש רשב"ם דהיינו אפילו אם החזיק בה שלש שנים, ומשום דלא אמר קמאי ידי זבנה, וכמו שפירש למעלה.

ונראה דהרשב"ם דייק מלשון לאו בעל דברים ידידי את דאין טענתו חשובה כלל במקום מרא קמא, ואיכא למימר נמי דאין טענתו מחייבת אפילו שבועת היסט, ועיימש"נ בשיטת הרמב"ם בענין זה בש"ז פ"ב, ולכן כתב הרשב"ם דהיינו טעמא דאין כאן טענה כלל משום שלא החזיק בה שלש שנים, דטענת לקוח בלי על כל פנים טענת אכלתיה שני חזקה אינה נשמעת כלל, כמש"נ, ושפיר קאמר ליה זיל לאו דברים ידידי את, אבל אם טען מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך ואכלתיה שני חזקה ליכא למימר לאו בעל דברים ידידי את, דשפיר נשמעת טענתו, אלא דטענה גרועה היא הואיל והוא עצמו אינו יודע בבירור אם היתה של אותו שמכרה לו, ומשום הכי פירש הרשב"ם דלא החזיק בה שלש שנים, אבל כדמסיק רבא דדינא קאמר ליה אתי הרשב"ם לפרש עיקר הדין דהקרקע חוזרת להמערער, וקושטא קאמר דאפילו אם החזיק בה המחזיק שלש שנים הרי הקרקע חוזרת לבעליה דהוה לה חזקה שאין עמה טענה, וכמו שפירש למעלה.

ועיימ"ש רבינו גרשום וז"ל: הואיל ולא זבינתה מינאי זיל פוק מן ארעא ידידי ולא בעל דברים ידידי את ותבע דמיך מאותו שקנית ממנו עכ"ל, יעו"ש, וגם בדבריו יש לדקדק דמה ענין תביעת החזרת המעות לכאן דהנידון הוא על גוף הקרקע אם נעמידנה ביד המחזיק או אם נחזירנה למערער, ואיברא דגם הרשב"ם הביא דין זה דחוזר ותובע מעותיו מן המוכר, והביא מקור לכך מסוגיא דבבא מציעא (דף טו:), מכל מקום למה הכניס רבינו גרשום ענין זה לתוך טענת המערער דזיל לאו בעל דברים ידידי את. ונראה דגם רבינו גרשום דייק מהך לישנא דזיל לאו בעל דברים ידידי את דאין טענת המחזיק חשובה כלל עד כדי כך דאין המערער צריך לישבע שבועת היסט, אלא דמוכח מתוך דברי הרמב"ם בפ"ה טוען ונטען הל"ב דהיכא דתבע המחזיק החזרת המעות צריך המערער לישבע היסט, ועיימש"נ בש"ז פ"ב, דאין חזקת מרא קמא מבטלת אלא טענה על גוף הקרקע, ולכן פירש רבינו גרשום דהכי קאמר ליה, זיל לאו בעל דברים ידידי את, דהא אין הטענה נשמעת במקום חזקת מרא קמא ואין טענתך חשובה כלל אפילו לחייבני שבועת היסט, ואי משום תביעת החזרת המעות אתה רוצה להחשיב טענתך ולחייבני שבועת היסט, הרי אין תביעה זו עלי, אלא זיל תבע דמיך מאותו שקנית ממנו.

פרק כט

בו יבואר דבהחזיק בשדה שבע שנים והוציא המערער שטר שלקחה מלפני ארבע שנים, קא משמע לן דאף שהחזיק שלש שנים לפני המערער הוה ליה חזקה שאין עמה טענה, ולא אמרינן דכיון שבא מכח מי שמכרה לו היה לו למחות תוך שלש כהמוכר עצמו.

[**בבא בתרא ל:**] ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מפלניא זבינא ואכלתיה שני חזקה אמר ליה והא נקיטנא שטרא דזבנא לי מיניה הא ארבע שני אמר ליה מי סברת שני חזקה תלת שני קא אמינא שני חזקה טובא קא אמינא אמר רבא עבידי אינשי דקרו לשני טובא שני חזקה והני מילי דאכלה שבע שני דקדים חזקה דהאי לשטרא דהך אבל שית אין לך מחאה גדולה מזו, יעו"ש.

ויש לדקדק לפי מה דמבואר בגמרא דאין לך מחאה גדולה ממכירת הקרקע בתוך שני החזקה, אם כן השתא דסלקא דעתין דכשאומר אכלתיה שני חזקה היינו שלש שנים ולא יותר, למה צריך המערער לומר שקנה הקרקע מן המוכר לפני ארבע שנים, הלא גם אם אמר שקנאה לפני שנה נסתלק המחזיק, שהרי אין לך מחאה גדולה מזו ובטלה חזקתו וזכה המערער בהקרקע על ידי שטרו, וגם על זה יכול רבא לומר עבידי אינשי דקרו לשני טובא שני חזקה, ויביא עדים על כך, ונמצא שכבר היתה לו חזקה גמורה קודם שמיחה המוכר על ידי מכירה להמערער.

והנה כתב הרשב"ם וז"ל: אמר ליה והא נקיטנא שטרא שכתוב בה דזבנה לי כלומר שקנויה אצלי מן המוכר הזה ארבע שנים ונמצא שקדם מקחי לחזקה שלך שנה אחת ואת מינאי לא זבינתה הלכך חזקה שאין עמה טענה היא שהמוכר לא יכול למוכרה לך שכבר מכרה לי קודם עכ"ל, יעו"ש, והוה ליה חזקה שאין עמה טענה לגבי הלוקח המערער שהרי אין לו דין ודברים עמו אלא עם המוכר, והרי השטר מוכיח שכבר מכר להלוקח קודם שהחזיק, וכן אם החזיק שש שנים לפי מסקנת הגמרא והמערער הביא שטר שהמוכר מכרה לו לפני ארבע שנים, לגבי המערער הוה ליה חזקה שאין עמה טענה ולגבי המוכר נמי אין לו טוענה שהרי מיחה לאחר ב' שנים של חזקתו על ידי מכירתו להמערער.

והמגיד משנה פט"ו טוען ונטען הל"ז הביא קושית המפרשים וז"ל: והני מילי דאכלה שבע שני וכו' אבל אכלה שית שני אין לך מחאה גדולה מזו וכו' ויש מקשים אפילו אכלה פחות משבע שנים למה לא תעלה לו חזקה לזה והלא כבר נתבאר פרק י"א שצריך שלא תהיה בין מחאה למחאה שלש שנים גמורות ואם כן כשאכלה זה שש שנים שהם שלש אחר הקנייה כבר החזיק בה שלש שנים בלא מחאה ותירצו דהתם דוקא בשלא מכרה המערער לאחר דהתם כל זמן שעמד זה שלש שנים ולא מיחה לא נזהר הלה בשטרו אבל במוכר לא היה לו שוב למחות שהרי מכר דינו והלוקח גם כן אע"פ שלא מחה אין לו היזק בכך כיון שאין זה בא מחמתו וזה תירוץ מוכרח בדין זה עכ"ל, יעו"ש.

והנה זה פשוט דאין למחזיק שום תועלת במה שלא מיחה המוכר ארבע שנים

לאחר מכירתו, דהא פשיטא שלא היה מוטל עליו למחות לאחר שכבר הוציאה מרשותו, וכמו שכתב המגיד משנה, כנ"ל, אלא החידוש הוא דלא יועיל לו למחזיק גם מה שלא מיחה המערער לאחר שקנה הקרקע, שהרי אם לא מכר הקרקע היה מוטל על המוכר למחות לפני שיעברו עוד שלש שנים, דכל זמן שלא תבעו לדין ופסקו להוציאו מן הקרקע לא הוחזק בגזלנותא בקרקע זו, ולא אהני המחאה אלא שצריך להזהר בשטרו, ואם עברו עוד שלש שנים ולא מיחה שוב אינו מיזדהר בשטרו וליכא טענת אחוי שטרך, והיה אפשר לומר דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ואם על המוכר מוטל למחות בכל שלש ושלוש שנים גם על הלוקח מוטל למחות בהמחזיק בכל שלש ושלוש שנים עד שימשכנו לבית דין וינצחנו ויוציאו מן הקרקע בדין, וקמ"ל בגמרא שאין הלוקח מחויב למחות בו הואיל ולא בא מחמתו, ולא אמרינן בזה מה מכר ראשון לשני, ונמצא דחזקת המחזיק לגבי המערער הוי חזקה שאין עמה טענה, אבל לולי חידוש זה לא היתה חזקתו נחשבת חזקה שאין עמה טענה לגבי הלוקח שהרי טוען שהיה לך למחות ולא מחית והרי הודית על חזקתי, וזהו החידוש דהגמרא דאין על הלוקח למחות, וממילא הוי חזקתו לגבי הלוקח חזקה שאין עמה טענה.

ולפי זה מובן למה לא מוקים לה שהוציא המערער שטר שהמוכר מכרה לו לפני שנה ומיחה בחזקתו, שהרי בכה"ג אין לו שום חזקה כלל לגבי המערער, שהרי לא אכלה בפניו אלא שנה אחת, וכל הנידון הוא אם יש לו חזקה לגבי המוכר, וגם זה פשיטא דאין לו, שהרי מיחה בו לאחר שנתיים על ידי מכירתו להמערער, ועדיין לא עברה אלא שנה אחת לאחר המחאה, והיה לו ליזהר בשטרו, ואמרינן ליה אחוי שטרך ובטלה חזקתו.

אכן כשהוציא המערער שטר שקנה הקרקע מן המוכר לפני ארבע שנים יש בזה חידוש חשוב, שהרי אין כאן טענת אחוי שטרך שכבר עברו ד' שנים, וסלקא דעתין דיש לטעון כנגד המערער שהיה לו למחות בו הואיל ואתי מכח המוכר, כמש"נ, קמ"ל דאין על הלוקח למחות במי שהחזיק על המוכר, וכיון שאין המחזיק טוען שלקחה מן המערער הוה ליה חזקתו חזקה שאין עמה טענה, וכמש"נ.

פרק ל

בו יבוארו דברי הריב"א דאם האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמרינן דאבהתא בלא אכילתה לא מהני, ויבואר מחלוקת רבא ורב נחמן אם עדות מוכחשת היא או דאמרינן באבהתא מי אתכחש.

[**בבא בתרא לא.**] זה אומר של אבותי ואכלתיה שני חזקה וזה אומר של אבותי ואכלתיה שני חזקה האי אייתי סהדי דאבהתיה היא ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רב נחמן אוקי אכילה לבהדי אוקי ארעא בחזקת אבהתא אמר ליה רבא והא עדות מוכחשת היא אמר ליה נהי דאיתכחש באכילתה באבהתא מי אתכחש, יעו"ש.

והקשו התוס' בד"ה אמר ליה רבא וז"ל: תימה אמאי הואי עדות מוכחשת והא רבא אית ליה במרובה (ב"ק דף עב:) ובפרק זה בורר (סנהדרין דף כז.) דעד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל ולא מפסל אלא משעה דאתכחוש וכו' וללישנא דהוי טעמא דרבא התם משום דעד זומם חידוש הוא ואין לך בו אלא משעת חידושו נחא אלא ללישנא דמפרש טעמא דרבא משום פסידא דלקוחות הכא נמי נהמנינהו וכו' ונראה דסוגיא דהכא כההיא לישנא דחידוש וכו' ולריב"א נראה וכו' אלא הכא כי איתכחוש אאכילה איתכחוש נמי אאבהתא דאבהתא בלא אכילתה לא מהני דהוי מוקמינן בידיה דאית ליה סהדי דאכלה שני חזקה דנאמן לומר היתה של אבותי יום אחד במיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה ומיהו אכתי דחשיב לה בגמרא כעדות אחרת לא אתי שפיר עכ"ל, יעו"ש.

והביאור בדברי הריב"א הוא דמוקים לה בגונא דלא אמרו של אבותי מעולם, אלא אמרו של אבותי סתם, וזה שאמר של אבותי והעדים מעידים שהיתה של אבות האחר יכול לתרץ דבריו ולומר של אבותי היתה יום אחד, ונאמן בטענה זו מיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה, וכההיא דלקמן (דף מא:), יעו"ש, שהרי אין העדים מכחישים טענה זו, ולא שייך בזה מיגו במקום עדים, וכיון שכן אין שום תועלת בעדי אבהתא, שהרי יש בפנינו שתי כתי עדים המכחישות זו את זו לענין האכילה, ואין אנו יודעים אם אלו משקרים או אלו, ואם כן ממה נפשך אין שום פעולה לעדי אבהתא, דאם האמת כדבריהם במה שאמרו שאכלה שני חזקה והאחרים משקרים אין שום צורך במה שאמרו שהיתה נמי של אבותיו, דהא אית ליה חזקה, ואם האמת כדברי העדים שאמרו שהאחר אכלה שני חזקה הרי הוחזקה הקרקע בידו על אף שהעדים מעידים שהיתה של אבותיו של האחר, דהא יכול לתרץ דבריו ולומר שהיתה של אבותיו יום אחד, כמש"כ, ונמצא דאין שום תועלת נוספת במה שהעידו שהיתה של אבותיו, והיינו מאי דקאמר רבא והא עדות מוכחשת היא, לא משום פסול עדות אלא משום דאין עדותם מועילה, כמש"נ.

ועל זה הקשו התוס' דאם מוקמת להאי עובדא כגון שלא אמרו של אבותי מעולם, ויכול לתרץ דבריו שהיתה של אבותיו יום אחד, הרי סברא ברורה היא דאין שום

תועלת בעדות אבהתא, ומאי קאמר רב נחמן נהי דאיתכחש באכילתה באבהתא מי אתכחש.

ונראה ליישב דברי הריב"א על פי מה שכתב הש"ך סי' פ"ז סקי"ד וז"ל: כתב בתרומת הדשן סי' של"ד דעד אחד מסייע פוטר משבועה אפילו במודה במקצת ושבועת שומרים ועד אחד מכחישו וכו' וכל דבריו לא נתחוורו אצלי אלא נראה דאוקי חד לגבי חד וסלק עדותן כמאן דליתא וחייב שבועה דאורייתא וכו' ועוד נראה דגם בשתי כתי עדים המכחישות זו את זו אמרינן סלק עדותן דתרווייהו כמאן דליתיה ואי הוה חייב שבועה דאורייתא בלא עדותן וכו' השתא נמי משתבע הך שבועה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאם עדים המכחישים אלו את אלו כמאן דאיתנהו, וכסברת התרומת הדשן, אין שום תועלת בשבועתו, דתרי כמאה ולא תצא שום הוכחה נוספת משבועתו, אבל אם תרי ותרי כמאן דליתנהו, כסברת הש"ך, הרי אין כאן שום עדות, ושפיר יש לחייבו שבועה.

ולפי זה יש לומר דהריב"א ס"ל דבהא גופא נחלקו רבא ורב נחמן, דרבא ס"ל דתרי ותרי כמאן דאיתנהו, ונמצא דיש בפנינו שתי הגדות המכחישות זו את זו, וממילא אין תועלת במה שמעידים גם על אבהתא, דאם הגדת אחרים אמיתית הקרקע מוחזקת בידו, כמש"נ, ואם הגדת אלו על האכילה אמיתית אין שום צורך למה שמעידים שהיתה של אבותיו, כמש"נ, והיינו מאי דקאמר רבא והא עדות מוכחשת היא, אבל רב נחמן ס"ל דתרי ותרי כמאן דליתנהו, ונתבטלו ההגדות ואין בפנינו שום הגדה על האכילה, ולכן שפיר מועילה לו מה שיש לו עדות שהיתה של אבותיו.

פרק לא

בו יבואר מה שכתב הרשב"א דבעבדים כיון שעושים פירות תדיר אין להם חזקה עד שלש שנים דהעבד עצמו נחשב שהוא בתפיסת יד רבו, אף דגודרות יש להן חזקה לאחר שנה או שנתיים, ולמה לא מצריכין גם בקטן המוטל בעריסה חזקת שלש שנים.

[בבא בתרא לו.] והעבדים וכל דבר שהוא עושה פירות תדיר חזקתן שלש שנים מיום ליום וכו' עבדים יש להם חזקה והאמר ריש לקיש הגודרות אין להן חזקה אמר רבא אין להם חזקה לאלתר אבל יש להם חזקה לאחר שלש שנים אמר רבא אם היה קטן מוטל בעריסה יש לו חזקה לאלתר וכו', יעו"ש, ומבואר בגמרא דאילו לא היו עבדים גודרות היה יכול להחזיק בהם מיד כדין חזקת מטלטלין, ואע"ג דעבדים יש להם דין קרקע לגבי קנינים ושבועה ושאר דינים, דהחילוק בין מטלטלין וקרקעות לגבי חזקה לא הוי מחמת דין קרקע, דגם קרקע בעצם היה יכול להחזיק בה בתפיסה בלבד כמו במטלטלין אלא דקרקע אינה נתפסת ביד, ואינו יכול להגביהה ולהכניסה לרשותו, ומשום הכי לא שייך בה חזקת מטלטלין, וכל חזקתה במקום מרא קמא היא על ידי דין חזקת קרקעות שהשתמש בה כבעלים במשך שלש שנים, אולם בעבדים שפיר שייך חזקת מטלטלין, שהרי יכול להכניסם לרשותו, וטעמא דלא מהני בהו חזקת מטלטלין היא משום שהם גודרות ומה שנמצאים ברשותו אינו מורה על בעלותו, וקטן מוטל בעריסה שאינו מהלך ברגליו שפיר מועילה בו חזקת מטלטלין, כנ"ל.

ועיימ"ש הרשב"א לעיל במתניתין (דף כח.) וז"ל: קשיא לי אמאי תנא הכא העבדים דמשמע דדוקא משום דעושין פירות תדיר חזקתן שלש שנים הא לאו הכי לא בעינן שלש שנים ואמאי והא מנפשיהו קא אזלן והוה להו כגודרות דאין חזקתן לאלתר אלא לאחר שלש שנים, וכדאמרין בגמרא, ויש לומר דגודרות אין להם חזקה לאלתר אבל לאחר שנה או שנתיים שדרך הבעלים להקפיד בכך ואינן מניחין אותן ביד אחרים יש להן חזקה ועבדים נמי אי משום האי טעמא לאחר שנה או שנתיים סלקא להו חזקה אבל משום דעבדי פירות תדיר אין להם חזקה עד לאחר שלש וכי אקשינן בגמרא והעבדים יש להם חזקה והא אמר ריש לקיש הגודרות אין להן חזקה ופרקינן אין להם חזקה לאלתר אבל יש להן חזקה לאחר שלש אעבדים קא מהדר והכי קאמר העבדים אין להם חזקה לאלתר כגודרות אבל לאחר שלש יש להן לעבדים ולעולם גודרות לאלתר הוא דאין להן חזקה הא לאחר זמן שדרך הבעלים להקפיד ושלא להניח ביד אחרים יש להן חזקה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ודברי הרשב"א לכאורה תמוהים, דהרי עבדים שייך בהם חזקת מטלטלין, כדמבואר בגמרא, ורק דגודרות נינהו, ובגודרות הרי יכול להחזיק לאחר שנה או שנתיים שדרך הבעלים להקפיד בכך, ואם כן גם בעבדים למה לא יוכל להחזיק אחר שנה או שנתיים, ומה לי דעושה פירות תדיר, וכי בשביל כך לא יקפידו הבעלים אחר שנה או שנתיים, והלא הדעת נותנת איפכא, דכיון דעושה פירות תדיר יותר יש להם להקפיד בשנה או שנתיים, ודוחק לומר דנקטינן שאם קנה העבד היה כותב עליו שטר

וקודם שלש שנים אמרינן ליה אחוי שטרך, שהרי אין שום זכר לכך בדברי הרשב"א, אלא כתב טעמא משום שהעבד עושה פירות תדיר, כנ"ל.

עוד יש לדקדק בדברי הרשב"א שהרי במתניתין נקט טעמא דעושה פירות תדיר

להא דבעינן שלש שנים מיום ליום בבתים ובית השלחין וכל הני שהזכיר ברישא דמתניתין, והרשב"א הביאו להא דבעבדים בעינן שלש שנים ולא סגי בשנה או שנתיים כשאר גודרות, ולכאורה צריכים לומר דאין כונתו בזה לדינא דמתניתין, אלא דמלבד הא דעושה פירות תדיר מחייב חזקת שלש שנים מיום ליום בקרקעות גמורין, אהני נמי לחייב חזקת שלש שנים בעבדים אע"ג דיכול להחזיק בשאר גודרות בשנה או שנתיים. ואולי יש לומר דכונת הרשב"א בזה היא להא דאמרינן בבבא מציעא (דף צט.) דיד עבד כיד רבו, וכל מה שהוא ביד העבד נחשב כאילו הוא ביד הבעלים עצמו, ומסתברא לפי זה דהוא הדין דהעבד עצמו נחשב שהוא ביד הבעלים, ואע"ג דבכל גודרות מהני בהן חזקת מטלטלין לאחר שנה או שנתיים דלא היו הבעלים מניחים אותן בידו זמן רק כל כך, וממילא יש לו חזקה בתפיסתו, מכל מקום בעבדים לא מהני, שהרי יד עבד כיד רבו, והרי העבד נתפס ביד הבעלים ולא ביד המחזיק, ואין כאן חזקת מטלטלין כלל, ולמד הרשב"א דדין יד עבד כיד רבו תלוי בהא דעושה פירות תמיד, דהרי עבד יש לו יד לקנות לעצמו אם הקנו לו על מנת שאין לרבו רשות בו, וכיון דהוא עושה פירות תדיר אמרינן דיד זו נחשבת כידא אריכתא של הבעלים והרי זה כאילו הוא תפוס בהעבד. אלא דעדיין צריכים לבאר מאי שנא קטן מוטל בעריסה דלא אמרינן ביה הך סברא דיד עבד כיד רבו, ואין לומר דהיינו משום שאין לו שום תשמישים בעבד קטן מוטל בעריסה ולא נחשב עושה פירות תמיד, דהרי גם כשהתחיל להלך ברגליו אין לבעליו תשמישין בו, ומכל מקום חזקתו שלש שנים, וצריכים לומר דכל עבדים נחשבים עושים פירות תדיר, ואפילו קטן ואפילו חולה, ואם כן למה מחלקינן בין מוטל בעריסה לבין התחיל להלך ברגליו.

ונראה ...

פרק לב

בו יבואר קושית התוס' דאיך מחזיק עשרה אילנות בבית סאה הלא אם מרוחקים זה מזה יותר משש עשרה אמה נחשבים מפוזרים ולא רצופים, ויוכיח דאיכא גונא דאינם מפוזרים אם אין הבית סאה חמשים על חמשים מרובעות אלא שארכה יתר על רחבה.

[**בבא בתרא לו:**] היו לו שלשים אילנות ממטע עשרה לבית סאה אכל עשרה בשנה זו ועשרה בשנה זו ועשרה בשנה זו הרי זו חזקה וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה ממטע עשרה לבית סאה וז"ל: קשה לר"י דמאי שנא חזקה ממכר דהיכא דקנה שלשה קנה קרקע ועשרה לבית סאה הוו מפוזרים ולא קנה קרקע דבעשר לבית סאה יש מאתן וחמשין לכל אילן ובהמוכר את הספינה (לקמן דף פב:) גבי קנה שלשה כו' אמר כמה יהא ביניהן משמנה ועד שש עשרה אבל יותר מי"ו הוו מפוזרין וכשיש ביניהן י"ו הוי לכל אילן ח' אמות מכל צד סביבותיו דהיינו טבלא של י"ו על י"ו עגולה שהאילן יונק סביבותיו בשוה וי"ו על י"ו מרובעים הוו מאתן וחמשין ושית דל רביע מינייהו דמרובע יותר על העיגול רביע לא ישאר אפילו מאתנים אלמא לא הוי כשיעור עשרה לבית סאה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והביאור במה שכתבו התוס' דעשרה אילנות בבית סאה הוו מפוזרים הוא משום דבבית סאה בריבוע גמור, דהיינו חמשים אמה על חמשים אמה, אין נכנסים אלא תשעה אילנות שהם י"ו על י"ו בשלש שורות של שלשה אילנות, ונמצא דכדי שיהיו עשרה אילנות בבית סאה צריכים שיהיו ארבעה אילנות בחדא מן השורות כזה:

50	16	2	16	16
	16			
	16			
	2			
	16			
	13	12	12	13

ואף דבשורה זו ליכא י"ו בין אילן לאילן לא איכפת לן בכך כל זמן דאיכא משמנה ועד שש עשרה, כנ"ל, ולפי זה נמצא דהאילנות בהשתי שורות שיש בהן שלשה אילנות מפוזרים נינהו, דכל אילן מחזיק י"ו אמות, ובין שלשתם יש מ"ח אמות, ושני אילנות החיצונים הם על גבול הבית סאה, ונמצא דהאילן האמצעי מרוחק על כל פנים מאחד מהם יותר מי"ו אמה, והרי הם מפוזרים, ואם לגבי מכר נחשבים מפוזרים ולא רצופים הוא הדין לגבי חזקה, כן היא קושית התוס'.

אולם נראה דאפשר להמציא שעשרה אילנות בבית סאה לא יהיו מפוזרים, והיינו בגונא שאין הבית סאה בריבוע גמור אלא שארכה יותר מרחבה, שארכה שמונים אמה ורחבה קצת פחות מל"ב אמה, דגם בגונא זו איכא אלפים וחמש מאות אמות מרובעות כמו בבית סאה חמשים על חמשים, ובגונא זו יכול להעמיד שתי שורות של חמש חמש אילנות ולא יהיה ביניהם יותר מי"ו אמה לכל רוח, ורק דבשני אילנות שברוחב צריך להיות קצת פחות מי"ו אמה, ויהא כל הרוחב אחד ושלושים אמה ורביע דאם לא כן נמצא שיש בשדה זו ששים אמה מרובעות יתר על האלפים וחמש מאה דבית סאה, ואין בכך כלום שהרי יכול להיות משמנה ועד שש עשרה, כנ"ל, ושפיר איכא עשרה אילנות בבית סאה רצופים ולא מפוזרים כזה :

	16	16	16	16	16
16					
15¼					

פרק לג

בו יבואר דשתי מחלוקות תנא קמא ורבי יהודה, אם מחאה שלא בפניו היא מחאה ואם סבירא לן דשלש שנים מיזדהר איניש בשטריה, תלויות זו בזו, ואזיל רבי יהודה בזה לשיטתיה דאית ליה אין כותבין שובר דנמצא זה צריך לשמור שוברו מן העכברים.

[**בבא בתרא לח.**] מתניתין שלש ארצות לחזקה יהודה ועבר הירדן והגליל היה ביהודה והחזיק בגליל בגליל והחזיק ביהודה אינה חזקה עד שיהא עמו במדינה אמר רבי יהודה לא אמרו שלש שנים אלא כדי שיהא באספמא ויחזיק שנה וילכו ויודיעוהו שנה ויבא לשנה אחרת, ובגמרא מאי קסבר תנא קמא אי קסבר מחאה שלא בפניו היא מחאה אפילו יהודה וגליל נמי אי קסבר מחאה שלא בפניו לא היא מחאה אפילו יהודה ויהודה נמי לא אמר רבי אבא בר ממל אמר רב לעולם קסבר מחאה שלא בפניו היא מחאה ומשנתנו בשעת חירום שנו וכו', יעו"ש.

ומבואר מדברי הרשב"ם במתניתין דתנא קמא ורבי יהודה פליגי בשנים, דתנא קמא ס"ל דמחאה שלא בפניו היא מחאה, והיה לו להמרא קמא למחות ומדלא מיחה זכה המחזיק בחזקתו, ומכל מקום בפחות משלש שנים אינו זוכה, דכיון דאדם מיזדהר בשטרו שלש שנים, והוא אין לו שטר, יכול המערער לומר לו אחוי שטרך, אבל לאחר שלש שנים שוב אין למערער טענת אחוי שטרך דיותר משלש שנים לא מיזדהר איניש בשטריה, ורבי יהודה ס"ל דמחאה שלא בפניו לא היא מחאה, ואם כן ליכא חזקה אלא כשמיחה בפניו או שלח שליח למחות, והא דבעינן שלש שנים הוא כדי שיוכל המערער למחות מיד כששמע, ואפילו אם הוא באספמא רחוק מהלך שנה, דס"ל דלא שביק איניש דאכלוה לארעיה בלא רשותיה אפילו שעה אחת, ומיד כשהיה יכול למחות ולא מיחה הוה לה חזקה, ואם המרא קמא באספמא בעינן לכך שלש שנים, ואם הוא בפניו הרי זו חזקה מיד, ואין המרא קמא יכול לטעון הגם שלא מחיתי אכן אם האמת שמכרתי לך השדה אחוי שטרך, דלית ליה לרבי יהודה טעמא דשלש שנים מיזדהר איניש בשטריה.

ונמצא דנחלקו אם מחאה שלא בפניו היא מחאה וגם אם שלש שנים מיזדהר בשטריה, ובאמת היה אפשר למצוא דרך הממוצע, דכל שלש שנים יכול המערער לטעון אחוי שטרך, דשלש שנים מיזדהר בשטריה, ומכל מקום אם לא היתה המחאה יכולה להגיע אל המחזיק אין חזקתו מועילה, דמחאה שלא בפניו לא היא מחאה ומה היה לו למחות, ויש צד כזה בגמרא דפריך על תנא קמא אי קסבר מחאה שלא בפניו לא היא מחאה אפילו יהודה ויהודה נמי, כנ"ל, והיינו דבעיר אחרת ביהודה לא תהא חזקה אבל בעיר אחת כיון דהוא מחאה בפניו תהני חזקתו, כמו שכתב הרשב"ם, והיינו דתהני לו חזקת שלש שנים, ומסיק דלקושטא ס"ל לתנא קמא דהוא מחאה, אכן מן הסברא היה אפשר לומר דמחאה שלא בפניו לא היא מחאה והמערער צריך למחות מיד בפניו, ומכל מקום אין חזקתו מועילה תוך שלש דאומר לו אחוי שטרך, כמש"נ. ולמסקנא לא נמצא תנא דס"ל דמחאה שלא בפניו לא היא מחאה וס"ל נמי דשלש

שנים מיזדהר איניש בשטריה, ומשום הכי כתב הרשב"ם לקמן (דף לח:) בד"ה אין מחזיקין בנכסי בורח וגם בד"ה וליה לא סבירא ליה דרב דאמר מחאה שלא בפניו לא הויא מחאה ס"ל כרבי יהודה דמתניתין, יעו"ש.

ולכאורה שתי מחלוקות אלו תלויות זו בזו, דרבי יהודה לית ליה טעמא דשלש שנים מיזדהר איניש בשטריה, ומשום הכי הויא חזקה מיד כששמע ולא מיחה, ואינו יכול לטעון אחוי שטרך, ואם כן למה תיקנו חכמים דבעינן שלש שנים לחזקת קרקעות, ועל כרחך צריך לומר דבאמת רוב פעמים אינו צריך שלש שנים ולא אמרו שלש שנים אלא כנגד מרא קמא שנמצא בריחוק מקום, ומחאה שלא בפניו לא הויא מחאה, וצריך לבא ולמחות בפני המחזיק, וכיון שהוא באספמיה שהיא רחוקה מאד נתנו לו חכמים שלש שנים, אבל תנא קמא ס"ל דשלש שנים מיזדהר איניש בשטריה, וכל שלש שנים יש להמרא קמא טענת אחוי שטרך אפילו אם לא מיחה מיד כששמע, ואם כן אין אנו מוכרחים לאוקמי תקנת חכמים במרא קמא הנמצא בריחוק מקום, וגם אין אנו מוכרחים לומר דמחאה שלא בפניו לא הויא מחאה ואין חזקת שלש שנים מועילה אלא כשהם יחד בעיר, אלא אמרינן דמחאה שלא בפניו הויא מחאה ומועילה חזקת שלש שנים ברוב מחזיקים שאפשר שתגיע אליהם המחאה מלבד מקומות שהחירות מעכב. ונמצא לפי זה דיסוד מחלוקת תנא קמא ורבי יהודה הוא אם אית לן טעמא דשלש איניש מיזדהר איניש בשטריה, כמש"נ, ונראה דאזיל בזה רבי יהודה לשיטתיה דלקמן (דף קע:): מתניתין מי שפרע מקצת חובו רבי יהודה אומר יחליף רבי יוסי אומר יכתוב שובר אמר רבי יהודה נמצא זה צריך להיות שומר שוברו מן העכברים אמר לו רבי יוסי כך יפה ולא ירע כחו של זה, יעו"ש, רבי יהודה ס"ל דאין מחייבים אדם לשמור שטרותיו מן העכברים להישמר מתביעה שקרנית ואם אבד שטרו יפסיד, אלא מחייבים המלוה להחליף שטרו לפי חשבון הנשאר וכשיגבה אותו סכום יחזיר השטר להלוה ויקרענו, ולא יצטרך לשמור שטרו מן העכברים, ורבי יוסי ס"ל דאם פרע מקצת חובו והמלוה אינו יכול להחזיר השטר מפני שהוא צריך לו לגבות שאר החוב מחייבים את הלוה לקבל שובר על המקצת שפרע, שהוא צריך לשמור שוברו מן העכברים עד שיפרע כל החוב והמלוה יחזיר לו השטר ויקרענו.

ובחזקת שלש שנים ס"ל לתנא קמא כרבי יוסי דמחייבים המחזיק לשמור שטר מכירתו מן העכברים להישמר מתביעת המרא קמא, ואם אין לו שטר אומר לו אחוי שטרך ומפסיד, אכן לאחר שלש שנים שוב אין המערער יכול לטעון אחוי שטרך משום דחזקה במקום שטר קאי, דשלש שנים מיזדהר איניש בשטריה ותו לא, אבל רבי יהודה ס"ל דאין מחייבים את האדם לשמור שטרו מן העכברים, וכל זמן שהמרא קמא לא שמע בחזקתו בודאי עצה טובה לו שישמור שטר מכירתו, שאם ימחה המרא קמא מיד כששמע יוכל המחזיק להראות שלקח הקרקע ממנו, אבל כיון ששמע ולא מיחה שעה אחת שוב אין מחייבים המחזיק לשמור שטרו מן העכברים, אלא כיון שלא מיחה המערער כששמע הפסיד, ואע"ג דאין להמחזיק שטר מכירה אין המערער יכול לטעון אחוי שטרך, דאין מחייבים את המחזיק לשמור שטרו מן העכברים.

פרק לד

בו יובאו דברי התוס' דחזקה שלא בפניו היא חזקה כיון דדורש ושואל בנכסיו והרי קול יוצא ומגיע להמוכר, אבל במחאה ליכא קול, ויבואר שהדרישה עצמה אינה נחשבת מחאה אם יש למערער שם כמה נכסים אבל אם הניח רק נכס זה היא מחאה.

[**בבא בתרא לח.**] מאי קסבר תנא קמא אי קסבר מחאה שלא בפניו היא מחאה וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' וז"ל: תימה דבכל דוכתי נקט מחאה ואמאי לא נקט חזקה שלא בפניו היא חזקה ויש לומר לפי שהטעם תלוי במחאה ולא בחזקה שאדם המחזיק בקרקעותיו של חברו אית ליה קלא שהוא חוקר ושואל על נכסיו אבל המחאה אין לה קול כל כך שאין המחזיק מחזר אם מוחה לו בעל קרקע לפיכך אין חזקתו חזקה כשאין יכול לשמוע מחאתו דמה יועיל שמיחה עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריהם דליכא חסרון בחזקה שהיא שלא בפניו, שהרי בעל בקרקע דורש ושואל על נכסיו, ושולח מכתבים לאנשי עירו לשאול מהם על שלום נכסיו, שכן דרך בני אדם שהולכים למרחוק, ואלו שמקבלים דרישותיו רואים שאדם אחר דר בביתו או חורש שדהו, והם מוציאים קול על כך, והדבר מגיע עד המרא קמא ונודע לו שמישהו מחזיק בנכסיו, ושפיר איכא חזקה, ומכל מקום מחאה שלא בפניו לא היא מחאה דאין המחזיק דורש אם המוכר מיחה בו, שהרי קנה ממנו הקרקע והשטר עדיין בידו, ולמה יעלה על דעתו שהמוכר ימחה, וכיון דליכא דרישה אין מחאתו מוציאה קול, ולא היא מחאה.

ויש לדקדק בדבריהם דכיון שקול יוצא על ידי הדרישה, והמחזיק שמע הקול שהמוכר דרש על שלום נכסיו והוא דר בהן, הרי הגיע לו מחאה מאותה הדרישה עצמה, דמחמת הקול הוא שומע שהמוכר דורש בנכסיו, ולכאורה יש בזה מחאה מעליא, שנודע לו להמחזיק שהמוכר אומר שהקרקע שלו ודורש בשלומה, ולכאורה אין לך מחאה גדולה מזו, ודוחק לומר דאע"ג דהוא דורש ושואל בנכסיו הרי בעינן מחאה בפני שנים, כדאיתא לקמן (דף לט:), יעו"ש, ובכתיבת מכתבים לאנשי המקום ליכא מחאה בפני שנים, דהא טעמא דמחאה בפני אחד לא היא מחאה משום דאפשר לומר משטה הייתי, ולהכי בעינן בפני שנים, אבל אם הוא דורש ושואל ממרחק בשלום נכסיו בודאי כונתו למחות ולא להשטות, ואם יוגד לו להמחזיק שהמוכר דורש ושואל בקרקעו למה לא יחשב הא גופא למחאה מעליא.

לכן נראה דבודאי אם המוכר דורש ושואל על בית אחד בפרט, או אם אין לו נכסים אלא אותו בית, ואומר לאנשי המקום מה שלום אותו בית שיש לי, והרי יש אדם שמחזיק באותו בית, בכהאי גוונא בודאי נחשבת דרישה זו מחאה מעליא, דהרי יצא קול על ידי הדרישה שאדם זה אומר שאותו בית שלו הוא וגם יש אדם אחר שיושב בו כאילו הוא שלו, וכשיגיע קול זה לאזני המחזיק ידע שהמוכר טוען שהבית עדיין שלו ושכל מי שיושב בו הוא גזלן, והרי זו מחאה מעליא, כמש"נ, אבל כונת התוס' שהמרא קמא שואל על שלום נכסיו בכלל ולא על בית זה בפרט, והקול יוצא שמישהו מחזיק

באחד מן הנכסים, אכן כשמגיע קול זה להמחזיק אינו נרעש, וחושב שבודאי כונת המוכר על שאר נכסיו ולא על בית זה, שהרי מכרו לו ועדיין השטר בידו, וכשדרש על נכסיו לא היה ביתו בכלל, ואינו רואה מחאה בדרישתו, ואינו נזהר בשטרו יותר משלש שנים, ושפיר הוּיָא חזקה, ומשום הכי בעינן שימחה המוכר על ביתו בפרט, ומחאה שלא בפניו לא הוּיָא מחאה, כמש"נ, אבל אם דרש ושאל בבית זה בלבד הרי עצם הדרישה לכאורה נחשבת מחאה מעליא, כמש"נ, ואינו צריך למחאתו שלא בפניו.

פרק לה

בו יבוארו דברי התוס' דעדים החותמים על הגט אין דרכם כשיוצאים מן העיר שיצחקו וישמיעו קול אנחנו חתמנו על גט פלוני, ואע"ג דלא היתה צעקתם מועילה דעדיין חסרים עדי קיום, אבל במחאה סגי במה שיאמרו בלכתם פלוני מיחה וישמעו אחרים.

[**בבא בתרא לח:**] דסתם יהודה וגליל כשעת חירום דמו, יעו"ש, וכתבו התוס' וז"ל: ואם תאמר מאי שנא דגבי גט וכו' אין צריך לומר בפני נכתב וכו' משום וכו' עולי רגלים וכו' ויש לומר דודאי גבי גט מצויין לקיימו אפילו מיהודה לגליל לפי שהאשה רגילה לחזור אחר עדי קיום אבל הכא אי לאו דשכיחי טובא לעולם לא ישמע מחאתו שאין המחזיק רגיל לחזור אם מוחה לו ואם לאו הלכך בשיירות דעולי רגלים ובתי דינין לא סגי ואם תאמר והא דאמרינן התם (גיטין דף ו.) רב ששת מצריך משכונה לשכונה ורבא מצריך אפילו באותה שכונה ופריך והא רבא הוא דאמר לפי שאין עדים מצויין לקיימו ומשני שאני בני מחוזא דניידי אטו מי נימא דבמחוזא מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה ויצטרך לבא לפניו למחות ויש לומר דלא דמי דכשחותמים על הגט במחוזא והולכין להן אין דרך שיצחקו בעיר אנחנו חתמנו על גט פלוני אבל במחאה דרך הליכתם רגילות לומר פלוני מיחה ושומעין אחרים עד שנשמע בבית המחזיק עכ"ל, יעו"ש. ומתחלה כתבו התוס' דאין מחאתו נשמעת בעולי רגלים ובתי דינים בלבד כמו לגבי אמירת בפני נכתב ונחתם, אלא בעינן דשכיחי טובא ואז ישמע המחזיק שמיחה, ועל זה הקשו מהא דרבא מצריך אמירת בפני נכתב ובפני נחתם במחוזא דיושביה ניידי ואין עדים מצויין לקיימו, וכי אפשר לומר דכן הוא נמי לגבי מחאה, ולא סגי אם ימחה שלא בפניו במחוזא, ואע"ג דגם המחזיק הוא במחוזא, ובעינן שימחה דוקא בפניו. ועל זה תירצו דבגט אין דרך לצעוק בהליכתם אבל במחאה הדרך הוא לומר פלוני מיחה, ואין החילוק מובן כל כך, דמה לנו אם יצעקו בהליכתם שחתמו על גט פלוני, והא אין בזה קיום הגט אם לא העידו על חתימתם בפני בית דין או אם יעידו עדים אחרים שמכירים חתימתם.

אכן נראה דכונת התוס' היא דכשחותמים על הגט והולכים להם, דהיינו שמוכנים ללכת, אין דרך שיצחקו, כלומר שיכריזו בעיר שחתמו על גט פלוני והם מוכנים ללכת לדרכם ולא יהיו מצויין לקיים חתימת ידיהם, ולכן יבאו אנשי המקום לראות חתימת ידיהם כדי שיוכלו להכירה ולהעיד עליה, אבל במחאה אין צורך להכרזה אלא בדרך יציאתם הם אומרים למישהו שפלוני מיחה, וחברא חברא אית ליה והמחאה מגעת לאזני המחזיק, אבל בקיום הגט לא סגי בכך שכולם ידעו שפלוני ופלוני אמרו שחתמו על גט פלוני, דאין בזה שום קיום, אלא בעינן שיצחקו ויכריזו ויבואו אנשים ויבדקו חתימתם כדי שיוכלו להעיד עליהן, אולם אין דרך לצעוק ולהכריז, ולכן צריך לומר בפני נכתב ובפני נחתם.

פרק לו

בו יובאו דברי הרשב"ם בשם הר"ח דהמוחה צריך לומר למחר תבענא ליה לדינא דאם לא כן הוה ליה כנותן פגם בחבירו ולא כמוסר עדות, ויוכיח דהיינו טעמא משום דבלאו הכי לא אמרינן חברא חברא אית ליה דאינה נחשבת מסירת עדות רק חירוף בעלמא.

[**בבא בתרא לח:**] היכי דמי מחאה אמר רב זביד פלניא גזלנא הוא לא הויה מחאה

פלניא גזלנא הוא דקאכיל לה לארעאי בגזלנותא ולמחר תבענא ליה לדינא הויה מחאה, יעו"ש, וכתב הרשב"ם בד"ה אמר רב זביד וז"ל: אמר לסהדי פלניא גזלנא הוא לא הויה מחאה שאפילו אם יאמרו עדים לשון זה למחזיק לא אתי לאזדהורי בשטריה דהא לא ידע אמאי קרי ליה גזלן שיזהר בשטרו עכ"ל, יעו"ש.

ואין דבר זה מובן כל כך שלא יזדהר בשטרו אם שומע שהמרא קמא אומר עליו שהוא גזלן, ואף אם יעלה בדעתו לתלות בדברים אחרים על כל פנים למיחש מיבעי, ואולי כונתו למה שכתב הנמוקי יוסף בשם רבינו יונה וז"ל: לא הויה מחאה עד שיאמר דקא אכיל ארעאי דאם לא כן מנא לך דמקרקע קאמר אימא מטלטלין עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה למה יתלה במטלטלין, ואולי יש לומר דהואיל וקרקע אינה נגזלת לא אסיק אדעתיה דמחזיק דקרי ליה גזלנא בשביל קרקע אלא בשביל מטלטלין דנגזלין, ולכן צריך לומר דקאכיל לה לארעאי בגזלנותא.

שוב כתב הרשב"ם וז"ל: ולמחר תבענא ליה בדינא הרי זה מחאה ואי לא אמר למחר תבענא ליה בדינא ומפיקנא מיניה אלא פלוני גזלן דקאכיל לארעאי בגזלנותא בלבד הרי הוא כנותן פגם בחבירו ולא כמוסר עדות ואינה מחאה כן פירוש ר"ח לישנא אחרינא שמעתי משמועת רבי יעקב בר יקר ועיקר פלניא גזלנא הוא ואפילו הזכיר על קרקע זה שמחזיק לאו מחאה היא שהרי לא מיחה מחמת עצמו וכו' אבל אם פירש דקאכיל לארעאי בגזלנותא הרי מיחה מחמת עצמו וכו' ואע"ג דלא סיים למחר תבענא ליה בדינא ופירוש הוא למאי דקאמר דקאכיל לארעאי בגזלנותא עכ"ל, יעו"ש.

ובמה שכתב דאם לא אמר תבענא ליה בדינא אין מחאתו מחאה שהרי הוא כנותן פגם בחבירו ולא כמוסר עדות נראה דאין כונתו דאפילו אם ישמע המחזיק דבריו לא יזדהר בשטרו, וכמו שכתב הרמב"ם פי"א טוען ונטען הל"ז וז"ל: כיצד המחאה אומר בפני שנים פלוני שהוא משתמש בחצרי או בשדי גזלן הוא ולעתיד אני תובע אותו בדין וכו' אבל אם אמר להן פלוני שמשתמש בחצרי גזלן הוא אין זו מחאה שהרי ראובן אומר כששמעתי אמרתי שמא חרף אותי בלבד ולפיכך לא נזהרתי בשטרי עכ"ל, יעו"ש, דהרשב"ם הדגיש דאם לא אמר תבענא ליה הרי הוא כפוגם בחבירו ולא כמוסר עדות, והיינו דלא אמרינן חברא חברא אית ליה אלא בדבר שיש לו חומר של מסירת עדות, ואם אינו אלא כפוגם חבירו אין לדבריו חומר ואינם נמסרים מחברא לחברא, דמה להם למסור דברים שאין להם שום חשיבות, וכן פירש הרא"ש בדברי הר"ח וז"ל: דכל כמה דלא קאמר למחר תבענא ליה בדינא אינו אלא כנותן פגם לחבירו ואין השומעים חוששין להגיד למחזיק עכ"ל, יעו"ש.

וראיה לכך מהא דאמרינן לקמן (דף מ.) מודעא בפני שנים, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: מי שאנסוהו למכור וליתן את שלו בעל כרחו ולכתוב שטר מכירה או מתנה בפני עדים צריך להודיע קודם לכן לשני עדים ולומר דעו לכם שמכירה או מתנה של שדה זו שאני רוצה לעשות לפלוני שלא ברצון נפשי אעשה כי אונסני ומכריחני בעל כרחי ולא יהיה ממש באותו שטר שאעשה והיום או למחר תבענא ליה בדינא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דס"ל להרשב"ם דגם במסירת מודעא צריך לומר ולמחר תבענא ליה בדינא, ושם לא שייך ענין שלא יאמר מחרף אותי ולא יזדהר בשטר, אלא הענין הוא דלא חשיב כמוסר עדות אלא אם אומר שיתבענו לדין, ואם לא יאמר כן אין זה אלא סיפור דברים בעלמא ואין לדבריו החשיבות של מוסר עדות, ולא הוי מודעא, אולם הרמב"ם פ"י מכירה הל"א כתב וז"ל: לפיכך אם מסר מודעה קודם שימכור ואמר לשני עדים דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני מפני שאני אנוס הרי הממכר בטל עכ"ל, יעו"ש, ולא הזכיר הרמב"ם דצריך לומר למחר תבענא ליה לדינא, דלהרמב"ם צריך לומר תבענא ליה כדי שלא יאמר המחזיק אינו אלא כמחרף בי, כנ"ל, וזה לא שייך במודעא, כמש"נ.

פרק לז

בו יבוארו דברי הרשב"ם שאם מיחה ואמרו העדים לא אמרין ליה להמחזיק היה לו לזה לחזור ולמחות בפני עדים אחרים, ואע"ג דהדבר מובן מאליו שאם בטלה מחאתו צריך לחזור ולמחות, ויתבאר שאם אין שם אחרים למחות בפניהם מחאתו מחאה.

[**בבא בתרא לט.**] אמרו ליה לא אמרין ליה אמר רב זביד הא קא אמרו ליה לא אמרין ליה רב פפא אמר לדידיה לא אמרין ליה לאחרני אמרי להו חברך חבא אית ליה וכו' אמרו ליה לא מפקינן שותא אמר רב פפא הא קאמרי ליה לא מפקינן שותא וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם בד"ה אמרו ליה לא אמרין ליה וז"ל: מילתא באפי נפשיה היא וקאי אהיכא דאמר להו מחאה גמורה וציוס לומר לו והם ענוהו לא אמרין ליה ולא חזר ומיחה אחרי כן בפני עדים אחרים עכ"ל, יעו"ש, וכן הדגיש הרשב"ם בד"ה אמר רב זביד הא קאמרי ליה לא אמרין ליה וז"ל: וכיון שלא יאמרו לו היה לו לזה למחות עוד בפני אחרים וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכן בד"ה רב פפא אמר וז"ל: אין צריך למחות עוד בפני אחרים עכ"ל, יעו"ש, וכן בד"ה אמר רב הונא וז"ל: והלכך אינו צריך למחות בפני אחרים עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריו דלמה הזכיר שלא מיחה בפני עדים אחרים, הלא אם נאמר דכשהעדים אומרים לא אמרין ליה לא חשיבא מחאתו, אם כן פשיטא דאם לא חזר ומיחה חזקתו חזקה, דהא ליכא מחאה, ולמה הוצרך הרשב"ם לכתוב דאם לא חזר ומיחה בפני עדים אחרים הפסיד, הלא הדבר מובן מאליו.

ונראה דהנה העיקר של חזקת שלש שנים הוא מה שהמרא קמא לא מיחה, או משום ראייה או משום תקנה, ועיימש"נ בש"ז פל"ט, וכיון שמיחה שוב נשארתי הקרקע בידו, ואף אם לא הגיעה המחאה אל המחזיק, וכמו שכתב הרשב"ם בד"ה מחאה שלא בפניו הוי מחאה וז"ל: ולא בעינן שישלח שלוחו למחות בפניו אלא מכיון שמיחה שלא בפניו הויא מחאה שהרי יכול הדבר לבא לאזניו ואפילו לא ידע המחזיק מחאתו של מערער לא חיישינן מאחר שמיחה זה כהוגן עכ"ל, יעו"ש.

ולפי זה נראה דיש שני דינים במחאה, חדא בעינן שתהא תורת מחאה על דבריו, ואם אמר להם לא תיפוק לכו שותא, שלא יצא דבר מפיהם, אין בזה תורת מחאה, דבעינן שיכול הדבר להגיע לאזני המחזיק, ואם אינו מניח שיגיעו דבריו להמחזיק אין בזה תורת מחאה, ועוד איכא דין שני שעליו לקיים מחאה שתוכל להגיע לאזני המחזיק, והיינו דאם אמרו העדים לא מפקינן שותא, הרי מצד מחאתו לא חסר מידי, שהרי הוא הניח להם להגיד להמחזיק, אכן לא אמרין דמה שהעדים אומרים לא מפקינן שותא הוי כמו אסון ולא נתבטלה מחאתו, אלא אמרין דעליו לקיים מחאתו כל מה דאפשר, ואם רואה שבודאי לא תגיע מחאתו להמחזיק עליו לחזור ולמחות בפני עדים אחרים, ונפקא מינה אם אמרו העדים לא מפקינן שותא אבל אין עדים אחרים נמצאים במקומו שיוכל לחזור ולמחות בפניהם, בכהאי גונא מחאתו מחאה דהא מצד

דיבורו יכולה המחאה להגיע להמחזיק, ואע"ג דעליו לקיים ולהחזיק מחאתו כל מה דאפשר, אם אמרו העדים לא מפקינן שותא ואין עדים אחרים נמצאים, והרי זה כמו שאר אסון שערכב המחאה מלהגיע לאזני המחזיק, ולא נתבטלה על ידי זה עצם מחאתו, וזוהי כונת הרשב"ם דכיון שאמרו שלא יאמרו לו היה לו למחות בפני אחרים, כלומר למרות שלא נתבטלה מחאתו הואיל ולפי דבריו צוה שתגיע המחאה לאזני המחזיק, ושוב ליכא למימר דמדלא מיחה הפסיד, מכל מקום כיון שנודע שהעדים החליטו שלא להגיד לשום אדם שמיחה היה לו לחזור ולמחות בפני עדים אחרים אם אפשר לעשות כן, ואם לא עשה כן הפסיד, וכמש"נ.

פרק לח

בו יבוארו דברי התוס' דרב פפא דאמר דהויה מחאה אף כשאמר לעדים לא תימרו ליה ומשום דחברך חבא אית ליה אתי שפיר גם אליבא דשמואל דאמר מיחה בפני שני בני אדם שאינם יכולים לומר לו לא הויה מחאה, כיון שהם יכולים לילך למקום המחזיק.

[**בבא בתרא לט.**] אמר לא תימרו ליה מאי אמר רב זביד הא קאמר לא תימרו ליה רב פפא אמר לדידיה לא תימרו ליה לאחרניי אימרו להו חברך חבא אית ליה חבא דחברך חבא אית ליה וכו', יעו"ש.

והנה עיין לעיל (דף לח:) דאמר רב ענן לדידי מפרשא לי מיניה דמר שמואל מיחה בפני שני בני אדם שיכולים לומר לו הויה מחאה מיחה בפני שני בני אדם שאין יכולין לומר לו לא הויה מחאה ורב חברך חבא אית ליה וחברא דחברך חבא אית ליה, יעו"ש, והני שאין יכולים לומר לו היינו זקנים או חגרים וכדומה, ורב ס"ל דמכל מקום הויה מחאה דחברך חבא אית ליה, ושמואל לית ליה הך סברא, ולכאורה משמע דרב פפא דסוגיין אזיל בשיטת רב.

אולם עיין בתוס' בד"ה רב פפא אמר וז"ל: נראה לר"י דרב פפא אית ליה שפיר דשמואל דאמר לעיל מיחה בפני שני בני אדם שאין יכולין לומר לו לא הויה מחאה דהתם מיירי בחולה וזקן שלעולם לא ילך למקום שמחזיק שם אבל הכא ילכו למקום המחזיק ויגידו לבני העיר ויאמרו לו והויה מחאה עכ"ל, יעו"ש, ואין כונת התוס' דשמואל ס"ל דצריכים העדים לילך למקום המחזיק ולהגיד לו או לבני עירו, דהא תנא קמא ס"ל דמחאה שלא בפניו הויה מחאה וסמכין על חברך חבא אית ליה, וקיימא לן כותיה. אלא הביאור בדברי התוס' הוא דשמואל ס"ל דאם אמר לשני בני אדם שאין יכולין לומר לו אין בזה תורת מחאה כלל, ואין נחשבת מחאה אלא כשמיחה בפני עדים שיכולים להגיד להמחזיק, וכיון דשייך היכי תמצא שהעדים עצמם יגידו רק אז יכולים לסמוך שהמחאה עלולה להגיע להמחזיק, ומהני מחאתו לבטל החזקה אף אם בפועל לא הגיעה לאזני המחזיק, כמו שכתב הרשב"ם להלן בד"ה מחאה, יעו"ש, אכן אם מיחה בפני עדים שאי אפשר להם לילך ולהגיד להמחזיק אין בזה תורת מחאה כלל, ולא מהני מה דחברך חבא אית ליה ויכול להגיע לאזני המחזיק על ידי כך כיון דעדי המחאה עצמם אין יכולים לילך ולהגיד, ולא אמרינן דעצם תורת המחאה יכולה להיעשות על ידי חברך חבא אית ליה, ורק היכא דעשה מחאה מעליא מהני חברך חבא אית ליה שתועיל המחאה לבטל החזקה, ורב ס"ל דגם עצם תורת המחאה יכולה להיעשות על ידי חברך חבא אית ליה, ושפיר יכול למחות בפני בני אדם שאין יכולין לומר לו, ודברי רב פפא מיתוקמי שפיר אליבא דרב, אכן ס"ל להתוס' דמיתוקמי גם אליבא דשמואל.

וקאמר רב פפא דאם אמר לעדי המחאה לא תימרו ליה אין זה נחשב כמו שאין יכולים לילך ולהגיד כמו חולה וזקן, שאין כאן תורת מחאה כלל בלי החברך חבא אית ליה, שהרי יכולים העדים לילך למקום המחזיק ולהגיד לבני עירו, ועל ידי זה תגיע

המחאה לאזני המחזיק, וזה עדיף מחברך חבא אית ליה, אלא נחשב שהעדים עצמם יכולים להגיד להמחזיק על ידי שכניו, ושפיר יש לדבריו תורת מחאה מעליא, ואז אמרינן דבפועל אין צריכים לילך למקום המחזיק אלא סמכינן על חברך חבא אית ליה.

פרק לט

בו יובאו דברי הרשב"ם דמחאה שלא בפניו היא מחאה אפילו לא ידע המחזיק ממחאתו הואיל ומיחה כהוגן, וידון אם הא דבעינן דחברך חבא אית ליה הוא משום תורת מחאה או משום תקנה מיוחדת, ושיש לדקדק מדברי הרשב"ם לכאן ולכאן.

[**בבא בתרא לט.**] אמר רבא אמר רב נחמן מחאה שלא בפניו היא מחאה וכו', יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: ולא בעינן שישלח שלוחו למחות בפניו אלא מכיון שמיחה שלא בפניו היא מחאה שהרי יכול הדבר לבא לאזניו ואפילו לא ידע המחזיק מחאתו של מערער לא חיישינן מאחר שמיחה זה כהוגן עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דלמאן דאמר מחאה שלא בפניו היא מחאה עיקר פעולת חזקת קרקעות היא דמדלא מיחה כשראה המחזיק אוכל פירותיו שלש שנים הרי זה מוכיח דארעא לאו ידיה, ואיתרע חזקת מרא קמא ידיה ונשארית הקרקע ביד המחזיק שהוא יושב בה, ולכן אם מיחה וגילה דעתו שהקרקע שלו הועילה מחאתו אפילו אם מיחה שלא בפניו ולא ידע בה המחזיק, דכיון דחזקת מרא קמא ידיה לא נתבטלה נשארית הקרקע בחזקת בעליה ומוציאים מהמחזיק, ואע"פ שלא שמע המחאה ולא ידע להזהר בשטרו אין המרא קמא מפסיד בשביל כך, שהרי הקרקע בחזקתו ומספק אין להוציאה מידו.

ומכל מקום אין מחאה שלא בפניו מחאה אלא משום דחברך חבא אית ליה, וראויה המחאה להגיע לאזניו של המחזיק, כמו שכתב הרשב"ם, כנ"ל, כדאמרינן לעיל בסוגיין, ואם אמר להו לא תיפוק לכו שותא לא היא מחאה אע"פ שהעמיד עדים ומיחה בפניהם.

ויש להסתפק בהא דלא סגי במחאה בעלמא אלא בעינן נמי חברך חבא אית ליה, אם היינו משום דבאמת איכא שני חלקים להתקנה דחזקת שלש שנים, דעיקר התקנה הוא דאם עברו שלש שנים ולא מיחה הרי זה מוכיח שאין הקרקע שלו, ובאמת היה צריך להיות דכל שהעמיד עדים ומיחה בפניהם ליכא עוד סברת מדלא מיחה ונשארית הקרקע בחזקת בעליה אפילו לא ידע המחזיק שמיחה, אלא שיש עוד חלק שני להתקנה שחכמים חששו לפסידא דהמחזיק שאינו יודע להזהר בשטרו, ולכן תיקנו שאותה המחאה צריכה להיות באופן דחברך חבא אית ליה שיכול הדבר להגיע לאזני המחזיק, ואם יארע שלא הגיע לאזניו אין לנו להוציא הקרקע מיד המרא קמא בשביל זה כיון שמיחה כהוגן, דכל כך אין לנו לחוש לטובת המחזיק להפסיד להמרא קמא. או דלמא אין דין חברך חבא אית ליה תקנה מיוחדת לתועלת המחזיק, כמש"נ, ואין כאן אלא תקנה אחת דאם עברו שלש שנים ולא מיחה הרי זה מבטל החזקת מרא קמא, ואם מיחה לא נתבטלה, ואלא דמחאה שאינה יכולה להגיע לאזני המחזיק אין לה שם מחאה, והוי כמו שמיחה בינו לבין עצמו, ואין מחאה כזו מוכחת שהקרקע עדיין שלו, ולכן בעינן שימחה באופן שיכול להגיע לאזניו, ואז יש לה שם מחאה, ואם אירע שלא ידע בה המחזיק לא איכפת לן בכך, דסוף סוף הרי מיחה כהוגן ולית כאן

עוד סברא דמדלא מיחה, ואם לא ידע המחזיק להזהר בשטרו יפסיד, דהקרקע עומדת בחזקת בעליה, ולא תיקנו חכמים כלום להציל המחזיק מפסידא אם לא שמע המחאה. ומלשון הרשב"ם שכתב דכיון שמיחה שלא בפניו היא מחאה שהרי יכול הדבר לבא לאזניו, כנ"ל, משמע דמהאי טעמא הוי מחאה שהרי יכול הדבר להגיע להמחזיק, אכן עיין מה שכתב לקמן (דף לט:) בד"ה ומאן דאמר מחאה בפני שלשה אית ליה דרבה בר רב הונא וז"ל: וכל רבותינו מפרשים דגבי מחאה נמי לשון הרע איכא דקאמר פלניא גזלנא הוא והלכך לרבה בר רב הונא אי מתאמרא קמי תרי לא הוי מחאה משום דאית בה משום לישנא בישא ולא יאמרו לו למחזיק ולאו מילתא היא דלא דמי ללשון הרע כלל דעיקר מחאה היינו משום דבעינן שיבא הדבר לאזניו של מחזיק ומצוה היא לומר לו כדי שיזהר בשטרו ולכך תיקנו למערער שימחה בפני עדים כדי שיוציאו את הקול עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דהא דבעינן שיבא הדבר לאזניו של המחזיק הוא משום מצוה להצילו מפסידא אם לא יזהר בשטרו, ואין זה משום דמחאה שאינה נשמעת אין עליה תורת מחאה, כדמשמע מדבריו בסוגיין, כמש"נ, אלא חלק שני יש בהתקנה שקבעו חכמים מצוה להשמיע דבריו לאזני המחזיק כדי להצילו מן הפסידא, ואין לומר דהך מצוה שהזכיר אינה מכח תקנה דחזקת שלש שנים אלא מצוה דעלמא דואהבת לרעך כמוך שמצוה עליו להצילו מן ההפסד אם בידו לעשות כן, ומשום הכי לא הוי לשון הרע, זה אינו, דהא הרשב"ם הביא ראיה דמצוה לומר לו מהא דאמרין לעיל (דף לט.) דאם אמר לא תיפוק לכו שותא לא הויא מחאה, יעו"ש, ומבואר דאם לא עשה המצוה ליכא מחאה כלל, ולא הוי רק מצוה צדדית, ונמצא דמצוה זו תיקנו חכמים כחלק מיוחד של התקנה, ודלא כמשמעות לשונו בסוגיין, כמש"נ.

אולם עיין בהמשך סוגיין אי בעית אימא דכולי עלמא מחאה שלא בפניו הויא מחאה והכא בהא קמיפלגי מאן דאמר בפני שנים סבר סהדותא בעינן ומאן דאמר בפני שלשה קסבר גלויי מילתא בעינן, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: סהדותא בעינן ודי לנו בשני עדים שיעידו שמיחה זה בתוך שלש ואם יבא הדבר לאזניו יבא דמאחר שיוכל לבא לאזניו של מחזיק בשום ענין בעולם הויא מחאה דלא חייש אלא שלא יתרה בהם לכסות הדבר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דלהך אוקימתא לא בעינן שתהא עלולה המחאה להגיע אל אזני המחזיק, אלא כל זמן שיש צד רחוק שתגיע לו בשום ענין שבעולם הרי זו מחאה מעליא הואיל ולא צוה להם להסתיר מחאתו, ולכאורה אין לפרש דברים אלו שמצוה להציל המחזיק מן פסידא אם לא יזהר בשטרו, ויותר משמע כמשמעות לשונו בסוגיין דליכא תורת מחאה אם הוא מוחה בינו לבין עצמו, ולזה מהני אם שייך שתגיע מחאתו לאזני המחזיק בשום ענין שבעולם, דאז נחשבת מחאתו מחאה מעליא, ולכאורה אין דברים אלו מתאימים עם מה שכתב למעלה שם דמצוה לומר לו כדי שיזהר בשטרו, והיאך מקיים מצוה זו אם אין במחאתו אלא צד רחוק שתגיע לאזני המחזיק, והדבר צריך תלמוד.

פרק מ

בו יבוארו דברי הרשב"ם דהיה אפשר לומר דפלוגתא דמחאה בפני שנים או בפני שלשה תלויה במימרא דאביי דמילתא דמתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא הואיל ועבידא לאיגלויי, ושרבותיו פירשו דמחאה היא לשון הרע דלא כרש"י בערכין.

[**בבא בתרא לט.**] אשכחינהו רבי יוסי ברבי חנינא לתלמידיו דרבי יוחנן אמר להו מי אמר לכו רבי יוחנן מחאה בכמה רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן מחאה בפני שנים רבי אבהו אמר רבי יוחנן מחאה בפני שלשה לימא בדרכה בר רב הונא קא מיפלגי דאמר רבה בר רב הונא כל מילתא דמתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא מאן דאמר בפני שנים לית ליה דרכה בר רב הונא ומאן דאמר בפני שלשה אית ליה דרכה בר רב הונא וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם בד"ה דמתאמרא וז"ל: וטעמא כדמפרש בערכין ביש ערכין (דף טז.) מאי טעמא חברך חבא אית ליה ואמר אביי התם (דף טו:) דכל מילתא דעבידא לאיגלויי לית בה משום לישנא בישא והלכך גבי מחאה נמי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומימרא דאביי היא דבגילוי מילתא בעלמא לית בה משום לישנא בישא, יעו"ש, ולמד הרשב"ם דכונתו בזה דמילתא דעבידא לאיגלויי לית בה משום לישנא בישא, אבל רש"י שם כתב וז"ל: גילוי מילתא בעלמא הוא הואיל ואינו אומרה בלשון הרע אלא מגלה לאותן שמבקשין אור לכו לבית פלוני, עכ"ל, יעו"ש, ולפירושו אין זה שייך כלל למימרא דרבה בר רב הונא, ועיין ברש"י שעמד על זה.

שוב כתב הרשב"ם וז"ל: הגה"ה תמיה לי אמאי לא אמר נמי לימא בדאביי קמיפלגי וכו' עכ"ל, יעו"ש, והרש"ש העיר על דבריו וז"ל: גם מה שתמה בהג"ה לקמן דאמאי לא אמרינן דקמיפלגי באביי כו' אינו מובן ואף לפי הבנת הרשב"ם בדבריו עכ"ל, יעו"ש.

ונראה דהנה רבה בר רב הונא לא אמר טעמא להא דכל מילתא דמתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא, אלא דבגמרא ערכין שם קאמר מאי טעמא חברך חבא אית ליה וחברא דחברך חבא אית ליה, יעו"ש, ולדעת הרשב"ם היינו סברת אביי דכל מילתא דעבידא לאיגלויי לית ביה משום לישנא בישא, כמש"נ, ובביאור הדבר כתב רש"י שם בד"ה דמתאמרא וז"ל: שהבעלים אמרוה בפני שלשה המגלה אותה אינו לשון הרע שזה גילה תחלה דעתו שאם מגלה אותו אינו חושש דמידע ידע דסופה להגלות דחברך חבא אית ליה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאיסור לשון הרע הוא להזיק לחבירו, וזה גילה דעתו שאינו מקפיד על כך שהרי אמרה באפי תלתא ועבידא לאיגלויי.

אכן כל זה הוא אם נפרש דברי רבה בר רב הונא כסברת אביי, אולם באמת יש לפרש דבריו באופן אחר, והיינו דכיון שלא חש הבעלים להגיד דבריו בפני שלשה הרי זה מוכיח שאינו מקפיד אם יוזק על ידי מה שגילה סודו, לא מפני שהדבר יפורסם לכל העולם, אלא כי היכי דאינו מקפיד שקבוצה חשובה זו של שלשה בני אדם ידעו דבריו,

כמו כן אינו מקפיד אם סודו יודע גם לשאר בני אדם, ולפיכך אין בו משום לישנא בישא.

והיינו תמיהת הרשב"ם, דלמה לא קאמר בדאביי קמיפלגי, דמאן דאמר מחאה בפני שלשה ס"ל כאביי דטעמא דרבה בר רב הונא משום דבשלשה עבידא לאיגלווי, ואם כן בפחות משלשה לא עבידא לאיגלווי ולא הוי נמי מחאה, ומאן דאמר מחאה בפני שנים לא ס"ל כאביי, אלא טעמא דרבה בר רב הונא משום דמי שמגלה דבריו לקבוצה של שלשה אינו חושש בהיזקו, כמש"נ, ולא הוי טעמא דידיה משום דחברך חבא אית ליה, ואם כן שפיר איכא למימר דגם בשנים חברך חבא אית ליה והויא מחאה מעליא, ומכל מקום יש בו משום לישנא בישא דכיון שלא גילה דבריו בפני שלשה אין לנו לומר שאינו חושש בהיזקו.

אולם בהמשך דבריו הביא פירוש אחר וז"ל: וכל רבותינו מפרשים דגבי מחאה נמי לשון הרע איכא דקאמר פלניא גזלנא הוא והלכך לרבה בר רב הונא אי מתאמרא קמי תרי לא הוי מחאה משום דאית בה משום לישנא בישא ולא יאמרו לו למחזיק וכו' עכ"ל, יעו"ש, אבל בפני שלשה יביאו המחאה להמחזיק, והרי התם האומר בפני שלשה הוא המערער שהוא מאשם המחזיק בגזלנותא, ולא המחזיק שהוא הניזק של הלשון הרע, ומבואר דרבותינו לא ס"ל כדברי רש"י הנ"ל דהבעלים אמר בפני שלשה, אלא כל לישנא בישא שנאמרה בפני שלשה שוב אין בה משום לישנא בישא הואיל וכבר נודע בעולם.

פרק מא

בו יובא מחלוקת הרשב"ם והתוס' אם על ידי חברך חבא אית ליה בטוח שתגיע המחאה להמחזיק, ויוכיח מדברי הרמב"ם בדברים שנאמרו בפני שלשה דס"ל כהרשב"ם, וגם יבואר דעתו בהיתר לשלשה לגלות לשון הרע שנאמר בפניהם.

[**בבא בתרא לט.**] אשכחינהו רבי יוסי ברבי חנינא לתלמידיו דרבי יוחנן אמר להו מי אמר לכו רבי יוחנן מחאה בכמה וכו' לימא בדרכה בר רב הונא קא מיפלגי דאמר רבה בר רב הונא כל מילתא דמתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא מאן דאמר בפני שנים לית ליה דרכה בר רב הונא ומאן דאמר בפני שלשה אית ליה דרכה בר רב הונא וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' (דף לט:) בד"ה לית בה משום לישנא בישא וז"ל: דקלא אית לה וסופו שידע אע"ג דמלוה על פה אפילו בכמה עדים אינו גובה מן הלקוחות וטעמא משום דלית ליה קלא כדאמר לקמן (דף מב.) דהתם הוי טעמא משום דמאן דיזיף בצינעא יזיף ועוד דהתם אין יודעין מי יקח שיגידו לו פלוני חייב אבל מאן דידע מחאה יאמר למחזיק עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' דפליגי על דברי הרשב"ם לעיל (דף לט.) בד"ה מחאה שלא בפניו שכתב דלא בעינן שיהא בטוח שהמחאה תגיע לאזני המחזיק אלא כל שיכול הדבר להגיע לאזניו הרי זה מיחה כהוגן, ואף אם לא הגיע לאזניו יעו"ש, וכן מה שכתב הרשב"ם בסוגיין בד"ה והכא בהא קמיפלגי דסגי אם יכול הדבר לבא לאזניו של מחזיק בשום ענין שבעולם, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ז פל"ט, ולפי דברי הרשב"ם לא קשה כלל קושית התוס', דתקנת שלש שנים היתה דאם לא מיחה הפסיד, וכל זמן שמיחה לא הפסיד, ורק דחיישינן נמי כל מה דאפשר לפסידא דמחזיק שלא יזהר בשטרו, ולזה סגי כל דאפשר להגיע לאזניו אף אם לא יגיע, אבל במלוה תיקנו דבמלוה על פה אינו גובה ממשועבדים משום פסידא דלקוחות, וכל התקנה היתה לטובתם ולכן לא סגי אם לא יהא בטוח שיגיע לאזניו, אבל התוס' ס"ל דבעינן דאנן נקטינן ששמע, ואם כן מאי שנא ממלוה על פה, וכן משמע מלשונם שסופו שידע, כנ"ל.

והנה עיין ברמב"ם פ"ז דעות הל"ה וז"ל: אחד המספר לשון הרע בפני חבירו או שלא בפניו והמספר דברים שגורמים אם נשמעו איש מפי איש להזיק חבירו בגופו או בממונו ואפילו להצר לו או להפחידו הרי זה לשון הרע ואם נאמרו דברים אלו בפני שלשה כבר נשמע הדבר ונודע ואם סיפר הדבר אחד מן השלשה פעם אחרת אין בו משום לשון הרע והוא שלא יתכוין להעביר הקול ולגלותו יותר עכ"ל, יעו"ש, ופסק הרמב"ם כרבה בר רב הונא דכל מילתא דמתאמרא בפני שלשה לית בה משום לישנא בישא, אולם לא התיר הרמב"ם לספר פעם אחרת אלא לאלו השלשה שבפניהם נאמרו הדברים, אבל בני אדם אחרים אינם רשאים לספר מה שנאמר בפני השלשה, וצריך ביאור דמאי שנא אלו מאלו, ואם הנכון הוא כדברי הרמב"ם דכיון שנאמרו הדברים בפני שלשה כבר נשמע הדבר ונודע, מה לי מה שבני אדם מספרים אותו, ועוד יש לדקדק במה שכתב דאפילו שלשה אלו אין רשאים לספר אם נתכונו לגלותו יותר, ומה

לנו בכונתו של זה, והלא אם נשמע הדבר ונודע אין בזה עוד משום לישנא בישא.
 ונראה דהרמב"ם למד כשיטת רש"י בערכין (דף טז.) דמימרא דרבה בר רב הונא
 היא כשהבעלים עצמם אמרו הדברים בפני שלשה וגילו דעתם שאין חוששים להפסדם,
 והוי כמו מזיק ברשות, ועיימש"נ בש"ז פ"מ, וכן נראה מדויק בלשונו, וס"ל נמי כדברי
 הרשב"ם הנ"ל דחברך חבא אית ליה אינו מגיע לסוף העולם, אלא כיון שיש אפשרות
 שיגיע הדבר לאזניו הויא מחאה, כמש"נ, ולפי זה אין הדבר מגיע אלא למסגרת
 האנשים שיש להם איזה שייכות עם זה שנאמרו הדברים בפניו, דהיינו בני חבורת
 משפחתו וחבריו ומי שיש להם עסק עמו במסחר, והדבר עובר מחברא עוד יותר פעם או
 פעמים, וכשהבעלים גילה דעתו שאינו חושש להיזקו היינו רק אם ישמע הדבר במסגרת
 אנשים אלו, אבל אין לנו שום הוכחה ממנו שאין לו קפידא אם ישמע הדבר לבני אדם
 של חוגים וקהלות אחרות.
 והיינו מה שכתב הרמב"ם דרך אחד משלשה אלו יכול לחזור ולספר הדברים, דגם
 בסיפורו השני לא יגיע אלא להחוג שלו וכבר גילה הבעלים דעתו שאינו חושש שישמע
 לאנשי חוג זה, אבל אדם שאינו מן השלשה אסור לו לספר, דחוג שלו לעולם שונה
 במקצת מחוג אחר, שהרי יש בחוגו בני משפחתו וקרוביו ומכיריו וכו', ולחוג שלו לא
 התיר הבעלים להשמיע גנותו ולהזיק לו, אבל אלו שלשה שגילה להם הרי אין הבעלים
 מקפידים אם יגיע הדבר לבני חוגם, כמש"נ, אולם כל זה הוא כשמספר כדרכו אז
 ממילא נשמעים הדבר רק בחוג שלו, אבל אם נתכוין לגלותו יותר בודאי בידו לחפש בני
 אדם מחוגים אחרים ולהגיד להם, ונתרחב מסגרת ההיזק, ולא התירו לו הבעלים
 להזיקו כל כך.

פרק מב

בו יבואר קושית רש"י בבא לידון בשטר וחזקה נידון בשטר למאן דאמר צריך לברר, והלא חזקה במקום שטר עומדת דטפי מתלת שני לא מיזדהר איניש בשטריה, למה הוצרך לבאר הטעם דמהני חזקת שלש שנים כדי להקשות למה צריך לברר דבריו.

[סנהדרין כג:] דתניא הבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר דברי רבי רבן שמעון בן גמליאל אומר נידון בחזקה והוינן בה בחזקה ולא בשטר אלא אימא אף בחזקה וקיימא לן דבצריך לברר פליגי, יעו"ש, והיינו דפליגי במי שיש לו ראיה מספקת לאמת טענתו וגילה לבית דין שיש לו ראיה מעולה ממנה, דרבי ס"ל שצריך לברר דבריו ולהביא הראיה לבית דין, ורבן שמעון בן גמליאל ס"ל דאינו צריך לברר דבריו ואינו צריך להביא הראיה המעולה לבית דין.

וכתב רש"י וז"ל: הבא לידון בשטר ובחזקה מחזיק בקרקע ואמר לו חבירו מה לך בכאן ואמר לו אתה מכרתיה לי ואכלתיה שני חזקה ועדיין שטר מכירה בידי נידון בשטר על כרחו צריך להביא השטר ויברר דבריו ואם לא מצא שטר יפסיד דלא מהניא ליה חזקה ואע"ג דחזקה במקום שטר קיימא כדאמרי רבנן עד תלת שנים מזדהר איניש בשטריה טפי לא מזדהר האי כיון דאמר ישנו בידי צריך לברר עכ"ל, יעו"ש. ויש לדקדק בקושית רש"י דלמה צריך לברר דבריו ולהביא השטר והלא חזקה במקום שטר עומדת דטפי מתלת שני לא מיזדהר איניש בשטריה, אם קושיתו היא דלמה צריך להביא שטר, והלא גם חזקה ראיה מעליא היא, וכונתו להקשות על עיקר דין דצריך לברר, אם כן לא היה לו להביא טעמא דחזקה משום דטפי מתלת שני לא מיזדהר בשטריה, דמאי נפקא מינה מאיזה טעם חזקה מועילה, והלא הלכה מרווחת היא דחזקת שלש שנים מועילה, ולמה צריך להביא שטרו לבית דין, וכן יש להקשות גם לפי דברי הולכי אושא דאית להו דחזקת שלש שנים ילפינן משור המועד, כדאיתא בבבא בתרא (דף כט.), יעו"ש, דלמה צריך להביא השטר, והלא חזקת שלש שנים מועילה, וכן יש להקשות לפי מה דסלקא דעתין שם בהמשך הסוגיא דטעמא דחזקה משום דפחות משלש שנים לא קפיד, יעו"ש, ולמה הביא רש"י כאן טעמא דטפי מתלת שני לא מיזדהר בשטריה, גם יש לעיין בהלשון שכתב רש"י חזקה במקום שטר עומדת, מהו המכוון בזה.

אלא נראה מבואר מדברי רש"י דלא הוקשה לו על עצם דינא דצריך לברר, דכיון שגילה שיש לו השטר מכירה עליו להביאו, ואם לא הביאו יפסיד, אלא שהוקשה לו דהא חזקה במקום שטר עומדת, דמי שיש לו חזקת שלש שנים הרי זה כמי שעדיין השטר בידו, וכעין מה שמצינו בבבא קמא (דף צח.) אמר רבה השורף שטרו של חבירו פטור דאמר ליה ניירא קלאי מינך מתקיף לה רמי בר חמא היכי דמי אי דאיכא סהדי דידעי מאי הוה בשטרא ליכתבו ליה שטרא מעליא וכו', יעו"ש, ומבואר דאין השטר בטל כשנשרף או נאבד, אלא עדיין השטר בתקפו הגם שאינו בכתובים, ואם יש עדים יכול להחזירו לכתב, ועיימש"נ בשופרא דשטרא ש"ז פ"ה.

וביסוד זה הקשה רש"י דהלא חזקה במקום שטר עומדת, והיינו דהחזקת שלש שנים הוה לה כמו עדות על השטר הנאבד, והרי זה כאילו השטר לפנינו, והיינו דוקא למאן דאמר דדין שלש שנים הוי משום שמירת השטר, ויתר מכן אמרינן דהיה לו שטר ונאבד, והחזקה עומדת במקום השטר, ועל זה הקשה דלמה צריך לברר דבריו ולהביא השטר לבית דין, והלא חזקה במקום שטר עומדת, והרי זה כאילו הביא השטר לבית דין, ועל זה תירץ דכיון שגילה שיש לו בידו השטר עצמו עליו להביא ולהראותו לבית דין, וזה עדיף מחזקה במקום שטר עומדת וצריך לברר דבריו.

פרק מג

בו יבואר דהבא משום ירושה אינו צריך טענה משום דטוענים ליורשים ולקוחות טענות דלא הוה להו למידע, ויבואר הא דבעינן עדים שדר בה האב או המוכר אפילו חד יומא, וגם ההוה אמינא לומר למי שטוען שלא אמר לי אדם דבר מעולם דילמא נאבד שטרך.

[**בבא בתרא מא.**] מתניתין כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה כיצד אמר לו מה אתה עושה בתוך שלי והוא אמר לו שלא אמר לי אדם דבר מעולם אינה חזקה שמכרת לי שנתת לי במתנה וכו' הרי זו חזקה והבא משום ירושה אינו צריך טענה, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל: משום ירושה שאומר אכלתיה שני חזקה מכח ירושת אבי שהיה מוחזק בה ביום מותו אינו צריך טענה לומר היאך בא ליד אביו דאין אדם בקי בקרקעות אביו היאך באו לידו ומיהו ראיה בעדים בעי שראו את אביו הוחזק בה יום אחד והכי מפרש בגמרא עכ"ל, יעו"ש, ויש לעיין מהו כונת הרשב"ם במה שכתב דאין אדם בקי בקרקעות אביו.

ועיין לקמן בסוגיין (דף מא:): ההוא גברא דדר בקשתא בעיליתא ארבע שני אתא מארי דביתא אשכחיה אמר ליה מאי בעית בהאי ביתא אמר ליה מפלניא זבינתה דזבנה מינך אתא לקמיה דרבי חייא אמר ליה אי אית לך סהדי דדר בה איהו דזבנת מיניה ואפילו חד יומא אוקימנא לה בידך ואי לא לא וכו', יעו"ש. וכתב הרשב"ם וז"ל: דדר בה ההוא דאמרת דזבנה לך אפילו חד יומא כדי לאמת דברך ואוקמה בידך הואיל והחזקת שני חזקה ושוב לא תצטרך להביא עדים שלקחה מבעליו אותו שמכרה לך משום דטוענין ליורש וטוענין ללוקח דהבא משום ירושה ומשום מקח אינו צריך טענה אלא ראיה שדר בה המוכר לו יום אחד בעי עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דהא דאמרינן במתניתין הבא משום ירושה אינו צריך טענה הוא הדין להבא משום מקח, ואין צריכים טענה משום דאנן טענינן להו, דהלוקח אינו בקי בעסקיו של המוכר, וגם הבן אינו בקי בקרקעות אביו, ולא הוה להו למידע, ולכן אנן טענינן להו, והא דקאמר והבא משום ירושה היינו לאפוקי מי שיושב בה ואומר מפני שלא אמר לי אדם דבר מעולם, אבל הבן יכול לטעון שהוא יושב בהקרקעות מפני שלא אמר לו אדם דבר מעולם, ואנן טענינן ליה והויה חזקה שיש עמה טענה. והא דבעינן עדים שהאב דר בה חד יומא או שהמוכר דר בה חד יומא היינו משום דחכמים תיקנו דין טענינן ליורשים ולקוחות, ואם אין עדים שדר בה אפילו חד יומא אין להם תורת יורשים ולקוחות, ולא נתקן להם דין טענינן, אבל אם ידעין בבירור שדר בה חד יומא הרי יש כאן מקח, ואלא דמספקינן דלמא מכר לו קרקע גזולה, לזה אהני דין טענינן דטוענים ללוקח כל מה שהיה יכול לטעון המוכר, וכיון שאכלה שני חזקה הויה לה חזקה שיש עמה טענה, וכמש"נ.

והנה בגמרא אמרינן פשיטא מהו דתימא האי גברא מיזבן זבנה ליה האי ארעא ושטרא הוה ליה ואירכס והאי דקאמר הכי סבר אי אמינא מיזבן זבנה לי האי ארעא אמרי לי אחוי שטרך הלכך לימא ליה אנן דלמא שטרא הוה לך ואירכס כגון זה פתח

פיך לאלם הוא קא משמע לך, יעו"ש, והאי דטענין ליה אנן אע"ג דאין שום הוכחה
שהיה כאן מקח, התם היינו טעמא משום דאין זה עיקר דין טענין דטוענים ללוקח
אפילו שאין לו שום ידיעה בה, אלא התם אומרים לו שאם באמת לקחת אותה אתה
יכול לטעון כן אפילו אם אין לך שטר כיון שיש לך שני חזקה, ואפילו אם מתחלה באת
בטענה אחרת אין בזה משום טוען וחוזר וטוען, וכמו שכתב הרשב"ם וז"ל: קא משמע
לך דאי טעין טענין ליה ואי לא טעין אנו לא ילפינן ליה למיטען שמעינן מהכא דאי הוה
טעין הכי מהמנין ליה דכהאי גונא אינו קרוי חוזר וטוען וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואין הנידון
כאן דין טענין אלא אנן ילפינן ליה למיטען מעצמו.

פרק מד

בו יובאו דברי הרשב"ם דהא דאין המערער יכול לטעון אחוי שטרך כנגד המחזיק כשאכל הפירות שני חזקה הוא משום דחזקה במקום שטר עומדת, ויבואר דאזיל בשיטת רש"י בסנהדרין, ויקשה על מה שכתב בההיא דרב ענן ושני חזקה לא החזיק.

[**בבא בתרא מא.**] מתניתין כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה כיצד אמר לו מה אתה עושה בתוך שלי והוא אמר לו שלא אמר לי אדם דבר מעולם אינה חזקה וכו', יעו"ש, ובגמרא פשיטא מהו דתימא האי גברא מיזבן זבנה ליה האי ארעא ושטרא הוה ליה ואירכס והאי דקאמר הכי סבר אי אמינא מיזבן זבנה ליה האי ארעא אמרי לי אחוי שטרך הלכך לימא ליה אנן וכו' קא משמע לן, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: אמרי לי אחוי שטרך שאינו בקי בדינין לידע שחזקה במקום שטר עומדת עכ"ל, יעו"ש, ויש לעיין מהי כונת הרשב"ם במה שכתב חזקה במקום שטר עומדת, ולמה לא הספיק לו לומר שחזקת שלש שנים מועילה לו אפילו אם אין לו שטר מכירה בידו, וכמו שכתב כמה וכמה פעמים בתחלת הפרק ולא הזכיר לשון זה דחזקה במקום שטר עומדת.

ונראה דדבריו מבוארים עפ"י ש"נ בש"ז פמ"א בדברי רש"י בסנהדרין דלעולם יש להמרא קמא טענת אחוי שטרך כנגד המחזיק, ואלא דלאחר שלש שנים אמרינן דאפילו אם השטר נאבד הרי הוא קיים עדיין על ידי החזקה, וכמו דאמרינן דהשטר קיים על ידי עדים שמעידים על מה שהיה כתוב בו, וכמש"נ שם, והיינו דינא דחזקה במקום שטר עומדת, ולהכי כתבה הרשב"ם כאן משום דטענת אחוי שטרך לא הוזכרה בגמרא אלא בסוגיין, ובשאר המקומות בפירקין הזכירוה רק המפרשים.

ואולי איכא נמי למימר שהרשב"ם הזכיר כאן היסוד דחזקה במקום שטר עומדת כהקדמה למה שכתב בהמשך סוגיין, דאיתא בגמרא רב ענן שקל בידקא בארעיה אזל אהדר גודא בארעיה דחבריה אתא לקמיה דרב נחמן אמר ליה זיל אהדר והא אחזיקי לי אמר ליה כמאן כרבי יהודה ורבי ישמעאל דאמרי כל בפניו לאלתר הוי חזקה לית הלכתא כוותייהו וכו', יעו"ש.

וכתב הרשב"ם וז"ל: והא אחזקי שבנתי כותל על פיו ובצואתו כדאמר לקמיה דאתא וסייע גודא בהדאי וכמאן דאמר לי חזק וקני דמי וכיון שעל פיו עשיתי וגם החזקתי יום או יומים שהיה כותל שלי בקרקע שלו והוא ידע ולא מיחה אלא שתק הרי חזקתי חזקה שיש עמה טענה ואידך הוה טעין לא נתתיה ושני חזקה לא החזיק עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק דהנה מבואר בדבריו דאילו היה רב ענן המחזיק טוען שאמר לו בפירוש לך חזק וקני היתה מועילה לו חזקה של יום או יומים, ואע"ג דבירידת המחזיק לשדה חבירו ליכא חזקה של מדלא מיחה אלא אחר שלש שנים לדעת תנא קמא דלעיל (דף לח.), מכל מקום בבנין גודא על קרקע חבירו איכא חזקה של מדלא מיחה אחר יום או יומים, וכמו שמצינו בחזקת תשמישין לעיל (דף ו:) דאי חבריה בטינא לאלתר הוי

חזקה, יעו"ש, והכי נמי בגודא הוי חזקה אחר יום או יומים, אכן רב ענן לא טען שאמר לו בפירוש לך חזוק וקני אלא שהבין ממה שבא וסייעו בבנין הגודא דהוי כאילו אמר לו לך חזוק וקני, והמערער טוען שלא כן היתה כונתו, ומעולם לא נתן לו רשות להחזיק ולקנות, והויא לה חזקה שאין עמה טענה, והיינו מה שכתב הרשב"ם ואידך הוה טעין לא נתתיה, אולם מה שכתב וגם שני חזקה לא החזיק אינו מובן, דהא נתבאר דחזקה דגודא הויא ביום או יומים, כמש"נ, והרי החזיק בה יום או יומים, ולמה היה לו להחזיק שלש שנים, ועוד דמשמע מתוך דברי הרשב"ם דאילו החזיק בה שלש שנים היתה מועילה לו חזקתו אף לדברי המערער דהוי חזקה שאין עמה טענה, שהרי לא אמר לו לך חזוק וקני, וגם לא נתכוון לכך, ואם כן למה היתה מועילה לו חזקת שלש שנים.

ואולי יש לומר דאם החזיק בה שלש שנים חל ביה דינא דחזקה במקום שטר עומדת, והרי זה כאילו יש בידו שטר על החזקתו, ואע"ג דכולי עלמא מודו שלא כתב לו שטר בתחלת החזקתו, וגם הוא לא טען כן, מכל מקום חשבינן ליה כאילו יש לו שטר דאמר לו לך חזוק וקני, והדבר צריך עיון.

פרק מה

בו יובאו דברי הרמב"ם דבאמר המחזיק שלא אמר לי אדם דבר מעולם ואין למערער עדים אין מוציאים אותה מידו ודברי המרדכי דהיינו מדין תפס לא מפקינן, ויחולק בין זה לדינא דמניחים אותו ביניהם וכל דאלים גבר ובא אחר ותפסה דמוציאים מידו.

[רמב"ם פי"ד טוען ונטען הלי"ב] כתב הרמב"ם וז"ל: כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה כיצד הרי שאכל פירות שדה זו כמה שנים ובא המערער ואמר לו מאין לך שדה זו שלי היא השיבו ואמר לו איני יודע של מי היא וכיון שלא אמר לי אדם כלום ירדתי לתוכה אין זו חזקה שהרי לא טען שלקחה ולא שנתנה לו ולא שירשה אע"פ שלא טען אין מוציאים אותה מידו עד שיביא המערער עדים שהיא שלו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לעיין במה שכתב הרמב"ם דאין מוציאים השדה מיד המחזיק עד שיביא המערער עדים שהיא שלו, ואע"פ דהוי חזקה שאין עמה טענה, וכן פסק המחבר סי' קמ"ו סעי' ט', יעו"ש, דהנה בדרך כלל מי שבא ותבע השדה ואמר שהיא שלו ואין מי שמנגד לו נותנים לו כפי תביעתו, וכמו שכתב רש"י ביבמות (דף ק:) בד"ה הוא אינו יורש, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פי"ז, וכיון שאין להמחזיק שום תביעה לגבי הקרקע, שאינו טוען שבאה לידו בדין, למה אין נותנים אותה להמערער שטוען שהיא שלו.

והגר"א סק"כ ציין דכן כתב המרדכי, ודברי המרדכי הם על המשנה בבבא בתרא (דף מא.) אות תקלד וז"ל: רבינו יקר הוה מסתפק מאן דלית ליה שום עדות ידוע בקרקע ומערער על חבירו ואמר לו מה אתה עושה בתוך שלי ואמר לו המחזיק שלא אמר לי אדם מעולם שום דבר ומיהו לא אצא עבורך עד שתברר בעדים שהיא שלך מי מצי לסלוקי מן הקרקע או לא וכתב רשב"ט דטענה נכונה היא מהא דאמר לעיל (דף לד:) גבי ארבא אי תפס לא מפקינן ומראיות אחרות דכל ממון שבא לידי אדם ואית ביה ספקא אינו רשאי שיוציא מידו עד שיתברר בעדים ברורים עכ"ל, יעו"ש, והנה הא דאמרין גבי ארבא דאי תפס לא מפקינן היינו דאם בא ליד בית דין אין יכולים להוציא מידם ולהניחו לפני שנים שתובעים הקרקע ואין להם ראיות לטענתם ולדון להם כל דאלים גבר, דכיון שבא ליד בית דין אין יכולים להוציאה מידם אלא כשיתבררו הבעלים, ולמדו הרמב"ם והמרדכי דאין דין זה מיוחד לבית דין, אלא גם כל אדם שבא לידו ממון שאינו שלו אין מוציאים מידו אלא כשיתבררו הבעלים.

והנה עיין בהגהות אשרי בבבא בתרא (דף קלד:) וז"ל: אבל מספקא לי אם יבא אחד מקרובים בודאי בראיה ואפילו הוא שלא על ידי קורבת אחוה אם לא נוציא מיד זה שאמר אחי הוא וגם את חלק שנטל דלאו כל כמיניה לאמר אחי הוא במקום שיש קרובים אחרים בראיה עכ"ל, יעו"ש.

וביסוד הספק נראה דמספקא ליה אם דינא דמי מעכב על ידו הוא דין נאמנות, דאם אחד בא לפנינו ואומר שקרקע זו שלו ואין מי שמכחיש אותו הרי הוא נאמן לומר שהוא הבעלים כל זמן שאין טענת אדם אחר מכחשת אותו, או דלמא אין בזה נאמנות כלל, אלא דכיון שהוא רוצה להחזיק באיזה קרקע בתורת בעלים ואין מי שבא לעכבו

אזי אין מוטל על הבית דין לעכבו מלהחזיק בה עד שיברר בעלותו, דאין כאן שום נידון ושום חיוב על הבית דין לברר הדבר הואיל ואין זה נוגע לשום אדם בלעדו, והוא אינו רוצה כלום מבית דין, רק שלא יעכבוהו מלהחזיק בה, ואם נאמר דהוי נאמנות היכא דאין מי שמכחיש טענתו אם כן הכי נמי שאמר זה אחי ואין מי שיודע להכחישו הרי הוא נאמן, ואין קרובים רחוקים יכולים לעכב, אבל אם אין בזה נאמנות אלא דאין מוטל על הבית דין לדון בדבר אם אין זה נוגע אלא לו ולא לאחרים, אז גם קרובים רחוקים יכולים לעכב, דדילמא אין הוא אח ודין הנכסים לעבור לקרובים רחוקים, ואין בית דין יכולים לסלק עצמם מן הממון אם אפשר לצאת ממצב הזה הפסד ממון לקרובים רחוקים.

ונראה דהרמב"ם והמרדכי ס"ל דמי מעכב על ידו לא הוי נאמנות אלא שאין על בית דין שום צורך לדון, כמש"נ, שהרי כתבו דכיון שבא ליד המחזיק אינו רשאי להוציא מידו, ואע"פ שהוא אמר שיושב בה מפני שלא אמר לו אדם דבר מעולם והמערער טוען שהיא שלו ואין מי שמכחישו, ואם בכהאי גוונא יש נאמנות לזה שאומר שהוא הבעלים, נמצא שמאמינים להמערער שאומר שהיא שלו, ולמה לא יחזירנה המחזיק להמערער, אלא מוכח דס"ל דאין לו להתובע נאמנות מיוחדת במקום שאין מי שמכחישו, ורק דכיון שאין מעכב על ידו יכולים בית דין לסלק עצמם ולהניחו לעשות כרצונו, אכן הכא שבאה הקרקע ליד המחזיק, וחל עליו דינא דאי תפס לא מפקינן, כמש"נ, שוב אינו יכול להוציא אלא כשיתבררו הבעלים, ובתביעת המערער גרידא ליכא שום בירור, ואע"ג דאין מי שמכחישו.

אולם עיין מה שכתב הרמב"ם פט"ו טוען ונטען הל"ד וז"ל: שנים שהיו עוררין על שדה זה אומר שלי וזה אומר שלי ואין לאחד מהם ראיה וכו' מניחין אותה בידיהן וכל המתגבר ירד בה וכו' ואם בא שלישי ותקף עליהם מסלקין אותו ממנה עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה דבריו אלו סותרים למה שכתב דאם אמר שלא אמר לי אדם כלום מעולם אין מוציאים מידו כיון שבא ממון לידו, כמש"נ, והכא נמי נימא דכיון שתפסה זה השלישי לא נוציאנה מידו, ועיין בנתינות המשפט סי' קמ"ו סק"ט שהקשה כן, יעו"ש.

וליישב דברי הרמב"ם יש להסתפק בדיון כל דאלים גבר, שיסוד דינו הוא סילוק בית דין, ועיימש"נ בש"ב פי"ב, אם היינו פסק דין של סילוק, דבית דין פוסקים שהדבר יסודר בין שניהם חוץ לבית דין, או דלמא אין כאן שום פסק כלל, דבית דין מסלקים עצמם מלדון ולומר שום דבר בנידון הזה, ונפקא מינה אם יכולים לחזור ולדון אפילו אם אין שום השתנות בהראיות, דאם הוי פסק דין של כל דאלים גבר אין יכולים לחזור ולהוציא פסק דין אחר אם לא הובאו לפנייהם ראיות וטענות חדשות, אבל אם הוי סילוק גמור, דהיינו שלא היה כאן פסק כלל, יכולים לחזור ולדון אם רוצים לעשות כן. ואם נימא דאיכא פסק דין של כל דאלים גבר אם כן נפסק דאלו השנים שנתוכחו יש להם להתנהג בחטיפה וכל דאלים גבר, אולם זכו שניהם על ידי הפסק שרק להם יש זכות של חטיפה ולא לאדם שלישי שלא השמיע דברים בפני בית דין, ולכן דינא הוא שיוציא השלישי הקרקע מידו ויניחנה לפני אלו השנים שזכו בדינא דכל דאלים גבר,

אבל בזה שמחזיק ואומר שהוא שם מפני שלא אמר לו אדם דבר מעולם, הרי לא היה
כאן שום פסק בית דין כלל, ולא זכה המערער בשום זכות לגבי הקרקע, ולכן אין
המחזיק צריך להחזירה לו דאי תפס לא מפקינן, וכמש"נ.

פרק מו

בו יובאו דברי הרשב"ם לחלק בין קרקע למטלטלין דחזקת מטלטלין היא מיד דסתם לוקח מטלטלין מחבירו קונה בלא עדים ובלא שטר, ויבאר למה לא היתה חזקת מטלטלין מועילה אם היה הדרך לקנות בעדים אף דליכא ריעותא כשלא הביא עדים.

[**בבא בתרא מב.**] מתניתין האומנין וכו' אין להם חזקה, יעו"ש, וכתב הרשב"ם וז"ל:

אין להם חזקה ולא בחזקת שלש שנים מיירי דסתם אומן לא שייך אלא במטלטלין וחזקת שלש שנים לא נאמרה אלא במקרקעי אבל במטלטלי מי שהוא מוחזק בשל חבירו אפילו שעה אחת שאנו רואים שיוצאים מתחת ידו אע"פ שיש לחבירו עדים שהיה שלו נאמן זה המוחזק לומר לקוח הוא בידי דסתם לוקח מטלטלין מחבירו בלא עדים הוא קונה ובלא שטר חוץ מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר וכו' עכ"ל, יעו"ש. ומבואר מדברי הרשב"ם דאילו היה דרך העולם לקנות מטלטלין בעדים או בשטר

לא היתה תפיסתו מועילה לו, ויש לדקדק בדבריו דבשלמא אם היה הדרך לקנות בשטר והוא אין לו שטר הרי אמרינן ליה אחוי שטרך, והרי זה מוכיח שלא לקחו, אולם למה לא תועיל לו חזקתו אם הדרך לקנות בעדים ואין העדים בפנינו, והלא המטלטלין בחזקתו, דרך בקרקע אמרינן דקרקע בחזקת בעליה עומדת, כדאיתא בבא מציעא (דף קב:), יעו"ש, והרי הקרקע לעולם מוחזקת ביד המרא קמא, אבל מטלטלין אינם בחזקת המרא אלא כשהם תפוסים בידו, ואע"ג דחזקת מרא קמא מוכחת שהם של המערער, לא אלימא הראיה דחזקת מרא קמא להוציא מטלטלין מיד זה שתפוסים בידו שהוא מוחזק בהם, ואם כן מה לי דדרך לקנות בעדים וזה אין לו עדים, הרי לא שייך טענת אחוי עדים כמו טענת אחוי שטרך, דהשטר היה צריך לשומרו בידו, ואם אין לו שטר מוכח שלא לקחו, אבל עדים חותמים והולכים להם, וכדאיתא בתוס' גיטין (דף ב: ד"ה דאתיוה בי תרי דאטו בכיפא תלו להו, יעו"ש, ואם כן לא שייכא טענה דאחוי עדיך, שהדבר רגיל שהלכו להם או מתו ואי אפשר לו להביאם, וכיון שהוא מוחזק בהמטלטלין למה נוציאם מידו מספק אילו היה הדרך לקנות בעדים.

ונראה לבאר דבריו על פי מה שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף ח: בד"ה או דילמא דאינו נעשה מוחזק אלא בתפיסה שיש בה קנין, ואם תפיסתו לא היתה יכולה לקנות לו אם בא מתחלה לקנות אין תפיסה כזו מחזקתו במקום ספק אף אם הוא טוען שקנה מתחלה בקנין מעליא, יעו"ש, והיינו דלא נחשב מוחזק אלא אם תופס באופן בעלים, ואם אין בה קנין אין בזה הוראת בעלות, ועיין בנתיבות המשפט סי' קל"ח סק"א, יעו"ש.

ולפי זה יש לומר בדעת הרשב"ם דבר חדש, דאם היתה הדרך לקנות בעדים או בשטר אם כן אם תופס ואין לו עדים או שטר לא נחשבת תפיסתו כתפיסה שיש בה קנין, ואם הביא העדים או השטר שפיר היתה נחשבת תפיסתו כתפיסה שיש בה קנין, אכן בכהאי גוונא אין צורך לחזקתו שהרי יש לו עדים על הקנין, וזהו מה שכתב הרשב"ם דכיון דאין הדרך לקנות בעדים או בשטר הרי נחשבת תפיסתו גרידא כתפיסה

שיש בה קנין, ויש לו חזקת ממון והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל בקרקע אין צורך לכך, דכיון דהדרך הוא לקנות קרקעות בשטר הרי טענת אחוי שטרך מבטלת חזקתו ומוציאה מידו.

אכן עדיין יש לדקדק בדבריו דמה ראה הרשב"ם להביא ענין זה דתפיסה במטלטלין היא תפיסה שיש בה קנין דייקא כשבא לחלק בין חזקת קרקעות לחזקת מטלטלין.

לכן נראה דהרשב"ם למד גם בקרקעות דיסוד דין אחוי שטרך הוא תפיסה שאין בה קנין, וס"ל דהראיה דאחוי שטרך מצד עצמה לא אלימא להוציא מן המוחזק, דהא איכא נמי דקונה שדה בלי עדים, כדאיתא לעיל (דף מא:). המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים, יעו"ש, אלא טעמא דיכול לומר לו אחוי שטרך משום דחזקת המחזיק היא במה שהוא דר בהקרקע ותפוס בה, אכן כיון דדרך העולם לקנות בשטר, אין תפיסתו נחשבת תפיסה שיש בה קנין אלא כששטרו בידו, ואע"ג דבודאי יכול לקנות קרקע גם בלי שטר, כההיא דלעיל, מכל מקום אם נתעורר ספק בבעלותו אינו נחשב מוחזק לגבי אותו ספק אלא כשיש לו שטר בידו, שכן הדרך הרגיל בעולם דמי שקונה קרקע יש לו שטר בידו, ואם אין לו הוה לה תפיסה שאין בה קנין, כמש"נ, וכתב הרשב"ם לחלק מטלטלין מקרקע דכיון דאין הדרך לקנות מטלטלין בעדים או בשטר שפיר הוה תפיסה שיש בה קנין, וכמש"נ.

ומובן לפי זה מה שכתב הרשב"ם לעיל (דף מא.). וז"ל: אמרי לי אחוי שטרך שאינו בקי בדינין לידע שחזקה במקום שטר עומדת עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה יש לדקדק דלמה לא קאמר בפשיטות שלא ידע מתניתין דחזקת הבתים ושאר קרקעות שלש שנים, ולמה הזכיר כאן יסוד החזקה דחזקה במקום שטר קאי, ועיימש"נ בש"ז פמ"ד, אכן לפי דברינו מתבאר היטב, דכיון דטענת אחוי שטרך הוי דתפיסתו הוי תפיסה שאין בה קנין אם כן גם לאחר שלש שנים לא תהא לו חזקה, דכיון דהדרך לקנות בשטר והוא אין לו שטר הוה ליה תפיסה שאין בה קנין, כמש"נ, ומה לי דיותר משלש שנים לא מיזדהר איניש בשטריה, סוף סוף אין לו שטר ואין לו תפיסה, לכן כתב הרשב"ם דתיקנו חכמים דלאחר שלש שנים החזקה עומדת במקום שטר, והרי זה כאילו יש לו שטר בידו, ושפיר הוה לה תפיסה שיש בה קנין, והא דשלש שנים מיזדהר איניש בשטריה היינו רק טעמא דרבנן תיקנו דלאחר שלש שנים החזקה במקום שטר קאי, דעד שלש שנים האחריות עליו לשמור שטרו כדי שתהא תפיסתו תפיסה שיש בה קנין, אבל לאחר שלש שנים שאין בני אדם נזהרים בשטרם תיקנו חכמים דחזקה במקום שטר קאי, ובמקום שהזכירה הגמרא טענת אחוי שטרך ראה הרשב"ם לפרש למה לאחר שלש שנים הוה לה תפיסה שיש בה קנין.

פרק מז

בו יבוארו דברי הרשב"ם דסלקא דעתין דכי היכי דלחזקת קרקעות בעינן שיאכל שלש שנים גם לקנין חזקה בעינן שלש שנים, ויבואר דאזיל לשיטתו ביסוד דין אחוי שטרך דאם אין שטר בידו הוה לה תפיסה שאין בה קנין כיון דבקרקות רגילים לכתוב שטר.

[**בבא בתרא מב.**] מתניתין האומנין והשותפין והאריסין והאפוטרופין אין להם חזקה לא לאיש חזקה בנכסי אשתו ולא לאשה חזקה בנכסי בעלה ולא לאב בנכסי הבן ולא לבן בנכסי האב במה דברים אמורים במחזיק אבל בנותן מתנה והאחין שחלקו והמחזיק בנכסי הגר נעל גדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה, יעו"ש, והמשנה מחלקת בין חזקת קרקעות לקנין, דסלקא דעתין דכיון דהאפוטרופין וכולהו אין להם חזקה הואיל ואין בתפיסתם הוראת בעלות, ולא היה לו להמרא קמא למחות, היה אפשר לומר דהוא הדין דאין האפוטרופין יכולים לקנות הקרקע שתחת ידם בקנין חזקה, דיסוד קנין חזקה הוא הוראת בעלות, והני אין בהם הוראת בעלות, קא משמע לן במה דברים אמורים במחזיק אבל לקנין מהני.

וכתב הרשב"ם בד"ה במה דברים אמורים וז"ל: כל החזקות הללו דאינו חזקה וגם יש מהן דהויין חזקה וצריך שלש שנים עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דהבמה דברים אמורים לא קאי רק על רישא דמשנה זו אלו שאין להם חזקה כלל אפילו לאחר שלש שנים, אלא קאי גם על משנה ראשונה דפירקין דחזקת שלש שנים מועילה להחזיק קרקע בטענת לקוח, אבל הרמב"ם בפירוש המשניות למד דקאי רק על רישא דמשנתנו וז"ל: ואמרו במה דברים אמורים וכו' רצה לומר שזה שאמרנו שאין להם חזקה הוא כשטען שלקח או שנתן לו במתנה ואבד השטר והוא מביא ראיה בחזקה ובעל הקרקע מכחיש טענתו בזה אמרנו שאין שומעין לו אבל אם נתן הבעל לאשתו או האשה לבעלה מתנה וקנה אותה בחזקה יש לו חזקה כמו שקבענו עיקר בריש קדושין כי כשיעשה שום דבר בגוף הקרקע קנה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולא ראה הרמב"ם צורך לחלק בין חזקת שלש שנים לקנין, וכן הרע"ב לא הביא אלא רישא דמשנתנו ולא משנה ראשונה דפירקין, יעו"ש, והתוספות יום טוב העיר עליו שלא פירש המשנה כמו שפירשה הרשב"ם, יעו"ש, וגם בתפארת ישראל למד כדברי הרשב"ם.

ויש לדקדק בדבריהם דלכאורה לא היה צריך לחלק אלא בהני שאין להם חזקה כלל, דכיון שהם רגילים להיות בתוך הקרקע אין בחזקתם הוראת בעלות אפילו לאחר כמה וכמה שנים, וסלקא דעתין דגם אין יכולים לעשות קנין בהקרקע על ידי חזקה, דהא אין בהם הוראת בעלות, קא משמע דהיכא דאמר להם הבעלים לך חזק וקני ונעל גדר ופרץ יש בזה הוראת בעלות מעליא וקונה, וכמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, אבל למה תסיק אדעתין דאדם אחר שהחזיק בקרקע שצריך שלש שנים לחזקתו לא יוכל לקנות מיד אם אמר לו הבעלים לך חזק וקני, ולמה יצטרך לאכול שלש שנים קודם שיחול קנינו, הלא הא דצריך שלש שנים לחזקה הוא משום דפחות מיכן אומר לו אחוי שטרך, ויותר משלש שנים לא מיזדהר איניש בשטריה, כדאיתא לעיל (דף כט.), יעו"ש, וזהו

ענין צדדי דלא שייך אלא כשהמערער טוען שהוא יושב בגזלנותא, ולמה יעלה על הדעת דצריך שלש שנים גם לקנין חזקה, ולמה ראה המשנה צורך לחלק בין חזקת שלש שנים כרגיל לבין קנין קרקע על ידי חזקה.

ונראה דהרשב"ם אזיל בזה לשיטתו בתחלת המשנה דהא דטענת אחוי שטרך מבטלת חזקת המחזיק בתוך שלש שנים הוא משום דכיון דדרך בני אדם לקנות קרקע בשטר והוא אין לו שטר הוה ליה חזקתו תפיסה שאין בה קנין ולא נחשב מוחזק בהקרקע וחוזרת להמרא קמא, אבל לאחר שלש שנים אמרינן חזקה במקום שטר קאי, ועיימש"נ בש"ז פמ"ו, ולפיכך סלקא אדעתין דכיון דתופס בקרקע בלי שיש שטר בידו הוה תפיסה שאין בה קנין, ואין בזה הוראת בעלות מעליא כדי שתיחשב הקרקע מוחזקת בידו, הוא הדין נמי כשבא לקנות בתחלה בלא שטר אלא בחזקה גרידא אין כאן קנין, דיסוד קנין חזקה הוא הוראת בעלות, וכיון דדרך לקנות בשטר אין חזקתו הוראת בעלות אם לא כתב לו נמי שטר, וסלקא דעתין דאין קנין חזקה קונה אלא לאחר שדר בה שלש שנים, דחזקה במקום שטר קאי, כמש"נ, קא משמע לן מתניתין במה דברים אמורים במחזיק, דרק ליחשב מוחזק כנגד המרא קמא בעינן הוראת בעלות עם שטר בידו, ואע"ג דאין השטר מוסיף בעצם הקנין, אבל לקנין חזקה במקום דליכא ערעור סגי בכך דעצם המעשה הוי הוראת בעלות, ולא איכפת לן במה שאין לו שטר בידו.

פרק מח

בו יבואר למה סלקא דעתין דנעל גדר ופרץ לא מהני לקנין חזקה במחזיק בנכסי הגר, ויבואר מה שהרמב"ם מחלק לענין קנין על ידי אכילת פירות דלוקח שאוכל פירות השדה קונה מה שאין כן המחזיק בנכסי הגר אינו קונה על ידי אכילת פירות השדה.

[**בבא בתרא מב.**] מתניתין האומנין והשותפין והאריסין והאפוטרופין אין להם חזקה לא לאיש חזקה בנכסי אשתו ולא לאשה חזקה בנכסי בעלה ולא לאב בנכסי הבן ולא לבן בנכסי האב במה דברים אמורים במחזיק אבל בנותן מתנה והאחין שחלקו והמחזיק בנכסי הגר נעל וגדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה, יעו"ש. והא דקאמר בסיפא דמתניתין דבנותן מתנה קונה אם נעל גדר ופרץ כולל כל אלו הנמנין ברישא דמתניתין, וכן מבואר מדברי הרמב"ם בפירוש המשניות, יעו"ש, ונקט מתנה ולא מכירה משום דבעינן מסירת דמים, כמו שכתב הרמ"ה, יעו"ש, ואחר כך מוסיף מתניתין שגם האחים שחלקו והמחזיק בנכסי הגר קונים בנעל גדר ופרץ, ומבואר דגם באלה יש חידוש דמהני להו נעל גדר ופרץ, וצריך עיון למה תסיק אדעתין דלא מהני, ועוד דהאחים שחלקו לכאורה היינו שותפין דרישא.

ועיין ברמב"ם פ"א מכירה הל"ח וז"ל: כיצד בחזקה מכר לו בית מכר לו שדה או שנתן במתנה כיון שנעל או גדר או פרץ כל שהוא והוא שיועיל במעשיו הרי זה קנה במה דברים אמורים כשהחזיק בפני במוכר או הנותן אבל שלא בפני המוכר או הנותן צריך שיאמר לו לך חזק וקנה ואחר כך אם החזיק קנה אע"פ שאינו בפני הבעלים עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דהא דבעינן שיאמר לו לך חזק וקני לא הוי משום גילוי דעת המקנה להקנות, דהא בפני הבעלים אינו צריך לומר לך חזק וקני, וסגי אם אמר לו הרי שדה זו לך מתנה, ואם כן למה צריך לומר לך חזק וקני כשהחזיק שלא בפניו, ולמה לא סגי במה שגילה דעתו שרוצה להקנות, וכן יש לדקדק במה שכתב הרמב"ם בסוף דבריו אע"פ שאינו בפני הבעלים, ומשמע שיש מעליותא בהחזקה בפני הבעלים, ומכל מקום אם אמר לו לך חזק וקני סגי בכך וקונה אע"פ שאינו בפני הבעלים.

ובביאור הדברים נראה דיסוד קנין חזקה הוא דעל ידי הוראת בעלות נקנית לו הקרקע, ובנעל גדר ופרץ הראה שנוהג בה כבעלים, אכן כל זה הוא אם החזיק בפני הבעלים, שהרי הבעלים עומדים שם ועליהם לעכב עליו, ואם אינם מעכבים עליו יש בזה הוראת בעלות של הקונה, אבל שלא בפני הבעלים אין כל כך הוראת בעלות במה שהוא נועל וגודר, שהרי אינם לפניו לעכב עליו, ומכל מקום אם אמר לו לך חזק וקני קונה אע"פ שאינו בפני הבעלים, דכיון שאמר לו להחזיק בה הרי כמי שעשאו שליח והיינו כבפניו, כמו שכתב רש"י בגיטין (דף ט:.) בד"ה יחזור, יעו"ש.

ולפי זה נבין מה דהוצרך מתניתין להגיד לנו דהמחזיק בנכסי הגר כיון דנעל וגדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה, דסלקא דעתין דכיון דאין לנכסים אלו בעלים, ולא שייך החזקה בפני הבעלים וגם ליכא אמירת לך חזק וקני, אם כן לא תהני בהן קנין חזקה, קמשמע לן מתניתין דמכל מקום קונה, דלא בעינן החזקה אופן שיש מי שיכול לעכב

עליו, כמש"נ, אלא בנכסים שיש להם בעלים, דרך אז לא חשיב הוראת בעלות אלא בפני הבעלים או באמירת לך חזק וקני, אבל בנכסי הגר שאין להם בעלים איכא הוראת בעלות על ידי נעל גדר ופרץ בינו לבין עצמו, ומה שהזכיר נמי האחים שחלקו יש לומר דזה גרע משותפין, דבשותפין הרי שתי רשויות מעורבות יחד, והרי כל שותף יכול לעכב על שותפו בכל פסיעה ופסיעה, ואם האחד הקנה לחבירו והחזיק בה הרי החזיק בפני הבעלים שיכולים לעכב עליו וקונה, אבל ירושה קודם חלוקה הוי בתפוסת הבית, וכל אחד יש לו תורת בעלים גמורה על כל הנכסים, ואין האחר יכול לעכב עליו אם לא שיצא לו היזק והפסד, וסלקא דעתין דאין קנין חזקה מועיל לקנות זה מזה, קמשמע לן דמכל מקום קונה, וכמו בנכסי הגר, כמש"נ.

והנה עיין ברמב"ם פ"ב זכיה ומתנה הל"א והל"ב וז"ל: נכסי גר שאין לו יורשים ונכסי ההפקר ושדה שמכרה העכו"ם לישראל ועדיין לא החזיק בה כולם דינם שוה כל המחזיק בהם בדרך מדרכי החזקה כמו שביארנו בהלכות מכירה קנה חוץ מאכילת הפירות כיצד הלוקח קרקע מחבירו והחזיק בה באכילת פירותיה קנה כמו שביארנו אבל בנכסי הפקר או נכסי הגר אפילו אכל פירות האילן כמה שנים לא קנה גוף האילן ולא גוף הקרקע עד שיעשה מעשה בגוף הארץ או יעבוד עבודה באילן עכ"ל, יעו"ש, ומה שכתב כמו שבארנו הוא בפ"א מכירה הל"ז וז"ל: המוכר שדה לחבירו ונכנס בה לוקח וזרעה או נרה או שאסף פירות האילן או זמרו וכל כיוצא בדברים אלו הרי זה קנה שהרי החזיק ואין אחד מהם יכול לחזור בו וכו' עכ"ל, יעו"ש, וחילק הרמב"ם בין לוקח למחזיק בנכסי הגר, דלוקח יכול להחזיק באכילת פירות אבל לא מחזיק בנכסי הגר.

ומקורו מגמרא לקמן (דף נז.) והרי אכילת פירות דבנכסי חבירו קנה בנכסי הגר לא קנה, יעו"ש, ועיין נמי לקמן (דף נד.) אמר שמואל האי מאן דפשח דיקלא אדעתא דדיקלא קני אדעתא דחיותא לא קני וכו', יעו"ש, והרשב"ם למד דאכילת פירות בנכסי חבירו קנה לא מיירי בקנין חזקה אלא באכילת פירות שלש שנים בטענת מינך זבינתה בשטר, יעו"ש, אבל הרמב"ם למד דלא מיירי בחזקת שלש שנים אלא בקנין חזקה, ומחלקינן בין לוקח למחזיק בנכסי הגר, והראב"ד השיג עליו וכתב דאינו נכון בעיניו לחלק בכך בין לוקח למחזיק בנכסי הגר, יעו"ש.

אולם לפי דברינו מובנים שפיר דברי הרמב"ם, דבלוקח שקנה מן הבעלים שיכולים לעכב עליו שפיר יש הוראת בעלות גם באכילת פירות שאינו עושה כלום לתיקון הקרקע, אבל מחזיק בנכסי הגר אין מי שיעכב על ידו, ולכן אין באכילת פירות שום הוראת בעלות, דדילמא אכל הפירות משום שאוכל מן ההפקר, ואינו מראה בזה שהקרקע שלו, ורק אם נעל גדר ופרץ הראה עצמו כבעלים, כמש"נ, אבל לוקח שאכל פירות הרי הבעלים עומד כנגדו ויכול לעכבו, ואם אינו מעכבו שפיר הראה עצמו הלוקח כבעלים.

שערי הטענות

שער ח: בענין ברי ושמא וברי על ידי אחר

ובו כ"א פרקים

פרק א

בו יובא שיטת רש"י והרמב"ם דבברי ושמא אף על גב שהוא פטור משביעין אותו שבועת היסט שאינו יודע, ושנחלקו רש"י והמגיד משנה אם הוא משום דלא עדיף ברי משמא או משום דאם לא כן בטלת שבועת היסט, ויבואר דתלוי אם טענת שמא יש לה תורת טענה.

[**כתובות יב:**] אתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע רב יהודה ורב הונא אמרי חייב ורב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף רב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מריה, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה פטור וז"ל: מלשם ומכל מקום משביעין אותו שבועת היסט שכן הוא כדבריו שאינו יודע שהוא חייב לו עכ"ל, יעו"ש.

וכן כתב הרמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ח וז"ל: כור חטים יש לי בידך והנתבע אומר איני יודע שמא יש לך שמא אין לך הרי הנתבע ישבע שבועת היסט שאינו יודע ונפטר לפי שלא חייב עצמו בודאי וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש, ובהא דצריך לישבע היסט כשטוען איני יודע כתב המגיד משנה הל"ז וז"ל: ודבר פשוט הוא שאם לא כן בטלת שבועת היסט שיאמר הנתבע איני יודע ויפטר אלא ודאי כשם שכופר בודאי נשבע היסט כך אומר איני יודע נשבע היסט וזה ברור וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכן כתב הר"ן, יעו"ש, ומבואר מדבריו דבאמת היה אפשר לחלק דרך כופר בודאי נשבע היסט ולא מי שטוען איני יודע, ואע"ג דשבועת היסט היא כדי להסיתו להודות, כמו שכתב רש"י בבבא מציעא (דף ה.), יעו"ש, אין להסות אלא הכופר בודאי ולא הטוען שמא, אולם אם נאמר כן בטלת תורת שבועת היסט, דכל כופר הכל יטעון שמא ויפטר ולא יצטרך לישבע היסט, ועל כרחנו משביעין גם מי שטוען שאינו יודע, ומשביעין אותו שאינו יודע. ודברי המגיד משנה הם דלא כדברי רש"י בבבא קמא (דף קיח.) בד"ה פטור וז"ל: ומיהו ישבע כדאמר שאין יודע שחייב לו כלום דלא עדיף שמא מברי דהא אי נמי הוה טעין ליה אין לך בידי כלום הוי משביעין ליה שבועת היסט עכ"ל, יעו"ש, ומבואר להדיא דאין משביעין שבועת היסט בטענת שמא משום דאם לא כן בטלת שבועת היסט, כמו שכתב המגיד משנה, אלא משום שלא עדיף שמא מברי, ואם כופר ברי נשבע היסט גם כופר שמא נשבע היסט.

והנה מבואר בגמרא דבעצם כולי עלמא מודו דברי ושמא ברי עדיף, ואלא דרב נחמן ורבי יוחנן ס"ל דלא אלימא טענת ברי להוציא מן המוחזק, והיוצא מזה הוא דהיכא דליכא מוחזק, כגון ששניהם יושבים בצד הערמה ברשות הרבים זה טוען ברי

וזה טוען שמא אז לכולי עלמא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, ולרב יהודה ורב הונא גם במקום חזקת ממון אמרינן דברי ושמא ברי עדיף ולא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה בעדים כמו שכתב רש"י בבבא מציעא (דף ב:). יעו"ש.

ובביאור הדברים מקובל מרבתינו דתביעה מועילה בדיני ממונות גם בלי שום ראיות, אלא הדין הוא דאדם זוכה במה שהוא תובע אם אין מנגד לו, דהתביעה עצמה מאשרתו בלי שום ראיות לטענתו, וזוכה על ידי טענתו, ואינו צריך לאמת דבריו בראיות, ונראה להוסיף דטעמא משום דטענה הוי כמו תפיסה במקום שאין מנגד לו, ואם השני כופר בתביעתו וטענתו מנגדת לטענת התובע אז נתבטל דין הטענה וצריכים לברר אמיתת הדברים על ידי ראיות, ודומה למה דמצינו בבבא מציעא (דף ב.) דסלקא דעתיה דבראיה בעלמא קונה מציאה מן ההפקר, דכיון שהוא אומר שרוצה לקנות הרי זה כתפוס בה עד כדי כך שקונה, ומסיק דאין נחשב שבאה לידו לגבי קנין אלא כשבאה לידו בפועל, אכן גם לפי המסקנא אם תובע ממון וטוען שהוא שלו הרי זה כאילו תפוס בה על ידי טענתו בלבד אם אין מנגד לו, וכמש"נ, דאין שום מצוה שיגע בידו הדבר שהוא תפוס בו, אלא כיון שהוא טוען שהממון שלו הרי הוא תפוס בו, ורק אם הנתבע כופר ברי אין לתובע תפיסה על ידי טענתו, ואז צריכים לדון על אמיתת הדברים, וכל זמן שלא נתברר אוקי ממונא בחזקת מריה.

וזהו יסוד דין ברי ושמא ברי עדיף, דזה שתובע בטענת ברי דין הוא שינצח בטענתו בלבד בלי שום ראיות אם אין מנגד לו, ואם השני טוען שמא אין זה ניגוד לטענת התובע, וזוכה על ידי טענתו בלבד, כמש"נ, ולא שייך כאן דין המוציא מחבירו עליו הראיה בעדים, דכל זה הוא כשצריכים להוכיח אמיתת הדברים, ולהוציא מן המוחזק צריכים ראיה גמורה דעדים, אבל בברי ושמא הרי הוא בא להוציא הממון בתורת טענה ולא בתורת הוכחה, ולכן לא שייך התם דין המוציא מחבירו עליו הראיה, ומאן דפליג ס"ל דכל זה הוא בדליכא מוחזק, רק אז יכול לזכות על ידי תביעה בלבד, אבל לא אלימא תביעה להוציא מן המוחזק, אכן אם יש מיגו או חזקת הגוף בהדי הטענת ברי, גם מאן דאמר לאו ברי עדיף מודה דנתאלם כח הטענת ברי ויכולה להוציא מן המוחזק, כמו שמבואר בסוגיין אליבא דרבן גמליאל, יעו"ש, ויש להוסיף טעם בזה, דאם דין הטענה הוא משום דהוי כתפוס, אם כן היכא דהממון כבר תפוס ביד השני לא חלה תפיסתו של התובע, ומאן דאמר ברי עדיף ס"ל דתפיסת הממון בטענת שמא הויא תפיסה קלושה, שהרי אף הוא אינו יודע אם הממון שלו ואם כן לאו כל כמיניה לתפוס תפיסה מעליא, ותפיסת הברי על ידי טענתו בלבד עדיפא, ומשום הכי ברי עדיף.

ויש להסתפק בהא דטענת שמא אינה נחשבת ניגוד לתביעת התובע, אם היינו משום דאין לטענת שמא תורת טענה כלל או אם באמת יש לה תורת טענה אלא דלא אלימא כטענת ברי ואין בכחה לנגד לטענה מעליא דמי שטען ברי, ואינה יכולה לעכב התובע מלזכות על ידי תביעתו בלבד בלי להביא ראיות, כמש"נ.

ונראה דהמגיד משנה ס"ל דטענת שמא לא הוי טענה כלל, ולא נתקנה היסת אלא לברר אמיתת הטענה, וזה לא טען, ובעצם אין לחייבו שבועת היסת, אלא דמכל מקום

משביעים אותו דאם לא כן בטלת תורת שבועת היסת, כנ"ל, אבל רש"י ס"ל דטענת שמא נמי הוי טענה אלא דטענת ברי אלימא, ולכן לא הוצרך לסברת אם כן בטלת, אלא בעצם אין נפקא מינה בין טוען ברי לטוען שמא לענין הא דמשביעים אותו היסת, דלא עדיף שמא מברי, כמו שכתב רש"י בבבא קמא, כנ"ל, דשניהם טוענים ושניהם נשבעים.

פרק ב

בו תתיישב סתירת דברי הרמב"ם שפסק דאין נשבעין היסת אלא על טענת ברי ופסק גם כן דאם שאל פרה ושכר פרה ומתה אחת מהן והמשאיל תובע את השואל בטענת שמא השואל נשבע היסת, ויבואר שיסוד חיוב שומרים הוא חיוב השבת הפקדון להמפקיד.

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ז] כתב הרמב"ם וז"ל: אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או שאמר מנה הלוייתך וכמדומה לי שלא פרעתני וכו' דבר פלוני נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו וכו' והנתבע אומר אין לך בידי כלום הרי זה פטור אף משבועת היסת וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש, וכתב המגיד משנה דאע"ג דאין דין זה מפורש בגמרא הדבר מוסכם מכל הפוסקים ודקדקו כן מהא דאמרינן (שבועות דף מ:): דמשביעין אותו שבועת היסת משום דחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, יעו"ש. ועיין מה שכתב הרמב"ם פ"ג שאלה ופקדון הל"ג וז"ל: השואל פרה מחבירו וכו' שאל אחת ושכר אחת ומתה אחת מהן המשאיל אומר שאולה מתה וכו' והשומר אומר איני יודע או שאמר השואל שכורה מתה וכו' והמשאיל אומר איני יודע או שאמר זה איני יודע וזה אומר איני יודע המוציא מחבירו עליו הראיה לא היתה שם ראיה ישבע השוכר על השכורה שמתה או שאינו יודע ויפטור וכו' עכ"ל, יעו"ש, ושבועה זו לכאורה היא שבועת היסת, דהא לא מצינו שנשבע שאינו יודע אלא בשבועת היסת, וכן כתב הלחם משנה דהיינו שבועת היסת, דאין לומר דהיינו שבועה על ידי גלגול שהרי הרמב"ם לא הזכיר גלגול עד סוף ההלכה, יעו"ש, אכן נראה דמלבד דיוק זה אין לומר דהיינו שבועה על ידי גלגול, דהא אין נשבעין שבועה שאינו יודע אלא בשבועת היסת, כמש"נ.

והקשה הלחם משנה דלכאורה דברי הרמב"ם אלו, דנשבע שבועת היסת אף כשהמשאיל אומר איני יודע, סותרים למה שכתב בהלכות טוען ונטען דאין נשבעין היסת אלא על טענת ברי, כנ"ל, והלחם משנה כתב לתרץ וז"ל: ואולי יש לומר שמא דהכא עדיף משום דלא היה לו לידע אם מתה בשעת שאלה כיון שמתה בבית השואל אבל התם היה לו לידע אם פרעו ושמא שלו גרוע הוא וחילוק זה נזכר בדברי התוס' ז"ל בפרק השואל (דף צז:): ועדיין צריך עיון עכ"ל, יעו"ש, והתוס' שם הביאו חילוק זה לענין ברי ושמא ברי עדיף, והלחם משנה רצה לדמות לזה גם דין הטענה המחייבת שבועת היסת דתביעה בטענת שמא דלא הוה ליה למידע מחייבת שבועת היסת כמו תביעה בטענת ברי, אכן אין זה עולה יפה בדברי הרמב"ם שכתב דאם טוען דבר פלוני נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו הרי זה פטור משבועת היסת, כנ"ל, ואע"ג דהתם לא הוה ליה למידע מי הוא הגנב ומכל מקום אינו יכול לחייבו לישבע היסת.

ונראה ליישב דברי הרמב"ם, דהנהא דשוכר חייב בגניבה ואבידה לא הוי משום

שהיה עליו לשמור שמירה מעולה ולא שמר והוא ליה כמו פשיעה בידו, דהרי כתב הרמב"ם פ"ב שכירות הל"ג דפשיעה הוא כמזיק בידים וחייב אף על הקרקעות והעבדים, אבל שומר שכר אינו חייב בגניבה ואבידה על קרקעות ועבדים, יעו"ש, ומבואר דחובי שמירה מלבד חיובו על פשיעה הם משום חיוב השבה, דכיון שנטל חפץ המפקיד לרשותו נתחייב להשיבו לו, ושומר חנם אין עליו חיוב השבה מיוחדת, אלא יבא המפקיד ויקח פקדונו, ורק דאם פשע חייב מדין מזיק, אבל שומר שכר או שוכר חייב להשיב הפקדון להמפקיד, ואם נגנב או נאבד אינו נפטר מחיובו, וצריך לשלם ממון תחת הפקדון שחייב להשיב, אכן אם נאנס פטרתו התורה מהשבה, ובשואל לא פטרתו התורה מהשבה אפילו אם נאנס, רק אם מתה מחמת מלאכה ועיימש"נ בשט"ו פ"א.

ולפי זה נמצא דמפקיד שתבע השבת פקדונו מן הנפקד יש לו תביעה ודאית, שבודאי נתחייב הנפקד בהשבה, ואע"ג דאם נאנס הפקדון פטור מלשלם לא נתקיים בזה חיוב השבה, ואין זה נחשב כאילו הושב לו הפקדון ונסתלק החיוב השבה, אלא האונס הוא פטור מתשלומין אע"ג דלא נתקיימה ההשבה, והרי יש להמפקד תביעה ודאית, שהרי לא הושב לו פקדונו, אכן השומר טוען שאירע אונס ונפטר מלשלם ממון תחת חיוב השבה שלא נתקיים, ולפיכך אם המפקיד אינו טוען ברי שהפרה מתה בפשיעה אלא הוא עצמו אינו יודע אם באמת נאנסה כדברי הנפקד, עדיין יש לו תורת תובע גמור, שהרי בודאי חל חיוב השבה על השומר ועדיין לא נתקיים החיוב, ואלא דאפשר שנאנס הפקדון ופטרתו התורה מתשלומין בפועל, ומכל מקום לגבי שבועת היסט יש לו תורת תובע גמורה, ותיקנו לו חכמים שתביעתו מחייבת שבועת היסט, אבל התובע מנה הלוייתך ושמא לא פרעתני הרי על הצד שפרע לו נתקיים חיוב תשלומין שלו ונסתלק לגמרי החוב שהיה מוטל עליו, ועל צד זה אין להמלוה תורת תובע כלל, שהרי כבר נסתלק החוב, ואם מסופק אם נפרע אם לא נפרע הרי אין עליו תורת תובע ודאית אלא ספק תובע בעלמא, ולא תיקנו חכמים שתביעת ספק מחייבת שבועת היסט.

פרק ג

בו יובא שיטת הרמב"ם דבברי ושמא משביעים אותו היסת שאינו יודע אבל אם לא הוה ליה למידע אינו נשבע אלא כשטוען התובע ודאי אתה יודע, וכן מה שכתב הרמב"ם דבספק איזה שור הזיק שורו צריך לתובעו אתה יודע ודאי, ויבואר דאז התביעה היא על הידיעות.

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ח] כתב הרמב"ם וז"ל: כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע שמא יש לך שמא אין לך הרי הנתבע ישבע היסת שאינו יודע ונפטר וכו' עכ"ל, יעו"ש, ופסק הרמב"ם כרב נחמן ורבי יוחנן בכתובות (דף יב:): דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור ולא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף וחייב, יעו"ש, ופירש רש"י שם דמכל מקום נשבע היסת שאינו יודע, וכן פסק הרמב"ם, ועיימש"נ בש"ח פ"א.

אולם עיין מה שכתב הרמב"ם פ"ט נזקי ממון הל"ו וז"ל: שור שהיה רודף אחר שור אחר והוזק הניזק אומר שורך הזיק וזה אומר איני יודע שמא בסלע לקה המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' טען הניזק ואמר ודאי אתה יודע שורך הזיק הרי זה נשבע שבועת היסת וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דבברי ושמא אין הנתבע נשבע היסת שאינו יודע אלא אם התובע טען בודאי שהנתבע יודע, כגון שהניזק אומר בודאי שהמזיק היה עומד שם כשהוזק שורו של ניזק והוא יודע ששורו הזיקו, אבל אם אינו טוען כן, שהוא אינו יודע אם המזיק ראה או לא ראה, והמזיק אומר שלא ראה ואינו יודע היאך הוזק שור הניזק, הרי הוא פטור ואין משביעים אותו שבועת היסת שאינו יודע, אכן בהלכות טוען ונטען פסק שהנתבע נשבע היסת שאינו יודע, כנ"ל, ולא הזכיר שצריך התובע לומר לו ודאי אתה יודע שאתה חייב לי.

ונראה ליישב דברי הרמב"ם על פי מה שכתבו התוס' בבבא קמא (דף מו.) בד"ה דאפילו וז"ל: התם ברי שלו טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע אם חייב לו אם לאו הלכך מדטעין שמא מוכחא מלתא דברי דהאי אמת הוא וברי עדיף אבל הכא מה שטוען ברי לפי שיודע שזה לא היה בשעת נגיחה וזה טוען שמא טוב שאין לו לידע משום הכי אין ברי עדיף וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דבמקום דאיכא ברי טוב ושמא גרוע ברי עדיף, ולפי זה יש לומר דבהלכות טוען ונטען שהוא תובע ממנו מלוה או פקדון והנתבע אומר איני יודע הוה ליה שמא גרוע, דהוה ליה למידע, כמו שכתבו התוס' שם, ולפיכך פסק הרמב"ם דמשביעים אותו שבועת היסת, ולא הזכיר שהתובע צריך לומר לו בודאי אתה יודע, אבל בהלכות נזקי ממון שאמר המזיק איני יודע הרי טענתו שמא טוב, דלא הוה ליה למידע, דאינו מחזר אחר שורו כל היום, ולפיכך אין מחייבים אותו שבועת היסת על טענתו, ורק אם טען הניזק ודאי אתה יודע, רק אז מחייבים אותו לישבע היסת, וכן כתב הגר"א סי' ת' סק"א, יעו"ש.

אכן עדיין יש לדקדק בדברי הרמב"ם גבי שור שהיה רודף אחר השור דכיון דטענת שמא דידיה הוי שמא טוב, דלא הוה ליה למידע, ואין להשביעו היסת, כמש"נ, אם כן

מה לי שהניזק אומר ודאי אתה יודע, דעל פי דבריו אלו משביעים הנתבע שבועת היסת, וכי מפיו אנו חיים, וכי על פי דבריו נהפכה טענת הנתבע משמא טוב לשמא גרוע, והלא טענתו עדיין הוי שמא טוב, ואין להשביעו היסת, ודוחק לומר דדברי התובע שאומר שהמזיק היה עומד שם וראה מה שקרה, אע"פ שאין שום נאמנות בכך, הרי דבריו מעוררים חששות עד כדי כך שמשביעים הנתבע שבועת היסת.

והנה לענין שבועת העדות הבעל דבר יכול לתבוע מן העדים שיבואו ויעידו לו ואם אמרו אין אנו יודעים לך עדות יכול להשביע אותם, כדאיתא בשבועות (דף לא:), יעו"ש, ומבואר דאית לבעל דבר תביעה בדין להעדים שאם יש להם ידיעות הנצרכות לו בבית דין יגלו הידיעות לבית דין, וזהו דבר שיכול לתבוע בבית דין כמו שיכול לתבוע ממון בבית דין.

והדבר מובן על פי הא דאיתא בבבא קמא (דף נה:): תניא אמר רבי יהושע ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ואלו הן וכו' והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו וכו' במאי עסקין אילימא בבי תרי פשיטא דאורייתא הוא אם לא יגיד ונשא עונו אלא בחד, יעו"ש, ומבואר בגמרא דמילתא דפשיטא היא דהיודע עדות ואינו מעיד הוי גרמא בנזקין וחייב בדיני שמים, דהא כתיב קרא אם לא יגיד ונשא עונו, דכיון דמחויב מדאורייתא להגיד פשיטא דבמניעת הידיעות גרם לו הניזק וחייב בדיני שמים, ומבואר נמי דאילו לא היה איסור דאורייתא היה נחא ליה המימרא דהיודע עדות לחבירו חייב בדיני שמים, ולא הוי פריך פשיטא, שהרי יש בזה חידוש דגם בלי איסור דאורייתא נחשב גורם בנזקין אם מונע ידיעתו מבעל דבר, ועל ידי מניעתו הוא גורם לו הפסד ממון, ומשום הכי יש לו נמי כח לתבוע אותם לדין שיעידו לו, שהרי תובע מהם שיסלקו הניזקם ממנו ולא ימשכו למנוע ידיעותם ממנו. והשתא נראה דמהאי טעמא גופא יכול התובע לתבוע מן הנתבע שיודה לו בבית דין, שהרי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, והרי זו נאמנות גמורה, כפי מה שכתב הקצות החושן סי' ל"ד סק"ד, יעו"ש, ואם הנתבע ימנע הודאתו והידיעות היוצאות ממנה יגרום הפסד להתובע, ולכן יכול התובע לתבוע ממנו שיודה, ואם הוא כופר בתביעת הבעל דבר וטוען שאין לו מה להודות הרי הוא כופר הכל ונשבע היסת, אלא בדבר כלל אין שום צורך לכך, דלמה ליה לתבוע ממנו הודאה ולהשביעו היסת אם אינו מודה, הרי הוא תובע ממנו הממון עצמו והוא כופר בו ונשבע היסת, ואין שום ריוח לתבוע ממנו גם הודאה.

אכן היכא דהתובע טוען ברי על הממון והנתבע טוען שמא טוב, דלא הוה ליה למידע, הרי מצד הממון ליכא שבועת היסת, כמש"נ, אבל אם התובע טוען נמי שהנתבע בודאי יודע, והוא תובע ממנו שיודה ולא ימנע מבית דין ידיעות אמיתיות שבידו, הרי זו תביעה מעליא בטענת ברי, והנתבע כופר בו וטוען ברי שאין לו שום ידיעות הנצרכות לו, שפיר יכול להשביעו היסת על כפירה זו.

והיינו מה שכתב הרמב"ם בהלכות נזקי ממון דאינו יכול להשביעו היסת אלא כשטוען אני יודע שהיית שם ודאי אתה יודע ששורף הזיק ועליך להודות לבית דין,

כמש"נ, שהרי מצד הממון הרי טוען שמא טוב, דהא לא הוה ליה למידע, ואין משביעים היסת למי שטוען שמא טוב, אבל לגבי ההודאה איכא תביעה ודאית וכפירה ודאית, שהתובע אומר יש לך מה להודות, והנתבע כופר הכל ואומר שאין לו מה להודות, ועל כפירה משביעים אותו היסת, אבל בהלכות טוען ונטען הרי הוי שמא גרוע, ומשביעין אותו היסת על טענת שמא לגבי הממון, וצריך לישבע שאינו יודע, ואין שום צורך או ריוח אם יתבענו שיודה לו.

ויש להביא סמך לדברינו ממה שכתב הרמב"ם פי"ח סנהדרין הל"ו וז"ל: גזירת הכתוב היא שאין ממיתין בית דין ולא מלקין את האדם בהודאת פיו אלא על פי שנים עדים וכו' שמא נטרפה דעתו בדבר זה שמא מן העמלין מרי נפש הוא המכחכים למות וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דלולי חשש שמא נטרפה דעתו היו בית ממיתים אותו על פי הודאתו, כי היכי דמחייבים אותו ממון על פי הודאתו, ומבואר דס"ל להרמב"ם דנאמנות הבעל דין לא הוי רק דלגבי עצמו נוהגים כפי דבריו, דאם כן היאך יכולים בית דין להמיתו וליטול נפשו על פי הודאתו, אלא מבואר דהודאת בעל דין הוי נאמנות גמורה, ולכן אם אינו מודה הרי הוא מונע ידיעות חשובות מבית דין, ויכול התובע לתבוע שיגלה ידיעותיו, וכמש"נ.

אבל עדיין לא יתיישב בזה מה שכתב הרמב"ם להלן שם פ"ט נזקי ממון הל"ט-הל"י וז"ל: היו שני השוורים הרודפין אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה לא היתה שם ראיה ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאמר ואם טען הניזק שאתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק נשבע שבועת התורה ומשלם כמו שהודה שהרי הודה במקצת עכ"ל, יעו"ש, ולמה קאמר התם שהניזק אומר שאתה יודע ודאי, והלא אין לומר שעל ידי שתובע הודאתו נתחייב המזיק שבועה דאורייתא. אלא נראה דטעמא דהרמב"ם בין בהל"ו ובין בהל"י היא משום דטענת ברי של התובע מחייבת שבועה, וס"ל להרמב"ם דמה שהנתבע פטור מן השבועה כשאומר שמא היכא דלא הוה ליה למידע לא הוי משום דשמא ידידה טוב אלא משום דברי דהתובע גרוע, כמו שכתבו התוס' בבבא קמא, כנ"ל, שידע שהמזיק לא הוה ליה למידע, ואינו חושש שיכחישנו אם יטעון ברי, והרי טענת ברי ידידה ברי גרוע ואינה מחייבת לא שבועת היסת ולא שבועה דאורייתא דמודה במקצת, אכן אם הוא טוען יודע אני בודאי שאתה יודע, הרי יש לו לחוש שהמזיק יכחישנו, דאע"ג דלא הוה ליה למידע איזה שור הזיק שורו, היה לו לידע אם הוא יודע בודאי מה שקרה, וכיון שכן הרי טענת ברי של הניזק היא טענת ברי טוב, שלמרות שהיה לו למיחש שיכחישנו עדיין טוען ברי שהמזיק יודע ששור גדול הזיקו, ולפיכך מחייבו שבועה דאורייתא.

אמנם יש להקשות דהיאך אפשר לומר שעל ידי מה שאומר יודע אני בודאי שאתה היית שם ואתה יודע איזה מהם הזיק שנעשה בזה ברי טוב, הלא אין בזה אלא אמירה בעלמא על ענין צדדי, דמה שידע המזיק או לא ידע אינו מעלה ומוריד, שהשבועה היא על הממון ולא על ידיעתו, ועל הממון עדיין הוא ברי גרוע, דהא לא הוה ליה למידע.

אכן יש לומר דלהא מהני מה שנתבאר שיכול לתבוע הודאת המזיק שהרי הוא מונע ממנו ידיעות חשובות, כמש"נ, והרי תביעה זו מצטרפת לעצם תביעת הממון, וכיון שעל חלק זה הוא נחשב ברי טוב הרי הוא ברי טוב על כל טענתו, דהא יש לו לחוש שתוכחש, והרי הוא יכול לחייבו בטענתו בין שבועת היסת בין שבועה דאורייתא.

פרק ד

בו יבוארו דברי התוס' דמאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף ולא מוקמינן ליה בחזקת מריה מודה דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקים ולא אזיל בתר חזקת ממון לאו ברי עדיף, וגם יבואר הא דבהוה ליה למידע ברי ושמא ברי עדיף כיון שהשמא הוא גרוע.

[**כתובות יב:**] אתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע רב יהודה ורב הונא אמרי חייב ורב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף ורב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מריה, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה רב הונא וז"ל: תימה דרב יהודה גופיה אית ליה בריש הפרה (בבא קמא מו.) אפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המוציא מחבירו עליו הראיה ואין לומר דרב יהודה כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקים ולא אזיל בתר חזקת ממון ולהכי כי איכא ברי ושמא נוטל הכל וכו' ועוד דתנן בפרק השואל (בבא מציעא צז.) המשאיל אומר שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב וקאמר בגמרא לימא תיהוי תיובתא דרב נחמן ורבי יוחנן ומאי קושיא הא על כרחך מתניתין כסומכוס אפילו לרב יהודה דלרבנן מודה רב יהודה דפטור ורב נחמן ורבי יוחנן על כרחך כרבנן דלסומכוס לכל הפחות חולקין אבל אי פליגי אליבא דרבנן ולסומכוס לעולם חולקין אפילו בברי ושמא פריך שפיר ממתניתין דרבנן אתיא דלסומכוס חולקין וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומתחלה רצו התוס' לומר דמאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף ס"ל כסומכוס דלא אזיל בתר חזקת ממון ומאן דאמר לאו ברי עדיף ס"ל כרבנן דאוקי ממונא אחזקיה, והוכיחו מפרק השואל דפליגי אליבא דרבנן אבל אליבא דסומכוס כולי עלמא מודו דלאו ברי עדיף וחולקים.

אכן צריך עיון בסברא דמילתא, דרב יהודה קאי אליבא דרבנן דס"ל המוציא מחבירו עליו הראיה, ואוקי ממונא אחזקיה, ומכל מקום אם הנתבע טוען שמא קאמר רב יהודה דברי עדיף, ואם כן לכאורה כל שכן הוא דאליבא דסומכוס דלא אזיל בתר חזקה דממונא צריכים לומר דברי ושמא ברי עדיף, ואם לרבנן אמרינן ברי עדיף במקום חזקת ממון, כל שכן דלסומכוס נימא כן כיון דלא אזיל בתר חזקת ממון כלל, ולמה כתבו התוס' דאליבא דסומכוס לכולי עלמא חולקים, וגם רב יהודה מודה לדידיה דברי ושמא לאו ברי עדיף.

ונראה לבאר דבריהם עפ"י ש"נ בש"ח פ"א דדין ברי עדיף היינו דעל ידי הטענה עצמה הוא זוכה בדין, ולא משום דיש בזה הוכחה כדבריו, אלא כל שטוען ברי הוא נחשב כתפוס בהממון, ומהני אפילו במקום שיש להנתבע חזקת ממון, דכיון שהנתבע טוען שמא אין תפיסתו נחשבת כתפיסה מעליא, שאף הוא אינו יודע אם הוא תופס כדין, ואין תפיסה כזאת נחשבת כנגד טענת ברי שעל ידי טענתו הוא מחזיק בהממון ותפוס בו, כמש"נ, וכל זה לא אמרינן אלא אליבא דרבנן דאזלי בתר חזקת ממון, וזה שהממון בידו הוא התפוס, ואם טוען שמא אין בזה תפיסה מעליא, כמש"נ.

אולם סומכוס ס"ל דהיכא דאיכא דררא דממונא לא אזלינן בתר חזקת ממון אלא חולקים, וכתבו התוס' בבבא מציעא (דף צז:) בד"ה לימא וז"ל: דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו שניהם מוחזקים בו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ודררא דממונא היינו דבלי טענותיהם יש ספק לבית דין, כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף ב:) בד"ה היכא ובשאר מקומות, יעו"ש, ונמצא דבדררא דממונא שניהם מוחזקים לא על ידי טענותיהם אלא על ידי הספק עצמו, דכיון דיש צד ספק לזה וצד ספק לזה הרי שניהם נחשבים מוחזקים, ואם כן אין שום נפקא מינה אם הנתבע טוען ברי או שמא, דלא הוקלשה בזה תפיסתו כיון דאין תפיסתו תלויה בטענתו אלא בצדדי הספק עצמו, ושנים בזה טוען ברי וזה טוען שמא, ושניהם מוחזקים ביחד וחולקים, ורק אליבא דרבנן איכא למימר ברי ושמא ברי עדיף, דכיון דהמוחזקות של הנתבע תלויה במה שהוא תפוס בו, בזה אמרינן דאין תפיסתו מחזיקתו אם טוען שמא ואינו יודע אם כדין תופס, כמש"נ, אבל לסומכוס הספק מחזיקו, ושוב לא איכפת לן אם טוען שמא, וכמש"נ.

ולפי זה יש ליישב קושית הנתיבות המשפט סי' ע"ה סק"ז שהקשה דלמה אמרינן דבשמא גרוע ברי עדיף, וכי קנסינן ליה בשביל ששכח ולא ידע, ותיירץ דבשמא גרוע חיישינן שהוא משקר, יעו"ש, אכן לפי דברינו יש לומר נמי דבשמא גרוע הוקלשה החזקה, כמש"נ, והרי הברי מוציא ממנו על ידי הטענה בלבד, ואולי יש להטעימו דבלא הוה ליה למידע דרך החזקה בלא ידיעה, ולכן לא הוקלשה אם אינו יודע, אבל בהוה ליה למידע דרך החזקה בידיעה, ואם שכח ולא ידע הוקלשה חזקתו, כמש"נ.

פרק ה

בו ידון בהא דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף כשהברי גרוע והשמא טוב, אם העיקר הוא מה שהברי גרוע או מה שהשמא טוב, ויבואר דלהמרדכי הכל תלוי בהשמא, ולתוס' העיקר הוא הברי אם הוא טוב או גרוע ומעלת הברי תלויה במעלת השמא אם הוא גרוע או טוב.

[כתובות יב:] אתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע רב יהודה ורב הונא אמרי חייב וכו' ברי ושמא ברי עדיף, כתבו התוס' בד"ה רב הונא ורב יהודה אמרי חייב וז"ל: תימה דרב יהודה גופיה אית ליה בפרק הפרה (ב"ק מו.) אפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המוציא מחבירו עליו הראיה וכו' ויש לומר דהתם ברי גרוע ושמא טוב דלפי שהמזיק לא היה שם טוען זה ברי ושמא דמזיק טוב דלא הוה ליה למידע אבל מנה לי בידך הברי טוב והשמא גרוע דהוה ליה למידע אם חייב אם לאו עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריהם דהיכא דהברי גרוע והשמא טוב לא אמרינן ברי עדיף, אבל אם הברי טוב והשמא גרוע שפיר אמרינן ברי עדיף.

ויש להסתפק היאך יהיה דין היכא דהברי טוב וגם השמא טוב או היכא דהברי גרוע וגם השמא גרוע, ומשכחת לה בגונא דלא הוה ליה למידע והמזיק טוען ברי שהוא פטור, ואע"ג דלא הוה ליה למידע הלך אחר שורו והוא יודע שלא נגח לשור הניזק, ואם כן כשנכנס הניזק לבית דין וטען שורך הזיק שורי הרי זה ברי טוב, שחשב שהמזיק יטעון ברי שפטור ואף על פי כן תבעו בטענת ברי, וזהו ברי טוב, אכן כשתבעו הניזק להמזיק אומר המזיק שהגם שכפר חוץ לבית דין האמת הוא שאינו כל כך בטוח בעצמו ואינו רוצה לכפור בפני בית דין בברי אלא טוען שמא, דהיינו שמא טוב, דהא לא הוה ליה למידע, ונמצא ברי טוב ושמא טוב, וברי גרוע ושמא גרוע משכחת לה באומר מנה לי בידך, דהוה ליה למידע, וחוף לבית אמר לו הנתבע שאינו זוכר, וטען התובע ברי בבית דין, דהיינו ברי גרוע כיון שחושב שהנתבע אינו זוכר ולא יכפור בו, וכשטען הנתבע שמא בפני בית דין הרי זה שמא גרוע, דהוה ליה למידע, ונמצא ברי גרוע ושמא גרוע, ויש להסתפק מה יהיה דין בהני גוני.

והמרדכי אות קלז הקשה קושית התוס' וז"ל: ברי ושמא ברי עדיף תימה דבשור שנגח אמרינן אפילו ניזק אומר ברי וכו' לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף ויש לומר דשאני התם דההוא שמא לא היה רמאות כלל דלא היה יכול לידע אבל הכא נטתה לרמאות קצת דיש לו לדעת אם הלוח או הפקיד עכ"ל, יעו"ש, והמרדכי לא הזכיר אלא שמא טוב ושמא גרוע, ומבואר בדבריו דלא איכפת לן כלל אם הברי טוב או גרוע, אלא הכל תלוי בהשמא, אם השמא גרוע ברי עדיף, ואם השמא טוב לאו ברי עדיף.

והדברים מתבארים היטב לפי מש"נ בש"ח פ"א, דטעמא דמאן דאמר ברי עדיף הוא משום דטענה שאין מנגד לה מועילה אף בלי הוכחות, כמש"נ, ואם כן לא איכפת לן אם הברי טוב או גרוע, שהרי התובע טוען ואין מנגד לו, אכן כיון שבא להוציא ממון מן המוחזק אמרינן דאם השמא גרוע ויש לחוש לרמאות הוקלשה החזקה במה שלא

טען ברי, אבל אם השמא טוב, דלא הוה ליה למידע, לא הוקלשה חזקתו, ואינו יכול להוציא מחזקה מעליא על ידי טענה גרידא, וכל זה הוא לדברי המרדכי אבל בדברי התוס' שהזכירו תרוייהו, הברי והשמא, עדיין יש להסתפק, כנ"ל.

ויש להביא ראיה מדברי התוס' בבבא מציעא (דף צו:) בד"ה רב הונא וז"ל: ואם תאמר ביש נוחלין (ב"ב דף קלה.) גבי האומר זה אחי אינו נאמן ומסיק דאמרי אחין אין אנו יודעין וקאמר זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור והיכי דייק הא התם מודו כולי עלמא דפטור לפי שבירי שלו גרוע ושמא שלהן טוב שידוע שהאחין אינן מכירין בו אם הוא אחיהם ויש לומר דהתם נמי ירא שמא היום או מחר ישאלו וידעו ששיקר עכ"ל, יעו"ש, ולפי דברי תירוץ התוס' הוה ליה ברי טוב, אכן השמא לא נהפך להיות שמא גרוע, ועדיין שמא שלהם שמא טוב, ומבואר מדבריהם דכל זמן שהברי טוב אמרינן דברי עדיף, ואף אם גם השמא טוב, ומבואר דהעיקר הוא הטענת ברי אם הוא טוב או גרוע, כן הוכיח הקובץ שעורים בבבא בתרא שם, יעו"ש, אולם עדיין לא נתבאר למה הזכירו כלל ענין השמא אם הוא טוב או גרוע, ויש לומר דמעלת הברי תלויה במעלת השמא, דאם השמא טוב אז הברי גרוע, ואם השמא גרוע אז הברי טוב, ובההיא דבבא בתרא מצינו יוצא מן הכלל, דהשמא טוב וגם הברי טוב, ואזלינן בתר מעלת הברי, וכיון שהוא טוב אמרינן ברי עדיף על אף שגם השמא הוא טוב, ובביאור הדבר יש לומר דס"ל להתוס' דבכל טענת שמא הוקלשה החזקה, ובעצם יכול להוציא ממנו בטענה בלבד בלי הוכחות, אכן בברי גרוע חיישינן שהוא משקר וכעין מה שכתב הנתיבות המשפט לענין שמא גרוע, ועיימש"נ בש"ח פ"ד.

פרק ו

בו תתיישב שיטת הרמב"ם דבטענו חטים ואמר שמא שעורים משלם שעורים, ואע"ג דאם הודה בשעורים היה פטור אף משעורים, ויחולק בין טענו חטים יש לי בידך והשיב שמא שעורים היה לטענו פקדון של זהב ומרגליות בשק צרור והשיב שמא סיגים או חול היה בו.

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ח] כתב הרמב"ם וז"ל: כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע שמא יש לך שמא אין לך הרי הנתבע ישבע שבועת היסט שאינו יודע ונפטר לפי שלא חייב עצמו בודאי וכן כל כיוצא בזה כור חטים לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא אם שעורים הרי זה נשבע היסט שאינו יודע ומשלם שעורין וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש, ופסק הרמב"ם דברי ושמא לאו ברי עדיף ואם השמא הוא שאינו יודע אם חטים אם שעורים משלם הפחות שבהם, דהיינו השעורים, ועל השאר אמרין ברי ושמא לאו ברי עדיף, והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א זה אינו שאינו משלם שעורים דרבה בר נתן וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכן הקשה הלחם משנה, יעו"ש.

ומימרא דרבה בר נתן היא בבבא קמא (דף לה:): גופא אמר רבה בר נתן טענו חטין והודה לו בשעורין פטור מאי קמשמע לן תנינא טענו חטין והודה לו בשעורין פטור אי מהתם הוה אמינא פטור מדמי חטין וחייב בדמי שעורין קמשמע לן דפטור לגמרי, יעו"ש, וכן פסק הרמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"י, יעו"ש, ואם כן קשה על הרמב"ם, דאם בהודה הודאה גמורה בהשעורים פטור מלשלם כל שכן אם לא הודה הודאה גמורה אלא אמר שמא חייב לו שעורים שיהא פטור מלשלם.

והנה עיין בכתובות (דף יב:): אתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע רב יהודה ורב הונא אמרי חייב ורב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור רב יהודה ורב הונא אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף רב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מריה, יעו"ש, ומבואר מהגמרא דגם רב נחמן ורבי יוחנן אית להו ברי ושמא ברי עדיף אלא דלא אלימא עדיפות דטענת ברי להוציא ממון מחזקתו, ועיימש"נ ש"ח פ"א.

ולפי זה מובנים דברי הרמב"ם, דהרי הא דלא אמרין ברי ושמא ברי עדיף הוא משום שהנתבע מוחזק בממונו, ואין טענת ברי יכולה להוציא מן המוחזק, כמש"נ, אכן היכא דהודה בשעורים שוב אין תורת מוחזק על ממונו כשיעור דמי שעורים, ואע"פ שבפועל אין מחייבים אותו לשלם דמי שעורים הואיל והלה אומר שאין לו בידו שעורים, כמו שפסק הרמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"י, ועיימש"נ בדבריו (שעבודא פ.), מכל מקום הרי לגבי עצמו נאמן שחייב בדמי שעורים, ואזלא חזקתו בממונו כנגד דמי שעורים, וממילא צריך לשלם דמי שעורים מדין ברי ושמא ברי עדיף, דזה שתובע חטים והלה אומר איני יודע בדין היה צריך לזכות בטענת ברי, אלא דלא אלימא טענת ברי להוציא מן המוחזק, וכנגד דמי שעורים ליכא מוחזק, כמש"נ, ומשום הכי מוציא ממנו מקצת דמי חטים כנגד דמי שעורים מדין ברי ושמא ברי עדיף, אבל לקמן בפ"ג אינו

משלם כלום שהרי בחטים כפר לגמרי, וגם שעורים אינו משלם שהרי התובע אומר שאין לו שעורים בידו, ואולי לזה כוון הלחם משנה בדבריו הסתומים שצוה להבינם, יעו"ש, ואולי זוהי הבנתם.

ואזיל בזה הרמב"ם לשיטתו בהא דפטור אף מדמי שעורים, דאילו לדברי התוס' טעמא משום דמחיל ליה, ואם כן איכא ודאי פטור על השעורים, ואין הודאתו בהשעורים מגרעת בחזקת ממון שלו, אבל הרמב"ם ס"ל דליכא מחילה, וזה שהודה בשעורים חייב עצמו מדין הודאת בעל דין, וחייב זה לא נפקע ממנו, ואם כן לפי דבריו אין לו חזקת ממון כנגד דמי שעורים, אלא דמכל מקום אינו חייב לשלם שהרי התובע אומר שאין לו בידו שעורים, ועיימש"נ בשעבודא שם.

עוד הקשה הלחם משנה דדברי הרמב"ם לכאורה סותרים למה שכתב פ"ה שאלה ופקדון הל"ז וז"ל: מעשה באחד שהפקיד שק צרור אצל חבירו ופשע בו המפקיד אומר חלי זהב ומרגליות וכיוצא בהן היו בו והשומר אומר איני יודע שמא סיגים או חול היו בו ואמרו חכמים ישבע בעל הפקדון ויטול וכו' ולמה נשבע כאן בעל הפקדון לפי שאין השומר מחויב שבועה וכו' שטענו חטים והודה לו בשעורים וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולא הוי השומר כמודה במקצת לכל הפחות בסיגים או בחול, דהא אינו מחייב עצמו בהודאה זו, דטענו חטים והודה בשעורים, והקשה הלחם משנה וז"ל: והוא תימה דהיה לו לנפקד לישבע שאינו יודע ויפרע הפחות דומיא דהכא או הכא היה לו לישבע המפקיד וליטול חטים דומיא דהתם וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ונראה ליישב דבריו על פי מה שכתב המגיד משנה שם בהלכות שאלה ופקדון בשם הר"י מגאש וז"ל: ועוד הוסיף דברים ואמר אם תשאל כיון דאילו אמר ברי לי שסיגין היה מלא לא היה חייב אלא היסת כדין טענו חטים והודה לו בשעורים עכשיו שאמר שמא יהיה זה כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע שנשבע היסת שאינו יודע ונפטר ותירץ הוא ז"ל כשאמרו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע שפטור לא אמרו אלא דוקא כשאינו מודה לו בודאי בשום דבר ולפיכך נשבע שאינו יודע ונפטר אבל כיון שהוא מודה שהוא חייב לו ואינו יודע מה הוא אין אומרים בכך ישבע שאינו יודע ויפטר אלא נשבע הלה ונוטל עכ"ל, יעו"ש, ויסוד הדברים הוא דאע"ג דהרמב"ם ס"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף, ולא אלימא טענת ברי להוציא מן המוחזק, מכל מקום אם הודה הנתבע בשום דבר מטענת התובע הרי נתחזקה ונתאלמה תביעתו, ויכול להוציא מן הנתבע מדין ברי ושמא, אלא שתיקנו חכמים שישבע בנטילתו, ועיין בש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ט שכתב דלמאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף צריך מכל מקום לישבע שבועת הנוטלין, יעו"ש.

והשתא נראה דבההיא דהלכות שאלה ופקדון הרי שניהם מתעצמים על חדא עובדא, והיינו שהפקיד אצלו בשק צרור, וזה מוסכם לכל, אלא שמתעצמים אם היה בו זהב או סיגים, והרי הנתבע מודה בה שמסר לו שק צרור, ורק שאינו יודע מה היה בתוך השק, והרי זה נחשב שהוא מודה בשום דבר, ונתאלמה טענת התובע ומוציא מן הנתבע מדין ברי ושמא, ומכל מקום נשבע שבועת הנוטלים, כמש"נ, אבל גם הודה שלא

ממין הטענה מועילה לאלם טענת התובע אם ההודאה היא בשום דבר באותה עובדא שדיבר בה המפקיד, דהיינו מסירת שק צרור.

אכן בדין בהלכות טוען ונטען אינם מדברים בחדא עובדא כלל, אלא התובע טוען שהיה כאן עובדא של הלואת חטים, והנתבע טוען שלא היה עובדא כזו כלל, אלא עובדא אחרת היתה של הלואת שעורים, ואינם מדברים בשק אחד כההיא דהלכות שאלה ופקדון, ולכן לא חשיב שהודה בשום דבר בטענת התובע, ולא אמרינן בזה ברי עדיף, אלא נשבע היסת שאינו יודע ונפטר.

והא דאינו נשבע ונוטל כשגובה ממנו דמי חטים כשיעור דמי שעורים מדין ברי ושמא ברי עדיף, כמש"נ, כי היכי דנשבע ונוטל בשק צרור, היינו משום דלא נתקנה שבועת הנוטלים אלא כשבא להוציא מן המוחזק, ובשק צרור אמרינן דכיון שהודה בשום דבר נתאלמה טענת התובע ומוציא מן המוחזק מדין ברי ושמא ברי עדיף, כמש"נ, אולם כיון שסוף סוף מוציא מן המוחזק נשבע שבועת הנוטלים, אבל בדין נוטל דמי חטים כשיעור דמי שעורים משום דאינו מוציא מן המוחזק, כמש"נ, ולכן אינו נשבע שבועת הנוטלים, וגבי שק צרור באמת היה יכול ליקח דמי זהב כשיעור דמי סיגים גם בלי שבועה, דכיון שהודה שהיו בה על כל פנים סיגים אין לו עוד חזקת ממון כנגד דמי סיגים, אכן על כל העודף על דמי סיגים יש לו חזקת ממון, ומכל מקום גובה ממנו הואיל והודה בשום דבר, ונתאלמה טענת ברי שתוכל להוציא גם מן המוחזק, כמש"נ, וצריך לישבע בנטילתו מן המוחזק.

פרק ז

בו ידון באומרת לכשר נבעלתי דיש לה מיגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי מהי האלימות של טענת לא נבעלתי על טענת לכשר נבעלתי, ויבואר דבאומרת לא נבעלתי נסתלק הספק ואין לנו להתדיין בדינה כלל, אי נמי דהוי ספק ספיקא שמא לא נבעלה כלל ושמא לכשר נבעלה.

[**כתובות יג.**] מתניתין ראוה מדברת עם אחד ואמרו לה מה טיבו של איש זה איש פלוני וכהן הוא רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים נאמנת ורבי יהושע אומר לא מפיה אנו חיינן אלא הרי זו בחזקת בעולה לנתין ולממזר עד שתביא ראיה לדבריה, ובגמרא מאי מדברת זעירי אמר נסתרה רב אסי אמר נבעלה וכו' אמר ליה רב פפא לאביי לזעירי דאמר מאי מדברת נסתרה ואמר רבי יהושע לא מהימנא האמר רב מלקין על היחוד ואין אוסרין על היחוד לימא דלא כרבי יהושע אפילו תימא רבי יהושע מעלה עשו ביוחסין, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה ואין אוסרין וז"ל: תימא לרשב"א דלזעירי דאמר נסתרה איירי כגון דמודה היא שנבעלה דאי אמרה לא נבעלתי אם כן הוי ספק ספיקא דמכשיר רבי יהושע כדאמר לקמן התם ספק ספיקא ויש לומר דלעולם איירי דקאמרה לא נבעלה וחשיב ליה חדא ספיקא משום דאין אפוטרופוס לעריות אבל קשה דבהדיא משמע בריש פרק שני (לקמן טז.) דאיירי בנבעלת דקאמר הניחא לזעירי דאמר מאי מדברת נסתרה דמגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי מהימנא כו' לכך נראה דפריך לזעירי דבספיקא חדא אוסרין לה והא יחוד דאשת איש דספיקא חדא היא ואין אוסרים על היחוד וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריהם דנסתרה לאו היינו יחוד בעלמא והיא אומרת עם כשר נתייחדת אלא מיירי שמודה שנבעלה, וכן כתבו התוס' למעלה בד"ה רב אסי, יעו"ש, והא דפריך מאוסרים על היחוד היינו משום דמדמינן ספיקא לספיקא, ואם בודאי נבעלה וספק לפסול נבעלה אוסרים אותה הוא הדין שהיו לנו לאסור אשת איש שמסתפקים אם נבעלה, ולמה אמר רב דאין אוסרים על היחוד.

והנה יש לעיין בהא דאמרינן בפרק שני דאם מודה שנבעלה ואומרת לכשר נבעלתי יש לה מיגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי, מהי האלימות של טענת לא נבעלתי על טענת לכשר נבעלתי, אי משום דחזקת הגוף מסייעא לטענת לא נבעלתי הלא חזקת כשרות מסייעא לטענת לכשר נבעלתי, ולמה לה מיגו, ואם תאמר שחזקת כשרות שלה איתרעא כשנסתרה הלא גם החזקת הגוף נמי איתרעא כשנסתרה ובעילה מצויה, ואם כן למה לא נאמין לה שלכשר נבעלה בלי שום מיגו.

והיה אפשר לומר דאם אומרת לא נבעלתי אין נזקקים לה כלל, שהסתירה מעוררת ספק, ואם היא אומרת שלא נבעלה נסתלק הספק ואין לנו להתדיין בדינה כלל, ולא איצטריך להוכחה דחזקת הגוף, מה שאין כן כשהיא מודה שנבעלה ואומרת לכשר נבעלה דבכהאי גוונא מוכרחים בית דין לדון ולקבוע מהו דין אותה ביאה, ובמה שהיא

אומרת לכשר נבעלתי לא נסתלק הספק, שהרי בעל כרחנו צריכים לדון על הביאה אם היתה לפסול לה או לכשר, וגם אין להאמינה מחמת חזקת כשרות שלה שהרי איתרעא כשנסתרה, ולכן אין טענת לכשר נבעלתי מועילה אלא משום מיגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי, דאז היתה נאמנת אע"ג דחזקת הגוף שלה איתרעא, דכיון דאומרת לא נבעלתי נסתלק הספק, וכמש"נ.

אולם אין פירוש זה עולה שפיר בדברי התוס' הנ"ל שכתבו דמדמינן ספיקא לספיקא, ואם באומרת לכשר נבעלתי אינה נאמנת ואסורה כמו כן נמי היה צריך להיות הדין דאשת איש שנתייחדה תיאסר, ולמה אמר רב אין אוסרים על היחוד, ואם נחלק ונאמר דטענת לא נבעלתי מסלק הספק גם בלי סיוע דחזקת הגוף אם כן היאך נדמה דין זה לאומרת לכשר נבעלתי דעל כרחנו להתדיין על ביאתה ולא מהני חזקת כשרות להתירה.

וצריך לומר דהמעלה של טענת לא נבעלתי היא דאז הוי ספק ספיקא, ספק נבעלה ספק לא נבעלה ואפילו אם נבעלה ספק לפסול ספק לכשר, אבל בהודה שנבעלה ואמרה לכשר נבעלתי הרי אין כאן אלא ספק אחד, ואינה נאמנת, ולמאן דס"ל דנאמנת אינו אלא משום מיגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי, ושפיר מדמינן אשת איש שנתייחדה לאומרת לכשר נבעלתי, שהרי ביחוד דאשת איש נמי ליכא אלא חדא ספיקא.

פרק ח

בו יבואר ההוה אמינא דכשהבעל טוען אלמנה נשאתיך הויה כטענת שמא כיון דרוב נשים בתולות נישאות לפי מה שיש להסתפק אם אין לטענת ברי תורת טענה אלא כשיוצאת ממנה הוכחה, ויובאו דברי תוס' דגם למסקנא אינה טענת ברי אלא לאו שמא ממש הוא.

[**כתובות טו:**] מתניתין האשה שנתארמלה או שנתגרשה היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצאה בהינומא וראשה פרוע כתובתה מאתים וכו', ובגמרא טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדים בעל מהימן לימא תנן סתמא דלא כרבן גמליאל דאי רבן גמליאל הא אמר איהי מהימנא אפילו תימא רבן גמליאל עד כאן לא קאמר רבן גמליאל התם אלא בברי ושמא אבל הכא בברי וברי לא אמר ודקארי לה מאי קארי לה הא ברי וברי הוא כיון דרוב נשים בתולות נישאות כי ברי ושמא דמי, יעו"ש.

ויש לעיין בההוה אמינא דהגמרא דאע"ג דהבעל טוען ברי נחשבת טענתו כטענת שמא הואיל ואיכא כנגדו רוב נשים בתולות נישאות, והלא לכאורה אין זה אלא ראייה כנגדו, אבל דין ברי שמא לכאורה היינו דיכול להוציא על ידי טענתו במקום שאין מנגד לו, וזה שטוען שמא אינו מנגד לו, ועיימש"נ בש"ח פ"א, וכאן הרי הבעל טוען ברי ומנגד לטענת ברי של האשה, ורק דאיכא כנגדו הוכחה דרוב, אבל הממון בחזקתו, ואין להוציא ממנו על ידי הרוב אלא משום דנחשב כשמא, ולמה נחשיבנו כשמא. והנה אף למאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף, ומוציאים על ידי הטענה ולא על ידי הוכחה, כמש"נ, עדיין יש להסתפק אם מוציאים על ידי טענת ברי רק כשיש לנו גם הוכחה מן הטענה, ואין זה משום דההוכחה שבטענת ברי מוציאה מן המוחזק, דהא אם באנו להוציא מן המוחזק על ידי הוכחות בעיני עדים, אכן איכא למימר דטענה שאין בה שום הוכחה אין לה תורת טענה, ולכן בעינן שתבא לנו הוכחה על ידי טענתו, ושוב אית לה תורת טענה דההוכחה מאלימה טענתו ויכול להוציא מן המוחזק על ידי הטענה עצמה ולא על ידי ההוכחה היוצאת מטענתו, או דלמא אין הטענת ברי נצרכת להוכחה כלל, אלא כל זמן שהוא טוען ותובע ואין מנגד לו דינא הוא שיזכה על ידי טענתו, ואף אם אין לנו שום הוכחה מטענתו.

ואיכא למימר דבזה נחלקו ההוה אמינא והמסקנא דהגמרא, דמתחלה קארי ליה דאין לטענת ברי תורת טענה אלא כשיוצאת ממנה הוכחה, ובדרך כלל איכא הוכחה בטענת ברי, אכן כשהוא טוען ברי שאלמנה היתה ולא בתולה, והרי איכא כנגדו רוב נשים בתולות נישאות, איתרעא טענתו ושוב אין בה הוכחה, ואין בה תורת טענה, ואין בכחה לנגד טענת ברי של האשה ולעכבה מלהוציא על ידי טענה בלבד, והרי זה דומה לברי ושמא, קמשמע לן דאין טענת ברי נצרכת להוכחה כלל, ואית בה תורת טענה אף אם אין בה שום הוכחה, ושפיר יכול הבעל לנגד לטענת ברי של האשה במה שהוא טוען ברי שלא היתה בתולה, ואע"ג דרוב נשים בתולות נישאות אין זה נוגע אלא כשבאנו

לדון על ההוכחה שבטענתו, אבל לפי המסקנא אין צריכים לומר שיש הוכחה בטענת ברי, ומאן דאמר ברי עדיף היינו על ידי הטענה בלי שום הוכחה, וכמש"נ.

והא דאמרינן בשבועות (דף מ:): דמשביעין אותו שבועת היסת דחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, אין זה לומר שיש הוכחה בטענת ברי אלא חשש רחוק בעלמא הוא, ומשביעין היסת לסלק אותו חשש, ומשום הכי לא אמרינן דאם הוא חשוד כנגדו נשבע ונוטל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, כדאיתא בבבא מציעא (דף ה.ה.), יעו"ש, ולא אמרינן כולה חדא תקנתא היא, משום דאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, ולפי זה נוכל להבין דברי התוס' בד"ה הכי נמי מסתברא וז"ל: ונראה לר"י דהכי פירושו הכי נמי מסתברא דכברי ושמא דמי ולא בא לומר דפליג רבן גמליאל ברישא אלא אע"ג דכברי ושמא דמי מודה רבן גמליאל משום דלאו שמא ממש הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולמדו התוס' דגם לפי המסקנא הוי כברי ושמא אלא דלאו שמא ממש הוא, וכונתם דאע"ג דרוב נשים בתולות נישאות מרעא לטענת ברי של הבעל ומבטל ההוכחה שבה, כמש"נ, ונחשב כטענת שמא, דהיינו טענת ברי שאין בה הוכחה, מכל מקום לאו שמא ממש הוא, דהא סוף סוף טוען ברי, ומודה רבן גמליאל דאע"ג דאין בכח טענת ברי להוציא מן המוחזק אלא כשיש בה נמי הוכחה, מכל מקום יכול לנגד לטענת ברי על ידי טענת ברי שאין בה הוכחה, דאין כח בטענת ברי להוציא מן המוחזק אלא כשיש בה נמי הוכחה, אכן כח טענת ברי להוציא הוא כשאין מנגד לה, והרי הבעל טוען ברי ומתעצם עם התובע ומנגד להתביעה גם כשאין לניגוד תורת טענת ברי גמור, ומודה רבן גמליאל דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אלא בשמא ממש, שאינו טוען בברירות, ורק בכהאי גוונא נחשב שאינו מנגד להטענת ברי, ועיימש"נ בדברי הרמב"ם דלמסקנא ליכא הוכחה בטענת ברי בש"ח פי"א, ודלא כדברי התוס'.

פרק ט

בו יובאו שיטת רש"י דאין שור שחוט לפניך היינו מיגו דאי בעי שתיק ושיטת התוס' דהוי מיגו דטענה נצחת ולא רק טענה מעליתא, ויבאר דבבא להוציא ממוחזק לא סגי במיגו אי בעיא טענה נצחת יפה כדי לאלם הטענת ברי אלא בעינן טענה שיש בה נפקא מינה לדינא.

[**כתובות טו:**] מתניתין ומודה רבי יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו', ובגמרא מי סברת רבי יהושע אהאי פירקין קאי אמיגו קאי ואפירקין קמא קאי אהייא וכו' אלא אהא הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי ונסתחפה שדהו והוא אומר לא כי אלא עד שלא אירסתיד רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים נאמנת ורבי יהושע אומר לא מפיה אנו חייך דמגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני תחתיד דלא קא פסלה נפשה מכהונה וקאמרה נאנסתי דקא פסלה נפשה מכהונה משום הכי קאמר רבן גמליאל דמהימנא וקאמר רבי יהושע לרבן גמליאל בהאי מגו דהכא מודינא לך בההוא מגו דהתם פליגנא עילווד מכדי האי מגו והאי מגו מאי שנה האי מגו מהאי מגו הכא אין שור שחוט לפניך התם הרי שור שחוט לפניך, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: הכא גבי שדה אין שור שחוט לפניך שיעלה על לב בעליו לתבוע מי שחטו כלומר אם שתק זה לא היו לו עוררים הלכך אי לאו דדבר פשוט הוא שלקחה הימנו לא היה אומר לו של אביך היתה הלכך אמרינן מגו אבל גבי לא מצא לה בתולים שור שחוט לפניך בתולים שלא מצא לה הם הסיתוהו לבא לבית דין ואע"פ שיש לה להשיב טענה טובה מזו לא אמרינן מגו דדלמא לא אסקה אדעתא אי נמי איערומי קא מערמא עכ"ל, יעו"ש, ולמד רש"י דהפה שאסר עדיף דאין שור שחוט לפניך, ומיגו דאי בעי שתיק עדיף.

אבל התוס' פליגי בד"ה התם שור שחוט לפניך וז"ל: פירש בקונטרס שהוא טוען עד שלא אירסתיד נאנסת והכא אין שור שחוט לפניך דאין הלה תובעו ור"י מפרש דהכא נמי מיירי בהלה תובעו כדפירשתי והכי פירשו התם שור שחוט לפניך דהרי אין לה בתולים ואינה יכולה לומר בתולה אני כמו בשור שחוט שאין יכול לומר חי הוא ולהכי בין אומרת משארסתני נאנסתי בין אומרת מוכת עץ אני תחתיד לא מהימנא הכא אין שור שחוט לפניך ונאמן במגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם עכ"ל, יעו"ש, וכונתם דטענת מוכת עץ לא הויא טענה נצחת, דאילו טענה מוכת עץ לא היתה מהימנא יותר מאילו טענה משארסתני נאנסתי, ומכל מקום הוי מיגו דאילו טענה מוכת עץ אני לא היתה פוסלת עצמה מן הכהונה, והיינו טענה מעליתא, כמו שכתב רש"י לעיל (דף יב:): בד"ה אלא, יעו"ש, ואע"פ שאין זו טענה נצחת יותר נוח לה לטעון מוכת עץ מלטעון משארסתני נאנסתי, ויש בזה הוכחה שאינה משקרת, ולמדו התוס' דס"ל לרבי יהושע דאע"ג דברי ושמא עם מיגו דטענה מעליתא אינו מוציא מן המוחזק, עם מיגו דטענה נצחת מוציא, והיינו דינא דשור שחוט לפניך, ורש"י ס"ל דאין לחלק

בכך, דבין אם היתה יכולה לטעון טענה מעליתא בין אם היתה יכולה לטעון טענה נצחת איכא הוכחה שאינה משקרת, ולכן פירש רש"י דהחילוק דשור שחוט לפניך הוא בין מיגו דאי בעי טעין ומיגו דאי בעי שתיק.

ויש לעיין בהך מיגו דטענה מעליתא שיותר נוח לה לטעון, למא הוצרך הגמרא לומר דמוכת עץ אני הויה טענה מעליתא משום דלא פסלה נפשה מכהונה, ולמה לא קאמר בפשיטות דבושה היא לה לומר שנאנסה, ועוד דאילו משום דלא פסלה נפשה מכהונה הרי אין מיגו זה מועיל לה אם כבר היתה מאורסת לאיש אחר מקודם ונתגרשה ממנו מן האירוסין דנפסלה מן הכהונה וכתובתה מאתים, כדתנן לעיל (דף י:), יעו"ש, ובכהאי גוונא אין לה מיגו, דהא בכל מה שטוענת אינה יכולה להנצל מפסול כהונה, ואם כן למה לא קאמר דנאמנת מיגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני דהוי טענה מעליתא כיון דבושה לומר שנאנסה, ומיגו זה מהני בכל אופן, ואפילו אם כבר נפסלה מן הכהונה קודם שנתארסה לו, כמש"נ.

ולכאורה מבואר דאין טענת המיגו נחשבת טענה מעליתא אלא כשיש בזה שום נפקא מינה להלכה, דאם היתה יכולה לטעון טענה המועילה לה לגבי פסול כהונה אז אמרינן דהמיגו נותן לה אלימות בטענתה שמשנתארסה נאנסה, ואז יכולה להוציא מן המוחזק על ידי ברי ושמא שנתאלמה טענת ברי דידה על ידי המיגו, ועיימש"נ בש"ח פ"א, אבל אם אין שום נפקא להלכה בטענת המיגו אין זו אלא טענה יפה ולא טענה מעליתא, ואין בכח מיגו דהאי טענה לאלם ולחזק טענת ברי דידה, ורבי יהושע דפליג ס"ל דגם מיגו דטענה מעליתא אינו מועיל לאלם הטענת ברי, דמה שיש נפקא מינה להלכה לענין איסורי ביאה אינו מאלם טענתה לגבי דיני ממונות, ולפי זה נראה דלא בעינן שתהא טענת המיגו טענה מעליתא אלא כשבאה להוציא מן המוחזק על ידי טענת ברי, דאז בעינן שהמיגו יאלם ויחזק הטענת ברי דידה, ולא מהני לזה אם טענת המיגו הוי טענה יפה אלא בעינן שתהא טענה מעליתא, כמש"נ, אבל במיגו להחזיק לא בעינן אלא הראיה של מה לה לשקר, דאם באת לשקר היתה טוענת טענה אחרת, ולזה אין נפקא מינה אם טענת המיגו הויה טענה מעליתא או טענה יפה, דבין כך ובין כך איכא ראיה דמה לה לשקר.

פרק י

בו יובא הא דהאומר איני יודע אם פרעתיך צריך לשלם דמוקמינן ממונא אחזקת חיובא, ויבואר למה לא נאמר דין זה אלא כשאידך טוענו ברי אבל בדלא תבע אינו חייב לשלם, ויחולק בין מוציא מחבירו עליו הראיה וברי ושמא עם חזקת חיוב לענין חיוב בידי שמים.

[**בבא קמא קיח.**] מתניתין האומר לחבירו גזלתיך הלוייתי הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך חייב לשלם אבל אם אמר לו איני יודע אם גזלתיך אם הלוייתי אם הפקדת אצלי פטור מלשלם, ובגמרא איתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ורב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור וכו' תנן אבל אם אמר לו איני יודע אם הלוייתי פטור היכי דמי אילימא דלא קא תבע ליה רישא נמי דלא קא תבע ליה אמאי חייב אלא דקתבע ליה וקתני סיפא פטור מלשלם לא לעולם דלא קא תבע ליה ורישא בבא לצאת ידי שמים איתמר נמי אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב בבא לצאת ידי שמים, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: דקא תבע ליה ואמר ליה גזלתי דהוי טענת ברי עכ"ל, יעו"ש, וכונתו דבדאי תבע ליה כפי דבריו, והיינו דאומר לו אם כדברך שגזלתי, אע"פ שאני לא הרגשתי בכך, שלם לי מה שהפסדתני, אכן אין זה טענת ברי ואינו יכול לחייבו אם הגזלן מסופק אם כבר החזיר לו גזילתו, אכן אם הנגזל טוען ברי והרי הגזלן מודה שגזל ממנו ואלא שהוא מסופק אם החזיר לו צריך לשלם, ואע"פ שאין להנגזל ראיה שגזל ממנו, מכל מקום כיון שהלה מודה שגזל ממנו איכא עליו חזקת חיוב, ועכשיו הוא מסופק אם כבר פרע לו, אמרינן אוקי ממונא בחזקת חיוב וצריך לשלם, ויש לדקדק דלמה לא נאמר כן אף אם לא קא תבע ליה, דכיון דאיכא חזקת חיוב והוא אינו יודע אם פרע לו למה אינו חייב לשלם.

ונראה דדין חזקת חיוב הוא דהמלוה נחשב מוחזק על החוב, ואע"פ שהמעות ביד הלוה, הרי בודאי היה לו להמלוה ממונא גביה, ורק שנסתפק אם פרע לו ונסתלק הממוני גבך, בזה אמרינן שהמלוה מוחזק על הממוני גבך והלוה בא להוציא מן המוחזק, ואם טוען ברי שפרע הרי זהו דין מלוה על פה שאינו צריך לפורעו בעדים ונאמן, אבל אם הוא מסופק אמרינן אוקי ממונא בחזקתו, אכן אם לא תבע לו המלוה אין החזקת חיוב מועילה לו דהוי חזקה שאין עמה טענה, וכמו שמצינו בחזקת קרקעות דחזקה שאין עמה טענה לא הוי חזקה, כדתנן בבבא בתרא (דף מא.), יעו"ש, כמו כן נמי חזקת חיוב שאין עמה טענה אינה חזקה, ואף אם נאמר דבחזקת מטלטלין לא בעינן חזקה שיש עמה טענה, היינו משום שהמטלטלין הם ממש תחת ידו, ובזה יש לומר דנחשב מוחזק אפילו אם לא טען מידי, אבל בחזקת חיוב אין הממוני גבך תחת ידו בפועל, ויותר דומה לקרקעות שאינן נגזלין ונתפסין ביד, וכי היכי דבקרקות בעינן חזקה שיש עמה טענה הוא הדין בחזקת חיוב, וכמש"נ.

ומסיק דאע"ג דלא תבע לו עדיין חייב לצאת ידי שמים, והנה כידוע מקשים העולם
היאך אמרינן ספק ממונא לקולא ופטור מלשלם, והלא הוי נמי ספק איסורא דגזילה,
וספיקא דאיסורא לחומרא, ומתרצים דכיון דאיפסק הדין מצד הממון שאינו צריך
לשלם שוב לית בזה איסור כלל, ואפילו אם כלפי שמיא גליא שהיה מחויב לו, ואם כן
למה לא נאמר כן גם הכא, דכיון שנפסק הדין שהוא פטור ושהממון תחת ידו שלו בלי
שום צד גזילה, למה יחויב לשלם לצאת ידי שמים.

אכן נראה דדין חיוב לצאת ידי שמים אינו שייך לחלק יורה דעה אלא לחלק חושן
משפט, והוא דין ממוני שיש עליו חיוב תשלומין אבל אין הבעל דבר יכול להוציא
בדיינים, ונמצא לפי זה דבמקום ברי ושמא למאן דאמר לאו ברי עדיף לא איפסק
הלכתא שהוא פטור והממון שלו בודאי, אלא איפסק הלכתא שהוא פטור בדיני אדם
וחייב בדיני שמים.

ולמסקנת הגמרא למאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף היכא דאיכא חזקת חיוב אם
לא תבע ליה חייב בדיני שמים, ומביא ראיה מהא דלמאן דאמר לאו ברי עדיף חייב
בדיני שמים, ורש"י ביאר הדמיון וז"ל: דהיכא דבא לצאת ידי שמים אפילו מאן דפטר
ליה מדיני אדם מודה דחייב היכא דאיכא קצת טענת ברי הלכך רב הונא דאוקמה
רישא בדלא תבע הואיל ואיכא קצת ברי דהא גזלן ידע דגזליה מעיקרא חייב בבא
לצאת ידי שמים עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה נראה שיש לדלג מלת טענת, שהרי יש טענת
ברי גמורה ורק דס"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף, אלא כונתו שיש קצת ברי, כמו שכתב
בסוף דבריו בדלא תבע ליה, דהיינו קצת הוכחה מן הטענת ברי, ואע"ג דלא אליים
להוציא ממנו ממון בידי אדם, חייב לצאת ידי שמים, וכן נמי במתניתין בדלא תבע ליה
ואיכא חזקת חיוב, דאע"ג דלא אלימא חזקת חיוב להוציא ממנו בידי אדם היכא דלא
תבע ליה, כמש"נ, מכל מקום איכא קצת ברי, דהיינו קצת הוכחה, וחייב לצאת ידי
שמים.

פרק יא

בו יבוארו דברי הרמב"ם דפסק כרבי יוחנן דברי ושמא לאו ברי עדיף והשמיט הא דאמר רבי יוחנן דאע"ג דפטור מדיני אדם חייב לצאת ידי שמים, ויתבאר שיתכן שמקורו ממאי דמסקינן בגמרא דאף אם יש רוב כנגד טענת ברי מכל מקום אינה נחשבת כטענת שמא.

[**בבא קמא קיח.**] מתניתין האומר לחבירו גזלתיך הלוייתי הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך חייב לשלם אבל אם אמר לו איני יודע אם גזלתיך וכו' פטור מלשלם, ובגמרא איתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע וכו' רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף רב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מריה תנן אבל אם אמר לו איני יודע אם הלוייתי פטור היכי דמי אילימא דלא קא תבע ליה רישא נמי דלא קא תבע ליה אמאי חייב אלא דקתבע ליה וקתני סיפא פטור מלשלם לא לעולם דלא קא תבע ליה ורישא בבא לצאת ידי שמים איתמר נמי אמר רב חייא בר אבא אמר רבי יוחנן האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב בבא לצאת ידי שמים, יעו"ש.

והגמרא מדמה תובע שמא בחזקת חיוב לברי ושמא היכא דליכא חזקת חיוב, ואע"ג דרבי יוחנן ס"ל ברי ושמא לאו ברי עדיף מכל מקום חייב לצאת ידי שמים, אם כן הוא הדין היכא דלא תבע ליה ואיכא חזקת חיוב לצאת ידי שמים, ועיימש"נ בדברי רש"י בש"ח פ"י, ולפי המתבאר מסוגיין יש להקשות על דברי הרמב"ם שפסק פ"א טוען ונטען הל"ח כרבי יוחנן דברי ושמא לאו ברי עדיף, ובהל"ט פסק דבלא תבע וחזקת חיוב חייב לצאת ידי שמים, ומימרא שניה דרבי יוחנן דבברי ושמא חייב לצאת ידי שמים לא הביא הרמב"ם כלל, והקשה עליו המגיד משנה וז"ל: ואני תמה למה לא כתב רבינו למעלה בדין מנה יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע שאם בא לצאת ידי שמים חייב לשלם שהרי שם בפרק הגוזל אמר רבי יוחנן מנה לי בידך והלא אומר איני יודע חייב בבא לצאת ידי שמים וכן מבואר בהלכות שם וכן ראיתי לקצת המפרשים ולא ידעתי טעם נכון למה לא כתב כן רבינו עכ"ל, יעו"ש.

והנה מבואר בגמרא דלכולי עלמא ברי בעצם עדיף משמא, ובדין היה שהברי יוציא מן השמא, והיינו משום דטענה מוציאה היכא דאין מנגד לה, דאם הוא תובע ממון ואומר שהוא שלו, ואין מי שמכחישו, דין הוא שיזכה על ידי טענתו ותביעתו בלבד, ולא משום שיש לו ראיה והוכחה שהממון שלו, ועיימש"נ בש"ח פ"א, ונחלקו האמוראים אם יש בכח טענת ברי להוציא מן המוחזק, והשתא יש להסתפק בהא דטענת ברי בעצם הוי טענה נצחת לכולי עלמא אם צריכים לכך שתהא בטענת ברי גם קצת הוכחה, דאז נחשבת טענתו, ואז יכול לנצח על ידי טענתו בלבד ולא על ידי ההוכחה שבטענתו, או דלמא אין טענת ברי צריכה לשום הוכחה כלל, אלא על ידי הא גופא שטוען ותובע זוכה בהממון, והנה אם טענה מנצחת משום דהוי כתפוס על ידי טענתו, כמש"נ, לכאורה אין צורך לשום הוכחה, שהרי הוא תפוס על ידי טענתו גרידא, אכן אם הדין הוא דאזלינן

בתר טענה שאין לה מנגד איכא למימר דאין הטענה נחשבת לבית דין אלא אם כן יש בה שום הוכחה, ואז הוא מנצח על ידי טענתו ולא על ידי ההוכחה, כמש"נ, ולאידך גיסא איכא למימר דגם בלי שום הוכחה דין הוא שינתן הממון שתובע שאין מנגד לו. ונפקא מינה לענין לצאת ידי שמים, דאם טענת ברי מנצחת על ידי טענה גרידא בלי שום הוכחה, אם כן מדברי האמוראים שהסכימו דטענת ברי בעצם הויה טענה נצחת, כמש"נ, אין להוכיח שיש שום הוכחה על ידי טענת ברי, ואם כן אינו חייב לצאת ידי שמים, ורק היכא דאיכא ספק בהממון אמרינן דאע"ג דאינו חייב בדיני אדם הואיל והוא מוחזק בממונו מכל מקום בדיני שמים חייב לשלם לסלק מעליו כל צד ספק שיש תחת ידו ממון שאינו שלו, אבל כיון דטענת ברי אין בה שום הוכחה, אין לחייב לשלם לצאת ידי שמים, שהרי לא הוי ממון המוטל בספק, אולם אם טענת ברי צריכה גם קצת הוכחה, והרי הסכימו האמוראים דטענת ברי מנצחת על כל פנים היכא דלא הויה כנגד חזקת ממון, נמצא דאף למאן דאמר לאו ברי עדיף הוי ממון המוטל בספק מחמת ההוכחה שבטענת ברי, ואע"ג דאין לחייבו בדיני אדם חייב לצאת ידי שמים להוציא עצמו מכל צד ספק, כמש"נ.

ונמצא לפי זה דשתי מימרות דרבי יוחנן בסוגיין אינן תלויות זו בזו, דבמימרא אחת אמר דברי ושמא לאו ברי עדיף דלא אלימא טענת ברי להוציא מן המוחזק, ואע"ג דבמקום דליכא חזקת ממון יכול לחייב הנתבע על ידי טענת ברי בלבד, ושוב קאמר דאע"ג דברי ושמא לאו ברי עדיף חייב לצאת ידי שמים, והיינו משום דס"ל נמי דטענת ברי צריכה גם הוכחה קצת, כמש"נ, ואם כן הא דמהני טענת ברי במקום דליכא חזקת ממון היינו משום שיש בטענת ברי גם קצת הוכחה, וכיון שכן הרי הממון מוטל בספק, וחייב הנתבע לצאת ידי שמים ולהסיר מעליו כל צד ספק שיש לו ממון שאינו שלו. והרמב"ם פסק כמימרא קמא דרבי יוחנן דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, ואין טענת ברי מוציאה מן חזקת ממון, אבל לית ליה מימרא שניה דרבי יוחנן דטענת ברי אית בה קצת הוכחה ומשום הכי חייב לצאת ידי שמים, אלא ס"ל דהא דטענת ברי מועילה במקום דליכא חזקת ממון הוא על ידי הטענה בלבד בלי שום הוכחה, כמש"נ, ואם כן אין להוכיח שיש בטענת ברי שום הוכחה כלל, ולא הוי ממון המוטל בספק ואינו חייב לצאת ידי שמים.

ואולי מצינו מקור לדברי הרמב"ם מכתובות (דף טז.) דסלקא דעתיה דהגמרא דאם איכא רוב כנגד טענת ברי נחשבת כטענת שמא, ומסיק דמכל מקום הוי טענת ברי יעו"ש, ועיימש"נ בש"ח פ"ח דהשקלא וטריא הוא אם טענת ברי יש בה גם איזה הוכחה, ולכן אם יש רוב כנגדה בטלה ההוכחה והויה כטענת שמא, או אם טענת ברי מועילה מדין טענה בלי הוכחה ואז אפילו אם יש רוב כנגדה נחשבת כטענת ברי, וכן היא מסקנת הגמרא, וכיון שאין בטענת ברי הוכחה אינו חייב לצאת ידי שמים.

פרק יב

בו יובא קושית הנמוקי יוסף בשתי פרות אחת שאולה ואחת שכורה ומתה אחת מהן מפקיד אומר שאולה מתה ונפקד אומר איני יודע דפטור, למה לא הוי כאיני יודע אם פרעתיך להרמב"ם שפסק דנתחייבו נכסיו משעת משיכה לאונסיה, ויתורץ בדרך אחרת.

[בבא מציעא צז.] מתניתין השואל את הפרה שאלה חצי יום ושכרה חצי יום שאלה היום ושכרה למחר שאל אחת ושכר אחת ומתה המשאיל אומר שאולה מתה וכו' והלה אומר איני יודע חייב וכו', ובגמרא שמעת מינה מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב וכו' כדאמר רב נחמן בשיש עסק שבועה ביניהם וכו', יעו"ש.

וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: ואם תאמר היכי מקשה לומר מתניתין הוי כאיני יודע אם הלוייתי והא קיימא לן כרב נחמן דאמר פטור ואם כן תיקשי ליה מתניתין דחייב דהא מתניתין דמיא לאומר איני יודע אם החזרתיו לך דקיימא לן דחייב לכולי עלמא בפרק הגוזל (ב"ק קיח.) דהא הכא נמי מודה ששאלה חצי היום וכן ששאלה היום אלא שאינו יודע אם מתה לאחר עבור זמן שאלה ופטור או שמא כשמתה עדיין לא עבר זמן השאלה וחייב אם כן הוא מודה שנעשה שואל עליה וכשאומר איני יודע אם עבר זמן השאלה כשמתה הוי כאומר איני יודע אם החזרתיה אם לאו ויש לומר דמסיפא דמתניתין קא מקשה דשכר אחת ושאל אחת ומתה אחת מהן ואינו יודע איזו היא נמצא שאינו יודע אם נעשה שואל עליה אם לאו דהיינו הלה אומר איני יודע אי נמי מצינן למימר דמרישא קא מקשה דשאלה חצי היום ושכרה חצי היום סתמא קתני ולא מוכרחת מילתא למימר שיהיה חצי ראשון מן היום בשאלה וכו' אם כן כשאומר איני יודע אינו מודה בשאלה כלל שפיר פריך ואמאי תנן חייב והאי גונא דוקא איצטריך לפום הרמב"ם ז"ל דפסק וכו' שנכסיו נתחייבו משעת משיכה לאונסיה אבל לפירוש הרמב"ם ז"ל דפסק וכו' שלא נתחייבו הנכסים עד שעת אונסין וכו' מצינן למימר דמקשה תלמודא אפילו אם חצי יום ראשון בשאלה וכו' דכיון דאין חיוב אונסין משעת משיכה אלא משעה שנאנסו והוא אינו יודע מתי נאנסו הרי הוא כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך ואם כן שפיר פריך אמאי חייב וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה שני התירוצים שכתב הנמוקי יוסף הם אוקימתות, בתירוץ הראשון צריך לאוקמי שהפרה מתה קודם שהתחיל לעבוד בהן, ובשלמא איני יודע אם שכורה מתה אם שאולה הוי איני יודע אם נתחייבתי, שאם שכורה מתה מעולם לא נתחייב באונסים עליה, ואתי שפיר גם לשיטת הרמב"ם, אבל בשכרה חצי היום ושאלה חצי היום צריך לאוקמי שאינו יודע באיזה חצי יום מתה, ונמצא שאינו יודע אם נתחייב, ובתירוץ השני צריך לאוקמי שחצי היום הראשון היתה שכורה וחצי השני שאולה, ואם מתה כשעדיין היתה שכורה הרי מעולם לא נעשה עליה שואל, ונמצא שאינו יודע אם נתחייב, וכתב הנמוקי יוסף דלא איצטריך לתירוצים אלו אלא לפי שיטת הרמב"ם פ"א שאלה ופקדון הל"ה שפסק דנכסי השואל נשתעבדו למשאיל משעת משיכה, יעו"ש, אבל לשיטת

הרמב"ן דלא נתחייב ולא נשתעבדו נכסיו עד שעת אונסים לא קשה כלל קושיתו, שהרי אם אומר איני יודע איזו מתה הרי זה כאומר איני יודע אם נתחייבתי, אכן הרמב"ם פ"ג שאלה ופקדון הל"ג הביא המשנה כצורתה בלי שום אוקימתות, יעו"ש, ואם כן לא תתיישב לדידיה קושית הנמוקי יוסף דלמה פסק דמפקיד אומר שאולה מתה ושומר אומר איני יודע פטור, ולמה לא הוי כאינו יודע אם פרעתיך דחייב.

ואולי יש לחלק דבאומר איני יודע אם פרעתיך הרי איכא חזקת חיוב שבודאי היה עליו חיוב לשלם חובו ומסופקים אם נסתלק החיוב על ידי פרעון, בזה אמרינן דמוקמינן ליה אחזקת חיוב שהיה עליו מקודם, וכן בהפקדת אצלי או גזלתיך ואיני יודע אם החזרתי הרי בודאי היה עליו חיוב השבה ומסופקים אם נסתלק החיוב על ידי החזרה, ומוקמינן ליה אחזקת חיוב, אכן היכא דאומר שאולה מתה והוא אומר שכורה מתה הרי ממה נפשך נסתלק החיוב השבה, או משום שהשכורה מתה והוא החזיר לו הפרה החיה שהיא השאולה, או משום שהשאולה מתה, ושוב אי אפשר לקיים בה השבה, ואע"פ שלדעת הרמב"ם נשתעבדו נכסיו משעת משיכה, כנ"ל, אין החיוב חל באותה שעה אלא יכול לשעבד נכסיו לחיוב שעדיין לא חל, כדאיתא בבבא מציעא (דף יג.), יעו"ש, והרי השוכר טוען שבודאי נסתלק החיוב השבה ואלא דהוא מסופק אם חל עליו חיוב תשלומין או לא, והיינו איני יודע אם נתחייבתי ולא איני יודע אם פרעתיך, ולפי זה צריך לומר דהא דתנן שם בבבא קמא דאיני יודע אם החזרתי היינו שמסופק אם החזיר הגזילה והפקדון או אם עדיין קיימים הם ברשותו ועליו להחזירם, דאז איכא ספק אם נסתלק החיוב השבה שהיה עליו מקודם, אבל אם אינם עוד בעין הרי ודאי ליכא חיוב השבה והספק הוא אם חל עליו חיוב חדש של תשלומין במקום החיוב השבה.

פרק יג

בו יובאו שיטות הראשונים דמחלוקת רבי אליעזר בן יעקב ורבנן אם מודה במקצת לבן שבא בטענת אמר לי אבא הוי כמשיב אבדה ואינו נשבע תלוי בדין ברי על ידי אחר אם הוי כטענת ברי, ויוכיח דלדעת רש"י כולי עלמא סבירא להו דברי על ידי אחר הוי טענת ברי.

[שבועות מב.] אבל נשבעין לקטן ולהקדש והא אמרת רישא אין נשבעין על טענת שוטה וקטן אמר רב בבא בטענת אביו ורבי אליעזר בן יעקב היא דתניא רבי אליעזר בן יעקב אומר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כיצד אמר לו מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס הרי זה נשבע וזהו שנשבע על טענת עצמו וחכמים אומרים אינו אלא כמשיב אבידה ופטור ורבי אליעזר בן יעקב לית ליה משיב אבידה פטור וכו' אלא בדרכה קמיפלגי דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע וכו' והאי דלא כפריה משום דאינו מעיז פניו בפני בעל חובו וכו' רבי אליעזר בן יעקב סבר לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז והלכך לאו משיב אבידה הוא ורבנן סברי בפניו הוא דאינו מעיז אבל בפני בנו מעיז ומדלא מעיז משיב אבידה הוא וכו', יעו"ש.

וכתב הר"ף ז"ל: והלכה כרבי אליעזר בן יעקב כדאמרין משנת רבי אליעזר בן יעקב קב ונקי ועוד דסוגיין כוותיה דאמרין בפירקא דלקמן (דף מז.) תני רבי אמאי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים היכי דמי אילימא דאמר לו מנה לאבא ביד אבוך ואמר ליה חמשין אית ליה וחמשין לית ליה מה לי הוא מה לי אבוא כלומר מאי שנא הוא ומאי שנא אבוא כשם שאם אמר מנה לאבא בידך ואמר ליה חמשין אית ליה וחמשין לית ליה חייב שבועה כך אם אמר ליה מנה לאבא ביד אבוך ואמר ליה חמשין אית ליה וחמשין לית ליה חייב והאי סברא לא מסתגי אלא אליבא דרבי אליעזר בן יעקב דאמר לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז וכדאוקימנא אליבא דרב בדאמר ברי לי הלכך לאו משיב אבדה הוא ושמעין מהא דהלכתא כרבי אליעזר בן יעקב דהא סוגיין כוותיה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דאם תבע בטענת ברי מנה לאבא בידך והלה מודה במקצת מחייבין אותו שבועה דאורייתא, ואינו נחשב כמשיב אבידה. והר"ן הביא קושית הראב"ד על דברי הר"ף ז"ל: אבל הראב"ד ז"ל דחה ראייה זו

שהביא הר"ף ז"ל מההוא דפרק כל הנשבעין ואמר דההיא בטענת ברי גמור כגון שאמר אני הייתי עמך בשעת מיתת אבי ושמעתי שהודית לו מנה והלה אומר לא הודיתי אלא חמשין דבכהאי גונא אפילו לרבנן נשבע ואף על גב דאוקי פלוגתא דרבנן ורבי אליעזר בן יעקב בברי ואפילו הכי פליגי רבנן בשמעתין לאו בברי גמור עסקינן אלא באומר כך פקדני אבא וכהאי גונא ברי קרי ליה רבי אליעזר עכ"ל, יעו"ש.

והר"ף לא נחית לענין דינא דברי על ידי אחר, ולא הזכירו כלל, ושפיר איכא למימר דלכולי עלמא ברי על ידי אחר הוי ברי, אלא מחלוקת רבי אליעזר ורבנן מבואר בגמרא שהיא אם אדם מעיז בפניו בן בעל חובו, דרבנן ס"ל דמעיז, ומשום הכי אם תבע לו בנו והודה במקצת פטור מן השבועה, שהרי יש לו מיגו דאי בעי כפר, ורבי אליעזר בן

יעקב ס"ל דאין אדם מעיז בבנו, ואין לו מיגו דאי בעי כפר, ואינו כמשיב אבדה ונשבע, והרי"ף הביא ראיה מסוגיא דלקמן כרבי אליעזר בן יעקב דבא בטענת אביו אינו כמשיב אבדה ונשבע, ושפיר איכא למימר דלכולי עלמא ברי על ידי אחר הוי ברי. והראב"ד דחה ראיתו מפני שלמד דרבי אליעזר בן יעקב ורבנן פליגי בדין ברי על ידי אחר, דרבנן ס"ל דלא הוי ברי ורבי אליעזר בן יעקב ס"ל דהוי ברי, ואע"ג דבגמרא קאמר דנחלקו אם הלוח מעיז לכפור בבנו של בעל חובו, כנ"ל, הראב"ד למד דיסוד המחלוקת הוא אם ברי על ידי אחר הוי ברי או לא, דרבנן ס"ל דלא הוי ברי, והבא בטענת אביו הוא ברי על ידי אחר, ומשום הכי מעיז בפניו, ויש לו מיגו, והוי כמשיב אבדה ופטור מן השבועה, ורבי אליעזר בן יעקב ס"ל דברי על ידי אחר הוי ברי, ואין אדם מעיז בפני בעל חוב שטוען ברי, ואם כן אין לו מיגו, ואינו כמשיב אבדה ונשבע, ואם כן אין להוכיח מסוגיא דלקמן דהלכה כרבי אליעזר בן יעקב, דאיכא למימר דמיירי שהבן טוען טענת ברי גמורה, וכנגד ברי גמור כולי עלמא מודו דאינו מעיז, ומשום הכי נשבע.

ולפי דברי הראב"ד הא דאין אדם מעיז בפני בעל חובו הוא מפני שתובע ממנו בטענת ברי, ובכהאי גוונא לא שנא בו ולא שנא בבנו אם תובע ממנו בטענת ברי גמורה אינו מעיז פנים בפניו, ומחלוקת רבי אליעזר בן יעקב ורבנן היא בתובע בטענת אמר לי אבא אם גם זה נחשב תובע בטענת ברי, כמשי"נ.

אולם עיין ברש"י בבבא קמא (דף קז.) בד"ה כדרבה דאמר רבה וז"ל: אין אדם מעיז פניו בפני זה שעושה לו טובה הלכך היכא דכפר הכל פטור משבועה דאי לאו קושטא בהדיה לא הוה מצי למכפר ביה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי דבריו מחלוקת רבי אליעזר בן יעקב ורבנן היא אם אדם מעיז בבנו שהוא עצמו לא עשה לו טובה אבל אביו עשה לו טובה, רבנן סברי דמעיז בבן המלוה, ורבי אליעזר בן יעקב סבר דגם בבן המלוה שעשה לו טובה אינו מעיז, ולפי זה לכאורה כולי עלמא ס"ל דברי על ידי אחר הוי טענת ברי לענין הא דאין נשבעין שבועת מודה במקצת אלא על ידי טענת ברי, ומכל מקום נחלקו אם מעיז בבנו ויש לו מיגו או אינו מעיז בבנו ואין לו מיגו, ואם כן אין לדחות ראית הרי"ף מסוגיא דלקמן, דאפילו אם מיירי בטוען טענת ברי גמורה עדיין תלוי בפלוגתא דרבי אליעזר בן יעקב ורבנן.

שוב כתב הר"ן דהרמב"ן דחה דברי הראב"ד וז"ל: והרמב"ן ז"ל דחה זה ואומר דודאי טוען מפי אחר לא ברי מקרי מדתנן בפרק יש נוחלין (דף קלה.) זה אחי אינו נאמן ויטול עמו בחלקו, ואוקימנא דקא אמרי שאר אחין אין אנו יודעין, ואסיקנא דכמנה לאחר בידך דמי, כלומר שזה אינו יודע שהוא אחיהם אלא מפי אחיו, ואין טענתו טענת ברי אלמא הטוען מפי אחרים טענת שמא היא עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה דחיתו היא משום דלא קאמר בגמרא שם דדין זה דמנה לאחר בידך תלוי בפלוגתא דרבי אליעזר בן יעקב ורבנן, ומשום הכי נראה לו שהדבר מוסכם דבכהאי גוונא אינו נחשב טענת ברי.

ואכן הר"ן יישב דברי הראב"ד וז"ל: ולי אין זו תשובה על הראב"ד לפי שכדברי

חכמים הוא פוסק ולרבנן הכי הוי קושטא דמילתא דבא בטענת אחרים אין טענתו טענת ברי ומשום הכי אמרו דבבנו מעיז ומעיז, וכן דעת ר"ח ז"ל והגאונים ז"ל לפסוק הלכה כדברי חכמים, ודחו ראית הר"ף ז"ל בטענה אחרת וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולמד הר"ן דסוגיא דבבא בתרא אתיא אליבא דרבנן דס"ל דברי על ידי אחר לא הוי ברי, אולם לפימשי"נ דרש"י ס"ל דכולי עלמא ס"ל דברי על ידי אחר הוי ברי הדרא קושית הרמב"ן למקומה, ואי אפשר ליישב דהסוגיא דבבא בתרא אזלא כרבנן, כמו שכתב הר"ן, דהא גם רבנן ס"ל דברי על ידי אחר הוי ברי, ושם בבבא בתרא מבואר דלא הוי ברי.

ויש ליישב דבריהם דס"ל כשיטת רב האי גאון, מובא בטור סוף סי' ע"ה וז"ל: ואם אומר אבי אמר לי שאתה חייב לו מנה כתב הרמב"ם שהוא נקרא ספק וכו' והראב"ד השיג עליו וכתב שהוא טענת ברי, וכן כתב רב האי גאון האומר הוגד לי שיש לי אצלך מנה אין מחייבין אותו לישבע אבל אם טוען אבא אמר לי שאתה חייב לו וכו' משביעין אותו שבועת היסת וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולפי זה לא אמרינן דברי על ידי אחר הוי ברי אלא כששמע ממי שהוא נאמן אצלו כאביו, אבל אם הוגד לו מאדם אחר לא נחשב בזה טענת ברי, וגם הראב"ד הסכים לכך, כמו שכתב הטור, וממילא נתיישבה קושית הרמב"ן על הראב"ד מגמרא בבא בתרא, וכן לא קשה על דברי רש"י, דבשבועות מיירי באומר אמר לי אבא, דלהראב"ד נחלקו בזה רבי אליעזר בן יעקב ורבנן אם נחשבת טענת ברי, ולרש"י כולי עלמא ס"ל דנחשבת טענת ברי, כמש"נ, ושם בבבא בתרא מיירי בצריך הכירא שאמר לו אחר אתה אחי, וזה לא הוי טענת ברי לכולי עלמא.

פרק יד

בו יוכיח מדברי התוס' דסבירא להו דשבועת עד אחד באה על ידי טענה וכפירה, ודלא כשיטת הרא"ש דשבועת עד אחד אינה צריכה טענת ברי, ומזה מובן דהתוס' סבירא להו דברי על ידי אחר אינו ברי, ויבואר למה יכול לחייבו שבועת עד אחד אפילו בתובעו שמא.

[בבא מציעא ג.] כתבו התוס' בד"ה מפני מה אמרה תורה וז"ל: ואם תאמר כופר הכל מנלן דפטור וכו' ואין לומר דילפינן מדאיצטריך למכתב שעד אחד מחייבו שבועה ואי כופר הכל חייב מאי נפקא מינה מעד אחד הא בלאו הכי חייב דהא איצטריך במקום שהוא אינו תובע כלום ואינו יודע והעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוח לו ויש לומר דמכי הוא זה משמע דגזירת הכתוב הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

הטור בסוף סי' ע"ה הביא דעות הפוסקים דברי על ידי אחר נחשב כטענת ברי לחייב שבועה, יעו"ש, ובבית יוסף דייק מלשונות הגמרא דגם שבועת עד אחד באה על ידי טענה וכפירה, ובעצם צריך שיתבענו בטענת ברי, ומכל מקום אפשר שברי על ידי אחר נחשב ברי לחייב שבועה, יעו"ש, והטור בשם הרא"ש כתב דאם תובע על פי עד אחד והביאו לבית דין הרי בית דין משביעים אותו שבועה דאורייתא, וכונתו מבואר בסי' צ"ו דס"ל דשבועת עד אחד אינה צריכה טענה, אלא משביעים אפילו בטענת קטן, דהעדאת העד מחייבת השבועה ולא התביעה, יעו"ש.

ומדברי התוס' מבואר דלא ס"ל כשיטת הטור דשבועת עד אחד אינה צריכה טענה, דאם כן מתחלה היאך אסיק אדעתיהו למיפטר כופר הכל משבועה מפני שאם היה צריך לישבע למה הוצרכה התורה לחייב שבועה על ידי עד אחד, והלא אין כאן דמיון כלל מזה לזה, דשבועת עד אחד באה על ידי העדאת העד בלי תביעה, כנ"ל, ואילו אם כופר הכל היה נשבע היתה שבועתו באה על ידי טענה וכפירה, ואם כן שפיר איצטריך קרא לחייבו בהעדאת עד אחד שהוא ענין אחר של שבועה לגמרי, ואין לומר דהיינו גופא מה שכתבו דאיצטריך קרא לחייב שבועת עד אחד במקום שהתובע טוען שמא, שהרי מבואר מדבריהם דאיצטריך רק לעובדא דאינו טוען ברי, ולפי דעת הרא"ש אין שבועת עד אחד שייכת כלל לדין טענה וכפירה.

אלא מבואר דהתוס' ס"ל שיש דין טענה וכפירה גם בשבועת עד אחד, וסלקא דעתיהו דמהא דהתורה הוצרכה לחייב שבועה על ידי עד אחד איכא למילף דטענה וכפירה דכופר הכל אינן מחייבין שבועה דאורייתא, ועל זה כתבו דאיצטריך קרא משום דשייך עובדא שאינו טוען ברי מעצמו אלא על ידי העד, ואי משום שהוא כופר הכל לא היה נשבע מכח הברי על ידי העד, דלגבי זה היינו אומרים דברי על ידי אחר אינו נחשב ברי, ואינו חייב שבועה, אבל היכא שהעד מעיד כמותו חייב שבועה. אולם צריך עיון שהרי מבואר מדברי התוס' דגם שבועת עד אחד באה על ידי טענה, וצריך שיתבענו בטענת ברי כדי לחייבו שבועת עד אחד, כמש"נ, ואם נאמר דברי על ידי אחר אינו נחשב ברי, היאך יכול לחייבו שבועה על ידי עד אחד כשטוען שמא.

ויש ליישב דברי התוס' עפ"י מש"נ בדברי הרמב"ם בש"ח פ"ט דהיכא דטוען ברי על ידי אחר נחשב ברי כשדררא דמודה במקצת מסייעא ליה, וכן כשדררא דעד אחד מסייעא ליה, ועיין בש"ך סי' ע"ה ס"ק פ"ב דיותר יש לומר דברי על ידי אחר נחשב ברי כשרגלים לדבר, יעו"ש, ולפי זה לולי דינא דשבועת עד אחד, אם היה תובע על ידי העד לא היה משביעו שבועה, דהרי ברי על ידי אחר אינו נחשב ברי, אבל כיון שהתורה חייבה שבועה על ידי העדאית עד אחד הרי איכא דררא על ידי העדאיתו, וכיון שכן טענת ברי על ידי העד שפיר נחשבת ברי כיון דדררא דעד אחד מסייעא ליה.

פרק טו

בו יובאו דברי התוס' שהוכיחו דהלכתא דברי על ידי אחר לא הוי ברי מהא דאמר אביי דלא שייך דינא דברי ושמא ברי עדיף באומר מנה לאחר בידך, ויבואר הוכחת רבא מזה אחי אינו נאמן דברי ושמא לאו ברי עדיף, אע"ג דמוסכס הוא דברי על ידי אחר אינו ברי.

[**בבא בתרא קלה.**] זה אחי אינו נאמן ואידך מאי קאמרי אי קאמרי אחונא הוא אמאי יטול עמו בחלקו ותו לא אלא דקא אמרי לאו אחינו הוא אימא סיפא נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו הא אמרי ליה לאו אחונא הוא לא צריכא דקא אמרי אין אנו יודעין אמר רבא זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור אביי אמר לעולם אימא לך חייב ושאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי, יעו"ש.

והנה עיין בתוס' בכתובות (דף עו.) בד"ה רישא מנה לאבא בידך וז"ל: לכאורה היה נראה לרבינו יצחק לפרש דטעמא משום דברי שלה לא מהני לאב דהוי כמנה לאחר בידך דאמרינן ביש נוחלין (ב"ב קלה.) דאינו נאמן גבי האומר זה אחי אינו נאמן דבעי לאוכוחי מהתם דברי ושמא לאו ברי עדיף ומשני שאני התם דכמנה לאחר בידך הוי ואף על גב דהכא איכא נמי חזקת הגוף מ"מ לא מהני ליה דלא אמר רבן גמליאל דנאמנת אלא בברי ושמא כדאמרינן לעיל בריש פ"ב (דף טז.) וברי שלה לא מהני ליה כדפרישית וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריהם היאך הוכיחו דברי על ידי אחר אינו ברי מדברי אביי דאמר שאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי, והלא רבא פליג עליה והביא ראיה מדין האומר זה אחי אינו נאמן דברי ושמא לאו ברי. עדיף, ולכאורה מבואר דרבא ס"ל דברי על ידי אחר הוי ברי, ואדרבה משם מבואר דברי על ידי אחר הוי ברי, דהא הלכה כרבא חוץ מיע"ל קג"ס.

ולכאורה צריך לומר דהתוס' דייקו לשונו של אביי דאמר שאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי, דמשמע דמדמה דין זה לשיטה מוסכמת, דאי לאו הכי היה לו לומר לעולם אימא לך ברי עדיף וחייב אבל מנה לאחר בידך אינו ברי, ואם כן צריך עיון דאם שיטה מוסכמת היא דמנה לאחר בידך אינו ברי, מאי טעמא דרבא שהביא ראיה מדין זה אחי אינו נאמן, והלא ברי על ידי אחר אינו ברי.

והנה עיין בבבא קמא (דף ח:) אמר אביי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ואתא בעל חוב דראובן וטרף משמעון דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדיה ולא מצי אמר ליה לאו בעל דברים ידידי את דאמר ליה אי מפקת מיניה עלי הדר ואיכא דאמרי אפילו שלא באחריות נמי דאמר ליה לא ניחא לי דתהוי לשמעון תרעומת עלי, יעו"ש, ומבואר דאפילו אם מכר לו שלא באחריות יכול המוכר לבא לבית דין ולטעון כנגד הבעל חוב כדי שלא יהא ללוקח תרעומת עליו, ואע"פ שלא יבא לו שום הפסד ממון אם הבעל חוב יגבה השדה מן הלוקח, ואם כן הנכון שאם המוכר יטעון ברי והבעל חוב יטעון שמא יהא זה תלוי בדין ברי ושמא מי עדיף.

ונראה דרבא ס"ל דכשבאים האחים לחלוק התפוסת הבית של הירושה הרי כל אחד מהם בעל דבר לגבי אופן החלוקה, ואפילו אם לא יבא לו שום הפסד ממון על ידי הענין הנידון לפני בית דין, שהרי הנידון הוא על תפוסת הבית שכל אחד מן האחים הוא בעלים על כולה ביחד עם אחיו עד שתיחלק, ולכן אם אחד מן האחים אומר על מי שצריך הכירא שזה אחיו הרי טענתו נחשבת טענת בעל דבר, כמו טענת מוכר שלא באחריות, שהרי הוא בעל דבר לומר מה יעשה עם התפוסת הבית, ואע"פ שלפי טענתו לא ירבה חלקו אלא ימעט, וכיון שהוא טוען ברי כנגד אחיו והם טוענים שמא הרי שייד בזה דינא דברי ושמא מי עדיף, ואם אינו נאמן יש להוכיח דלאו ברי עדיף, אבל אביי, שהוא בעל המימרא דמוכר שלא באחריות, ס"ל דלא דמי, דבמוכר שלא באחריות הרי הוא למנוע ממנו הפסד, ואע"ג דאינו הפסד ממון אלא תערומת בעלמא, ולכן הוא נחשב בעל דבר, אבל באומר זה אחי אינו בא להמנע מהפסד כלל, ועל ידי מה שיש לו בעלות על כל תפוסת הבית לפני החלוקה לא נעשה בזה בעל דבר, ואינו אלא ככל אומר מנה לאחר בידך, וברי על ידי אחר אינו ברי.

פרק טז

בו ידון בדברי הרמב"ם אם ס"ל כשיטת הראשונים דברי על ידי אחר הוי ברי, ויבואר דדבריו מתיישבים גם אם הוי ברי, ומחלק בין שבועת היסט לשבועת מודה במקצת, ומיושבים דברי הבית יוסף דלשיטת הרמב"ם מחייב שבועת עד אחד בטענת שמא.

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ז] כתב הרמב"ם וז"ל: אין משביעין שבועת היסט אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור כיצד וכו' אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לי אצלך מנה וכו' והנתבע אומר אין לך בידי כלום הרי זה פטור אף משבועת היסט וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש, והנה נחלקו הראשונים אם ברי על ידי אחר נחשב טענת ברי, והנה דין שבועת היסט מבואר בשבועות (דף מ:): מנה לי בידך אין לך ביד פטור אמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת היסט מאי טעמא חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו וכו', יעו"ש, והסכימו הפוסקים דאין נשבעים היסט אלא על טענת ברי, ונחלקו הפוסקים אם ברי על ידי אחר נחשב ברי, ועיימש"י בש"ח פיי"ג, ולכאורה מבואר מדברי הרמב"ם דאינו נחשב ברי, ולכן אם טוען אמר לי אבא אינו מחייב הנתבע לישבע היסט.

והשיגו הראב"ד וז"ל: אין משביעין וכו' עד וכן כל כיוצא בזה. א"א בזה איני מודה לו כי היא טענת ברי ועל זו אמר רבי אליעזר בן יעקב פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו שהעמידו אותה בבא בטענת עצמו והוא שאמר כך צוה לי אבא שאם אמר ברי לי שאני יודע על זה אמרו מה לי הוא מה לי אביו ואפילו לרבנן עכ"ל, יעו"ש, וקאי על הא דאמרינן לקמן שם (דף מב:): דרבי אליעזר בן יעקב ורבנן נחלקו בתבעו מנה בטענת אמר לי אבא והלה הודה במקצת דרבי אליעזר בן יעקב ס"ל דנשבע שבועת מודה במקצת, ורבנן ס"ל דפטור מפני שהוא כמשיב אבידה, ואכן רבי אליעזר בן יעקב ס"ל דאינו כמשיב אבידה מפני שאינו מעיז בפני בעל חובו, אבל רבנן ס"ל אינו מעיז בו אבל מעיז בבנו, והרי הוא כמשיב אבידה.

ודברי הראב"ד אזלי לפי מאי שכתב בהגהות להרי"ף בשבועות (דף מב.) דיסוד מחלוקת רבי אליעזר בן יעקב ורבנן הוא בטענת ברי על ידי אחר, דרבי אליעזר בן יעקב ס"ל דברי על ידי אחר הוי טענת ברי, ומשום הכי אמרינן דהלוא אינו מעיז בן בעל חובו, ואם טוען כך אמר לי אבא יכול לחייב הלוא לישבע, ורבנן ס"ל דברי על ידי אחר לא הוי ברי, וכיון שכן מעיז פניו בפני בן בעל חובו, ואם הודה במקצת הריהו כמשיב אבדה ופטור מן השבועה, ועיימש"י בש"ח פיי"ט, וס"ל להראב"ד דהלכה כרבי אליעזר בן יעקב דברי על ידי אחר באומר אמר לי אבא הוי ברי, כמו שפסק הרי"ף שם בשבועות, ודין הוא שיחייב שבועת היסט בטענה כזו, וחולק על הרמב"ם שפסק כרבנן דברי על ידי אחר לא הוי ברי, ועיין בלחם משנה שהקשה על הר"ן שכתב דהראב"ד ס"ל דהלכה כרבנן, יעו"ש.

והנה עיין מה שכתב הרמב"ם לקמן פ"ד טוען ונטען הל"ה וז"ל: שטר שכתוב בו סלעים ולא הזכיר מנין מלוה אומר חמש סלעים שיש לי בידך הם הכתובים בו והלוה אומר אין לך בידי אלא שלש והם הכתובים בשטר וכו' הרי זה פטור מפני שהוא כמשיב אבידה ותקנת חכמים היא שכל ששיב אבידה לא ישבע כמו שבארנו במקומו וכן האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לי בידך מנה והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים הרי זה משיב אבידה ופטור אף משבועת היסת וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה מבואר מדבריו דפסק כרבנן וס"ל דברי על ידי אחר לא הוי ברי, ומשום הכי הרי הוא כמשיב אבידה ופטור מן השבועה, ומשום הכי השיגו הראב"ד וז"ל: וכן האומר לחבירו וכו' עד משבועת היסת. א"א אני אומר שזה מחלוקת רבי אליעזר בן יעקב וחכמים ופסק הרב שהלכה כמותו עכ"ל, יעו"ש, והיינו דמבואר מדברי הרמב"ם שפסק כרבנן, כמש"נ, ואע"ג דהרי"ף פסק כרבי אליעזר בן יעקב, ובדרך כלל הרמב"ם נוטה לפסקי הרי"ף. ועיין במגיד משנה שכתב וז"ל: ודע שלפי דעת רוב הפוסקים דברי רבינו ז"ל אמת בזה, ואפילו לדעת הפוסקים כרבי אליעזר בן יעקב לא אמרה רבי אליעזר בן יעקב אלא בטוען הבן ברי שהוא ראה כשהודה זה לאביו, ואף בזה נחלקו חכמים שאינו ברי וכו' ודע שמה שכתב בהשגות בזה אינו עיקר אפילו לדעת ההלכות, וכתב רבינו בכאן פטור משבועת היסת לפי שאין היסת על טענת שמא כנזכר פרק ראשון, אבל יורש שטען ואמר וכו' זה הוא כרבי אליעזר בן יעקב לפי מה שפירשנו, והוא כדעת ההלכות, ואם תמצא לומר שרבי אליעזר בן יעקב מחייב אפילו בשאין הבן טוען טענת ברי סבור רבינו שהלכה כחכמים וכן פסקו הגאונים ז"ל עכ"ל, יעו"ש.

והמגיד משנה התאים דברי הרמב"ם עם דברי הרי"ף דבאמת פסק כרבי אליעזר בן יעקב, דבא בטענת אביו מחייב שבועה ואינו כמשיב אבדה, ואכן כל זה הוא כשבא בטענת ברי גמורה, וכמו שכתב הרמב"ם בסוף ההלכה וז"ל: אבל יורש שטען ואמר אני יודע בודאי שיש לאבי בידך או ביד אביך מנה והוא אומר אין לו בידי אלא חמשים או אין לך ביד אבי אלא חמשים הרי זה מודה מקצת וישבע עכ"ל, יעו"ש, אבל כשבא בטענת אמר לי אבא אינו מחייב שבועה, דברי על ידי אחר לא הוי ברי.

ולכאורה אין ליישב דברי הרמב"ם כדברי רש"י דיסוד מחלוקת רבי אליעזר בן יעקב ורבנן אינו אם הוי ברי, אלא נחלקו אם הלוה מעיז פנים בבן בעל חובו שהוא עצמו לא עשה לו טובה, דרבנן ס"ל דמעיז ואם כן הוי כמשיב אבדה, ורבי אליעזר בן יעקב ס"ל דאינו מעיז ולא הוי כמשיב אבדה, ולכולי עלמא ברי על ידי אחר הוי ברי, ועיימש"נ בש"ח פי"ט, והרמב"ם סובר דהוי כמשיב אבדה משום שפסק כרבנן, וכמו שפסקו הגאונים שהביא המגיד משנה, דאם כן קשה מה שכתב בפ"א דבבא בטענת אמר לי אבא אינו משביעו היסת, הרי שפסק דברי על ידי אחר לא הוי ברי, ולדברי רש"י לכאורה צריך לומר שיכול לחייבו שבועת היסת, דטענת ברי על ידי אחר הוי ברי. אולם נראה דיש ליישב דברי הרמב"ם גם לפי דברי רש"י, דחלוק דין ברי על ידי אחר בין בא לחייבו שבועת היסת לבין בא לחייבו שבועת מודה במקצת, דהיכא דבא בטענת אמר לי אבא והלה מודה במקצת שפיר הוי ברי על ידי אחר ברי, שהרי הדררא

דמוּדה במקצת מחזקת לטענתו, וכמו שכתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק דהיכא דאיכא רגלים לדבר עדיף, ואיכא למימר דגם דררא דמוּדה במקצת הוי כרגלים לדבר, אבל בשבועת היסת שהלוח כופר הכל ליכא רגלים לדבר, ואין טענת אמר לי אבא נחשבת כטענת ברי.

ולפי זה יש ליישב דברי הבית יוסף בסוף סימן ע"ח שכתב דשיטת הרמב"ם היא דהבא בטענת שמא ועד אחד מעיד כדבריו הרי זה מחייב שבועת עד אחד, יעו"ש, והלא שיטת הרמב"ם היא דשבועת עד אחד באה על ידי טענת ודאי וכפירה, וס"ל נמי דברי על ידי אחר לא הוי ברי, והיאך מחייבו שבועה, אולם אם נאמר דהרמב"ם ס"ל כדברי רש"י דברי על ידי אחר הוי ברי היכא דדררא דמוּדה במקצת מסייעת לדבריו, יש לומר דהוא הדין כשעד אחד מעיד בפני בית דין הרי דררא דעד אחד מסייעת לו, ובכהאי גוונא ברי על ידי אחר הוי ברי, ועד אחד בפני בית דין לא הוי כהוגד לי, וגם עדיף מאמר לי אבא, דכשבא להעיד בפני בית דין האמינה לו התורה לחייבו שבועה, וכשדררא זו מסייעת להתובע נחשבת טענתו כטענת ברי, ואע"ג דהוי ברי על ידי אחר.

ולפי זה יש ליישב קושית הראב"ד על דברי הרמב"ם פ"ד גזלה ואבדה הלי"ג וז"ל: לפיכך אם כפר ואמר לא נכנסתי לביתו ולא נטלתי כלום הואיל ואין שם אלא עד אחד והוא מכחישו הרי זה נשבע שבועת התורה שלא לקח מביתו כלום ונפטר עכ"ל, יעו"ש, והשיגו הראב"ד וז"ל: וכן אם היה שם עד אחד בלבד וכו' הרי זה חייב להחזיר הכלי לבעליו בלא שבועה. א"א זהו תימה ומאחר שבעל הבית לא היה שם איך יש כאן טענת בריא כדי שיהיה זה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע וכו' עכ"ל, יעו"ש, אכן אם נאמר דשיטת הרמב"ם היא דברי על ידי אחר בעד אחד הוי ברי נסתלקה השגת הראב"ד.

ואין לדייק דהרמב"ם ס"ל דברי על ידי אחר לא הוי ברי ממה שכתב פי"א שבועות הל"ה וז"ל: שלשה מיני שבועות הן שחייבין בהן מן התורה ואלו הן מי שטענו חבירו מטלטלין והודה במקצתן וכפר במקצתן ומי שכפר בכל המטלטלין שטענו ועד אחד מעיד עליו ומכחישו הרי אלו שתי שבועות על ידי טענת ודאי וכפירה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והרי קאמר דבעינן טענת ודאי, דשם לא נחית הרמב"ם לענין מה נחשבת טענת ודאי, ושפיר איכא למימר דגם ברי על ידי אחר הוי טענת ודאי, ולא בא אלא לאפוקי מטענת שמא, דאינו יכול לחייבו שבועה על ידי טענת שמא אלא בשבועת השומרים.

פרק יז

בו יובאו דברי המגיד משנה שהביא מחלוקת הראשונים דהרמב"ן מחייב שבועת עד אחד כשהתובע בא בטענת שמא והרשב"א חולק ואינו מחייב שבועה בטענת שמא, וכתב דלא נתבאר בזה שיטת הרמב"ם, ויקשה דהלא דברי הרמב"ם מפורשים דצריך טענת ודאי.

[רמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"ו] כתב רמב"ם וז"ל: העיד עליו עד אחד אפילו לא כפר אלא פרוטה הרי זה נשבע שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה עכ"ל, יעו"ש, וכתב המגיד משנה וז"ל: העיד עליו עד אחד אפילו וכו', בגמרא (שבועות דף מ.) וכו' ותניא כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה ונחלקו המפרשים אם עד אחד מחייב לשבועה בטענת שמא והרמב"ן ז"ל נוטה לדעת המחייבין ודעת הרשב"א ז"ל כדברי הפוסטריין משבועת התורה ואף על פי שאמרו שכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה אינו כלל גמור ולא נתבאר זה בדברי רבינו עכ"ל, יעו"ש.

וקשה דלכאורה דברי הרמב"ם מפורשים פי"א שבועות הל"ה וז"ל: שלשה מיני שבועות הן שחייבין בהן מן התורה ואלו הן מי שטענו חבריו מטלטלין והודה במקצתן וכפר במקצתן ומי שכפר בכל המטלטלין שטענו ועד אחד מעיד עליו ומכחישו הרי אלו שתי שבועות על ידי טענת ודאי וכפירה וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דאינו חייב שבועת עד אחד אלא על ידי טענת ודאי וכפירה, וצריך עיון.

פרק יח

בו יובאו דברי הרמב"ם בעד מעיד שנטל שק של כלים והגזלן אמר שנטל עשרה והן שלו ובעל הבית תובע עשרים שכיון שאין הגזלן יכול לישבע משלם עשרה אבל על השאר אינו נשבע היסת, ויבואר קושית הראב"ד דאם נחשבת טענת ברי למה אינו נשבע היסת.

[רמב"ם פ"ד גזלה ואבדה הלי"ז] כתב הרמב"ם וז"ל: נכנס לביתו של חברו שלא בפניו ונטל משם כלים בפני עד אחד ואין העד יודע כמה נטל הרי בעל הבית אומר עשרים כלים היו בביתי והגזלן אומר לא נטלתי אלא עשרה והם שלי חייב להחזיר העשרה מפני שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ואינו נשבע על השאר אפילו שבועת היסת מפני שאינו יכול לטעון על הגזלן טענת ודאי עכ"ל, יעו"ש. והשיגו הראב"ד וז"ל: ואינו נשבע על השאר אפילו שבועת היסת מפני שאינו יכול לטעון על הגזלן טענת ודאי. א"א ואם טענת בעל הבית אינה טענת ודאי היאך זה מחוייב שבועה ולמה ישלם העשרה מכח מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע עכ"ל, יעו"ש, וקושית הראב"ד היא דממה נפשך, אם תביעת בעל הבית על ידי העד אחד אינה נחשבת טענת ברי למה הוי הגזלן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע על העשרה שהודה, ואם נחשבת טענת ברי למה אינו חייב שבועת היסת על השאר.

ויש להבין בדברי הראב"ד למה תיחשב טענתו ברי לגבי העשרה כלים השניים, והלא אין העד מעיד עליהם, וגם הוא עצמו אינו יודע, וצריך לומר דכאן העד מעיד שלקח ממנו שק של כלים, אבל אינו יודע כמה כלים היו בתוך השק, והבעל הבית יודע שחסרו לו עשרים כלים, ומזה הבין שהגזלן נטל ממנו עשרים כלים, שלא מסתברא לו שהיה שם עוד גזלן אחר, אלא תולה הכל בגזלן זה, ויש לעיין אם בזה נחשב שטוען ברי, וקאמר הראב"ד דאם זה נחשב ברי למה אינו משביעו היסת על השאר, ואם בכהאי גונא לא נחשב ברי כיון שמצרף ידיעתו על פי העד עם סברת עצמו, ולא הוי ברי אלא בידיעתו ולא מסברתו, אם כן גם על העשרה ראשונים אין לו ידיעה על פי העד, ואין בהם טענת ברי, ולמה הוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ולדעת הרמב"ם אולי יש לומר דצירוף העדאת העד עם סברת עצמו לא נחשב טענת ברי, אבל צירוף העדאת העד עם הודאת הגזלן שפיר הוי טענת ברי, ועיימש"נ בדברי הב"ח בש"ח פ"כ.

והמגיד משנה כתב ליישב דברי הרמב"ם וז"ל: דעת הרב ז"ל שנשבעין בעד אחד

בטענת שמא ולא על מודה מקצת אלא בטענת ודאי וכו' עכ"ל, יעו"ש, וקשה דהרי מדברי הטור בסי' צ"ו מבואר דהא דנשבעים על פי עד אחד בטענת שמא הוא מפני שאינה צריכה טענה כלל, ונשבעים גם בטענת קטן, והרי הרמב"ם ס"ל דאין נשבעים שבועת עד אחד בטענת קטן, ועיימש"נ בש"ח פי"ד, וצריך לומר דהמגיד משנה ס"ל דאע"ג דלדעת הרמב"ם שבועת עד אחד צריכה טענה, ואין נשבעים אותה על טענת קטן, גם טענת שמא נחשבת טענה לחיבו שבועת עד אחד, ועיימש"נ בש"ח פט"ז דלדעת הרמב"ם שבועת עד אחד צריכה טענת ברי.

פרק יט

בו יתבאר דמה שכתב הטור דיכול לחייב שבועת עד אחד בטענת שמא אינו מפני שברי על ידי אחר דינו כברי אלא משום דאזיל לשיטתו דאינה צריכה טענה כלל, וגם נשבעים בטענת קטן, ויובא מחלוקת הבית יוסף והב"ח אם שיטת הרמב"ם היא כשיטת הטור.

[טור חו"מ סי' ע"ה סעי' ל"ג] כתב הטור וז"ל: והראב"ד כתב מי שטוען לחברו ידעתי שיש לי בידך כך וכך מפי פלוני ופלוני וכו' יבואו ויעידו ונשמע מפיהם וכו' כי הוא מחלק בין אם העד לפנינו אם לאו שכשהוא לפנינו משביעו על פיו שבועה דאורייתא אבל כשאינו בפנינו אין משביעין היסת על פי מה שאמר לו העד, וכן כתב רב אלפס שנשבעין על פי העד וכו' וכן כתב הרמב"ם וכן הוא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדבריו דהרמב"ם ס"ל דברי על ידי אחר הוי ברי כשהאחר הוא עד אחד שבא לפנינו, והב"ח כתב וז"ל: ואם טענו בספק על פי העד וכו' נראה דגרסינן וכן כתב הרמב"ן שכן כתב הרא"ש בפרק הדיינין בשמו, אבל דעת הרמב"ם אינו כן כאשר מבואר מדבריו לקמן בסי' צ"ו סעי' י' וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ודברי הטור לקמן הם לענין שבועה בטענת קטן וז"ל: כתב הרמב"ם אין נשבעין על טענת קטן בין מודה מקצת בין כופר הכל ועד אחד מחייבו אבל למה שכתבתי למעלה דגדול התובע על פי עד אחד חייב הכא נמי חייב שאין החיוב בא על תביעת קטן אלא על פי העדאית העד וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהטור ס"ל דשבועת עד אחד לא באה על ידי טענה וכפירה, אלא עד אחד מחייב שבועה אפילו אם ליכא טענה כלל, כגון שהתובע הוא קטן.

ולפי דבריו שם מובן דמה שכתב בסימן ע"ה דאם העד לפנינו משביעו על פיו שבועה דאורייתא אינו מדין ברי על ידי אחר אלא משום דאין צריך טענה כלל כדי להשביע שבועת עד אחד, אבל שיטת הרמב"ם פ"ה טוען ונטען הל"ט אינה כן וז"ל: אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן וכו' וכן אם כפר בכל ובא עד אחד והעיד לקטן אינו נשבע שזה עד אחד ואין שם תובע שתביעת וקטן אינה תביעה גמורה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומשום הכי הגיה הב"ח דברי הטור, והכניס הרמב"ן במקום הרמב"ם.

אולם הבית יוסף לא הגיה וז"ל: ומה שכתב ואם טענו בספק על פי העד וכו' יש מדקדקין מדקאמר אבל טענת מלוה וקאמר נמי אפילו לא טענו אלמא אין נשבעין בעד אחד אלא בטענה וכפירה כלומר בטענת ברי אבל לא בטענת שמא כגון שאמר לו עד אחד אמר לי שנטלת משלי מנה והלה כופר והביא את העד פטור משבועה הואיל ולא טענו טענת ברי וכו' והרי"ף לא סבירא ליה הכי כי הביא מעשה אחד לקמן בפרק כל הנשבעין (כח.) בעסק חד גברא דאמר לחבריה כו' ופסק דמחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ואף על גב דלא באפיה שקליה ולא ידע אלא על פי העד, והכריע בשם הרמב"ן כדברי הרי"ף, וגם הר"ן הכריע כדברי הרי"ף וכן דעת הרמב"ם פ"ד מגזילה הלי"ז, ולענין הלכה כיון שהרי"ף והרמב"ם והרא"ש מסכימים לדעת אחת והרמב"ן והר"ן נמי סברי כוותיהו הכי נקטינן עכ"ל, יעו"ש.

והבית יוסף הביא ראיה דהרמב"ם ס"ל דתובע בטענת ספק והעד מעיד כדבריו
שמחייב שבועה דאורייתא ממה שכתב בהלכות גזילה שם, ועיימש"נ בש"ח פ"כ, ואכן
קשה, שהרי הרמב"ם ס"ל דשבועת עד אחד באה על ידי טענת ודאי וכפירה, וס"ל נמי
דברי על ידי אחר לא הוי ברי, והיאך נאמר דשיטתו היא דברי על ידי עד אחד מחייב
שבועה, אכן לפיש"נ בש"ח פי"ד דברי על ידי אחר הוי ברי כשמסייעת לו דררא
המחייבת שבועה דאורייתא מיושבים דברי הבית יוסף, ומה שכתב הטור דהרמב"ם
ס"ל כותיה אין זה מחד טעמא, דהטור מחייב שבועה בטוענו שמא על פי עד אחד משום
דשבועת עד אחד אינה צריכה טענה כלל, והרמב"ם ס"ל דחייב שבועה משום דברי על
ידי אחר הוי ברי במקום דאית ליה סיוע דדררא במה שמאמין להאחר, וכמש"נ.

פרק כ

בו יובא דברי הטור בשם הרמב"ם דגזלן שנטל שק של כלים בפני עד אחד והנגזל אומר שנטל עשרים והגזלן מודה בעשרה שמשלם עשרה משום שמחויב שבועה ואינו יכול לישבע, וידון בדברי הב"ח דבזה ברי על ידי אחר הוי ברי מפני שסומך על הודאת הגזלן.

[טור חו"מ סי' שס"ד סעי' ז'] כתב הטור וז"ל: [כתב הרמב"ם] נטל מבית חבירו כלים בפני עד אחד ואין העד יודע כמה נטל ובעל הבית אומר עשרים כלים היו לי בביתי והגזלן אומר לא נטלתי אלא עשרה והיו שלי חייב להחזיר העשרה מפני שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ואינו נשבע על השאר אפילו שבועת היסת מפני שאינו יכול לטעון על הגזלן טענת ודאי עד כאן והראב"ד השיג עליו וכתב אם טענת בעל הבית אינה ודאי היאך יתחייב זה שבועה ולמה משלם העשרה מכח מחויב שבועה ואינו יכול לישבע עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הב"ח וז"ל: כתב הרמב"ם וכו' עד טענת ודאי, הכל בפ"ד מגזלה, ומה שכתב והראב"ד השיג עליו וכו' אכן נראה לי ליישב דהרמב"ם סבירא ליה דאף על גב דבעלמא היכא דטענו בספק על פי העד שאמר לו שלקח משלו כך וכך והוא כופר בכל והביא העד דאינו חייב לישבע שבועה דאורייתא וכו' אבל כאן שבעל דינו מודה מקצת לדברי העד שהרי אומר לא נטלתי אלא עשרה זהובים והיו שלי אם כן באותן עשרה הוה ליה טענת התובע טענת ברי שהרי הוא יודע שהם שלו ולפיכך בזו הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דברי על ידי אחר כשסומך על הודאת הנתבע הוי ברי.

ויש להבין למה לא הוי הודאת הגזלן כאומר הוגד לי, דשיטת רב האי גאון היא דלא הוי ברי, כמו שכתב הטור בסוף סי' ע"ה, ומשמע שהסכים לו, והיה אפשר לומר דהיכא דסומך על הודאת הגזלן, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, הרי ברי על ידי אחר נחשב כטענת ברי, אי נמי דאפילו בלי דין הודאת בעל דין כמאה עדים דמי יש לו לסמוך על הודאת הגזלן שבא לחייב עצמו, אולם קשה דהרי בשעה שתבע להגזלן עדיין לא שמע שהודה, ואם כן באותה שעה לא היתה טענתו ברי, והיאך נחשיבו ברי אחר כך למפרע, ואין לומר שחזר ותבע לו עוד הפעם, דהא הוי טוען וחוזר וטוען, ואולי יש לומר דאם מתחלה תבעו בטענת שמא, ואחר כך נודע לו בבירור והוסיף ברירות לטענתו אין זה נחשב טוען וחוזר וטוען [יש לברר נקודה זו].

פרק כא

בו יובא שיטת הרמ"א דברי על ידי אחר הוי ברי אפילו באומר הוגד לי מפי אדם שהוא נאמן לו, ואפילו אינו אביו או עד אחד שבא לפני בית דין, ויתיישבו דבריו עם הא דאמר אביי דהיכא דהוי כמנה לאחר בידך לא הוי ברי, ויחולק בין ברי לשבועה וברי לתפיסה.

[חומ"מ סי' ע"ה סעי' כ"ג] כתב המחבר וז"ל: טענו בספק על פי העד כגון פלוני אמר לי שנטלת משלי מנה והוא כופר והביא העד משביעו שבועה דאורייתא כאלו היה טוענו טענת ברי, וכתב הרמ"א וז"ל: הגה אבל אם אין העד לפנינו להעיד לא מקרי טענת ברי מה שאמר ששמע מפי אחרים ואין משביעין על טענה זו דהוי טענת ספק (טור בשם הראב"ד) ויש אומרים דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן אפילו קרוב שלו משביעין אותו היסת (טור בשם הר"ף והרמב"ם והרא"ש ובית יוסף בשם הרמב"ן והר"ן ונמוקי יוסף פרק הדיינים) וכן נראה לי להורות וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שפסק הרמ"א דברי על ידי אחר אפילו באומר הוגד לי מאיזה אדם שהוא נאמן לו הוי ברי.

ויש לעיין היאך יתיישבו הנך שיטות לפי הא דקאמר בבבא בתרא (דף קלה:): אביי אמר לעולם אימא לך חייב ושאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי, יעו"ש, ויש לומר דס"ל כדברי הר"ן בשבועות (דף מב.) דסוגיא דהתם קאי אליבא דרבנן דס"ל דברי על ידי אחר לא הוי ברי, ועיימש"נ בש"ח פי"ג, ואנן קיימא לן כרבי אליעזר בן יעקב דס"ל דברי על ידי אחר הוי ברי, אי נמי יש לומר דהתם מייירי לענין אם הצריך הכירא נחשב שתופס בטענת ברי, ואיכא למימר דאע"ג דברי על ידי אחר הוי ברי לענין הך דינא דשבועה שבאה על ידי טענה וכפירה אינו נחשב מוחזק בכך, דלא נחשב תפיסה להחזיקו אלא כשאוחזו בתורת בעלים בדעתו, ובעינן לזה שיהא ברור כחמה בדעתו שהוא צודק.

ואיכא נמי סברא לאידך גיסא, דלענין טענה וכפירה צריך טענת ברי גמורה, ובלאו הכי לא הוי טענה, אבל לענין תפיסה סגי במה דחושב בלב, ואע"פ שאינו צודק, מכל מקום כיון שהוא בטוח שהוא צודק הרי אחיזתו בתורת בעלים, ונעשה מוחזק, וכעין זה מצינו בתוס' בכתובות (דף עו:): בד"ה על בעל החמור להביא ראיה שבסוף הדיבור הביאו דברי הריב"א במכר שור ונמצא נגחן דאם המוכר חושב בדעתו שלוקח שלא פירש שקונה לרידיא התכוון לשחיטה, ואע"פ דליכא אומדנא כזה, כמו שמבואר בבבא קמא (דף מז.) דלרב אזלינן בתר רובא, יעו"ש, מכל מקום הועילה לו תפיסתו ונעשה מוחזק, ואם כן גם תפיסה בברי על ידי אחר מועילה כיון שהוא מאמין לו.

שער ט: בענין מיגו והפה שאסר

ובו י"ג פרקים

פרק א

בו יובא דברי התוס' דאף דנאמן במיגו לומר יש לי בנים במקום שמוחזק לן באחים וכן בהחזיקה היא מלחמה בעולם נאמנת במיגו אי בעי אמרה שלום בעולם מיבעי ליה אם אמרינן מיגו במקום חזקה אין אדם פורע תוך זמנו, ויבואר דהכא החזקה מכחשת דיבורו.

[**בבא בתרא ה:**] איבעיא להו תבעו לאחר זמן ואמר לו פרעתיך בתוך זמני מהו מי אמרינן במקום חזקה מה לי לשקר או דלמא במקום חזקה לא אמרינן מה לי לשקר וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: או דלמא כיון דמוחזק לן דאין אדם פורע בתוך זמנו לא אמרינן במקום דאיכא חזקה דמרעיה לדיבוריה מה לי לשקר וליהמנוהו עכ"ל, יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה מי אמרינן וז"ל: ולא דמי כלל לההוא דקדושין פרק האומר (דף סד:) דאמר היכא דמוחזק לן דאית ליה אחים ואמר יש לי בנים דנאמן במיגו דאי בעי פטר לה בגיטא וכן ההיא דהאשה שלום (יבמות דף קטו.) דבעי החזיקה היא מלחמה בעולם מי אמר מיגו דאי בעי אמרה שלום בעולם וכו' לא דמי כלל להך דהכא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולא פירשו התוס' למה לא דמי, ולמה לא אמרינן בדין דמיגו כעדים ואהני אפילו במקום חזקה.

ונראה דחלוקה חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו מחזקת זקוקה או חזקת מלחמה, דהיכא דמוחזק לן באחי ולא בני אין החזקה אומרת שאין לו בנים, אלא דין החזקה הוא דהיכא שאין אנו יודעים מוקמינן לה אחזקתה, ואם הוא אמר יש לו בנים אין החזקה אומרת שהוא משקר, אלא דין החזקה הוא להחזיקה כמות שהיא כל זמן שלא נודע הדבר, ואם מיגו הוי מדין נאמנות כמו עדים הרי המיגו מוציאה מחזקתה, ועיימש"נ בש"ט פ"ב, אכן חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו הוי כמו אומדנא, שאין דרך בני אדם לפרוע תוך זמנם, ואין הך אומדנא כמו אגן סהדי, דאם כן לא היה מועיל מיגו כנגדה, כמו שמצינו בבבא מציעא (דף פא:), יעו"ש, אלא חזקה היא דכל זמן שלא נודע שפרע תוך זמנו נקטינן שלא פרע, אבל לא משום דמוקמינן על מה שהיינו יודעים מעיקרא, אלא משום דמוקמינן על דרך העולם, ולכן חלוקה חזקה דקדושין ויבמות מחזקה דסוגיין, דהתם אין החזקה מכחשת דבריו, אבל חזקה דסוגיין מבוססת על האומדנא, ונמצא שהחזקה מכחשת דבריו ואומרת שהוא משקר, ומיבעי ליה אם אמרינן מיגו במקום חזקה כזו.

ויש לפרש הבעיא בשני אופנים, דיש לומר דמיבעי ליה אם אלימא נאמנות דמיגו במקום שהחזקה מכחשת אותו, אי נמי יש לומר דמיבעי ליה אם יש דין מיגו במקום שטענתו מוכחשת, מי אמרינן דאין מיגו אלא בטענה מעליא שהמיגו מוסיף בה נאמנות אבל בטענה גרועה ומוכחשת לא אמרינן בה מיגו כלל, ובין כך ובין כך לא דמי סוגיין לההיא דקדושין ויבמות משום דבסוגיין החזקה מכחשת המיגו, וכמש"נ, וכן מדויק

מדברי רש"י הנ"ל דמיבעי ליה אם אמרינן מיגו במקום חזקה דמרעיה לדבוריה, והיינו
דהחזקה אומרת שהוא משקר, אבל בחזקה דלא מרעא לדבוריה כההיא דקדושין
ויבמות פשיטא ליה דאהני המיגו למאן דאמר מיגו משום נאמנות, כמש"נ, ואולי לזה
כוון גם הרמב"ן בקדושין שכתב דלא כל החזקות שוות, יעו"ש.

פרק ב

בו יבואר דפליגי רבה ורב חסדא עם אביי ורבא אם אלימי עדים להוציא מן המוחזק היכא שנקלשה עדותם על ידי מיגו, ויובא מחלוקת רבי ורבי נתן אם מיגו כעדים או כחזקה דמי, ויבואר דאין פלוגתא זו שייכת לפלוגתא דאמוראי אם אמרינן מה לי לשקר במקום עדים.

[**בבא בתרא לא.**] זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה היא והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר ליה מינך זבנתה ואכלתיה שני חזקה אמר ליה אביי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן וכו', יעו"ש, וסוגיא זו שנויה גם לקמן (דף לג:) ושם ס"ל לרב חסדא כרבה ואביי ורבא נחלקו עליו, יעו"ש, וצריך לומר דמה שהביאה הגמרא המחלוקת עוד הפעם הוא להודיע לנו דרב חסדא ס"ל כרבה.

ודקדקו הראשונים בדברי רבה דאית ליה מה לו לשקר במקום עדים, וכי אסיק אדעתיה דמיגו אלים כהגדת עדות, ועוד דהלא הלכה מרווחת היא בדברי הראשונים דלא אמרינן מיגו להוציא מן המוחזק, ועיין בתוס' בבבא מציעא (דף ב.) בד"ה וזה, יעו"ש, אבל עדים מועילים להוציא מן המוחזק, הרי להדיא דהגדת עדות אלימא ממיגו, ועיין ברשב"א שהקשה על רבה ממתינתין דכתובות (דף טו:) היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצתה בהינומא וראשה פרוע כתובתה מאתים ואמאי נהמניה מיגו דאי בעי אמר פרעתי, יעו"ש, וכן הקשו התוס' שם בכתובות ותירצו דמיגו במקום עדים הוא, ואם כן קשה לרבה, וכמו שהקשה הרשב"א, והרשב"א תירץ דלא אמרינן מה לו לשקר במקום עדים אלא היכא דאיכא לתרץ דיבורו שלא יתכחש על ידי העדים, אולם עיין ברשב"א לקמן (דף לג:) וז"ל: האי אייתי סהדי דאבהתיה היא עד יום מותם ומעולם לא מכרו לאבותיו של זה השני אמר רב חסדא מה לו לשקר לזה שיש לו עדי חזקה במאי דטעין דשל אבותיו היא אי בעי הוה אמר ליה להאי שיש לו עדות אבות מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה הלכך מיגו דמצוי טעין הכי וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דמיירי באופן שאי אפשר לפרש דבריו, שהרי העידו העדים שהיתה של אבותיו עד יום מותם, ומבואר דלרבה ורב חסדא אהני המיגו אף כשהוכחש לגמרי על ידי העדים.

וכן מבואר מדברי התוס' לקמן (דף לג.) בד"ה ה"ג דשנים שהיו מתדיינים על הקרקע והודה אחד לחבירו וחזר ותבעו פירות והוא אומר לא אכלתי נאמן, ואפילו אם יש עדים שאכל, שהרי יש לו מיגו שלא להודות, ונאמן למאן דס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים, והרי הכא הוא אומר לא אכל והעדים אומרים שאכל ואיכא הכחשה גמורה, ומכל מקום אמרינן מיגו במקום עדים, וכדברי הרשב"א הנ"ל. עוד עיין בקדושין (דף סד.) מתניתין מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן יש לי אחים אינו נאמן, ובגמרא אלמא נאמן להתיר ואין נאמן לאסור נימא מתניתין דלא כרבי נתן דתניא בשעת קידושין אמר יש לו בנים בשעת מיתה אמר אין לו בנים וכו'.

נאמן להתיר ואין נאמן לאסור רבי נתן אומר אף נאמן לאסור וכו' ברייתא דמוחזק לן באחי ולא מוחזק לן בבני דאמרינן מה לי לשקר מאי קאמר למיפטר מביבס מצי אמר פטרנא לה בגיטא רבי סבר מה לי לשקר כי עדים דמי ואתו עדים עקרי חזקה ורבי נתן סבר מה לי לשקר כי חזקה דמי לא אתי חזקה ועקרה חזקה לגמרי, יעו"ש.

ולכאורה מצינו שם דנחלקו התנאים בפלוגתא דהני אמוראי דסוגיין, ויש להעיר דלמה לא הוזכר דבר זה בגמרא, והרמב"ן שם כתב דהא דאמר רבי מה לי לשקר כי עדים דמי אין כונתו להיות ממש כעדים דהא מיגו במקום עדים לא אמרינן ואפילו במקום חזקה בעיא היא דלא איפשיטא לעיל (דף ה:), יעו"ש, אכן לפי דבריו עדיין קשה למאן דאמר מיגו במקום עדים אמרינן דנימא דדבריו הם כתנאי, ויש לדקדק נמי דלמה לא הזכירו התוס' הקשר בין שתי סוגיות אלו לא שם ולא בדידן, ולא חשו לחלק ביניהן.

ונראה דהנה לעולם מוקמינן ממון בחזקת המוחזק בו ואמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, דהיינו בעדים, כמו שכתב רש"י בבבא מציעא (דף ב:), יעו"ש, ואלימי עדים להוציא מן המוחזק, והנה בודאי מיגו לא אלים כעדים, דהא אין מיגו מוציא מן המוחזק, כמש"נ, אולם אהני מיגו להקליש קצת נאמנות העדים, ואין עדותם ברורה בתכלית הבירור במקום שמיגו מנגדם, ונחלקו רבה ואבבי אם עדים שהוקלשו קצת על יד מיגו יכולים להוציא מן המוחזק, דרבה ס"ל דאלימא מילתא דמוחזק, והוה כמעט כמו אנן סהדי שמה שתחת ידו שלו, ואין עדים מוציאים מן המוחזק אלא כשעדותם ברורה ומבוררת, ואם יש כנגדם מיגו הוקלש קצת כח הנאמנות שלהם, כמש"נ, ואין להוציא מן המוחזק, ואבבי פליג ואמר דמיגו במקום עדים לא אמרינן, וכונתו דאין המיגו מגרע נאמנות עדים כלל וכלל, אי נמי יש לומר דכונתו דעדים מוציאים מן המוחזק אפילו היכא שהוקלשה הגדתם על ידי מיגו.

ויש להביא ראיה דלא נחלקו רבה ואבבי אם מיגו אלים מעדים או לא ממה שכתבו התוס' לעיל (דף ה:) בד"ה מי אמרינן במקום חזקה מה לי לשקר או לא וז"ל: הקשה הר"י בר מרדכי והא הך חזקה עדיף משטר וכו' ואם כן מאי קמיבעיא ליה הא פשיטא דמיגו במקום עדים לא אמרינן וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק למה פשיטא להו להתוס' דמיגו במקום עדים לא אמרינן, והרי פלוגתא דאמוראי היא ורבה ורב חסדא ס"ל דאמרינן מה לו לשקר במקום עדים, והוה להו להתוס' לומר הא קיימא לן דמיגו במקום עדים לא אמרינן, ולא הוה להו למימר דמילתא דפשיטא היא, אלא מבואר כדברינו דלית מאן דפליג דעדים אלימי ממיגו, ופשיטא דמיגו במקום עדים לא אמרינן, ופלוגתא דאמוראי היא אם אהני מיגו להקליש קצת נאמנות העדים כדי שלא יוכל להוציא מן המוחזק על ידי עדים אלו.

ואין מחלקותם שייכת כלל לפלוגתא דרבי ורבי נתן בקדושין, כנ"ל, דהם נחלקו אם מיגו מועיל כנגד חזקה, דרבי ס"ל דמיגו כעדות, והיינו דמיגו הוי נאמנות כעדות אבל לא אלים כעדות ממש, כמו שכתבו הראשונים, ודין החזקה הוא דאם לא נודע מעמידים הדבר על חזקתו, והיכא דאיכא מיגו הרי נתברר ונודע הדבר, וממילא לא

מוקמינן אחזקה, ורבי נתן ס"ל דמיגו כחזקה, והיינו דכיון דהיה יכול לומר דבר שהיה נאמן בו אם כן מוקמינן ליה כפי דבריו כל זמן שלא נודע הדבר, ולא משום שהדבר נתברר ונודע על ידי המיגו אלא משום דכל זמן שלא נודע מוקמינן להממון כפי דבריו כיון דאינו חשוד לשקר, ודומה דין המיגו לדין החזקה, ואם המיגו מתנגד לחזקה בעצם הוה ליה ספק, אלא כיון דאיכא נמי חזקה אין אדם חוטא ולא לו הרי היא מותרת לעלמא, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, ואם חזר בו בשעת מיתה והכחיש דיבורו נתבטלה החזקה דאין אדם חוטא ולא לו, שהרי אינו מניח לה לחטוא, אבל אין חזרתו מבטלת המיגו, כי היכי דמצינו אליבא דרבי דאין חזרתו מבטלת המיגו, ונמצא דהוי מיגו כנגד חזקה וצריכה חליצה מספק, ואין זה שייך כלל לפלוגתא דרבה ואביי אם עדות שהוקלשה על ידי מיגו מוציאה מן המוחזק, וכמש"נ.

פרק ג

בו יובאו מה שפירש הרשב"ם דבהודה דשטרא זייפא הוא לא אמרינן מה לו לשקר משום שיש כאן הודאת בעל דין דהשטר פסול, ומה שהבינו הרא"ש והנמוקי יוסף בסברתו, ויחולק בין הודאה מפורשת להודאה הנלמדת מתוך טענתו לענין מיגו במקום עדים.

[בבא בתרא לב.] ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבינתה והא שטרא אמר ליה שטרא זייפא הוא גחין ולחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקיט האי בידאי כל דהו אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר שטרא מעליא הוא אמר ליה רב יוסף אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא, יעו"ש.

וכתב הרשב"ם (דף לב:) בד"ה אמאי קא סמכת אהאי שטרא וז"ל: דהא שני חזקה ליכא והאי שטרא חספא בעלמא הוא דכיון דאודי אודי ולא דמי לשאר מה לו לשקר שבגמרא ששתי טענות יכולות להיות אמת אותה שהוא טוען ואותה שהוא היה יכול לטעון ולא טען דאמרינן מיגו אבל הכא דמי למה לו לשקר במקום עדים שהרי כל כחו וחזקתו בקרקע זו על ידי האי שטר הוא והיאך נאמר מה לו לשקר בשטר זה אי בעי אמר שטרא מעליא הוא והלא מודה שהשטר פסול והודאת בעל דין כמאה עדים ואילו באו שני עדים שאמרו שהוא פסול ליכא תו מה לו לשקר עכ"ל, יעו"ש.

ועיין ברא"ש שהביא דברי הרשב"ם וכתב עליו וז"ל: ודעת רשב"ם דמחשב ממך זבינתה והא שטרא חד טענה כיון דאין לו כח בקרקע כי אם על ידי השטר ואותה טענה נתבטלה בהודאתו כאילו עדים מבטלים אותה ודמי לעובדא דלעיל זה אומר של אבותיו דלא מהימן לומר של אבותיו במיגו דאי בעי אמר מינך זבינתא ואכלית שני חזקה כיון דאיכא לאידך עדים שהיתה של אבותיו וליתא להאי טעמא דעיקר טענתו היינו הא דקאמר מינך זבינתא והשטר אינו כי אם לראיה בעלמא וטענתו יכול לקיים במאי דקאמר שטרא מעליא הוא או בטענה אחרת על ידי מיגו ואין הודאתו מכחשת טענתו כלל דהוה ליה למימר מיגו עכ"ל הרא"ש, יעו"ש.

ולפי דעת הרא"ש מה שכתב הרשב"ם דגרע האי מיגו מכל מיגו דעלמא הואיל והוי כמיגו במקום עדים כונתו להטענה שטוען עכשיו, ולא שטענת המיגו שהיה יכול לטעון הוי כנגד עדים, והיינו טעמא דטענת מינך זבינתא חד טענה היא עם מאי דקאמר והא שטרא, דהא אין לו כח בהקרקע כי אם על ידי השטר, וכיון דנקבע כל זה בתוך טענתו, וגם מאי דקאמר והא שטרא נחשב כחלק מטענתו ולא כראיה צדדית, שוב אינו יכול לזכות בהך טענה, שהרי הודה כנגד טענתו, והרי זה כמי שבאו שני עדים להעיד כנגד טענתו, והרא"ש עצמו פליג וס"ל דמאי דקאמר והא שטרא לא הוי חלק מטענתו אלא כראיה צדדית בעלמא, ושפיר נאמן בטענת מינך זבינתא על ידי מיגו דהא מעולם לא הודה כנגדה, ונראה לבאר דברי הרשב"ם כפי הבנת הרא"ש דיש כח בטענה גרידא אפילו במקום מוחזק להחזיק יד הטוען לגבי איזה דינים כגון להטיל שבועת היסט על

הנתבע, וכל זה הוא במטלטלין דמהני בהו תפיסה, אבל קרקע דלעולם בחזקת בעליה עומדת ואין התפיסה מועילה בה כלל, גם טענה גרידא לאו כלום היא, ואינו יכול להשביעו היסת, ולפי זה יש לומר דטענת מינך זבינתה גרידא לא חשיבא טענה כלל, וממילא לא מהני בה נמי מיגו, והיינו מאי דקאמר דהא אין לו כח בהקרקע כי אם על ידי השטר, ורק בצירוף מאי דקאמר והא שטרא חשיבא טענתו, וכיון שהוקבע אמירת והא שטרא בתוך טענתו שוב אינה מועילה לו, שהרי הודה כנגדה, כמש"נ.

והנמוקי יוסף ביאר דברי הרשב"ם באופן אחר וז"ל: וכתב הר"ש ז"ל דהאי מיגו לא דמי למיגו דעלמא דהתם שתי הטענות אפשר שיהיו אמת אבל כאן דומה למיגו במקום עדים כיון שהבעל דין מודה ונראה דלפירוש הר"ש ז"ל אפילו לאוקומי ממנו לא חשיב האי מיגו דאע"ג דאמרינן מיגו כי האי דלקמן (דף לו.) מיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה דמדאמר מפלוני משמע ולא מינך מכל מקום האי דמי טפי למיגו במקום עדים כיון שהודה ממש בפניו עכ"ל, יעו"ש, וההיא דלקמן מיירי כגון דטעין קמי ידי זבנה עכו"ם מינך ואחר כך זבנה ניהלי דנאמן במיגו דאי בעי אמר מינך זבינתה דהיה נאמן בכך כיון דאכלה שני חזקה, והוקשה לו להנמוקי יוסף לשיטת הרשב"ם דהלא התם נמי במאי דטעין דזבנה מפלניא איכא הודאה דלא זבנה מיניה, וליהוי מיגו במקום עדים, ותירץ דשאני הכא דהודה ממש בפניו, ומבואר מדבריו דהמיגו במקום עדים היינו על הטענה שהיה יכול לטעון ולא על הטענה שטוען עכשיו, כההיא דלקמן, ואיברא דהיה יכול להקשות בכל מיגו דעלמא, דכיון שטוען טענה זו הרי יש בכלל זה הודאה כנגד טענת המיגו וכל שאר טענות שהיה יכול לטעון, ולמה לא נחשב כל מיגו כנגד עדים, אלא היינו טעמא דלא דמי משום דהכא הודה ממש בפניו, ולא דמיא הודאה הנלמדת מתוך דבריו להודאה מפורשת, ואע"ג דגם הודאה הנלמדת מתוך דבריו חשובה הודאה, דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, כדאיתא לעיל (דף ו.) יעו"ש, מכל מקום לא הוי מיגו במקום עדים אלא היכא דהודה להדיא כנגד טענת המיגו כמו בדין דאמר אין שטרא זייפא הוא.

ונראה לבאר דברי הנמוקי יוסף על פי דבריו בהא דאיתא לקמן (דף קכח:) שלח ליה רבי אבא לרב יוסף בר חמא המוציא שטר חוב על חבריו מלוה אומר לא נפרעתי כלום ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שפרע כולו הרי זה נשבע וגובה מחצה וכו', וכתב הנמוקי יוסף וז"ל: ואם תאמר מכל מקום כיון שמעידין שפרע לפחות חציה אמאי ישבע הא איכא עדים בדבר ויש לומר טעם שהוכחשו העדים מפיו שהרי הודה במקצת והם העידו שפרע הכל ומכל מקום לא חשבינן להו כמאן דליתנהו כדי שלא נאמינהו אף בשבועה כדן כל חוב שהוא בשטר שהרי אפשר לומר שהם זכורין מן הענין יותר ממנו וכיון דהכחשה ולא הכחשה היא אין סומכין לא על העדות לגמרי ולא על השטר לגמרי אלא מספיקא נדון כאילו לא היו לא עדים ולא שטר ומודה מקצת הטענה ישבע עכ"ל, יעו"ש.

ויש להקשות דאם הך ספיקא ספק גמור הוא אם כן למה חייב לשלם החצי שהודה, והלא העדים מעידים שפרע כולו ודילמא זכורין מן הענין יותר ממנו, אלא

נראה דודאי היכא דהודה להדיא אית בזה הודאה גמורה שהיא כמאה עדים, אבל הודאה הנלמדת מתוך דבריו לא חשיבא כהודאה מפורשת אלא כויתור הטענה בלבד, דדין הוא בממון דטענה דתביעה מנצחת היכא דלא התנגד לה בטענה דכפירה, והיינו סברת מאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף דלא חשיבא ליה טענת שמא ככפירה מעליא, והיכא דטען לא לויתי הרי זה כויתור על טענת פרעתי, ואם באו עדים שלוח שוב אינו יכול לטעון פרעתי, ודין זה נלמד מהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ומכל מקום לא חשיבא כהודאה מפורשת שלא פרע שאם יבואו עדים שפרע תיחשב כאילו הודה ששקרנים הם, והיינו מאי דקאמר הנמוקי יוסף דהכחשה ולא הכחשה היא, שהרי כיון שהודה שפרע חצי הרי ויתר זכותו ליפטר על ידי הגדת הני עדים דאמרי פרע כולו, אבל לא חשיבא כהודאה להדיא שהעדים פסולים, ואהני הגדתם לבטל כח השטר, ושוב נאמן בשבועה על טענתו ככל מודה במקצת במקום דליכא שטר, אבל בהאי חצי שהודה להדיא בודאי חייב דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

ובזה יתבארו דברי הנתיבות המשפט סי' כ' סק"א דאין טענתו מכחשת ופוסלת לעדים אלא כשהודה לחובתו אבל הודאה הנלמדת מטענתו לזכות אינה פוסלת העדים, ועיימש"נ בזה בארוכה בשופרא דשטרא שי"א פי"ב ושי"ב פ"ח, והיינו נמי כונת הנמוקי יוסף בסוגיין, דהיכא דלא הודה ממש בפניו ליכא אלא ויתור הטענה כנגד טענת המיגו, ולא חשיבא כמיגו במקום עדים, מה שאין כן בדין שהודה להדיא דשטרא זייפא הוא, הרי הודאתו המפורשת חשיבא כהגדת עדים כנגד טענת המיגו, והוה ליה מיגו במקום עדים.

פרק ד

בו יבואר מה שתירצו הריב"ם והר"י במה שאינו נאמן לומר שטרא מעליא הוה לי ואירכס במיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא, ויחולק דשאני מיגו זה משאר מיגו להוציא שהמיגו בא לקיים חזקתו הראשונה שלא תתבטל וישאר מוחזק כמו כשטען והא שטרא.

[**בבא בתרא לב.**] ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבינתה והא שטרא אמר ליה שטרא זייפא הוא גחין ולחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקיט האי בידאי כל דהו אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר שטרא מעליא הוא אמר ליה רב יוסף אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא, יעו"ש, ועיין ברשב"ם (דף לב:) בד"ה אמאי קא סמכת אהאי שטרא מה שכתב בפירוש סוגית הגמרא, יעו"ש.

אמנם תוס' יש להם דרך אחרת במימרא דרב יוסף, ועיימ"ש בד"ה אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא וז"ל: תימה דליהמניה במיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא ותיירץ ר"י בר' מרדכי דלא אמרינן מיגו להוציא ממון מחזקתו דמה שהוא מוחזק בקרקע אינו כלום דקרקע בחזקת בעליה קיימא כיון שאין לו שטר ולא חזקה אלא בדברים בעלמא שאומר שטרא מעליא הוה לי ואירכס ולא אמרינן מיגו אלא להחזיק ממון שיכול לפטור עצמו על ידי מיגו וכו' ואין נראה לר"י מדלא מפרש טעמא הכי בהדיא משמע דלאו משום הכי הוא ונראה לר"י דטעמא דרב יוסף דלא אמרינן מיגו הכא כיון דלית ליה הכא מיגו אלא אם כן שקר תחלה שהוצרך לשקר תחלה ולומר והא שטרא אי נמי משום הכי לא אמרינן הכא מיגו משום דהוי חוזר וטוען דמעיקרא טען והא שטרא ועתה חוזר בו ומודה דחספא בעלמא הוא אלא שטרא מעליא הוה לי עכ"ל, יעו"ש.

ויש לעיין טובא בדברי הר"י, חדא דמה בכך דהוצרך לשקר תחלה סוף סוף למה לא נאמר מה לו לשקר, דאילו רצה לשקר היה יכול לעמוד בדבריו דהאי חספא שטרא מעליא הוא, ואם כן אית לן מזה הוכחה דמאי דטען השתא דשטרא מעליא הוה ליה ואירכס קושטא קאמר, ועוד קשה דבאמת למה הוצרך לשקר תחלה, והרי שפיר יכול להוציא הך שטרא זייפא מכיסו ולטעון לקחתני את השדה ממך ושטרא מעליא הוה לי ואירכס ותדע דקושטא אמרתי דהנה שטרא זייפא בידי ואילו רציתי לשקר הייתי טוען שהאי שטרא זייפא שטרא מעליא הוא, ונמצא בכהאי גוונא דאית ליה מיגו אע"פ שלא שקר תחלה, ועוד קשה על מה שכתב בתירוץ השני דהיינו טעמא דלא אמרינן מיגו משום דהוי טוען וחוזר וטוען, ומה בכך, הלא נאמן לטעון ולחזור ולטעון מפטור לפטור, ועיין בקובץ שעורים שעמד על זה.

עוד יש להקשות דהרי משמע מדברי הר"י דבעיקר הדין מודה לשיטת ריב"ם דמיגו להוציא לא אמרינן, ורק דלא משמע ליה דהיינו כונת רב יוסף, וכן איתא להדיא ברא"ש וז"ל: ומיהו אע"פ שדברי הריב"ם אמת אין לשון הגמרא מורה על פירוש זה

עכ"ל, יעו"ש, ואם כן קשה לדברי רב יוסף דלמה ליה הנך טעמי דהוצרך לשקר תחלה או דהוה ליה חוזר וטוען, ולמה לא קאמר בפשיטות דהיינו טעמא משום דמיגו להוציא לא אמרינן.

ונראה דהך מיגו אינו דומה לכל מיגו להוציא שבא לתבוע מן המוחזק, דאדרבה הכא הרי הוא היה המוחזק מתחלה, ועל ידי שטען אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס הרי הוא בא לקיים חזקתו על ידי המיגו, שלא תבוטל חזקתו שהיתה לו מכבר על ידי הודאתו ששטרא זייפא הוא, וס"ל לרבה דבכהאי גוונא לא הוי מיגו להוציא אלא להחזיק הואיל ובא לקיים חזקתו שהיתה לו מכבר, אבל רב יוסף לית ליה האי מיגו, וס"ל להריב"ם דטעמא דרב יוסף משום דהוי מיגו להוציא, כלומר דאין שטר שקר מחזיקו כלל, וכיון דאודי דשטרא זייפא הוא איגלאי מילתא דמעולם לא היה מוחזק כלל, ונמצא דהוי מיגו להוציא.

אבל הר"י לא משמע ליה דסברת רב יוסף היא משום דאין לו דין מוחזק והוה ליה מיגו להוציא, דבאמת שפיר יש לו דין מוחזק אף על ידי שטר שקר, דכיון שלא נודע פסולו הרי עומדת הקרקע בחזקתו כל זמן שאוחז בידו הך שטרא זייפא, אלא דס"ל לרב יוסף דעכשיו שנודע פסול השטר אין המיגו יכול לקיים מוחזק כזה, דסוף סוף המוחזק מבוסס על שקר גלוי, ונהי דאהני השקר להחזיקו כל זמן שלא נודע פסול השטר, מיהו השתא שנודע נתבטלה חזקתו, ואע"ג דאית ליה מיגו מכל מקום אין המיגו יכול לקיים חזקה שיסודה טענת שקר, והיינו מאי דקאמר שהוצרך לשקר תחלה, דאם לא טען שקר בתחלה ורק שהוכיח שהיה בידו לטעון שקר בודאי אין בכך כלום, דהשתא מיהא לא איתחזק ופשיטא דהוה ליה מיגו להוציא, אבל היכא דשקר תחלה ואיתחזק על ידי טענתו הוה אמינא דהשתא נמי יהני המיגו לקיים חזקתו, קא משמע לן רב יוסף דלא אמרינן מיגו בכהאי גוונא, כמש"נ, וכיון דאי אפשר לקיים חזקה כזו שוב הדר דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וגם המיגו הוה ליה מיגו להוציא, אבל אין זו עיקר נקודת דברי רב יוסף, אלא עיקר סברתו הוא דכיון שנודע פסול השטר לא מהני מיגו לקיים חזקתו, כמש"נ.

ולפי זה איכא למימר דהיינו נמי עיקר כונת הר"י בתירוץ השני דהוי חוזר וטוען, ואע"ג דשפיר יכול לחזור ולטעון מפטור לפטור, אלא דגם בתירוץ זה בא לפרש למה אינו יכול לקיים חזקתו על ידי המיגו, וכתב דטעמא משום דהוי חוזר וטוען, כלומר דבמאי דטעין השתא שטרא מעליא הוה לי ואירכס הריהו חוזר ממה דטעין מעיקרא דהא שטרא, והרי כל דין מוחזק שלו לא בא אלא על ידי הך טענה דהא שטרא, וכשחוזר מטענתו נתבטלה חזקתו, ואע"ג דאית ליה מיגו מעליא אין זה מועיל לקיים חזקתו דמעיקרא, דמיד שנתבטלה הטענה נסתלקה החזקה, ושוב הדר דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וגם המיגו הוי מיגו להוציא, ונמצא דהני תרי תירוצים דהר"י הוה להו תרי אנפי דחד לישנא, ובין כך ובין כך העיקר הוא דלא מהני מיגו בכהאי גוונא לקיים חזקתו, וכן מדויק במ"ש התירוץ השני בלשון אי נמי דבכל מקום זה מורה על אופן אחר באותו התירוץ ולא על תירוץ חדש לגמרי.

פרק ה

בו יובאו שני פירושים של הרמב"ן בטוען שטרא מעליא הוה לי ואירכס אם מיירי בשהחזיק בה שני חזקה, ומה שהשיג הרמב"ן דבהחזיק בה שני חזקה גם לרב יוסף לא הוי מיגו להוציא כיון שהמיגו בא רק לקיים החזקת שלש שנים שלא תהא חזקה שאין עמה טענה.

[**בבא בתרא לב.**] ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מינך זבינתה והא שטרא אמר ליה שטרא זייפא הוא גחין ולחיש ליה לרבה אין שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס ואמינא אינקיט האי בידאי כל דהו אמר רבה מה לו לשקר אי בעי אמר שטרא מעליא הוא אמר ליה רב יוסף אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא, יעו"ש, ועיין ברשב"ם (דף לב:) בד"ה אמאי קא סמכת אהאי שטרא מה שכתב בפירוש סוגית הגמרא, יעו"ש.

וכתב הרמב"ן וז"ל: אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא פירשה הרב רבי שמואל ז"ל בפירושו ואיני מבין דבריו ולענין הדין בגמרא עצמה תמה הוא למה לא יהא אדם נאמן לטעון על פה במגו דיכול לתבוע בשטר והא אפילו במגו דתלוי במעשה ומחוסר מעשה נמי אמרינן מגו כדאמרינן בעלמא שהרי בידו לגרשה ושמעתי פירושה משום דלא אמרינן מגו לאפוקי ממונא וכן פירשה רבי יהוסף הלוי ז"ל והאי נמי כיון דאית ליה חזקה דאבהתיה לא מפקינן מיניה ורבה סבר אמרינן מגו אפילו לאפוקי ממונא ואפסיקא הלכתא כרבה בארעא משום דברשות מחזיק קיימא ואידך הוה ליה מוציא מחברו ומגו לאוקמי ממונא הוא ואע"ג דקיימא לן קרקע בחזקת בעליה עומדת כיון דאיכא מגו ותפיס לה איהו מהימן ואע"ג דבחזקת אבהתא דהאיך קיימא אי נמי אפשר לפרש בשהחזיק בה שני חזקה וקמה ליה בחזקתיה ומיהו אי איפסילה ליה שטרא ידידיה איבטילה לה חזקתיה כדתניא בתוספתא האוכל שדה מחמת אונו ונמצאת אונו פסולה הרי זו אינה חזקה הילכך אי איפסילא שטרא דלאו מפומיה דהאי איבטילה חזקתיה אבל השתא דאיכא מגו והחזיק בה קמה לה ארעא בחזקתיה בלא שטרא הילכך הוה ליה מערער מוציא מחברו ועליו הראיה ורב יוסף סבר אוקי ארעא בחזקת אבהתא הואיל ומודה דפסולה היא הך שטרא ואיבטילה חזקתיה והילכתא כרבה בהא ולשון זה ודאי אינו דכל דאחזיק אף על גב דמיבטלה טענת חזקתיה מגופה מגו ידידיה לאו לאפוקי הוא אלא בדלא אחזיק וארעא בחזקת אבהתיה קיימא כיון שיש לו עדים דשל אבותיו ולזה אין לו חזקה הילכך לא אמרינן ביה מגו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ופירוש קמא שהביא הרמב"ן הוא דמיירי כשלא החזיק בה שלש שנים ונחלקו רבה ורב יוסף אי אמרינן מיגו לאפוקי ממונא, ואפסיקא הלכתא כרבה בארעא דכיון דתפיס בה לא הוי מיגו להוציא, ואע"ג דקרקע בחזקת בעליה עומדת ומעמידים הקרקע בחזקת מרא קמא, מכל מקום כיון דסוף סוף האי מחזיק תפיס בהקרקע לא הוי המיגו להוציא אלא להחזיק, הרי דס"ל להרמב"ן דתפיסה מהני בקרקע אפילו במקום חזקת

מרא קמא, והרי זה חשיב כמאן דהקרקע תחת ידו על ידי החזקתו בלבד, ומכל מקום בלא ראייה הדרה ארעא למרא קמא, דאלימא ראייה דחזקת מרא קמא לאפוקי מתפיסת המחזיק, אבל היכא דאית ליה למחזיק מיגו הרי מועיל לו המיגו לאוקמי הקרקע בידו שכבר תפוס הוא בה, והיינו אליבא דהלכתא, אבל רב יוסף סבר דאפילו בכהאי גוונא לא מהני מיגו כנגד ראייה מעליא דחזקת מרא קמא, ואע"ג דתפוס בהקרקע עדיין הוה ליה מיגו להוציא, דכיון דראייה דחזקת מרא קמא מוציא מתפיסת המוחזק הרי מיגו דידיה נחשב מיגו להוציא.

ומשום הכי פליג הרמב"ן על פירוש השני דנחלקו היכא דהחזיק בה שלש שנים, וס"ל להרמב"ן דבכהאי גוונא לא הוי קאמר רב יוסף דהוי מיגו להוציא, שהרי לא בא המיגו אלא לקיים החזקת שלש שנים שלא תהא חזקה שאין עמה טענה על ידי ביטול אונו, ובשלמא אם לא היתה הקרקע חשובה כתפוסה בידו היה אפשר לומר דכיון דבלא המיגו הרי הקרקע בחזקת המרא קמא והשתא על ידי המיגו באנו להעמידה בחזקת המחזיק הרי גם בכהאי גוונא חשיב מיגו להוציא, אבל כיון דס"ל להרמב"ן דמחזיק כתפוס, ולא הוי מיגו להוציא אלא משום דהוי כנגד הראייה מעליא דחזקת מרא קמא, אם כן הכא דאית ליה נמי ראייה מעליא דחזקת שלש שנים בודאי לא חשיב מיגו להוציא.

ועיין בתוס' בד"ה אמאי נראה דפליגי וז"ל: ותירץ ריב"ם דלא אמרינן מיגו להוציא ממון ומה שהוא מוחזק בקרקע אינו כלום דקרקע בחזקת בעליה קיימא כיון שאין לו שטר ולא חזקה, עכ"ל, יעו"ש, ולדעת הריב"ם אין תפיסת המוחזק בקרקע חבירו נחשבת לכלום.

פרק ו

בו יובא קושית הר"ן דטוען אין חטפי ודידי חטפי יהא נאמן בשבועה במיגו דאי בעי טעין לא חטפי כי היכי דבמפקיד בשטר יכול לטעון החזרת מיגו דנאנסו, ויבאר אליבא דרש"י דחלוק שומר מעד אחד מעידו, דבשומר השבועה באה להפיס דעתו של מפקיד.

[שבועות מז.] דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה אתא לקמיה דרבי אמי יתיב רבי אבא קמיה אייתי חד סהדא דמיחטף חטפא מיניה אמר ליה אין חטפי ודידי חטפי אמר רבי אמי היכי לידיינו דייני להאי דינא נימא ליה זיל שלים ליכא תרי סהדי נפטריה איכא חד סהדא נימא ליה זיל אישתבע כיון דאמר מיחטף חטפי הוה ליה כגזלן אמר ליה רבי אבא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, יעו"ש.

וכתב הר"ן וז"ל: לישתבע שבועה שהעד מחייבו אין יכול דהא מודה דחטף והעד מחייבו לשבועה שלא חטף והא ליכא למימר דלישתבע דדידיה חטף שאין שבועה זו מוטלת עליו זהו לשון רש"י ז"ל ומקשו הכא ואמאי לא לישתבע דדידיה חטף ויהא נאמן בשבועה מגו דאי בעי אמר לא חטפי דמהימן בשבועה וכי תימא מגו בשבועה לא אמרינן ליתא דהא אמרינן בפרק המוכר את הבית (דף ע.) דהמפקיד אצל חבירו בשטר ואמר החזרתי נאמן מגו דאי בעי אמר נאנסו ופרכינן ואי אמר נאנסו לאו שבועה בעי ומפרכינן מאי נאמן בשבועה תירצו בתוספות דלא אמרינן מגו לאכחושי סהדא דלא חציף איניש לאכחושי וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכן כתבו התוס' בבבא בתרא (דף לד.) בד"ה הוי בסגנון אחר קצת, יעו"ש.

והר"ן הביא דברי רש"י דאינו נשבע דידי חטפי דאין שבועה זו מוטלת עליו, ואחר כך הקשה דיהא נאמן לישבע דידי חטפי מיגו דאי בעי טעין לא חטפי, וכההיא דהחזרתי מיגו דנאנסו, ותירץ דלא חציף להכחיש העד, ולא נתברר מדבריו אם קושיתו ותירוצו הם גם לדברי רש"י או רק לסברא דידיה.

ולכאורה נראה דרש"י לא הוקשה לו כלל קושית הר"ן, דאילו כן היה לו לפרש למה ליכא מיגו, דהיינו קושיא פשוטה לפי הסוגיא דבבא בתרא, ועמדו על זה הראשונים, ולמה הספיק לו לומר דאין שבועה זו מוטלת עליו בלי להזכיר למה ליכא מיגו, וכמו שמצינו בדברי רש"י בכתובות (דף צא.): בד"ה אחריות דנפשיה שהקשה מסוגיא ערוכה דבבא מציעא ותירץ, יעו"ש, וכן בכמה מקומות, ולמה לא חש להזכיר סוגיא ערוכה דבבא בתרא דיכול לישבע על ידי מיגו, ולכאורה משמע דרש"י ס"ל דאין מקום להקשות כלל מסוגיא דהתם, ואם כן הוא צריכים לחלק בין סוגיא דידן לסוגיא דבבא בתרא.

והנה בהא דאמרינן שם בבבא בתרא דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו, ואע"ג דאם טען נאנסו היה נשבע שבועה דאורייתא, השתא נמי כשטוען החזרתי נשבע ונאמן במיגו, באמת יש לדקדק מהיכן באה שבועה זו שהחזרתי, והרי אין בכח חכמים לחדש

שבועה דאורייתא שלא הוזכרה בתורה, אם לא שנאמר כשיטת הרמ"ה דיכול לישבע שבועה חמורה מדרבנן לקיים המיגו, ועיימש"נ בש"ט פ"ח, וצריך לומר דכשהתורה חייבה השומר לישבע על טענת נאנסו הטילה נמי שבועה על טענה דמסתעפת ממנה, ואם בא בטענת החזרתי מיגו דנאנסו חל חיוב שבועה דנאנסו גם על טענת החזרתי כיון שהיא באה במיגו דנאנסו.

אכן עדיין לא יתיישב שאין התחלה לדברים אלו, דהיאך אפשר לומר דטענת החזרתי נחשבת טענה המסתעפת מטענת נאנסו, הלא טענת נאנסו אית בה שבועה וטענת החזרתי אין בה שבועה, ואם כן בעצם ליכא מיגו, ורק אם נטיל עליה חיוב שבועה דנאנסו אז תסתעף מטענת נאנסו, אבל בלי הטלת השבועה ליכא מיגו ואם כן אין הטענה מסתעפת מטענת נאנסו, ולא שייך בה חיוב שבועה דנאנסו. אלא דיש לומר דחיוב שבועת השומרים אינה באה מחמת גרעון טענת השומר, דהא נשבע גם בטענת שמא של המפקיד, אלא שהתורה הטילה עליו שבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית, כדאיתא בבבא מציעא (דף לה:), יעו"ש, אבל מצד הטענה עצמה ליכא גרעון, ולכן גם בטענת החזרתי מיגו דנאנסו בעצם איכא מיגו מעליא גם בלי שבועה דנאנסו, והרי טענת החזרתי מסתעפת מטענת נאנסו בעצם על ידי המיגו, וכשהתורה הטילה שבועה על השומר להפיס דעתו של בעל הבית היינו שהטילה שבועה על כל טענה המסתעפת מינה, ואילו לא היה נשבע על טענת החזרתי היה המיגו בטל על ידי מה שאינו נשבע, אבל מכיון שהשבועה חלה גם על טענת החזרתי הרי הוא נאמן על ידי המיגו אע"ג דטענת החזרתי אינה מועילה כשהופקד בשטר.

וכל זה הוא בשבועת השומרים שהשבועה אינה אלא להפיס דעתו של בעל הבית, אבל בשבועת עד אחד הרי חייבה אותו התורה לישבע מחמת גרעון טענתו כשעד אחד מכחישו, ונאמנותו לטעון לא חטפתי כנגד העד הוא אך ורק על ידי שבועתו, ואם כן בטענת דידי חטפי ליכא מיגו כלל אלא אם הוא נשבע, והרי אין שבועה זו מוטלת עליו, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, ואין לחדש שבועה דאורייתא שאינה כתובה בתורה, וגם על ידי מיגו אין להשביעו משום טענה המסתעפת מטענת לא חטפתי, שהרי אין טענת דידי חטפי מסתעפת ממנה כיון דליכא מיגו הואיל ואילו היה טוען לא חטפתי היה צריך לישבע ובטענת דידי חטפי ליכא שבועה, וכמש"נ, ואזלא קושית הר"ן.

אולם הר"ן הקשה שפיר על סוגיא דידן מסוגיא דבבא בתרא, דהר"ן ס"ל להלן בדבריו דאין לחלק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן לענין מיגו, ואם נתחייב שבועה דאורייתא והיה יכול לטעון טענה אחרת שאינו צריך לישבע עליה אלא שבועת היסט ליכא מיגו ואינו נפטר משבועה דאורייתא, ועיימש"נ בש"ט פ"ז, ולפי זה יש לומר דהא דנשבע על טענת החזרתי מיגו דנאנסו לא הוי שבועה דאורייתא המסתעפת מטענת נאנסו, כמש"נ, אלא שבועת היסט בעלמא, ואע"ג דאילו היה טוען נאנסו היה נשבע שבועה דאורייתא והשתא אינו נשבע אלא היסט אין זה מבטל המיגו כיון דבין כך ובין כך צריך לישבע, ואם כן שפיר הקשה דלמה לא נימא כן גם בטוען אין חטפי ודידי חטפי, ועל זה תירץ דלא חציף איניש לאכחושי סהדא, ועיימש"נ בש"ט פ"ז.

פרק ז

בו יבואר מה שהוכיח הר"ן דבהעדאת עד אחד על הבעל דין לשלם או לישבע להכחיש העד מהא דאמרין כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה, ואע"ג דדין זה נאמר לגבי הא דלא בעינן טענת שתי כסף לשבועת עד אחד דלא כשבועת מודה במקצת.

[שבועות מז.] דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה וכו' אמר ליה אין חטפי ודידי חטפי וכו', יעו"ש, והקשה הר"ן דלמה אינו נאמן לטעון דידי חטפי בשבועה מיגו דאי בעי טעין לא חטפי בשבועה כי היכי דאמרין בבבא בתרא (דף ע.) גבי מפקיד בשטר דנאמן לטעון החזרתי בשבועה מיגו דאי בעי טעין נאנסו בשבועה ותיירץ דלא חציף להכחיש העד וליכא מיגו, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ט פ"ו.

עוד הביא הר"ן תירוצ שני לקושיתו וז"ל: עוד יש לומר דהיינו טעמא דלא מהימן בשבועה למימר דידי חטפי מגו דאי בעי אמר לא חטפי לפי שהתורה האמינה עד אחד לענין שבועה כשני עדים לענין ממון וכדתניא בפרק שבועת הדיינין (דף מ.) כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה וכיון שיש לו נאמנות לענין שבועה כשנים לענין ממון יש לבעל הדין לשלם או לישבע להכחיש העד אבל כל שלא הכחישו לא מצי למימר דידי חטפי לענין שבועה כי היכי דלא מצי למימר הכי לענין ממון עכ"ל, יעו"ש.

וקשה דהלא הא דאמרין התם דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה הוא לענין דינא דטענת שתי כסף, דתנן במתניתין (דף לח:) שבועת הדיינין הטענה שתי כסף וההודאה בשוה פרוטה, יעו"ש, ועל זה קאמר בגמרא אמר רב נחמן בר יצחק אמר שמואל לא שנו אלא בטענת מלוה והודאת לווה אבל טענת מלוה והעדאת עד אחד אפילו לא טענו אלא בפרוטה חייב מאי טעמא דכתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה ותניא כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה, יעו"ש, והיכן ראה הר"ן בדין זה, דלא בעינן טענת שתי כסף לשבועת עד אחד, הוכחה דצריך להכחיש העד ואם לא הכחישו צריך לשלם.

עוד יש לדקדק במה שכתב דכיון דעד אחד נאמן כשנים לענין שבועה יש לבעל הדין לשלם או לישבע להכחיש העד, כנ"ל, דבהשקפה ראשונה נראים הדברים כאילו הוא דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, אכן זה אינו, דהא גם במודה במקצת אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, כדמבואר להלן בסוגיין, ואע"ג דהתם בעינן טענת שתי כסף, ודינא דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון לא שייך אלא בשבועת עד אחד ולא בשבועת מודה במקצת, ועל כרחך מאי דקאמר יש לבעל דין לשלם או לישבע הוא דין מיוחד לשבועת עד אחד, והדבר צריך ביאור.

ונראה דהר"ן בא להוכיח דדין שבועת עד אחד חלוק מדין שבועת מודה במקצת, דהודאה במקצת גורמת דררא בחלק הכפירה שאולי הוא משקר, ולכן הטילה עליו

התורה שבועה לברר טענתו, אבל דין שבועת עד אחד עדיף משבועת מודה במקצת, דכי היכי דמצינו דשני עדים שמעידים שחטף מחזיקים את התובע, כמו כן נמי עד אחד שמעיד שחטף מחזיק את התובע, ואע"פ שהנסכא ביד הנתבע והוא טוען ידי חטפי התובע הוא המוחזק ולא הנתבע, אלא דאם ליכא אלא עד אחד יכול הנתבע לישבע כנגדו ולהכחישו ועל ידי זה הוגרע כח העד אחד ושוב אין בו כח להחזיק התובע, והיינו דינא דקם לשבועה, אבל כל זמן שלא נשבע הנתבע עדיין התובע הוא המוחזק, ולכן לא מהני מיגו להוציא מיד המוחזק, ואפילו אם ישבע דדידיה חטף אין זה אלא חיזוק בהמיגו שלו, אבל אין בזה הכחשת העד אחד, ולא הוגרעה נאמנותו כלל על ידי זה, ונשארה הנסכא מוחזקת להתובע, ולא מהני המיגו להוציא מחזקתו, דהא אין דבריו מכחישים העדאת העד אחד.

והביא הר"ן ראייה על כך מסוגיא דלעיל דאין בשבועת עד אחד דין טענת שתי כסף כמו במודה במקצת, ואילו היתה שבועת עד אחד דומה לשבועת מודה במקצת, דכי היכי דהודאתו במקצת מעוררת דררא בכפירת הנתבע כן נמי העדאת העד אחד מעוררת דררא בכפירתו, היה לנו ללמוד שבועת עד אחד משבועת מודה במקצת במה מצינו להצריך טענת שתי כסף, אלא מבואר דשבועת עד אחד הוי סוג אחר של שבועה, והיינו שהעד אחד מחזיק התובע כי היכי דשני עדים מחזיקים אותו, ומכל מקום אמרה תורה דאם נשבע להכחיש העד הוגרע כחו ושוב אין העדאתו מחזקת התובע, וכמש"נ.

והיינו מה שכתב הר"ן דיש לבעל הדין או לשלם או לישבע להכחיש העד, ואין זה שייך כלל לדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא דזהו עיקר יסוד דינא דשבועת עד אחד, דאו ישלם מפני שהתובע הוחזק על ידי העד אחד או ישבע להכחיש העד ולבטל המוחזק, כמש"נ, וזה לא שייך אלא בשבועת עד אחד ולא בשבועת מודה במקצת, אכן מכל מקום למאן דלית ליה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אין לחייב את הנתבע, דלדידיה כל היכא דאיכא חיוב שבועה שאינו יכול להתקיים נשאר הדין מעוכב השבועה ואין להתקדם הלאה לא לחייבו ולא לפוטרו, ונשאר הדין תלוי ועומד והנתבע הולך לו, ועיימש"נ בשי"ח פ"ח, וכן באינו יכול לישבע שבועת עד אחד אין להוציא ממנו, שהרי חזקת התובע עומדת להתבטל על ידי שבועה, והרי אינו יכול לישבע, ונמצא הדין תלוי ועומד והנתבע הולך לו, ולמאן דאית ליה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אמרינן דכיון שאינו יכול לישבע בטלה השבועה והדין מתקדם ומחייבים אותו לשלם, וכן בעד אחד אם הנתבע אינו יכול לישבע נתבטל דין השבועה והרי התובע הוחזק על ידי העד אחד, ואין החזקה מעוכבת שבועה שהרי נתבטלה, ולכן על הנתבע לשלם, אבל בין כך ובין כך עיקר דין שבועת עד אחד הוא שהתובע הוחזק על ידי העד אחד כל זמן שלא הכחישו הנתבע בשבועה, וכמש"נ, ועיימש"נ בש"ט פ"ח.

פרק ח

בו יבואר שיטת הרמב"ם דשכיר ששכרו בעד אחד אין העד כלום ואינו נשבע ונוטל, ושיטת הרמ"ה דבעל הבית נאמן לומר נתתי שכר במיגו דלא שכרתיך ונשבע שבועה חמורה מדרבנן ונפטר, ויבואר לדבריהם מה שאין החוטף נאמן לומר דידי חטפי מיגו דלא חטפתי.

[רמב"ם פי"א שכירות הל"ו] כתב הרמב"ם ז"ל: כל שכיר ששכרו בעדים ותבעו בזמנו ואמר בעל הבית נתתי לך שכר והשכיר אומר לא נטלתי כלום תקנו חכמים שישבע השכיר בנקיטת חפץ ויטול וכו' שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם ולא שכרתיך נאמן לומר שכרתיך ונתתי לך שכר וישבע בעל הבית היסת וכו' היה לו עד אחד ששכרו אינו מועיל לו כלום וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומקור לדברי הרמב"ם הוא מגמרא שבועות (דף מה:): אמר רב נחמן אמר שמואל לא שנו אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך מעולם יכול לומר לו שכרתיך ונתתי לך שכר וכו', יעו"ש, אכן בגמרא לא הוזכר דין שכרו בעד אחד אם השכיר נשבע ונוטל.

וכתב המגיד משנה ז"ל: היה לו עד אחד וכו' דין זה לא נתבאר בגמרא בבירור ומכל מקום נכון הוא דאם איתא דעד אחד סגי לא היו אומרים בגמרא שכרו בעדים ועוד שזה מן הדין אפילו כששכרו בעדים לא היה לו לשכיר ליטול בשבועה אלא מן התקנה ובעד אחד לא מצינו שהתקינו גם הרב רבינו מאיר ז"ל כתב כן דבעד אחד אין השכיר נשבע ונוטל אלא שאמר דחזרה שבועת בעל הבית מהיסת לשבועה חמורה כעין של תורה ונתן טעם לדבר דכיון שהטעם הוא כששכרו שלא בעדים מדין מגו שיכול לומר לא שכרתיך כשיש עד אחד שאם היה אומר לא שכרתיך היה נשבע מדין תורה כשאומר שכרתיך ונתתי לך שכר נשבע מתקנת חכמים כעין של תורה ולדברי רבינו שכתב שאין עד אחד כלום יש לומר דכיון שאין שם עדים גמורים חזר הדין לדין תורה ואין שם תקנה בשכיר יום יותר משאר תובעים עכ"ל, יעו"ש.

והנה בגמרא מבואר להדיא דטעמא דאין השוכר נשבע ונוטל כששכרו בלא עדים הוא מפני שהבעל הבית יש לו מיגו דאי בעי אמר לא שכרתיך, והרמ"ה ס"ל דאם שכרו בעד אחד נמי אינו נשבע ונוטל משום שבעל הבית נאמן לומר נתתי לך שכר מיגו דאי בעי אמר לא שכרתיך, אכן אילו היה אומר לא שכרתיך היה צריך לישבע כנגד העד אחד, ולכן גם בטענת נתתי שכר צריך לישבע לקיים המיגו, וכמו דאמרינן בבבא בתרא (דף ע.) דהמפקיד אצל חבירו בשטר נאמן הנפקד לומר החזרתי מיגו דאי בעי טעין נאנסו, וכשם שטענת נאנסו נאמנת רק בשבועה צריך לישבע גם על טענת החזרתי, וכן בטוען נתתי שכר צריך לישבע כיון דאילו טען לא שכרתיך היה צריך לישבע כנגד העד אחד, ואע"ג דשבועת העד אחד היא מדאורייתא, ואין לישבע שבועה דאורייתא על טענת נתתי שכר שאין העד אחד מנגד לה, מכל מקום יכול לישבע שבועה חמורה מדרבנן וזה מספיק לקיים המיגו ולעכב השכיר מלישבע וליטול, ואהני העד אחד שאין

הבעל הבית נפטר בשבועת היסת בלבד אלא צריך לישבע שבועה חמורה מדרבנן. אולם הרמב"ם כתב שאין העד אחד כלום, ומבואר דהבעל בית נפטר בשבועת היסת גרידא כדין כל כופר הכל, ועל זה כתב המגיד משנה דטעמא דידיה משום שלא התקינו שיהא השכיר נשבע ונוטל במקום ששכרו בעד אחד, ואע"ג דבגמרא איתא להדיא דאם שכרו בלא עדים אין השכיר נשבע ונוטל משום שיש לבעל הבית מיגו, ולא קאמר שלא התקינו שיהא נשבע ונוטל במקום דליכא עדים, אלא איצטריך להמיגו, ואם כן לא גרע היכא דשכרו בעד אחד דאיצטריך להמיגו, אלא ביאור דברי המגיד משנה הוא דכיון שיש לבעל הבית מיגו במקום ששכרו בעד אחד לא התקינו חכמים לשכיר בכהאי גוונא לישבע וליטול, ואילו מצד המיגו היה צריך לישבע שבועה חמורה מדרבנן, וכיון שלא התקינו שישבע ויטול בכהאי גוונא אינו נשבע אלא שבועת היסת בלבד, אבל אם לא היה לו להבעל הבית מיגו כששכרו בעד אחד לא היה נתמעט מתקנת שכיר לישבע וליטול, ונמצא דגם הרמב"ם ס"ל כהרמ"ה דיכול לישבע שבועה חמורה מדרבנן לקיים המיגו, כמש"נ, אלא כיון דאיכא מיגו ליכא תקנה כלל ואינו נשבע אלא שבועת היסת, כמש"נ, ומשום הכי אין העד אחד כלום.

אכן קשה טובא לשיטתייהו מהא דאמרינן לקמן שם (דף מז.) דבחטף נסכא והעד מעידו שחטף והוא טוען אין חטפי ודידי חטפי דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולמה אינו נאמן לטעון דידי חטפי מיגו דאי בעי אמר לא חטפתי, ואע"ג דאם טען לא חטפתי היה העד אחד מחייבו שבועה, השתא נמי שטוען דידי חטפי ישבע לקיים המיגו, וכההיא דמפקיד בשטר, כנ"ל, כן הקשו הראשונים על הסוגיא שם ובבבא בתרא, ועיימש"נ בש"ט פ"ו, והתוס' והר"ף תירצו דלא חציף להכחיש העד, אכן להרמב"ם והרמ"ה לא יתכן תירוץ זה דהא הם ס"ל דבשכרו בעד אחד בעצם נאמן בעל הבית לומר נתתי שכרך מיגו דאי בעי מכחיש העד ואומר לא שכרתיך מעולם, וגם מה שנתבאר לן בדברי רש"י שם לחלק בין שבועת השומרים לשבועת עד אחד לא יתכן לשיטתייהו דאיכא מיגו גם במקום עד אחד.

ונראה דהרמב"ם והרמ"ה יכולים לתרץ קושיא זו לפי תירוץ השני של הר"ף דאינו נאמן לטעון דידי חטפי מיגו דאי בעי טעין לא חטפתי כיון שאינו מכחיש העד אחד, וכל שלא הכחיש העד אחד צריך לשלם, ועיימש"נ בש"ט פ"ז דכי היכי דבשנים מעידים שחטף נשאר התובע המוחזק ואינו נאמן לומר דידי חטפי כנגד המוחזק, כן נמי אם בעד אחד מעיד שחטף הרי התובע עדיין מוחזק בהנסכא אלא אם כן נשבע להכחישו, ולפי זה יש לומר דכל זה הוא בנסכא שהתובע מוחזק בו אע"פ שהוא ביד החוטף, ואפילו אם נאבד הנסכא הרי מוחזק שממונו גביה, אבל בעד אחד מעיד ששכרו לא נעשה השכיר מוחזק בשום דבר על ידי זה, דדילמא נתן לו שכרו בזמנו, ואפילו אם שכרו בשני עדים לא הוחזק בשום דבר, ואי משום חזקת חיוב הרי עומד לפרעון ויכול לבטלו בטענת פרעתי, ועיימש"נ בש"י פ"ב, והא דנשבע ונוטל כששכרו בשני עדים הוא מפני שאין לבעל הבית מיגו כנגד זכות השכיר לישבע וליטול מפני התקנה, אבל אם שכרו בעד אחד יש לבעל הבית מיגו כנגד השכיר, ויכול לקיים המיגו על ידי שבועה

חמורה מדרבנן, ואינו צריך להכחיש את העד, ולהרמב"ם נסתלקה כל התקנה ואינו נשבע אלא שבועת היסט, כמש"נ.

ונמצא לפי זה דיש שבועת עד אחד בכהאי גוונא דאין העד אחד מחזיק התובע, ואם כן לא הוי אלא דררא בטענת הנתבע כמו מודה במקצת, ולפי מה שנתבאר לן בדברי הר"ן היה צריך להיות הדין דבעינן טענת שתי כסף, ולא מצינו הלכה כזו, אכן יש לומר דכיון דלפעמים העד אחד מחזיק התובע אין ללמוד דין טענת שתי כסף ממודה במקצת.

פרק ט

בו יבואר קושית הר"ן דיורשין שאמרו חמשין אית לך וחמשין לית לך יפטרו משבועת מודה במקצת מיגו דאי בעו אמרי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ומה שתירץ דגם באמרו אין אנו יודעין חייבין היסת או דמיגו דאי בעו אמרי אין אנו יודעין לאו מיגו הוא.

[שבועות מז.] אמר ליה רבי אבא הוה מחויב שבועה ואין יכול לישבע וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אמר רבא כוותיה דרבי אבא מסתברא דתני רבי אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין היכי דמי אילימא דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשין אית ליה וחמשין לית ליה מה לי הוא מה לי אבואה אלא לאו דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך אמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא אי אמרת בשלמא אביו כי האי גוונא מיחייב איצטריך קרא למיפטר גבי יורשין וכו', יעו"ש.

וכתב הר"ן וז"ל: ואם תאמר אם כן דבאיני יודע פטורין והיכא דאמר בברי חמשין אית לך וחמשין לית לך חייבין להימננהו כי אמרי חמשין אית לך וחמשין לית לך מגו דאי בעו אמרי אין אנו יודעין יש לומר דאי נמי אמרי אין אנו יודעין שבועה בעו שאין יודעין אלא דאבואה כהאי גוונא משלם ואינהו פטרי בשבועה עכ"ל, יעו"ש, ובמה שהקשה למה נשבעים שבועת מודה במקצת אם אמרו חמשין אית לך וחמשין לית לך, והא אית להו מיגו דאי בעו אמרי חמשין לא ידענא, אזיל בזה לשיטתו לעיל (דף מה:): דאית ליה מיגו לאפטורי משבועה, ונחלקו בזה הראשונים, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ט פ"י. ובקושיתו סלקא דעתיה דיורשים שטענו אין אנו יודעים אין נשבעים היסת, ולכן הקשה למה נשבעים כשהודו במקצת והרי אית להו מיגו דאי בעו אמרי אין אנו יודעים ולא היו נשבעים אפילו היסת, ואם כן השתא נמי לא ישבעו, ועל זה תירץ דגם יורשים נשבעים היסת ונתבטל המיגו, ואע"ג דאילו היו טוענים אין אנו יודעים היו נשבעים היסת והשתא שטענו חמשין אית לך וחמשין לית לך נשבעים שבועה דאורייתא, ולכאורה עדיף להו לטעון אין אנו יודעים, צריכים לומר דס"ל להר"ן דאין בזה כל כך נפקא מינה ואין זה מספיק לקבוע עליו מיגו, ולכן לא הקשה הר"ן למאן דלית ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם היכי משכחת לה לעולם שבועת מודה במקצת והרי יש לו מיגו דאי בעי אמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דפטור מלשלם, אלא מבואר דזה לא הוקשה לו להר"ן דהא אילו היה טוען חמשין ידענא וחמשין לא ידענא היה נשבע היסת משום הכי ליכא מיגו, ולא הקשה אלא ביורשים דסלקא דעתיה דאינם נשבעים היסת אם אמרו אין אנו יודעים, ומסיק דגם יורשים נשבעים היסת אם אמרו אין אנו יודעים.

ובהא דסלקא דעתיה דיורשים שאמרו אין אנו יודעים אין נשבעים היסת כמו כל כופר הכל דנשבע היסת אם אמר אינו יודע, נראה דהר"ן אזיל בזה לשיטתו בכתובות (דף יב:) דהא דהאומר איני יודע נשבע היסת שאינו יודע הוא מפני דאם לא כן בטלת

שבועת היסט בכופר הכל, דכל אחד יטעון איני יודע ויפטר בלא שבועה, יעו"ש, ולא כפירוש רש"י בבבא קמא (דף קיח.) דאין לחלק בין טוען ברי לטוען שמא, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ח פ"א, וכיון שכן דעיקר תקנת שבועת היסט היתה למי שכופר בטענת ברי, ומי שכופר בטענת שמא אינו נשבע אלא מחמת סברת אם כן בטלת, היה אפשר לומר דיורשים דלא הוה להו למידע אין נשבעים היסט אם אמרו אין או יודעים.

ובתירוצו מחדש הר"ן דגם יורשים נשבעים היסט אם אמרו אין או יודעים, אכן נראה דלא חזר בו מסברתו דאם כן בטלת לא שייכא ביורשים דלא הוה להו למידע, דהנה יש לדקדק בלשונו שכתב דאבוה כהאי גונא משלם ואינהו פטרי בשבועה, כנ"ל, ולמה ראה להזכיר שאביהם בכהאי גונא היה משלם, והלא העיקר הוא שהם פטורים ומכל מקום נשבעים היסט, ומשום הכי לית להו מיגו לפוטרים משבועת מודה במקצת, ומה לי שאביהם היה חייב לשלם מדינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא נראה כונתו בזה דלולי הך דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם היה אביהם נתחייב לישבע היסט שאינו יודע, והיה זוכה המלוה שהלוה ישבע היסט, ונמצא שהיורשים ירשו ממון שיש עליו חיוב שבועת היסט, ובעל כרחם נשבעים אע"ג דלגבי דידהו לא שייכא טעמא דאם כן בטלת, והיינו מה שכתב הר"ן דאביהם אינו נשבע היסט הואיל ומשלם ממון, אבל לולי הך דינא, או למאן דלית ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, לא היה נפטר אם אמר איני יודע אלא על ידי שבועת היסט, וממילא גם היורשים שבאים במקומו אין נפטרים אלא על ידי שבועת היסט, ואע"ג דלא הוה להו למידע, וממילא נתבטל המיגו כיון דגם אם היו אומרים אין או יודעים היו נשבעים על כל פנים שבועת היסט. עוד כתב הר"ן בישוב קושיתו וז"ל עוד יש לומר דמגו דאי בעי אמרי איני יודע לאו מיגו הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי תירוץ זה באמת אין היורשים נשבעים היסט כשאומרים אין או יודעים, דהא לא הוה להו למידע, ומכל מקום אינם נפטרים משבועת מודה במקצת כי אמרי חמשין אית לך וחמשין לית לך במיגו דאי בעי אמרי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, דמיגו דאי בעי אמרי איני יודע לאו מיגו הוא, ולפום ריהטא היה אפשר לומר דהיינו טעמא משום שאין רוצה לטעון איני יודע אפילו לפטור עצמו מן הממון ומן השבועה, אולם לא יתכן לפרש כן בדברי הר"ן, שהרי כתב דבטוען איני יודע נשבע היסט דאם לא כן בטלת תורת שבועת היסט, כנ"ל, ואם לא ניחא ליה לאדם לטעון איני יודע למה ניחוש שתבטל תורת שבועת היסט אם לא ישבע על טענתו, אלא לכאורה כונת הר"ן על פי מה שכתב הקובץ שעורים (חלק ב' סי' ג') בשיטתו דס"ל דמיגו הוי כח הטענה ולא בירור בעלמא דמה לו לשקר, יעו"ש, ועיימש"נ בש"י פי"ז, ולפי זה יש לומר דאיני יודע אינה טענה המועילה לו, אלא דנפטר אע"פ שלא טען, ואין באמירתו איני יודע כח הטענה שיעבור לטענה אחרת, ומשום הכי אי בעי אמר איני יודע לאו מיגו הוא.

פרק י

בו יבואר הא דסלקא דעתיה להרשב"ם דכיון שנאמן הנפקד לטעון החזרתי מיגו דאי בעי טעין נאנסו יהא פטור גם משבועה אף דבנאנסו חייב לישבע, ושעל זה תירץ דמשבועת ה' תהיה בין שניהם מוכח דלא פטרינן ליה משבועה שהחיוב שבועה הוא להמפקיד ולא לב"ד.

[**בבא בתרא ע.**] בעא מיניה רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר לו החזרתים לך מהו מי אמרינן מיגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי מהימן או דילמא מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי אמר ליה מהימן ולימא ליה שטרך בידי מאי בעי אמר ליה וליטעמך וכי אמר ליה נאנסו מי מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי אמר ליה סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי הכא נמי מאי נאמן נאמן בשבועה, יער"ש.

וכתב הרשב"ם בד"ה לאו שבועה בעי וז"ל: בתמיה והשתא אמרת נאמן בלא שבועה ועל ידי מיגו לא מצית למיפטריה משבועה על ידי טענתו לקיימה בלא שבועה כדכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם עכ"ל, יעו"ש, וקשה דהיאך סלקא דעתין דהמיגו יפטרנו משבועה, והא ליכא מיגו אלא על ידי השבועה, דאילו היה טוען נאנסו היה צריך לישבע, ואפילו אם בעלמא נאמר מיגו לאפטורי משבועה היאך סלקא דעתין הכא לפוטרו בלא שבועה, ועוד קשה דהיכן ראה הרשב"ם במאי דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם דלא אמרינן מיגו לפוטרו מן השבועה.

ונראה דאין הכי נמי אם לא היינו מחייבין אותו שבועה כשטוען החזרתי לא היה נאמן מיגו דנאנסו, דיותר נוח לו לטעון החזרתי דאינו נשבע עליה מלטעון נאנסו המחייבתו שבועה, ועל כרחך נתחייב שבועה בטענת החזרתי, אולם השתא דטענת החזרתי מחייבתו שבועה הרי אית ליה הנאמנות דמיגו מיד כשטוען החזרתי, דכיון שהוציא משפתיו טענת החזרתי אית כאן הוכחה דמה לו לשקר שהאמת כדבריו, דאילו היה משקר היה לו לטעון נאנסו, ונמצא דשוב אין כאן מקום לשבועתו, שהרי כבר נתבררה אמיתת טענתו על ידי טענתו גרידא ומדין מה לו לשקר, ונמצא דעל ידי החיוב שבועה גרידא אית לו המיגו ולא על ידי השבועה בפועל, וכיון דכבר נתבררה טענתו על ידי המיגו ותו אין כאן צורך לבירור נוסף היאך נשביענו לשוא, והלא אין להשביעו בכדי, וגם אין לבטל המיגו שהרי הוא מוכן ועומד לישבע, ויצא לנו דאהני המיגו לפוטרו מן השבועה בפועל, וכן מוכח נמי ממה שכתב הרמב"ם בפ"ב שכירות הלי"ב, ועיימש"נ בש"ט פ"א.

וע"ז תירץ הרשב"ם דאין לפוטרו מן השבועה על ידי המיגו דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם, דעיקר החיוב שבועה לא הוי רק לברר הדבר לבית דין, אלא הוא מחויב שבועה לשכנגדו, דכי היכי דלפעמים איכא חיוב ממון לפעמים נמי איכא חיוב שבועה, ויכול זה שכנגדו לתבוע ממנו השבועה, ועיימש"נ בזה בש"י"ז פ"ה, ולפי זה כיון דאיכא עליו חיוב שבועה בטענת החזרתי על ידי המיגו, כמש"נ, הרי יכול המפקיד לתבוע ממנו

הך שבועה, ואע"ג דטענתו גרידא מבררת הענין כלפי בית דין, עדיין יכול המפקיד לתבוע השבועה שנתחייב לו, ואין זה נחשב כנשבע בכדי, ויסוד זה מדויק במאי דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם, כלומר שאין חיוב השבועה כלפי בית דין אלא שהוא חובה על השומר לישבע להמפקיד, וכמש"נ, וכן מוכח ממה שפירש רש"י בפרשת משפטים (שמות פרק כ"ב פסוק י') שבועת ה' תהיה בין שניהם ולקח בעליו השבועה ולא ישלם לו השומר כלום, יעו"ש, הרי דחיוב השבועה הוא בגדר תשלומין, והיינו מקרא דהביא הרשב"ם, כמש"נ.

פרק יא

בו יובא מה שכתב הרמב"ם בשומר שנאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו שאין לך מי שנשבע מתוך שיכול לומר כך וכך וישבע בנקיטת חפץ אלא זה השומר בלבד שיש עליו שטר, ויבואר איך הבין הראב"ד בהשגתו את דברי הרמב"ם, ויתיישבו דברי הרמב"ם.

[רמב"ם פ"ב שכירות הלי"ב] כתב הרמב"ם וז"ל: אבל אם הפקיד או השכיר או השאיל בשטר ואמר לו החזרתי לך הרי השומר נשבע בנקיטת חפץ מתוך שיכול לומר שומר חנם שנגנב או אבד וכו' נאמן לומר החזרתי וכשם שאם טען שנאנס נשבע מן התורה בנקיטת חפץ כך אם טען החזרתי ישבע כעין של תורה הואיל ויש שם שטר ביד התובע וכו' אין לך מי שנשבע מתוך שיכול לומר כך וכך וישבע בנקיטת חפץ אלא זה השומר בלבד שיש עליו שטר אבל שאר כל הנשבעין בדין מתוך שיכול לומר אינן נשבעין אלא היסת עכ"ל, והשיג עליו הראב"ד וז"ל: א"א והא איכא נשבע על המשכון לדעת הגאונים וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ולפום ריהטא היה נראה דכונת הרמב"ם במה שכתב אין לך מי שנשבע מתוך שיכול לומר כך וכך וכו' דאין לך חיוב שבועה בנקיטת חפץ הבא לו על ידי מיגו אלא הך דשומר שטען החזרתי מיגו דנאנסו, דהואיל ואיכא חיוב שבועה בנקיטת חפץ על טענת נאנסו איכא נמי חיוב שבועה על טענת החזרתי שהוא טוען מיגו דנאנסו, אבל שאר כל חיוב שבועה הבא על ידי מיגו הוי שבועת היסת, כן משמע מדיוקא דלשון הרמב"ם. אולם לפי זה אין מובנת קושית הראב"ד מנשבע על המשכון לדעת הגאונים דנשבע בנקיטת חפץ, ודין זה הביאו הרמב"ם פי"ג מלוה ולוה הל"ג וז"ל: אבל אם היו שם עדים שחפץ זה משכון בידו ולא ידעו על כמה וכמה אינו יכול ליטול אלא בשבועה והואיל ואין שם עדים ויכול לומר שלי הוא נאמן לומר יש לי עליו כך וכך בשבועה עצמה שהיה נשבע אם היו שם עדים שהוא משכון שאין אומרים מגו לפוטרו משבועה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועמ"ש"נ בש"ט פי"ב, והלא התם לא בא החיוב שבועה על ידי המיגו, דכל מלוה על המשכון נשבע בנטילתו, ואם אין שם עדים שהחפץ משכון היה יכול לטעון שלי הוא ולהפטר ממנו, וסלקא דעתין דיועיל לו המיגו לפוטרו מן השבועה, ולכן כתב הרמב"ם דנשבע אותה השבועה שהיה נשבע אילו היו שם עדים, דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, ואין זה שייך כלל למה שכתב הרמב"ם בדין דאין לך חיוב שבועה בנקיטת חפץ הבא לו על ידי מיגו אלא הך דשומר בלבד.

ולכאורה מוכח דהראב"ד היתה לו הבנה אחרת בדברי הרמב"ם, ורצונו לומר דאין לך מי שיש לו מיגו ועדיין נשבע בנקיטת חפץ, ולא אהני לו המיגו לפוטרו משבועתו, אלא הך דשומר בלבד, אבל שאר כל נשבע אע"פ שיש לו מיגו אינו נשבע אלא היסת, ושפיר הקשה הראב"ד מנשבע על המשכון דיש לו מיגו ונשבע בנקיטת חפץ, ולכאורה גם המגיד משנה הסכים לפירושו שהרי תירץ על קושית הראב"ד דכונת הרמב"ם דאין לך נשבע ונפטר וכו' אבל נשבע על המשכון הוי מן הנשבעין ונוטליו, הרי דס"ל דשפיר הקשה הראב"ד ורק דחילק בין נשבעין ונפטרינן לנשבעין ונוטליו.

ולפי זה אתי הרמב"ם למימר דאין נשבע ונפטר בנקיטת חפץ בשיש לו מיגו אלא זה השומר שיש עליו שטר, אבל שאר נשבע בנקיטת חפץ נפטר על ידי מיגו, ורק הנשבעין היסת אין מיגו פוטרותן, ונמצא דס"ל להרמב"ם דבשבועה דאורייתא או כעין של תורה בנקיטת חפץ אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, חוץ מזה השומר שיש עליו שטר, אבל בשבועת היסת לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, ועל זה שפיר מקשה הראב"ד דהא מצינו בנשבע על המשכון דס"ל להרמב"ם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה אע"ג דהוי בנקיטת חפץ, והמגיד השנה מחלק בין נשבעין ונוטלין לבין נשבעין ונפטריין.

ומבואר מדברי הרמב"ם דבמפקיד בשטר, שהשומר נאמן לטעון החזרתי מיגו דנאנסו ובשבועה, היה ראוי להיות הדין דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה, כדאמרינן בכל הנשבעין בנקיטת חפץ שיש להם מיגו, אלא דהכא הוי יוצא מן הכלל, וצריכין להבין מאי שנא הך שומר מכל הנשבעין בנקיטת חפץ, ועוד יש לדקדק דהיאך שייך הכא כל ענין מיגו לפוטרו מן השבועה, והא גם אילו היה טוען נאנסו היה צריך לישבע, ולכאורה מוכח מדברי הרמב"ם דכח המיגו בכהאי גוונא אינו תלוי בהשבועה, וכדמוכח מדברי הרשב"ם בב"ב (דף ע:): בד"ה לאו שבועה בעי, ועיימש"נ בש"ט פ"י, ואלא דהרשב"ם תירץ דלא אמרינן מיגו לפוטרו משבועה דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם, כמש"נ, אבל הרמב"ם תירץ משום שיש עליו שטר, ודבריו צריכין ביאור.

ובכלל צריכין להבין לפי דברי הרמב"ם, דמהו האלימות דשבועת היסת דלא אמרינן בה מיגו לאפטורי משבועה, ואע"ג דבשבועה חמורה דאורייתא או כעין של תורה בנקיטת חפץ אמרינן בה מיגו לאפטורי משבועה.

ונראה לבאר דברי הרמב"ם עפ"ימש"נ בש"ט פ"ו דחלוק שבועת היסת משאר שבועות ביסוד החיוב, דבשאר שבועה הרי הדררא בגוף הממון מחייבת השבועה, דכיון דאית לן ספק בהממון צריך לישבע לברר דין הממון, מה שאין כן שבועת היסת דבאה אפילו בלי דררא חשובה בהממון, וכלשון רש"י בפ"ק דבבא מציעא (דף ה.) דבית דין משביעין אותו להסיתו להודות, וכל היכא דאיכא אפילו חשש רחוק הרי בית דין מטילין עליו שבועת היסת, ואפילו אם הוא מוחזק ואין להתובע שום ראיה והוכחה לדבריו זולת תביעתו עדיין משביעין אותו שבועת היסת, ומשום הכי לא אמרינן מיגו לפוטרו משבועת היסת, דמיגו לא הוי ראיה ברורה כעדים, ועדיין נשאר צד רחוק אפילו אחר המיגו, ומשביעין אותו היסת, אבל שבועה בנקיטת חפץ באה על ידי דררא חשובה בהממון, והואיל ואית ליה מיגו נתמעטה הדררא, ושוב ליכא מחייב לשבועתו, ורק בשומר שטען החזרתי מיגו דנאנסו לא אהני המיגו לפוטרו מן השבועה, שהרי יש עליו שטר, כמו שכתב הרמב"ם כנ"ל, וחזקה דשטרך בידי מאי בעי אלימא ואיכא דררא מעליא בהממון כנגד טענתו, ודררא זו מחייבת שבועה בנקיטת חפץ, ואף אם אית ליה מיגו ונתמעטה הדררא עדיין נשארה דררא מספקת לחייבו שבועה בנקיטת חפץ, אבל שאר הנשבעין בנקיטת חפץ דלא אלימא הדררא כל כך, אהני להו מיגו לגרע הדררא עד כדי כך שלא נוכל להשביעו, וכל זה הוא בנשבעין ונפטריין, אבל נשבעין

ונוטלין לעולם נשבעין אף אם אית להו מגו, שלא תיקנו להם נטילה אלא על ידי השבועה, וכמו שמצינו דאין עד המסייע פוטר משבועת הנוטלין, ועיימש"נ בשי"ט פ"א.

ואם נפרש דברי הרמב"ם כפי הנראה בהשקפה ראשונה, כנ"ל, דאין לך שבועה שנתחייב על ידי מיגו שנשבע בנקיטת חפץ אלא הך דשומר שיש עליו שטר, אבל שאר כל הנשבעין מדין מיגו אין נשבעין אלא היסת, אזלא קושית הראב"ד ולא דמי כלל להך דנשבע על המשכון, דהתם אין המיגו המחייב של השבועה, ואם כן הוא כונת הרמב"ם, יצא לנו דמי שיש לו מיגו ונשבע היסת הרי שבועתו באה מכח המיגו, הא על טענת המיגו היה צריך לישבע, ואי הכי השתא נמי צריך לישבע, כמו בהחזרתי מיגו דנאנסו. וצריכים לעיין דגם בלי החיוב שבועת היסת הבא על ידי המיגו תיפוק ליה דחייב שבועת היסת על טענתו, דלעולם צריך לישבע היסת על טענתו, וצריך לומר דהיכא דאית ליה מיגו אינו נשבע היסת, ואע"ג דס"ל להרמב"ם דלא אמרינן מיגו לפוטרו מן השבועה, כמו שכתב פי"ג מלוה ולוה הל"ג, כנ"ל, כל זה הוא בשבועה בנקיטת חפץ, אבל בשבועת היסת אהני המיגו לפוטרו מן השבועה, ומכל מקום צריך לישבע היסת שהרי המיגו עצמו מחייבו בשבועת היסת הואיל ועל טענת המיגו נמי היה נשבע היסת. ולפי זה הסברא הפוכה מסברת הרמב"ם לפי הבנת הראב"ד כנ"ל, דאהני מיגו לפוטרו משבועה בנקיטת חפץ אבל לא מהיסת, והשתא אמרינן דאדרבה, אהני המיגו לפוטרו מן ההיסת ולא משבועה בנקיטת חפץ, ויש לחלק עפימש"נ בדברי הרשב"ם בשי"ט פ"י דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה שהוא חייב לחבירו בתורת חיוב כמו חיוב ממון, ושבועה בנקיטת חפץ הוי חיוב כמו ממון, אבל שבועת היסת לא הוי אלא בירור בעלמא, והיכא דאית ליה בירור דמיגו אינו צריך תו לבירור דשבועת היסת.

פרק יב

בו יבוארו דברי הרמב"ם במלוה שבא לגבות חובו מן המשכון, שמחלק בין גובה שלא בפני הלוה או בפני הלוה, ובין אם יש עדים שהחפץ ממושכן בידו או שאין עדים שממושכן בידו, ובין אם סכום החוב ידוע או אינו ידוע, ובאיזה אופן נפטר משבועת המשנה על ידי מיגו.

[רמב"ם פי"ג מלוה ולוה הל"ג] כתב הרמב"ם וז"ל: מלוה שבא לבית דין והביא משכון בידו ואמר זה משכוננו של פלוני הוא ואני רוצה למכרו ולהפרע חובי אין בית דין נזקקין לומר לו המתן עד שיבא לוה ויטעון שאם רוצה לומר לקוח הוא בידי אומר וכו' וכן המלוה את חברו על המשכון ומת הלוה והמלוה בין שמת הלוה תחלה בין שמת מלוה תחלה הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואילו רצה לומר לקוח הוא בידי אומר הרי זה נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כדרך כל הנשבעין ונוטלין ומפני מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח שאילו אמר על עצמו של חפץ זה אתה מכרתו לי אתה נתתו לי היה נשבע היסת ונפטר אבל אם היו שם עדים שחפץ זה משכון בידו ולא ידעו על כמה וכמה אינו יכול ליטול אלא בשבועה והואיל ואין שם עדים ויכול לומר שלי הוא נאמן לומר יש לי עליו כך וכך בשבועה עצמה שהיה נשבע אם היו שם עדים שהוא משכון שאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה אלא לפוטרו מממון שלא יחזיר המשכון עד שיטול מה שטען עכ"ל, יעו"ש.

ובמה שכתב מת הלוה והמלוה וכו' יש כאן שיבוש בהלשון, וכן כתב הראב"ד, וכתב הכסף משנה וז"ל: וצריך לומר דהכי קאמר המלוה על המשכון הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו וכו' הרי זה נשבע בנקיטת חפץ ונוטל ואפילו מתו הלוה והמלוה ואפילו מת לוה תחלה ואחר כך מת מלוה לא הפסיד חובו מפני שהוא על המשכון עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק טובא בדברי הרמב"ם, חדא דמתחלה כתב דהואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואילו רצה לומר לקוח אומר הרי זה נשבע ונוטל, דמשמע דהמיגו הוא סבת השבועה, ובסוף דבריו כתב דאע"ג דאיכא מיגו עדיין נשבע דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, דמשמע דהמיגו הוי סבה לפטור משבועה, וכן קשה למה לא הביא בבבא הקדומה דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה כמו שכתב בסוף דבריו, ועוד קשה מה שכתב אבל אם היו שם עדים וכו', ועל איזו הלכה מוסב הך לשון של אבל, והלא גם מקודם כתב דנשבע ונוטל, והשתא נמי כתב כן, ועוד איכא כמה דיוקים בדברי הרמב"ם להמעין בהם.

ונראה דהכי אזלי דברי הרמב"ם, דבריש דבריו מיירי הרמב"ם בגונא דהחוב ידוע וגם הסכום ידוע, ורק דאין אנו יודעין שחפץ זה מסר לו לוה למלוה בתורת משכון, ובא המלוה לבית דין שלא בפני הלוה ומשכוננו בידו ורצה לגבות חובו מן המשכון, בכהאי גונא אמרינן דכיון דאית ליה מיגו דלקוח נאמן הוא לומר שהחפץ ממושכן בידו, וחשיב על ידי כך מוחזק בהמשכון, ובלי מיגו לא מהימנא טענת משכון גרידא להחזיקו בידו, כמו שכתב הנתיבות המשפט (סי' ע"ב סק"ל), אבל על ידי מיגו חשיב כמוחזק וגובה

חובו מן המשכון שלא בפני הלוה, וגם אינו צריך לישבע, דהא אין הלוה בפנינו ומנא לן שהיה מכחיש דבריו של מלוה אילו הוה קמן, וגם לא טענינן ליה שלא בפניו דהמלוה הוא מוחזק ואין טוענין כנגד המוחזק.

שוב כתב הרמב"ם וכן המלוה את חבירו וכו', ומיירי השתא כגון שהלוה בפנינו וטוען שלא מסר לו החפץ בתורת משכון אלא פקדון הוא בידו או גזול, אבל החוב עצמו עדיין ידוע לנו וגם סכום החוב, וכאן הנידון הוא אם המלוה יש לו שעבוד של משכון על החפץ, ואם יש עדים שהחפץ ממושכן בידו אז ודאי גובה ממנו בלי שבועה, דעל מה ישבע, אלא על כרחך ליכא עדים, והוא נאמן לומר שהחפץ ממושכן לו מיגו דאי בעי אמר לקוח, ועל גונא כזו נתקנה שבועת הנוטלים מדעת הגאונים, כמו שכתב המגיד משנה, ועיימ"ש הראב"ד פ"ב שכירות הלי"ב, ועל הא גופא נתקנה השבועה שאם יש לו מיגו שהחפץ ממושכן בידו עדיין אינו יכול לגבות אלא על ידי שבועה בנקיטת חפץ, ואם כן לא שייך כאן ענין מיגו לאפטורי משבועה, דהרי על טענת המיגו גופא נתקנה הד שבועה, וכמו שמדיוק מלשון הרמב"ם שכתב הואיל והוא וכו', כנ"ל, והוסיף הרמב"ם דאפילו מתו הלוה והמלוה לא הפסיד חובו, ועל כרחך מיירי שהמלוה טען שהחפץ ממושכן בידו קודם שמת, דאם לא כן הרי שפיר יכולים היתומים לטעון מאבי ירשנו וטענינן להו אנן טענת לקוח, כמו שכתב הרשב"ם בב"ב (דף נב.), ועיימ"ש"נ בשי"ג פ"ט, ועל כרחך מיירי שטען משכון הוא בידו ומת, ואמרינן דכיון שהיה לו מיגו דלקוח נעשה מוחזק על החפץ, ואם מת הרי יורשיו מוחזקים במקומו וגובין החוב ממנו, ואע"ג דאיכא שבועת הנוטלין בהך גביה והם אינם יכולים לישבע, הרי גבי יתמי לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד וגובין חובם בלי שבועה.

ועל זה הקשה הרמב"ם דכיון דאהני המיגו להחזיקו ולא חשיב מיגו להוציא, אם כן למה באמת תיקנו לו כאן שבועה בנקיטת חפץ, ולמה לא תסגי ליה בשבועת היסת בלבד, ותירץ דהיינו טעמא לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח, כנ"ל, והנה עיין בסמ"ע (סי' ע"ב סקמ"ט) שהביא שיטת הר"ן דאם המלוה תפס המשכון עצמו לתשלומי החוב אינו נשבע אלא היסת, וליכא שבועת הנוטלין אלא כשתובע שהלוה יפדה המשכון, והש"ך (ס"ק ע"א) היתה לו דרך אחרת בשיטת הר"ן ולמד דאם המלוה רוצה שהמשכון ישאר בידו והוא ימתין לפרעון החוב נשבע היסת, ורק אם רוצה לסדר החוב על ידי המשכון לא חשיב כנשבע על עצמו של משכון ונשבע בנקיטת חפץ, יעו"ש.

אכן לכאורה אי אפשר לפרש דברי הרמב"ם לפי דרכים אלו, שהרמב"ם כתב דאילו אמר אתה מכרתו לי היה נחשב כנשבע על עצמו של משכון והיה נשבע היסת, ולפי הסמ"ע והש"ך היה לו לכתוב דאילו רצה ליטול המשכון בחובו או להמתין לגבות החוב הוה ליה כנשבע על עצמו של משכון ונשבע היסת, אלא נראה דס"ל להרמב"ם דאפילו אם נטל המשכון עצמו בגבית חובו לא חשיב כנשבע על עצמו של משכון, דגם טענת לקוח הרי הנידון על בעלות החפץ של מי הוא, אבל במשכון אין הנידון על הבעלות אלא על השעבוד, ואם איכא שעבוד של משכון על החפץ ממילא הוי גביתו גביה ונעשה

בעלים על החפץ, ואם לא לא, אכן הנידון והשבועה הוא על השעבוד ואין זו צורת שבועת היסת, דהיסת לעולם הוי להעמיד מה שתחת ידו שהוא שלו, והכא נשבע על השעבוד, ומשום הכי לא הוי היסת אלא שבועת הנוטלין בנקיטת חפץ. ואחר כך כתב הרמב"ם דכל זה הוא כשהחוב והסכום ידועין, התם אמרינן דיכול לגבות על ידי מיגו אפילו שלא בפני הלוה, כמש"נ, אבל כשיש עדים שהחפץ ממושכן בידו אלא שלא נודע סכום החוב הרי הוא נוטל בשבועה, דלדעת הגאונים נתקנה נמי שבועת הנוטלין לבעל המשכון שיכול לטעון שכך וכך היה סכום החוב ולגבות בשבועה, ולא בעינן מיגו לכך לפי דעת הנתיבות המשפט (סי' ע"ב סק"ל), אלא הואיל וידוע לנו על ידי עדים שהוא בעל המשכון יש לו נאמנות על ידי שבועה לומר כמה סכום החוב ולגבותו, והיכא דליכא עדים שהוא בעל המשכון ויש לו מיגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי, שפיר נאמן על ידי המיגו לומר שהחפץ ממושכן בידו, ושוב יש לו נאמנות דבעל המשכון לגבות כל סכום החוב שהוא תובע עד כדי דמי המשכון, וצריך לישבע בנקיטת חפץ, ואין זו השבועה שהזכיר הרמב"ם לעיל, דהתם הנידון הוא אם החפץ ממושכן בידו, כמש"נ, והכא הנידון הוא סכום החוב, ועל כך שבועה הוקשה לו להרמב"ם דנפטרנו מן השבועה משום המיגו, ותירץ דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, אבל על השבועה דלעיל לא היה אפשר להקשות כן, דהרי כל השבועה לא נתקנה אלא במקום המיגו, וכמש"נ.

והיינו מה שכתב הרמב"ם לשון אבל וכו', ומוסב על מה שכתב בריש דבריו דמלוה גובה שלא בפני הלוה בלא שבועה, והתם היינו טעמא משום שהחוב והסכום ידועין ואין דנין אלא על החפץ אם הוא ממושכן בידו, וכיון דאית ליה מיגו נעשה כמוחזק וגובה שלא בפניו ולא טענינן ליה, אבל כשיש עדים על המשכון והנידון הוא על סכום החוב הרי לא אהני המיגו להחזיקו על כך, דהרי הספק הוא בעצם החיוב, ואע"ג דנתקנה בכהאי גונא נטילה על ידי שבועה בנקיטת חפץ, מכל מקום הלוה הוא המוחזק ואין גובין שלא בפניו בלי טענה ושבועה.

והנה המשנה למלך הקשה על הרמב"ם היכא דאיכא עדים שמשכון בידו דממה נפשך, אם לא ראו החפץ בידו הרי אית ליה מיגו דהחזרתי ולמה לא יטול בלא שבועה, ואם ראו החפץ בידו הרי אין לו שום מיגו כלל ואפילו בשבועה לא יטול, יעו"ש, וקשה דאם לא ראו החפץ בידו למה לא ישבע, ומה בכך דאית ליה מיגו דהחזרתי, והא לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, וצריך עיון.

פרק יג

בו יתיישבו דברי רש"י דבעשאה סימן לאחר נאמן אפילו לאחר כמה זמן לומר שחזר ולקחה ממנו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ובעדים שאמרו כתב ידיו הוא זה אבל אנוסים היינו אם כתב ידן יוצא ממקום אחר אינן נאמנים כיון דלאו חדא הגדה היא.

[**כתובות קט:**] ההוא דעשאה סימן לאחר ערער ושכיב ואוקים אפוטרופא אתא אפוטרופוס לקמיה דאביי אמר ליה עשאה סימן לאחר איבד את זכותו וכו' אמר אי הוה אבוהון דיתמי קיים הוה טעין ואמר חזרתי ולקחתי ממנו אמר ליה שפיר קאמרת דאמר רבי יוחנן אם טען ואמר חזרתי ולקחתי ממנו נאמן וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: חזרתי ולקחתי הימנו לאחר שעשיתיו סימן בשמו נאמן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר דמאחר שיש עדים שהיתה שלו ונגזלה הימנו אין לזה זכות באותו תלם אלא על פיו של זה שעשאה סימן לאחר והרי חזר ואמר לקחתי עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דכיון דזכות האחר לא באה לו אלא על ידי שעשאה סימן בשמו והודה בזה שהשדה היא שלו אם כן השתא שבא לאחר זמן וטוען חזרתי ולקחתי ממך נאמן, דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואע"פ שכבר עבר כמה זמן מאותה שעה שעשאה סימן לאחר, ולא בעינן שיהיה הפה מתיר תוך כדי דיבור מהפה שאסר.

ויש לדקדק דלכאורה דברי רש"י סותרים למה שכתב על הא דאמרינן לעיל (דף יח:): מתניתין העדים שאמרו כתב ידיו הוא זה אבל אנוסים היינו קטנים היינו פסולי עדות היינו הרי אלו נאמנים ואם יש עדים שהוא כתב ידם או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר אינן נאמנים, ובגמרא אמר רמי בר חמא לא שנו אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון אבל אנוסים היינו מחמת נפשות הרי אלו נאמנים אמר ליה רבא כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דגבי עדות חדא הגדה כתיבא אם לא יגיד וגו' (ויקרא ה) והכא נמי כיון דחתימי בשטרא היינו הגדה דידהו והיכי מהימני תו למיעקר הואיל וכתב ידן יוצא ממקום אחר בשלמא רישא כשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר ועליהו סמכין כולה חדא הגדה היא דהא באותו דיבור בכדי שאילת שלום קאמרי אבל אנוסים היינו אבל הכא לאו אפומייהו סמכין עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דלא אמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר אלא כשחזר והתיר תוך כדי דיבור, ודלא כדברי רש"י בסוגיין.

ונראה דרש"י ס"ל דבעצם דין הפה שאסר הוא הפה שהתיר לא בעינן שיתיר תוך כדי דיבור של האיסור, דדינים הנובעים מדבריו הראשונים אין יכולים לבטל דבריו השניים, ואפילו לאחר כמה זמן, ולא כתב רש"י דבעינן שיתיר תוך כדי דיבור אלא בהגדת עדות, דהרי כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ואין הגדתם השניה יכולה לסתור ולבטל הגדתם הראשונה אלא אם כן שייך בזה הפה שאסר הוא הפה שהתיר, אכן כיון שהעידו פעם ראשונה אין להגדתם השניה תורת הגדה כלל, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, דגבי עדות חדא הגדה כתיב, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, ואם כן לא שייך לומר הפה שאסר הוא הפה שהתיר, שהרי אין כאן הפה שהתיר, שאין דבריהם השניים נשמעים

כלל, ולכן בעינן שתהא הגדתם השניה תוך כדי דיבור של הגדתם הראשונה, דכולה חדא הגדה היא, כמו שכתב רש"י, כנ"ל, וגם דבריהם השניים נשמעים, וממילא אמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר, אבל בסוגיין מיירי לענין טענת הבעל דבר, ואפילו אם הוא אומר לאחר כמה שנים שלקחה ממנו יש לדבריו תורת טענה, ורק דאין טענתו מועילה לו כנגד המוחזק, לזה אמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר, דכיון דלא נתחזק הלה אלא על ידי הודאתו של זה אין חזקת ממון זו יכולה לעכבו מלטעון לקחתיה, ועיימש"נ בשופרא דשטרא בשי"א פ"א, ודברים אלו יותר נראים.

שער י: בענין טענת פרעתי וטוען וחוזר וטוען

ובו י"ד פרקים

פרק א

בו יבואר מה שכתבו התוס' דבאמרו יתמי אמר לנו אבא לא לויתי לא מתרצינן דיבוריה שנתכוין לומר לא עמדתי בהלואאתי דהוי מילתא דלא שכיחא, משום דאף דטענינן להו ליתומים טענת פרעון מכל מקום אין טוענין להם טענה הסותרת מה שטענו הם עצמם.

[שבועות מא:] ההוא דאמר ליה לחבריה הב לי מאה זוזי דאזויפתך אמר ליה לא היו דברים מעולם אזל אייתי סהדי דאזופיה ופרעיה אמר אביי מאי ניעבוד אינהו אמרי אזופיה אינהו אמרי פרעיה רבא אמר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה כל האומר וז"ל: ואם תאמר אמאי לא מתרצינן הכא דבוריה לא לויתי כלומר לא עמדתי בהלואאתי אלא פרעתי כמו בפ' אמרו לו (כריתות יב.) גבי לא נטמאתי דמתרצינן דבוריה לא עמדתי בטומאתי אלא טבלתי ואומר ריב"א דהכא לא קאמר לא לויתי אלא לא היו דברים מעולם דלא שייך לתרוצי לישניה אבל בפרק הכותב (כתובות דף פח.) קשה דקאמר אבל אמרי יתמי אמר לנו אבא לא לויתי נפרעין מהם שלא בשבועה דכל האומר לא לויתי כו' ויש לומר דהאב היה יכול לטעון ולתרץ דבריו אבל ליתומים לא טענינן מילתא דלא שכיחא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לעיין בדברי התוס' דהרי אף אילו היינו מתרצים דיבורו של אביהם עדיין היינו צריכים לדין טענינן, כדמוכח מדברי התוס', והיינו טעמא משום דבמה שאמר להם אביהם ליכא אלא טענת שמא בלבד, ולא איתרע בכך כח שטר המלוה מלגבות בלי שבועה, ורק מדין טענינן מחייבין ליה שבועה בגביתו, דטענינן להו שאביהם פרע, ואם כן הכא נמי נטעון להו טענת פרעון גרידא דשפיר הוי מילתא דשכיחא.

אולם נראה דאין הכי נמי דלעיקר דין טענינן אין אנו צריכים לתרץ דברי אביהם, דאינם צריכים לדבריו כלל, ואף אם לא אמר להם כלום טענינן להו טענת פרעון, אלא דמכל מקום לא נטעון להו טענה הסותרת למה שהם עצמם אומרים בפירוש, וצריכים להשוות טענת פרעון דטענינן להו אנן עם מה שטענו ששמעו מאביהם שלא לזה, ונמצא דדין טענינן מחייב דנתרץ דיבוריה ולומר שכונתו היתה שלא עמד בהלואתו, וכיון דהוי מילתא דלא שכיחא אין תולים בכך.

פרק ב

בו יבואר שמה שכתב רש"י וזה לא בתורת פקדון מסרם לך הוי פרעון ודברים שהיו בלבך אינם דברים קאי על שעת הלואה, דאילו התנה כן בפירוש בשעת ההלואה היו המעות אצלו בתורת פקדון אלא דדברים שבלב אינם דברים, ותתיישב בזה קושית רעק"א.

[שבועות מא:] ההוא דאמר ליה לחבריה כי פרעת לי פרעין לי באפי בי תרי דתנו הלכתא אזל פרעיה בין דיליה לדיליה איתניסו הנך זוזי אתא לקמיה דרב נחמן אמר ליה אין קבולי קבלתינהו מיניה דרך פקדון ואמינא ליהוי גבאי פקדון עד דמתרמו בי תרי דתנו הלכתא ומקיים תנאיה אמר ליה כיון דקא מודית דודאי שקלתינהו מיניה פרעון מעליא הוי וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: כיון דקא מודית דקבלתינהו וזה לא בתורת פקדון מסרם לך הוי פרעון ודברים שהיו בלבך אינם דברים עכ"ל, יעו"ש, והקשה רעק"א וז"ל: אבל בעניי אין מובן לי דאף אם הוי דברים מכל מקום כיון דזה נותן לו פרעון הוי פרעון ואין בכח המלוה לומר שלא יהיה פרעון רק פקדון עכ"ל, יעו"ש.

ונראה בכונת רש"י דלא קאי על שעת פרעון אלא על שעת ההלואה, דבדין הוא דיכול המלוה לומר שלא יפרע לו אלא באפי תרי דתנו הלכתא, וכל זמן דפרע ליה שלא באפי תרי דתנו הלכתא ישארו המעות בידו בתורת פקדון עד דמייתי תרי דתנו הלכתא, ואז תחול על המעות תורת פרעון ויפטר הלוח משעבודו, אבל מכיון שלא אמר כך להדיא בשעת הלואה, והרי מודה שקבל המעות, שפיר הוה ליה פרעון, ואף אם היה בדעתו בשעת הלואה שלא יקבלם אלא בתורת פקדון היכא דלא הוי באפי תרי דתנו הלכתא, דברים שבלב אינם דברים.

פרק ג

בו יבואר שיטת הבעל המאור והר"ן דבהתנה מלוה אל תפריעני אלא בפני שני עדים
דתנו הלכתא גם שכמעידים שהודה מלוה שפרעו אינן נאמנין, ושיטת הרמב"ן שחולק
דאף בבאו שנים ואמרו שפרע בפני שנים דתנו הלכתא נאמנין שאין לך בו אלא תנאו
בלבד.

[שבועות מא:] ההוא דאמר ליה לחבריה כי פרעת לי פרעין לי באפי תרי דתנו הלכתא
אזל פרעיה בין דיליה לדיליה איתניסו הנך זוזי אתא לקמיה דרב נחמן אמר ליה אין
קבולי קבלתינהו מיניה דרך פקדון ואמינא ליהוי גבאי פקדון עד דמתרמו בי תרי דתנו
הלכתא ומקיים תנאיה אמר ליה כיון דקא מודית דודאי שקלתינהו מיניה פרעון
מעליא הוי אי אמרת לקיומי תנאיה זיל אייתינהו דהא אנא ורב ששת דתנינא הלכתא
וספרא וספרי ותוספתא וכולא גמרא, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה הא אנא והא רב ששת ז"ל: בדיחותא בעלמא הוא דקא מהדר
ליה ולא משום דצריך לקיים תנאו עכ"ל, יעו"ש.

אבל הר"ן כתב ז"ל: יש שלמדו מכאן לדעת הר"י ז"ל שהוא אומר שאם באו
עדים והעידו שפרעו אין נאמנים כך הדין גם כן שאם באו עדים שהודה בפניהם אינן
נאמנין דהא הכא דאודי קמיה דרב נחמן ואפילו הכי אמר ליה דליתנהו קמיה ודרב
ששת בהדיא ואי אמרת דעדי הודאה מהימנין למה הוצרך לרב ששת לודי בפני רב נחמן
וחד דעמיה כל דהו אלא ודאי כי היכי דמיפסלי לעדות פרעון כל בי תרי דלא תנו
הלכתא הכי נמי מפסלי לעדות הודאה ובדין הוא דלימא ליה אודי באפאי ובאפי רב
ששת אלא לפרסומי מלתא דפרעון קאמר ליה אייתינהו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה הר"ן לא למד כדברי התוס' דהא דאמר ליה רב נחמן למלוה בדיחותא
בעלמא הוי, אלא דרב נחמן צוהו להביא המעות כדי לקיים התנאי, ולא היינו ממש
הני זוזי, דהא איתניסו, אלא כונתו דכיון דפרעון מעליא הוי אם כן הני זוזי דמלוה
נינהו, וזוזי ידידה איתניסו, והלוה פטור מלשלם, וחייבו רב נחמן להביא זוזים
ולהחזירם להלוה והדר יתן הלוה אותם הזוזים להמלוה בפני רב נחמן ורב ששת
ויתקיים התנאי.

אלא דצריכים לעיין בדברי הר"ן, דאף אם נאמר דכונת התנאי היתה שלא יאומנו
עדים דלא תנו הלכתא בין על גוף הפרעון ובין על הודאת המלוה שנפרע חובו, מכל
מקום הכא הרי שמע רב נחמן להדיא מן המלוה שקבל מעות בפרעון חובו, ואף שטען
המלוה שקבלם בתורת פקדון, הרי לאו כל כמיניה בכך, וכיון שקיבלם פרעון מעליא
הוי, ואם כן למה לן מסירה שנית בפניו ובפני רב ששת דתנו הלכתא, ואם נאמר דכונת
התנאי היא דעדים דלא תנו הלכתא לא חשיבי כלל, לא רק לענין נאמנות על הודאת
המלוה, אלא אף לגבי מעשה ההודאה עצמה, דהודאה בפני שנים דלא תנו הלכתא הוי
כהודאה שלא בפני עדים כלל ויכול לטעון משטה הייתי בך, ומשום הכי לא חשיבא

הודאת המלוה בפני רב נחמן, דהא ליכא שנים דתנו הלכתא, עדיין צריכים לעיין דלמה חייבו רב נחמן להביא המעות, והרי לית לן הודאה ממנו שקבל המעות מעולם.

ועיין בבעל המאור שגם כן פירש כהר"ן, ועיין במלחמות שעמד על דבריו, והקשה נמי על הא דהצריכו להביא המעות לפרסומי מילתא דפרעון, והרי כיון שיצא מבית דין זכאי למה ליה פרסומא, יעו"ש היטב.

ונראה בביאור דברי הבעל המאור והר"ן דבודאי יש כאן מעשה הודאה מעליא בפני כל עדים דעלמא אף דלא תנו הלכתא, ואינו יכול לטעון משטה הייתי בד, שהרי הודה בפני עדים כשרים, ורק לברר הודאתו בבית דין בעינן שנים דתנו הלכתא, ומשום הכי כיון שהודה המלוה בפני רב נחמן בבית דין סגי בכך לפטור הלוח מחיובו, דהכא לא בעינן עדים לברר ההודאה, דלא תהא שמיעה גדולה מראיה, אלא דרב נחמן חשש דשוב יתבענו המלוה בבית דין אחר, ואז היה יכול להוציא ממנו פרעון שני.

ואע"פ שכבר יצא הלוח מבית דין זכאי ובדין הוא דגם בית דין אחר יפטורוהו משום כך, מכל מקום הכא לא היה מועיל לו מה שיצא מבית דין זכאי, דרק בדיני נפשות אמרינן דכיון שיצא מבית דין זכאי הוחלט דינו לפטור ושוב אין מחזירים לחובה אף אם נמצא בו צד חיוב, וילפינן לה מקרא בפרק ד' דסנהדרין (דף לג:), אבל בדיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה, והא דמהני מה שנפטר בבית דין זה לפוטרו גם בבית דין אחר, היינו משום דגם בית דין השני יכולים לפסוק הדין על פי מה שדנו וביררו בבית דין הראשון, ואם נגמר הדין בבית דין הראשון על פי עדים, גם בית דין השני דנים על פיהם, ולא הוה ליה עד מפי עד, ואם כן הכא שהודה בפני רב נחמן, נהי דהודאתו הודאה מעליא, ורב נחמן היה יכול לדון על פיה דלא תהא שמיעה גדולה מראיה, מכל מקום לגבי בית דין שני אין להם אלא מה ששמעו מבית דין הראשון, וראית רב נחמן לגבי בית דין השני לא הוי אלא עדות בלבד, ואין בית דין השני יכולם לקבל עדות כזו דהא התנה המלוה שלא יוכל הלוח לברר ההודאה אלא על פי שנים דתנו הלכתא.

ולכן חייבו רב נחמן למלוה להביא מעות שיוכל הלוח למסרם בפניו ובפני רב ששת שנית, דרק בכהאי גוונא יוכלו לברר פטור הלוח אחר כך בבית דין אחר, דשוב יהיו לו שני עדים דתנו הלכתא, והיינו נמי מאי דקאמרי הבעל המאור והר"ן דצוהו להביא מעות, ולא רק להודות, משום פרסומי מילתא דפרעון, וקושטא הוא דבכל לוח שנפטר בבית דין לא בעינן לכך פרסומא, דלעולם יכול לפטור עצמו על פי מה שדנוהו ופטורוהו בבית דין הראשון, מה שאין כן הכא דהתנה שלא יוכל הלוח לברר הודאתו אלא על ידי שנים דתנו הלכתא, ולעולם יוכל לחזור ולתובעו בבית דין אחר, משום הכי חייבו רב נחמן לברר פטורו בפניו ובפני רב ששת, כמש"נ, וחייבו נמי להביא מעות ולא רק להודות, כדי שלא יעלה על דעת המלוה לחזור ולתובעו אחר כך בבית דין אחר. ועיין ברמב"ן שלמד דאף עדים דעלמא נאמנים לומר שהודה המלוה בפניהם שנפרע החוב, דהרי לא פירש בתנאו אלא שלא יפרענו אלא בפני שנים דתנו הלכתא, ואודות הודאה לא הזכיר מידי, ואין לנו אלא מה שהתנה, ולכאורה כונתו בזה דאף אם

היה בדעתו שגם להודאה לא יאומנו עדים דעלמא, מכל מקום דברים שבלב אינם דברים, וכמו שכתב רש"י בסוגיין.

ובמלחמות הוסיף הרמב"ן וז"ל: ולא עוד אלא אפילו באו שנים ואמרו מעידין אנו שפרעו בפני אותו פלוני ופלוני והם שהלכו להם למדינת הים נאמנין שאין לך בו אלא תנאו בלבד לא תפרעו אלא באנפי פלוני ופלוני והרי פרע בפניהם כך נראה בעיני ואם תאמר אם כן מה הועיל בתקנתו וכו' אלא אין לך בו אלא תנאו בלבד והרי הועיל לפסלם לפרעון דשכיח ליה ולא העלה דבר אחר על דעתו שאין עדים מצויין להעידו אלא בפרעון עכ"ל, יעו"ש היטב.

ויש לעיין בדבריו, דנמצא לפי זה שלא ביטל נאמנות עדים דעלמא לגבי פרעון, דהא נאמנים להגיד שפרע בפני אותם פלוני ופלוני שפרט המלוה, וכיון שכן למה אינם נאמנים על פרעון גרידא, ואין לומר דלפי פירוש זה הרי זה תנאי בגוף הפרעון, שלא יחשב פרעון אלא אם כן נפרע בפני הנך פלוני ופלוני, דהא בגמרא איתא להדיא דהך מלוה הודה בפני רב נחמן שקיבל המעות שלא בפני שנים דתנו הלכתא, ופטריה רב נחמן ללוה, ואם תנאי הוא בפרעון אם כן הכא לא נתקיים התנאי, ומעות פקדון איתניסו, אלא על כרחך דאם קיבל המעות שפיר הוי פרעון מעליא, וכל התנאי הוא בהנאמנות, ואם עדים אחרים נאמנים להגיד שפרע בפני שנים דתנו הלכתא, למה לא יאומנו על פרעון בפניהם, ובמה דבעינן עדים אחרים לכך ולא סגי אם הלוח עצמו טוען שפרעו בפני שנים דתנו הלכתא יש לומר דיש בכלל תנאו שלא יוכל להפטר על ידי טענת כפירה אלא על ידי ראיה בלבד, ומשום הכי בעינן עדים, ושיטת הרמב"ן היא כהנך גירסות דלעולם אין הלוח נאמן לומר שפרעו בפני עדים, יעו"ש, אבל בנאמנות העדים צריך עיון דלמה נאמנים יותר כשאמרו שפרעו בפני פלוני ופלוני.

ונראה דפשטות כונת תנאי כזה של אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני לא הוי להפקיע נאמנות מן כל שאר עדים דבעולם לגבי הפרעון, אלא להפקיע נאמנות של כל שאר הגדות לגבי פרעון, אפילו על ידי ראיה בעדים, שלא תהא נאמנות רק על ידי הגדה של פרעון בפני פלוני ופלוני, ואורחא דמילתא דאין הגדה כזו יוצאת אלא מהני פלוני ופלוני שפרט, ושאר כל עדים שמעידים שפרע בפניהם אינם יכולים לפוטרו, לא משום שהם עצמם פסולים לכך, אלא משום שהגדתם פסולה, שהרי התנה שלא יוכל לפטור עצמו בהגדה זו.

ומשום הכי אם באו עדים אחרים והעידו שפרע בפני פלוני ופלוני הרי היא היא ההגדה שהתנה המלוה שיוכל הלוח לפטור עצמו על ידה, ואע"ג דאין אלו המעידים אותם פלוני ופלוני, מכל מקום הרי מעולם לא התנה המלוה להפקיע נאמנות שלהם, ואם תאמר אם כן מה הועיל בתקנתו, אם לא רצה לקבל מהם שפרע בפניהם, למה יקבל מהם שפרע בפני פלוני ופלוני, אין הכי נמי דאין לו תועלת בכך, אלא דסוף סוף כך היה תנאו, ואין לך אלא תנאו בלבד, ואילו הוה אסיק אדעתיה שיבואו עדים אחרים ויעידו בכך, מסתמא היה מפרש תנאו באופן אחר, אלא דכיון דלא שכיחא הגדה כזו, לא עלה הדבר על דעתו, ולא פסל הגדתם בתנאו.

פרק ד

בו יובא מחלוקת הר"י מגאש והראב"ד בהאמין הלוה את המלוה אם החוב פרוע אף כנגד עדים אם יכול לחזור ולתובעו אחר שפרע על פי העדים שמעותיו בידו, ויתבאר שתלוי באם מה שהאמינו מועיל רק לענין פרעון ההלואה או גם לענין גזילת המעות שתלוי בהפרעון.

[שבועות מב.] ההוא דאמר ליה לחבריה מהימנת לי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא אזל פרעיה באפי תלתא אמר רב פפא כבי תרי הימניה כבי תלתא לא הימניה אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא אימור דאמרי רבנן וכו' אבל לענין עדות מאה כתרי ותרי כמאה וכו' יעו"ש, ובדברי הראשונים מבואר דתנאי זה מספיק שלא יאומנו עדי פרעון כנגד המלוה בין אם מעידים על הפרעון עצמו בין אם מעידים על הודאת המלוה.

ועיימ"ש הר"ן לעיל (דף מא:) וז"ל: אבל בההיא עובדא דלקמן דאמר ליה מהימנת לי כל אימת דאמרת לא פרעת אפילו באו עדים והעידו שהודה בפניהם אין נאמנין שתנאו מספיק לכל דהא אמר לא פרענא ויש אומרים שאף על פי שהעדים אין נאמנין וכופין את הלוה שיפרע למלוה אפילו הכי אחר שפרעו חוזר וגובה ממנו על פי אותן עדים שהרי לא נפסלו אלא לעדות של אותו פרעון וכן דעת הראב"ד ז"ל שהוא כתב שזה שנהגו לכתוב בנאמנות ותהא נאמן עלי כשני עדים לעולם מטעם זה כותבין דאי לא מאי לעולם ואין דברים הללו מחוורים דאם כן הפוכי מטרטא למה לי אלא שעיקרן של דברים הם כדברי ר' יוסף הלוי ז"ל דכיון דמסהדי דבתורת פרעון דההיא הלואה יהבינהו ניהליהו סהדותיהו לאו סהדותא הוא דלפרעון דההיא הלואה כפסולין דמו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וביאור הענין נראה על פי הא דמצינו דמי שנתחייב בבית דין יכול לחזור ולתבוע מן הבעל דבר שהוא מחזיק מעותיו שלא כדין ויכול לחייבו שבועת היסת על כך (כתובות דף פח.), וכן כתב הרמב"ם פי"ד מלוה ולוה הל"ג, יעו"ש, ואע"פ שזה קיבל המעות ממנו בבית דין על פי פסק הדיינים, מכל מקום לאו חדא דינא נינהו, דמתחלה דנו על פרעון ההלואה, ועכשיו דנים על גזילה, ואע"ג דתרוייהו תלויים זה בזה, מכל מקום יכול לחזור ולתבוע ממנו על גזילת מעותיו, ואין המלוה יכול לומר כבר דנתי עמך על ענין זה, ורק דיכול להוכיח שאין מעות אלו שבידו גזולים על ידי מה שהורו בית דין בדין הראשון על ההלואה, אכן אינו נפטר בכך, וצריך לישבע שבועת היסת ככל נתבע שפטר עצמו בדין.

והכא נמי בדידן, הרי יש כאן שני נידונים לפנינו, חדא הוא הנידון על פרעון ההלואה, ואחר כך איכא נידון שני על גזילת המעות, ונחלקו הראשונים בכונת הך תנאי שהתנה שלא יאומנו עדים על פרעון ההלואה, אם הכונה היתה שלא יאומנו על מעשה הפרעון כלל, או שלא יהיו נאמנים להגיד בהדין תורה על פרעון ההלואה. והראב"ד ס"ל שלא התנה אלא שלא יהיו נאמנים בנידון הפרעון, ואם כן כשחוזר

הלוה לתבוע מן המלוה, הרי אין הנידון עכשיו על הפרעון אלא על גזילת המעות, ובנידון זה לא הפקיע נאמנות העדים, ושפיר יכולים להעיד שאלו המעות שביד המלוה גזולים הן מן הלוה, ואע"ג דבודאי לא היה המלוה ניחא בכך אם היינו שואלים ממנו מתחלה, מכל מקום הואיל ולא אסיק אדעתיה לא פירש בתנאו, ואין לך אלא תנאו בלבד, כמו שכתב במלחמות, יעו"ש, ועיימש"נ בזה בש"י פ"ג.

אבל הר"ן ס"ל כשיטת הר"י מגאש דכונת התנאי היתה שלא יהיו עדים נאמנים להעיד על ענין הפרעון כלל, ואם כן אע"ג דכשחוזר ותובע ממנו אין הנידון פרעון ההלואה אלא גזילת המעות, מכל מקום כדי לזכות הלוה בנידון זה צריכים להעיד על הפרעון, דאינם יכולים להעיד שהמעות גזולין הן אלא מכח הפרעון והרי אהני תנאו שלא יוכלו להעיד על הפרעון כלל.

פרק ה

בו יובא מחלוקת הראשונים אם ביד המלוה לומר מחמת חוב פלוני קיבלתי המעות, וגם מחלוקת הראשונים אם איבטיל שטרא לגמרי או רק שאינו גובה אלא בשבועה כשאין המלוה לומר סיטראי נינהו, ויבואר סוגית הגמ' בענין טענת סטראי נינהו לפי שיטות אלו.

[שבועות מב.] ההוא דאמר ליה לחבריה הבי לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא אמר ליה פרעתוך אמר ליה הנהו סיטראי נינהו אמר רב נחמן איתרע שטרא רב פפא אמר לא איתרע שטרא ולרב פפא מאי שנא מההוא דאמר ליה לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא אמר ליה לאו אתורי יהבת לי ואתית ואיתיבת אמסחתא וקבילת זוזך ואמר ליה הנהו סיטראי נינהו ואמר רב פפא איתרע שטרא התם כיון דקאמר אתורי יהבת לי ומתורי שקלת איתרע שטרא הכא אימור סיטראי נינהו וכו' והני מילי דפרעיה באפי סהדי ולא אידכר ליה שטרא אבל פרעיה בין ידיה לדידיה מיגו דיכול למימר לא היו דברים מעולם יכול נמי למימר סיטראי נינהו וכו', יעו"ש. וכתב הרא"ש וז"ל: ודתיקשי לך אמאי צריכין להאי מיגו אמאי אינו נאמן לומר סיטראי בלא מיגו כמו לא היו דברים מעולם דמה לי טעמא דסיטראי ומה לי טעמא דלא היו דברים מעולם וצריך לומר דטעמא דסיטראי נינהו אינה כל כך טענה ברורה ומחזורת דחזקה לא שביק אינש מלוה בשטר עליו ופרע מלוה על פה הלכך כשיש עמו מיגו דלא היו דברים מעולם טענה בריאה הוא ומגבינן בהאי שטרא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ונמצא לפי דברי הרא"ש למאן דאמר דהמלוה יכול לומר סטראי נינהו אף בלי מיגו ולא איתרע שטרא צריך המלוה לטעון שהלוה נתן המעות מדעתו לתשלומי הסטראי, דביד הלוה לברר על איזה חוב באו התשלומין, ולא נחלקו אלא בהך סברא דלא שביק אינש מלוה בשטר וכו'.

ופליג על מה שכתב הר"ן בכתובות (דף פה.) וז"ל: ומהא שמעינן שמי שנושה

בחבירו שני חובות ופרע לו הלוה סתם אינו יכול לומר שיהיו לפרעון חוב פלוני שמחמתו נתנם לו אדרבה הרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פלוני לקחתי דאי לא תימא הכי כי מהימני למימר סיטראי נינהו מאי הוי אכתי יכול אבימי לומר שמחמת אותו חוב שבשטר שלחם והיה להם להחזיר שטרו אלא ודאי יד המלוה על העליונה ולא עוד אלא אפילו אמר לו לזה בשעת פרעון הא לך מעות אלו בשביל חוב פלוני ומלוה קבל ושתק יכול המלוה לומר אחר כך שבשביל מלוה על פה או בשביל חוב אחר תפסם והאי דשתק לאו משום דאודוויי אודו ליה אלא פקח היה לשתוק כדי לתפוס ואחר שתפס בירר דעתו בשתיקתו עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דיד המלוה על העליונה ויכול לומר שקבל המעות בשביל חוב אחר

כנגד רצון הלוה, ונחלקו האמוראים אם נאמן לומר שהיה כאן חוב אחר, אבל אם מבורר שהיה כאן חוב אחר הכל תלוי בדעת המלוה, אבל לדעת הרא"ש, אף אם יבורר שהיה כאן חוב אחר, עדיין שייכא מחלקותם, דכיון דבעינן שהלוה יתן המעות מדעתו

לתשלומי אותו החוב, נחלקו אם נאמן המלוה לטעון כן בלא מיגו.

וביאור שיטת הר"ן הכי הוא, דזה פשוט דהיכא דלית ליה למלוה שטר חוב כלל, ובא ותפס מאדם אחר וטען שתפס המעות בשביל חוב שיש לו עליו, בכהאי גוונא בודאי צריך להחזיר המעות, שלא כל כמיניה לתפוס ממון לתשלומי חוב שאין לו ראיה עליו, והיינו טעמא משום דזה האחר מוחזק במעותיו ואין המלוה יכול להוציא מן האחר על ידי טענה גרידא בלי שום ראיה, אבל היכא דהלוה עצמו הוציא המעות מתחת ידו לתשלומי החוב שבשטר בטלה תורת מוחזק שלו לגבי המעות, ושוב יכול המלוה לתפוס המעות בשביל הסטראי.

והנה בהא דמחלק בסוגיין בין כל סטראי להיכא דאתורי יהיב ומתורי שקיל, לדעת הרא"ש שפיר מובן החילוק, דאף למאן דאמר לא איתרע שטרא ונאמן המלוה לומר סטראי נינהו אף בלי מיגו, והיינו טעמא משום דלית ליה סברא דלא שביק וכו', מכל מקום התם מוכחא מילתא דהלוה נתן המעות בשביל המלוה בשטר, דאתורי יהיב ומתורי שקיל, אבל לדעת הר"ן היאך מועילה הך סברא דאתורי יהיב ומתורי שקיל, נהי דמוכחא מילתא דכך היה בדעת הלוה לשלם חובו שבשטר ולא סטראי שיש לו עליו, מכל מקום הרי אין זה הנידון, דהא יכול המלוה לתפוס המעות אף כנגד רצון הלוה, ואם ס"ל להך מאן דאמר דלא איתרע שטרא, וכיון דתפוס השתא בהמעות נאמן המלוה לומר שהיה עליו סטראי, למה לא יכול לעכבם בידו.

ונראה דלהך דעה אין סברת אתורי יהיב ומתורי שקיל רק לגלות על כונת הלוה, אלא דכיון דאתא וייתיב גביה אמסחתא בשעת מכירת בשר התורי ונתן לו המעות מיד, אם כן סברא היא דהלוה לא הכניס אותן המעות לרשותו מעולם, אלא מיד דקבלן מן הלקוחות של הבשר זכה בהן להמלוה לפרעון חובו שבשטר, וכשקיבלן המלוה מעות ידיה קיבל ואינו יכול לתפוס בהן בשביל פרעון הסטראי, ולא דמי לשאר סטראי שהלוה בא לשלם חובו מן מעותיו ובא למסרן עכשיו בתורת פרעון, דהתם דין הוא דאין המלוה מחויב לקבלן כפי דעת הלוה, אלא יכול לתפוס בהן לפרעון סטראי.

ועיימ' ש"הרי"ף בסוגיין וז"ל: האי איתרע שטרא דהכא איכא מאן דפריש ליה דלא איבטיל ליה לגמרי אלא דאי אית ביה נאמנות איתרעא הך נאמנות ולא גבי אלא בשבועה וכו' ואיכא מאן דאמר דאיבטיל ליה שטרא לגמרי ומישתבע ליה בשבועה היסת דליכא גביה להאי מלוה ולא מידי ומיפטר והדין הוא סברא דרבינו האי ורב שרירא גאונים ז"ל ומסתייע הך סברא מהאי דאמר ליה לאו אתורי יהבת לי ומתורי שקלת ואמר רב פפא איתרע שטרא דכיון דאודי דאתורי יהב ומתורי שקל הא ודאי פרעון דשטרא נינהו וכבר נמחל ליה שעבודא דשטרא וליכא למימר בהא דשטרא כדקאי קאי אלא ודאי איבטיל ליה שטרא לגמרי ומדהאי איתרע שטרא דרב פפא לגמרי איתרע שטרא דרב נחמן נמי ביטול שטרא לגמרי הוא ועוד מדאמרינן והני מילי דפרעיה באנפי סהדי ולא אידכר ליה שטרא דמגו דלא יכול למימר לא היו דברים מעולם לא יכול למימר סיטראי נינהו שמעינן דאיבטיל ליה שטרא לגמרי דכיון דלא יכול למימר סיטראי נינהו ודאי איבטיל ליה שטרא לגמרי דהוה ליה שטרא פריעא וכו'.

עכ"ל, יעו"ש.

וצריכים לעיין דמהי ראית הרי"ף מההיא דאתורי יהב ומתורי שקיל דאיבטל ליה שטרא לגמרי, דילמא לא אהני סברת אתורי יהב ומתורי שקיל אלא שלא יוכל המלוה ליטול בלא שבועה.

אולם לפי מה שנתבאר שפיר מבוארים דברי הרי"ף, דס"ל כדעת הרי"ף דיכול המלוה לתפוס המעות בשביל סטראי כנגד רצון הלוה, כנ"ל, וסברת אתורי יהב ומתורי שקיל היא דהלוה זכה בהמעות מיד לפרעון חובו ולא אתו מעולם לרשות הלוה, כמש"נ, ומוכח מהתם דאיתרע שטרא היינו לגמרי, דכיון דלא אתו לרשות הלוה לאו כל כמיניה לתפוס בהן לסטראי, ושוב לא אהני ליה שבועה, דמה לי דנשבע שהיו עליו סטראי, סוף סוף אינו יכול לתפוס בהמעות דאתורי יהב וכו', וכמש"נ.

והרי"ף הקשה על ראיות הרי"ף וז"ל: דמאי דקא מוכח מעובדא דמסחאתא דכי היכי דהתם אבטיל שטרא לגמרי הכא נמי אבטיל לאו ראיה היא כלל דמאן אמר ליה דהתם אבטיל דלמא הכי הוה עובדא שהלוהו מנה בשטר שיקח בו שוורים וירויח בהם ואחר שלקח אמר לו תיב אמסחאתא וקבל זוזך שאני חייב לך ושמא מצד אחר היה חייב לו על פה ורגלים לדבר שהרי לא נטל שטרא ממנו עכ"ל, יעו"ש.

וקושית הרי"ף היא בעיקר כהקושיא הנ"ל, אלא דבהשקפה ראשונה נראים דבריו כסותרים למה שכתב בפרק הכותב, כנ"ל, דהרי ס"ל התם דלא אזלינן בתר רצון הלוה, ואם כן מה לנו מה שאמר לו הלוה, ועוד דלפי מה שנתבאר בישוב סברת אתורי יהב ומתורי שקיל לפי דעת הרי"ף אזלא לה קושיתו, כמש"נ בישוב דעת הרי"ף.

אכן נראה בכונת קושית הרי"ף, דאין הכי נמי דבכל סטראי לא אזלינן בתר דעת הלוה, דיכול המלוה לתפוס המעות בשביל סטראי דאית ליה עליו, מה שאין כן בההיא דאמסחאתא דאתורי יהב ומתורי שקיל ולא באו לרשות הלוה, כמש"נ, מכל מקום אם רצה הלוה ליתן המעות בשביל הסטראי ולא לזכות בהם מיד להמלוה לתשלומי חובו שבשטר, בודאי הרשות בידו, ואז נעשה הנידון על רצון הלוה ולא על עצם השאלה אם היה כאן סטראי כלל, וכדעת הרא"ש, ולכן הקשה הרי"ף דנהי דבכל סטראי הנידון הוא אם היה כאן סטראי כלל, וזה לא שייך באמסחאתא, דאף אם היה כאן סטראי לא מהני תפיסת המלוה, כמש"נ, מכל מקום עדיין איכא לדון אם היה ברצון הלוה ליתן המעות בשביל הסטראי, ודילמא הוי עובדא דאמר ליה ליה קבל זוזך שאני חייב לך ולא פירש דהוי בשביל החוב שבשטר, ובדין הוא שיכול המלוה לעכב המעות בידו בטענה שהלוה נתנם לו ברצונו, אלא דכיון דמוכחא מילתא דלא כך היה ברצונו, דאתורי יהב ומתורי שקיל, משום הכי נוטל המלוה רק על ידי שבועה, ומנלן דאיתרע שטרא לגמרי, וכן מדויק ממה שכתב הרי"ף דדלמא הכי הוה עובדא וכו', רצונו לומר דלא כדעת הרי"ף דמייירי שפירש הלוה להדיא שמשלם בעד החוב שבשטר, כמו בכל סטראי דאעפ"כ נוטל המלוה בתפיסה, אלא הכא מייירי שאמר הלוה קבל המעות שאני חייב לך, ואם כן איכא נמי דיון על רצון הלוה, ואע"ג דתפיסה לא מהני, כמש"נ, מכל מקום יכול לטעון שקבלן בהסכמת הלוה, ושפיר איכא למימר דאיתרע שטרא היינו

שאינו יכול ליטול אלא בשבועה.

וגם על ראייה שניה שהביא הרי"ף הקשה הר"ן וז"ל: ומה שהביא ראייה עוד מדאמר והני מילי דפרעיה באפי סהדי ולא אדכר ליה שטרא דמיגו דלא יכול למימר לא היו דברים מעולם לא יכול למימר סיטראי ניהו ואמר דמהא שמעינן דאבטיל ליה שטרא לגמרי כיון דלא יכול למימר סיטראי ניהו מאן אמר ליה דכי היכי דליכא למיחש כלל ללא היו דברים מעולם הכי נמי ליכא למיחש כלל לסיטראי ניהו דהא איכא למימר דלא משוינן להו לגמרי וכו' עכ"ל, יעו"ש, והבין הר"ן דראית הרי"ף היא מעצם המיגו, דכיון דנאמנות דסיטראי היא במיגו דלא היו דברים מעולם, אם כן היכא דפרעיה בפני עדים ולא הזכיר החוב שבשטר דשוב אינו נאמן לטעון לא היו דברים מעולם כלל, הוא הדין דאינו נאמן בסיטראי כלל ואיבטיל שטרא, ושפיר הקשה הר"ן דמנא ליה דמדמינן להו לגמרי, דילמא במקום דליכא מיגו נוטל בשבועה.

אולם נראה דראית הרי"ף מיוסדת על גירסתו בסוגיין, דבהגירסא שלפנינו לא קאמר אלא והני מילי דפרעיה באפי סהדי ולא אידכר ליה שטרא, ולא הוזכר בסוגיין המיגו אלא על צד השני, דאם פרעיה בין ידיה לדידיה נאמן במיגו דלא היו דברים מעולם, אבל בגירסת הרי"ף גם בצד הראשון הוזכר דין מיגו, אלא דהוי דאידך גיסא, דאם פרעיה באפי סהדי אם כן מיגו דאינו יכול לטעון לא היו דברים מעולם אינו יכול נמי לטעון סיטראי ניהו, וס"ל להרי"ף דמיגו כזה לא שייך אלא אם כן כל יסוד נאמנות דטענת סיטראי הוי על ידי מיגו דלא היו דברים מעולם, אז איכא למימר דמיגו דאינו יכול לטעון לא היו דברים מעולם אינו יכול נמי לטעון סיטראי, אבל אם בלי המיגו נמי יכול לטעון סיטראי, ורק דאיכא חששא בעלמא המחייבת שבועה, אז לא הוה ליה למימר אלא דאין לו מיגו לסלק החשש, אבל הא מילתא דאינו יכול לטעון לא היו דברים מעולם אינה מגרעת טענתו כלל, ולא הוה ליה למימר דמיגו דאינו יכול לטעון לא היו דברים מעולם אינו יכול לטעון סיטראי, דמשמע מזה דכל טענתו דסיטראי ניהו אינה מתקיימת אלא על ידי מיגו דלא היו דברים מעולם.

פרק ו

בו יבואר מחלוקת הראשונים אם נאמן בטוען סטראי נינהו מיגו דאי בעי טעין במתנה נתנם לו, ויבואר מה שהקשה הרא"ש הר"י מגאש דהוי מיגו להוציא דמאי שנא מהא דאמרינן בגמרא דבפרעיה בין ידידה לדידה נאמן במיגו דהיה טוען לא היו דברים מעולם.

[שבועות מב.] ההוא דאמר ליה לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בד והא שטרא אמר ליה פרעתין אמר ליה הנהו סיטראי נינהו אמר רב נחמן איתרע שטרא, יעו"ש, ועיין בר"ן וז"ל: וכתב הר"ף וה"ר יוסף הלוי ז"ל דכי אמרינן איתרע ליה שטרא הני מילי דיהבינהו ניהליה לשם פרעון סתם אבל אי לא אמר לשם פרעון אלא תא שקול הני זוזי מהימן למימר סיטראי נינהו מגו דאי בעי אמר במתנה יהבינהו ניהליה דנאמן כדאמרינן בפרק שבועות העדות (דף לד:) ואין דבריו מחוורים דכי אמרינן התם דנאמן לומר במתנה יהבינהו ניהליה הני מילי כשהלה בא להוציא ממנו ממונו דמשום אוקי ממונא בחזקת מאריה מהימנין ליה דבמתנה יהבינהו ניהליה אבל בכאן שהוא בא להוציא ומשום הכי לא מהימן למימרא סיטראי נינהו למה יהא נאמן יותר לומר במתנה יהבינהו ניהליה עכ"ל, יעו"ש.

וביאור דברי הר"ף הוא דטענת מתנה אינה מועילה אלא לאשווי ספיקא, ולכן התם בפרק שבועות העדות שהנותן רוצה בהחזרת מעותיו אמרינן דמספק ישארו ביד המקבל, אבל בדין דהמלוה רוצה עכשיו לחזור ולגבות על ידי שטרו אמרינן דכיון דספיקא הוי אין הלוח צריך לחזור ולשלם.

וגם הרא"ש הביא דברי הר"י מגאש וז"ל: כתב ה"ר יוסף הלוי ז"ל ודוקא דמסהדי סהדי דבתורת פרעון יהבה ניהליה ולא ידעי אי מהאי שטרא אי משטרא אחרינא דהשתא ודאי אמרינן איתרע שטרא דליכא מיגו אבל אי מסהדי דיהב ליה זוזי ולא ידעי אי בתורת פרעון או פקדון או מתנה לא איתרע שטרא ויכול למימר סיטראי נינהו במיגו דאי בעי אמר במתנה יהבינא ניהליה כדאמר בפרק שבועות העדות וכו' וכי תימא לא דמי התם נאמן במיגו להחזיק מה שבידו אבל הכא מיגו להוציא הוא כי דייקת ביה שפיר לאו להוציא הוא דהני סהדי לאו אגופיה דשטרא קמסהדי דפריע הוא אלא במקומו השטר עומד ואדמי דעלמא דיהב באנפיהו קמסהדי ולא ידעי לשום מה קיהיב להו הלכך השטר במקומו עומד לגבות ועל המעות מהימן במיגו להחזיק המעות בידו עכ"ל, יעו"ש.

ולפום ריהטא היה אפשר לפרש דברי הרא"ש דהיינו טעמא דלא הוי מיגו להוציא משום דבעל השטר הוא המוחזק, ולא בא המיגו אלא לסלק הריעותא מן השטר, וכשיטת התוס' בכתובות (דף ט:), יעו"ש, ועמש"נ בשי"א פ"ג, וטענת מתנה הוי טענה מעולה ומועילה לסלק הריעותא מן השטר, אבל טענת סטראי הוי טענה גרועה דלא עביד איניש דשביק מלוה בשטר ופרע מלוה על פה, כמו שנתבאר, ואין טענה זו מועילה לסלק הריעותא אלא על ידי מיגו דטענת מתנה.

אולם נראה מדברי הרא"ש שאין זו כונתו, אלא רצונו לומר דהכא ליכא ריעותא על השטר כלל, ואית כאן שני דיונים נפרדים, חדא הוא על השטר אם נפרע אם לא, ועוד על המעות שנתן לו אם היו בשביל פרעון סטראי וכדין נטלם המלוה או אם לא נתנם בשביל פרעון סטראי ועדיין שייכין הן להלוה ועל ידן רוצה השתא לפרוע החוב שבשטר, ונמצא דכל הנידון הוא אך ורק על המעות שביד המלוה, והריהו תפוס בהן ולא הוה ליה מיגו להוציא.

אלא דקשה לפי זה דכיון דאין דנין אלא על המעות שהמלוה תפוס בהן אם כן למה לי כאן ענין מיגו כלל, ולמה לא יוכל המלוה לזכות על ידי טענת סטראי גרידא הואיל ותפוס בהמעות ואינו רוצה אלא להחזיק, ונהי דטענת סטראי הוי טענה גרועה, מכל מקום מה בכך, והלא עדיין הוי דינא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ואם תאמר דהכא גרע מכל טענה גרועה דאיכא אן סהדי כנגד טענת סטראי, הא נמי ליתא, דאם כן גם מיגו לא היה מועיל לו, דהוי כמיגו במקום עדים.

ונראה דס"ל להרא"ש דכיון דהכא נמסרו המעות בפני עדים, וראו העדים המעות מתחלה ביד הלוה, אם כן היכא דטען המלוה טענה גרועה שאינה מתקבלת אין המסירה הזאת מועילה להחזיקו בהמעות, ועדיין נשאר להלוה דין מוחזק בהמעות, וכמו דתפיסה בפני עדים אינה מועילה להחזיק התופס, כמו כן נמי אין מסירת המעות מועילה להחזיק המלוה אם טוען טענה גרועה, ולכן בטענת סטראי, מצד עצמה היה צריך להחזיר המעות להלוה, אבל מכיון דאית ליה מיגו דמתנה נתחזקה נמי טענת סטראי שלו, וממילא נעשה מוחזק על ידי מסירת המעות.

אבל עדיין צריך עיון בדברי הרא"ש, דלקושטא דמילתא למה הוצרך לחדש כאן דאין מסירת מעות בפני עדים מעוררת ריעותא בהשטר כלל, ומשום הכי לא הוה ליה מיגו להוציא, ולמה לא קאמר בפשיטות דהכא לא הוה ליה מיגו להוציא משום דבעל השטר הוא המוחזק, ולא בא המיגו אלא לסלק הריעותא וכשיטת התוס' כנ"ל. עוד קשה דמהי קושית הרא"ש על הר"י מיגאש דליהוי כאן מיגו להוציא, והלא איתא להדיא בגמרא דטענת סטראי נאמנת במיגו דלא היו דברים מעולם, ואם כן היה לו להקשות על הגמרא והלא הוה ליה מיגו להוציא.

ונראה ליישב דברי הרא"ש עפ"י ש"נ בשי"א פ"ג בשיטת התוס' שם בכתובות דהא דמיגו בהדי שטר לא חשיב מיגו להוציא היינו משום דכל דין המיגו הוא לאוקומי שטרא, והדר הוי עצם הוצאת הממון על ידי השטר עצמו ולא על ידי המיגו, ומשום הכי לא מהני מיגו בהדי שטרא אלא אם כן אותה הטענה שהיה יכול לטעון היתה מסלקת הריעותא מן השטר מעיקרא, אבל אם אחר הטענה עדיין נשארת הריעותא במקומה, אלא שיש לו טענה מספקת שלא יפסל השטר על ידי הריעותא, אז לא יועיל מיגו מאותה טענה בהדי שטרא, דכיון דלעולם נשארת הריעותא על השטר ורק שנאמן בטענתו לפרש הריעותא ושלא יפסל השטר, אם כן נמצא דהוצאת הממון הוי על ידי המיגו גם כן, ואז נחשב מיגו להוציא.

ולכן היכא דהוי מצי לטעון לא היו דברים מעולם שפיר איכא מיגו, ולא הוה ליה

מיגו להוציא, דאילו היה טוען לא היו דברים מעולם היתה הריעותא מסתלקת מכל וכל, דכיון דאינו מודה בכך, אם כן אין אנו יודעים שבודאי היתה כאן מסירת מעות, ולא איתרע שטרא כלל על ידי ספק ריעותא, אבל היכא דהוי מצי לטעון מתנה שפיר הקשה הרא"ש דלמה נאמן במיגו והלא הוה ליה מיגו להוציא, דהא אילו היה טוען מתנה לא היתה מסתלקת הריעותא, דהא מודה שהיתה כאן מסירת מעות, אלא שיש לו טענה מתקבלת לפרש הענין ושלא יפסל השטר על ידי הריעותא, אבל סוף סוף הריעותא במקומה עומדת, ואם בא לטעון טענה אחרת מיגו דטענת מתנה הוה ליה מיגו להוציא, ועל זה תירץ דאין מסירת המעות חשיבא ריעותא כלל לגבי השטר, וכמש"נ.

וסברא זו דאף בטענה שנאמנת עדיין שייך שתשאר הריעותא במקומה מצינו להדיא בסמ"ע (סי' נ"ח) על מה שכתב המחבר שם (סעיף א') דהמלוה נאמן בטענת סטראי במיגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם, וכתב הסמ"ע (סק"ג) וז"ל: ואם אין בו נאמנות אינו נוטל אלא בשבועה כן כתב הטור ועיין פרישה שכתבתי דנראה דקא משמע לן בזה דס"ל דהדין כן דאע"פ שלא טען הלוה ישבע לי אכן טענין ליה כיון דאיכא ריעותא דהודה לו וכדין הפוגם את שטרו וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דאע"ג דנאמן בטענתו מכל מקום לא איסתליק הריעותא, וצריך המלוה לישבע אף אם לא טען הלוה אישתבע לי דלא פרעתיך, אלא דלדעת הסמ"ע לעולם לא איסתליק הריעותא היכא דהודה שקיבל ממנו מעות, ואפילו היכא דאי בעי טעין לא היו דברים מעולם, אבל הרא"ש מחלק בין מיגו דלא היו דברים מעולם לבין מיגו דמתנה, דאילו היה טוען לא היו דברים מעולם ולא היה מודה לו כלל בודאי היתה הריעותא מסתלקת, ואם כן גם בטענת סטראי מיגו דלא היו דברים מעולם מסתלקת, אבל במיגו דמתנה לא היה בכחו לסלק הריעותא, ולכן גם בסטראי מיגו דלא היו דברים מעולם לא איסתליק הריעותא.

וחילוק זה שבין מיגו דלא היו דברים מעולם לבין מיגו דמתנה מצינו גם בדברי הש"ך (סי' נ"ח סעיף ג') שכתב המחבר שם וז"ל: אמר לו הלוה הלא שטר חוב זה דמי שור שלקחתי ממך הוא ואתה גבית דמי בשרו ואמר לו בעל השטר כן אני גביתי דמיו אבל מחוב אחר שהיה לי אצלך הואיל והודה שדמי השור הוא החוב ומדמיו נפרע בטל השטר אם יש עדים שפרע לו דמי השור ויש מי שכתב שאע"פ שאין עליו עדים שפרע מדמיו ישבע הלוה היסת שפרעו עכ"ל, יעו"ש, ובהגה: והעיקר כסברא הראשונה עכ"ל, יעו"ש, והרמב"ם פי"ד מלוה ולוה הל"ט כתב דהשטר בטל אף אם אין עליו עדים, ולכאורה משמע דס"ל להרמב"ם כסברא שניה דהיכא דמודה שקיבל דמי השור אינו נאמן אפילו במיגו.

אולם הש"ך (סקל"א) כתב דלדעתו נראה דגם הרמב"ם ס"ל כסברא הראשונה, אלא דס"ל להרמב"ם דהיכא דהוי עדים על מסירת המעות אבל לא ידעו אם ניתנו בתורת פרעון, אז אינו נאמן לומר סטראי במיגו דאי בעי אמר במתנה ניתנו לי, אכן היכא דלא היו כאן עדים כלל על המסירה, והיה יכול המלוה לטעון לא היו דברים

מעולם, אז נאמן לומר גם סטראי במיגו דלא היו דברים מעולם, וכסברא ראשונה. הרי דאע"ג דבין טענת לא היו דברים מעולם במקום דליכא עדים כלל ובין טענת מתנה במקום שהיו עדים על מסירת מעות בעלמא נאמנין, מכל מקום לענין אם נאמן לומר סטראי היכא דהודה שקיבל דמי הבשר, ואיכא נמי סברא דאתורי יהיב ומתורי שקיל, מחלקינן בין היכא דליכא עדים כלל להיכא דאיכא עדים על מסירה סתמית, ואינו נאמן אלא על ידי מיגו דלא היו דברים מעולם, ולא על ידי מיגו דמתנה, והיינו טעמא משום דטענת סטראי, בכהאי גוונא דאיכא סברא דאתורי יהיב ומתורי שקיל, גריעא טובא ואינה נאמנת אלא על ידי מיגו מעליא, דהיינו מיגו דלא היו דברים מעולם הואיל ועל ידי טענת לא היו דברים מעולם היה יכול לסלק הריעותא, אבל אילו היה טוען מתנה לא היתה הריעותא מסתלקת אלא שהיה נאמן במקום הריעותא, ולא אלימא הך טענה כל כך שיהא נאמן בטענת סטראי כהאי גוונא במיגו דמתנה, דטענת סטראי בכהאי גוונא דדמי השור גריעא טובא ואינה נאמנת אלא על ידי מיגו מעליא דלא היו דברים מעולם.

פרק ז

בו יובא כמה שיטות בהראשונים בהא דאמרינן בטענת סטראי נינהו דאיתרע שטרא, ויבואר דלהסוברים דלא מקרעינן ליה לשטר ולא מגבינן ביה אינו יכול לגבות בו בבית דין אחר, אלא שעל ידי שנשאר השטר ביד המלוה משום הכי אם תפס לא מפקינן מיניה.

[שבועות מב.] ההוא דאמר ליה לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא אמר ליה פרעתיך אמר ליה הנהו סיטראי נינהו אמר רב נחמן איתרע שטרא וכו', יעו"ש. ונחלקו הראשונים עד היכן איתרע שטרא, שיטת הרי"ף היא דאיתרע לגמרי ומקרעינן לשטרא, והתוס' הביאו שיטת הר"ח ור"ת דלא איתרע אלא לענין שהמלוה צריך לישבע קודם גביתו, והתוס' ס"ל דלא מקרעינן ולא מגבינן, כההיא דכתובות (דף לו:), וכן היא שיטת הרי"ף דלא מקרעינן ולא מגבינן, ודע דשיטת הרי"ף בפרק הכותב (כתובות דף פה.), לענין הא דמרעינן לשטרא היכא דמאן דדיין קים ליה בגויה בההוא דאמר דפריע הוא, היא דיכול המלוה לגבות על ידי שבועה, ובהך מרעינן לשטרא דסוגיין פירש הרי"ף דמקרעינן ליה, דגדול פסול השטר שבא על ידי הודאת המלוה שנפרע, ולא כל כמיניה לומר סטראי נינהו.

ולחנך שיטות דלא מקרעינן ולא מגבינן צריכים להבין דמכיון דלא מגבינן ביה איזה תועלת יש להמלוה בהשטר יותר מאילו היינו קורעים השטר, ועיימ"ש רש"י בכתובות (דף פה.) בסוגיא דקים לי בגויה וז"ל: מרענא ולא אזדקק לגבות באותו שטר ומקרע נמי לא קרענא ליה עכ"ל, יעו"ש, והרא"ש שם הרחיב על דבריו וז"ל: אלא מרענא שטרא אפומיה פירש"י לא אזקק לגבות באותו שטר ומקרע נמי לא קרענא ליה אלא אניח השטר בידו ואם יתבענו בבית דין אחר דלא קים ליה באבא מרי ברי יגבה לו חובו עכ"ל, יעו"ש.

אולם זה הפירוש לא יעלה בסוגיין, דהא דמהני התם גביה בבית דין אחר, היינו משום דאם קים ליה לדיין זה בהאי דאמר פריע הוא, מכל מקום לא קים ליה לדיין אחר בו, ולגבי אותו הדיין ליכא הוכחה על פרעון השטר, אבל בדין שהודה המלוה שנפרע אלא שטען סטראי נינהו, הרי הודה המלוה בפני בית דין, והודאתו זו מחייבתו בכל בית דין שבעולם, ולא ירויח כלום אם יבא לגבות בבית דין אחר.

לכן נראה דהך לא מקרעינן ולא מגבינן דסוגיין מתפרש לפי מה שכתב רש"י בפרק שני דכתובות (דף כ.). לענין היכא דאתו עדים והעידו על שטר מקוים שעדיו פסולים דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה, וכתב רש"י וז"ל: ודקתני בברייתא אין נאמנים לא דליהוי שטרא מעליא למיגבי ביה אלא דלא קרעינן ליה ואי תפיס מידי והדר אתי האי ותבע מיניה לא מפקינן מיניה דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי וממונא בחזקת היכא דקאי עכ"ל, יעו"ש, והוא הדין נמי בדין אהני טענת המלוה דסטראי נינהו להוליד ספק על השטר שלא יוכל לגבות בו, ומכל מקום לא מקרעינן ליה ואם תפיס המלוה אהני ליה תפיסתו שלא יוכל הלוא להוציא ממנו מספק, וכן בההיא

דפרק אלו נערות שהביאו התוס' נמי יש לפרש כן.

פרק ח

בו יבואר דברי הרמב"ם דבטען הלוח שהשטר חוב היה על דמי שור שלקח ממנו ואתה גבית דמי בשרו ואמר המלוה שגבה את דמיו מחוב אחר שהיה לו עליו שישבע הלוח היסת שפרעו, על פי שיטת הר"ן שיכול לקבל המעות על איזה חוב שירצה אף כנגד רצון הלוח.

[רמב"ם פי"ד מלוה ולוה הל"ט] כתב הרמב"ם וז"ל: הוציא עליו שטר מקוים שיש לו עליו מנה ואמר לו הלוח הלא פרעתך בפני פלוני ופלוני ובאו אלו והעידו שפרעו אבל לא הזכיר לו את השטר ואמר לו המלוה כן הוא שפרעת אבל חוב אחר פרעת שהיה לי אצלך הרי בטל השטר במה דברים אמורים כשהעידו שנתן לו בתורת פרעון אבל אם ראוהו נותן לו מעות ולא ידעו אם הוא בתורת פרעון או בתורת פקדון או בתורת מתנה אם אמר בעל השטר לא היו דברים מעולם הרי הוחזק כפרן ובטל השטר ואם אמר פרעון של חוב אחר הוא הרי זה נאמן ונשבע ונוטל מה שבשטר שהרי לא פרעו בעדים מתוך שיכול לומר מתנה נתנם לי נאמן לומר פרעון של חוב אחר הן אמר לו הלוח והלא שטר חוב זה דמי שור שלקחתי ממך היא ואתה גבית דמי בשרו ואמר לו בעל השטר כן אני גביתי את דמיו מחוב אחר שהיה לי אצלך הואיל והודה מעצמו שדמי השור הוא החוב ומדמיו נפרע בטל השטר ואע"פ שאין עליו עדים שפרע מדמיו ישבע הלוח היסת שפרעו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש.

ומשמע מדברי הרמב"ם דהיכא דהודה המלוה דהאי שטרא על דמי השור הוא והוא גבה דמי בשרו, דבכהאי גוונא איכא סברא דאתורי יהיב ומתורי שקל, כדאיתא בשבועות (דף מב.), אין המלוה יכול לגבות בטענת סטראי אפילו על ידי מיגו, וביארו הלחם משנה וז"ל: ואע"פ שאין עליו עדים כו' סובר רבינו דלא מהימן משום מיגו דלא היו דברים מעולם דהוי כמיגו במקום עדים דאנן סהדי דכיון דשור מכר לו ודמיו גבה שמאותו החוב היה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

אלא דקשה, דאם כן הוא דסברת אתורי יהיב ומתורי שקל חשבינן ליה כאנן סהדי עד דמיגו כנגדו הוי כמיגו במקום עדים, אם כן למה פסק הרמב"ם דהלוח צריך לישבע היסת שפרעו, והלא הודה המלוה שקבל דמים מן הלוח, ואנן סהדי שהיו בשביל פרעון החוב, ולמה לי תו שבועת היסת.

ואיברא דהש"ך בסי' נ"ח סקל"א היה לו פירוש אחר בדברי הרמב"ם, ולמד התם דמה שכתב הרמב"ם ואע"פ שאין עליו עדים, לאו היינו שאין עליו עדים כלל והיה יכול לטעון לא היו דברים מעולם, אלא שאין עליו עדים שנתנם בתורת פרעון והיה יכול לטעון במתנה נתנם לי, ואין הכי נמי דנאמן המלוה לטעון סטראי אף בכהאי גוונא אם יש לו מיגו דלא היו דברים מעולם, ועיימש"נ בזה בשי"י פ"י, ואלא דמלשון הרמב"ם משמע קצת כדברי הלחם משנה דאין עליו עדים כלל, וגם במיגו דלא היו דברים מעולם אין המלוה נאמן.

ונראה לבאר דברי הרמב"ם הכי, דהנה נחלקו הרא"ש והר"ן לענין אם המלוה יכול

לקבל דמי פרעון בשביל איזה חוב שירצה, שיטת הרא"ש בשבועות (דף מב.) היא דאין המלוה יכול לקבלם בשביל איזה חוב שירצה, וטענת סטראי היא שהלוה נתנם להדיא בשביל פרעון הסטראי, אבל הר"ן בכתובות (דף פה.) ס"ל דיד המלוה על העליונה ויכול לקבל המעות על איזה חוב שירצה אפילו כנגד רצון הלוה, ולפי זה טענת סטראי לא הוי אלא שהיה לו להמלוה סטראי על הלוה ושוב לא איכפת לן ברצון הלוה בפריעת הדמים, ובשלמא לדעת הרא"ש שפיר מובן הא דלא מהני טענת סטראי היכא דאיכא סברא דאתורי יהיב ומתורי שקל, דהשתא מוכחא מילתא שלא היה ברצון הלוה לפרוע הסטראי אלא השטר, אבל לדעת הר"ן דלא איכפת לן בכונת הלוה מאי מהני סברא דאתורי יהיב ומתורי שקל, והלא סוף סוף אית ליה להמלוה מיגו, ומכח הך מיגו ראוי להאמין לו שהיה לו על הלוה סטראי, ושוב תהני תפיסתו של מלוה אפילו כנגדו רצון הלוה, ועיימש"נ בזה בש"י פ"ה דלשיטת הר"ן אין סברת אתורי יהיב ומתורי שקל רק לגלות על כונת הלוה בנתינתו, אלא דכיון דאתי מלוה וייתיב גביה אמסחתא בשעת מכירת בשר השור, אם כן סברא היא שלא הכניס הלוה אותם הדמים לרשותו מעולם אלא מיד שקבלם מן הלקוחות זכה בהם להמלוה לפרעון חובו שבשטר, ונמצא שהמלוה קיבל מעות דידיה ואינו יכול לתפוס בהן לפרעון הסטראי, יעו"ש.

והשתא יש לומר דגם הרמב"ם אזיל בשיטת הר"ן דיד המלוה על העליונה ויכול המלוה לתפוס בהמעות בשביל איזה חוב שירצה, וטענת סטראי היא רק שהיה לו עליו סטראי, וסברת אתורי יהיב ומתורי שקל היא דבכהאי גוונא לא מהני תפיסת המלוה הואיל ולא נכנסו המעות מעולם לרשות הלוה, כמש"נ, ולפי זה שפיר מובן למה לא מהני ליה להמלוה מיגו דלא היו דברים מעולם, דמה לי דנאמן לומר שהיה לו סטראי על הלוה, הלא סוף סוף אין תפיסתו מועילה לו כיון שמעולם לא נכנסו לרשות הלוה, כמש"נ, ושפיר פסק הרמב"ם דאע"פ שאין עליו עדים אין המלוה נאמן בטענת סטראי. אכן, נהי דלשיטת הרמב"ם כל הדיון בטענת סטראי הוא לענין אם היה כאן סטראי כלל, ומשום הכי לא מהני ליה מיגו בכהאי גוונא דאתורי יהיב ומתורי שקל הואיל ותפיסתו לא מהני, כמש"נ, מכל מקום עדיין איכא למיחש דילמא הכניסם להמלוה בפרעון הסטראי, דכן הוא הדיון בסוגיין לשיטת הרא"ש כנ"ל, אלא דס"ל להרמב"ם דאין צריכים למיחש להא מילתא דחזקה לא שביק איניש מלוה בשטר ופרע מלוה על פה, כמו שכתב הרא"ש, וכל שכן הכא דאיכא סברא דאתורי יהיב ומתורי שקל דאין למיחש לכך, ומכל מקום על צד הרחוק שכן היה בדעת הלוה צריך לישבע היסת שנתן המעות בשביל פרעון השטר.

פרק ט

בו יבואר שיטת היש אומרים ברמ"א דאף דבקבל המלוה פרעון מן הלוח עצמו יכול לטעון שנטלם בשביל פרעון חוב אחר אפילו כנגד רצון הלוח, אם פרע לו שליח הלוח אינו יכול לטעון שנטלם בשביל פרעון חוב אחר אלא אם טוען שהשליח עצמו נתן לו בשביל אותו החוב.

[**כתובות פה.**] אבימי בריה דרבי אבהו הוו מסקי ביה זוזי בי חוזאי שדרינהו ביד חמא בריה דרבה בר אבוח אזל פרעינהו אמר להו הבו לי שטרא אמרו ליה סיטראי נינהו אתא לקמיה דרבי אבהו אמר ליה אית לך סהדי דפרעתינהו אמר ליה לא אמר ליה מיגו דיכולין לומר לא היו דברים מעולם יכולין נמי למימר סיטראי נינהו וכו', יעו"ש. ועיין בחו"מ סי' נ"ח סעיף א' וז"ל: המוציא שטר מקוים על חבירו ואמר ליה פרעתיך ואמר לו אמת שפרעתיך אבל מלוה אחר היה לי עליך על פה ובשבילם קבלתים וזה השטר עדיין בחזקתו עומד אם לא נתנם לו בפני עדים נאמן והשטר עדיין בחזקתו וכו' ואם לא פרעו הלוח עצמו אלא שלחם על ידי שליח בין שאמר לו קח השטר ותן לו המעות בין שאמר לו תן המעות וקח השטר חייב השליח לפרוע למשלח עכ"ל, ובהגה: ויש אומרים דאחר דחייב השליח לשלם לא יכול המלוה לעכבן אם יאמר שהלוח חייב לו ממקום אחר אלא אם טוען שהשליח נתנם לו גם כן על חוב אחר ויש חולקים וס"ל דבכל ענין יכול לומר דחייב לו ממקום אחר וכו' עכ"ל, יעו"ש, כלומר דאע"ג דאם קבל המלוה פרעון מן הלוח עצמו יכול לטעון שנטלם בשביל פרעון חוב האחר אפילו כנגד רצון הלוח, וכמו שכתב שהמלוה טוען בשבילם קבלתים, וכן היא שיטת הר"ן, מכל מקום אם קבל פרעון מן שליח הלוח אין המלוה יכול לטעון שנטלם בשביל פרעון חוב אחר שיש לו על הלוח אלא אם כן טוען שהשליח עצמו נתנם בשביל פרעון אותו החוב, ויש חולקים וס"ל דאין לחלק לענין הא מילתא בין הלוח עצמו לבין שלוחו. ובביאור עדיפות השליח על הלוח כתב הש"ך בסק"ו וז"ל: לא יכול המלוה לעכבן שיאמר כיון שאתה גורם לי היזק בתפיסתך הרי כאילו אתה תופס משלי עכ"ל, יעו"ש, וכן כתב הגר"א סק"ו וז"ל: ויש אומרים דאחר דחייב השליח לשלם וכו' דמפרשים בכתובות שם שאומר המלוה שבתורת סטראי נתן לו השליח דאם לא כן היאך נאמן במקום שחב לאחרים שמחייב השליח (ליקוט) ויש אומרים דאחר וכו' דהוי כאילו תופס משלו עכ"ל, יעו"ש.

וצריכים לעיין בהך סברא דאין המלוה יכול לתפוס מן השליח דכיון דגורם לו היזק הוה ליה כתופס משלו, ומה בכך, והלא כיון דהמלוה תופס כדין, דהא נאמן הוא בטענת סטראי כנגד הלוח, אם כן מה לו דממילא יופסד השליח, וכי צריך המלוה לותר על ממון שיכול להשיג מן הדין כדי שלא יבא הפסד דממילא להשליח, ולמה חשיב בכך כמאן דהמלוה תופס מן השליח.

ונראה לבאר עפ"י ש"נ בש"י פ"ה בשיטת הר"ן דהיכא דברירא מילתא דאית ליה להמלוה סטראי על הלוח דיכול המלוה לקבל מעות פרעון בשביל פרעון הסטראי,

ואפילו אם הלוח אומר בפירוש שרוצה לפרוע החוב שבשטר, דיד המלוה על העליונה, וכל דין טענת סטראי הוא שיש לו עליו סטראי, והנה זה פשוט דאם ראובן תפס משמעון וטען שנטל הדמים בשביל פרעון סטראי שיש לו עליו שבדאי לאו כל כמיניה לעשות כן, ואפילו למאן דאמר דמלוה נאמן לטעון סטראי אפילו בלא מיגו, והיינו טעמא משום שאינו יכול להוציא מן המוחזק בטענה בלבד, ואף אם טענה גרידא מעוררת ספק, מכל מקום אינו יכול להוציא מן המוחזק על ידי ספק בלבד, אולם היכא שבא לגבות מן הלוח בשטר חוב והלוח שילם מדעתו, אלא שהמלוה תפס המעות בשביל פרעון הסטראי שיש לו עליו, בכחאי גונא מהני תפיסת המלוה, דכיון שהלוח הוציא המעות מתחת ידו מדעתו שוב אין לו עליהם דין מוחזק גמור, ואין לו עליהם אלא דין מוחזק קלוש כדין תפוס, ואם תפס מלוה מספק מהני תפיסתו. והיכא דמסר הלוח מעותיו לשליח והרשהו לשלם חובו להמלוה חלה כאן תורת מוחזק חדשה על המעות, דמלבד הא דהלוח מוחזק על מעותיו מדין בעלים, בין כשהם בידו בין כשהם ביד שלוחו, גם השליח יש לו דין מוחזק על המעות, דכיון שיש לו דין שומר עליהן וחובה עליו לקיים חיובי השמירה, גם הוא יש לו דין מוחזק ובעל דבר על המעות בנוגע להדינים שיש לו עליהן, ואם בא מישחו לתפוס המעות מיד השליח מתורת ספק הרי הוא מתעכב משני צדדים, חדא מדין מוחזק של הלוח ששלוחו כמותו, ועוד מדין המוחזק של השליח עצמו שהוא מוחזק בהמעות לקיים בהן חיוב שמירה והשבה להמפקיד או קיום רצונו.

ולפי זה שפיר מובנים דברי הש"ך והגר"א בביאור החילוק שבין הלוח עצמו לבין שלוחו לגבי דין טענת סטראי, דהרי היכא דהמלוה טוען סטראי ניהו ליכא בזה אלא ספק בלבד ולא ודאות, שהרי הלוח מכחישו, ואלא דמהני תפיסת המלוה מדין ספק כיון דהכא הלוח עצמו הוציא המעות מתחת ידו לפרעון חובו שבשטר, ונסתלק דין מוחזק גמור שלו, ולא נשאר לו אלא דין מוחזק קלוש כעין תפוס דמהני תפיסה ממנו מספק, כמש"נ, אכן כל הספק לא הוי אלא בנוגע להלוח, שהרי לגבי ידיה הנידון הוי בעלותו, ועל ידי טענת סטראי הוטלה בעלותו בספק, אבל בנוגע השליח הרי ליכא ספק כלל, שהרי דין מוחזק שלו הוי לגבי חיובו מדין שומר וחיוב זה מעולם לא הוטל בספק אפילו על ידי טענת סטראי, ולכן לא מהני תפיסה מן השליח אפילו כשהוציא המעות מתחת ידו, דלא מהני תפיסה אפילו ממוחזק קלוש אלא על ידי הספק, ולגבי דין השליח ליכא ספק על ידי הטענה, דכל זמן שלא נתברר בודאות שהמעות שייכים להמלוה עדיין הוי חובתו של השליח ברורה להשיב המעות להלוח שהפקידן אצלו או לעשות רצונו לשלם בהן חובו שבשטר, ואם תפס המלוה הרי דין מוחזק של השליח מנגד לו, כמש"נ.

פרק י

בו יבואר מחלוקת הסמ"ע והש"ך בליכא עדים שפרע הלוח וטען המלוה סטראי אם טענין ללוח שישבע המלוה, וגם יבואר מחלוקת הב"ח והש"ך ביש עדים על הפרעון והאמין המלוה כבי תרי וטען סטראי אם אין המלוה צריך לישבע מיגו דאי בעי טעין לא נתפרעת.

[ח'מ סי' נח סעיף א'] כתב המחבר וז"ל: המוציא שטר מקוים על חבירו ואמר לו פרעתך ואמר לו אמת שפרעתני אבל מלוה אחר היה לי עליך על פה ובשבילם קבלתים וזה השטר עדיין בחזקתו עומד אם לא נתנם לו בפני עדים נאמן והשטר עדיין בחזקתו וגובה בו בלא שבועה אם יש בו נאמנות ואם אחר כך יתבענו שלקח ממנו שלא כדין נשבע היסט ונפטר ואם אין בו נאמנות אינו נוטל אלא בשבועה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ובסמ"ע סק"ג כתב וז"ל: ואם אין בו נאמנות אינו נוטל אלא בשבועה כן כתב הטור ועיין פרישה שכתבתי דנראה דקא משמע לן בזה דס"ל דהדין כן דאע"פ שלא טען הלוח ישבע לי דאנן טענין ליה כיון דאיכא ריעותא דהודה לו וכדין הפוגם את שטרו דלקמן בסי' פ"ד מה שאין כן בשלא הודה שפרעו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והש"ך בסק"ד פליג עליו וז"ל: כתבו הסמ"ע והב"ח דקא משמע לן בזה דאע"פ שלא טען הלוח ישבע לי אנן טענין ליה כיון דאיכא ריעותא דהודה וכדין הפוגם את שטרו וכן נראה מדברי הספר גידולי תרומה שאביא לקמן סק"ד ואין דבריהם נראים לפי עניות דעתי דכיון דלא איתרע שטרא למה יגרע שטר זה משטר אחר ועוד כיון דנאמן במיגו דלא היו דברים מעולם כי היכי דבטענת לא היו דברים מעולם לא היה צריך לישבע אלא אם כן טען הלוח ישבע לי הוא הדין בטענת סטראי וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש כאן מחלוקת יסודית בין הסמ"ע והש"ך אם היכא דהודה המלוה שקיבל דמים מן הלוח אם עדיין נשאר ריעותא על השטר אע"ג דאית ליה מיגו דלא היו דברים מעולם, דהסמ"ע ס"ל דאין בכח המיגו לסלק הריעותא מכל וכל, רק שיהא נאמן במקום הריעותא, אבל הש"ך ס"ל דכיון שהיה יכול לטעון לא היו דברים מעולם, והשתא נמי אית ליה מיגו, איסתליק הריעותא מכל וכל, ועיימש"נ בזה בש"י פ"ו.

ומה שהקשה הש"ך על הסמ"ע דכיון דאילו היה טוען לא היו דברים מעולם לא היה צריך המלוה לישבע אלא אם כן טען הלוח ישבע לי השתא נמי דטוען סטראי במיגו דלא היו דברים מעולם לא יצטרך לישבע אלא אם כן טוען הלוח ישבע לי מכח האי מיגו גופא, הא מילתא נמי הוא רק לפי דעת הש"ך דעל ידי המיגו איסתליק הריעותא, דלדעת הסמ"ע דלא איסתליק הריעותא, ורק דנאמן במקום הריעותא, לא קשה מידי, דהא הך שבועה לא באה מכח טענת הלוח אלא מדין טענין, כמו שכתב הסמ"ע כנ"ל, וכיון דבית דין רואים ריעותא על השטר מחייבים את המלוה שבועה, ואין בכח המיגו לעכב דין טענין שהוא דין בבית דין אלא אם כן המיגו מסלק הריעותא, אבל אם אף אחר המיגו עדיין נשארת הריעותא בפני בית דין, יכולים בית דין לטעון בעד הלוח ולחייב המלוה לישבע, ואין בכחו לעכב בזה.

אולם צריכים להתבונן בעצם דברי הש"ך שרצונו לומר דהמלוה יפטר מן השבועה על ידי מיגו דאי בעי טעין לא היו דברים מעולם ולהיפטר מן השבועה, ולמה לא שייד כאן דינא דאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה.

והנה עיימ"ש המחבר שם סעיף ב' וז"ל: טען הלוה ואמר הלא פרעתיך בפני פלוני ופלוני ובאו אלו והעידו שפרעו אבל לא הזכיר לו השטר והשיב המלוה חוב אחר הוא שפרעת לי הרי בטל השטר עכ"ל, והוסיף הסמ"ע בסק"י וז"ל: ואמר הלא פרעתיך בפני פלוני ופלוני כו' ואם כתב בשטר דהאמין להמלוה כשני עדים אפילו נתנו לו בעדים נאמן לומר סטראי נינהו דהא אפילו בלא טענת סטראי נאמן להכחיש העדים המעידים על הפרעון וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והש"ך הביא דעה זו בסק"א וכתב וז"ל: אך מה שכתב הב"ח דמכל מקום שבועה בעי בנאמנות כבי תרי ואינו נאמן בלא שבועה במגו דלא נתפרעתי חדא לאין אומרים מגו לאפטורי משבועה וכו' אינו נראה לפי עניות דעתי דלא שייד למימר אין אומרין מגו לאפטורי משבועה אלא היכא דחייב שבועה מצד הדין אלא שיש לפטרו משבועה מטעם מגו בכהאי גוונא שייד לומר אין אומרים מגו לפטרו משבועה אבל זה שהאמינו כבי תרי הרי כאלו עדים מעידים כדבריו שחייב לו מצד אחר ואינו חייב שבועה כלל וכו' ועוד דהיכא דמהימן לומר סטראי במגו הוי טענת סטראי כמו טענת המגו וכמו שכתבתי לעיל סק"ג דהיכא דפרעו בינו לבינו נאמן לומר סטראי ואינו צריך שישבע אלא אם כן טוען הלוה השבע לי ולא אמרין שישבע דאין אומרין מגו לאפטורי משבועה אלא ודאי כמו שכתבתי עכ"ל הש"ך, יעו"ש היטב.

ובמה שכתב הש"ך בתירוצו הראשון, דהכא הוי כאילו עדים מעידים כדבריו ואינו חייב שבועה כלל, לכאורה צריכים לעיין דאם נתן לו הלוה נאמנות אף בטענת סטראי, אם כן למה לן מיגו כלל, ולא משמע מדברי הש"ך דהכא אין צורך למיגו, אלא משמע מדבריו דעדיין צריך לדין מיגו אלא דלא שייד כאן כללא דאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה.

אולם נראה דכונתו לומר דאין הכי נמי דלא נתן לו הלוה להדיא נאמנות אלא כנגד טענת פרעתי, שיוכל המלוה לטעון שלא נפרע, ולא נתן לו הלוה נאמנות שיוכל לטעון סטראי נינהו, אלא דכיון דלעולם יש לו מיגו דאי בעי טעין שלא קיבל ממנו כלום, אם כן סברא היא שיש לו נמי אותו דין נאמנות אף לגבי טענת סטראי, ונמצא דמה שפוטרו עצמו מן השבועה לא הוי על ידי כח המיגו אלא על ידי כח הנאמנות שהוא נאמן כבי תרי, ורק דהוצרך לדין מיגו ליתן לו כח הנאמנות, ומכל מקום כיון דאין עצם פטורו מן השבועה בא על ידי כח המיגו לא שייד כאן כללא דאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה. ובמה שכתב בתירוצו השני, דהיכא דמהימן לומר סטראי במיגו הוי טענת סטראי כטענת המיגו, נראה לבאר הכי, דהנה היכא דהוקבע דין הטענה שהיא מחייבת שבועה בהחלט, ובא לפטור עצמו מן השבועה על ידי מיגו, בכהאי גוונא חשבינן ליה כמיגו לאפטורי משבועה, אבל היכא דאין דין הטענה מבורר ובא על ידי המיגו לקבוע דין הטענה שלא תחייב שבועה, בכהאי גוונא אין המיגו פוטרו מן השבועה שנתחייב

בהחלט, אלא שהמיגו קובע דין הטענה שאינה מחייבת שבועה, ואין זה חשיב כמיגו לאפטורי משבועה, ולכן בטענת נאנסו במיגו דהחזרתי שפיר שייך כללא דאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה, דהרי דין טענת נאנסו מפורש בתורה שהיא מחייבתו בשבועת השומרים, ואלא דכיון שיש לו מיגו דאי בעי טעין החזרתי הרי הוא בא לפטור עצמו מן השבועה, ואמינא אין אומרים מיגו לאפטורי משבועה, אבל בטענת סטראי הרי לא הוקבע דינה בשום מקום ואמרינן דהיכא דאין לו מיגו חייב שבועה, אבל היכא דאית ליה מיגו דאי בעי טעין טענת לא נתפרעתי על ידי נאמנות, נעשה טענת סטראי כטענת המיגו, ואינה מחייבתו בשבועה כלל.

ומהאי טעמא נמי כתב הש"ך דהיכא דליכא עדים וטען המלוה סטראי נינהו הרי הוא פטור מן השבועה כיון דאית ליה מיגו דלא היו דברים מעולם, דכיון דהיה יכול לטעון טענה שלא היה צריך לישבע עליה בלי תביעת הלוח, הוקבע נמי דין טענת סטראי כן בכהאי גונא, ולא חשיב מיגו לאפטורי משבועה, כמש"נ.

פרק יא

בו יבואר החשש רמאות שיש בהבא ליפרע מנכסים משועבדים דאמרינן שלא יפרע אלא בשבועה אף דטענינן להו ללקוחות כל מה שהיה הלוח יכול לטעון, להסוברים דבהודה הלוח שלא פרע לא טענינן ללקוחות ולהסוברים שאף כשהודה טענינן להו ללקוחות.

[שבועות מב:] תנינא מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וכו' ומה לי משועבדים להדיוט מה לי משועבדים לגבוה איצטריך סלקא דעתך אמינא הדיוט הוא דאדם עושה קנוניא על הדיוט אבל הקדש דאין אדם עושה קנוניא על הקדש קא משמע לן וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה אדם עושה קנוניא על ההדיוט וז"ל: הלוח הזה עשה עצה רמיותא עליו ואמר אני חייב לזה כדי שיטרוף הקרקע ממנו ויחלוקו ברמיותא עכ"ל. וצריכים לעיין דאיזה רמאות יכול הלוח לעשות כאן, והלא המלוח הזה יש לו שטר לגבות מן המשועבדים, וכל מה שהיה יכול הלוח לטעון אגן טענינן ללקוחות, ובשלמא לשיטת המבי"ט שהביא הש"ך בסי' ק"ו סק"ו דהיכא דהלוח בפנינו ומודה לא טענינן ללקוחות, איכא למימר דהכא היה הלוח יכול לטעון למלוח אישתבע לי דלא פרעתיך, וכיון דהודה ולא טען כן אף אגן לא טענינן ללקוחות, וחיישינן שלא עשה הלוח כן אלא בשביל רמאות, ולהכי מחייבינן המלוח לישבע, ולהשיטה דפליג על המבי"ט וס"ל דטענינן אף אם הלוח מודה דחיישינן לקנוניא, יש לומר דהיינו גופא דינא דסוגיין, דהרי כתב רש"י בכתובות (דף פז.) דהך שבועה בגביה מנכסים משועבדים היא מדין טענינן טענת אישתבע לי דלא פרעתיך, והכא אשמועינן דאף כשהלוח בפנינו ומודה טענינן ללקוחות דחיישינן לקנוניא, אי נמי יש לומר דחיישינן שהלוח פרע ויש לו שובר וכבשו כדי שיוכל המלוח לגבות מן הלקוחות ויחלוקו ברמיותא.

פרק יב

בו יובא מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה אם הגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים הואיל ולא לאהדורי קאי או אם נאמן לומר החזרתי גם אם לא החזיר בעדים דהא סוף סוף הרי הוא כופר בכל, ויבואר טעם הסוברים דאינו נאמן אע"ג דכופר הכל פטור בטענתו.

[שבועות מז.] דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה אתא לקמיה דרבי אמי יתיב רבי אבא קמיה אייתי חד סהדא דמחטף חטפא מיניה אמר ליה אין חטפי ודידי חטפי אמר רבי אמי היכי לידיינו דייני להאי דינא נימא ליה זיל שלים ליכא תרי סהדי נפטריה איכא חד סהדא נימא ליה זיל אישתבע כיון דאמר מיחטף חטפי הוה ליה כגזלן אמר ליה רבי אבא הוה מחויב שבועה ואין יכול לישבע וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, יעו"ש.

וכתב הר"ן וז"ל: ואי תימא אמאי ליהמניה במיגו דאי בעי אמר החזרתי יש מי שתירץ דגזלן אינו נאמן לומר החזרתי דלאו לאהדורי קאי ולא דמי למלוה את חבירו ומפקיד את חבירו דאין צריך להחזיר לו בעדים דהתם לחזרה קאי אבל רבינו מאיר ז"ל השיב להרמב"ם ז"ל דאפילו גזלן נאמן לומר החזרתי והביא ראיה מסוגיא דפרק האשה שנתארמלה (דף יח.) וכו' ואם תאמר אם כן הדרא קושיא לדוכתה יש לומר דהכא כשהנסכא יוצאה עכשיו בפנינו מתחת ידו עסקינן דליכא מגו עכ"ל, יעו"ש, הרי שנחלקו הראשונים אם הגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים דאינו נאמן לומר החזרתי הואיל ולא לאהדורי קאי או אם נאמן לומר החזרתי ואינו צריך להחזיר לו בעדים, והובאה מחלוקת זו גם בר"ן ריש פרק שני דכתובות (דף טז.), יעו"ש.

והא דתנן בבבא קמא (דף קיח.) האומר לחבירו גזלתיך הלוייתי הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך חייב לשלם, יעו"ש, ומשמע דאם אמר ברי שהחזרתי לך פטור, להנך דעות דאינו נאמן לומר החזרתי צריך לומר דהא דפטור היינו משום דמייירי דלא קא תבע ליה הנגזל, כדמוקי לה בגמרא שם, יעו"ש.

והמחבר מביא מחלוקת זו בחו"מ סי' שס"א סעי' ח' וז"ל: הגוזל את חבירו בעדים יש אומרים שאינו צריך להחזיר לו בעדים ויש אומרים שצריך עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דנסתפק לו בזה ולא הכריע, והש"ך סק"ח הכריע כדעת הרמ"ה דאינו צריך להחזיר בעדים, יעו"ש, ועיין במחבר סי' ע"ה סעי' ח' וז"ל: מנה לי בידך שגזלתני והלה אומר לא היו דברים מעולם משביעים אותו שבועת היסט וכו' עכ"ל, ובסעי' ט' וז"ל: מנה לי בידך שהלוייתיך או שהפקדתי בידך והלה אומר יודע אני שהלוייתי מנה או שהפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לאו חייב לשלם עכ"ל, ובסעי' י' וז"ל: לא תבעו אדם אלא מעצמו אמר לחבירו הלוייתי או הפקדת אצלי או גזלתיך ואיני יודע אם החזרתי לך פטור עכ"ל, יעו"ש, ומדויק בדבריו דבסעי' ח' ובסעי' י' הזכיר שלשתן, הלואה פקדון וגזילה, ובסעי' ט' בדינא דאיני יודע אם החזרתי חייב לשלם לא הזכיר אלא הלואה ופקדון, והיינו משום דלהנך דעות דגזלן אינו נאמן לומר החזרתי לא יתכן

לומר דאיני יודע אם החזרתי חייב, דהא גם אם טען ברי שהחזרתי הוא חייב, וכיון שהמחבר אין לו הכרעה בכך לא נחית לדינא דגזילה בסעיף זה, אבל הש"ך כתב בסקכ"ה דהוא הדין כשטוען גזלתני שאין חילוק בין גזילה או פקדון והלואה בכל דינים אלו, יעו"ש, שהרי הוא הכריע כדעת הרמ"ה, כנ"ל.

ולענין דעת הרמב"ם בענין זה נחלקו הנושאי כלים, דעיין פ"ד גזילה הלי"ד וז"ל: מעשה באחד שחטף לשון של כסף מיד חבירו בפני עד אחד ובא החוטף ואמר חטפתי ושלי חטפתי וחייבוהו חכמים להחזיר מפני שהוא מחויב שבועה בעד זה ואינו יכול לישבע וכו', עכ"ל, יעו"ש, וכתב המגיד משנה וז"ל: ונראה מדברי הרב ז"ל שהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים וכבר חלקו בזה חכמי הדורות עכ"ל, יעו"ש, והכסף משנה הביא דרבינו ירוחם והריב"ש כתבו כדבריו וכתב על זה שאיני יודע מהיכן למדו שהוא סובר כן וגם המגיד משנה פ"ד טוען ונטען הל"ח נסתפק בדעת הרמב"ם, יעו"ש.

ומה שדייק המגיד משנה מדברי הרמב"ם דגזלן אינו נאמן לומר החזרתי לכאורה הוא ממה שלא הזכיר הרמב"ם שהנסכא ביד החוטף בפנינו או על כל פנים שהעד מעיד שהנסכא עדיין ברשותו, דכן מוקים לה הרמ"ה בסוגיין כדי שלא יוקשה ונהמניה לומר ידי חטפי מיגו דאי בעי החזרתי, אבל אם לא נודע מקום הנסכא אין הכי נמי דנאמן במיגו דהחזרתי, כנ"ל, וכיון שהרמב"ם לא הזכיר אוקימתא כזו מוכח דס"ל דליכא מיגו משום דאינו נאמן לומר החזרתי, והמגיד משנה בהלכות טוען ונטען לא כתב אלא שיש להסתפק בפירוש הגמרא וז"ל: ועובדא דנסכא הוא מפני שהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים וכמו שכתבתי פ"ד מהלכות גזלה או הוא דוקא כשהעד מעיד שהנסכא היא עדיין ביד החוטף אבל אם תמצא לומר שאין הגוזל את חבירו בעדים צריך (לומר החזרתי) [להחזיר לו] בעדים והעד לא היה מעיד אם הוא בידו עדיין ודאי מהימן הוא כי אמר ידי חטפי מגו דאי בעי אמר החזרתי וכו', עכ"ל, יעו"ש, וכתב המגיד משנה דהסוגיא מתפרשת על שתי פנים והדבר תלוי במחלוקת הראשונים, ודעת הרמב"ם היא דצריך להחזיר לו בעדים.

ושיטת הרמב"ם ושאר הראשונים דהגוזל את חבירו בעדים אינו נאמן לטעון החזרתי אם לא שיביא עדים על כך צריכה ביאור, דהא סוף סוף הוא כופר הכל והמוציא מחבירו עליו הראיה, ומהי הסברא דלאו לאהדורי קאי, וכי יש בזה כמו אן סהדי שלעולם לא יחזירנו, וכי אי אפשר שעשה תשובה והחזיר הגזילה שבידו.

ונראה דחלוק דין כופר הכל דטוען לא היו דברים מעולם מדין כופר הכל דטוען פרעתי, דאם טוען לא היו דברים מעולם אינו צריך לזה טענת כפירה כנגד התביעה אלא נסתלק לגמרי ממנו, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף יח.) בד"ה מפני, יעו"ש, והרי זה כאומר לו קיים שטרך וחות לדינא, ועיימש"נ בשי"ד פ"ד, אבל בטענת פרעתי אינו יכול להסתלק ממנו, דהא בטוען איני יודע אם פרעתיך חייב, כדתנן בבבא קמא שם, והיינו משום דאיכא חזקת חיוב וספק פרעון, וחזקת חיוב מחזיק את התובע והרי הנתבע בא להוציא ממנו, ובמקום ספק אין להוציא מן המוחזק בחיובו, ובמה שטוען ספק

פרעתי אינו מבטל החזקת חיוב, שהרי זה ברור שמתחילה היה חיוב, ועכשיו נולד ספק אם נסתלק החיוב, ומעמידים החיוב על חזקתו, ובאמת גם בלוח בעדים וטען ברי שפרעתי היה צריך להיות הדין דנעמיד החיוב על חזקתו ועל הלוח להביא ראיה שפרע, והא דנאמן לטעון פרעתי היינו משום דטענת ברי שפרעתי יש בכחה לבטל החזקת חיוב, ושוב הוי הלוח המוחזק ועל המלוח להביא ראיה, וס"ל להרמב"ם והיש מי שכתב שהביא הר"ן דלא אלימא טענת פרעתי לבטל החזקת חיוב אלא בהלואה ופקדון דעומדים להשבה מתחלתם, אבל גזילה דלאו לאהדורי קאי מתחלתה אין בכח טענת החזרת לבטל החזקת חיוב, ועל הגזלן להביא עדים שהחזיר, ואיכא נמי למימר דגם הרמ"ה מסכים ליסוד זה בטענת פרעתי אלא דס"ל דלא הוגרע כח הטענה במאי דלאו לאהדורי קאי.

ולפי דברינו צריך לומר דהתוס' בכתובות שם אזלי בשיטת הרמ"ה, שהרי באו לפרש למה כופר הכל אינו נשבע כמו שהמודה במקצת נשבע, ועל זה כתבו דכופר הכל נסתלק לגמרי ממנו, ועל כרחך היינו גם בטוען פרעתי, דאם לא כן עדיין קשה למה אין הטוען פרעתי צריך לישבע, וצריך לומר דגם הלוח בעדים וטוען פרעתי נסתלק לגמרי ממנו, ואע"ג דאיכא חזקת חיוב, ולפי זה בטוען ברי שפרעתי ליכא חזקת חיוב, ולא מפני שטענת פרעתי מבטלת החזקת חיוב, דאם כן אין זה נסתלק ממנו, אלא משום דליכא חזקת חיוב אלא כשהנתבע מודה שאולי לא פרע, אבל אם טוען פרעתי ליכא חזקת חיוב והרי הנתבע נסתלק לגמרי ממנו ואומר לו קיים שטרך וחות לדינא, ולהרמב"ם הא דכופר הכל אינו נשבע כמו המודה במקצת הוא מפני שאר הטעמים שכתבו הראשונים ולא מפני שנסתלק לגמרי ממנו.

פרק יג

בו תתיישב קושית הקצות החושן דאם מי שהוחזק כפרן לאותו ממון שוב אינו נאמן לטעון פרעתי מכל שכן שהיה לנו לומר שהגזל את חברו בעדים לא יהא נאמן לטעון החזרתי אלא בעדים או בראיה שהרי על אותו ממון הוא יותר מכפרן על הלואה.

[**בבא מציעא יז.**] אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו וחזר ואמר פרעתי הוחזק כפרן לאותו ממון וכו', יעו"ש, אבל לשאר ממון נאמן לטעון לפטור ולישבע שאינו נעשה בזה חשוד. והקשה הקצות החושן סי' ע"ט סק"ה וז"ל: וקשה לי טובא כיון דחזינן דהיכא דהוחזק כפרן לאותו ממון תו לא מהימן בשום טענה הפוטרת אלא אם כן מביא עדים וראיה אם כן מכל שכן גנב וגזלן שגזלו ממון זה דהוא יותר מכפרן בהלואה אמאי אינו צריך ראיה כשטוען החזרתי ודעת רוב הפוסקים דגזל בעדים אין צריך להחזיר בעדים ואע"ג דהוחזק גזלן לממון זה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ונראה ליישב עפ"י ש"נ בש"י פי"ב דהא דהלוה נאמן לטעון פרעתי אפילו כשהלוהו בעדים היינו משום שיש בכח טענת פרעתי לבטל החזקת חיוב כיון שהחוב עומד לפרעון, ולפי זה יש לומר דהא דהוחזק כפרן אינו נאמן לומר פרעתי אינו משום דהוגרעה טענתו, שהרי ההוחזק כפרן לא נעשה חשוד, כמש"נ, אלא היינו טעמא משום דכיון שכבר טען באותו ממון והוחזק כפרן בטענתו שוב הוקלש כחו בשאר טענותיו שיטעון אחר כך, ושוב אין בכח טענת פרעתי שלו לבטל החזקת חיוב, ועליו להביא ראיה שפרע, אבל גזלן שטען החזרתי לא הוקלש כחו בטענה זו כדי שלא יוכל לבטל החזקת חיוב, שהרי מעולם לא טען לשקר על ממון זה ולא הוחזק כפרן, ואע"פ שנודע לנו שגזל הרי טוען שעשה תשובה והחזיר הגזילה, וזו היא טענה מעליא, ונתבטלה החזקת חיוב ונאמן לפטור עצמו.

פרק יז

בו תתיישב קושית המהרש"א מאי שנא דבטען טענת אבידה ונשבע וחזר וטען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים דפטור דהיה נאמן במיגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי, ובטען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת גנב לא היה נאמן בלא שבועה מיגו דאי בעי טען באמת נשבעתי.

[**בבא קמא קח.**] בעי רב פפא תרי חומשי או תרי כפילי בחד גברא מאי היכי דמי כגון שטען טענת אבד ונשבע והודה וטען טענת אבד ונשבע והודה אי נמי כגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים מאי וכו', וכתבו התוס' בד"ה וחזר וטען טענת גנב ונשבע וז"ל: תימה היאך השביעוהו בית דין כיון שנפטר בבית דין בשבועה ראשונה ואפילו חזר וטען שלאחר שבועה ראשונה נגנב מכל מקום למה השביעוהו והלא משבועה ראשונה שנשבע לשקר חייב באונסים נמצא שלא כפר כלום במה שטען שנגנב אחר שבועה ראשונה עכ"ל, יעו"ש.

ועיין במהרש"א שדקדק בדברי התוס' ורצה להוכיח אם התוס' גרסי דבאו עדים בין שבועה לשבועה, וכהגירסא שלפנינו, או אם לא גרסי לה כי היכי דלא גרסי שהודה בין שבועה לשבועה בבבא קמייטא דטוען טענת אבד, וכמו שכתבו התוס' לעיל בד"ה טען טענת אבד, יעו"ש, ובין כך ובין כך עלה בידו קושיא על דברי התוס', דאם אית להו גירסא דבאו עדים בין שבועה לשבועה אם כן לא הוה להו למימר היאך השביעוהו בית דין כיון שנפטר בבית דין בשבועה ראשונה, אדרבה הוה להו למימר היאך השביעוהו בית דין הואיל וכבר נתחייב על ידי עדים, ואם לא גרסי דבאו עדים בין שבועה לשבועה, אם כן מאי סלקא דעתיהו דהתוס' דהשביעוהו בית דין מיירי כגון שחזר וטען שלאחר שבועה נגנב, ולמה איצטריך להו למידחי משום שלא היה נפטר בטענה זו הואיל ונתחייב באונסים, והרי כיון שהיה יכול לעמוד בשבועתו הראשונה ולומר באמת נשבעתי הרי הוא נאמן גם על טענתו השניה במיגו ואינו צריך לישבע, וכמו שכתבו התוס' לעיל (דף קז:): בד"ה הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, יעו"ש, ואם כן עדיין למה השביעוהו בית דין, עד כאן תוכן דברי המהרש"א, ויעו"ש מה שכתב בישוב דברי התוס'.

והנה עיין בב"ב (דף ע.) בעא מיניה רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר לו החזרתים לך מהו מי אמרינן מיגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי מהימן או דלמא מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי אמר ליה מהימן וכו' אמר ליה סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי הכא נמי מאי נאמן נאמן בשבועה, יעו"ש, והיינו דאם רוצה שיהא נאמן בטענה שטוען עכשיו במיגו דאי בעי טוען טענה אחרת המועילה, אם כן אם אותה טענה היתה מחייבתו שבועה השתא נמי צריך לישבע, ואז יהא נאמן במיגו.

והנה לעיל (דף קז:): בגמ' איתא אמר רב אסי אמר רבי יוחנן הטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה

ראשונה, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה וז"ל: דאע"ג שהודה שלשקר נשבע אין חייב מן הדין לישבע פעם שניה שנגנב כמו שחוזר וטוען אלא נאמן שלא בשבועה לומר שנגנב במגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי והיה פטור עכ"ל, יעו"ש, והנה לכאורה אין כונתם לומר דהטענה המועילה שהיה יכול לטעון שממנה נובע כח המיגו היא טענת באמת נשבעתי, דהא אין לדברים אלו דין טענה כלל, ומה שפטור אם אומר כן היינו משום שעומד בטענתו הראשונה, אלא הטענה המועילה לו היינו טענת אבד שטען ונשבע ונפטר על ידה, אם כן השתא נמי דחוזר וטוען שנגנב נאמן במיגו דטענה דאבידה שהיה יכול לעמוד בה ולזכות על ידה.

אולם קשה דכיון דכל נאמנות דטענת אבידה שטען מכבר היתה על ידי שבועה, אם כן השתא נמי שטוען גניבה מיגו דאבידה לא יהא נאמן אלא על ידי שבועה, כההיא דהחזרתי מיגו דנאנסו, כנ"ל, ולמה מהני הך מיגו לפוטרו לגמרי ואף בלי שבועה. ונראה דשאני הכא דהמיגו בא על ידי טענה שכבר טען ונשבע עליה, שהיה יכול לומר באמת נשבעתי ולעמוד בה, אם כן מדין מיגו אהני אותה השבועה שכבר נשבע לפוטרו גם במה שטוען אחר כך שנגנב, ויש לפרש דבר זה על ב' פנים, חדא יש לומר דדין המיגו בכהאי גוונא הוא לשנות טענתו הראשונה, דכי היכי דיכול לשנות טענתו שכבר טען על ידי אמתלא אחרת, הכי נמי יכול לשנות טענתו על ידי מיגו, ואם כן כשחוזר וטען נגנב הרי זה כמי שאומר מה שטענתי אתמול שנאבד לא היה מדויק דבאמת נגנב ולא נאבד, ועדיין הוא עומד בטענתו הראשונה אלא שבא לשנותה מאבידה לגניבה, ושפיר אהני ליה שבועתו שנשבע אתמול, ואינו צריך לחזור לישבע פעם שנית, ובפרט משום דבנוסח השבועות לא הוזכרה אבידה או גניבה, רק שלא פשע ולא שלח בו יד ושאינו ברשותו, אם כן בודאי לא נתבטלה השבועה במה ששינה טענתו מאבידה לגניבה, אי נמי יש לומר דאף אם נחשיב מה שטוען עכשיו שבאמת לא נאבד באותה שעה אלא נגנב לטענה חדשה ולא כבא לשנות טענתו הראשונה, מכל מקום מה שנשבע שלא פשע ולא שלח בו יד ושאינו ברשותו לא נתבטל על ידי כך, שעדיין הוא עומד בזה, ורק שטוען שבאותה שעה לא נאבד אלא נגנב, ושפיר יוצא חיובו לישבע על ידי השבועות שנשבע אתמול.

אכן כל זה לא שייך אלא בסוגיין דלעיל שמתחלה טען שנאבד קודם לכן, ואחר כך חוזר וטוען דנגנב קודם הכפירה, אז נאמר דנאמן במיגו, ואע"ג דטענתו המועילה היתה צריכה שבועה מכל מקום אהני ליה שבועתו שכבר נשבע, כמש"נ, אבל בדברי התוס' דידן שמתחלה טען נגנב והשתא בא בטענה חדשה שבאמת בשעת כפירתו היה הפקדון ברשותו ורק אחר כך נגנב הפקדון מרשותו, בכהאי גוונא בודאי נתבטלה שבועת שאינו ברשותו שנשבע אתמול, שהרי לשקר נשבע, ואם כן אע"ג דיש לו מיגו דהיה יכול לעמוד בטענתו הראשונה, לא אהני ליה הך מיגו לפוטרו מן השבועה, שהרי גם טענתו הראשונה לא היתה מועילה אלא על ידי שבועה, כמש"נ.

שער יא: בענין טענות בעל כנגד אשתו ובו כ"ג פרקים

פרק א

בו יובא מחלוקת הראשונים אם מאי דאמר רבי ירמיה בירושלמי מעתה אין טענת בתולים לרבן גמליאל ורבי אליעזר מיירי לענין להפסידה כתובה או לענין לאוסרה עליו, ויסתפק אם בברי וברי אינו נאמן משום שהטענות שוות או משום דטענת ברי מגרעת טענת התובע.

[כתובות ט.] אמר רבי אלעזר האמר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו, יעו"ש, וכתב השיטה מקובצת בשם הרשב"א וז"ל: ודוקא באומר ברי לי שלא הטיתי הא לאו הכי מותרת דחזקה הטה והוא לא ידע וכו', והא דר' אלעזר דאסר באשת כהן ואי נמי בקטנה בת ישראל דוקא במכחשת וטוענת בתולה שלימה נבעלתי אי נמי בשותקת דאיהו ברי אבל במודה וטוענת שנאנסה קודם שנתארסה אי נמי באומרת מוכת עץ אני נאמנת דהא קיימא לן כרבן גמליאל ורבי אליעזר דאמרי הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי כו' נאמנת כדאיתא במתניתין וכן בטוענת מוכת עץ אני והוא אומר לא כי אלא דרוסת איש את וטעמא דמילתא משום דהתם שניהם מודים שלא נמצא לה בתולים אלא שהיא אומרת משארסתני נאנסתי והוא טוען בשמא קודם שארסתיך והוה לה איהי ברי והוא ספק וברי עם חזקת כשרות דגופה עדיף משמא ידיה אבל במכחשת כי הכא דהוה ליה ברי וברי איהו מהימן וכדאמרין לקמן בריש פרק האשה שנתארמלה דלא אמר רבן גמליאל אלא בשמא וברי אבל בברי וברי לא קאמר והכין איתא בירושלמי דגרסינן התם רבי ירמיה בעי מעתה אין טענת בתולים כרבן גמליאל ורבי אליעזר אלא כרבי יהושע כו' והא דאמרין בירושלמי גבי מתניתין דהיא אומרת מוכת עץ אני נאמנת הדא דתימא שלא להפסידה כתובתה אבל לקיימה אינו רשאי ודאי דפליגא אגמרא דילן וכו' עכ"ל, יעו"ש, והך ירושלמי דפליגא אגמרא דילן היא בפ"ק דכתובות ה"א, שמונה שם כל הני דתנינא דלית להו טענת בתולים וקאמר דהני מילי שלא להפסידה כתובתה אבל אינו רשאי לקיימה משום ספק סוטה, יעו"ש.

ואידך ירושלמי שהביא הרשב"א היא בפ"ק שם ה"ו, על הא דתנן הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים והיא אומרת משארסתני נאנסתי ונסתחפה שדהו דנחלקו רבן גמליאל ורבי יהושע אם נאמנת, ואמר התם רבי ירמיה בעי מעתה אין טענת בתולים לא כרבן גמליאל וכרבי אליעזר אלא כרבי יהושע וחזר ואמר יש טענת בתולים כרבן גמליאל וכרבי אליעזר בשותקת ואפילו תימא במדברת באומרת מצא ואיבד ותהא נאמנת לית יכיל דאמר ר' אילא בשם ר' לעזר מצא פתח פתוח אסור לקיימה משום ספק סוטה הכא איתמר נאמנת והכא איתמר אינה נאמנת תמן שניהן מודין בשהפתח פתוח, יעו"ש.

ויעו"ש בפני משה שלמד דהא דסלקא דעתיה דרבי ירמיה דאליבא דרבן גמליאל

ליכא טענת בתולים רצונו לומר דאינו נאמן להפסיד כתובתה, ומשני דמשכחת לן דנאמן בשותקת או במדברת ומכחישתו, דהתם ליכא למימר דהיא נאמנת, דכיון דנאמן לאוסרה האמינוהו חכמים גם להפסידה כתובתה, ולכאורה כונתו בזה לחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה דלקמן (דף י.), וכמו שכתב הפני משה שם בסמוך, ומסיק בירושלמי דבמכחישתו דאיכא ברי וברי נאמן הבעל, אבל באומרת משארסתני נאנסתי נאמנת האשה משום ברי ושמא, יעו"ש.

ובשיטה מקובצת בסוגיין הביא בשם הריטב"א דמהך ירושלמי איכא מקור להני דעות דברי ושמא מהני גם לגבי איסור שלא יוכל לאוסרה עליו, ולמד דמיירי שם לענין לאוסרה על בעלה, ולא כהפני משה דמיירי לענין הפסד כתובתה, ולכן כתב הריטב"א דהך ירושלמי פליגא על אידך ירושלמי דקאמר שאינו רשאי לקיימה משום ספק סוטה, יעו"ש.

ומדברי הרשב"א מיהא לא משמע שלמד כדברי הריטב"א, שהרי לא כתב דהני תרתי ירושלמי פליגי אהדדי, ולא כתב אלא דההיא דאינו רשאי לקיימה פליגא אגמרא דילן, ולכאורה משמע לפי זה שלמד דאידך ירושלמי מיירי לענין הפסד כתובה, ואם כן צריכים לעיין היאך רצה להוכיח מהתם דברי וברי לא מהני שלא תיאסר על בעלה, ואפשר לומר דלא בא אלא להוכיח דרבן גמליאל לא קאמר דינו אלא בברי ושמא אבל לא בברי וברי, ואע"ג דנידון דרבן גמליאל ורבי יהושע מיירי להדיא בכהאי גוונא דברי ושמא, שהרי טענתה דמשארסתני נאנסתי הוי טענת ברי, ומה שהוא טוען עד שלא ארסתך לא הוי אלא טענת שמא, מכל מקום רצה הרשב"א להביא ראיה לרוחא דמילתא דדוקא בכהאי גוונא פליגי אבל היכא דהוי ברי וברי מודה רבן גמליאל, ולזה הביא ראיה מגמרא דילן לקמן (דף טז.) דכן איתא להדיא התם, והביא נמי ראיה לכך מדברי הירושלמי דמסיק תמן בששניהם מודים שהפתח פתוח, כלומר והוה ליה ברי ושמא, אבל קשה דכיון דקאמר לקמן ודקארי לה מאי קארי לה, אם כן אף אם נאמר דהרשב"א קאמר לרוחא דמילתא, למה לא סגי ליה בחדא ראיה.

אולם נראה דיש לפרש דברי הרשב"א על אופן אחר, דהנה באמת יש לעיין דהא דפריך בירושלמי במדברת ומכחישתו ואומרת מצא פתח נעול ואיבד הדם דתהא נאמנת, ומסיק משום דליכא ברי ושמא, וקשה דלמה תיסק אדעתין שתהא נאמנת כיון דליכא ברי ושמא, וכתב הקרבן העדה דסלקא דעתין דתהא נאמנת אפילו בברי וברי משום חזקת הגוף וחזקת כשרות, אבל קשה דהא להדיא קאמר רבן גמליאל דינים אלו באופן דברי ושמא, ואע"ג דלקמן בריש פרק שני (דף טז.) קאמר בגמרא עד כאן לא קאמר רבן גמליאל התם אלא בברי ושמא אבל בברי וברי לא, לאו היינו משום דהוה אמינא דרבן גמליאל מיירי אפילו בברי וברי שהרי מיד פריך התם ודקארי לה מאי קארי לה, דוכי לא ידע דמיירי רבן גמליאל בברי ושמא, ומשני דסלקא דעתין דמשום רוב נשים בתולות נישאות הוה ליה כברי ושמא, יעו"ש, וכיון דהבבלי פריך בפשיטות ודקארי לה מאי קארי לה, אם כן קצת קשה לומר דזוהי כונת הסלקא דעתא של הירושלמי, ואם כן צריכים לעיין דמאי סלקא דעתין דתהא נאמנת.

ונראה דהנה יש להסתפק למאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף על כל פנים בהדי חזקת הגוף, ועל דעדיפא טענת ברי מטענת שמא ומנצחות, ומכל מקום בברי וברי אינו מנצח, אם היינו משום דהשתא שוות טענותיהם, וחזקות זו כזו, שהרי שניהן טענות ברי נינהו, או דלמא לא איצטריך לכך אלא דכיון שהנתבע הכחיש טענת התובע בבירורות, הרי זה מגרע טענתו דשוב לא יוכל לנצח על ידה.

והך טענה של פתח פתוח מצאתי במקום שמכחישתו ואומרת פתח נעול מצא וראה ואיבד, דמחשבינן לה לברי וברי, הרי לגבי הממון אין טענת הבעל טענת ברי כלל, שאפילו אם האמת כפי דבריו שפתחה היה פתוח עדיין לא נתברר על ידי כך שמפסדת כתובתה, דמנליה שלא נאנסה משנתארסה או שלא היתה מוכת עץ, ואין בזה טענת ברי על פטור ממון כלל, אלא דמכל מקום יש בטענה זו הכחשה גמורה על טענת ברי דידה שהיא טוענת בתולה שלימה הייתי וחייב ליתן לי כתובתי, והשתא אם אמרינן דברי וברי פטור משום דנמצאת טענתו מעליא כטענה דידה, אם כן הכא עדיין לא עדיפא טענתו מברי ושמא, הואיל ולגבי הממון ליכא ברירות של פטור, אבל אם ברי וברי פטור משום דמועילה הכחשת הנתבע לגרע טענת ברי של התובע, אם כן הכא הרי ברי הוא שהיא משקרת, והכחשה גמורה יש כאן, והוגרעה טענתה ואינה יכולה להוציא.

והיינו מאי דסלקא דעתיה בירושלמי דתהא נאמנת, דבודאי בעי רבן גמליאל ברי ושמא, כדמוכיח ממתניתין, וכדנקיט בפשיטות בבבלי דפרק שני כנ"ל, אלא דסלקא דעתין דאם הוא טוען פתח פתוח והיא טוענת פתחה נעול לאו ברי וברי נינהו אלא ברי ושמא, שהרי היא טוענת ברי על חיוב ממון, והוא אינו טוען אלא שמא לגבי פטור ממון, וכמש"נ, וכן מבואר נמי מדברי המהרש"ל לקמן (דף יא:) ועיימש"נ בשי"א פ"ח. ומסיק בירושלמי דלא חשוב ברי ושמא אלא כששניהם מודים שפתחה פתוח, אלא שהיא טוענת משארסתני נאנסתי והוא טוען שמא קודם אירוסין נאנסה, דכהאי גוונא ליכא אפילו הכחשת הטענות, אבל בטוען פתח פתוח והיא טוענת פתחה נעול, נהי דלגבי הממון עדיין הוי ברי ושמא, מכל מקום כיון שבטענתו איכא הכחשה גמורה לטענתה, הוגרעה טענתה ואינה יכולה להוציא.

ולענין הא מילתא הביא הרשב"א ראייה מדברי בירושלמי, דהרי קאמר הרשב"א דבמכחישתו כי הכא ברי וברי הוא ואיהו מהימן לאוסרה עליו, ומנלן דבכהאי גוונא הוה ליה ברי וברי, דילמא ברי ושמא הוא, דהרי סוף סוף אין לו ידיעה וטענה ברורה לגבי גופא דעובדא, ועל זה הביא ראייה ממסקנת הירושלמי דדין ברי וברי אינו תלוי בטענות לגבי עצם הממון, אלא כל טענה דאית בה הכחשה גמורה לטענת התובע מועילה לגרוע אותה, ואם כן לגבי איסור לא חשיבא בכהאי גוונא ברי ושמא אלא ברי וברי, שהרי מקור דין ברי ושמא לגבי איסור הוא מדין ברי ושמא לגבי ממון, כמו שכתבו הראשונים.

הדר כתב הרשב"א וז"ל: אע"פ שראיתי לגדולי המורים שאמרו שאפילו בטענת קודם שארסתני נאנסתי אי נמי מוכת עץ אני אינה נאמנת אלא שלא להפסידה מכתובתה אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה כדאיתא בירושלמי לעיל דאמרו

גבי הנושא את האשה דאינה נאמנת לקיימה משום ספק סוטה אפילו בטוענת מוכת עץ ואינו נראה דאם איתא אונס בישראל דשרי היכי משכחת לה והכי דרשו להו דדילמא אמרה שנאנסה ואינה אלא רוצה ואין אונס ורצון אלא לאחר כוונת הלב ולא גרע פתח פתוח ממי שראינוה שנבעלה וצוחה ואמרה אנוסה אני דנאמנת והרי היא כחתיכה ספק חלב ספק שומן דעד אחד נאמן עליה ואע"פ שזו עדות אשה בגופה הא אמרינן דנאמנת כדאיתא בברייתא לקמן זו היא עדות שהאשה כשרה לה כלומר לעצמה וסוטה שנסתרה היינו טעמא משום דרגלים לדבר שהרי קנא לה ונסתרה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש מקשים על הרשב"א דלכאורה איכא סתירה בדבריו מתחלתם לסופם, דבריש דבריו כתב דנאמנות האשה בטענת משארסתני נאנסתי הוי משום ברי ושמא גם לגבי איסור, ומדבריו אלו משמע דנאמנת מדין עד אחד נאמן באיסורים.

אולם נראה דאין כאן סתירה כלל, דבודאי נאמנות האשה היכא דהבעל טוען פתח פתוח הוי מדין ברי ושמא ברי עדיף במקום חזקה, כמו שכתב הרשב"א בריש דבריו, אלא דהוקשה לו דלמה לא תהא דינה כספק סוטה שהיא ודאי אסורה, ולא יהני לה דין ברי ושמא, ולזה הביא ראייה דאין דינה כספק סוטה, דהרי מצינו דהיכא דראינוה שנאנסה סמכינן על אמירתה שכונת לבה לא היתה לרצון, ולא אמרינן דהרי היא כספק סוטה ולא יהני לה דין עד אחד נאמן באיסורים, ואם כן הכא נמי כשבעל טוען פתח פתוח מצאתי לא הויא כספק סוטה וממילא נאמנת על ידי דין ברי ושמא, ובטעמא דהא מילתא דאינה נחשבת כספק סוטה כתב הרשב"א דהיינו משום דליכא רגלים לדבר, והא דאיצטריך לדין ברי ושמא וחזקה בדין ולא סגי בדין עד אחד נאמן באיסורים כבההיא דראינוה שנאנסה, יש לומר דהיינו טעמא משום דגדולה ריעותא דפתח פתוח מריעותא דראינוה שנאנסה ולא נודעה לן כונת לבה, ולהכי לא סגי לן בעד אחד נאמן באיסורים, אלא דלא לענין זה דימה הרשב"א דין פתח פתוח להך דראינוה שנאנסה, דלא דמו אהדדי, ולא בא הרשב"א אלא להוכיח דהיכא דליכא רגלים לדבר אין דינה כספק סוטה שודאי אסורה.

פרק ב

בו תתיישב מאי דמבואר בגמרא דבטענת פתח פתוח נאמן להפסידה כתובתה לפירוש רש"י דלרבי אלעזר נאמן לאוסרה עליו ולא להפסידה כתובתה, דהיכא שיש ספק בהריעותא דשמא לא קים ליה בפתח פתוח אין בעלת השטר נחשבת מוחזקת כנגד הבעל.

[**כתובות ט.**] אמר רבי אלעזר האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: נאמן לאוסרה עליו ואע"פ שאין הדבר הזה יכול להתברר אלא על פיו לגבי נפשיה הוי מהימן לשוייה עליה חתיכה דאיסורא אבל להפסידה כתובתה לא מהימן, עכ"ל, יעו"ש, ופליגי עליה התוס' לקמן (דף ט:) בד"ה נאמן להפסידה כתובתה, והביאו מהירושלמי דמשמע כדברי רש"י דאינו נאמן להפסידה כתובתה, יעו"ש.

ולפום ריהטא היה אפשר לומר בסברת רש"י אליבא דרבי אלעזר דנאמן לאוסרה אבל לא להפסידה כתובתה, דלאוסרה נאמן משום דשוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, אבל להפסידה כתובתה אין לו נאמנות, אלא חשוד הוא לשקר על כך כדי לפטור עצמו מתשלומי כתובתה, ולית ליה לרבי אלעזר הך חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה דלקמן (דף י.).

אולם עיין לקמן (דף ט:) אמר רב יהודה אמר שמואל האומר פתח פתוח מצאתי נאמן להפסידה כתובתה אמר רב יוסף מאי קא משמע לן תנינא האוכל אצל חמיו ביהודה שלא בעדים אינו יכול לטעון טענת בתולים מפני שמתייחד עמה ביהודה הוא דלא מצי טעין הא בגליל מצי טעין ולמאי אי לאוסרה עליו ביהודה אמאי לא אלא לאו להפסידה כתובתה ודקא טעין טענה מאי לאו דקא טעין טענת פתח פתוח לא דקא טעין טענת דמים, יעו"ש, הרי להדיא דבגליל נאמן להפסידה כתובתה על כל פנים בטענת דמים, ומבואר דהיינו טעמא משום חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה, ולכאורה גם רבי אלעזר מודה לכך, ואם כן למה אינו נאמן להפסידה כתובתה בטענת פתח פתוח, ולכאורה צריך לומר דהיינו טעמא משום דחיישינן דילמא לא קים ליה בפתח פתוח, ואם כן לא אהני לן חזקה דאין אדם טורח וכו', אבל בטענת דמים, שטוען שלא מצא לה דם, דודאי קים ליה בטענתו, נאמן הוא משום חזקה דאין אדם וכו'.

אלא דקשה לפי זה דלמה אינו נאמן להפסידה כתובתה, נהי דמספקא לן דילמא אינו בקי בפתח פתוח, מכל מקום מספק לא נוציא ממון מן הבעל, וכמו שכתבו התוס' לקמן (דף ט:) בד"ה אי למיתב, יעו"ש.

וע"ש שהקשו התוס', דמכל מקום ניתב לה כתובתה משום ספק ספיקא, והקשו האחרונים והלא אין הולכים בממון אחר הרוב, ותירץ השב שמעתתא (ש"ו פכ"ד) דלענין הא אמרינן דבעל בשטר הוא המוחזק ולא חשיב להוציא, ועיימש"נ בשי"א פ"ז דבמקום ספק אחד לא אמרינן דבעל השטר הוא המוחזק, דכיון דהדבר נשאר בספק איתרע כח השטר ובטלה ממנו תורת מוחזק, אבל במקום ספק ספיקא אהני הספק

ספיקא לסלק הריעותא, והדר הוה ליה בעל השטר מוחזק יעו"ש.

ולפי זה יש לומר דרש"י פליג וס"ל דאפילו במקום ספק אחד אמרינן דבעל השטר מוחזק, דכיון דאיכא ודאי שטר וספק פסול, הרי בעל השטר נשאר המוחזק, ולא אמרינן דהריעותא מסלקת ממנו תורת מוחזק, אלא לעולם הוי בעל השטר מוחזק, ומשום הכי אינו נאמן להפסידה כתובתה, דהא מוחזקת היא, אמנם עדיין קשה לפי זה דלמה נאמן להפסידה כתובתה בטענת דמים, והרי עדיין איכא להסתפק דילמא היה באונס.

לכן נראה דגם רש"י מודה לסברת התוס' דהא דבעל השטר מוחזק הוי דוקא היכא דאין השטר מוטל בספק, אולם היינו דוקא היכא דאיכא ריעותא ודאית, כגון ודאי ביאה שמסופקים בה אם היתה באונס או ברצון, בכהאי גוונא אמרינן דאיתרע כח השטר, והדר הוי בעל הממון מוחזק, אבל היכא דהספק הוא בהריעותא עצמה, כגון בטענת פתח פתוח דמספקא לן אם קים ליה או לא, הרי איכא ודאי שטר וספק ריעותא, ולא איתרע על ידי כך כח השטר לגבי הא דמחשבינן לבעל השטר כמוחזק על החוב, ולכן בטענת דמים דאיכא ודאי ריעותא, דהא נאמן הוא לומר שלא מצא לה דם הואיל וחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, אם כן אע"ג דמסופקים אם נבעלה באונס או ברצון, מכל מקום איתרע כח השטר, ומספק מפסדת כתובתה, אבל בטענת פתח פתוח, דאף לאחר חזקה אין אדם וכו' עדיין לא נתברר דאיכא ריעותא, עדיין נחשבת האשה כמוחזקת על ידי שטר כתובתה, ואינה מפסדת כתובתה.

והא דנאמן לאוסרה עליו בטענת פתח פתוח אע"ג דחיישינן דילמא לא קים ליה, כדחזינן מהא דאינו נאמן להפסידה כתובתה, היינו טעמא משום דמסתמא קים ליה בפתח פתוח, כדמסיק מהו דתימא וכו' אבל הכא מיקם הוא דלא קים ליה קא משמע לן, ומשום הכי לגבי איסור אין להתיר משום ספק ספיקא של ספק בקי ספק אינו בקי, ואפילו אם תמצא לומר בקי דילמא באונס היה, או לאו תחתיו באשת כהן, דכיון דמסתמא בקי הוא הרי זה כמו רובא ברצון שכתבו התוס' בד"ה ואי בעית אימא דליכא ספק ספיקא, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"א פ"ג, והכא נמי אין ספק בקי מצטרף לספק ספיקא להתירה, ומכל מקום לגבי ממון אין לנו לסמוך על הא דמסתמא בקי הוא, דאם כן הוה ליה כהולכים בממון אחר הרוב, ולית ליה לרש"י כסברת התוס' הנ"ל דסילוק ריעותא לאחזוקי שטרא לא חשוב הולכים בממון אחר הרוב, אלא אף היכא דאהני הרוב לקבוע מי הוא המוחזק, ולהעביר דין המוחזק מבעל דין אחד לחבירו, גם בכהאי גוונא אמרינן דאין הולכים בממון אחר הרוב, וכל היכא דאיכא לצדד דילמא אינו בקי בפתח פתוח, אפילו אם מסתמא בקי הוא, אמרינן דמספק אינו יכול להרעות דין מוחזק הבא על ידי השטר, ומשום הכי אינו נאמן להפסידה כתובתה. והנה בהא דקאמר בגמרא (דף ט:) אמר אביי אף אנן נמי תנינא בתולה נשאת ליום הרביעי ליום רביעי אין ליום חמישי לא מאי טעמא משום איקרורי דעתא ולמאי אי למיתב לה כתובה ניתב לה אלא לאוסרה עליו ודקא טעין טענה מאי לאו דקטעין טענת פתח פתוח לא דקטעין טענת דמים, יעו"ש, ואתי אביי לסיועיה לרבי אלעזר,

ומשמע דאם היה בא לבית דין היה נאמן להפסידה כתובתה, וקשה למה שכתב רש"י דלרבי אלעזר אינו נאמן להפסידה כתובתה.

ויש לומר עפ"י ש"ש התוס' לעיל (דף ב.) בד"ה שאם לפי פירוש רש"י שם, שלא בא אלא להביא ראיה להא דס"ל לרבי אלעזר דבקי הוא ומכיר אם פתחה פתוח, אבל הא דנאמן לאוסרה ולהפסידה כתובתה שפיר יכול להיות משום שעל ידי שיבא לבית דין יצא הקול ויתברר הדבר על ידי עדים, ואם כן שפיר קאמר אי למיתב לה כתובה ניתב לה, כלומר אם רוצים שיבא לבית דין כדי שיתברר הדבר ותפסיד כתובתה ניתב לה, כיון שהוא נותן מדעת, אבל אם לא יבאו עדים לא אלימא טענת פתח פתוח אליבא דרבי אלעזר אלא לאוסרה עליו ולא להפסידה כתובתה, ועיין במהרש"א מה שכתב ליישב משמעות הסוגיא עם פירוש רש"י, וצריך עיון למה לא יישב דברי רש"י על פי דברי התוס' הנ"ל.

פרק ג

בו תתיישב קושית האחרונים על מה שהקשו התוס' דבאשת כהן נוקמה אחזקתה שהיא כשירה לכהונה ונימא לאו תחתיו זינתה, דהא הוי ספק ספיקא לחומרא, ספק תחתיו ספק לאו תחתיו ואם תמצי לומר לאו תחתיו זינתה שמא נבעלה לפסול לה ונפסלה מן הכהונה.

[כתובות ט.] אמר רבי אלעזר האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו ואמאי ספק ספיקא הוא ספק תחתיו ספק אין תחתיו ואם תמצא לומר תחתיו ספק באונס ספק ברצון לא צריכא באשת כהן וכו', יעו"ש.

ותוס' בד"ה לא צריכא באשת כהן כתבו וז"ל: ואם תאמר ונוקמה אחזקתה שהיא כשרה לכהונה ונימא דלאו תחתיו זינתה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והקשו הפני יהושע והגרע"א דאף דאית לה חזקת כשרות, הרי איכא ספק ספיקא לחומרא, ספק אם נבעלה תחתיו או לאו תחתיו, ואפילו אם תמצא לומר שלאו תחתיו נבעלה עדיין יש לחוש דילמא נבעלה לפסול לה ונפסלה מן הכהונה, וספק ספיקא כרובא ועדיף מחזקה, יעו"ש.

ונראה ליישב דברי התוס' עפ"י ש"י פ"ה דספק ספיקא יכול להועיל בשני אופנים, או משום הכרעת הספק על ידי רוב צדדים, ונתבאר שם דלענין הא מילתא חלוק לגמרי ספק ספיקא המתהפך מספק ספיקא שאינו מתהפך, דספק ספיקא המתהפך יש בו באמת שני ספיקות נפרדים עם שני מתירים, ושפיר שייך לומר דהתורה לא חייבה לחוש לכך, אבל דין הכרעה על ידי רוב צדדים אין בו, דרוב צדדים לא הוי רובא דליתא קמן, אלא דין מיוחד הוא לספיקות דאם יש בכלל הספק עצמו רוב צדדים הוכרע הספק לאותו הצד, ובספק ספיקא המתהפך דבאו באמת שני ספיקות נפרדים לגמרי הרי אין בכל אחד מהם רוב צדדים, מה שאין כן בספק ספיקא שאינו מתהפך, שהוא בעצם ספק אחד עם עוד ספק להקדמה לו, דין הכרעת רוב צדדים שייך בו הואיל ובאמת ענין שני הספיקות אחד הוא, אבל מניעת הספק מעיקרו לא שייך בו הואיל ובין שני הספיקות ליכא אלא מתיר אחד, כללו של דבר, ספק ספיקא המתהפך יכול להועיל רק בתורת מניעת הספק וספק ספיקא שאינו מתהפך יכול להועיל רק בתורת הכרעה על ידי רוב צדדים.

והיכא דבא הספק ספיקא להחמיר, ולחדש לך איסור במקום שלא היה בו איסור מעיקרא, הרי אי אפשר לומר דהך ספק ספיקא מועיל בתורת מניעת הספק אלא מדין הכרעה, שהרי אם אתה מונע חלות הספיקות נשאר הדין בלא איסור כדמעיקרא, ונמצא דאם יש דין ספק ספיקא לחומרא, (ויעוין בפני יהושע שנסתפק אם בכלל מצינו ספק ספיקא בכהאי גוונא), בעל כרחך צריך להועיל מדין הכרעה על ידי רוב צדדים, ולפי זה צריך שיהא ספק ספיקא שאינו מתהפך, ונסתלקה קושית הפני יהושע והגרע"א דהרי הך ספק ספיקא לחומרא הוי ספק ספיקא שיכול להתהפך.

פרק ד

בו יובארו דברי התוס' דלא מוקמינן אשת כהן אחזקתה שהיא כשרה לכהונה אלא אמרינן השתא נבעלה דאוקמה אחזקת הגוף שהיתה בתולה ליישב קושיית הגרע"א דנימא הרי בעולה לפניך ונוקמה אחזקת היתר דהיה בקטנותה, ויבואר יסוד סברת תרתי לריעותא.

[**כתובות ט.**] אמר רבי אלעזר האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו ואמאי ספק ספיקא הוא ספק תחתיו ספק אין תחתיו ואם תמצא לומר תחתיו ספק באונס ספק ברצון לא צריכא באשת כהן וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה לא צריכא באשת כהן וז"ל: ואם תאמר ונוקמה אחזקתה שהיא כשרה לכהונה ונימא דלאו תחתיו זינתה ויש לומר דאדרבה אית לן למימר דהשתא נבעלה דאוקמה אחזקת הגוף שהיתה בתולה עכ"ל, יעו"ש.

והקשה הגרע"א וז"ל: תמוה לי דאמאי לא נימא הרי בעולה לפניך ואוקמי אחזקת היתר דנבעלה מכבר כשאינה תחתיו כמו במקוה שנמדד ונמצא חסר וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכונתו דנתירנה מדין תרתי לריעותא.

ודין תרתי לריעותא מבואר בפרק קמא דנדה על הא דתנן התם (דף ב.) שמאי אומר כל הנשים דיין שעתן הלל אומר מפקידה לפקידה וכו', יעו"ש, ובגמרא (דף ב:) ומאי שנא ממקוה דתנן מקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשו על גביו למפרע בין ברשות הרבים בין ברשות היחיד טמאות לשמאי קשיא למפרע להלל קשיא ודאי דאילו מעת לעת שבנדה תולין לא אוכלין ולא שורפין ואילו הכא טומאה ודאי התם משום דאיכא למימר העמד טמא על חזקתו ואימא לא טבל אדרבה העמד מקוה על חזקתו ואימא לא חסר הרי חסר לפניך הכא נמי הרי דם לפניך וכו' התם איכא תרתי לריעותא הכא איכא חדא לריעותא, יעו"ש.

ויש להקשות על הא דקאמר התם שאני מקוה דאמרינן העמד טמא על חזקתו ואימא לא טבל, ורצה לומר דמהאי טעמא הוה ליה ודאי טמא, וכמו שכתב רש"י שם, וקשה דהרי איכא חזקת שלם על המקוה כנגד חזקת טומאה של הגברא, ואם כן לא ליהוי אלא ספק טומאה בלבד.

עוד קשה על הא דקאמר במקוה לא מוקמינן על חזקת המקוה הואיל והרי חסר לפניך, ופריך אם כן בנדה נמי הרי דם לפניך, ומהי הקושיא, הלא במקוה איכא נמי חזקת טומאה על הגברא כדקאמר מעיקרא, ומשום הכי יש לומר דהוה ליה ודאי טמא, אבל בנדה הרי ליכא חזקת טומאה כלל, ורק הריעותא דהרי דם לפניך, ולמה תסיק אדעתין שתיטמא.

והתוס' שם (דף ג:) בד"ה איכא בינייהו תירצו קושיא זו וז"ל: ואם תאמר להני טעמי נמי איכא למירמי דהא מודה שמאי בשוטה דלא מרגשת דלמפרע תולין ובמקוה שורפין וכו' אי נמי יש לומר דידע טעמא דתרתי לריעותא לשרוף אבל תולין אע"ג דליכא תרתי לריעותא ועיקר פירכא דלעיל לשמאי דמשום דליכא באשה תרתי

לריעותא מכל מקום לא היה לו לטהר לגמרי עכ"ל, יעו"ש, ולמדו התוס' דהא דפריך הכא נמי נימא הרי דם לפניך, לא פריך אלא לשמאי דמטהר לגמרי, ורצה לומר דכיון דבמקוה טמא ודאי משום תרתי לריעותא, אם כן בנדה תהא על כל פנים טמאה מספק, וצריכים לעיין דמהו הדמיון והיכן מצינו מדינא דתרתי לריעותא דבמקום דליכא תרתי לריעותא לא מוקמינן לגמרי על חזקה דמעיקרא, ועוד צריכים לעיין לפי פירוש התוס' דכבר ידע בההוא אמינא טעמא דתרתי לריעותא, דאם כן מה נתחדש לן במסקנת הגמרא כדמשני שאני התם דאיכא תרתי לריעותא.

ונראה בביאור הסוגיא דהתם דהנה היכא דטבל הטמא במקוה ונמצא חסר באמת יש לנו לדון על הספק בשני מקומות, על הגברא ועל המקוה, ואם דנים במקום אחד ועלתה מן הדיון דנסתלק הספק, שוב אין דנים על מקום השני כלל, ואין משגיחים בכל ההכרעות בנוגע למקום השני, והיינו דאם מתחלה דנים על המקוה ונתברר לנו שהמקוה היה שלם על ידי איזה הכרעות בנוגע להמקוה, שוב חשיב המקוה לשלם ודאי, וחזקת טומאה אינה מעלה ומורידה כלל, שהרי זה הטמא טבל במקוה שהוא ודאי שלם, ומה לנו בחזקת טומאה שלו, הלא עלתה לו טבילה ודאית לטהרו מטומאתו בלי שום ספק, וכן איפכא, דאם דנים מתחלה על הגברא ומוקמינן ליה על חזקת טומאה ואמרין שודאי לא טבל ונסתלק הספק שעל ידי הטבילה ספקית, שוב אין מקום לדיון על המקוה כלל, ומה לנו בחזקתו של המקוה, ונמצא דכיון דספק זה חל בשני מקומות ובכל מקום בפני עצמו איכא חזקה, אין אלו החזקות סותרות זו לזו בנוגע הפסק, אלא דאם אזלינן בתר החזקה האחת נסתלקה החזקה השנייה. והיינו מאי דקאמר שאני התם דאיכא למימר העמד טמא על חזקתו ואימא לא טבל והוה ליה טמא ודאי, והיינו טעמא דכיון דמוקמינן גברא אחזקת טומאה והוכרע שודאי לא טבל, אם כן נסתלק כל הספק ושוב אין מקום לדיון על המקוה, ולא איכפת לן בחזקת שלם של המקוה, ואין בכח חזקת המקוה לעורר ספקות על גברא שהועמד על חזקתו.

ופריך אדרבה נעמיד מקוה על חזקתו, כלומר אדרבה נתחיל מאידך גיסא, שהרי מקור הספק הוא בהמקוה עצמו, ואם כן מתחלה נידון דין המקוה ונעמידנו על חזקת שלם, וכיון דנתברר שהמקוה ודאי לא היה חסר, הרי טבל הגברא טבילה ודאית, ושוב אין לדון על הספק במקום הגברא, ונסתלקה חזקת טומאה שלו.

ולחדיא פירש כן בתוספי הרא"ש שם וז"ל: אדרבה העמד מקוה על חזקתו ואימר לא חסר משמע דפריך אפילו לב"ה דהוה לן לטהר לגמרי משום חזקה דמקוה אע"ג דאיכא נמי חזקה דטמא מכל מקום חזקת מקוה עדיף שהרי הטמא טבל לפנינו אלא שאנו אומרים שמא לא טבל טבילה הוגנת כי שמא היה חסר המקוה וכיון דאמרת העמד מקוה על חזקתו נסתלקה חזקת הטמא כנ"ל עכ"ל, יעו"ש.

ומשני דלא אמרינן העמד מקוה על חזקתו שהיה שלם הואיל והרי חסר לפניך, רצה לומר דהכא לא שייך לומר העמד מקוה על חזקתו ונסתלקה חזקת טומאה של הגברא, דאם נידון הספק במקום המקוה עדיין ישאר בספק, שהרי חסר לפניך, וסלקא

דעתין השתא דהרי חסר לפניך שקול כחזקת שלם של המקוה, וכיון שאין חזקת טומאה של הגברא מסתלקת על ידי דיון הספק במקום המקוה, ממילא דנים על הספק במקום הגברא, ומוקמינן ליה על חזקתו שהוא טמא, וכנגד חזקת טומאה של הגברא ליכא ריעותא, דטבילה ספקית לא הויא ריעותא בחזקת טומאה, וממילא איפסוק דין הגברא לטומאה ודאית, ונסתלק צד המקוה וליכא אפילו ספק, אלא ודאי טמא הוא. וזהו יסוד דינא דתרתני לריעותא, דבכהאי גוונא דאיכא לדון על הספק בשני מקומות, ובמקום אחד איכא חזקה המכרעת לצד אחד ואין בה ריעותא, ובמקום השני איכא חזקה המכרעת לצד האחר ויש בה ריעותא, אזלינן בתר החזקה שאין בה ריעותא המסלקת הספק לגמרי, ושוב אין לדון במקום השני כלל ואין להשגיח על החזקות במקום השני, ומשום הכי הוי תרתני לריעותא ודאי טמא, לא משום דעדיף מאחד, דתרי כנגד חד לא קרי ליה תרתני לריעותא אלא חדא במקום תרתני, כדאיתא בפרק המדיר (כתובות דף עו.), יעו"ש, אלא היינו טעמא דהוי ודאי טמא משום דנסתלק צד האחר כמש"נ.

והדר פריך דבנדה נמי נימא הרי דם לפניך, דהשתא סלקא דעתין דהא דאין פוסקים הספק במקום המקוה הוא משום דריעותא דהרי חסר לפניך שקולה כחזקה דמעיקרא שהיה המקוה שלם, וכיון שישאר הדבר בספק ולא יסתלק צד הגברא, משום הכי עדיין איכא לדון במקום הגברא ויסתלק צד המקוה ויהא ודאי טמא, כמש"נ, אלא דאם כן הוא דריעותא דהשתא שקולה כחזקה דמעיקרא, אם כן בנדה דאית לה חזקת טהרה וריעותא דדם לפניך תהא טמאה ספק הואיל ושקולים הן, והיינו כונת דברי התוס' דלקמן הנ"ל.

ומסיק התם איכא תרתני לריעותא הכא איכא חדא לריעותא, ובהקדם לביאור מסקנת הגמרא עיימ"ש רש"י בד"ה תרתני לריעותא וז"ל: העמד טמא על חזקת טומאה ובחזקת טהרה דמקוה איכא ריעותא שהרי חסר לפניך אבל באשה בדידה הוא דאיכא ריעותא שהורע חזקת טהרתה קצת שהרי דם לפניך ומשום הך ריעותא לחודה לא מרעינן לה וכו' עכ"ל, יעו"ש, וצריכים להבין מה שכתב רש"י דלפי המסקנא לא אהני הריעותא אלא להרעות החזקה קצת, אבל עדיין מוקמינן לה על החזקה אע"פ שהורעה קצת, ורק בנוגע לדין תרתני לריעותא לאחזוקי בודאי טומאה אהני הך ריעותא.

ונראה דשאני הכרעת החזקה במקום דאיכא ריעותא מהכרעתה היכא דליכא ריעותא, דהיכא דליכא ריעותא בהחזקה נקטינן בתורת ודאי שלא נשתנה המצב מכמות שהיה מעיקרא, והרי זה מבטלת הספק מעיקרו, ובכהאי גוונא אין החזקה מועילה כהכרעה בדיון בין צדדי הספק, אלא דעל ידי דמוקמינן על החזקה אין כאן מקום להסתפק כלל, אכן היכא דאיכא ריעותא לפנינו שוב אין לומר דנמנעה חלות הספק מעיקרו על ידי החזקה, שהרי חזינן דודאי נשתנה המצב מכמות שהיה, אלא שאנו דנים מתי נשתנה, ובהכרח דנים על הספק, ובכהאי גוונא באה החזקה להכריע הספק ולומר דההשתנות היתה בשעה הכי מאוחרת, והרי יש כאן ספק אלא שהכרעתו

בצדו.

ונפקא מינה לענין דינא דתרתני לריעותא, דיסוד דינו הוא דדנים על הספק במקום האחד ונעשה ודאי ושוב אין להסתפק במקום השני, כמש"נ, וכדי לסלק דיון במקום השני וחזקתו בעינן שיבורר הספק במקום זה בתורת ודאי גמור, ובעינן לכך פעולת חזקה המעכבת חלות הספק מעיקרו, ואין ספק מוכרע מועיל לסלק צד השני כיון דסוף סוף ספק הוא.

וזהו מה שכתב רש"י דאהני הריעותא להרעות החזקה קצת אבל עדיין מוקמינן לה אחזקתה, כנ"ל, דהשתא לפי המסקנא לא ס"ל דריעותא דהשתא שקולה כחזקה דמעיקרא, וס"ל דלדין תרתני לריעותא לא בעינן שעל צד האחד יהא ספק גמור, אלא אף בספק מוכרע על צד האחד איכא דין תרתני לריעותא, ואם כן יש לומר דלא אהני הריעותא לעשות ספק אלא לגרוע החזקה מלמנוע הספק מעיקרו, דבמקום ריעותא לא הוא חזקה אלא הכרעה בעלמא, ומכל מקום מוקמינן האשה אחזקתה, דבספיקות אזלינן בתר הכרעות, אמנם גבי מקוה אהני הריעותא דשוב לא אפשר לדון על הספק במקום המקוה ולעשותו ודאי שישתלק צד הגברא לגמרי, וכיון שלא נסתלק צד הגברא דנים הספק במקום הגברא ונסתלק צד המקוה, כמש"נ.

ולפימש"נ מיושבת קושית הגרע"א, דכיון דיסוד דין תרתני לריעותא הוא דהיכא דאפשר לדון הספק בשני מקומות, נידון הספק במקום שיוצא ממנו תורת ודאי ונסתלק צד השני, ולפי זה בסוגיין דכתובות, דאיכא חזקת כשרות כנגד חזקת הגוף שיש בה ריעותא של הרי בעולה לפניך, הרי בין כך ובין כך מקום אחד איכא לדון על הספק, דהיינו בהאשה, לא שייך כאן דין תרתני לריעותא או לטיבותא, ובעל כרחך דנים חזקה כנגד חזקה, ואע"ג דחזקת כשרות עדיפא דלא איתרע, מכל מקום גם חזקת הגוף מעליא היא, דהרי מוקמינן על חזקה דמעיקרא אף במקום ריעותא, ואם כן לא יצאה מתורת ספק ואסורה.

פרק ה

בו יובא מחלוקת הרי"ף והתוס' אם מהני ספק ספיקא שאינו מתהפך, ודברי הרמ"ע מפאנו והש"ך דבמוכרחים להתחיל מצד אחד מהני אף באינו מתהפך, ויבואר דבספק ספיקא המתהפך לא חייבה תורה לחוש להספק כלל ובאינו מתהפך מהני מדין רוב צדדים.

[**כתובות ט.**] אמר רבי אלעזר האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו ואמאי ספק ספיקא הוא ספק תחתיו ספק אין תחתיו ואם תמצא לומר תחתיו ספק באונס ספק ברצון לא צריכא באשת כהן ואיבעית אימא באשת ישראל וכגון דקביל בה אבוח קידושין פחותה מבת שלש שנים ויום אחד, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה ואי בעית אימא וז"ל: ואם תאמר אכתי איכא ספק ספיקא ספק באונס ספק ברצון ואם תמצא לומר ברצון ספק כשהיא קטנה ופתוי קטנה אונס הוא כדאמרין בהבא על יבמתו (יבמות סא:) ויש לומר דשם אונס חד הוא וכו' ואם תאמר אכתי באשת כהן ובקיבל אביה קדושין פחותה מבת שלש לישראל איכא ספק ספיקא דספק מוכת עץ ספק דרוסת איש באשת כהן אית לן למימר אם תמצא לומר דאינה מוכת עץ מכל מקום ספק תחתיו ספק אין תחתיו אשת ישראל אם תמצא לומר דאינה מוכת עץ ספק באונס ספק ברצון וכו' ויש לומר דאם איתא דמוכת עץ היא הויא טוענת דאין גנאי בכך כמו בביאת אונס ומדלא טענה אין להסתפק בכך עכ"ל, יעו"ש. והגרע"א נסתפק בכונת התוס' במה שכתבו שם אונס חד הוא, אם כונתם לומר דאין כאן אלא ספק אחד כיון דהכל מצד היתר אונס הוא, ומה לי אונס זה מה לי אונס אחר, או אם כונתם דהוי ספק ספיקא שאינו מתהפך דאם נתחיל בספק אונס שוב אי אפשר לומר אם תמצא לומר ברצון שמא קטנה היתה דאם הוא ברצון אי אפשר דנבעלה בקטנותה דפיתוי קטנה אונס, והגרע"א הוכיח דסברת התוס' היא משום דאין כאן אלא ספק אחד, ומשום הכי בסוף הדיבור הקשו קושיתם דאכתי איכא ספק ספיקא משום ספק מוכת עץ בין באשת כהן בין באשת ישראל שקיבל בה אביה קדושין פחותה מבת שלש שנים ויום אחד, ואע"ג דלגבי אשת ישראל הוה ליה ספק ספיקא שאינו מתהפך, דהא אי אפשר לומר אם תמצא לומר ברצון שמא היתה מוכת עץ דבמוכת עץ לא שייך רצון, והיינו משום דס"ל להתוס' דלא בעינן ספק ספיקא המתהפך ואם כן שייכא קושיתם גם באשת ישראל שקיבל בה אביה קדושין פחותה מבת שלש שנים ויום אחד, וסברת שם אונס חד הוא היינו דהוי רק חדא ספיקא, אבל הרי"ף הקשה נמי קושית התוס' דעדיין איכא ספק ספיקא משום ספק מוכת עץ, ולא הקשה כן אלא לגבי אשת כהן, ולא לגבי אשת ישראל פחותה מבת שלש שנים ויום אחד, והיינו טעמא משום דס"ל להרי"ף דבעינן ספק ספיקא שיכול להתהפך, ומשום הכי לא הקשה אלא באשת כהן דגבי דידה שפיר מתהפך הספק ספיקא, עד כאן תוכן דברי הגרע"א, יעו"ש.

ויש להקשות על שיטת הרי"ף דבעינן ספק ספיקא המתהפך והלא איכא כמה וכמה

ראיות דגם ספק ספיקא שאינו מתהפך מועיל, כמו שהוכיח הש"ך ביו"ד סי' ק"י בדיני ספק ספיקא אות י"ד וט"ו, ויעו"ש בפרי חדש שהעלה נמי דלא בעינן מתהפך.

אלא דזה לא קשיא מידי, דהנה הש"ך הקשה שם על הני דעות דבעינן ספק ספיקא המתהפך מהוכחותיו דלא בעינן מתהפך, ותירץ דהיכא דבעל כרחך צריכים להתחיל מצד אחד של הספק ספיקא, ועל אותו הצד איכא שני ספיקות, לא איכפת לן אם מצד האחר ליכא ספק ספיקא, דהא אינו יכול להתחיל מאותו צד, אבל היכא דבאמת יכולים להתחיל הספק ספיקא משני הצדדים, ועל צד אחד איכא ספק ספיקא ועל צד השני ליכא ספק ספיקא, אז אמרינן דבעינן מתהפך לעיכובא, דמי יימר לך להתחיל מצד זה ולדון בו משום ספק ספיקא ולהתיר, אדרבה נתחיל מצד השני דליכא אלא חדא ספיקא ונדון בו לחומרא, ולכן בעינן בכהאי גוונא מתהפך, אבל היכא דבעל כרחך צריכים להתחיל מצד אחד, כגון ספק על ספק נגע דבעל כרחך צריכים להסתפק מתחלה אם היה שם טמא כלל, אז הוה ליה ספק ספיקא מעליא אף אם אינו מתהפך, וכן הביא בשם תשובות רמ"ע מפאנו, יעו"ש.

והך ספק ספיקא דידן דספק מוכת עץ ספק דרוסת איש ספק באונס ספק ברצון באמת אתה יכול להתחיל בו משני הצדדים, שהרי יש כאן שני ספיקות עם שני מתירים נפרדים, מתיר של מוכת עץ ומתיר של אונס, ולא דמי לספק על ספק נגע דהספק על הוי בגדר הקדמה להספק נגע, ובין שניהם ליכא אלא מתיר אחד של לא נגע, וכיון דיכולים להתחיל הספק ספיקא משני הצדדים בעינן שיוכל להתהפך, וכסברת הש"ך והרמ"ע מפאנו.

אולם צריכים לעיין בעצם סברת הרמ"ע מפאנו והש"ך דספק ספיקא שאינו מתהפך מועיל, ורק דהיכא דיכולים להתחיל משני הצדדים בעינן מתהפך, ועיקר הסברא דמי יימר לך להתחיל מצד זה שיש בו שני ספיקות ולדון בו משום ספק ספיקא, אדרבה נתחיל מצד השני דליכא אלא חדא ספיקא בלבד, ולכאורה סברא זו לא שייך אלא אם נקיטין דטעמא דספק ספיקא מותר משום סילוק הספיקות, דלא חייבה רחמנא אלא לחוש לספק אחד, אבל במקום דאיכא שני ספיקות אין צריכים להסתפק כלל, כמש"נ בשי"א פ"ג, ולפום האי סברא שפיר יש לומר דמי יימר להתחיל להסתפק מצד זה שיש בו שני ספיקות ולהתיר משום שהתורה לא חייבה להסתפק בכך, דילמא היה לך להתחיל מצד השני שיש בו רק ספק אחד, והתורה חייבה לחוש לספק אחד, אכן לפי מה שכתבו הפוסקים דטעמא דספק ספיקא משום דאזלינן בתר רוב צדדים, ומהני נמי ספק ספיקא שאינו מתהפך דהא יש בו רוב צדדים להיתר, אם כן לא שייך כאן סברת הרמ"ע מפאנו, דמה לי אם מתחילים מצד זה או מצד השני, סוף סוף הרי שני הספיקות שייכים כאן ועל ידי זה איכא רוב צדדים, ואם כן מה לי דיכול להתחיל מצד השני ועל אותו הצד אינו מתהפך, הלא עדיין איכא רוב צדדים להיתר.

ונראה לבאר סברת הש"ך והרמ"ע מפאנו עפ"י מש"נ בשי"א פ"ט ביסוד החילוק שבין ספק ספיקא המתהפך לספק ספיקא שאינו מתהפך, דספק ספיקא המתהפך הוא מורכב משני ספיקות נפרדים לגמרי, וכל ספק וספק יש לו מתיר בפני עצמו, ובכי האי

גונא לא חייבה התורה להסתפק כלל, אבל ספק ספיקא שאינו מתהפך אין בו אלא ספק כללי אחד ומתיר אחד, ורק דכיון שצריכים להסתפק עוד ספק אחר להקדמת הספק העיקרי נמצא שיש כאן ספק ספיקא, אמנם כיון דאין כאן אלא ספק אחד ארוך עם מתיר אחד, אין אומרים בספק ספיקא דכהאי גוונא שאינו צריך להסתפק כלל, דלענין הא עדיין חד ספיקא הוא, אלא ספק ספיקא כזה מועיל משום רוב צדדים, יעו"ש היטב מש"נ.

והנה עוד כתבו בתוס' דידן וז"ל: ואם תאמר ונוקמה בחזקת היתר לבעלה ויש לומר דאונסא קלא אית לה כדאמרינן בירושלמי אונסא יש לו קול והשתא דליכא קלא הוי ליה רצון רובא ומיעוט אונס ורובא וחזקה רובא עדיף ואם תאמר אם כן בספק ספיקא נמי תיאסר דספק אונס כמאן דליתא דמי ולא נשאר אלא חד ספק ספק תחתיו ובהא לא שייך לאוקמה בחזקת היתר כדפרישית ואומר ר"י וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והקשה הריב"ש הובא בשיטה מקובצת ובפני יהושע, מהא דאיתא בבכורות (דף כ:) גבי מי שהלכה עם בעלה למדינת הים והניחה חמותה מעוברת ואחר כך מת בעלה בלא בנים וקאמר רבי יהושע דאינה חוששת שמא נולד בן לחמותה והויא זקוקה ליבם אלא תינשא לשוק ומפרש בגמרא טעמא דרבי יהושע משום דקסבר רוב מעוברות יולדות ומיעוט מפילות וכל היולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות סמוך מיעוטא דמפילות למחצה דנקבות והווי להו זכרים מיעוטא ולמיעוטא לא חיישינן, יעו"ש, ולפי זה הקשה הריב"ש דאם כן הוא הדין נמי בדידין למה יבוטל הספק ספיקא במה שרוב רצון, נימא סמוך מיעוטא דאונס לפלגא דלאו תחתיו והווי ליה רובא היתר.

ותירץ הריב"ש דלא דמיא לההיא דבכורות, דהתם הרי זה ממש פלגא ופלגא דכך טבעו של עולם דמחצה מן העולם זכרים ומחצה מן העולם נקבות, ואם כן כי איכא אפילו מיעוט מפילות הרי זה מצטרף לפלגא נקבות ומשלים לרוב גמור, מה שאין כן בדין שלא שייך לומר דפלגא מן המזונות מזונות תחתיו ופלגא לאו תחתיו, אלא צדדים בעלמא איכא, ודין הרוב של ספק ספיקא לא הוי מדין רובא דליתא קמן אלא מדין רוב צדדים, דהרי איכא שני צדדים שקולים, דהיינו תחתיו ולא תחתיו, וכשאתה מצרף לזה נמי הצד של זינתה באונס הרי כאן רוב צדדים להיתר, ואם כן בעינן שיהא הצד של זינתה באונס צד חשוב דאז נמצא דאיכא רוב צדדים להיתר, אבל אם איכא רובא רצון משום דאונסא קלא אית לה, שוב לא הוי צד אונס צד חשוב ולא שייך לצרפו לרוב צדדים, עד כאן תוכן דבריו המאירים, וכן מוכח נמי ממה שכתבו התוס' לקמן (דף ט:) בד"ה אי למיתב דאין לצרף צד זינתה תחתיו באונס לצד אינו בקי כיון דאיכא ספק ספיקא כנגד הך צד של זינתה באונס תחתיו, יעו"ש, והיינו משום דעל ידי זה שוב לא הוי אותו הצד צד חשוב להצטרף לרוב צדדים של ספק ספיקא, וכן כתב בשב שמעתא ש"א פי"ט, יעו"ש.

ויצא לנו לפי זה דדין רוב של רוב צדדים המכריע את הספק ספיקא לאו היינו מדין רוב של כל התורה כולה דילפינן מאחרי רבים להטות, אלא דין מיוחד הוא לגבי ספק ספיקא דאזלינן בתר רוב צדדים הראוים לחוש להם, ואע"ג דאי אפשר לדעת אם איכא

רוב גמור להתיר.

ונראה דכיון דרוב צדדים של ספק ספיקא לא הוי רוב גמור לגבי המציאות, ואינו שייך לדין רוב שמצינו בכל התורה כולה, אם כן מסתברא דאין דנים בו מדין רוב לגבי המציאות כלל, אלא דין הוא בגוף הספק, דכל ספק השקול דין ספק עליו, אבל אם יש בתוך הספק עצמו רוב צדדים להתיר הרי זה מכריעו לצד זה שיש בו רוב צדדים, ולכן אזלינן בתר רוב צדדים בספק ספיקא, דכיון דספק ספיקא מורכב משני ספיקות, ובין הכל איכא רוב צדדים, הרי הספק הגדול מוכרע לצד הרוב צדדים, ונמצא לפי זה דלא אפשר למיזל בתר רוב צדדים אלא היכא דאיכא צירוף בין שני הספיקות של הספק ספיקא, והרי הם שני חלקים של ספק אחד ארוך, רק אז איכא למימר דספק הארוך הזה יש בו רוב צדדים לצד אחד, אבל אם אין שני הספיקות של הספק ספיקא שייכים אהדדי כלל, אלא כל אחד עומד בפני עצמו, אם כן אי אפשר לדון בו משום רוב צדדים, דאין לצרף לרוב צדדים צד אחד מספק זה וצד אחד מספק אחר, דהא באמת ליכא רוב לגבי המציאות, כמש"נ, אלא בעינן שיהא הרוב צדדים בתוך ספק עצמו, ולזה בעינן ספק אחד ארוך שיש בו שתי דרגות ומצורף מספק אחד הבנוי על גב ספק חבירו ואינו יכול לעמוד בפני עצמו.

ולפי זה נמצא דחלוק ספק ספיקא המתהפך מספק ספיקא שאינו מתהפך לגבי דין הכרעה על ידי רוב צדדים, דספק ספיקא המתהפך, שהוא ספק ספיקא המורכב משני ספיקות נפרדים, לא אפשר לדון בו משום הכרעת רוב צדדים כיון שאין רוב הצדדים בחד ספק ארוך, אולם באמת אין צריכים בספק ספיקא דכהאי גוונא להכרעת רוב צדדים, דהא בספק ספיקא כזה שיש בו שני ספיקות ושני מתירים לא חייבה התורה להסתפק כלל, כמש"נ, אבל ספק ספיקא שאינו מתהפך, שהוא בעיקר ספק אחד עם ספק אחר להקדמה לו, נהי דבכהאי גוונא חייבתו התורה לחוש להספק, דהא אין אלא חד ספק כללי ומתיר אחד, ולית ביה דין מניעת הספק מעיקרו, מכל מקום כיון שהוא באמת ספק אחד ארוך בנוי משני ספיקות, הרי בתוך הך ספק יש רוב צדדים לצד אחד, והרי זה מועיל להכריע הספק אע"פ שאינו יכול לסלקו.

כללו של דבר, ספק ספיקא המתהפך, שיש בו שני ספיקות נפרדים בשני מתירים, מהני למנוע הספק מעיקרו אבל אין בו דין הכרעת רוב צדדים, וספק ספיקא שאינו מתהפך, שיש בו רק ספק אחד עם מתיר אחד בהדי ספק אחר להקדמה לו, לית ביה מניעת הספק מעיקרו אבל יש בו דין הכרעות רוב צדדים שבתוך הספק עצמו, וגם לפי דברינו לא קשה קושית הריב"ש, דכיון דבדידן הוי ספק ספיקא המתהפך לא שייך בו דין רוב צדדים כלל, ומניעת הספק נמי ליכא כיון דספק אחד יש בו רוב רצון.

אלא דכל זה לא שייך אלא בספק ספיקא שאינו מתהפך הרגיל שהוא בעיקר ספק אחד עם הקדמה לו, אכן לפעמים מצינו אופן אחר של ספק ספיקא שאינו מתהפך, והיינו ספק ספיקא המורכב משני ספיקות נפרדים עם שני מתירים אלא דמשום איזה סבה לא שייך להופכו, כגון בספק מוכת עץ ספק דרוסת איש ספק נבעלה באונס ספק נבעלה ברצון, דאית כאן שני מתירים, מוכת עץ ונבעלה באונס, אלא דאם מתחלה אנו

דנים אם היה באונס או ברצון, שוב אי אפשר לומר אם תמצא לומר ברצון דילמא מוכת עץ היתה, דלא שייך ענין רצון לגבי מוכת עץ, ונמצא דרך משום סבה צדדית אין הספק ספיקא יכול להתהפך, ולא משום דהוי בעצם ספק ספיקא שאינו מתהפך, ומשום הכי לא אזלינן בתר ספק ספיקא כהאי גונא, דהרי זה בעצם ספק ספיקא המתהפך אלא שבפועל אינו מתהפך, ונמצא קרח מכאן וקרח מכאן, דהכרעת רוב צדדים לית כאן הואיל והוי בעצם ספק ספיקא המתהפך וליכא ספק אחד ארוך, כמש"נ, ומניעת הספק נמי אין בו דמי יימר לך להתחיל מצד זה שיש בו שני ספיקות ולסלק הספק, אדרבה נתחיל מצד השני שיש בו רק ספק אחד ולספק אחד חייבה התורה לחוש, אבל רוב צדדים בכל אופן אין בו הואיל דביסודו עדיין הוי ספק ספיקא המתהפך, ומיושבים דברי הרי"ף.

וזהו יסוד סברת הרמ"ע מפאנו דכל ספק ספיקא שאתה יכול להתחיל בו משני הצדדים בעינן ביה שיוכל להתהפך, כלומר ספק ספיקא שאתה מוכרח להתחיל מצד אחד הוא ספק ספיקא שאינו מתהפך הרגיל שיש בו ספק עיקרי וספק להקדמה, ועל כרחך אתה מתחיל מצד ההקדמה, וספק ספיקא כזה יש בו רוב צדדים, אבל ספק ספיקא שאתה יכול להתחיל משני הצדדים הוא בעצם ספק ספיקא המתהפך, כלומר שני ספיקות נפרדים בשני מתירים, ואם כן אין בו דין הכרעת רוב צדדים, כמש"נ, ואם בפועל אינו מתהפך משום איזה סבה צדדית שוב לא שייך בו נמי דין מניעת הספק מעיקרו דמי יימר לך להתחיל מצד הספק ספיקא אדרבה נתחיל מצד הספק וניחוש לו, כמש"נ.

ובסברת התוס' דפליגי על הרי"ף, וס"ל דאפילו בכהאי גונא מועיל ספק ספיקא שאינו מתהפך, יש לומר דטעמא דידהו משום דכל שיש כאן שני ספיקות נפרדים עם שני מתירים לא חייבה התורה להסתפק כלל, ואין צריכים לצרפם בחדא פזמון על ידי אמירת ואם תמצא לומר, אלא אמרינן דאית כאן ספק אחד של מוכת עץ או דרוסת איש, ועוד אית כאן ספק אחר של אונס או רצון, הרי כאן שני ספיקות ואינו צריך להסתפק, אבל הרי"ף ס"ל דכדי לדון על שני הספיקות ביחד צריכים לחקור אותם ביחד, והיינו על ידי אמירת אם תמצא לומר, והרי על צד אחד לא אפשר לומר אם תמצא לומר וליכא אלא ספק אחד וחוששים לו.

פרק ו

בו יבואר מה שכתב הרשב"א דבמודה לו ואומרת שנאנסה קודם אירוסין או מוכת עץ אני נאמנת ומותרת לבעלה דאיהי ברי והוא ספק וברי עם חזקת כשרות דגופא עדיף משמא, ולמה לא סגי בחזקת כשרות דגופא או בברי ושמא כיון דמיירי לענין היתר לבעלה.

[**כתובות ט.**] אמר רבי אלעזר האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו, יעו"ש, וכתב השיטה מקובצת בשם הרשב"א וז"ל: ודוקא באומר ברי לי שלא הטייתי וכו' דוקא במכחשת וטוענת בתולה שלימה נבעלתי אי נמי בשותקת דאיהו ברי אבל במודה וטוענת שנאנסה קודם שנתארסה אי נמי באומרת מוכת עץ אני נאמנת דהא קיימא לן כרבן גמליאל ורבי אליעזר דאמרי בהנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי כו' נאמנת כדאיתא במתניתין וכן בטוענת מוכת עץ אני והוא אומר לא כי אלא דרוסת איש את וטעמא דמילתא משום דהתם שניהם מודים שלא נמצא לה בתולים אלא שהיא אומרת משארסתני נאנסתי והוא טוען בשמא קודם שארסתיך והוה לה איהי ברי והוא ספק וברי עם חזקת כשרות דגופא עדיף משמא דידיה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה הא דבעינן חזקת הגוף בהדי ברי ושמא אליבא דרבן גמלאל הוא משום דהוי כנגד חזקת ממון של הבעל, ואם כן לגבי איסור למה לי חזקה כלל כיון דלא הוי כנגד חזקת ממון, וסגי בברי ושמא בלבד, ואם כן צריכים לעיין בדעת הרשב"א למה הביא כאן חזקת כשרות דגופא.

ואפשר לומר דהרשב"א אזיל בשיטת התוס' רי"ד לקמן (דף יב:) דברי ושמא וחזקת הגוף העיקר הוא החזקת הגוף, והברי ושמא אהני לסלק ממנה הריעותא, והדר מוציא על ידי החזקת הגוף, יעוין מה שנתבאר בשי"א פט"ז, ואם כן הוא הדין נמי לגבי איסור בעינן חזקת כשרות דגופא, ובעינן נמי ברי ושמא לסלק ממנה הריעותא של בעולה לפניך.

אולם עדיין לא יתכן בכך, דבשלמא לגבי ממון בעינן סילוק הריעותא מן החזקה משום דכדי להוציא מן המוחזק בעינן תורת ודאי, וחזקה בלי ריעותא הוי ודאי, אבל אם איכא ריעותא לפנינו שוב אינו יוצא מידי ספק, ואז הוי דין החזקה להכריע הספק, והרי קיימא לן דאין הולכין בממון אחר הרוב, ומשום הכי איצטרך לברי ושמא לסלק הריעותא מן החזקה ולהחזירה לתורת ודאי, אבל לגבי איסור לא בעינן ודאי, וסגי בפסק של חזקה על ספק איסור, ואם כן מה לי דאיכא ריעותא לפנינו, הרי לא נתבטלה על ידי זה תורת החזקה, וכמו שכתבו התוס' להדיא בריש נדה (דף ב:) בד"ה דאיכא ריעותא מגופה דשפיר אזלינן בתר חזקה אפילו במקום ריעותא, והביאו ראיה מהא דתנן בפ"ה דטהרות מ"ז דאם נגע באחד בלילה ואין ידוע אם חי אם מת ובשחר עמד ומצאו מת רבי מאיר מטהר וחכמים מטמאין, ובתוספתא פ"ו איתא דאם ראוהו חי מבערב מודים חכמים דטהור דמוקמינן ליה אחזקת חי, (ודע דהא דבעינן ראוהו חי

מבערב הוא משום דין כל הטומאות כשעת מציאתם במקום מציאתם אבל ודאי גם בלאו הכי איכא חזקת חי).

ויש לבאר דברי הרשב"א עפ"י ש' במשמרת הבית בית ד' שער ב' וז"ל: ואילו אשת איש שראינוה שנבעלה אין תולין דבר תורה להקל משום חזקה דכשרות שהרי שור שחוט לפניך ואין כאן אלא חדא ספיקא ספק באונס ספק ברצון וספיקא דאורייתא לחומרא עכ"ל, יעו"ש, הרי שלמד דהיכא דאיכא שור שחוט לפניך איתרעא חזקת כשרות לגמרי, ואין לסמוך עליה כלל, ולפי זה שפיר מובן הא דאיצטריך כאן לדין ברי ושמא בהדי חזקת כשרות, דכיון דאיכא ריעותא דהרי בעולה לפניך נתבטלה חזקת כשרות שלה, ואיצטריך לדין ברי ושמא לסלק הריעותא ולהחזיר החזקה לתוקפה, ושוב ניתרת על ידי החזקה.

אלא דעדיין צריכים לעיין בעצם יסודו של הרשב"א דריעותא של הרי שור שחוט לפניך מבטלת חזקת כשרות של האשה, והלא מצינו דאזלינן בתר חזקה ומוקמינן מקוה על חזקתו שהיה שלם אע"ג דהרי חסר לפניך, אי לאו דאיכא חזקת טומאה של הגברא ותרתי לריעותא, ואם כן מאי שנא הכא דריעותא מבטלת החזקה. ונראה דשאני חזקת כשרות דמעיקרא דסוגיין מחזקת הגוף דמעיקרא, דהיכא דאיכא חזקת שלם על המקוה והשתא הרי חסר לפניך, הרי שעת הדיון היא שעת הטבילה שאנו מסופקים בה אם באותה שעה עדיין עמד המקוה בחזקתו שהיה שלם, או אם כבר יצא מחזקתו ונחסר כמו שהוא חסר השתא, ובכהאי גוונא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא, ואע"ג דהשתא בודאי כבר יצא מחזקתו, מכל מקום אנו תולים דבשעת הספק עדיין היה עומד בחזקתו, ולא אהני ריעותא אלא להוציאו מתורת ודאי ולחייב פסק על הספק, כמש"נ בשי"א פ"ד, וכן בחזקת בתולה במקום דהרי בעולה לפניך ואנו מסופקים אם נבעלה תחתיו או לאו תחתיו, אמרינן נמי דאע"ג דהשתא ודאי יצאה מחזקתה שהיתה בתולה, מכל מקום בשעת הדיון שאנו מסופקים אם היתה כבר בעולה קודם האירוסין מוקמינן לה על חזקתה שהיתה בתולה, מה שאין כן באשה שהיתה עומדת בחזקת כשרות וראינוה שנבעלה ואנו מסופקים אם אותה הבעילה היתה באונס או ברצון, הרי אין הדיון על מתי אירע הריעותא, אלא על הריעותא גופא אנו דנים אם היתה באופן הכשר או באופן פסול, דהיינו באונס או ברצון, והא דאית לה חזקת כשרות הוא משום דמפעם היתה כשירה בודאי מפני שלא נעשה בה בעילה כלל, אבל השתא שנבעלה בעינן סבה חדשה להתירה, דהיינו שנבעלה באונס, ובכהאי גוונא בודאי אהני הריעותא להרעות חזקתה לגמרי שלא נסמוך עליה כלל, ולא דמי לחזקת הגוף דסומכים עליה אפילו במקום ריעותא, כמש"נ, ולכן איצטריך הרשב"א לצרף דין ברי ושמא להחזקת כשרות דגופא, דכיון דאיכא ברי ושמא הרי זה מועיל לסלק הריעותא מן החזקה, דכיון שהיתה עומדת בחזקת כשרות מעיקרא, והשתא נמי דנבעלה איכא ברי ושמא שנבעלה בהיתר, אם כן הא דהרי בעולה לפניך אינו מחייב דיון חדש על היתר האשה לבעלה, אלא נשארת בחזקתה שהיתה עומדת בה.

פרק ז

בו יובא קושית התוס' דתגבה כתובתה על ידי ספק ספיקא, ומה שתמהו האחרונים דאין הולכין בממון אחר הרוב, ויתבאר מה שתירצו דכיון דאית לה שטרא מהני רובא וספק ספיקא דהוה ליה כגבוי וכמוחזק, אי נמי דחיוב הכתובה תלוי בהיתר אשה לבעלה.

[כתובות ט:] אמר אביי אף אנן נמי תנינא בתולה נשאת ליום הרביעי ליום רביעי אין ליום חמישי לא מאי טעמא משום איקרורי דעתא ולמאי אי למיתב לה כתובה ניתב לה אלא לאוסרה עליו ודקא טעין טענה מאי לאו דקטעין טענת פתח פתוח לא דקטעין טענת דמים, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אי למיתב לה כתובה וז"ל: משמע אם היה בא לבית דין היה נאמן להפסידה כתובתה אע"פ שלאוסרה עליו לא היה נאמן משום דאית לן למימר דשמא אינו בקי בפתח פתוח ואוקמה בחזקת היתר אבל מכל מקום כתובתה הפסידה אע"פ שיש לנו לומר שהוא טועה בפתח פתוח דאית לן למימר אוקי ממונא בחזקת מריה וקשה דאמאי מפסידה כתובתה והוא הוה ספק ספיקא אי הוא בקי בפתח פתוח אם לאו ואם תמצא לומר פתח פתוח הוה ספק באונס ספק ברצון דאפילו אשת כהן באונס לא מפסדה כתובתה וכו' ויש לומר דלא חשוב ספק ספיקא כהאי גונא משום דהאי ספיקא שמא באונס היה לא חשיב ספיקא גמורה למיתב לה כתובה דאימור קודם שנתארסה נאנסה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ועל מה שהקשו התוס' דכיון דאית לה ספק ספיקא לא תפסיד כתובתה התפלאו האחרונים דהא אין הולכים בממון אחר הרוב, וגם על ידי ספק ספיקא איך נוציא ממון מחזקתו, ועיין בשב שמעתתא ש"א פכ"ד דכיון דאית לה שטרא מהני רובא וספק ספיקא דהוה ליה כגבוי וכמוחזק, ואע"ג דלא קיימא לן כבית שמאי דאית להו בסוטה (דף כה.) דשטר העומד לגבות כגבוי דמי, מכל מקום לענין כמה דברים הוה ליה כגבוי, וכל שיש לו שטר בידו אינו נקרא מוציא, וכן הביא בשם התקפו כהן סי' ק"ל, והביא ראיה לכך בשם תשובות הרמב"ן מההיא דסטראי דלקמן (דף פה.) ופרק שבועות הדיינים (דף מב.) דנאמן בעל השטר במיגו ולא חשיב מיגו להוציא, והיינו טעמא משום דבעל השטר הוא החשיב מוחזק, וכיון שכן שפיר הקשו התוס' דלמה תפסיד כתובתה, והלא היא המוחזקת הואיל ושטר כתובה בידה, וכיון דאית לה ספק ספיקא לא תפסיד כתובתה.

ויש להקשות לפי זה דכיון דמשום דשטר כתובה בידה נחשבת כמוחזקת ולא כמוציאה, אם כן גם בלא ספק ספיקא תגבה כתובתה, והתוס' לא הקשו אלא מכח ספק ספיקא, אבל על ידי ספק גרידא הרי כתבו התוס' בתחלת הדיבור דמוקמינן ממונא בחזקת מריה.

אלא דהא מילתא לא קשה מידי, דמאי דאמרינן דבעל השטר הוא המוחזק הוא רק היכא דליכא ריעותא על השטר, אבל היכא דאיכא ריעותא בהשטר, ומסופקים בו

אם שטרא מעליא הוא אם לאו, בכהאי גונא ליכא תורת מוחזק כלל על ידי השטר, ומשום הכי היכא דאיכא ספק השקול, כגון ספק בקי ספק אינו בקי דמיירי בו התוס' בתחלת הדיבור, בכהאי גונא איתרע השטר וליכא תורת מוחזק כלל מצד השטר, וממילא הוה ליה הבעל מוחזק הואיל והמעות בידו, ומספק אין להוציא מידו אלא מוקמינן הממון בחזקתו, אבל היכא דאית לה ספק ספיקא הרי מועיל הספק ספיקא לברר הכשר השטר ולסלק הריעותא מן השטר, וכיון שנתברר השטר הרי בעל השטר שאין בו ריעותא הוא המוחזק ולא בעל הממון, ונמצא שאינו מוציא ממון מחזקתו על ידי הספק ספיקא, אלא דעל ידי הספק ספיקא הוא משנה דין המוחזק, דבלי הספק ספיקא בעל הממון הוא המוחזק הואיל והשטר אית ביה ריעותא וספק, ועל ידי הספק ספיקא נסתלקה הריעותא מן השטר ויצא מספיקו, וממילא נקבע דין מוחזק לבעל השטר, ואין זה נחשב מוצאת ממון מחזקתו, דדוקא היכא דמי שאינו מוחזק מוציא ממון ממי שהוא מוחזק בהחלט חשבינן לה הוצאת ממון מן המוחזק ובעינן עדים, אבל הכא אין הספק ספיקא מוציא מן המוחזק אלא הוא קובע מי הוא המוחזק ואין בכך חסרון של אין הולכים בממון אחר הרוב, ועימש"נ בשיטת רש"י בענין זה בשי"א פ"ב. ועיין בשיטה מקובצת בשם הרשב"א וז"ל: איכא למימר מגו לאפוקי ממונא במקום ברי וברי לא אמרינן ואע"ג דאיכא שטר כתובה אפוקי ממונא הוא ולא דמי לההיא דאמרינן בשבועות הדיינין בענין ההוא דאמר ליה לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא אמר ליה ולא פרעתיך בפני פלוני ופלוני אמר ליה הנהו סיטראי נינהו ואמר רב פפא איתרע שטרא והני מילי דאמר ליה פרעתיך בפני פלוני ופלוני אבל בפני עדים לא מגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם כי אמר ליה סיטראי נינהו מהימן דאלמא כל לאוקומי שטרא לאו אפוקי ממונא חשבינן ליה דהא ליתא דהתם היינו משום דההוא שטרא שעת הכושר הוה ליה אבל הכא אם איתא דזנתה תחתיו שטרא כמאן דליתיה דמי דלא חל שעבודא דשטרא כלל ואי נמי אם זנתה קודם לא חל שטרא כלל למאן דאמר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כתובה כלל וקיימא לן כוותיה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי דברי השב שמעתתא פליגי התוס' על הרשב"א וס"ל דסילוק ריעותא הוי אוקומי שטרא אף במקום דלא היה לו שעת הכושר, והשב שמעתתא כתב שם דאפילו מיגו מהני לאוקומי שטרא, ובתוס' דסוגיין מצינו חילוק בזה, ועימש"נ בשי"א פ"ג.

ואיכא פירוש אחר בדברי התוס' והוא מה שכתב בספר תקפו כהן סי' ק"כ דדין חיוב כתובה תלוי בהיתר אשה לבעלה, דאם האשה מותרת לבעלה ממילא יש לה נמי כתובה, ואם כן אהני הספק ספיקא להתירה לבעלה וממילא גובה כתובתה, יעו"ש, והובאו דבריו בשב שמעתתא ש"א פכ"ג ובקה"י בסוגיין.

ויש להעיר בדבריו דאם כן גם בלי ספק ספיקא תגבה כתובתה, והרי כתבו התוס' דבספק אחד של בקי או אינו בקי אינו נאמן לאוסרה משום דמוקמינן לה בחזקת היתר, אבל נאמן להפסידה כתובתה דמוקמינן ממונא בחזקת מריה, ואמאי, נימא דכיון דמותרת לו ממילא גובה נמי כתובתה.

אולם נראה דלהא מילתא בעינן שיבורר היתרה לבעלה, וחזקת היתר במקום ריעותא לא הוי בירור כלל, ואף אם נאמר דחזקה דמעיקרא במקום ריעותא תועילה לברר הספק ולהכריעו, עיימש"נ בשי"א פ"ד, היינו דוקא בחזקה דמעיקרא דענין החזקה הוא המציאות, אבל חזקת היתר לא באה מצד המציאות כלל, אלא דנקטינן שדין היתר שלה לא נשתנה, ואם כן היכא דליכא ריעותא שפיר יש לומר דאין כאן חלות ספק כלל הואיל ומוקמינן לה על חזקת היתר, אבל היכא דאיכא ריעותא, ונולד ספק מצד המציאות, שוב אין לומר דחזקת היתר מבררת המציאות ומכרעת ענין הספק להיתר, אלא דין הוא באיסורים דאין ספק מוציא אותה מחזקתה שהיתה מותרת, והרי היא מותרת לו מספק, כלומר דבמקום ספק הרי היא מותרת לו ודאי משום שיש לה חזקת היתר, אבל סוף סוף היתרה מספק ואינה מותרת לו בהחלט משום בירור המציאות לצד היתר, ובכהאי גוונא לא אמרינן דכיון דמותרת לבעלה גובה כתובתה, שהרי אין היתרה לבעלה מוחלט, אלא דמספק אי אתה יכול לאוסרה בפועל הואיל ועומדת בחזקת היתר, וכמש"נ.

פרק ח

בו יובאו דברי הפני יהושע דכיון דספק הוא אם הוא בקי בפתח פתוח טענתו נחשבת טענת שמא, ויתבאר דכיון שיש בטענתו הכחשה גמורה לטענתה אינה יכולה להוציא ממון, ומכל מקום במקום ספק ספיקא נחשבת טענתו שמא דשמא ומוציאה כתובתה אף לרבי יהושע.

[**כתובות ט:**] אמר אביי אף אנן נמי תנינא בתולה נשאת ליום הרביעי ליום רביעי אין ליום חמישי לא מאי טעמא משום איקרורי דעתא ולמאי אי למיתב לה כתובה ניתב לה אלא לאוסרה עליו ודקא טעין טענה מאי לאו דקטעין טענת פתח פתוח לא דקטעין טענת דמים, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אי למיתב וז"ל: משמע אם היה בא לבית דין היה נאמן להפסידה כתובתה אע"פ שלאוסרה עליו לא היה נאמן משום דאית לן למימר דשמא אינו בקי בפתח פתוח ואוקמה בחזקת היתר אבל מכל מקום כתובתה הפסידה אע"פ שיש לנו לומר שהוא טועה בפתח פתוח דאית לן למימר אוקי ממונא בחזקת מריה וקשה דאמאי מפסידה כתובתה והא הוה ספק ספיקא ספק אי הוא בקי בפתח פתוח אם לאו ואם תמצא לומר פתח פתוח הוה ספק באונס ספק ברצון דאפילו אשת כהן באונס לא מפסדה כתובתה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ועיין בפני יהושע שלמד דכיון דמספקין בו אם בקי הוא אם לא, ממילא יש לטענתו דפתח פתוח דין טענת שמא ולא טענת ברי, ועיימש"נ בשי"א פ"א, וכיון שכן הוקשה לו להפני יהושע דלמה מוקמינן ממונא בחזקת מריה והא איפסקא הילכתא לקמן (דף יב:) כרבן גמליאל גבי היא אומרת משארסתי נאנסתי דברי ושמא בהדי מיגו או חזקת הגוף מהני, ואם כן הכא נמי לא תפסיד כתובתה הואיל והוה ליה ברי ושמא ויש לה נמי חזקת הגוף, ומכח הדוחק העלה הפני יהושע דכונת התוס' היתה דסוף סוף אי הוה מצי לאוקמי מתניתין לענין כתובה אפשר דהוי מוקי לה כרבי יהושע דפליג על רבן גמליאל וס"ל דלא מהני ברי ושמא אפילו בהדי מיגו או חזקת הגוף עד כאן תוכן דבריו, יעו"ש.

ועל מה שכתבו התוס' דאמאי מפסידה כתובתה והלא אית לה ספק ספיקא, הקשה הפני יהושע דהיאך מוציאים ממון מחזקתו על ידי ספק ספיקא, ועיימש"נ בשי"א פ"ז, ותירץ הפני יהושע דהתוס' לא כתבו דמפקינן ממונא בספק ספיקא אלא בברי ושמא, אבל בברי וברי לא מהני ספק ספיקא להוציא ממון, יעו"ש.

והנה לפימש"נ מדברי הפני יהושע בריש דברי התוס', דהשתא קאי אליבא דרבי יהושע דס"ל דברי ושמא לא מהני אפילו במקום חזקת הגוף, נמצא דמה שהקשו התוס', דלמה תפסיד כתובתה והלא אית לה ספק ספיקא, קאי נמי אליבא דרבי יהושע, וכל קושית התוס' היא דליהני לה ספק ספיקא בהדי ברי ושמא, כנ"ל, ואם כן צריכים לעיין דמהי המעליותא של ספק ספיקא דמהני בהדי ברי ושמא אפילו אליבא דרבי יהושע, ואע"ג דחזקת הגוף בהדי ברי ושמא לא מהני לדידיה.

ובשב שמעתתא ש"א פכ"ג הקשה עוד על הפני יהושע מדברי התוס' לקמן (דף יב.), דפריך התם על הא דתניא כנסה ראשון לשום נישואין ויש לה עדים שלא נסתרה אין השני יכול לטעון טענת בתולים שהרי כנסה ראשון, ופריך בגמרא וניחוש שמא תחתיו זינתה, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה וניחוש שמא תחתיו זינתה וז"ל: אין לומר דפריך אמאי אינו יכול לטעון טענת בתולים לאוסרה עליו ניחוש באשת כהן שמא תחתיו זינתה דליכא אלא חדא ספיקא ספק תחתיו ספק אין תחתיו דהא מצי לשנויי דהא דאינו יכול לטעון היינו להפסידה מכתובתה דאיכא ספק ספיקא דאפילו תחתיו אימור באונס הוה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והנה התם מיירי שהיא טוענת בתולה שלימה הייתי, דאילו טענה משארסתני נאנסתי הרי נאמנת גם בלי ספק ספיקא ואף לגבי איסור, כמו שכתבו הרא"ש ושאר פוסקים לעיל (דף ט.), יעו"ש, וכיון דמכחישתו הרי איכא ברי וברי, ומכל מקום נוטלת כתובתה מכח ספק ספיקא, הרי להדיא דס"ל להתוס' דמוציאים ממון על ידי ספק ספיקא אפילו בברי וברי, עד כאן תוכן דברי השב שמעתתא, יעו"ש.

ולפום ריהטא היה אפשר ליישב דברי הפני יהושע ולומר דס"ל כהך סברא הנלמדת מן הירושלמי ומדברי הרשב"א והמהרש"ל, כמש"נ בשי"א פ"א, דהיכא דהוא טוען פתח פתוח, והיא מכחישתו וטוענת פתחה נעול, לא חשבינן להו כברי וברי אלא כברי ושמא, שהרי לגבי עצם הממון לא עדיפא טענתו מטענת שמא, דאף אם האמת כדבריו שפתחה היה פתוח, עדיין לא נתברר לן שנפטר מתשלומי כתובתה, דסוף סוף דילמא תחתיו נאנסה או מוכת עץ היתה, ונהי דמדבריו איכא הכחשה גמורה לדבריה, מכל מקום לא סגי בכך להיחשב כברי וברי, אלא בעינן שגם טענה ידיה תהא בעצם טענת ברי, ולפי זה לא חזינן מדברי התוס' דספק ספיקא מהני בברי וברי, דבכהאי גוונא ברי ושמא הוא, כמש"נ.

אלא דעדיין לא יתיישבו לפי זה דברי הפני יהושע, חדא דנמצא לפי זה דס"ל כנגד מסקנת הירושלמי והרשב"א והמהרש"ל שהעלו דגם בכהאי גוונא הוה ליה ברי וברי, וכן נקטו הראשונים בפשיטות דבמכחישתו וטוענת בתולה שלימה הייתי הוה ליה ברי וברי, ודוחק לומר דהפני יהושע אית ליה לפי האמת דבכהאי גוונא נחשב כברי ושמא. ויתר על כן קשה לפי זה, דאם כן הוא דהתם נחשב ברי ושמא כיון שאין לו ברירות לגבי פטורו מן עצם הממון, אם כן למה הוצרכו התוס' לומר דהוה מצי לשנויי דנאמנת משום ספק ספיקא, הלא אף בלי ספק ספיקא ס"ל לרבן גמליאל דנאמנת משום ברי ושמא וחזקת הגוף שבתולה היתה, מה תאמר דהתוס' קאי גם שם אליבא דרבי יהושע, וכדבריהם בסוגיין, ורבי יהושע לית ליה ברי ושמא וחזקת הגוף, רק ברי ושמא וספק ספיקא, זה לא יתכן כלל, דבשלמא בדין כונתם לומר דליכא להביא ראיה ממתניתין דהאומר פתח פתוח נאמן לאוסרה עליו אילו היה אפשר לאוקמי מתניתין בכתובה, דאיכא למידיחי דמתניתין קאי אליבא דרבי יהושע ואזלא לה הראיה, אבל לקמן למה להו להתוס' ללמוד באופן דקאי סתמא דהש"ס שלא אליבא דהלכתא דקיימא לן דבכהאי גוונא דברי ושמא ברי עדיף במקום חזקת הגוף, ומדפריך וניחוש שמא תחתיו

זינתה גם אליבא דרבן גמליאל מוכח דבכהאי גוונא דהוא טוען פתח פתוח והיא טוענת פתחה נעול דהוה ליה ברי וברי, ואעפ"כ כתבו התוס' דמהני ספק ספיקא להוציא כתובתה, והדרא קושית השב שמעתתא לדוכתא.

ונראה דבודאי חשבינן טענת פתח פתוח מצאתי לטענת ברי, ואע"ג דלגבי עצם הממון עדיין הוה ליה שמא, שהרי עדיין אינו יודע אם לפי האמת איכא סבה לפטור אותו מכתובתה, כמש"נ, מכל מקום הוה ליה כברי וברי כיון שיש בטענתו הכחשה גמורה לטענה דידה שטוענת פתחה נעול, ואהני טענתו להכחיש טענת ברי דידה דשוב אין לה כח להוציא על ידי טענתה שטוענת ברי, ויסוד הך דינא הכי, דלמאן דאמר ברי ושמא לאו ברי עדיף, לא אלימא טענת ברי מטענת שמא לגבי הוצאת ממון, ומאן דאמר ברי עדיף ס"ל דטענת ברי אלימא כל כך מטענת שמא דמהני אף להוציא ממון, וטעמא נתבאר בעזה"ש פ"א, והיכא דהנתבע טוען נמי טענת ברי הרי זה פשוט דהושוו טענותיהם ולא אלימא טענת התובע כלל, אבל היכא דהנתבע טוען טענה דלגבי עצם הממון הוי טענת שמא אלא דיש בה הכחשה לטענת ברי של התובע, כמו בדידן, אז אם אנו דנים על עצם טענותיהם עדיין אלימא טענת התובע דהוי טענת ברי מטענת הנתבע דהוי בעצם טענת שמא, אלא דכיון שהנתבע מכחיש טענת התובע בברירות הרי זה מוליד ריעותא בטענת ברי של התובע, והוגרעה טענתו ותו לא אלימא מטענת שמא דנתבע, ונמצא דאהני ההכחשה להשוות טענת ברי של התובע עם טענת שמא של הנתבע.

אכן כל זה לא נאמר אלא היכא דטענת הנתבע הוי טענת שמא, אבל היכא דאיכא ספק ספיקא הוקלשה טענת הנתבע דהשתא לא הוי טענת שמא אלא טענת שמא דשמא, ונמצא דאף אם טוען הנתבע להכחיש טענה דידה בברירות שהיא משקרת, מכל מקום אם לגבי עצם הממון אין לו ברי וגם ספק ספיקא איכא, נמצא דטענתו לגבי הממון גרועה מאד דהוה ליה טענת שמא דשמא, ולא מהני הריעותא שנולד על ידי ההכחשה בטענת התובע לגרע הטענה כל כך להשוותה עם טענת שמא דשמא, ואף אחר ההכחשה אלימא טענת ברי להוציא מן הנתבע שטוען טענת שמא דשמא.

והשתא מובן היטב הא דספק ספיקא בהדי ברי ושמא מהני אליבא דרבי יהושע, ואע"ג דחזקת הגוף בהדי ברי ושמא לא מהני, דס"ל לרבי יהושע דטענת ברי וטענת שמא שוות לגבי אוקומי ממונא בחזקתו, ואין בטענת ברי אלימות מספקת מטענת שמא להועיל כנגד חזקת ממון, ואפילו בסיוע דחזקת הגוף, אבל היכא דאיכא ספק ספיקא הוגרעה הטענת שמא ונעשית טענת שמא דשמא, וגם רבי יהושע מודה דאלימא טענת ברי מטענת שמא דשמא.

ומיושבת נמי לפי זה קושית השב שמעתתא, דאין הכי נמי דאליבא דרבן גמליאל לא מהני ספק ספיקא להוציא ממון במקום ברי וברי, מכל מקום היינו דוקא בטענת ברי גמורה דהוי טענת ברי אף לגבי הממון, אבל בטענת פתח פתוח דלגבי הממון הוה ליה טענת שמא, ורק דאית בה הכחשה המועילה להשוות טענת ברי של התובע עם טענת שמא של הנתבע, הרי במקום ספק ספיקא הוה ליה טענת שמא דשמא ולא מהני

הכחשה להשוותם, והדר דינא דברי ושמא ברי עדיף אף בטוען ברי שפתח פתוח, דסוף
סוף לגבי עצם הממון שמא דשמא הוא ואלמא טענת ברי דידה.

פרק ט

בו יבואר סברת התוספות ישנים שלא תירץ קושית התוס' דלא מהני ספק ספיקא דספק מוכת עץ ספק לאו תחתיו משום דאינו מתהפך, דספק ספיקא שאינו המתהפך הוא משום רוב צדדים ושפיר מהני להתירה לבעלה, ודוקא לענין ממון לא מהני להוציא מן המוחזק.

[**כתובות ט:**] אמר אביי אף אנן נמי תנינא בתולה נשאת ליום הרביעי ליום רביעי אין ליום חמישי לא מאי טעמא משום איקרורי דעתא ולמאי אי למיתב לה כתובה ניתב לה אלא לאוסרה עליו ודקא טעין טענה מאי לא דקטעין טענת פתח פתוח לא דקטעין טענת דמים, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אי למיתב לה כתובה וז"ל: משמע אם היה בא לבית דין היה נאמן להפסידה כתובתה אע"פ שלאוסרה עליו לא היה נאמן משום דאית לן למימר דשמא אינו בקי בפתח פתוח ואוקמה בחזקת היתר אבל מכל מקום כתובתה הפסידה אע"פ שיש לנו לומר שהוא טועה בפתח פתוח דאית לן למימר אוקי ממזנה בחזקת מריה וקשה דאמאי מפסידה כתובתה והא הוה ספק ספיקא אי הוא בקי בפתח פתוח אם לאו ואם תמצא לומר פתח פתוח הוה ספק באונס ספק ברצון דאפילו אשת כהן באונס לא מפסדה כתובתה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ועיין בתוספת ישנים בישוב קושית התוס' וז"ל: ויש מפרשים דהכא לא חשיב ספק ספיקא דאין יכולין להתהפך ולומר ברישא ספק באונס ספק ברצון ואם תמצא לומר ברצון ספק וכו' ולהכי לא חשיב אלא חדא ספיקא עכ"ל, יעו"ש.

ובשיטה מקובצת הקשה על דברי התוספות ישנים דאם ס"ל דבעינן ספק ספיקא שיכול להתהפך אם כן למה לא הקשו על מה שכתבו התוס' לעיל (דף ט.) בד"ה ואי בעית אימא שהקשו דלמה לא נתיר בקידשה אביה פחותה מבת שלש שנים משום ספק ספיקא ספק מוכת עץ ספק דרוסת איש ואם תמצא לומר דרוסת איש ספק באונס ספק ברצון, והתם הוי ספק ספיקא שאינו יכול להתהפך, דאי אפשר לומר ספק נבעלה באונס ספק נבעלה ברצון ואם תמצא לומר נבעלה ברצון דילמא לא נבעלה כלל אלא מוכת עץ היא, הרי להדיא דס"ל להתוס' דלא בעינן ספק ספיקא שיכול להתהפך, והתם לא הקשו בתוספות ישנים דלאו ספק ספיקא הוא משום דאינו יכול להתהפך, יעו"ש.

והנה עיין מה שכתב הש"ך ביו"ד סי' ק"י בדיני ספק ספיקא אות י"ד ואות ט"ו בשם הפוסקים דספק ספיקא שלא תוכל להפכו לאו ספק ספיקא הוא, והקשה דהרי מצינו בכמה מקומות דגם ספק ספיקא שאינו מתהפך דנים בו כדין ספק ספיקא, ועיין בפרי חדש שם שהוכיח כן מכמה ראיות, ותירץ הש"ך דהיכא דאיכא להתחיל דיון הספק ספיקא משני הצדדים על כרחך בעינן שיהא מתהפך, דמאן לימא לך להתחיל מצד זה ולהתיר משום ספק ספיקא ולמה לא נתחיל מצד השני שלא יהא אלא ספק אחד ונידון בו לחומרא, אבל היכא דעל כרחך צריכים להתחיל מצד אחד, ועל אותו צד איכא ספק ספיקא, לא איכפת לן אם מצד השני אינו מתהפך, כיון דבלאו הכי אין

להתחיל דיון הספק מאותו הצד, וכגון ספק על ספק נגע, דאי אפשר להסתפק אם הטמא נגע בטהרות אם לא ידעין שהיה שם טמא, ובעל כרחך מספקין מתחלה אם על לשם טמא, ואם תמצא לומר שנכנס שם טמא דילמא לא נגע, הרי כאן ספק ספיקא מעליא אע"פ שאינו מתהפך, וכן כתב נמי בשם תשובות רמ"ע מפאנו סי' קכ"ו דרך בכהאי גוונא דאיכא להתחיל משני הצדדים בעינן ספק ספיקא המתהפך עד כאן תוכן דברי הש"ך, יעו"ש.

ולפי מה שהעלה הש"ך, דבמקום דבעל כרחך צריך להתחיל מצד אחד ועל אותו צד איכא ספק ספיקא לא איכפת לן אם אינו מתהפך, יש להקשות על מה שכתבו בתוספות ישנים לתרץ קושית התוס' דהכא ליכא ספק ספיקא הואיל ואינו מתהפך, והלא הספק ספיקא הכא הוא ספק בקי בפתח פתוח ספק אינו בקי ואפילו אם תמצא לומר בקי ספק באונס ספק ברצון, ובהך ספק ספיקא בעל כרחך אתה צריך להתחיל בספק בקי ספק אינו בקי, דמנא ידעת כלל שיש כאן פתח פתוח שתוכל להסתפק בו אם נבעלה באונס או ברצון, ודמי לספק ספיקא דספק על ספק נגע דבעל כרחך אתה צריך לדון מתחלה אם היה שם טמא כלל, ואם כן קשה על התוספות ישנים דהלא בספק ספיקא דכהאי גוונא לא בעינן שיהא מתהפך.

עוד יעו"ש ביו"ד סי' ק"י סעיף ח' וז"ל המחבר: דבר שאינו בטל מחמת חשיבותו שנתערב באחרים ונפל מהתערובת הזאת אחד לשנים אחרים ונפל מן השלשה לשנים אחרים הרי אלו האחרים מותרים שהרי האחד של תערובת הראשונה בטל ברוב וכו' ולא נאמר בטל ברוב אלא להתיר ספק ספיקן שאם יפול מן התערובת השניה למקום אחר אינו אוסר עכ"ל, יעו"ש, וכתב הרמ"א וז"ל: יש אומרים דדבר שיש לו מתירין אין להתיר מכח ספק ספיקא עכ"ל, יעו"ש.

והקשה הש"ך בס"ק נ"ו על דברי הרמ"א וז"ל: מיהו קשה דבאו"ח סי' תצ"ז סעיף ד' סתם הרב כדברי המחבר דספק מוכן ביו"ט שני מותר משום דהוי ספק ספיקא עכ"ל אע"ג דהוי דבר שיש לו מתירין וכו' עכ"ל הש"ך, יעו"ש.

ונראה בישוב סתירת הרמ"א על פי הא דיש להסתפק בדין ספק ספיקא אם הוא מדין הכרעת הספק כמו דין רוב, דכיון דאיכא רוב צדדים להתיר הרי זה מכריע הספק להתיר, או דלמא לאו משום הכרעה נגעו בה, אלא דדין הוא בספק דאין לחוש לו אלא היכא דאיכא רק חדא ספיקא, אבל היכא דאיכא תרי ספיקות כולי האי לא חייבתו רחמנא לחוש, וממילא נסתלק כל הספק ונשאר בתורת ודאי היתר כמו קודם חלות הספיקות, ואין זה בתורת הכרעת הספק כלל, אלא דבמקום שני ספיקות אין להסתפק כלל, והרי זה מניעת הספק ואינו צריך הכרעה כלל.

והנה בהא דמצינו שני מיני ספק ספיקא, ספק ספיקא המתהפך וספק ספיקא שאינו מתהפך, אין זה רק באקראי בעלמא דלפעמים מתהפך ולפעמים אינו מתהפך, אלא שני עניני ספק ספיקא נפרדים לגמרי נינהו, דספק ספיקא המתהפך הוא ספק ספיקא המורכב משני ספיקות שאין להם שייכות זה לזה כלל, וזוהי גופא הסבה להא דהספק ספיקא יכול להתהפך, שהרי כל ספק וספק עומד בפני עצמו ואינו תלוי בחבירו,

ולכן אף אם כבר חקרנו ספק אחד, אין זה מפריע לחקירת ספק השני, והרי זה מתהפך, וכגון ספק תחתיו ספק לאו תחתיו ספק באונס ספק ברצון, הרי כאן שני ספיקות נפרדים לגמרי, ואין האחד מיוסד על חבירו, והוה ליה ספק ספיקא המתהפך.

אבל ספק ספיקא שאינו מתהפך אין בו בעיקר אלא חדא ספיקא, וכגון ספק על הטמא לבית ספק נגע בטהרות, שהספק הכללי של ספק ספיקא זה הוא ספק אם נגע טמא בטהרות אם לאו, ואף אם נקטינן הצד היתר של ספק על ואמרינן שלא נכנס לשם טמא, סוף סוף ההיתר של צד זה דלא נכנס עדיין הוא לא נגע, דכיון דלא נכנס לשם בודאי לא נגע, ונמצא דעיקר הספק הוא ספק נגע טמא בטהרות ספק לא נגע, אלא דקודם דנוכל להסתפק אם נגע הטמא בטהרות צריכים להסתפק כהקדמה לספק זה אם בכלל היה שם טמא בבית שהיה יכול לנגוע בטהרות, והרי יש כאן ספק ספיקא, אולם אין ספק ספיקא זה יכול להתהפך, והיינו טעמא דכיון דספק אחד בא כהקדמה לחבירו שהוא ספק העיקרי, אין אתה יכול לחקור מתחלה הספק העיקרי ואחר כך לחקור הספק הבא להקדמת עיקר הספק, אלא בעל כרחך צריכים לחקור מתחלה הספק הבא להקדמה, ואחר כך חוקרים עיקר הספק דהיינו אם היה כאן בפועל נגיעת הטמא בטהרות, והוה ליה ספק ספיקא שאינו מתהפך.

היוצא לנו דחלוק ספק ספיקא המתהפך מספק ספיקא שאינו מתהפך בעצם צורת הספק ספיקא, דספק ספיקא המתהפך יש בו שני ספיקות נפרדים לגמרי שאינם שייכים זה לזה, אבל ספק ספיקא שאינו מתהפך הוא בעיקר ספק אחד אלא שצריך להקדמת ספק אחר לקבוע אם יש כאן מקום כלל להספק העיקרי, ומבין שני הספיקות איכא רק ספק כללי אחד בנוגע לעצם ההיתר.

והשתא נראה דס"ל להרמ"א דהני שתי דרכים הנ"ל בדין הספק ספיקא, אם הוא מדין הכרעת הספק על ידי רוב צדדים או מדין מניעת הספק מכל וכל, תלויות בענין הספק ספיקא אם הוא מתהפך או אינו מתהפך, דאם הספק ספיקא יכול להתהפך, כלומר דהספק ספיקא מצורף משני ספיקות נפרדים לגמרי, הרי דין הספק ספיקא הוא דאינו צריך להסתפק כלל, דלא חייבה רחמנא לחוש אלא לחדא ספיקא, אבל היכא דאיכא שני ספיקות ושני מתירים, שכל ספק בפני עצמו יש בו סבה אחרת להתיר, ליכא בית מיחוש כלל ונסתלק הספק לגמרי, אבל בספק ספיקא שאינו מתהפך לא שייך דין מניעת הספק, דהא באמת אין כאן שני ספיקות אלא ספק אחד ארוך המורכב מעיקר מספק וספק הבא להקדמה לו, ובין שני הספיקות ליכא אלא מתיר אחד, דבספק נגע הסבה להתיר היא שלא נגע בטהרות, וגם בספק נכנס הסבה להתיר היא שלא נכנס הטמא לשם וממילא לא נגע, ובכחאי גונא ליכא מניעת הספק אבל דין הכרעת הספק יש בו, דכיון דבעל כרחך צריכים לחקור עוד ספק להקדמה להספק העיקרי, נמצא שיש כאן רוב צדדים להתיר, והרי הספק הוכרע להתיר על ידי דין הכרעה של רוב צדדים דספק ספיקא, אבל מניעת הספק ליכא אלא בספק ספיקא שיכול להתהפך שיש בו שני ספיקות ושתי סבות להתיר, כמש"נ.

ומיושבים היטב לפי זה דברי הרמ"א, דביו"ד הספק ספיקא המדובר הוא על ידי

שלש תערובות, והיינו ספק ספיקא שאינו מתהפך, ואין שם בעיקר אלא ספק כללי אחד, דהיינו אם חתיכה זו שהוציא מן התערובת השלישית היא של איסור או של היתר, אלא דמתחלה צריכים להסתפק אם בכלל נכנס לתערובת זו חתיכת איסור, ודמי ממש לספק על ספק נגע, וספק ספיקא כהאי גונא מועיל מדין הכרעה על הספק, כמש"נ, והרי בדבר שיש לו מתירין אין להכריע שום ספיקות, דעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר, מה שאין כן באו"ח גבי ספק מוכן ביו"ט שני הלא הוי ספק ספיקא שיכול להתהפך, והיינו משום שיש בו שני ספיקות נפרדים עם שתי סבות להתיר, דילמא מוכן הוא ודילמא לאו יו"ט הוא, ובכהאי גונא ליכא חלות ספק כלל, כמש"נ, ואם כן הוא הדין נמי בדבר שיש לו מתירין, שהרי לא בא להכריע הספק כלל, אלא הספק ספיקא מונע כל חלות הספק, ולא מוטל עליו להסתפק לאיסור במקום שיש ספק ספיקא כהאי גונא, ובודאי אינו מחויב להסתפק יותר בדבר שיש לו מתירין מבשאר איסורים, ועיין בדברי הש"ך הנ"ל שהביא ישוב לדברי הרמ"א לפי מה שכתב בתשובות הרא"ש, ואולי יש לומר דדברי הרא"ש מתבארים לפי דברינו, יעו"ש.

וביסוד זה, דחלוק דין היתר על ידי ספק ספיקא המתהפך מעל ידי ספק ספיקא שאינו מתהפך, שפיר מובנים דברי התוספות ישנים בסוגיין, דהנה התוס' הקשו דלמה מפסידה כתובתה והלא ספק ספיקא מסייע לה, והיכא דליכא ספק ספיקא אלא ספק אחד כתבו התוס' דמפסידה כתובתה, דאוקי ממונא בחזקת מריה, הרי דבמקום ספק כתובה הבעל חשוב למוחזק, ואם כן צריכים לעיין היאך מועיל ספק ספיקא להוציא מן המוחזק, ועיימש"נ בזה בשי"א פ"ז. ולמד התוספות ישנים דהיינו טעמא דמועיל להוציא מן המוחזק משום דעל ידי ספק ספיקא נסתלק הספק מעיקרו ונשאר הדין בודאי, ושוב לא שייך כאן תורת מוחזק דהא לית כאן ספק כלל, ועל זה שפיר הקשו התוספות ישנים דבעינן ספק ספיקא המתהפך וליכא, ונהי דבכמה מקומות מצינו דאף ספק ספיקא שאינו מתהפך מהני, היינו לגבי איסורים, דשפיר יש להתיר ספק איסור על ידי הכרעת הספק, וספק ספיקא שאינו מתהפך הוי הכרעה מעליא, דהא יש בו רוב צדדים, אבל להוציא ממון המוטל בספק מחזקתו בעינן ראייה בעדים, ולא סגי בהכרעה בעלמא, ואפילו הכרעה מעליא כגון ספק ספיקא שאינו מתהפך, ורק על ידי ספק ספיקא המתהפך המועיל למנוע כל חלות הספק יכולים להוציא ממון מחזקתו, דשוב לא הוי ממון המוטל בספק.

ומהאי טעמא נמי לא הקשו בתוספות ישנים על דברי התוס' לעיל דהתם נמי הוי ספק ספיקא שאינו מתהפך, וכקושית השיטה מקובצת, דהרי התם מיירי לענין איסור, ולאיסורים בודאי מועיל ספק ספיקא שאינו מתהפך מדין הכרעת הספק, אבל כאן שרצו התוס' שיועיל ספק ספיקא להוציא ממון מחזקתו, היה ס"ל להתוספות ישנים דהיינו טעמא משום דעל ידי הספק ספיקא איכא מניעת הספק ולזה ודאי בעינן ספק ספיקא המתהפך, כמש"נ, ולפימש"נ בשי"א פ"ה דסברת התוס' לעיל היא משום דגם התם הוי בעצם ספק ספיקא המתהפך הואיל ויש בו שני מתירים, אלא דבפועל אי אפשר להופכו, ולא בעינן שיתהפך בפועל, לפי זה בכלל לא קשיא מידי, יעו"ש היטב.

והנה עיין מה שכתב הרא"ש בב"ק (דף יט.) דהיכא דסלקא בתיקו ואיכא ספק ספיקא דדינא אין מוציאים על ידי כך ממון מן המוחזק, יעו"ש, ולהנך דעות דסברת התוס' דידן דמוציאים על ידי ספק ספיקא הוא משום דין מוחזק של בעל השטר, אתי שפיר דברי הרא"ש, דהרי התם ליכא ענין בעל השטר, אולם אף אם סברת התוס' היא משום דהספק ספיקא מסלק הספק מעיקרו עדיין יתיישבו דברי הרא"ש עם דברי התוס', דהא בספק ספיקא דדינא לא שייך לומר דליכא להסתפק כלל, ועל כרחך מועיל מדין הכרעה ופסק על הספק, ואף אם הספק ספיקא יש בו הכרעה אינו מועיל להוציא מן המוחזק.

פרק י

בו יבואר מחלוקת הפני יהושע וההפלאה אם טענת ברי של אינו בקי נחשבת טענת ברי או טענת שמא על פי מה שיש להסתפק אם טענת ברי של הנתבע צריכה להוליד ריעותא בטענת התובע או שכל שמתנגד הנתבע בטענת ברי לטענת התובע אינו יכול להוציא ממון.

[**כתובות ט:**] אמר אביי אף אנן נמי תנינא בתולה נשאת ליום הרביעי ליום רביעי אין ליום חמישי לא מאי טעמא משום איקרורי דעתא ולמאי אי למיתב לה כתובה ניתב לה אלא לאוסרה עליו ודקא טעין טענה מאי לא דקטעין טענת פתח פתוח לא דקטעין טענת דמים, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אי למיתב לה כתובה וז"ל: משמע אם היה בא לבית דין היה נאמן להפסידה כתובתה אע"פ שלאוסרה עליו לא היה נאמן משום דאית לן למימר דשמא אינו בקי בפתח פתוח ואוקמה בחזקת היתר אבל מכל מקום כתובתה הפסידה אע"פ שיש לנו לומר שהוא טועה בפתח פתוח דאית לן למימר אוקי ממונא בחזקת מריה עכ"ל, יעו"ש.

והפני יהושע תמה על דברי התוס' דכיון שאנו מסופקים אם בקי הוא אם לא אם כן לא הוי טענתו אלא טענת שמא בלבד, וטענה דידה הרי טענת ברי היא, וקיימא לן כרבן גמליאל דברי ושמא ברי עדיף, ומתוך הדוחק למד דכונת התוס' דהוה מצי למידחיק ולאוקמי מתניתין אליבא דרבי יהושע דס"ל ברי ושמא לאו ברי עדיף, יעו"ש. וגם בהפלאה עמד על זה וכתב וז"ל: ולכאורה נראה דס"ל להתוס' דאף דלא קים ליה וחשבינן ליה אנן לספק לענין איסורא מכל מקום כיון דאיהו טוען ברי דקים ליה אינה יכולה להוציאה ממנו וכהאי גוונא מצינו גבי שכיר דחשבינן ליה לשמא משום שהוא טרוד בפועליו ואפילו הכי כתבו התוס' בשבועות (דף מה:) ד"ה מתוך וכו' דכיון דהוא טוען ברי ואומר ודאי אין אנו מחזקינן בשקר ונאמן היכא דאית ליה מיגו אם כן הכא נמי יש לומר דמסתמא מיירי מתניתין באבדה מפה כפירש"י ז"ל אם כן יש לו מיגו דהיה טוען בברי שלא מצא דם עכ"ל, יעו"ש.

ומה שדימה ההפלאה סוגיין לההיא דשבועות אין כונתו לדמיון גמור, דהרי כתבו התוס' שם וז"ל: ויש לומר דהכא כיון דאין טוען שמא אלא ברי ואומר ודאי שלא שכח אין לנו להחזיקו כמשקר כיון דאית ליה מיגו אבל כשאין לו מיגו אינו נאמן דשמא שכח מחמת שהוא טרוד בפועליו ומחמת שסבור שפרע טוען ברי אף על פי שמסופק עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתבו דהכא דאית ליה מיגו אנו נקטינן דאע"ג דטרוד בפועליו מכל מקום זוכר ויודע בברירות שפרע השכירות, אולם זה לא שייך בסוגיין, דאם חיישינן שאינו בקי ואינו מכיר בפתח פתוח, אם כן אין ברירותו מעלה או מורידה כלל, דמה לנו בדמיונותיו כיון שאינו בקי, וראיה לכך דהא לגבי איסור עדיין נשאר בספק ומוקמינן לה על חזקת היתר.

אלא כונת ההפלאה דהכא הוה ליה טענת ברי הואיל והוא טוען בברירות שודאי

מצא פתח פתוח, ואע"ג דעדיין מסופקים אם בקי הוא אם לאו, ולא יצאה מחזקת היתר ומותרת, מכל מקום לענין ממון חשבינן לטענתו טענת ברי ואינו יכולה להוציא ממנו, אכן בכל מקום דאיכא להסתפק אם קים ליה כדבריו, כגון בספק בקי או בבעל הבית הטרוד בפועליו, לעולם צריכים למיחש שבאמת מסופק בעצמו אם האמת כדבריו, ומכל מקום כיון דמדומה לו כדבריו טוען ברי, לזה אהני מה שיש לו מיגו דשוב אין צריכים לחוש לכך ולהחזיקו כמשקר, אלא ודאי טוען ברי משום שברור לו בדעתו כדבריו, ושפיר הוה ליה טענת ברי, והוא הדין בדידן, דהוי ספק בקי, איכא למיחש שמא אין כאן טענת ברי הואיל והוא עצמו מסופק, לזה אהני המיגו דשוב נקטינן שטוען פתח פתוח בברירות, ואע"ג דעדיין איכא ספק דילמא אינו בקי, מכל מקום נחשבת טענתו טענת ברי, ופליג על הפני יהושע דס"ל דבכהאי גוונא הוה ליה טענת שמא ולא טענת ברי.

ונראה דסברת הפני יהושע היא עפ"ימש"נ בשי"א פ"ח דהא דטענת פתח פתוח מהני כנגד טענת ברי דידה למיהוי כברי וברי הוא משום הכחשת טענתה, דמה שהוא טוען ברי שפתחה פתוח ושהיא משקרת מוליד ריעותא בטענת ברי דידה והוגרעה טענתה, ואם כן הכא שאנו מסופקים בדבריו אם הוא בקי בפתח פתוח, לא מסתעפת מטענתו שום ריעותא בטענה דידה, ושפיר קאמר הפני יהושע דהוה ליה ברי ושמא. אבל ההפלאה במסקנתו למד דמאי דיכול להוציא בברי ושמא הוא משום דטענת ברי בכחה להוציא ממון כל שאין מתנגד לה, ואם טען טענת שמא הרי לא התנגד לטענת הברי ולא כפר בה, ובהעדר התנגדות מנצחת טענת ברי, אבל אם טען הנתבע ברי, הרי התנגד לתביעת התובע, ושוב אין להוציא ממון מחזקתו, במקום התנגדות המחזיק, על ידי טענת ברי, ועיימש"נ בשי"א פ"א, ולפי זה אם טוען ברי שמצא פתח פתוח, נהי דעדיין איכא להסתפק דילמא אינו בקי ולא היה פתחה פתוח, מכל מקום הואיל וטען ודאי שמצא פתח פתוח הרי התנגד לטענת ברי שלה ועמד כנגדה, ושוב אין בכחה להוציא ממון מן המוחזק על ידי טענת ברי בלבד.

פרק יא

בו יבואר מה שכתבו התוס' דנאמן להפסידה כתובתה בטוען פתח פתוח מצאתי אף דיש לומר דשמא אינו בקי בפתח פתוח דאוקי ממונא בחזקת מריה, ולא מחייבין ליה מדין איני יודע אם פרעתיך משום דאיכא ודאי כתובה וחזקת חיוב וספק אם זינתה תחתיו.

[מתובות ט:] אמר אביי אף אנן נמי תנינא בתולה נשאת ליום הרביעי ליום רביעי אין ליום חמישי לא מאי טעמא משום איקרורי דעתא ולמאי אי למיתב לה כתובה ניתב לה אלא לאוסרה עליו ודקא טעין טענה מאי לא דקטעין טענת פתח פתוח לא דקטעין טענת דמים, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה אי למיתב לה כתובה וז"ל: משמע אם היה בא לבית דין היה נאמן להפסידה כתובתה אע"פ שלאוסרה עליו לא היה נאמן משום דאית לן למימר דשמא אינו בקי בפתח פתוח ואוקמה בחזקת היתר אבל מכל מקום כתובתה הפסידה אע"פ שיש לנו לומר שהוא טועה בפתח פתוח דאית לן למימר אוקי ממונא בחזקת מריה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש להקשות דהרי הכא איכא ודאי כתובה וחזקת חיוב, ואלא דמספקא לן אם זינתה תחתיו ונעשית סוטה והפסידה כתובתה, אם כן ליהוי כמו אינו יודע אם פרעתיך דחייב, כדתנן בפרק בתרא דבבא קמא (דף קיח.) יעו"ש, והכא נמי דאיכא חזקת חיוב וספק פטור ליחייב לשלם לה כתובתה, ואולי יש לדחות דלא חשיבא בכתובה חזקת חיוב עד לאחר גירושין כשכבר חל החיוב בפועל.

ויש לתרץ דהא דבאינו יודע אם פרעתיך חייב לשלם משום חזקת חיוב, היינו משום דהספק פרעון לא הוי ריעותא בתוך החזקת חיוב אלא קיום דינו, ואם כן הוה ליה ודאי חזקת חיוב וספק פרעון וחייב, אבל הכא דמספקא לן אם זינתה, הרי חל הספק בעצם החיוב, דאם באמת סוטה היא הרי זה הפקעה וביטול על החיוב כתובה, ואיתרע החזקת חיוב, ובכהאי גוונא לא אמרינן דהוי כאיני יודע אם פרעתיך דחייב.

פרק יב

בו יבואר מה שכתב השיטה מקובצת בדעת רש"י דרבי יהודה אמר שמואל מיירי בנשוי, דדוקא בטענת פתח פתוח אינו נאמן להפסידה כתובתה אף על גב דקים ליה בגוה כיון דאי אפשר להתברר אלא על פיו אבל בטענת דמים שאפשר להתברר נאמן להפסידה כתובתה.

[**כתובות ט:**] אמר רב יהודה אמר שמואל האומר פתח פתוח מצאתי נאמן להפסידה כתובתה אמר רב יוסף מאי קא משמע לן תנינא האוכל אצל חמיו ביהודה שלא בעדים אינו יכול לטעון טענת בתולים מפני שמתייחד עמה ביהודה הוא דלא מצי טעין הא בגליל מצי טעין וכו' מאי לאו דקא טעין טענת פתח פתוח לא דקא טעין טענת דמים, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: לא דקא טעין טענת דמים לעולם אימא לך בדבר שאינו יכול לבררו אינו נאמן להפסיד כתובתה ודיוקא דמתניתין דדייקין הא בגליל מצי טעין דטעין טענת דמים וכגון שהיו להם שושבינים שמשמשו אותן ולא נעשית אונאה בדבר ולא ראה ואיבד וטענה ברורה היא עכ"ל, יעו"ש, ולעיל במילתא דרבי אלעזר נמי מחלק בין טענת פתח פתוח לטענת דמים, וכתב שם רש"י וז"ל: טענת דמים דטענה מבוררת היא וליכא למימר לא קים ליה אבל בפתח פתוח אימא לך לא קים ליה עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה היה אפשר לומר דגם כאן כיון רש"י לחילוק זה, דבטענת פתח פתוח איכא למימר דילמא לא קים ליה.

אולם בשיטה מקובצת כתב לחלק בין מימרא דרבי אלעזר למימרא דשמואל, דרבי אלעזר מיירי בבחור אבל שמואל מיירי בנשוי דקים ליה בפתח פתוח, ומשום הכי הוצרך לפרש דברי רש"י על אופן אחר, וכתב וז"ל: לכך פרש"י דההפרש היינו דטענת פתח פתוח אע"ג דקים ליה אי אפשר להתברר אלא על פיו ומפיו אנו חיים אבל טענת דמים אפשר להתברר כגון שהיו להם שושבינים שמשמשו אותן ולא נעשית אונאה בדבר וטענה ברורה שנתבררה על ידי אחרים היא והיינו דמשני הכא לא דקא טעין טענת דמים דאי לאו דשמואל הוה אמינא דדבר שאינו יכול לברר אינו נאמן להפסידה כתובתה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ואחר הדברים האלה עדיין צריך לעיין לדעת השיטה מקובצת מהו ההפרש בין טענת פתח פתוח לטענת דמים, דהא אף בטענת דמים אין לו ראיה לטענתו, דהא מיירי שנאבדה המפה, כמו שכתב רש"י כנ"ל, ואלא דסומכים על חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה ועל ידי זה נאמן בטענתו, ואם כן גם בטענת פתח פתוח יהא נאמן, דהא מיירי בנשוי דקים ליה וחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, ומה לי דהך טענה לפעמים אפשר לבררה והך טענה לעולם אי אפשר לבררה, מכל מקום הכא אינו יכול לברר שתיהן, ולמה יש לו להיות נאמן יותר בטענת דמים מבטענת פתח פתוח. ונראה פשוט בזה דהיינו טעמא משום דהך חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה לאו כאנן סהדי דמי, אלא סמך והוכחה יש מחזקה זו שעל ידי כך נתוספה לו

נאמנות יתירה בטענתו, ובגמרא לקמן (דף י.) מבואר דאין נאמנות זו אלא מתקנה דרבנן דהם אמרו והם אמרו, ובזה חלוקה טענת פתח פתוח מטענת דמים, דטענת פתח פתוח טענה גרועה היא, שהרי הך טענה לעולם אי אפשר לבררה ומפיו אנו חיים, והרי כאן ריעותא בטענתו במה שבא בטענה שלעולם אי אפשר לבררה, מה שאין כן טענת דמים שהיא בעצם טענה ברורה, וכיון שברוב פעמים נוכל לבררה הריהי טענה רגילה לטעון, ואע"ג דאישתכח שנאבדה המפה, מכל מקום הטענה עצמה טענה מעולה היא, ואהני לה חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה להאמינו על טענת דמים, אבל טענת פתח פתוח טענה גרועה היא, שהרי הטענה רחוקה שבעל כרחך מפיו אנו חיים, ולא אלימא חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה כל כך ליתן לו נאמנות אפילו בטענה גרועה, כן נראה פשוט בכונת דברי השיטה מקובצת.

פרק יג

בו יתבאר דלתוס' כדי להוציא ממון על ידי שטר שנולד בו ריעותא בעינן שהמיגו או החזקה או הספק ספיקא יסלקו הריעותא מעיקרו ולא סגי בנאמנות הטענה בלחוד, ויבואר מחלוקת תוס' והרמב"ן לענין הוצאת ממון על ידי שטר בהדי מיגו או ספק ספיקא.

[**כתובות ט:**] אמר רב יהודה אמר שמואל האומר פתח פתוח מצאתי נאמן להפסידה כתובתה אמר רב יוסף מאי קא משמע לן תנינא האוכל אצל חמיו ביהודה שלא בעדים אינו יכול לטעון טענת בתולים מפני שמתייחד עמה ביהודה הוא דלא מצי טעין הא בגליל מצי טעין ולמאי אי לאוסרה עליו ביהודה אמאי לא אלא לאו להפסידה כתובתה ודקא טעין טענה מאי לאו דקא טעין טענת פתח פתוח לא דקא טעין טענת דמים, יעו"ש.

ועיין בתוס' בד"ה לא דקא טעין טענת דמים וז"ל: ואם תאמר ונהימנא לדידה במגו דאי בעיא אמרה משארסתני נאנסתי דנאמנת לרבן גמליאל דפסקין לקמן (דף יג.) כוותיה ויש לומר דאינה מודה ברצון שנבעלה מאחר ועוד דאין זה מגו דמיפסלא נפשה מכהונה אבל קשה דליהמנה במגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני אפילו לרבנן דלקמן (דף יא:) דאמרי מוכת עץ כתובתה מנה דאין זה מגו דאינה רוצה להפסיד כלום מכתובתה מכל מקום נאמנת במגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני תחתך ונסתפחה שדהו לכך נראה דהוי מגו במקום חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה אע"ג דבעיא היא בפרק קמא דבבא בתרא (דף ה:) אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא שמא חזקה דהכא עדיפא ואי לא אמרינן מגו להוציא אתי נמי שפיר עכ"ל, יעו"ש, הרי דהיכא דהאשה באה לתבוע כתובתה על ידי מיגו הרי זה נחשב מיגו להוציא, ולא מהני להך דעה דמיגו להוציא לא אמרינן.

ולמעלה כתבו התוס' בד"ה אבל בגליל מצי טעין וז"ל: ואם תאמר מנא ליה דלמא ביהודה נאמנת לומר שבא עליה באירוסין ולא בגליל אבל כשטוענת בתולה הייתי בגליל נמי מהימנא ויש לומר דמשמע ליה אינו יכול לטעון טענת בתולים בכל ענין בין שאומרת שבא עליה באירוסין בין שאומרת פתח נעול מצא דביהודה נאמנת במגו דאי בעיא אמרה באירוסין בא עליה ולא בגליל דליכא מגו וכו' עכ"ל, יעו"ש. והקשה המהרש"א דלכאורה יש כאן סתירה בדברי התוס' וז"ל: קצת קשה דאי לא אמרינן מיגו להוציא כמו שכתבו התוס' לקמן מאי איכא למימר ודו"ק, עכ"ל, יעו"ש, ובקרני ראם הוסיף להקשות וז"ל: נ"ב וכן קשה לפי מה שכתבו התוס' דהוי כמגו במקום חזקה עיי"ש עכ"ל, יעו"ש.

עוד יש להקשות על דברי התוס' ממה שכתבו למעלה בד"ה אי למיתב לה כתובה דהיכא דאית לה סיוע דספק ספיקא גובה כתובתה, יעו"ש, ואע"ג דאין הולכים בממון אחר הרוב, מכל מקום הכא בכתובה מהני לה ספק ספיקא ולא חשיב כמוציא ממון מחזקתו, ואם כן מאי שנא שעל ידי מיגו אינה גובה משום דמיגו להוציא לא אמרינן.

והנה בהא דגובה כתובתה על ידי ספק ספיקא יש בזה כמה דרכים בהאחרונים, והשב שמעתתא פירש דברי התוס' משום דזה שיש לו שטר בידו הוא הוי המוחזק, וכל דין הספק ספיקא הוא לאוקומי שטרא, דעל ידי הספק ספיקא נסתלקה ריעותא מן השטר וממילא גובה כתובתה מדין מוחזק של בעל השטר ולא מדין הוצאה מן המוחזק, עיימש"נ בשי"א פ"ז.

ונראה דחילוק גדול איכא לענין הא מילתא בין ספק ספיקא למיגו, דספק ספיקא הוי בירור על המציאות בלי טענותיהם של הבעלי דבר, והרי זה מברר ומסלק הריעותא מן השטר, וכיון שהוחזק השטר שוב הוי זה שהשטר בידו מוחזק על הדמים, אבל מיגו לא הוי אלא נאמנות הטענה, דכיון שיש לו מיגו ומה לו לשקר הרי זה מחזק טענתו ומוסיף נאמנות בה, ולכן אם רוצה לאוקומי שטרא על ידי מיגו, צריכים לדון על הטענה שהיה יכול לטעון ולנצח בה אם אותה הטענה היתה מועילה לעקור ולסלק הריעותא, או אם אותה הטענה היתה מועילה לתרץ הריעותא, כלומר שהיתה מאפשרת אותו לנצח אף במקום הריעותא, דאם הטענה היתה מסלקת הריעותא, אז גם בטענתו עכשיו נאמן הוא לסלק הריעותא מן השטר על ידי דין מיגו, אבל אם אותה הטענה לא היתה מסלקת הריעותא אלא שהיתה מועילה במקום הריעותא, אז גם בטענתו עכשיו אינו יכול לסלק הריעותא, ואי משום נאמנותו, הרי משום נאמנות גרידא לא מסתלקת ריעותא, ולא הועילה ליה נאמנות דמיגו אלא לחזק טענתו, זולת היכא דעל ידי טענתו שהיה יכול לטעון היה יכול לסלק הריעותא, אז גם על ידי מיגו יכול לעשות כן.

ולפי זה שפיר מתיישבים דברי התוס', דספק ספיקא מהני לה לגבות כתובתה כיון דהוי בירור על המציאות ונסתלקה הריעותא, כמש"נ, אבל במיגו שהיתה יכולה לטעון משארסתני נאנסתי או מוכת עץ אני אינה גובה כתובתה, דהוי מיגו להוציא, ולא אהני המיגו לסלק הריעותא, דאין לה על ידי המיגו אלא נאמנות לאלם ולחזק טענתה, ולא מסתלקת על ידי כך ריעותא שחל על השטר על ידי מה שנמצא פתחה פתוח. אבל היכא דטוענת בתולה הייתי ביהודה נאמנת במיגו דאי בעיא אמרה בא עליה באירוסין, דאילו היתה טוענת שהוא בא עליה באירוסין, דהיינו טענה שהיתה נאמנת בה, הרי היתה טענה זו מועילה לסלק הריעותא של פתח פתוח, ואין זו רק טענה המועילה לה במקום הריעותא, אלא דפתח פתוח ביהודה במקום שטוענת שבא עליה באירוסין לא הוי ריעותא כלל, דמה בכך דפתח פתוח, הרי עבד לבא עליה באירוסין הואיל ומתייחד עמה, ואין כאן בית מיחוש כלל, וכיון שעל ידי טענה זו היתה מסלקת הריעותא ומבטלתו, אם כן השתא נמי שטענה שפתחה היה נעול, אהני המיגו לסלק הריעותא מפני הנאמנות, וממילא נחשבת היא כמוחזקת הואיל ושטר כתובה בידה, ואין כאן מיגו להוציא.

מה שאין כן במיגו דאי בעיא אמרה משארסתני נאנסתי או מוכת עץ אני תחתיד, הרי בהני טענות לא היתה מסלקת הריעותא, דהא סוף סוף פתחה פתוח, והרי זה מחייב לדון על הענין ולבררו, ורק דנאמנת בטענות אלו לזכותה לברר הספק שנוול על

ידי הריעותא, וטענות נצחות הן במקום הריעותא, ולא טענות המסלקות ומבטלות הריעותא, ואם כן השתא שטוענת פתחה נעול במיגו דהני טענות, אינה יכולה לסלק הריעותא על ידי טענתה, שהרי אין לה דין מיגו לגבי סילוק הריעותא, ואי משום נאמנות דמיגו הרי אין זה אלא חיזוק בטענתה ולא בירור וסילוק על הריעותא, כמש"נ, ואין כאן אוקומי שטרא, והוה ליה מיגו להוציא, דאע"ג דנתחזקה טענתה מאד על ידי המיגו, אין זה מועיל לה להוציא מן המוחזק.

וממילא מתיישבת גם קושית הקרני ראם דלמה ביהודה לא הוי מיגו במקום חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה, דהשתא יש לומר דרק גבי מיגו דמשארסתני נאנסתי או מוכת עץ אני תחתיד הוה ליה מיגו במקום חזקה, דאף אם מהני המיגו להוציא, מכל מקום כיון דליכא אוקומי שטרא על ידי המיגו, כמש"נ, אם כן אין השטר מסייע להמיגו, וממילא אין המיגו מועיל במקום החזקה, אבל ביהודה דאהני המיגו לאוקומי שטרא, הרי השטר מסייע להמיגו ומהני אפילו במקום חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה.

והנה במה שכתבו התוס' דהכא לא אמרינן מיגו במקום חזקה, ואע"ג דמיבעיא לן בבבא בתרא אי אמרינן מיגו במקום חזקה, דילמא חזקה דהכא עדיפא, קצת קשה דהלא מסיק בהמשך סוגיין דהך חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה לאו דאורייתא היא, אלא דכיון דכתובה רבנן תיקנוהו הם האמינוהו, דהם אמרו והם אמרו, וההיא חזקה דבבא בתרא דאין אדם פורע תוך זמנו לכאורה מן התורה היא, ואם כן עדיפא היא מחזקה דידן דלא הוי אלא מדרבנן, ואעפ"כ מיבעי ליה אם מיגו מהני כנגדה, ועיין בפני יהושע שהקשה כן ומוכיח דהתם הוי חזקה דאורייתא דהא מועילה לו כנגד יתמי וביתמי לעולם מוקמינן אדאורייתא, ויעו"ש שהניח בצריך עיון.

ונראה דלא דמיין הני חזקות אהדדי, דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו אין לה בעצם שום שייכות עם טענת המלוה, אלא בירור היא על המציאות שעדיין לא נפרע החוב, ואם גם המלוה טוען כן הרי החזקה מסייעת לטענתו, מה שאין כן בחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, דאין בזה שום בירור לגבי המציאות, וכל דין החזקה הוא לחזק ולאמת טענת הבעל, דכיון דחזקה אין אדם וכו', אם כן יש לסמוך שאין הבעל עלול לשקר, ויש להאימנו בדבריו, וכל דין החזקה הוי להדיא לחזק טענתו, ואין זה רק סיוע בעלמא מן בירור על המציאות, וגם דין המיגו הוי חיזוק טענה דידה, ואם כן התם בבבא בתרא דהוי מיגו כנגד חזקה דהוי בירור על המציאות, מיבעי ליה אם טענה אלימתא עדיפא מבירור דחזקה או לא, אבל חזקה דסוגיין מאלמת טענת הבעל, ואם כן פשיטא להו להתוס' דאין טענה דידה שנתאלמה על ידי מיגו עדיפא מטענה דידיה שנתאלמה על ידי חזקה, ועיקר החילוק הוא אם החזקה מוספת נאמנות בטענתו או אם החזקה מבררת המציאות, ולא איכפת לן אם הן מן התורה או מתקנת חכמים. ושיטת הרמב"ן לענין הוצאת ממון על ידי שטר בהדי מיגו וספק ספיקא היא איפכא משיטת התוס', דשיטת התוס' היא דספק ספיקא מהני לאחזוקי שטרא מה שאין כן מיגו, זולת ביהודה ומטעם הנ"ל, אבל הרמב"ן ס"ל דמיגו בהדי שטר לא חשיב

מיגו להוציא, כמו שכתב בשב שמעתתא בש"א פכ"ד בשם הרמב"ן, ולקמן (דף יב). על
הא דפריך וניחוש שמא תחתיו זינתה פליג הרמב"ן על התוס' וס"ל דאינה יכולה
להוציא ממון על ידי ספק ספיקא, ולכאורה היה נראה דיש כאן סברות הפוכות,
דלשיטת התוס' עדיף ספק ספיקא ממיגו, ולשיטת הרמב"ן עדיף מיגו מספק ספיקא.
אולם נראה דהתוס' והרמב"ן נחלקו ביסוד דינא דאוקומי שטרא במקום ריעותא,
דהתוס' ס"ל דלא חשיב הוצאת ממון אלא היכא דמוציא מן המוחזק, אבל היכא דהוא
משנה דין המוחזק ומעבירו לאחר, אין זה חשיב הוצאה מן המוחזק, אלא נחשב שינוי
בקביעת מקום לדין המוחזק, ואם כן היכא שחלה ריעותא על השטר והדרה דין
המוחזק לבעל הממון, ועכשיו בא לברר הריעותא ולהחזיר השטר לחזקתו ודין
המוחזק לבעל השטר, אין בזה משום הוצאת ממון מן המוחזק, כמש"נ, ואם כן העיקר
הוא דבעינן בירור מעליא על הריעותא, ובזה אמרינן דעדיפא בירור שעל ידי ספק
ספיקא מבירור שעל ידי מיגו, כמש"נ.

אבל הרמב"ן ס"ל דלא רק הוצאת ממון מן המוחזק חשיבא הוצאה מן המוחזק,
אלא גם לשנות קביעת מקום של המוחזק הוי כהוצאת ממון מן המוחזק, ואם כן לא
מהני אוקומי שטרא כנגד המוחזק אלא על ידי תורת ודאי, וכגון הא דגובה כתובתה על
ידי חזקת הגוף ורוב נשים בתולות נישאות ואינו יכול לומר לה קיים תנאיך וחות
לדינא, ועיימש"נ בשי"א פי"ד, והיינו טעמא התם משום דנקטינן בתורת ודאי שהיא
בתולה אם לא דחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, ואם כן במקום דאיכא
ריעותא בהשטר לא מהני בירור לבררו, דאילו כן היה נמצא שהבירור קובע מי הוא
המוחזק, ולזה בעינן דוקא עדים, דגם זה נחשב כהוצאת ממון מן המוחזק, ולפיכך לא
מהני בכהאי גוונא אלא דיחוי הריעותא מעיקרא לעכבה מלבטל חזקת השטר, דאם כבר
חלה הריעותא בהשטר אין לבררה אלא על ידי עדים, ורק אם מעכבה מלחול מהני בלי
עדים, ולכן לא מהני ספק ספיקא לסלק הריעותא, דאין זה אלא בירור הספק שנולד על
ידי הריעותא, ולזה בעינן עדים, אבל על ידי מיגו, ס"ל להרמב"ן, דיכול לדחות
הריעותא, דזהו כח הבעל דבר על ידי מיגו לבטל הריעותא מן השטר ולעכבה מלהוציא
השטר מחזקתו, ולפי זה אין להוכיח מדברי הרמב"ן דס"ל דמיגו עדיף מספק ספיקא,
אלא היינו טעמא משום דעל ידי כך מעכב הריעותא מלחול, כמש"נ, והתוס' פליגי גם
על סברא זו.

פרק יז

בו יבואר להרמב"ן דאי לאו חזקה דאין אדם טורח וכו' גובה כתובתה על ידי רוב וחזקה שבאין רק לאוקומי שטרא, וגם יתפרש מה שהקשה למה לי תקנת חכמים יאמר לה קיים שטרך וחות לדינא אף למאן דאמר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כלום.

[**כתובות י.**] איתמר אמר רב נחמן אמר שמואל משום רבי שמעון בן אלעזר חכמים תקנו להם לבנות ישראל לבתולה מאתים ולא למנה מנה והם האמינוהו שאם אמר פתח פתוח מצאתי נאמן אם כן מה הועילו חכמים בתקנתם אמר רבא חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, יעו"ש.

ועיין בשיטה מקובצת שכתב וז"ל: והקשה הרמב"ן ז"ל דכיון דאוקימנא להא דשמואל בדלא טענה איהי אי נמי בברי וברי פשיטא דאיהו מהימן ואפילו סבירא לן נמי כתובת אשה מן התורה שהרי לא כתב לה אלא על מנת לכונסה וימצאנה בתולה וכיון שכן עליה להביא ראיה שנתקיים התנאי אטו מאן דמפיק שטרא בתנאי לא אמרינן קיים תנאך ושטרך וחות לדינא ומה טעם אמרו הם האמינוהו דאלמא אי דאורייתא לא מהימן וכדפירש"י ז"ל וכו' ואיכא למימר כי אצטריכין להאי טעמא הני מילי בברי וברי כגון דאמרה בתולה שלימה נבעלתי דמדינא איהי מהימנא דלדידיה איכא למימר שמא הטה או לא קים ליה שפיר ועוד דאיכא גבה מיגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני תחתיד דלא מצי מכחיש לה הילכך איהי מהימנא מדינא אלא שהם האמינוהו ויש לומר דהכא כיון דרוב נשים בתולות נשאות ואיכא נמי חזקה דגופה הולכין אחר רוב ואחר חזקה וכו' והני מילי בטוען מיד פתח פתוח מצאתי אבל לא בטוען אחר זמן ולא באומר לאשתו שזנתה שבודאי אינו נאמן ככל הטוען לחבירו פרעתיך ויש לו שטר שגובה ולא כל הימנו וכן בשאר כל הטענות הגורמות להפסידה כתובתה והיינו דאמרינן חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה כלומר שכיון שמיד בא עליה והוא טוען כך נאמן שאין אדם עשוי לטרוח בסעודה ולהוציא לעז על אשתו ומפסיד סעודתו אבל לאחר זמן כשאר כל הטענות אמלוכי הוא דאמליך ורוצה לגרשה והוא מוציא לעז עליה כדי לפוטרה בלא כלום עכ"ל הרמב"ן ז"ל, עכ"ל השיטה מקובצת, יעו"ש, וכן הוא בחידושי הרמב"ן.

ובמה שכתב הרמב"ן בתירוץ הראשון דיש לתלות בשמא הטה או דלא קים ליה, ולכן איצטריך לתקנת חכמים להאמינו משום חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, צריך לומר דהך חזקה לא באה לחזק נאמנות דידה, דאין תועלת בזה כיון דחוששים דילמא לא קים ליה, אלא צריך לומר דכיון דחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, אם כן מתחלה מידק דייק, וכשאמר פתח פתוח יש לסמוך על דבריו, דאע"ג דבעצם לא קים ליה כל כך, מכל מקום היכא דמשים לב ומידק דייק שפיר קים ליה, ועיין ברש"י שפירש להדיא דרבנן תיקנו שיהא נאמן להפסידה בטענת פתח פתוח, ומשמע דהחזקה באה למלאות חסרון בנאמנות ולא בבקיאות, יעו"ש.

והנה בתירוץ השני כתב הרמב"ן דמן התורה לא היה נאמן לומר פתח פתוח הואיל ואיכא רוב נשים בתולות נישאות וחזקת הגוף כנגדו, והדר כתב הרמב"ן דאם טען פתח פתוח לאחר זמן אינו נאמן, דכיון דלא טען מיד שוב אין לו חזקה אין אדם טורח וכו', אלא אמרינן דאמלוכי אימליך ורוצה לגרשה ומוציא עליה לעז, וכיון שכן אינו נאמן להפסידה כתובתה דלאו כל כמיניה לטעון כנגד השטר, ודמי לטוען פרעתיך כנגד השטר דלא מהימן, וקשה דכיון דטוען לאחר זמן אין לו חזקה אין אדם וכו' אלא נקטינן שכונתו להוציא לעז על אשתו, אם כן פשיטא דלא מהימן דהא הוי כנגד רוב נשים בתולות נישאות וחזקת הגוף, ואם כן למה ליה טעמא דהוי כטוען כנגד השטר.

עוד יש להקשות על מה שהקשה הרמב"ן למה אינו נאמן אלא מתקנת חכמים, והרי לא כתב לה אלא על מנת לכונסה וימצאנה בתולה, ואם כן יאמר לה קיים תנאיך וחות לדינא, כדין כל שטר שיש בו תנאי, והנה הא דכל כתובה נחשבת כשטר שיש בו תנאי היינו רק בנוגע לדין מקח טעות, שהוא כתב לה כתובה על דעת שהיא בתולה, ואם אגלגל מילתא דבעולה היתה, על דעת כן לא כתב לה כתובה, אכן מה שהאשה מפסדת כתובתה אם זינתה תחתיו לאו מדין תנאי השטר הוא, אלא מדיני סוטה דמפסדת כתובתה, ונמצא דכל טענתו של קיים תנאיך וחות לדינא נוגע רק לגבי דין מקח טעות, ולענין מקח טעות אית מאן דאמר לקמן (דף יא:) דמכל מקום יש לה כתובה מנה, ולהך מאן דאמר לא קשה קושית הרמב"ן כלל, דמן התורה היתה מועילה טענתו להפסידה רק מנה, אבל להפסידה גם מנה שניה משום סוטה לא היה נאמן, ומשום הכי איצטריך לתקנת חכמים, שיהא נאמן בטענתו על ידי חזקה אין אדם טורח וכו', וממילא נחוש דילמא זינתה תחתיו והפסידה כל הכתובה, ונסתלקה קושית הרמב"ן, ולא מיתוקמא קושיתו אלא אליבא דמאן דאמר כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כלום, ואם כן הוא בודאי היה לו להרמב"ן לפרש להדיא דלא הקשה אלא אליבא דהך מאן דאמר.

ונראה דיסוד הך דינא דהרמב"ן דאזלינן בתר רוב נשים בתולות נישאות וחזקת הגוף הוא משום אוקומי שטרא, עיימש"נ בשי"א פ"ז, וכשיטת הרמב"ן בתשובות מובאת בשב שמעתתא ש"א פכ"ד, יעו"ש, והכא נמי אהני חזקה ורוב לאחזוקי שטרא משום דסתמא בתולה היא, ומשום הכי אינו נפטר מכתובתה שהרי יש לה שטר גמור בידה, אלא דתיקנו רבנן דליהמן משום חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, וכל זה הוא בשעת כניסה, אבל לאחר זמן דאין לו עוד הך חזקה, אלא נקטינן דאמלוכי אימליך ורוצה לגרשה, שוב אינו נאמן כיון דהוא טוען כנגד השטר, והיינו הך דהוי כנגד רוב וחזקה, דעל ידי רוב וחזקה איתחזק השטר וגובה כתובתה.

והנה שטר שנפל ואיתרע בנפילה וטען עליו הלוח מזויף שוב לא יועיל בו קיום, דחיישינן לזיוף מעליא כגון ההיא דאנח ידא אזרנוקא דבפרק גט פשוט (דף קסז.), ומכל מקום אם אין הלוח בפנינו מחזירים השטר להמלוה והוחזק בהיתר, ושוב לא חיישינן ביה לזיוף מעליא, וכתבו התוס' בגיטין (דף ב:) בד"ה ואם וז"ל: אבל אי ליכא לוח קמן והמלוה מצא עדי קיום מחזירים לו ואי הדר אתי לוח וטעין מזויף נראה דתו

לא מהימן כיון דהוחזק בהיתר עכ"ל, יעו"ש, הרי דאין מחזירים לו השטר אלא אם כן מתחלה מצא עדי קיום לסלק חשש זיוף גרידא, אבל התוס' בבבא מציעא (דף יג:): בד"ה הא קאמר פליגי וז"ל: ויש לומר דמילתא דשמואל ורב אסי מיירי שאין הלוח בפנינו ולכך יחזיר ואין לחוש שמא מזויף הוא וכשירצה לגבות נטעון מזויף ואם יקיימנו יגבה ואפילו אם יבא אחר כך הלוח ויטעון מזויף הוא אין לחוש כיון שבא לידו בהיתר עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דאף אם לא מצא עדי קיום מחזירים לו השטר, וכשיבא לגבות יטעון הלוח מזויף, ושלא בפניו נטעון לו אנו, ואז נאמר להמלוה למצוא עדי קיום לקיים שטרו, ואי משום זיוף מעליא אין לחוש הואיל והוחזר לו והוחזק השטר בהיתר.

ולכאורה צריכים לעיין בדברי התוס' בגיטין הנ"ל, דלאיזה צורך מצריכים בית דין שהמלוה ימצא עדים לקיים שטר קודם ההחזרה, ולמה לא תיסגי במה שימצא עדים בשעת הגביה, וכדברי התוס' בב"מ, ולא תצא מזה שום תקלה ללוח, דלא נניחנו לגבות בלי קיום אפילו שלא בפניו דנטעון לו אנו שהוא מזויף.

ונראה דהנה להנך דעות דטענינן מזויף נקטינן דשטר יוצא מחזקתו מדרבנן ואית ביה חשש זיוף, ולא בעינן טענת ברי של הבעל דבר לעורר החשש זיוף, וכן כתב בש"ך סי' ק"ו סק"ו בשם הר"י דטעמא דלא טענינן מזויף היא משום דאין החשש נתעורר אלא על ידי טענת ברי, ועיימש"נ בזה בשופרא דשטרא שי"ד פט"ו, והיכא דאיתרע בנפילה נתעורר בהשטר עוד חשש אחר של זיוף מעליא על ידי אנו ידא אזרנוקא, ואהני ריעותא דנפילה דנחוש לכך היכא דהלוח טוען מזויף, והחזרת השטר ליד המלוה שלא בפני הלוח מועילה להחזיק השטר ולסלק ממנו הריעותא דנפילה.

ונחלקו התוס' בגיטין והתוס' בבבא מציעא אם יכול לסלק ריעותא מן השטר במקום דלא נסתלקו כל הריעותות והוחזק השטר לגמרי, דהרי אף לאחר החזרת השטר ליד המלוה עדיין ישאר עליו חשש זיוף גרידא, וס"ל להתוס' בגיטין דכיון שכן לא נסתלקה אפילו ריעותא דנפילה מן השטר, דאין שטר מתחזק למקצת, ולכן צריך להביא עדי קיום מיד לסלק חשש זיוף גרידא, ושוב נתחזק השטר לגמרי על ידי החזרתו ונסתלקה ריעותא דנפילה, אבל התוס' בבבא מציעא ס"ל דיכול להחזיק השטר אף כנגד ריעותא דנפילה בלבד, ואי משום חשש זיוף גרידא, יקיימנו כשיבא לגבות.

ולפי זה יש לבאר קושית הרמב"ן, דאיכא למימר דכי היכי דאינו יכול להחזיק שטר לגבי ריעותא במקום דאיכא עוד ריעותא, הוא הדין נמי דאינו יכול להחזיק מקצת השטר מן הריעותא, ואם לא איתחזק השטר כתובה לגבי חשש מקח טעות, דאיכא למימר קיים תנאך וחות לדינא, לא איתחזק השטר כלל אפילו לגבי חשש שמא זינתה תחתיו, והפסידה כתובתה משום סוטה, ושפיר הקשה דלמה בעי חזקה אין אדם טורח וכו', ומשני דאיתחזק שטרא לגבי חשש מקח טעות על ידי רוב וחזקה, וממילא איתחזק אף לגבי סוטה כיון דליכא ריעותא בלי חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה.

פרק טו

בו יבואר דהא דנאמנת לטעון משארסתני נאנסתי במיגו דמוכת עץ אני וכן מוכת עץ אני מיגו דמוכת עץ תחתיד אינו דין מיגו דכל התורה רק מיגו דאי בעיא טענה טענה מעלייתא טפי, ויתפרש למה אינה נאמנת לטעון מוכת עץ אני תחתיד מיגו דמשארסתני נאנסתי.

[**כתובות יב:**] אמר לך רב נחמן אנא דאמרי אפילו כרבן גמליאל עד כאן לא קאמר רבן גמליאל התם אלא דאיכא מגו אבל הכא מאי מגו איכא, וכתב רש"י וז"ל: אלא דאיכא מגו כגון משארסתני נאנסתי וכגון היא אומרת מוכת עץ אני דאמרינן מגו דאי בעיא טענה טענה מעלייתא מהך כגון גבי משארסתני נאנסתי הוה טענה מוכת עץ אני טענה מעלייתא דלא פסלה נפשה מכהונה וקאמרה נאנסתי משארסתני וקא מיפסלה נפשה דאשת ישראל שנאנסה אסורה לכהן שמע מינה קושטא קאמרה וגבי היא אומרת מוכת עץ אני אי בעיא אמרה מוכת עץ אני תחתיד ואית לה מאתן וקא אמרה מוכת עץ אני קודם לכן ואין לי אלא מנה עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה נמצא לפי דברי רש"י דאע"ג דנאמנת בטענת משארסתני נאנסתי ומוכת עץ אני לאו תחתיד במיגו דאי בעיא טענה טענה מעלייתא של מוכת עץ אני תחתיד, מכל מקום באותה הטענה עצמה של מוכת עץ אני תחתיד אין להאמינה, שהרי אין לה טענה מעליא מזו וממילא אין לה מיגו, ועיין בפני יהושע לעיל (דף ט:) שכתב דטענת מוכת עץ אני תחתיד נאמנת רק על ידי חזקת הגוף, ותרתי שינויא דגמרא לא פליגי אהדדי, יעו"ש, ועיין בבית שמואל סי' ס"ח סקכ"א דלהך שינויא דמיגו אין הכי נמי דאם טענה מוכת עץ אני תחתיד אינה נאמנת, יעו"ש, ובאמת גמרא מפורשת היא לקמן (דף יג.) בתרייתא להודיעך כחו דרבן גמליאל דאע"ג דליכא למימר מיגו מהימנא, וכן פירש"י שם דלא עדיפא טענת מוכת עץ אני מעיקרא מטענת מוכת עץ אני תחתיד.

אולם צריכים לעיין דהנה שאני דין מיגו זה מכל דין מיגו הרגילי, דבכל מיגו נאמן משום דמה לו לשקר, אילו היה רוצה היה יכול לטעון טענה מעולה שהיה יכול לנצח בדינו על ידה, וממילא נאמן גם השתא בטענתו, אי משום הבירור, אי משום דעל ידי דין מיגו יש לו בטענתו כל כח הטענות שהיה יכול לטעון, אבל הכא בדין לאו משום דין מיגו זה אתינן עלה, שהרי נאמנת בטענת משארסתני נאנסתי מיגו דאי בעיא טענה מוכת עץ אני, ואע"ג דאין לה שום נאמנות נוספת בטענת מוכת עץ אני מבטענתה שטוענת השתא, אלא דמשום הכי הוי מיגו דסוף סוף עדיפא טענת מוכת עץ משום דלית בה תוצאה שנפסלה מכהונה, ואילו היתה רוצה לשקר הוה ליה על כל פנים לטעון טענה מעלייתא, והרי זה מוכיח אל אמיתיות דבריה, ומשום הכי מצינן למימר דנאמנת בטענת מוכת עץ אני מעיקרא במיגו דאי בעיא טענה מוכת עץ אני תחתיד, ואם טענה מוכת עץ אני תחתיד אינה נאמנת, ואעפ"כ נאמנת בטענה אחרת מיגו דטענת מוכת עץ אני תחתיד, והיינו טעמא משום דעדיין טענה מעלייתא היא דלפי דבריה ראויה היא לקבל מאתים ולא להפסיד כלום מכתובתה.

ואם כן קשה דנהי דטענת מוכת עץ אני תחתיד לא שייך גבה הך דין מיגו של טענה מעלייתא, שהרי ליכא טענה מעליא מטענה זו, מכל מקום למה לא נאמין לה בטענת מוכת עץ אני תחתיד מדין מיגו רגילי דאי בעיא היתה יכולה לטעון טענה נצחת של משארסתני נאנסתי, וטענת משארסתני נאנסתי נאמנת במיגו דאי בעיא טענה טענה מעלייתא של מוכת עץ אני, ואין בזה משום חוזר חלילה שהרי לאו מחד דין מיגו אתינן עלה.

וצריך לומר דהך מיגו ליתא, דאי משום כח הטענה של טענת משארסתני נאנסתי, יש לומר דטענת משארסתני נאנסתי אין בה בעצם כח ונאמנות, אלא דאם טענה כן איכא הוכחה להאמינה, ואם כן ליכא כח הטענה שיעבור על ידי מיגו לטענת מוכת עץ אני תחתיד, ואי משום הוכחה גרידא של מה לה לשקר, דאי בעיא היתה מנצחת בטענת משארסתני נאנסתי, הרי אין סברא זו משמשת בבת אחת לשני הצדדים, דלא שייך על ידי סברא דמה לה לשקר הוכחה על אמיתיות הטענה בבת אחת בין על טענת משארסתני נאנסתי במיגו דמוכת עץ תחתיד משום טענה מעלייתא, ובין על טענת מוכת עץ אני תחתיד משום מיגו דטענה נצחת של משארסתני נאנסתי, דאו טענה זו רגילה יותר לטעון, או טענה זו רגילה יותר לטעון, וצריך לומר דאף לאחר דנאמנת לטעון משארסתני נאנסתי משום מיגו, עדיין רגילה יותר לטעון טענה מעלייתא של מוכת עץ אני תחתיד אע"ג דלא הוי טענה נצחת, ומשום הכי אינה נאמנת בטענת מוכת עץ אני תחתיד שהרי אין לה מיגו.

פרק טז

בו יבואר מה שחילק תוס' רי"ד בין אשה שמוציאה כתובתה על ידי ברי ושמה עם חזקת הגוף למאי דאמרינן בבבא קמא דבשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה דאף בניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא וחזקת הגוף מסייעה להנזיק המוציא מחבירו עליו הראיה.

[כתובות יב:] תנן הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי ונסתחפה שדהו והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך והיה מקחי מקח טעות רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים נאמנת רבי יהושע אומר לא מפיה אנו חיינן אלא הרי זו בחזקת בעולה עד שלא תתארס והטעתו עד שתביא ראיה לדבריה, יעו"ש, ובגמרא ואמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבן גמליאל וכו' אע"ג דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה אמר רבן גמליאל ברי עדיף וכו' אי נמי עד כאן לא קאמר רבן גמליאל התם אלא דאמרינן אוקמה אחזקה וכו', יעו"ש.

ועיין בתוס' רי"ד וז"ל: אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבן גמליאל ואי קשיא היכי פסיק שמואל הלכה כרבן גמליאל דאזיל בתר חזקה דגופא ומפיק ממונא מחזקת מריה והתנן בבא קמא (דף מו.) שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה ואין ידוע אם עד שלא ילדה נגחה ואם משילדה נגחה משלם חצי נזק לפרה ורביע נזק לולד ואמרינן עלה בגמרא אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה למה ליה למימר זה כלל גדול בדין ואפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא והא במתניתין איכא חזקה דגופא ואיכא חזקה דממונא דאוקי פרה אחזקתה ואימור מעוברת היתה בשעת נגיחה ומחמת נגיחת השור הפילה וחייב ליתן לו חצי נזק ולמזיק איכא חזקה דממונא וכיון דאית לניזק חזקה דגופא פליג רבן גמליאל דאזיל בתר חזקה דגופא ומפיק ממונא מחזקת מריה ובשלמא אמתניתין לא פליג רבן גמליאל משום דהוה ליה שמא ושמה דהכי אמרינן לקמן דבשמא ושמה לא אזיל רבן גמליאל בתר חזקה דגופא אלא סבר המוציא מחבירו עליו הראיה אלא במאי דאמרינן ואפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה והא בהא מילתא פליג רבן גמליאל דהיכא דתובע אומר ברי ונתבע אומר שמא אזלינן בתר חזקה דגופא ומפקינן ממונא מחזקת מריה והיכי אמר רב יהודה משמיה דשמואל דחכמים פליגי על סומכוס ואמרי המוציא מחבירו עליו הראיה ולמימרא דהלכה כחכמים דהא כחכמים איפסקא הלכתא ואם כן קשה דשמואל אדשמואל ויש לומר דלא קשה דהכי אזיל רבן גמליאל בתר חזקה דגופא ואפיק ממונא מחזקת מריה הני מילי גבי אשה ובעל שכבר הבעל מחויב ועומד בכתובת האשה ושטר כתובה עליו והוא בא מספק לפטור את עצמו ממה שהוא מחויב ועומד בו התם ודאי אמר רבן גמליאל אוקי איתתיה אחזקתה ואפיק ממונא מיניה דבעל כי היכי דהוה משועבד לה מעיקרא ורבי יהושע אפילו הכי פליג עליה ולא מפיק ממונא מחזקת מריה אבל הכא שהמזיק לא נתחייב ממון לניזק מקודם לכן ולא בא

לפטור עצמו שנאמר שנעמיד הניזק בחזקת הגוף ונוציא ממון ממנו אלא זה החיוב עכשיו יבוא עליו מספק וכיון שעכשיו רוצה לחול עליו מודה רבן גמליאל דמספיקא לא מחייבין ליה ואע"ג שיש לתובע חזקה דגופא אלא אמרין המוציא מחבירו עליו הראיה ולא קשה דשמואל אדשמואל עכ"ל, יעו"ש.

ולפום ריהטא היה משמע דכונת התוס' רי"ד להא דתנן בפרק בתרא דבבא קמא (דף קיח.) דבאיני יודע אם נתחייבתי פטור אבל איני יודע אם פרעתיך חייב, והכא נמי גבי כתובה הוה ליה כאיני יודע אם פרעתיך, מה שאין כן בההיא דבבא קמא דהוה ליה איני יודע אם נתחייבתי, אולם אין זה עולה בפירוש הסוגיא, דאם חשבינן ליה כאיני יודע אם פרעתיך, אם כן למה צריכה האשה לחזקת הגוף, ולמה לא תוכל לגבות על ידי חזקת חיוב גרידא, ועיימש"נ בשי"א פי"א.

ונראה בביאור דבריו דהנה בכל נושא אשה שיש לה חזקת הגוף שהיא בתולה עדיין ולית בה ריעותא הרי אנו נקטינן בודאי שבתולה היא וראויה לקבל כתובת מאתים, ואין להסתפק כלל אם נבעלה ויצאה מחזקתה, דבמקום דליכא ריעותא המחייבת ספק כזה אזלינן בתר הסתמא, ונקטינן בתורת ודאי שבתולה היא, ומהאי טעמא כתב הרמב"ן דאין הבעל יכול לומר קיים תנאיך וחות לדינא, ועיימש"נ בשי"א פי"ד, וכל זה הוא היכא דליכא ריעותא כנגד החזקת הגוף, אז דין החזקה הוא דנקטינן בתורת ודאי שלא יצאה מחזקתה שהיתה עומדת בה ואין כאן בית מיחוש וחלות ספק כלל, אבל היכא דאיכא ריעותא לפנינו, כגון היכא דהרי בעולה לפניך, אז אין החזקה מונעת חלות הספק, שהרי חזינן דבודאי יצאה מחזקתה וצריכים להסתפק מתי יצאה, ודנים על שעת הספק אם באותה שעה עדיין היתה עומדת בחזקתה, או אם כבר יצאה מחזקתה כמות שהיא לפנינו היום, ובכהאי גוונא דמחויבים להסתפק נמי אזלינן בתר החזקה אע"פ שריעותא לפנינו, דמכל מקום חזקה דמעיקרא עדיפא, וכמו שכתבו התוס' בפרק קמא דנדה (דף ב:) בד"ה דאיכא, ועיימש"נ בשי"א פי"ו, אלא דבכהאי גוונא משמשת החזקה כפסק והכרעה על הספק ולא בתורת מניעה לחלות הספק, אלא דכל זה הוא בנוגע איסורים, אבל להוציא ממון על ידי חזקת הגוף שיש בה ריעותא אינו יכול, דלהוציא ממון מחזקתו לא סגי בהכרעת חזקה, ורק בחזקת הגוף שאין בה ריעותא יכול להוציא מחזקת ממון, דבכהאי גוונא אין החזקה מכרעת הספק אלא דהוי כודאי ואין כאן ספק כלל, ולהכי מהני אפילו במקום חזקת ממון.

והנה מאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף ומוציא מן המוחזק, טעמא ידידיה משום דס"ל דטענת ברי במקום טענת שמא מועילה לסלק הספק, והרי זה כודאי ואין כאן מקום לחזקת ממון, ועיימש"נ בשי"א פכ"ג, ומתחלה סלקא דעתין דטעמיה דרבן גמליאל משום דס"ל ברי ושמא ברי עדיף, ומסיק דשאני הכא דאיכא חזקת הגוף, רצה לומר דאף אם ס"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף, ולא מהני ברי ושמא לסלק את הספק, מכל מקום מהני ברי ושמא לסלק ריעותא מן חזקת הגוף, ושוב הוה ליה ודאי על ידי חזקת הגוף דאין בה ריעותא, וכמש"נ, ומוקמינן מילתא כמו שהיה קודם לידת הספק על ידי הריעותא, שהיה מחויב לה כתובתה הואיל וסתמא בתולה היתה, ומשום חזקת

הגוף דלא איתרע, ואע"ג דאין ברי ושמא מהני להכריע ספק שנולד שנקוט בו כצד אחד בתורת ודאי, מכל מקום אהני ברי ושמא לבטל ריעותא ולהדר דינא אחזקתו כמו שהיה ראוי להיות בלי הריעותא.

וזוהי כונת התוס' רי"ד במה שחילק בין שמואל דסוגיין לההיא דשור שנגח את הפרה, דהתם הרי אין אנו יודעים שהיה כאן מעשה נגיחה אלא על הפרה עצמה, אבל אין ידוע אם היה כאן מעשה נגיחה אף לגבי הולד, ואע"ג דאיכא חזקת הגוף של הפרה שאומרת שהולד נולד לאחר הנגיחה והרי הזיק גם הולד, הרי ליכא שם סתמא לאוקמי עליה על ידי מניעת הספק, אלא אדרבה החזקת גוף צריכה להכריע שהיה כאן נגיחה על הולד, ואם כן בעל כרחך החזקה משמשת התם בתורת הכרעה אף אם לא תהא בה שום ריעותא, ומשום הכי אין ברי ושמא יכול להועיל שם, דאין ברי ושמא מועיל אלא לסלק ריעותא מן החזקת הגוף ולהוציאה מתורת הכרעה ולהחזירה לדין סתמא וודאי, כמש"נ, וכל זה לא שייך אלא באשה דקודם הריעותא היתה נחשבת מן הסתם לבתולה, מה שאין כן התם דהחזקה צריכה לחדש לו שהיה מעשה נגיחה אף לגבי הולד.

הדר כתב התוס' רי"ד וז"ל: והמורה גריס עד כאן לא קאמר רבן גמליאל התם אלא משום דאיכא למימר מיגו וכו' אלא הכא גבי האי תובע מאי מיגו איכא והוא הדין נמי דהוה מצי רב נחמן למימר עד כאן לא קאמר רבן גמליאל התם אלא משום דבעל הוה מחויב לה כתובה מעיקרא ועכשיו הוא בא לפטור עצמו אבל במנה לי בידך שלא ידענו שנתחייב לו מקודם לכן אלא עכשיו אנו רוצים לחייבו לא אמר וכו' וכדכתיבנא לעיל אלא חד מתרי טעמא נקט עכ"ל יעו"ש, ונתקשו בפירוש דבריו אלו ונראה לבאר כונתו בדרך פשוט, דהנה הגירסא שלפנינו יש בה שני הטעמים, וקאמר שאני הכא דאיכא חזקת הגוף אי נמי שאני הכא דאיכא מיגו, אכן גירסת התוס' רי"ד לא היה בה אלא טעמא דחזקת הגוף, וראה התוס' רי"ד דלא פליגי הני גירסאות אהדדי, וגם לפי גירסת המורה נכונה סברת התוס' רי"ד, אלא דחד מתרי טעמי נקט.

אולם לפימש"נ, אע"ג דלא פליגי הגירסאות אהדדי, מכל מקום איכא קצת הבדל ביניהן, דלגירסת התוס' רי"ד טעמא דרבן גמליאל משום דאע"ג דאין ברי ושמא יכול להכריע את הספק בתורת ודאי, מכל מקום מהני ברי ושמא לסלק את הריעותא כדי שישאר הדין בודאי על ידי חזקת הגוף שאין בה ריעותא, אבל לפי גירסת המורה טעמא דרבן גמליאל משום דאע"ג דברי ושמא לעצמו אינו מועיל להכריע את הספק לודאי, מכל מקום על ידי צירוף עם המיגו שפיר מועיל ברי ושמא להכריע בתורת ודאי אף בלי סילוק ריעותא מן הסתמא.

פרק יז

בו יתיישב מה שהקשה הפני יהושע על מה שכתבו התוס' דלזעירי דמדברת היינו נסתרה מיירי באומרת לא נבעלה וחשיב ליה חדא ספיקא דאין אפוטרופוס לעריות, דאם כן למה אין אוסרין על היחוד ולמה אין האשה נאסרת על בעלה אלא על ידי קינוי וסתירה.

[כתובות יג.] אמר ליה רב פפא לאביי לזעירי דאמר מאי מדברת נסתרה ואמר רבי יהושע לא מהימנא האמר רב מלקין על היחוד ואין אוסרין על היחוד לימא דלא כרבי יהושע אפילו תימא רבי יהושע מעלה עשו ביוחסין, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה ואין אוסרין וז"ל: תימה לרשב"א דלזעירי דאמר נסתרה איירי כגון דמודה היא שנבעלה דאי אמרה לא נבעלתי אם כן הוי ספק ספיקא דמכשיר רבי יהושע כדאמר לקמן התם ספק ספיקא ויש לומר דלעולם איירי דקאמרה לא נבעלה וחשיב ליה חדא ספיקא משום דאין אפוטרופוס לעריות עכ"ל, יעו"ש, ובמה שכתבו דאין אפוטרופוס לעריות צריכים לעיין, דאם כונתם לומר דמהאי טעמא ליכא ספק אם נבעלה אם לא, אלא נקטינן דבודאי נבעלה, ומשום הכי לא הוי אלא חדא ספיקא, דהיינו אם לכשר או לפסול, אם כן קשיא גופא דדינא דאין אוסרין על היחוד, ואמאי לא כיון דנקטינן דבמקום יחוד איכא ודאי בעילה הואיל ואין אפוטרופוס לעריות, ובפני יהושע הוסיף להקשות מהא דאין האשה נאסרת על בעלה אלא על ידי קינוי וסתירה, ולא אמרינן דכיון שנתיחדה ודאי נבעלה, וגם אין לומר דאיכא רובא לכך, דהא מדאורייתא אזלינן בתר רובא, ואם תאמר דהוי רוב מדרבנן, אם כן הדר הוה ליה ספק ספיקא, דאין ספק ספיקא בטל על ידי רוב דרבנן, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף ט.) בד"ה ואבע"א, והעלה הפני יהושע דהוי רובא מדרבנן, ורק לגבי איסור לבעלה אין רוב דרבנן מבטל הספק ספיקא, אבל לינשא לכהן החמירו רבנן, יעו"ש היטב.

ואולי יש להטעים דברי התוס' באופן אחר קצת, דהנה הכא איכא לפנינו שלשה צדדים, צד אחד הוא שנבעלה לפסול, צד אחר שנבעלה לכשר, ועוד איכא צד שלא נבעלה כלל, והרי איכא צד אחד לאיסור ושני צדדים להיתר, ובדרך כלל בכהאי גוונא איכא ספק ספיקא, שהרי כל צד היתר חולק וקובע ספק לעצמו, ונמצא שיש כאן שני ספקות ומתירים משום ספק ספיקא, אכן הכא חידשו התוס' דכיון דאיכא סברא דאין אפוטרופוס לעריות, אם כן אין צד זה של לא נבעלה חשיב לקבוע ספק לעצמו, אלא הכל כלול בחדא ספיקא, ספק אם נבעלה לפסול ואסורה, ספק אם מותרת מפני שלא נבעלה לפסול, אי משום שלא נבעלה כלל, אי משום שנבעלה לכשר, ואין כל צד וצד חולק וקובע ספק לעצמו, וממילא אין כאן ספק ספיקא, אבל היכא דליכא אלא צד היתר של לא נבעלה כלל בודאי איכא ספיקא על ידי כך, ומהאי טעמא אין אוסרין על היחוד, ואין זו סברא אלא לגבי ספק ספיקא, כמש"נ, ולפי זה אפשר לומר דאף לגבי לינשא לכהונה אין רובא דרבנן מבטל הספק ספיקא, כיון דעצם צד ההיתר חשיב

לקבוע ספק לעצמו, ורק דסברא מיוחדת היא כאן, דמשום דאין אפוטרופוס לעריות
אין הצד של לא נבעלה כלל חשיב לקבוע ספק לעצמו במקום דאפשר לכלול אותו בהדי
צד אחר של היתר, כמש"נ.

פרק יח

בו יובאו דברי המהרש"א דמה שחילקו התוס' דלרב אסי דמודה רבי יהושע דבנסתרה נאמנת לומר לכשר נבעלתי מיגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי הא דאינה נאמנת באומרת משארסתני נאנסתי מיגו דמוכת עץ אני תחתיד היינו דמשני בגמרא הכא שור שחוט לפניך.

[כתובות יג.] תוס' בד"ה רב אסי אמר נבעלה וז"ל: אבל נסתרה מודה ר' יהושע דנאמנת לומר לכשר נבעלתי במגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי ואם תאמר והא רבי יהושע לית ליה מגו גבי משארסתני נאנסתי ויש לומר דהתם לא הוי מגו גמור דהא אפילו אמרה מוכת עץ אני אינה נאמנת לרבי יהושע כדתנן במתניתין ולא קרי ליה מגו אלא לפי שהיא טענה מעולה ביותר עכ"ל, יעו"ש.

וקשה מהא דאיתא לקמן (דף טז.) מכדי האי מגו והא מגו מאי שנא האי מגו מהאי מגו, יעו"ש, וקאי על הך דהיא אומרת משארסתני נאנסתי, ולפי דברי התוס' דגרוע מיגו דאי בעיא טענה מעלייתא ממיגו דאי בעיא טענה נצחת, למה לא קא משני התם בפשיטות דשאני התם דלא היתה לה טענה נצחת אלא טענה מעולה בלבד, ועיין במהרש"א שכתב דלהך חילוק כיונו התוס' בפירושם להא דמשני כאן שור שחוט לפניך כאן אין שור שחוט לפניך, יעו"ש.

פרק יט

בו יתבאר השקלא וטריא בגמרא בין רבן גמליאל ורבי יהושע, שהקשה רבי יהושע משבויה שנשבית והשיב לו רבן גמליאל לזו יש עדים ולזו אין עדים, וחזר רבי יהושע והקשה לרבן גמליאל ממעוברת שכריסה בין שיניה, ויתבאר מאי דפליגי אם יש לדמות שבויה למדברת.

[כתובות יג:] זו עדות שהאשה כשרה לה ורבי יהושע אומר אינה נאמנת אמר להם רבי יהושע אי אתם מודים בשבויה שנשבית ויש לה עדים שנשבית והיא אומרת טהורה אני שאינה נאמנת אמרו לו אבל ומה הפרש יש בין זו לזו לזו יש עדים ולזו אין עדים אמר להם אף לזו יש עדים שהרי כריסה בין שיניה אמרו לו וכו' השבתנו על המעוברת מה תשיבנו על המדברת אמר להם מדברת היינו שבויה אמרו לו שאני שבויה דרוב עובדי כוכבים פרוצים בעריות הם אמר להם הא נמי כיון דאיסתתר אין אפוטרופוס לעריות, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: לזו יש עדים שנבעלה דכיון דנשבית לבין העובדי כוכבים והם פרוצים בעריות כולנו עדים שנבעלה ולזו אין עדים שנבעלה שלא ראוה אלא מדברת ומיגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי כי אמרה נמי לכשר נבעלתי מהימנא אף לזו כלומר אף כאן יש אחת שיש לה עדים ואתם חולקים עלי בהיותה מעוברת וכו' עכ"ל, יעו"ש. וקשה דלפי מה שכתב רש"י דלזו יש עדים שנבעלה היינו דאין סהדי שנבעלה, ומחזיקים כן בתורת ודאי, כמו שכתב בהמשך הסוגיא, אם כן למה יש בזה תשובה נצחת על המעוברת, והלא אף דהתם נמי ודאי נבעלה דכריסה בין שיניה, מכל מקום אין הדבר מבורר אם לכשר או לפסול נבעלה, ואף אם איכא רוב פסולים מכל מקום אין בזה דמיון גמור לשבויה, ועוד כמה וכמה נקודות בשקלא וטריא זו טעונות הסבר, ויתפרשו הדברים בעזרת ה'.

והנה יסוד המחלוקת בין רבן גמליאל ורבי יהושע הוא אם אזלינן בתר טענת ברי להתירה לכהונה, וטעמא דרבן גמליאל משום דנאמנת בטענת ברי גרידא בלי מיגו, ומשום הכי נאמנת לרבן גמליאל אפילו במעוברת, והקשה לו רבי יהושע מאי שנא משבויה דאינה נאמנת לומר לא נבעלתי, ולא אמרינן דנאמנת משום טענת ברי ומעמידים אותה על חזקת כשרות, ומוכח משם דלא אזלינן בתר חזקת כשרות היכא דאיתרע, אפילו על ידי טענת ברי, ואם כן הוא הדין נמי במדברת ומעוברת לא נעמידנה בחזקת כשרות להתירה הואיל ואיתרע, ואע"ג דטוענת ברי.

ואיברא דרבן גמליאל היה יכול לשנויי דלא דמיא שבויה לדידן, דהא דמהני טענת ברי להעמידה על חזקת כשרות הוי דוקא אם לא הוי כנגד רוב, או על כל פנים היכא דאיכא חזקה אשה מזנה בודקת ומזנה בהדי הברי כנגד הרוב, כמו שכתבו התוס', והרוב והך חזקה מבטלים זה את זה והדר מהני טענת ברי לאוקמה על חזקתה, אבל בשבויה ליכא חזקה המבטלת כח הרוב, וממילא אין טענת ברי דידה מועילה להתירה, ועיימ"ש בזה בשב שמעתתא ש"פ", ולפי זה לא היה קשה מן השבויה כלל, ואף

המעוברת נאמנת משום טענת ברי, אי נמי מטעמא אחרינא היה אפשר לחלק בין שבויה לדידן דמהני לה טענת ברי, אלא רבן גמליאל בא לשנויי לדבריו דרבי יהושע, דאף לטעמך דלא אזלינן בתר טענת ברי עדיין אפשר לחלק בין שבויה לסוגיין, דדילמא מוקמינן על חזקת כשרות אף בלי מעליותא של טענת ברי, ובדין הוא דהוה בעי לאוקמי שבויה על חזקת כשרות אע"ג דאיכא רוב כנגדה, דהא כל פעולת הרוב היא להפסיד טענת ברי דידה, והרי בלאו הכי ליכא מעליותא בטענת ברי אליבא דרבי יהושע, אלא היינו טעמא דשבויה אסורה משום דנקטינן בודאי שנבעלה, וכולנו עדים לכך, מה שאין כן בדידן דליכא ודאי מוקמינן לה על חזקת כשרות, כן הבין רבי יהושע בדברי רבן גמליאל ממה שאמר לזו יש עדים, והבין רבי יהושע דרצונו לומר כולנו עדים לכך שנבעלה.

וקאמר ליה ר' יהושע לרבן גמליאל, הואיל ובאת לשנויי לטעמא דידך, ולא באת להתירה משום טענת ברי אלא משום חזקת כשרות גרידא, וחילקת בשבויה משום דאנן סהדי שנבעלה ואזלא לה חזקת כשרות, דכיון שנבעלה ודאי נאסרה דכולם פסולים אצלה, אם כן נשארית הקושיא אצל המעוברת שכריסה בין שיניה, והיינו טעמא משום דאין חזקת כשרות מועילה במקום ריעותא ודאית, דחלוקה בזה חזקת כשרות מחזקת הגוף, דהיכא דאיכא ריעותא ודאית במקום חזקת הגוף עדיין יכולה החזקת הגוף להכריע הספק, דהחזקה תברר לן שהריעותא באה בשעה הכי מאוחרת ובשעת הספק עדיין לא נשתנה המצב מכמות שהיה מעיקרא, לא כן הדין בחזקת כשרות, דנהי דהיכא דמסופקים אם נבעלה אם לא יכולה החזקה להגיד לן שצריכים לנקוט שלא נבעלה ולא יצאה מחזקתה שהיתה בה מקודם, מכל מקום היכא שראינוה שבודאי נבעלה, אז אין החזקת כשרות מיוסדת על הא דמעולם לא נבעלה, וזוהי סבת היתרה, כלומר דלא היתה בה בעילה כלל, והשתא דודאי נבעלה אין להתירה אלא על ידי שננקוט שלכשר נבעלה, ואין זו הסבת היתר שעליה נוסדה החזקת כשרות, ומהאי טעמא אין חזקת כשרות מכרעת במקום ריעותא דבעילה, ואם כן אין להתיר את המעוברת.

ובשלמא לדעת רבן גמליאל דאזיל בתר טענת ברי שפיר מוקמינן לה אחזקת כשרות אף במעוברת, דאהני ברי דידה לסלק הריעותא ולמנוע חלות הספק, ועיימש"נ בשי"א פט"ז, וכיון שכן נשארית בחזקת כשרות כמות שהיתה עומדת בה מעיקרא, ואין כאן התחלת ספק כלל, ונמצא דאין החזקת כשרות צריכה להכריע על גוף הריעותא באיזה אופן באה, אם על ידי כשר או פסול, אלא אין אנו משגיחים על הריעותא כלל, אבל אליבא דרבי יהושע לא אהני טענת ברי לסלק הריעותא ולמנוע חלות הספק, ואם אהני חזקת כשרות במקום ריעותא, היינו על כרחך משום דהחזקה מכרעת עצם הריעותא, ואם כן הא תינח בריעותא של ספק בעילה, אז יכולה החזקה להכריע שלא נבעלה, כמש"נ, אבל היכא דודאי נבעלה אין בכך חזקת כשרות להכריע אם לכשר או לפסול נבעלה, שהרי אין דיון זה שייך ליסוד הספק כלל, כמש"נ, וכיון דשמע רבי יהושע דרבן גמליאל בא לשנויי קושיתו משבויה אף לפי טעמא דידה, ולא רק משום

טעמא דטענת ברי, אלא בא רבן גמליאל לומר דאף לרבי יהושע יש להעמידה על חזקת כשרות, ושאני שבויה דאין לה חזקת כשרות, שפיר הקשה עליו רבי יהושע דאם כן מעוברת נמי אין להתירה משום חזקת כשרות הואיל וכריסה בין שיניה וודאי נבעלה, כמש"נ.

ומהדר ליה רבן גמליאל, השבתנו על המעוברת מה תשיבנו על המדברת, דנהי דבלי סילוק הריעותא על ידי טענת ברי אין להעמיד מעוברת על חזקת כשרות, כמש"נ, מכל מקום במדברת שלא ראינוה שנבעלה נעמידנה על חזקתה, ותכריע החזקה שלא נבעלה ותשאר בהמצב שהיתה עומדת בו מתחלה.

וקאמר להו רבי יהושע מדברת היינו שבויה, כלומר איני מסכים למה שאתה אומר שמחזיקים את השבויה לנבעלה דאנן סהדי לכך, אלא גם בשבויה הוה ליה ספק, וכי היכי דמצינו התם דאין לסמוך על החזקת כשרות, הוא הדין נמי בדידין אין להתיר המדברת משום חזקת כשרות.

ורבי יהושע הבין דטעמא דרבן גמליאל משום אנן סהדי דדייק מה שאמר לזו יש עדים, וקאמר ליה רבן גמליאל דאין הטעם משום אנן סהדי וודאי בעילה, אלא משום דרוב עובדי כוכבים פרוצים בעריות, ועובד כוכבים הפרוץ בעריות ודאי בועל, וכיון דרוב עובדי כוכבים פרוצים איכא רובא שנבעלה, וגם אתה מסתמא מודה לי בכך, ואם כן ליכא דמיון למדברת, דהרי התם ליכא רובא שנבעלה, ועל זה מהדר ליה רבי יהושע דגם במדברת איכא טעמא דאין אפוטרופוס לעריות, ואם במקום רובא לא מוקמינן על חזקת כשרות, הוא הדין נמי דאין להעמיד על חזקת כשרות היכא דאיכא סברא דאין אפוטרופוס לעריות.

פרק כ

בו יחולק בין שני שבילין דכשבאו לשאול בבת אחת שניהם טמאים משום דאי אפשר לפסוק הוראות הסותרות זו את זו, ובין מאי דס"ל לרבי אלעזר דלדברי המכשיר בה פוסל בבתה, דמאי דפסלינן הבת אינה נחשבת הוראה רק דפסולה מספק כיון דאין לה חזקה.

[**כתובות יג:**] ורבי אלעזר אומר לדברי המכשיר בה פוסל בבתה אמר רבה מאי טעמא דרבי אלעזר בשלמא איחי אית לה חזקה דכשרות בתה לית לה חזקה דכשרות, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אית לה חזקה דכשרות ויש לומר אשה זו בחזקת כשרות עומדת ומספק אתה בא לפסולה אל תפסילנה מספק עכ"ל, יעו"ש, רצונו לומר דאין בזה הכרעה ודאית על המציאות שעל ידי כך היה מוכרח להתיר גם בתה, אלא אין בזה היתר אלא משום דמספק אל תוציאנה מחזקתה, ובתה הרי אין לה חזקה. וקשה מהא דתנן בטהרות (פ"ה מ"ה) שני שבילין אחד טמא ואחד טהור הלך באחד מהן ועשה טהרות ובא חבירו והלך בשני ועשה טהרות רבי יהודה אומר אם נשאלו זה בפני עצמו וזה בפני עצמו טהורין ואם נשאלו שניהם כאחד טמאים רבי יוסי אומר בין כך ובין כך טמאים, יעו"ש, וטעמא דבבת אחת טמאים לרבי יהודה ובין כך ובין כך טמאים לרבי יוסי משום דאי אפשר לדון להם הוראות הסותרות אהדדי, ומשום הכי מטמאין לתרויהו, ובתוס' בפרק קמא דפסחים (דף י.) כתבו דהיינו רק מדרבנן, ויש מן הראשונים שלמדו דדינא דאורייתא הוא, ואפשר נמי לומר דהיינו טעמא דמדאורייתא טהורים לסברת התוס' משום דאין ההוראות מצורפות על ידי מה שבאו בבת אחת כיון דבלאו הכי לא שייכי אהדדי, והשתא קשה דאם כן היאך ס"ל לרבי אלעזר דמוקמינן האם על חזקת כשרות ומכשירים אותה, ואת הבת פוסלים הואיל ואין לה חזקה, והלא אלו ההוראות סותרות אהדדי, דאי אפשר להיות במציאות שהאם תתכשר ובתה תיפסל, דסוף סוף תלוי דין הבת בדין האם, וגדול הצירוף בין הני שתי הוראות לבין ההוראות דשני שבילין היכא דבאו לשאול בבת אחת. ויש לחלק דהכא ליכא אלא חדא הוראה, דהיינו מה שמכשירים האם, אבל פסול הבת לא בא משום הוראה, אלא דכיון דאין לה חזקה פסלינן לה מספק, ואין זה חשיב כהוראה, ולא שייך כאן ענין הוראות הסותרות אהדדי.

פרק כא

בו יבואר פירוש התוס' בגמרא דבמשארסתי נאנסתי אינה נאמנת במיגו כיון דשור שחוט לפניך ובשדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו נאמן במגו דאין שור שחוט לפניך, וגם מה שפירש בעל המאור דחזקת ממון מרעא לדיבורה כמו חזקת איסור של הבהמה בחייה.

[כתובות טז.] מכדי האי מגו והאי מגו מאי שנא האי מגו מהאי מגו הכא אין שור שחוט

לפניך התם הרי שור שחוט לפניך, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה התם שור שחוט לפניך וז"ל: פירש בקונטרס שהוא טוען עד שלא אירסתיך נאנסת והכא אין שור שחוט לפניך דאין הלה תובעו ור"י מפרש דהכא נמי איירי בהלה תובעו כדפירשית והכי פירוש התם שור שחוט לפניך דהרי אין לה בתולים ואינה יכולה לומר בתולה אני כמו בשור שחוט שאין יכול לומר חי הוא ולהכי בין אומרת משארסתי נאנסתי בין אומרת מוכת עץ אני תחתיך לא מהימנא הכא אין שור שחוט לפניך ונאמן במגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם עכ"ל, יעו"ש.

ובביאור דברי התוס' כתב המהרש"א דכונתם לחלק בין מיגו גמור למיגו שאינו גמור, דהתם הוי מיגו שאינו גמור, שאין לה טענה שהיתה זוכה על ידה, ורק דטענה מעולה היתה יכולה לטעון אם רצתה לשקר, והך מיגו קרי ליה שור שחוט לפניך וגרוע הוא, אבל היכא דאית ליה מיגו שהיה יכול לטעון טענה נצחת, כגון לא היו דברים מעולם, הך מיגו קרי ליה אין שור שחוט לפניך ומיגו גמור הוא ומהני אף לרבי יהושע, עד כאן תוכן דבריו, ואף דאין פירוש זה מדויק כל כך בלשון התוס' מכל מקום קושייתו הכריחתו, דאי לאו הכי קשה על הגמרא עצמה דמאי פריך מכדי האי מיגו והאי מיגו, והא לא דמיין אהדדי משום סברא הנ"ל, ומשום הכי פירש דהיינו גופא מאי דמשני הכא אין שור שחוט וכו'.

ובאופן אחר יש לפרש דברי התוס' דכונתם לחלק בין מיגו דהיה יכול להתדיין עמו ולטעון טענה אחרת דעדיפא מטענה שהוא טוען עכשיו, לבין מיגו שהיה יכול להשתמט ממנו ושלא להתדיין עמו כלל, ועיימש"נ שי"ד פ"א, והיינו מאי דקאמר, הכא שור שחוט לפניך שהרי בעולה לפנינו ובעל כרחא צריכה לטעון על כך, ובכהאי גוונא אין להאמינה במה שהיתה יכולה לטעון טענה אחרת העדיפא מטענה שטוענת עכשיו, אבל היכא דאין שור שחוט לפניך הרי היה יכול שלא לטעון בתוך הענין כלל, והיה יכול לכפור בעיקר הדיון ולומר אין לי דין ודברים עמך כלל, ובכהאי גוונא עדיף המיגו ומועיל אפילו לרבי יהושע, אולם לפי פירוש זה נשארה קושיית המהרש"א במקומה, ועיין בשיטה מקובצת בשם הרא"ה.

והבעל המאור פירש באופן אחר וז"ל: התם אין שור שחוט לפניך פירוש גבי הנושא

את האשה ולא מצא לה בתולים חזקה דממונא מרעא ליה לדיבורא דידה כי היכי דמרעא ליה לשחיטה חזקת איסור שהבהמה עומדת בה בחייה עד שידע לך במה נשחטה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ודבריו צריכים ביאור דלכאורה אין כונתו למיגו להוציא

ומהו הדמיון לחזקת איסור.

והנה עיין בחולין (דף ט.) דאמר התם רב הונא בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, ופירש"י דהספק הוא אם נשחטה כראוי, וכיון דעומדת בחזקת איסור מספק אל תתירנה, ואע"ג דרוב פעמים שוחט שפיר, כמו שכתבו התוס' שם בד"ה ואסורה, ואם כן למה לא ניזיל בתר הרוב, וצריך לומר דאהני החזקת איסור להרעות הרוב ונשאר הדבר בספק, ואל תתירנה מספק, והשתא הגע עצמך, הרי הספק לפנינו הוא אם נשחטה כראוי, דהיינו שלא הגרים ולא שהה ולא הפסיד השחיטה בשום אופן, ואם כן היאך יכולה החזקת איסור שהיתה הבהמה עומדת בה להעיר ריעותא ברוב פעמים שאינו מפסיד השחיטה, והלא אין ענין הספק שייך להחזקה כלל, אלא על כרחך חזינן דכל שעומדת בחזקת איסור הרי זה מעורר ספיקות ומרעא ריעותות הבאות להוציא מן החזקה אע"ג דעצם ענין הספק לא שייך להחזקה, ואם כן הוא הדין נמי בדין יכולה החזקת ממון להרעות מיגו דידה ולגרוע נאמנות המיגו אע"ג דאין שום גילוי מתוך עצם החזקה על הספק שלפנינו אם בתולה או בעולה נשאת.

פרק כב

בו יבואר מה שכתב הרא"ש דאף דס"ל לרבא דבנמצאו מומין בנערה מאורסה על האב להביא ראייה דאמרינן כאן נמצאו כאן היו מכל מקום בנמצאו בארוסה בוגרת כיון שיצתה מרשות אביה ואינה נקראת על שם ביתו על הבעל להביא ראייה שנולדו קודם שנתארסה.

[כתובות עה.] תנן היו בה מומין ועודה בבית אביה האב צריך להביא ראייה שמשנתארסה היו בה מומין הללו וכו' נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראייה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו וכו' יעו"ש, ובגמ' אמר רבי אלעזר תברא מי ששנה זו לא שנה זו וכו' רבא אמר רישא כאן נמצאו וכאן היו סיפא נמי כאן נמצאו וכאן היו וכו' רב אשי אמר רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך, יעו"ש.

וכתב הרא"ש וז"ל: רב אלפס ז"ל לא הביא כל הני אוקימתות לפי שסובר שאין נפקותא בין שינויא דרבא לשינויא דרב אשי וה"ר מאיר הלוי ז"ל כתב דלרב אשי אם היא בוגרת אפילו עודה בבית אביה על הבעל להביא ראייה דמנה לי בידך הוא ולרבא בוגרת נמי כל זמן שלא נכנסה לרשות הבעל כיון שנמצאו בבית אביה אמרינן כאן נמצאו כאן היו ועליה להביא ראייה וכיון דפליגי הלכתא כרב אשי דהוא בתראה ואני אומר דאף רבא מודה בבוגרת דאף בבית אביה על הבעל להביא ראייה דלא שייך למימר כאן נמצאו כאן היו אלא בנערה דכתובתה לאביה והיא עצמה ברשות האב לכל מילי הלכך איתרעי חזקתה ברשות האב ועל האב להביא ראייה ואע"ג דמן הדין מיד כשנתארסה היא ברשות הבעל לענין מומין דכל מומין שיוולדו בה אמרינן נסתחפה שדהו כאילו נכנסה לרשות הבעל מכל מקום כיון שהיא ברשות האב לכל מילי והכתובה שלו אמרינן כאן נמצאו כאן היו קודם אירוסין אבל בוגרת כיון שיצתה מרשות אביה ואינה נקראת עוד על שם בית אביה כך לי עומדת בבית אביה כאילו עומדת בבית איניש דעלמא וחשיבא כאילו נכנסה לרשות הבעל ולכך לא הביא רב אלפס כל הני אוקימתות וכן מוכח מן התוספות עכ"ל.

ונראה בביאור דברי הרא"ש דהנה מדין כאן נמצא כאן היה אזלינן בתר רשויות, ומחזיקים ריעותא ברשות שנמצאת בה, ועל האשה שייכות שלש רשויות, דיכולה להיות או ברשות האב או ברשות הבעל או ברשות עצמה, ובוגרת פנויה הרי היא ברשות עצמה לכל דבר, וכשנישאת אין לה עוד רשות לעצמה אלא בעלה נעשה בעלים על רשות שלה ונכנסת תחתיו, ומיד על ידי האירוסין כבר יש להבעל התחלת קנין ברשות אשתו, דהא חזינן דאם נולדו בה מומין אחר האירוסין נסתחפה שדהו, ואע"ג דאין לו עדיין קנין גמור ברשות אשתו לכל מילי, מכל מקום כיון שכבר יש מקצת קנין ברשות אשתו, שוב ליכא חילוק רשויות בין רשותו לרשות אשתו, ולא שייך עוד דין כאן נמצא כאן היה ברשות האשה, הואיל וליכא עוד הפרש מסוים בין רשותה לרשותו.

אולם בנערה המאורסה אינו כן, דאע"ג דכבר נכנסה במקצת לרשות הבעל, מכל מקום המקצת שלא קנה הבעל ברשות אביה הוי, דעדיין יש לו זכויות בה וכתובתה

שלו, ואע"ג דהבעל כבר יש לו מקצת קנין בהאשה עצמה, מכל מקום ברשות האב אין לבעל זכיה כלל, וחרב חדה מחלקת בין רשות הבעל לרשות האב, ורק דבשעת אירוסין הרי האשה מקצתה ברשות אביה ומקצתה ברשות בעלה, וכיון דעודה בבית אביה ורשות אביה מסוימת ומופרדת מרשות בעלה שפיר שייך דין כאן נמצא כאן היה לגבי רשות אביה, מה שאין כן בוגרת דהיא ברשות עצמה, ועצם הרשות כבר קנויה במקצת להבעל, ואין רשותה מסוימת ומופרדת מרשות הבעל, לא שייך בה דין כאן נמצא כאן היה, כמש"נ.

פרק כג

בו יבואר ראית תוס' מלא הגולד פי המכה דאף בלא יהיב טבח דמי על הטבח להביא ראיה לפירוש רש"י דלרבן גמליאל טענינן לחרשת ושוטה שמשנארו נאנסו להוציא כתובתן מן הבעל אע"ג דהרי שור שחוט לפניך ואין כאן טענת ברי דידה כנגד טענת שמא של הבעל.

[**כתובות לו.**] החרשת והשוטה והאיילונית יש להן קנס ויש להן טענת בתולים וכו' משום דאית ליה למירמא אחריתי עילויה החרשת והשוטה והבוגרת ומוכת עץ אין להן טענת בתולים וכו' אמר רב ששת לא קשיא הא רבן גמליאל והא רבי יהושע אימר דשמעת ליה לרבן גמליאל היכא דקא טענה איהי היכא דלא קא טענה איהי מי שמעת ליה אין כיון דאמר רבן גמליאל מהימנא כגון זו פתח פיה לאלם הוא, יעו"ש. ובתוס' בד"ה החרשת כתבו וז"ל: פירש בקונטרס דאי הוה פקחת לטעון הוה טענה משאירסתני נאנסתי וקשה לר"י דהיכי טענינן לה הכי מספק לאפוקי ממונא כיון דאיהי לא טענה דחזקת גופה איתרעי דהוי שור שחוט לפניך אבל חזקת ממון לא איתרעא ומיהו מביא ר"י ראיה לפירוש הקונטרס דאמר בפרק המדיר (לקמן עו:): לא הוגלד פי המכה המוציא מחבירו עליו הראיה ומפרש דאפילו לא יהיב טבח דמי על הטבח להביא ראיה שברשות המוכר נטרפה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ובמהר"ם שי"ף ביאר דבריהם וז"ל: אע"ג דחזקת הממון עם הטבח וחזקת הגוף על הבהמה דהשתא הוא דנטרפה איתרעי דהרי שור שחוט לפניך אפילו הכי אמרינן השתא הוא דאיתרעי מספק ומפקינן ממונא עכ"ל, יעו"ש.

אכן עדיין קשה טובא דמהו הדמיון מהתם להכא, דהא קושית התוס' היתה דכיון דלרבן גמליאל מוציאה על ידי ברי ושמא, אם כן היכי טענינן לאפוקי ממונא, והתם בפרק המדיר המוכר מוציא אע"ג דהוי שמא ושמא, ומבואר שם דהיינו טעמא משום דין מסוים דכל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, ולא דמיא ההיא לדידן, ועיין בקובץ שעורים שעמד על זה, ועיין בשב שמעתתא ש"ב פ"י.

ובפני יהושע כתב לפרש דברי התוס' דלפי מסקנת הגמרא דפרק המדיר לא בעי רבן גמליאל ברי ושמא, אלא אף בטענת שמא ושמא מוציאה כתובתה דכל שנולד הספק ברשות הבעל עליו להביא ראיה, וסוגיא דלעיל קאי לפי ההוה אמינא דרבן גמליאל בעי טענת ברי, ורק לפי ההוה אמינא הקשו התוס' דהוי טענינן להוציא, ולכן הביא הר"י ראיה מסוגיא דלקמן דלמסקנא לא בעינן טענת ברי, ואם כן לית כאן טענינן להוציא, עד כאן תוכן דברי הפני יהושע, אכן קשה דהרי בסוגיין איתא להדיא דאימר דשמעת ליה לרבן גמליאל היכא דקא טענה איהי, וכן הא דמסיק דבחרשת פתח פיה לאלם, הרי דסוגיין קאי לפי הך דעה דלרבן גמליאל בעינן טענת ברי, ואיצטריך לדין טענינן, ואם כן עדיין הא הוי להוציא, ויש לדחות דלאו היינו משום טענת ברי אלא תביעה בעלמא. עוד קשה לדעת הפני יהושע מה שכתבו התוס' אחר כך וז"ל: והא דמפרש רב אשי למתניתין דהמדיר דהיו בה מומין ועודה בבית אביה על האב להביא ראיה רישא מנה

לאבא בידך סיפא מנה לי בידך לא מטעם דברי ושמא ברי עדיף כדמשמע לפום ריהטא דאם כן הוה קשה דהיכי טענינן לה הכי אלא כדפירש התם בקונטרס רישא מנה לאבא בידך דלגבי האב לא מהני חזקת הגוף דבתו דהכתובה היא באירוסין של אב סיפא מנה לי בידך דלגבי דידה מהני חזקת הגוף דידה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואם כדברי הפני יהושע דסוגיין אזלא כמסקנת הגמרא דפרק המדיר דלא בעינן טענת ברי, אם כן מהו ההכרח דטעמא דרב אשי משום דחזקת הגוף דידה לא מהני להאב, דילמא טעמא דידה משום דטענת ברי דידה לא מהני להאב, כדמשמע לפום ריהטא, ורב אשי ס"ל כסוגיא דפרק קמא ולדידיה ליכא טענינן, וסוגיין אתיא כמסקנא דפרק המדיר, והיה אפשר לדחות דהתוס' סמכו על מה שכתבו לקמן (דף עו.) בד"ה רישא דמסתמא רב אשי לא פליג על שמואל דאמר כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, ואע"ג דזה חסר מן הספר כאן, אולם גם זה לא יספיק, דאם כן הרי זה גופא מכריח דטעמא דרב אשי לאו משום טענת ברי, והתוס' הכריחו הא מילתא מהא דאם כן הוה קשה היכי טענינן לה הכי, ועיי'.

ונראה דהנה הא דלרבן גמליאל נאמנת בטענת משארתני נאנסתי משום דאיכא ברי ושמא וחזקת הגוף, כדאיתא לעיל (דף יב:), ומועילה טענתה אף כנגד חזקת ממון, היינו טעמא משום דעל ידי ברי ושמא וחזקת הגוף נעשה ודאי ונסתלק הספק, וכיון שנעקר הספק אין כאן מקום לחזקת ממון, והא מילתא יש לפרשו בשני אופנים, חדא יש לומר דהברי ושמא מסלק הספק, וכסברת מאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף, אלא דהכא מודה אף מאן דאמר לאו ברי עדיף, הואיל וחזקת הגוף מסייעת לטענת ברי. אי נמי יש לומר דבאמת חזקת הגוף עצמה מעכבת כל חלות הספק במקום דלית בה ריעותא, ובודאי הטובל במקוה שהיה שלם והשתא נמי לא נמצא חסר עלתה לו טבילה בתורת ודאי, ולא משום הכרעת שום ספק על ידי חזקת שלם של המקוה, דהואיל ולא איתרעא החזקה נקטינן כן בתורת ודאי, ואין מקום לחלות ספק כלל, ומשום הכי היכא דנשא אשה בחזקת בתולה ועדיין לא איתרעא, הרי הוא מחויב לה כתובתה בתורת ודאי על ידי חזקת הגוף דלא איתרעא, אבל היכא דמצא פתחה פתוח והרי בעולה לפניך, איתרעא חזקתה ויצאה מתורת ודאי בתולה, ואע"ג דעדיין יש לה חזקת הגוף, מכל מקום אין זה אלא בגדר הכרעת ספק, ואין הכרעת ספק במקום חזקת ממון אלא על ידי עדים בלבד, אולם לזה מועיל צירוף ברי ושמא, דאע"ג דלמאן דאמר לאו ברי עדיף אין ברי ושמא מועיל על ידי עצמו לסלק הספק ולעשות תורת ודאי, מכל מקום להא מיהא מהני ברי ושמא לסלק חסרון הריעותא מן החזקת הגוף, והדר הוה ליה ודאי על ידי החזקת הגוף, ועיימש"נ בשי"א פט"ז בשיטת התוס' רי"ד. והתוס' נסתפקו בצד זה דאהני ברי ושמא לסלק ריעותא מן החזקת הגוף, דבאמת איכא למימר דלא שייך תורת ודאי על ידי חזקת הגוף אלא אם כן אין שור שחוט לפניך, כלומר דכל זמן שלא נודע לן בודאי שיצא הדבר מחזקתו, אז נקטינן בתורת ודאי שעדיין החזקה קיימת, אבל אם נודע לן בבירור שכבר נתבטלה החזקה היום, דנודע לן דהשתא מיהא יצא הדבר מחזקתו, אז אי אפשר לדון תורת ודאי על ידי

החזקה, דשוב ליכא למימר דאין אנו מסופקים כלל, אלא בעל כרחך אנו מסופקים בקביעות זמן היציאה מן החזקה, ועל כרחך מועילה החזקה בגדר הכרעת הזמן ואין לסמוך עליה במקום חזקת ממון, ואע"ג דאיכא בהדה ברי ושמא, או דילמא יש לומר לאידך גיסא, דהרי קודם מציאת הריעותא היה הדבר עומד בחזקתו בתורת ודאי בלי שום ספק כלל, ואלא דעל ידי הריעותא נתעורר ספק והתדיינות, ונשאר הדבר כמות שהיה בחזקתו בתורת ודאי, ואע"ג דהשתא שור שחוט לפניך.

ומתחלה סלקא דעתייהו דהתוס' דכל היכא דשור שחוט לפניך שוב אין לומר דליכא ספק כלל, והיינו מה שאמר הר"י דכיון דהכא שור שחוט לפניך ואיתרעי חזקה דגופה שוב אי אפשר לדון כנגד החזקת ממון על ידי החזקת הגוף, דכל היכא דשור שחוט לפניך אי אפשר לדון בחזקת הגוף אלא בגדר הכרעת הספק בלבד, ולא מהני לכך סיוע דברי ושמא, כמש"נ, ועל כרחך הא דברי ושמא מועיל להוציא ממון הוי משום דברי ושמא עצמו עושה התורת ודאי, ולא על ידי סילוק ריעותא מן החזקה, ואף למאן דאמר ברי ושמא לאו ברי עדיף, ולא נעשה תורת ודאי על ידי ברי ושמא, מכל מקום הכא אית לה נמי סיוע דחזקת הגוף המאלמת טענת ברי דידה, ובכהאי גוונא כולי עלמא מודו דברי ושמא ברי עדיף, והשתא לא איכפת לן אם שור שחוט לפניך, דכיון דלא איצטריך לחזקת הגוף לעשות התורת ודאי, רק לאלם טענת ברי כדי שתוכל לעשות תורת ודאי, לזה מהני אף חזקה בגדר הכרעה, דסוף סוף אית כאן סעד וסיוע לטענת ברי, ונעשה התורת ודאי על ידי ברי ושמא.

אלא דלפי זה הוקשה ליה להר"י דאם הברי ושמא עצמו עושה התורת ודאי, והחזקה לא באה אלא לסייע, אם כן היכי שייך בזה טענין, והא הוי טענין להוציא, ובשלמא אילו היתה החזקת הגוף מוציאה, ורק דאיצטריך לברי ושמא לסלק ממנה עיכוב הריעותא, אז לא היתה נחשבת טענת ברי כטענה המוציאה, כיון דההוצאה עצמה נעשית על ידי החזקת הגוף, ואם כן לא היה שייך בזה חסרון של טענין להוציא, אבל מכיון דבעל כרחך הברי ושמא הוי המוציא, דהא אי אפשר לומר דחזקת הגוף מוציאה על ידי סילוק ריעותא מכח ברי ושמא, דסוף סוף הרי שור שחוט לפניך, כמש"נ, אם כן שפיר הקשה הר"י דהיאך טענין לחרשת טענת משארסתני נאנסתי, הא הוי טענין להוציא.

ולזה הביא הר"י ראיה מההיא דפרק המדיר, דהתם נמי מוציא המוכר מן הטבח על ידי חזקת הגוף של הבהמה, ואע"ג דהוי כנגד חזקת ממון של הטבח שעדיין לא נתן דמים, מכל מקום נקטינן בתורת ודאי שלא היתה טריפה, ומשום חזקת הגוף שלה, ואע"ג דהשתא נמצא המחט ואיתרעא חזקתה, אמרינן דכל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, והיינו דאין מחזיקים ריעותא מרשות לרשות, ועיימש"נ בש"ה פ"א, הרי דאע"ג ששור שחוט לפניך, דהשתא מיהא בודאי יצאה הבהמה מחזקתה, מכל מקום שייך עדיין להעמידה על החזקה בתורת ודאי שתועיל אף כנגד ממון, והיינו על ידי סילוק ריעותא מדין כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, והוא הדין נמי הכא שפיר שייך למימר דאהני ברי ושמא לסלק הריעותא מן החזקת הגוף ולהעמיד החרשת

על חזקתה בתורת ודאי, ואין כאן עוד הכרח לומר דהברי ושמא הוי המוציא, דשפיר איכא למימר דמוציאה על ידי החזקת הגוף המעמידה בתורת ודאי בתולה בשעת אירוסין, ובמה דמועיל ברי ושמא לסלק עיכוב הריעותא לא חשיב להוציא, ולא שייך בזה חסרון של טענין להוציא.

ומה שכתבו התוס' דהא דמפרש רב אשי דרישא הוי מנה לאבא בידך לאו היינו משום דטענת ברי דידה לא מהני להאב דאם כן קשה היכי טענין לה הכא, כונתם לומר דלא שייך לומר דטענת ברי דידה לא מהני להאב אלא אם כן עיקר הוצאת ממון הוי על ידי הברי ושמא, דאז איכא סברא דלזה בעינן טענת הבעל דבר העיקרי, ואין ברי ושמא של מישהו אחר מוציא ממון בשביל הבעל דבר, אבל אם כל דין הברי ושמא הוא לסלק הריעותא מן החזקה, דבמקום טענת ברי אין אנו רואים ריעותא בהחזקה אע"ג ששור שחוט לפניך, כמש"נ, לזה אין סברא דניבעי דוקא טענת ברי של הבעל דבר, דאדרבה, יותר בירור איכא במה שהיא עצמה שהחזקה בגופה טוענת ברי שלא איתרעא חזקתה, ועל ידי כך יותר מסתבר שיש לסלק הריעותא מאם יטעון האב ברי, ואם כן מוכח דאם טעמא דרב אשי משום דטענת ברי דידה אינה מועילה להאב, נמצא דההוצאת ממון הוי על ידי ברי ושמא בסיוע החזקה, ואם כן קשה דהיאך טענין בסוגיין לחרשת, והלא אין דין טענין לאפוקי ממונא ומזה מוכח דטעמא דרב אשי משום דחזקת הגוף דידה לא מהני להוציא ממון בשביל אביה.

והא דמהני טענת ברי דידה להעמיד החזקת הגוף אע"ג דאינה בכלל נידון הממון, לאו היינו לומר דכל אדם שטוען ברי יכול להעמיד החזקה, דבודאי בעינן ברי של בעל דבר, דהך בירור נוסף שבא על ידי טענת ברי ליכא אלא בבעל דבר ולא באיניש מעלמא, אלא דהאשה עצמה שהחזקה בגופה וזכות האב באה מכחה, בודאי חשיבא בעלת דבר מספקת שטענתה תיחשב טענת ברי להעמיד חזקתה, כמש"נ.

אלא דעדיין צריכים לעיין קצת, דאם טענת ברי מסלקת הריעותא ומבררת המציאות, נהי דאין זה חשיב טענין להוציא, מכל מקום היאך מועיל לכך דין טענין כלל, אכן זה לא קשה כל כך, ומצינו דוגמא לכך בטענת מזויף שכתבו התוס' לעיל (דף יט.) דאין חשש זיוף נתעורר אלא על ידי טענת זיוף, ומשום הכי ליכא להאמין לפרוע במיגו דמזויף, ומכל מקום כתבו התוס' בגיטין (דף ב:) ובבבא מציעא (דף יג:) דטענין מזויף, ואף להנך דעות דלא טענין היינו טעמא משום דהוי מילתא דלא שכיחא, וגם התם יש להקשות דהיאך שייך בזה דין טענין והלא אין החשש נתעורר אלא על ידי גוף הטענה וסוף סוף הרי לא טען אלא אן טענו בשבילו, ונהי דאיכא חדא שיטה דמהאי טעמא לא טענין מזויף, עיימ' ש"ש הש"ך בסי' ק"ו סק"ו, מכל מקום רוב הדיעות אינן כן, ומוכח דאף בכהאי גוונא שייך דין טענין, וטעמא דמילתא משום דטענין תקנה דרבנן היא, ומשום לא שבקת חי, והרי אנו דנים כאילו טען כל טענה שהיה יכול לטעון, וכל זכות שהיתה באה לו על ידי הנך טענות אנו נותנים לו ומחייבים הבעל דבר שכנגדו להביא ראיה להוציא ממנו, וכיון שאם היתה טוענת ברי היתה מסלקת הריעותא על ידי כך מחמת הבירור שבדבריה, גם כשלא טענה כן דיינין לה כאילו היתה טוענת.

שער יב: בענין מזיק נזקי שכנים ונהנה

ובו י' פרקים

פרק א

בו יוכיח דהא דאיבעיא להו אם פי פרה כחצר הניזק דמי או כחצר המזיק דמי לענין חיוב תשלומי שן לא הוי לגבי קנינים אלא לגבי דין רשות מיוחד לענין נזקין, ויבואר למה צריך המזיק לטעון מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי כדי להפטר אם פי פרה כחצר המזיק דמי.

[בבא קמא כג.] על החררה משלם נזק שלם כו' דאכלה היכא אילימא דאכלה בגדיש דעלמא הא בעינן וביער בשדה אחר וליכא לא צריכא דאכלה בגדיש דבעל חררה תפשוט דפי פרה כחצר הניזק דמי דאי כחצר המזיק דמי לימא ליה מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי דאיבעיא להו פי פרה כחצר הניזק דמי או כחצר המזיק דמי ואי אמרת כחצר המזיק דמי שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה אמר רב מרי בריה דרב כהנא כגון שנתחככה בכותל להנאתה וכו', יעו"ש.

ויש לדקדק בהא דקאמר ליה מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי, דמשמע דזוהי טענה שיכול המזיק לטעון להניזק התובע ממנו תשלומין, ולמה לן טענתו, הלא אם פי פרה כחצר המזיק פשיטא דפטור, דהתורה אמרה ובער בשדה אחר דבעינן חצר הניזק, והכי הוה ליה למימר, דאם כחצר המזיק למה חייב, ומה לנו לטענתו דמאי בעי רפתך בפומא דכלבאי.

עוד יש לדקדק דאיזו טענה היא בכלל, והלא כלב המזיק נטל החררה, וכן הקשו התוס' בד"ה תפשוט, יעו"ש, והתוס' נדחקו לאוקים כל הסוגיא כשהושיט אחר החררה לפי הכלל ולא נטלה מעצמו, יעו"ש, אולם עיין ברש"י ד"ה דפי פרתו וז"ל: של מזיק האוכלת בחצר הניזק עכ"ל, יעו"ש, ודייק השיטה מקובצת מלשונו שנשמר מפירוש התוס', דלשון האוכלת משמע שאוכלת מעצמה ולא שאחר תחב לה בפיה, והדרא קושית התוס' דהיאך מצי טעין מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי.

ונראה לבאר עפ"י ש"נ בשי"ב פ"ב דכל אדם יש לו רשות מיוחד לענין נזקין לגבי עצמו ולגבי ממונו, ומזיק חייב בתשלומין מפני שנכנס לרשות הניזק, ואין רשות זה שייך כלל לענין רשות לגבי קנינים, אלא הוא דין מיוחד בנזקין שיש לו רשות להשמר מן נזקין, ולעולם מזיק חייב מפני שנכנס לרשות הניזק, ומיבעי ליה בסוגיין אם פי פרה כחצר הניזק או כחצר המזיק, ואין הבעיא כלל לגבי קנינים, דאם כן אין זה שייך לסוגיין, וזה ידעינן דלגבי קנין אין פי פרה קונה, ואפילו היתה כפותה ואינה מהלכת, כיון דאין לה רשות ליכנס לחצר הניזק, וכל הבעיא היא לגבי הדין רשות מיוחד לגבי נזקין, אם פי הפרה קובע רשות לנזקין אפילו בחצר הניזק, או דילמא רשות הניזק המיוחד לנזקין כולל כל חצירו ואפילו פי פרות שאינן שלו ונכנסו לחצירו, ואם פי פרה לאו כחצר הניזק דמי נמצא דהחררה שבפי הכלב מונחת במקום שאינו רשות הניזק

לגבי נזקין, ואם אכלה הכלב פטור, שהרי לא עשה היזקו ברשות הניזק, ועל מה שהכלב עצמו הוציא החררה מרשות הניזק והכניסה לרשות המזיק אין לחייב, שאין זה אלא גרמא דבהמתו, ועכשיו שכבר באה החררה לפי הכלב ואכלה יכול בעל הכלב לטעון מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי, שהרי אין לך דין רשות מיוחד לנזקין בפי הכלב, ואם אכלה לאחר שנכנסה לפיו לא נחשב בזה שנכנס לרשות הניזק, ופטור מלשלם.

פרק ב

בו יבוארו דברי ריש לקיש דפרה מהלכת שבעטה בפרה רבוצה ברשות הרבים פטורה, וסברת המקשן שיכול לטעון כי אית לך רשות לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשותא, וגם יתבאר ההוה אמינא בגמרא דכיון דכתיב ונכרתו הנפשות העושות גם האשה עבדה מעשה.

[בבא קמא לב.] בעא מיניה רבה בר נתן מרב הונא המזיק את אשתו בתשמיש המטה מהו כיון דברשות קא עביד פטור או דלמא איבעי ליה לעיוני אמר ליה תניתוה שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך אמר רבא קל וחומר ומה יער שזה לרשותו נכנס וזה לרשותו נכנס נעשה כמי שנכנס לרשות חבירו וחייב זה שלרשות חבירו נכנס לא כל שכן אלא הא קתני שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך התם תרוייהו כהדדי נינהו הכא איהו קעביד מעשה והיא לא והכתיב ונכרתו הנפשות העושות מקרב עמם הנאה לתרוייהו אית להו איהו מעשה הוא דקעביד, יעו"ש.

ויש לדקדק טובא בדברי הגמרא, חדא דלמה נטר עד אחר בעיא דרבה בר נתן להקשות על מתניתין מיער, והלא מיד הוה ליה לאקשוויי למה תנן דזה בא בקורתו וזה בא בחביתו ונשברה החבית פטור מפני שלשניהם רשות להלך, והלא לשניהם רשות ליכנס ליער וחייב, ועוד יש לדקדק דקאמר בגמרא דהא דבעל הקורה פטור משום דתרוייהו כי הדדי נינהו, וכתבו התוס' וז"ל: שאף בעל חבית מסייע בשבירתה שבדרך הילוכו הטיח חביתו בקורת חבירו עכ"ל, יעו"ש, והיינו דבעל החבית השתתף בההיזק ואיהו דאפסיד אנפשיה, אכן אם כן הוא המציאות למה לן טעמא דלזה רשות להלך ולזה רשות להלך, ובאמת הקשו כן בתוס', יעו"ש, ועוד קשה דמאי סלקא דעתיה דמזיק בתשמיש פטור מפני שגם היא עשתה מעשה דכתיב ונכרתו הנפשות העושות, הרי סוף סוף לא עשתה שום פעולה, דהאשה קרקע עולם היא, כדאמרינן בסנהדרין (דף עד:), יעו"ש, ולא הטיחה עצמה בו ולא השתתפה בהנזק כמו בעל החבית, ומה לי דהתורה חשבה קרקע עולם דידה כמעשה לגבי עונשין.

ועיין בהמשך הסוגיא אמר ריש לקיש שתי פרות ברשות הרבים אחת רבוצה ואחת מהלכת בעטה מהלכת ברבוצה פטורה רבוצה במהלכת חייבת, יעו"ש, וטעמא מבואר לעיל (דף כד:): דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור, יעו"ש, ובשלהי הסוגיא דחה סברת ריש לקיש דמצי אמר ליה נהי דאית לך רשות לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשותא, יעו"ש, ויש לעיין בזה דמאי ס"ל לריש לקיש דפוטר בעיטה ברבוצה ברשות הרבים, ומהי הסברא דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור.

ונראה דכל אדם נחשב שהוא ברשות עצמו לגבי נזקין, ויש לכל אדם רשות מיוחד לענין נזקין, ואין זה תלוי כלל ברשותו הפרטי לגבי קנינים כגון חצרו, אלא אפילו אם הוא עומד ברשות הרבים הרי הוא נחשב כאילו הוא מוקף מחיצות להישמר מן הנזקין, ויסוד חיוב נזקין הוא שהמזיק נכנס לרשות זה של הניזק והזיקו, דהניזק יש לו דין שלא יוזק כשהוא בתוך רשות עצמו לגבי נזקין, וכן לגבי ממונו, דכל ממון שיש לו

לאדם נחשב שהוא בתוך רשותו לגבי נזקין, ואם המזיק או ממונו של המזיק הזיקו חייב, שהרי נכנס לרשות הנזק, ואם היתה בהמתו מהלכת ברשות הרבים הרי נחשבת ברשות הנזק לגבי נזקין, ומי שהזיק בהמה חייב לשלם, וס"ל לריש לקיש דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור, דכיון דהבהמה רבצה ברשות הרבים מה שאין לה רשות לעשות פקעה ממנה תורת רשות הנזק, ולכן אם בעטה בה המהלכת פטורה, שהרי לא נכנסה לרשות הנזק, דמיד שרבצה ברשות הרבים פקעה ממנה תורת רשות הנזק, ושוב אין לחייב המזיק בתשלומין, כמש"נ.

ומאן דפליג ס"ל כי אית לך רשות לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשותא, כנ"ל, והיינו דיש לחלק בעצם תורת רשות הנזק, דאע"ג דהרבוצה הפסידה תורת רשות הנזק, היינו דוקא לגבי הזק על ידי הילוך כדרכה, אבל עדיין יש לה תורת רשות הנזק לגבי בעיטה, וכן מצינו לקמן (דף לב:) תנו רבנן הנכנס לחנותו של נגר שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה על פניו ומת פטור ואם נכנס ברשות חייב מאי חייב אמר רב יוסי בר חנינא חייב בד' דברים ופטור מגלות לפי שאין דומה ליער יער זה לרשותו נכנס וזה לרשותו נכנס זה לרשות חבירו נכנס וכו', יעו"ש, ומבואר שיש לו תורת רשות הנזק לגבי ד' דברים אבל לא לגבי גלות, ואם כן ס"ל להך מאן דאמר דיש לחלק גם בין הילוך לבעיטה, כמש"נ.

ולפי זה אתי שפיר למה לא פריך מיד על מתניתין מיער, כנ"ל, דלולי דברי רבא לא קשה מידי, דשאני רשות הרבים שנחשב משותפת לכל העולם, ויש לכל אחד זכות ודין להלך שם אם ירצה, בזה אמרינן דהואיל ויש לו רשות להלך פטור, מה שאין כן ביער שאין לו שום בעלים, וכל אחד יכול ליכנס לשם אם ירצה דמי מעכב על ידו, אבל אין לו שום זכות ללכת שם, בזה לא אמרינן דהואיל ויכול ליכנס אם ירצה פטור.

אכן רבא חידש לן דכיון דשניהם מותרים ליכנס ליער נעשה כמי שנכנס לרשות חבירו, כנ"ל, והיינו דיש לו תורת רשות הנזק לגבי נזקין לא רק בחצרו ולא רק ברשות הרבים שיש לו זכות להלך שם, אלא אפילו ביער שאין לו שום דין וזכות שם, מכל מקום יש לו בעצם תורת רשות הנזק בכל מקום, ומי שהזיקו נחשב שנכנס לרשות הנזק, כמש"נ, ואם כן קשה ממתניתין, דמה לי דלזה רשות להלך ולזה רשות להלך, מכל מקום הואיל והנזק היה שם ברשות הרי המזיק נחשב שנכנס לרשות הנזק, ולמה פטור.

ועל זה משני שבמתניתין תרוייהו כי הדדי נינהו, והתוס' פירשו דגם בעל החבית גרם ההיזק שהטיח חביתו בהקורה, כנ"ל, אולם רש"י לא הוסיף מלים אלו, וז"ל: תרוייהו כי הדדי נינהו שוין בשבירתן שאף בעל חבית סייע בשבירתה עכ"ל, יעו"ש, ואיכא למימר דלא נתכוין למה שכתבו התוס', אלא סברת הגמרא היא דכיון שהיה אוחז החבית בשעת השבירה הרי זה נחשב שגם הוא היה מעושי המעשה, ואע"ג שההיזק נעשה בעל כרחו ושלא מדעתו וכל ההיזק היה באשמת המזיק, מכל מקום כיון שהוא היה בכלל עושי המעשה פקעה ממנו תורת רשות הנזק לגבי נזקין, ומשום הכי

בעל הקורה פטור, מה שאין כן במזיק אשתו בתשמיש המטה שהיא לא עשתה שום דבר לא פקעה ממנה תורת רשות המזיק לגבי נזקין, ושפיר יש לחייב את בעלה. ופריך והכתיב ונכרתו הנפשות העושות, הרי שהתורה חשבה לה לעושה מעשה לגבי עונשין, ואם כן גם לגבי נזקין נימא כן, שהואיל והמעשה נעשה גם על ידה, ואע"פ שכל ההיזק בא באשמת בעלה, תופקע ממנה תורת רשות הניזק לגבי נזקין, כמו בבעל החבית, כמש"נ, ועל זה משני דהתורה באמת לא חשבה אותה כעושה מעשה, אלא העונש שלה בא בשביל הנאתה ונענשה על זה כאילו עשאה מעשה, אבל באמת הבעל לבד הוא שעשה המעשה, ונמצא שנכנס לרשות הניזק וחייב.

פרק ג

בו יבוארו דברי רש"י דאע"ג דרב אמר בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו מכל מקום בבור עמוק שיש בו הבל חייב לרב גם על שבירת הרגל דאיכא למימר דמחמת ההבל חלה וכיחש והוזק, וגם יבואר לשיטת רב מה שחייבתו תורה לפותח בור שכרה אחר.

[**בבא קמא נ:**] אמר רב בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו אלמא קסבר חבטה קרקע עולם הוא דמזקא ליה ושמאל אמר להבלו וכל שכן לחבטו וכו' מאי בינייהו איכא בינייהו דעבד גובה ברשות הרבים לרב אגובה לא מיחייב לשמואל אגובה נמי מיחייב, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה מאי בינייהו וז"ל: מכדי היכא דמית בו בין לרב בין לשמואל חייב ואפילו נבקעת כריסו או נשברה מפרקתו מחייב נמי רב דאיכא למימר הבלא נמי קטלתיא ואפילו נשברה רגלו וכיחש איכא למימר מחמת הבל הבור חלה וכיחש מה לי אי טעמא דחיובא משום חבטה מה לי משום הבל עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי רש"י דאם בעצם אינו חייב על חבטת הבור שחפר דקרקע עולם הזיקתו, אלא דמכל מקום חייב משום דאולי ההבל שעשה על ידי חפירתו כיחש השור שנפל והכשיר נזקו, למה נחייב בעל ההבל לשלם כל הנזק, והלא גם הקרקע עולם שנחבט בה השור הזיקתו, ולא ישלם בעל ההבל אלא פלגא דנזקא, ואין לומר דבעל ההבל משלם כולה משום דקרקע עולם הפקר הוא, ואין ממנו לגבות, ואי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, דסברא זו היא אליבא דרבי נתן לקמן (דף גג.) גבי שור שדחף את חבירו לבור, אבל רבנן ס"ל דלא אמרינן אי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, יעו"ש.

ועוד קשה דלפי מה שכתב רש"י דאיכא למימר הבלא נמי קטלתיא מבואר דלא הוי אלא ספק, ואיכא למימר נמי דהבלא לא קטלתיא, ואם כן למה משלם בעל הבור כלל, נימא המוציא מחבירו עליו הראיה.

עוד הקשה הגר"ח מפי השמועה דאם רב פוטר על חבטה משום דקרקע עולם הזיקתו למה חייבה תורה לפותח את הבור שכרהו אדם אחר, ולמה לא אמרינן דהבל של הכורה הזיקתו.

ונראה דהא דקאמר בגמרא קרקע עולם הזיקתו אין זה לומר דאין לו בעלות על הקרקע עולם, דאי משום הכי אמרינן לעיל (דף כט:) אמר רבי אלעזר משום רבי ישמעאל שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו ואלו הן בור ברשות הרבים וחמץ משש שעות ולמעלה, יעו"ש, אלא המכוון הוא דאין על קרקע עולם תורת מזיק כלל, והגם שיכול אדם להיות ניזוק בהרים ובאילנות אם יכשל בהם אין תורת מזיק על כל דבר שברא הקב"ה בעולמו, אלא הכל קרקע עולם, וליכא תורת מזיק אלא על דבר שדרכו לילך ולהזיק, כגון שור המועד להזיק או לשבר דרך הילוכה ונחשים וכדומה, או על הבור שתחלת עשיתו לנזק, כדאמרינן לעיל (דף ג:), יעו"ש, ועל

ידי מה שחפר הבור והכשיר ההיזק חלה על הבור תורת מזיק, ובזה נחלקו רב ושמואל, וס"ל לרב דבור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו, דלא חשיב תחלת עשיתו לנזק אלא כשעשה בין התקלה בין פועל ההיזק, דהיינו החפירה והבל הבור, אבל לולי ההבל ליכא תורת מזיק על חבטת הקרקע עולם, ולא עשאה הכתוב כאילו היא ברשותו, ומה שכתב רש"י דקרקע עולם ואינו שלו, יעו"ש, היינו שלא הוא עשאה אלא כן היתה מששת ימי בראשית, ואין עליה תורת מזיק אלא אם כן הוא עשאה והכשירה להזיק, כמש"נ, ושמואל ס"ל דכיון שעשה התקלה חלה תורת מזיק גם על הקרקע עולם שהוכשרה לפעול ההיזק. ולא קשה לרב מפתיחת הבור שהוא לא עשה ההבל, דרק בקרקע עולם אמרינן שלא עשאה הכתוב כאילו היא ברשותו הואיל ואין עליה תורת מזיק כלל, אבל בור שכרה אדם אחר וכסהו ובא הוא ופתחו הרי שפיר איכא תורת מזיק על ההבל שבתוך הבור, ועשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו.

ומוכן לפי זה למה מודה רב דבבור עמוק שיש בו הבל חייב גם על שבירת הרגל בחבטת הקרקע, דכיון שיש בו הבל ואיכא למימר דכחש הבא על ידי ההבל מקרב היזק החבטה, אם כן חלה על קרקע זו תורת מזיק, ונחשבת תחלת עשיתה לנזק, ואפילו אם בפועל לא סייע ההבל בהיזק החבטה לא נפטר בזה כורה הבור, דשוב לא הוי קרקע הבור קרקע עולם, אלא תורת מזיק עליה, ועשאה הכתוב כאילו היא ברשותו וחייב גם על החבטה בפני עצמה, ואין כאן ספק חיוב אלא ודאי חיוב.

ומשום הכי אמרינן לקמן (דף נג.). אמר רב חסדא מודה רב בבור ברשותו דחייב משום דאמר ליה ממה נפשך אי בהבלא מית הבלא דידך הוא אי בחבטא מית חבטא דידך הוא, יעו"ש, דדוקא בבור ברשות הרבים צריך שיהא עליו תורת מזיק, דאם לא כן לא עשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו, כמש"נ, אבל בבור ברשותו הרי בעצם הוי ברשותו וחייב על הזיקו אע"ג דהוי קרקע עולם ואין עליו תורת מזיק, ועיימש"נ בשי"ב פ"ה.

פרק ד

בו יובא דינא דרבי נתן דשור תם שדחף חבירו לבור בעל השור משלם רביע ובעל הבור שלשה רביעים דאומר לו שותפותאי מאי אהניא לי, ויבואר הטעם שאינם חולקים התשלומין ביניהם לפי החשבון שבעל השור ישלם שליש ובעל הבור שני שלישים.

[**בבא קמא נג.**] הא מני רבי נתן היא דאמר בעל הבור הזיקא קא עביד וכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי דתניא שור שדחף את חבירו לבור בעל השור חייב בעל הבור פטור רבי נתן אומר בעל השור משלם מחצה ובעל הבור משלם מחצה והתניא רבי נתן אומר בעל הבור משלם שלשה חלקים ובעל השור רביע לא קשיא הא בתם הא במועד ובתם מאי קסבר אי קסבר האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד האי משלם פלגא והאי משלם פלגא ואי קסבר האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד בעל הבור משלם פלגא ובעל השור רביע ואידך ריבעא מפסיד אמר רבא רבי נתן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא לעולם קסבר האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד ודקא קשיא לך לשלם האי פלגא והאי פלגא משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור שותפותאי מאי אהניא לי וכו', יעו"ש.

ויש להקשות דלמה לא ישלמו לפי חשבון, דהנה אילו היה השור תם מזיק לבדו היה משלם חצי נזק, והשתא שנצטרף לו הבור לשותף בהזיקו, ואין כל אחד מהם משלם כוליה הזיק, יותר היה ראוי שבעל השור ישלם שליש ובעל הבור ישלם שני שלישים, דאז נמצא דכל אחד משלם שני שלישים ממה שהיה ראוי לשלם אילו היה לבדו, בעל השור משלם שליש שהוא שני שלישים של פלגא נזקא, ובעל הבור משלם שני שלישים של כוליה הזיקא, אכן השתא שבעל השור משלם רביע אינו משלם אלא חצי מהחיוב הראוי לו, ובעל הבור משלם שלשה רביעים, אינם שוים לפי החשבון.

והנה יש להסתפק בהא דשור תם משלם חצי נזק אם חיובו בעצם הוא על כל הנזק

שעשה ורק דהתורה פטרתו מחצי התשלומין, ונמצא דתשלומי חצי נזק הן כנגד כל הנזק, או דלמא אע"ג דכוליה הזיקא עביד לא חייבתו התורה לשלם אלא על חצי הנזק שעשה, ועל השאר ליכא חיוב כלל, וכאילו לא עשה אלא חצי הנזק, וחייב נזק שלם בעד חצי ההזיק, ונראה מוכח מסוגיין דאין הפטור בהתשלומין בפועל אלא בעצם המעשה מזיק, ולפי זה נמצא דהשור והבור אינם שותפים אלא על חצי ההזיק בלבד, ובחצי זה שניהם חייבים נזק שלם, וחולקים התשלומין באמצע, כל אחד משלם רביע, ועל החצי האחר הבור הוא המזיק היחידי, ומשלם נזק שלם.

פרק ה

בו יבואר טענת אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה ומה שהוסיף רש"י בתוך שלך מצאתי, ואף על גב דלא עביד אלא פלגא הזיקא, ויבוארו דברי רב חסדא דאף דרב פוטר בקרקע עולם מכל מקום מודה רב בבור ברשותו שהוא חייב דהבלא דידיה וחבטה דידיה.

[**בבא קמא נג.**] דתניא שור שדחף את חבירו לבור וכו' רבי נתן אומר בעל הבור משלם מחצה ובעל השור משלם מחצה והתניא רבי נתן אומר בעל הבור משלם שלשה חלקים ובעל השור רביע לא קשיא הא בתם הא במועד ובתם מאי קסבר וכו' איבעית אימא לעולם קסבר האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד ודקא קשיא לך בעל הבור משלם פלגא ובעל השור רביע ואידך ריבעא נפסיד משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה מאי דאית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא מאי דלית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא ממך, יעו"ש.

ועיין ברש"י ד"ה את קטלתיה וז"ל: בתוך שלך מצאתי עכ"ל, יעו"ש, והנה הגמרא כבר אמרה אנא תוראי בבירך אשכחיתיה, וצריך עיון מה בא רש"י להוסיף על מה שכבר נזכר מפורש בגמרא, ועוד דלמה כתב דברים אלו על המלים את קטלתיה שהוא ענין אחר ממה שאמר אנא תוראי בבירך אשכחיתיה.

ובכלל צריך עיון מה אהניא ליה טענת אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה ללישנא בתרא דס"ל האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד, ועיין בתוס' בד"ה לעולם שעמדו על זה וכתבו וז"ל: על כן נראה דבור נמי פלגא נזקא עבד ומשום שגמר ההיזק ודומה כמי שעשאו כולו אמרינן כי ליכא לאשתלומי מבעל השור משתלם מבעל הבור עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדבריהם שמעיקר הדין אין לניזק תביעה נוספת על בעל הבור, אלא שגזרו חכמים שישלם מה דליכא לאשתלומי מבעל השור הואיל ודומה כאילו עשאו כולו, ועיימש"נ בשי"ב פ"ו דרך אחרת בשיטת הרמב"ם.

והנה עיין למעלה בראש העמוד אמר רב חסדא מודה רב בבור ברשותו דחייב משום דאמר ליה ממה נפשך אי בהבלא מית הבלא דידך הוא אי בחבטא מית חבטא דידך הוא, יעו"ש, והיינו דאפילו רב דאית לעיל (דף נ:) בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו דקסבר קרקע עולם הוא דמזקא ליה, יעו"ש, מודה בבור ברשותו דחבטה דידיה הוא, וקצת יש לדקדק דלכאורה לא שייך בזה לשון מודה רב, דלשון מודה משמע דמודה באוקימתא אחרת שיש בה סברא מיוחדת לאותה אוקימתא, כגון הא דתנן בכתובות (דף טו:) ומודה רבי יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, יעו"ש, אבל הכא ליכא שום הודאה, אלא כל זה ממימרא דרב שפטר בור ברשות הרבים מנזקי חבטה דקרקע עולם היא וממילא מובן מזה דבבור ברשותו חייב בנזקי חבטה שהרי חבטה דידיה הוא, ומה מחדש לן רב חסדא, ועוד דמה שייך בזה לשון ממה נפשך, והלא הנידון הוא נזקי חבטה, ולא היה לומר אלא חבטה דידיה הוא, ונזקי הבלא מאן דכר שמיה.

עוד יש לדקדק דהא אמרינן לעיל (דף כט:) אמר רבי אלעזר משום רבי ישמעאל שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו ואלו הן בור ברשות הרבים וחמץ משש שעות ולמעלה, יעו"ש, ואם כן למה לא ליחייב גם בבור ברשות הרבים בנזקי חבטה, הא התורה מסרה הבור לרשותו לענין נזקין ואם כן חבטה ידידה הוא כמו בבור ברשות היחיד.

ונראה לבאר עפ"י מש"נ בשי"ב פ"ג דטעמא דרב דפוטרי בקרקע עולם לא הוי משום שאין לו בעלות על הקרקע אלא משום דאין תורת מזיק על קרקע עולם, ולפי זה שפיר מובן למה אינו חייב על נזקי חבטה בבור ברשות הרבים משום שהכתוב עשאו ברשותו, דהא סוף סוף אין לקרקע עולם תורת מזיק, ואפילו אם נחשבת ברשותו, ולפי זה היה צריך להיות הדין דגם בבור ברשותו לא ליחייב על נזקי חבטה, דהא קרקע עולם אין עליה תורת מזיק, כמש"נ.

וקאמר רב חסדא מודה רב בבור ברשותו, ונראה דכוננו דחלוק דין נזקי בור ברשותו מנזקי בור ברשות הרבים, דבבור ברשות הרבים חייב על מעשה מזיק של הבור, כמו בשאר ממון המזיק, אולם בבור ברשותו חל עליו נמי חובה שלא יוזק שור שנכנס לחצירו ברשותו, וככה היא דתנן לעיל (דף מז.) הקדר שהכניס קדרותיו לחצר בעל הבית וכו' ואם הכניס ברשות בעל החצר חייב, יעו"ש, וקאמר בגמרא (דף מז:) רבא אמר כולה רבנן היא וברשות שמירת קדירות קבל עליו ואפילו נשברו ברוח, יעו"ש, ועיין בתוס' בד"ה ואפילו נשברו ברוח דהך ברשות היינו שקבל עליו נטירותא, אבל במראה מקום לו אין בזה קבלת שמירה, יעו"ש, ומכל מקום נחשב שנכנס ברשות בעל החצר, ויש לומר דזהו דין בור ברשותו, שהתורה הטילה עליו לשמור שכל שור שנכנס לרשותו לא יוזק בגרמתו, ואם הוזק ברוח אינו חייב כל זמן שלא קבל עליו נטירותא, כמש"נ, אבל אם הוזק בבור בחבטה חייב, לא מפני שבורו עשה מעשה הזק, שהרי הבור קרקע עולם הוא ואין עליו תורת מזיק, כמש"נ, וגם בור ברשותו קרקע עולם הוא, אלא חיובו משום שנתחייב לשמור כל הנכנס ברשותו שלא יוזק באשמתו, ואם נפל השור לבור בחצירו הרי הוזק באשמתו אע"ג דאין תורת מזיק על קרקע עולם ידידה.

והיינו מאי דקאמר רב חסדא מודה רב בבור ברשות היחיד דממה נפשך או בהבלא ידידה מית או בחבטה ידידה מית, דאע"ג דברשות הרבים פטור על חבטה משום דאין תורת מזיק על הקרקע, מכל מקום מודה בבור ברשותו דאיכא אופן אחר של חיוב, דהיינו שמוטל עליו לשמור הנכנסים ברשותו שלא יוזקו, ומשום הכי חייב אע"ג דגם בור ברשותו הוי קרקע עולם, כמש"נ, והיינו הממה נפשך, דאיכא שני אופנים של חיוב בבור ברשותו, חדא בתורת ממון המזיק, וזה לא שייך אלא בהבלא שהוא עשאה ולא הוי קרקע עולם, כמש"נ, ועוד יש אופן אחר של חיוב בתורת שומר על הנכנסים שלא יוזקו בממונו, והרי בחבטא דקרקעו הוזק, ואע"ג דאין עליה תורת מזיק דקרקע עולם היא, מכל מקום חייב משום שומר, כמש"נ, אכן בבור ברשות הרבים לא עשאו הכתוב

כאילו הוא ברשותו אלא כדי לחייבו משום ממון המזיק, ולא הוי כחצירו ממש, ולכן אין לחייבו מדין שומר אלא מדין מזיק, ואין לבור תורת מזיק אלא להבלו ולא לחבטו. ולפי זה יש לתת טעם לטענת אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה, דמירי הכא או בבור ברשותו שחייב לחבטו, או בבור ברשות הרבים שאינו חייב לחבטו אלא להבלו ומת השור בהבלא, ובין כך ובין כך חל עליו תורת שומר לשמור הנכנסים שלא יוזקו, בבור ברשותו משום דהוי חצירו, ובבור ברשות הרבים על ההבל שהוא עשה והוי כשלו ממש, ומשום הכי אינו נפטר בתורת שומר אלא מהחלק שיכול הניזק להשתלם מבעל השור הדוחף, ועל השאר חייב מדין שומר, והיינו דקאמר אנא תוראי בבירך אשכחיתיה, כלומר שהשור נכנס לרשותך וחל עליך חיוב לשמור אותו שלא יוזק באשמתך, ומוסיף לומר את קטלתיה, כלומר שבפועל היה ההיזק באשמתך ונתחייבת בכל ההיזק אם ליכא להשתלם מבעל השור הדוחף, כמש"נ, ואולי לזה נתכוון רש"י את קטלתיה בתוך שלך מצאתי, כנ"ל, דלא רק שנכנס לרשותך ונתחייבת לשמור אלא גם הוזק בממונך ונתחייבת לשלם וכמש"נ.

פרק ו

בו יבואר שיטת הרמב"ם דבשור ושור פסולי המוקדשין שנגחו כיון דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ואע"ג דבשור תם שדחף חבירו לבור חייב בעל הבור שלשה חלקים משום דאומר לו אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה, וטענה זו ליכא בשני שוורים.

[**בבא קמא נג.**] דתניא שור שדחף את חבירו לבור וכו' רבי נתן אומר בעל הבור משלם שלשה חלקים ובעל השור רביע וכו' איבעית אימא לעולם קסבר האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד ודקא קשיא לך בעל הבור משלם פלגא ובעל השור משלם רביע ואידך ריבעא נפסיד משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה מאי דאית לי לאשתלומי מהיאך משתלמא מאי דלית לי לאשתלומי מהיאך משתלמא ממך וכו' איתמר שור ושור פסולי המוקדשין שנגחו אבי אמר משלם חצי נזק רבינא אמר משלם רביע נזק הא והא בתם הא כרבנן והא כרבי נתן וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אבבי אמר חצי נזק משלם בעל השור והשאר מפסיד הניזק ובתם מוקמינן לה וכדרכי נתן דאמר מה דלית ליה לאשתלומי מהאי לשלם מהאי והוי כמי שאין לו שותף ומשלם חצי נזק כדינו עכ"ל, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה הא כרבנן הא כרבי נתן וז"ל: וקא משמע לן דאפילו בשני שוורים יהיה הדין כמו בשור ובור אע"ג דבשור ובור לרבי נתן שייך טפי למימר כי ליכא לאשתלומי משור משתלם מבור מטעם דאמר אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה ובשור ושור ליכא למימר הכי וכו' ונראה לר"י דאבבי ורבינא ס"ל האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דהא דאבבי אית ליה דינא דכי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי בשני שוורים הוא משום דס"ל דהאי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד, אבל אילו היה ס"ל דהאי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד לא היה אומר דכי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי בשני שוורים, ורק בשור ובור משום דאמר ליה אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה.

אכן עיין ברמב"ם פי"ב נזקי ממון הלי"ט וז"ל: שור שדחף בהמה לתוך הבור ומתה אם מועד הוא בעל הבור משלם מחצה ובעל השור מחצה ואם תם הוא בעל השור משלם רביע ובעל הבור משלם שלשה חלקים מן היפה שבנכסיו שבעל הנבילה אומר לבעל הבור פחת נבילה זו יש לי אצלך וכו' כל שאני יכול להוציא מבעל השור אני מוציא והשאר אתה חייב לשלמו עכ"ל, יעו"ש, ופסק הרמב"ם דהא דגובה מבעל הבור מה שאינו יכול לגבות מבעל השור הוא משום דבעל הנבילה אומר לו פחת נבילה יש לי אצלך, והיא טענה דאנא תוראי בבירך אשכחיתיה, ומבואר דס"ל כלישנא בתרא דהאי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד, דאי לאו הכי לא צריך לטענה זו, ואחר כך פסק בהלכ"א וז"ל: וכן שור של הדיוט ושל פסולי המוקדשין שנגחו כאחד אם תם הוא זה של הדיוט משלם חצי נזק ואם מועד הוא נזק שלם שהניזק אומר לו כל שאוכל להוציא מזה אוציא והשאר ממך וזה הואיל והקדש הוא ופטור אתה תשלם לי הכל

עכ"ל, יעו"ש, הרי שפסק הרמב"ם דבשני שוורים אמרינן אי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי מאותו דין דשור ובור, שהרי כתב וכן, ואע"ג דהאי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד, ואע"ג דלא שייך בכהאי גוונא טענה דאנא תוראי בבירך אשכחיתיה.

ונראה דהא דנחלקו שני הלשונות בגמרא אם האי כוליה הזיקא עביד והאי כוליה הזיקא עביד או אם האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד לא נחלקו אם יש בכח של כל אחד לגרום כל ההיזק, דכולי עלמא מודו שיש בהכאת כל אחד לגרום כל ההיזק, ונמצא דשניהם עשו כל ההיזק, ונחלקו הלשונות בחלות החיוב תשלומין, לישנא קמא ס"ל דהאי כוליה עבד והאי כוליה עבד ובעצם חל על שני המזיקים חיוב תשלומין כנגד כל ההיזק, ואלא דאין לשלם פעמים, לכן מחלקים התשלומין ביניהם וכל אחד משלם מחצה, ולישנא בתרא ס"ל דהאי פלגא עבד והאי פלגא עבד, דכיון דשניהם עשו ההיזק נחלק החיוב תשלומין בין שניהם ולא חל על כל אחד ואחד אלא חיוב כנגד מחצה.

ולכן בשור ושור של פסולי המוקדשין שנגחו שפיר אמרינן כי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי גם ללישנא בתרא דהאי פלגא עביד והאי פלגא עביד, דהוא ס"ל דכיון דשני המזיקים נתחייבו לא חל על כל אחד ואחד אלא חיוב כנגד חצי ההיזק, אכן היכא דהמזיק השני הוא שור של פסולי המוקדשין שנתמעט מחיוב תשלומין חל כל החיוב על השור של הדיוט, שהרי גם הוא עשה כל ההיזק, וראוי לחייבו בכל התשלומין, שהרי אין לו שותף בהחיוב, כמש"נ, ולא איצטריך לטענת אנא תוראי בבירך אשכחיתיה.

ורק בשור שדחף חבירו לבור איצטריך לטענת אנא תוראי בבירך אשכחיתיה, דהנה במעשה מזיק דבור יש שני חלקים, התקלה וההיזק, וכיון דבהאי גוונא לא גרמה תקלת הבור לנפילת השור, אלא שור אחר דחפו, היה אפשר לומר דלא עשה אלא חצי הנזק, ובעיקר אין עליו אלא חיוב לשלם מחצה, וליכא למימר אי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, דדין זה לא שייך אלא היכא שעשה כל ההיזק ולא נתחייב בתשלומין בפועל אלא על המחצה מפני שיש לו שותף בההיזק, כמש"נ, אבל בבור שלא עשה אלא חצי המעשה מזיק, דהיינו החבטה בלי התקלה, היה אפשר לומר דאין עיקר חיוב אלא על המחצה, ולא שייך לומר אי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, לזה אמרינן שיכול הניזק לומר אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה, כלומר שגם אתה עשית כל ההיזק, ואע"ג דשור אחר דחפו ולא תקלה שלך, ואין החיוב על התקלה אלא על החבטה שעשתה ההיזק, ואם השור הדוחף הוא תם ואין לחייבו אלא רביע נזק אע"פ שגם הוא עשה כל ההיזק, יכול הניזק לתבוע כל השאר מבעל הבור דאי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי.

ודומה הדבר למה שכתבו התוס' בסנהדרין (דף עד:) בד"ה והא לענין הא דיהרג ואל יעבור על איסור רציחה דמאי חזית דדמא דידך סומק טפי וז"ל: ורוצח גופיה כי מיחייב למסור עצמו הני מילי קודם שיהרוג בידים אבל היכא דלא עביד מעשה כגון

שמשליכין אותו על התינוק ומתמעך מסתברא שאין חייב למסור עצמו דמצי אמר אדרבה מאי חזית דדמא דחבראי סומק טפי דילמא דמא ידי סומק טפי כיון דלא עבד מעשה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדברי התוס' דכשמשליכין אותו על התינוק לא אמרינן דהוא לא עשה כלום, ואינו אלא כאבן ביד המשליך, דאם כן לא היה צריך לטעמא דמאי חזית דדמא דחבראי סומק טפי, אלא מבואר דכיון שהיה יכול למסור עצמו לעכב המשליך מלהשליכו הרי זה נחשב שעשה מעשה רציחה גמורה, ומכל מקום כיון שלא עשה מעשה יכול לפטור עצמו בטענת מאי חזית דדמא דחבראי סומק טפי, וכן נמי בשור שדחף לבור אמרינן שבעל הבור עשה מעשה מזיק גמור הואיל והיה יכול למלאות או לכסות הבור ולעכב החבטה, ושפיר יכול לומר לו אנא תוראי בבירך אשכחיתיה את קטלתיה.

פרק ז

בו יוכיח מדברי רש"י דהא דבהמה שאכלה שעורים ברשות הרבים דכיון שפטורה מתשלומי שן משלמת רק מה שנהנית דלרבא היינו דמי שעורים בזול היינו אפילו אם היה מאכיל לה עמיר בלבד, ויבואר למה לא שיימין כפי השער שבשוק אלא כפי הזול.

[**בבא קמא כ.**] ואם נהנית משלמת מה שנהנית וכמה רבה אמר דמי עמיר רבא אמר דמי שעורים בזול וכו' תניא כותיה דרבה רבי שמעון בן יוחי אמר אין משלמת אלא דמי עמיר בלבד תניא כותיה דרבא אם נהנית משלמת מה שנהנית כיצד אכלה קב או קביים אין אומרים תשלם דמיהן אלא אומדין כמה אדם רוצה להאכיל לבהמתו דבר הראוי לה אע"פ שאינו רגיל וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה דמי שעורין בזול וז"ל: כפי שהיה צריך ליקח שעורין למאכלה אם היה רוצה להאכילה שעורין ולא יתן לו כשער שבשוק דילמא איהו לא מאכיל לה שעורין אלא בזול יתן כדאמרינן בפרק מי שמת (ב"ב קמו:) וכל זוזא חשיב בארבע דנקי דהיינו שני שלישי הדמים עכ"ל, יעו"ש, והא דמשלם דמי שעורים בזול אין זה מפני שאילו היה מוצא שעורים בזול היה מאכילה שעורים, דאיזה ריוח יש לו להאכילה שעורים פעם אחת, ומה שכתב רש"י דילמא איהו לא מאכיל לה שעורין אלא בזול יתן וכו', צריך להשים פסיק בין תיבת שעורין לתיבת אלא בזול, דאם תשים הפסיק אחר תיבת בזול נשארה תיבת יתן בלא הסבר, אלא כונת רש"י דדילמא לא מאכיל לה שעורין כלל, ולכן יתן בזול, וכדאמרינן בבבא בתרא שם גבי סבלונות.

וכן מבואר להדיא מהא דאמרינן לקמן (דף קיב.) אמר רבא הניח להם אביהם פרה שאולה וכו' כסבורים של אביהם היא וטבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול, יעו"ש, וכתב רש"י ד"ה בזול וז"ל: כל זוזא חשבינא בארבע דנקי וכן כל היכא דתני בזול בפרק מי שמת (ב"ב דף קמו:) והיינו שני שלישי דמים וכולהו דמים לא נשלמו דאי הוו ידעי דבעו שלומי לא הוו אכלי בשרא עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב רש"י להדיא דאי הוו ידעי לא הוו אכלי כלל ומכל מקום צריכים לשלם דמי בשר בזול, והא דאמר בבבא קמא דאומדים כמה אדם רוצה להאכיל לבהמתו לא קאי על המין אלא על הכמות, אם קב או קביים, כמו שכתב רש"י, יעו"ש.

ולכאורה מבואר מדברי רש"י דנחלקו רבה ורבא ביסוד דינא דמשלמת מה שנהנית, דרבה ס"ל דלא נהנה אלא מה שהיה נותן לבהמתו אילו לא אכלה ברשות הרבים, שהיה נתן לה עמיר דהיינו קש ותבן, ומשלם דמי עמיר כפי שער השוק, שלא הזכיר רש"י בבאור מימרא דרבה דמשלם דמי עמיר בזול, ועיימש"נ בדברי הרי"ף בשי"ב פ"ט, ורבא ס"ל דאע"ג דלא היה מאכיל לה שעורים עדיין צריך לשלם לו דמי שעורים, שהרי סוף סוף אכלה שעורים ונהנה בעל הבית בזה אלא דאינו צריך לשלם אלא כפי דמי שעורים בזול ולא כפי השער שבשוק, והדבר צריך ביאור.

והנראה בזה דיש שני דינים בחיוב נהנה, חדא יש דין נהנה מדין משתרשי ליה, דכיון דעל ידי מה שאכלה בהמתו שעורים ברשות הרבים הרויח שאינו צריך להוציא

ממון מכיס לקנות אוכל בשבילה הרי זה הממון שנתרבה בכיסו משועבד לבעל השעורים, ויכול לתבוע אותו בטענת ממוני גבך, וכההיא דחולין (דף קלא.) גבי אנסו בית המלך גרנו והיו בה מתנות כהונה דחייב להפריש ממקום אחר הואיל וקא משתרשי ליה, יעו"ש, ועוד יש דין אחר של נהנה על השעורים עצמם, דכיון שבאו השעורים לרשותו ונהנה מהם, חל עליו חיוב ממוני גבך על השעורים עצמם, ואע"פ שכבר נאכלו ואינם בעולם, כיון שהיה לו הנאה מהם יכול בעל השעורים לתבוע תשלומין מדין ממוני גבך על השעורים עצמם ולא רק על הממון שנתרבה בכיסו כשאכלה הבהמה שעורים ברשות הרבים.

ובזה נחלקו רבה ורבא, רבה ס"ל דאין דין נהנה על השעורים עצמם רק על הדמים שנשתרשו לו על ידי השעורים, דהשעורים כבר נאבדו מן העולם ולא שייך עליהם אלא חיוב מזיק, וכן פטור ברשות הרבים, אבל הדמים שנתרבו בכיסו עדיין ישנם בעולם, ואפילו אם לעת עתה אין לו שום כסף והיה צריך ללות להאכיל בהמתו, מכל מקום כשיגיע לידו עוד כסף לא יצטרך לפרוע הלואתו אלא ישארו בכיסו, ונמצא שהממון שנתרבה בעין הוא ושייך בו תביעה של ממוני גבך, ולכן אינו משלם אלא דמי עמיר, דזהו מה שהיה מאכיל לבהמתו, ומשלם דמי עמיר כפי השער שבשוק ולא כפי הזול, שהרי אם לא אכלה הבהמה השעורים היה קונה לה עמיר בשוק כפי השער שבשוק, וזהו מה שהרויח, וריוח זה יכול לתבוע ממנו בטענת ממוני גבך, כמש"נ, אבל אינו יכול לתבוע ממנו דמי שעורים שהרי הוא לא היה מאכילה שעורים אלא עמיר, כמש"נ.

אבל רבא ס"ל דמלבד הא דיש חיוב נהנה מדין משתרשי ליה איכא נמי חיוב נהנה על השעורים עצמם שאכלה בהמתו, והרי זה נחשב כאילו יש לו שעורים אצלו אע"פ שכבר נאכלו ואינן בעולם ויכול לתבוע ממנו שעורים מדין ממוני גבך, אכן אינו יכול לתבוע השעורים ממנו כפי השער שבשוק אלא כפי הזול, דבשלמא אם אכלה השעורים ברשות הניזק דאיכא חיוב מזיק על האכילה, וצריך לשלם בעד השעורים להעמיד לו שעורים אחרים במקומם, הרי לזה שיימין כשער שבשוק, דאין לחייב הניזק לחפש מציאות, אלא נותן לו כשער שבשוק ובוזה נחשב שהחזיר לו חפצו, אבל אם אכלה ברשות הרבים ליכא חיוב מזיק, ואין מוטל על בעל הבהמה להעמיד לו שעורים להניזק, אלא החיוב הוא מדין ממוני גבך, ולזה אין לנו לקבוע חיובו אלא כפי השומא הכי פחותה, והיינו השומא דזול, וקאמר רבא דאין הכי נמי דמצד חיוב נהנה דמשתרשי ליה צריך לשלם דמי עמיר כפי השער שבשוק, אכן יש לו נמי חיוב נהנה על השעורים עצמם, וזה מחייבו בתשלומין יותר מדמי עמיר כפי השער שבשוק כמש"נ, וצריך לשלם בשביל השעורים עצמם, אכן בחיוב זה של נהנה אינו משלם אלא כפי השומא דזול, כמש"נ.

ורבה פליג ולית ליה חיוב שני של נהנה, ואין לחייבו אלא מדין משתרשי ליה, ובוזה משלם כפי השער שבשוק ולא כפי הזול, כמש"נ, ואין להקשות לרבה מברייטא דלקמן (דף קיב.) דיתומים משלמים דמי בשר בזול, כנ"ל, דהרי מבואר בסוגיין דרבה ורבא תנאי היא, וברייטא דלקמן אתיא כההיא דתניא כותיה דרבא.

פרק ח

בו יבואר האיבעיא בדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר אם חייב להעלות לו שכר, ויבוארו דברי רש"י דמשלם מה שהיה עולה לו לשכור ולא כפי דמי דירה הזול, ויחולק בין זה לההיא דאכלה ברשות הרבים דלרבא משלם דמי שעורים בזול.

[**בבא קמא כ.**] הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר או אין צריך היכי דמי וכו' לא צריכא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר מאי מצי אמר ליה מאי חסרתיך או דלמא מצי אמר ליה הא איתהנית, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: הא איתהנית דאי לאו חצר ידידי הות אוגר אחריני עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק לצד זה דאיכא חיוב נהנה במקום דהבעלים לא חסר למה לא הזכיר רש"י דמשלם דמי דירה בזול, כמו דאמרינן גבי אכלה שעורים ברשות הרבים, אלא כתב דנהנה כיון דהוי אוגר אחריני, וכפשוטו היינו דמי דירה כפי השער שבשוק, ומאי שנא.

עוד יש לדקדק בבעיא דזה נהנה וזה לא חסר דהרי הסדר בבית דין הוא שהתובע מתחיל ומסדר טענותיו והנתבע עונה לו על טענותיו, ובגמרא לכאורה הובא הסדר איפכא, דמתחילה טוען הדר שהוא הנתבע מאי חסרתיך, והתובע עונה לו ואומר הא איתהנית, ולמה לא התחיל בתביעת התובע.

ונראה לבאר עפ"י מש"נ בשי"ב פ"ז דיש שני דיני נהנה, חדא על גוף הדבר ועוד על הא דמשתרשי ליה ונתרבה לו כסף בכיסו, ולפי זה יש לבאר הא דסוגיין מתחילה בטענת הנתבע ורק אחר כך מביאה טענת התובע, כנ"ל, דבודאי התחיל בעל החצר לתבוע מן הדר שישלם לו הואיל ונהנה מנכסיו, והיינו מדין נהנה על התשמישין עצמן, שתובע ממנו שאכל תשמישין וצריך לשלם לו מדין ממוני גבך, ועל זה משיב לו הדר מאי חסרתיך, דאין לתבוע התשמישין עצמן מדין ממוני גבך הואיל והחצר לא קיימא לאגרא והיו התשמישין הולכין לאיבוד, ואע"ג דכל זמן שלא הלכו לאיבוד הם ממון גמור של בעל החצר ויכול לקדש בהן אשה אע"ג דלא קיימא לאגרא, אכן מאחר שעבר היום וכבר דר בחצירו אינו יכול לתבוע ממנו התשמישין מדין ממוני גבך, שהרי אפילו אם לא היה דר בחצירו היו התשמישין אבודין ממנו, דהא לא קיימא חצירו לאגרא, ואומר לו מאי חסרתיך, שאין לתבוע נהנה על גוף הדבר היכא דאין לו חסרון.

ומיבעיא ליה בגמרא אם מכל מקום יכול בעל החצר לומר לו הא איתהנית, והיינו חיוב נהנה מדין משתרשי ליה, שהרי נתרבה לו כסף בכיסו על ידי מה שדר בחצירו, וכמו שכתב רש"י הות מוגר אחריני, כנ"ל, ונמצא שאותו הכסף שייך לבעל החצר, ושוב לא איכפת לן אם היו התשמישין הולכין לאיבוד או לא, שהרי הממון שנתרבה עדיין בעין, ומצד התביעה על הכסף שנתרבה לא בעינן חסרון לבעל החצר, ומכל מקום מספקא לן על עצם המשתרשי ליה, דאיכא למימר דלא נחשב שהכסף נתרבה לבעל החצר אלא כשעל ידי זה היה לו חסרון, או דלמא אמרינן משתרשי ליה אפילו בלא חסרון לבעלים, אבל בדין נהנה על התשמישין עצמן בודאי בעינן חסר, שהרי תובע

התשמישין עצמן, ואינו יכול לתבוע דבר שכבר נאבד מן העולם אם לא חסר לו, אבל בנהנה דמשתרשי ליה לא בעינן חסרון מצד התביעה, שהרי אינו תובע דבר שכבר נאבד מן העולם אלא הממון שנתרבה בכיסו מחמתו, ואלא דמיבעיא לן אם חשבינן ליה שהממון נתרבה מחמתו היכא דלא היה לו חסרון.

ושפיר מובן לפי זה למה לפי הצד דהדר בחצר דלא קיימא לאגרא משלם לא אמרינן דמשלם דמי דירה בזול כמו דאמר רבא בבהמה שאכלה שעורים ברשות הרבים משלם דמי שעורים בזול, דרבא מחייב דמי שעורים מדין נהנה על השעורים עצמם, שהרי חסרו לבעליהם, ולכן יש לתבוע מדין נהנה על גוף השעורים, ואלא דמשלם לפי שומא דזול, ועיימש"נ בשי"ב פ"ז, אבל בחצר דלא קיימא לאגרא אין לחייב על התשמישין עצמן דהא לא חסרו לבעלים, כמש"נ, ואין לחייב אלא מדין משתרשי ליה, והרי משתרשי ליה כל מה שהיה משלם אילו הוה מוגר אחריני, והיינו כפי השער שבשוק ולא כפי הזול, כמש"נ.

פרק ט

בו יבואר מה שכתב הרמב"ם דבהמה שאכלה פירות או ירקות או כיוצא בהן ברשות הרבים משלמת מה שנהנית ולא מה שהזיקה, שמשלמת דמי עמיר או דמי שעורים בזול, והלא בדבר זה נחלקו רבה ורבא והיאך פסק הרמב"ם כדברי שניהם שמשלם או זה או זה.

[**בבא קמא כ.**] ואם נהנית משלמת מה שנהנית וכמה רבה אמר דמי עמיר רבא אמר דמי שעורים בזול וכו', יעו"ש, וכתב הרמב"ם פ"ג נזקי ממון הל"א והל"ב וז"ל: הבהמה מועדת לאכול פירות או ירקות או כיוצא בהן וכו' ואם אכלתם ברשות הרבים פטור ואם נהנית משלמת מה שנהנית לא מה שהזיקה כיצד נכנסה לרשות הניזק ואכלה שומשמין או לוט וכיוצא בהם בשוה דינר משלם דינר ואם אכלתן ברשות הרבים רואין אותם כאילו הם שעורים או עמיר ומשלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול עכ"ל, יעו"ש.

ודברי הרמב"ם תמוהים שהרי בדבר זה נחלקו רבה ורבא אם משלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול, והיאך פסק הרמב"ם שמשלם או זה או זה, ועיין במגיד משנה שכתב שהרמב"ם נסתפק לו אם הלכה כרבה או כרבא וכתב שתי הדעות דיד בעל הפרה על העליונה ומשלם הפחות שבהם, והרמב"ם מפרש דעמיר היינו אגודת השבלים, ולא קש ותבן כמו שפירש רש"י, יעו"ש, וכן מוכח ממה שכתב הרמב"ם לעיל פ"א הל"ב בהמה שאכלה תבן או עמיר, יעו"ש, ומבואר דעמיר אינו תבן.

ובאמת מצינו שהרי"ף נסתפק בההלכה וז"ל: ואם נהנית משלמת מה שנהנית וכמה רבה אמר דמי עמיר בזול ורבא אמר דמי שעורים בזול איכא מאן דפסק כרבה משום דהוא רביה דרבא ואיכא מאן דפסק כרבא דהוא בתרא עכ"ל, יעו"ש, ולמד המגיד משנה דגם הרמב"ם נסתפק בההלכה, ולכן משלם הפחות שבין דמי עמיר ובין דמי שעורים בזול, אבל אי אפשר לפרש לפי הרמב"ם דרבה אית ליה דמי עמיר בזול, כמו שכתב הרי"ף, דאם כן היה לו לפרש דמשלם דמי עמיר בזול או דמי שעורים בזול, וכמו שכתב הרי"ף, ועוד דאם תרוייהו בזול לכאורה אי אפשר שדמי אגודת שבלים יעלו יותר על דמי שעורים שנמרחו, ועל כרחך צריך לומר דרבה אמר משלם דמי עמיר כפי השער שבשוק ורבא אמר משלם דמי שעורים בזול, דהיינו פחות שליש, כמו שכתב רש"י בסוגיין, יעו"ש, ולכן אפשר שלפעמים יהיו דמי עמיר כפי השער שבשוק פחות מדמי שעורים בזול ולפעמים יותר, אבל אילו היו שניהם בזול לכאורה אי אפשר שדמי עמיר יעלו על דמי שעורים.

אולם קשה מאוד לפרש דברי הרמב"ם שנסתפק בההלכה ומה שכתב שמשלם או זה או זה היינו הפחות שבהם, שדבר זה בודאי היה לו להרמב"ם לפרש כדרכו בשאר בספיקא דדינא קולא לנתבע וחומרא לתובע, ולא היה לו לסתום כל כך, וכבר עמדו האחרונים על דברי המגיד משנה, ועוד דלגבי בעיא דלא איפשטא בגמרא פסק הרמב"ם לעיל פ"ב הל"ו וז"ל: בעטה בארץ ברשות הניזק והתיזה צרורות מחמת הבעיטה

והזיקו שם חייב לשלם רביע נזק שזה שינוי הוא בהתזת צרורות ואם תפש הניזק חצי נזק אין מוציאין מידו עכ"ל, יעו"ש, וכן בכמה מקומות, ועיינו בספר תקפו כהן סי' ט' ובהגהות אביר יוסף שם, ומשום דהוי ספק אין לו אלא רביע נזק אבל אם תפש הרביע המוטל בספק אין מוציאים מידו, ואם כונת הרמב"ם כדברי המגיד משנה דמספקא לן הלכה כמי ולכן משלם הפחות שביניהם למה לא כתב הרמב"ם דאם תפש היותר שביניהם אין מוציאים מידו, עוד עיין בכסף משנה שפירש דברי הרמב"ם באופן אחר, וכבר עמדו האחרונים גם על דבריו.

ונראה לבאר דברי הרמב"ם עפ"י מש"נ בדברי רש"י בשי"ב פ"ז דיש שני דיני נהנה, דינא דמשתרשי ליה דעל ידי מה שנהנה נתרבה לו כסף בכיסו ועל אותו כסף יש לו תביעה של ממוני גבך, ועוד יש דין נהנה על גוף הדבר, דכיון שנהנה מממונו יש לו תביעה של ממוני גבך על עצם הדבר שנטל ממנו, וצריך לשלם דמים תחתיו, ורבה אית ליה רק נהנה דמשתרשי ליה, ולכן צריך לשלם רק דמי עמיר, שלא היה נותן לבהמתו אלא עמיר, ועל ידי מה שהבהמה אכלה שעורים לא נתרבה לו בכיסו אלא דמי עמיר, וצריך לשלם דמי עמיר כפי השער שבשוק שהרי הוא היה מוכן לקנות עמיר לבהמתו, ונתרבה בכיסו דמי עמיר כפי השער שבשוק, ורבה אית ליה נמי דין נהנה על גוף הדבר, והרי נהנה מן השעורים שאכלה בהמתו אע"פ שהוא לא היה רגיל להאכילה שעורים, ולדין נהנה מגוף הדבר משלם כפי השער הפחות דהיינו בזול.

ועיין לקמן (דף סה.) דאמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שויה זוזא ולבסוף שויה ארבע זוזי תברה או שתייה משלם ד' וכו', יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: אלא כי קאמר רב כגון דמעיקרא שויה ארבע והשתא שויה זוזא וכו' וכל שכן אי תברה או שתייה הוה משלם ארבע דאם לא כן מצינו חוטא נשכר עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה אינו מובן למה איצטריך לטעמא שלא יהא חוטא נשכר, וכי למה יפטר מן הארבע שנתחייב בשעת הגזילה על ידי הא דתברה או שתייה בשעה שירד שויו לזוזא, אלא לכאורה כונתו דיש לו שני מחייבים לגבי החבית, גזילה ראשונה וגזילה שניה של שעת השבירה, וסלקא דעתין שיוכל לשלם זוזא בתורת תשלומין גמורין מצד גזילה שניה וכבר הוחזרה החבית לבעליו ואין לחייבו לשלם עוד הפעם מחמת גזילה ראשונה, לכן כתב הרא"ש דאע"ג דהסברא נכונה אינו יכול לפטור עצמו בכך שלא יהא חוטא נשכר.

והנה גם בסוגיין בבהמה שאכלה שעורים ברשות הרבים יש שני חיובים אליבא דרבא, חדא יש חיוב נהנה דמשתרשי ליה ויש לבעל השעורים תביעה של ממוני גבך על הכסף שנתרבה בכיסו, ועוד יש חיוב נהנה על גוף הדבר, ויש לבעל השעורים תביעה של ממוני גבך על השעורים שאכל, וכיון שאינם עוד בעין תובע ממנו דמים מדין זה של ממוני גבך, אבל בזה חלוקים שני חיובים אלו מההיא דתברא או שתייה, דהתם שני החיובים הם על חדא מילתא, להעמיד החבית לבעליו, ולכן הסברא נותנת שאם שילם אחד של החיובים נסתלק גם השני, אבל בדין שני חיובים נפרדים נינהו, חיוב ממוני גבך על הכסף שנתרבה בכיסו וחיוב ממוני גבך על עצם השעורים שאכלה, ובודאי אינו

צריך לשלם פעמים, וכל ממון שמשלם עולה לחשבון שני החיובים, אכן אי אפשר לומר שאם נשתלם האחד יסתלק השני, דאם החיוב של ממוני גבך על השעורים עצמם הוא יותר מהחיוב של ממוני גבך על הכסף שנתרבה בכיסו, ושילם לו הסכום של הכסף שנתרבה לו, אינו פוטר כל התביעה של ממוני גבך על השעורים עצמם, שהרי נשאר ממנו גביה שעדיין לא החזיר לו, וצריך לשלם לו גם העודף, וכן איפכא אם הכסף שנתרבה לו בכיסו הוא יותר מהממוני גבך של השעורים עצמם אין תשלומין בעד השעורים עצמם מסלק תביעת ממוני גבך על כסף שנתרבה, דעדיין נשאר לו כסף בכיסו שלא החזיר לו, ולכן אינו יוצא ידי חובתו עד שישלם לו סכום המספיק בין להממוני גבך על השעורים עצמם בין להממוני גבך על הכסף שנתרבה לו.

ולפי זה מובנים היטב דברי הרמב"ם, דהוא פסק כרבא דאמר משלם דמי שעורים בזול, ואית ליה דמלבד דין נהנה דמשתרשי ליה איכא נמי דין נהנה על השעורים עצמם, כמש"נ, ונמצא דנתחייב שני חיובים מדין נהנה, מדין משתרשי ליה צריך לשלם דמי עמיר כפי השער שבשוק, ומדין נהנה על השעורים עצמם צריך לשלם דמי שעורים בזול, כמש"נ, ולפעמים זה יותר ולפעמים זה יותר, כמו שכתב המגיד משנה, כנ"ל, ופסק הרמב"ם דצריך לשלם היותר שביניהם, דרק בזה יכול לסלק שני החיובים, כמש"נ, ולא כהמגיד משנה דמחמת הספק משלם הפחות שביניהם, דאין כאן שום ספק, אלא הלכה כרבא דאית ליה שני דיני נהנה, וצריך לסלק שניהם, ומשלם היותר שביניהם, ובגמרא לא קאמר אלא דמי שעורים בזול, דבדרך כלל סכום זה הוא יותר מדמי עמיר כפי השער שבשוק, והרמב"ם הוסיף דאם לפעמים דמי עמיר כפי השער שבשוק הם יותר מדמי שעורים בזול צריך לשלם דמי עמיר כפי השער שבשוק.

פרק י

בו יבוארו דברי הרמב"ם דבהמה שאכלה שומשמין או לוט או כיוצא בהם ברשות הרבים משלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול אף על גב שהן פירות יקרות, ודברי הרי"ף דגם לרבה דאמר משלם דמי עמיר רצונו לומר שמשלם כפי הזול ולא כפי השער שבשוק.

[**בבא קמא כ.**] ואם נהנית משלמת מה שנהנית וכמה רבה אמר דמי עמיר רבא אמר דמי שעורים בזול וכו', יעו"ש, וכתב הרמב"ם פ"ג נזקי ממון הל"א והל"ב וז"ל: הבהמה מועדת לאכול פירות או ירקות או כיוצא בהן וכו' ואם אכלתם ברשות הרבים פטור ואם נהנית משלמת מה שנהנית לא מה שהזיקה כיצד נכנסה לרשות הניזק ואכלה שומשמין או לוט וכיוצא בהם בשוה דינר משלם דינר ואם אכלתן ברשות הרבים רואין אותם כאילו הם שעורים או עמיר ומשלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פ"ט.

והנה הרמב"ם הוסיף ביאור בהסוגיא שאינו מפורש כל כך לפנינו, והוא כתב דאם אכלה שומשמין או לוט שהם פירות יקרות מאוד רואים אותם כאילו הם עמיר או שעורים ומשלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול, כן הבין הרמב"ם בהא דקאמר במתניתין שאכלה פירות או ירקות, דהיינו כל פירות, ואפילו שומשמין ולוט, והא דקאמר רבה דמשלם דמי עמיר היינו דרואים את כמות השומשמין שאכלה כאילו הוא עמיר ומשלם דמיו, וכן רבא דאמר דמי שעורים בזול היינו דרואים אותם כאילו הם שעורים ומשלם כפי הזול, ויש לדקדק מהא דאמרינן לקמן (דף קיב.) כסבורים של אביהם היא וטבחיה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול, יעו"ש, וכתב רש"י שמשלמין בזול מפני דאי הוּו ידעי דבעו שלומי לא הוּו אכלי בשרא, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ב פ"ז, ומבואר דאע"ג דאין דרכם לאכול בשר משלמין דמי בשר בזול, ולא אמרינן דרואים את הבשר כאילו הוא מאכל שרגילים לאכול, ומאי שנא בדין דרואים השומשמין כאילו הן עמיר או שעורים.

ויש לומר דמאכל שהאדם עצמו אוכל הרי נהנה ממנו, ואע"ג דאינו רגיל לאוכלו, אבל מאכל שבהמתו אכלה לא נחשב שהבעלים נהנה אלא כפי שיעור מאכל בהמה הכי חשוב, דהיינו שעורים, וכל העודף על כך אין בו שום הנאה כלל, ורבה ס"ל דליכא דין נהנה אלא משתרשי ליה שנתרבה לו כסף בכיסו, ועיימש"נ בשי"ב פ"ז, ולפיכך רואים אותם כאילו הם עמיר, שזהו מה שהיה קונה למאכל בהמה, והרמב"ם הביא תרוייהו משום דפסק כרבא דאית ליה שני דיני נהנה, ומצד משתרשי ליה רואים אותם כאילו הם עמיר, ומצד נהנה מגוף הדבר רואים אותם כאילו הם שעורים ומשלם בזול, ועיימש"נ בשי"ב פ"ט.

ועיין ברי"ף שכתב רבה אמר דמי עמיר בזול ורבא אמר דמי שעורים בזול, יעו"ש, ולמד דגם רבה אינו משער כפי השער שבשוק אלא כפי הזול, ולפי המתבאר השומא כפי הזול לא שייך אלא בדין נהנה על גוף הדבר, ולמה אין רואים אותם כאילו הם שעורים,

וצריך לומר לדברי הרי"ף דגם רבה ס"ל דאיכא דין נהנה על גוף הדבר, ויתומים שאכלו בשר משלמין דמי בשר בזול, ואע"ג דאילו ידעי לא הוו אכלי בשר, כדאיתא בברייתא דלקמן, כנ"ל, ומכל מקום היינו דוקא בהאדם עצמו, אבל בבהמתו ליכא נהנה מגוף הדבר אלא כפי מאכל בהמה, כמש"נ, וס"ל לרבה דליכא נהנה מגוף הדבר בבהמה אלא כפי מאכל בהמה פחות, דהיינו עמיר, ומשום הכי משלם דמי עמיר בזול, אולם לא יתיישב למה לא ישלם דמי עמיר כפי השער שבשוק דכן משתרשי ונתרבה כסף בכיסו, ואולי יש לומר דהרי"ף ס"ל דלכולא עלמא ליכא אלא חד דין נהנה דהיינו מגוף הדבר, ונחלקו היאך משערים נהנה מגוף הדבר בבהמה שאכלה, ולכולי עלמא ליכא דין נהנה דמשתרשי ליה, ואע"ג דבחולין (דף קלא.) הובאה סברא דאישתרשי ליה לגבי מתנות כהונה יש לחלק, וצריך עיון.

שער יג: בענין טוענין ליורשים ולקוחות

ובו י"א פרקים

פרק א

בו יבואר דפליגי התוס' בבבא בתרא ובבבא מציעא אם משום דנאנסו קלא יש לו הוה טענה גרועה, וגם דס"ל להתוס' דטענין ליתמי החזרתי במיגו דנאנסו אף שאינן יכולין לישבע שהחזירו אביהם, אלא שהקשו שיתחייבו מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

[**בבא בתרא ע:**] לימא בפלוגתא דהני תנאי דתניא שטר כיס היוצא על היתומים דייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו ודייני ארץ ישראל אמרי נשבע וגובה מחצה ודכולי עלמא אית להו דנהרדעי דאמרי נהרדעי האי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון מאי לאו בהא קא מיפלגי דמר סבר מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי ומר סבר לא אמרינן וכו', יעו"ש, וטעמא דמאן דאמר נשבע וגובה מחצה משום דטענין ליתמי החזרתי מיגו דנאנסו, ואע"ג דאילו טען אביהם החזרתי היה צריך לישבע כי היכי דהיה צריך לישבע אם טען נאנסו, כדאיתא לעיל, מכל מקום היתומים נפטרים כשטענין להו טענת החזרתי מיגו דנאנסו גם בלי שבועה, ואינם נשבעים אלא שבועת היורשים שלא פקדנו אבא.

ועיין בתוס' בד"ה מאן דאמר נשבע וגובה כולו לית ליה דרב חסדא וז"ל: ואם תאמר אכתי אמאי גובה כולו דניטעון ליתמי נאנסו ויש לומר דמלתא דלא שכיח היא לא טענין ליתמי דנאנסו קלא אית ליה ואע"ג דאבוהון הוי מהימן לומר שנאנסו מיהו לא טענין להו ומאן דאמר נשבע וגובה מחצה סבר דלא מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי וטענין להו החזרתי לך אע"ג דלא טענין להו נאנסו כיון דאבוהון היה מהימן בטענה זו מיגו דאי בעי אמר נאנסו עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדברי התוס' דאע"ג דלא טענין להו נאנסו טענין להו החזרתי מיגו דנאנסו, וטעמא דלא טענין להו נאנסו משום דהוי מילתא דלא שכיחא, ומילתא דלא שכיחא אית ליה קלא, וכיון דלא שמענו קלא דנאנסו הרי זה ריעותא בטענת נאנסו, וטענה גרועה היא, ואף על גב דאם טען אביהם נאנסו היה יכול לפטור עצמו בטענה גרועה זו מכל מקום אנן לא טענין ליתמי טענה גרועה, ודברי התוס' הללו פליגי על מה שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף יג:): בד"ה הא קאמר לא היו דברים מעולם שכתבו דלא טענין מזויף ליתומים ולקוחות משום דהוי מילתא דלא שכיחא, וכי היכי דלא טענין להו נאנסו משום דהוי מילתא דלא שכיחא לא טענין להו מזויף, יעו"ש, והרי זיוף בודאי לא הוי מילתא דאית ליה קלא, ובודאי עושה כן בצינעא שלא ירגישו בו אינשי ויוכל לגבות בשטר מזויף, ועל כרחך צריך לומר דהתוס' בבבא מציעא ס"ל דהא דלא טענין להו טענה דלא שכיחא לאו היינו משום דהטענה גרועה מפני שלא שמענו הקול אלא משום הא גופא דלא שכיחא, דלא טענין להו אלא טענות רגילות בלבד.

הדר כתבו התוס' וז"ל: ואין להקשות לרבי אבא דאית ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם אמאי פטרינן להו הא מחויבין הן שבועה ואין יכולין לישבע דלגבי יורשין לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כדדרשינן בפרק כל הנשבעין (שבועות דף מז.) שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי התוס' דלמה הקשו מדין מתוך, ולמה לא הקשו על המיגו עצמו, שהרי מבואר בגמרא דכיון דהחזרתי נאמן מיגו דנאנסו ועל טענת נאנסו היה צריך לישבע אם כן צריך לישבע גם על טענת החזרתי, ואם כן יש להקשות דמה מועיל להו ליתומים מה דטענינן להו החזרתי הא אין טענת החזרתי נאמן אלא על ידי שבועה ויתומים אין יכולין לישבע, ואין לומר דהמיגו אצל היתומים אינו צריך שבועה, דהא אילו טענו נאנסו היו נפטרינן בלי שבועה דהא ביתומים לא אמרינן מתוך, חדא משום דהשתא עדיין לא ידעו התוס' דגבי יתומים לא אמרינן מתוך, כנ"ל, ועוד דהא לא טענינן להו נאנסו ואם כן לית להו מיגו מכח עצמם, כמו שכתב הרמב"ן במלחמות, ועיימש"נ בשי"ג פ"ו, ועל כרחך סומכין על דין מיגו דאביהם, דכיון דאביהם היה נאמן בטענת החזרתי מיגו דנאנסו טענינן להו ליתמי, ואם כן קשה דהא אביהם היה צריך לישבע לקיים המיגו, והיתומים אין יכולין לישבע דהא לא ידעי.

ועל עצם הקושיא היה אפשר לתרץ דטענינן לא הוי מדין טענה כלל אלא מדין חשש, ועיימש"נ בשי"ג פ"ג, דכל מילתא דהוה מצי אבוהון למיטען אילו הוה קמן צריכין אן למיחש ליה, וכן משמע מלשון הרי"ף בבבא מציעא (דף קי:) שכתב דבשטר כיס אינו גובה אלא מחצה דחיישינן דילמא פרעיה, יעו"ש, ואם כן יש לומר דכיון דאילו היה אבוהון קמן דילמא היה טוען החזרתי והיה נשבע אם כן אן נמי חיישינן ליתמי דילמא אביהם החזיר את הפקדון, אבל אי אפשר לפרש כן בדברי התוס', דאם כן לא חל על היתומים חיוב שבועה כלל, אלא כל דין טענינן חשש בעלמא הוא דילמא החזיר אביהם את הפקדון, ואילו היה כאן היה יכול לטעון החזרתיו והיה נשבע ונאמן, והשתא נמי צריכין לחוש לכך, ולא נתחייבו היתומים שבועה כלל, ואם כן מאי מקשי התוס' דנחייב ליתומים מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ומוכח דס"ל להתוס' דעל ידי דין טענינן חשיב כאילו היתומים טוענין, וכיון דטענה זו מחייבת שבועה הרי גם היתומים נתחייבו בשבועה, ועל זה הקשו התוס' דנימא בהו מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא דקשיא דעדיפא הוה להו לאקשווי, דכיון דאין יכולין לישבע אזלא המיגו, דהא כל המיגו נוסד על שבועתו, וכמש"נ.

ונראה לבאר דברי התוס' עפ"י מש"נ בשיטת הרשב"ם בשי"ג פ"ט דאין הכי נמי אם לא היינו מחייבין האב לישבע על טענת החזרתיו לא היה נאמן במיגו דנאנסו, דהא על טענת נאנסו היה נתחייב שבועה ובודאי יותר נוח לו לטעון טענה שאינה מחייבתו שבועה, ועל כרחך נתחייב שבועה בטענת החזרתי, ומכל מקום כיון דאיכא שבועה בטענת החזרתי אם כן אית ליה הנאמנות דמיגו מיד כשטען החזרתי ואף קודם שנשבע, ונמצא שאינו צריך לישבע אלא מפני שנתחייב שבועה להמפקיד ויכול לתבוע ממנו השבועה, אבל לקיום עצם המיגו אינו צריך השבועה, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דהואיל

והטענה והמיגו אינו צריך להשבועה אם כן טענין להו ליתומים, ואע"פ שנתחייבו בשבועה כי היכי דאבוהון נתחייב בשבועה, דהא התחלת המיגו הוי על ידי השבועה, כמש"נ, מכל מקום אין פטורם תלוי בהשבועה, ואם אין יכולין לישבע עדיין נפטרינן, ועל זה הקשו התוס' דמכל מקום לא נפטרינהו אלא נימא בהו מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ותירצו דגבי יתומים לא אמרינן מתוך, כנ"ל.

והא דסלקא דעתייהו דהתוס' דנימא מתוך ביתומים ולכאורה הוא מילתא דפשיטא דביתומים לא אמרינן מתוך, וכמו שכתבו התוס' לפי האמת, יש לפרשו עפ"י מש"נ בשי"ג פ"ד בדברי הבעל המאור דסלקא דעתין דשאני הכא דטענת השומרים בעי טענת ברי, דאי לאו הכי הוה ליה כאיני יודע אם פרעתיך, ואם על ידי טענין חשבינן ליה כטענת ברי אם כן לא חשיבא תו כטענת היורשים דהוי טענת שמא, קא משמע לן דבכל מקום שטוענין היורשין איני יודע נתמעטו מדינא דמתוך, יעו"ש.

פרק ב

בו יבואר מה שהקשו התוס' דלרב ושמואל דאמרי דבמת לוח בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה אין אדם מוריש שבועה לבניו ובני הלוח פטורין הוא הדין בשטר כיס היוצא על היתומים דנימא אין אדם מוריש שבועה לבניו ויתחייבו לשלם גם המחצה פקדון.

[בבא בתרא ע:] שטר כיס היוצא על היתומים דייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו ודייני ארץ ישראל אמרי נשבע וגובה מחצה וכו', יעו"ש, וטעמא דדייני ארץ ישראל משום דעל המחצה פקדון טענינן ליתמי החזרתי מיגו דנאנסו, והקשו התוס' בד"ה מאן דאמר וז"ל: ואם תאמר לרב ושמואל דקאמרי התם (שבועות דף מז.) אין אדם מוריש שבועה לבניו פירוש אין אדם מוריש ממון שיש בו שבועה לבניו אמאי פטורין מלשלם ויש לומר דהא דאין אדם מוריש היינו דאין נזקקין לא לשבועה ולא לפרעון כדפירש הקונטרס התם ואם באין לגבות בשטר אין גובין אבל אם מוחזקין הן ובאין לגבות מהן כי הכא אין מוציאין מהן ופטורין וכו' עכ"ל, יעו"ש, והתם בשבועות מיירי כגון שמת לוח בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה ובאו יורשי המלוה לגבות מיורשי הלוח דאמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו, כלומר אין אדם מוריש ממון שנתחייב בה שבועה לבניו, וכיון שמת לוח בחיי מלוה והיה צריך המלוה לישבע כדי לגבות מיורשי הלוח אינו יכול להוריש ממון זה לבניו.

וקשה טובא דמה שייך ענין אדם מוריש שבועה לבניו בשטר כיס היוצא על היתומים, ואיזה ממון שיש עליו שבועה באו לירש מאביהם, הרי ממה נפשך, אם אביהם לא החזיר המחצה פקדון, ועדיין נשאר ממון המפקיד בידו, פשיטא שצריכים להחזיר לו ממון, ולא שייך בזה ענין ירושה כלל, ואם אביהם החזיר הפקדון ולא נשאר שום ממון המפקיד ברשות היורשין, עדיין לית כאן שום צד ירושה כלל, והיכן ראו כאן התוס' שאדם יכול להוריש לבניו ממון שנתחייב עליו שבועה, ואפילו אם נאמר דהמפקיד טוען שכבר נאבד הפקדון והוא תובע תשלומין מממון היתומים שירשו מאביהם עדיין לא יתיישב כל הצורך, דבודאי אין לומר שאין אביהם מוריש נכסיו לבניו הואיל והיה צריך לישבע לפטור עצמו מתביעת המפקיד, ובודאי יכול להוריש נכסיו לבניו וכשיבא לתבוע מהם ידונו עמו.

אלא נראה דסלקא דעתייהו להתוס' שאין אדם מוריש ממון שיש עליו שבועה מפני שאין אדם מוריש כח השבועה לבניו, ואם הוא עצמו יש לו כח להוציא על ידי שבועה אינו מוריש כח זה לבניו, ואם כן הכא נמי בשטר כיס היוצא על היתומים, נהי דהאב היה יכול לפטור עצמו בשבועה מכל מקום אינו מוריש כח זה לבניו, ואין להם אותו דין שבועה שהיה לאביהם, ואם כן הוקשה להם להתוס' היאך טענינן להו החזרתיו מיגו דנאנסו, נהי דבפועל אין צריכין לישבע וגם לית בהו דינא דמתוך, ואין כאן שום חיוב ממון מחמת אי שבועתו, מכל מקום מכיון שכל התחלת המיגו הוי על ידי החיוב שבועה, אין כאן מיגו כמש"נ בשי"ג פ"א, וחיוב שבועה זה לא שייך כלל אצל היתומים

דאין אדם מוריש שבועה לבניו, ולא ירשי יתומים כח שבועה, וליכא התחלת המיגו מעיקרו.

ועל זה תירצו התוס' דהא דאין אדם מוריש שבועה לבניו לא הוי דין בהכח שבועה אלא בהממון עצמו, דכיון דאינו יכול לזכות בהממון אלא על ידי שבועה לא חשיב ברשותו להורישו לבניו, אבל הכא שאין הממון מחוסר גוביינא בודאי יכול להורישו לבניו, ואית להו נמי כח השבועה שעל ידי כך טענינן להו החזרתיו מיגו דנאנסו, אבל השבועה עצמה אינן נשבעין דהא לא ידעי, ומכל מקום נפטרין דאין המיגו צריך שבועה בפועל, וכמש"נ.

פרק ג

בו יבואר מה שכתב הבעל המאור דלמאן דאמר דבשטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה כולו לא טענין ליתמי החזרתיו משום דגם אבוהון לא מצי טעין כן, דהא בלאו הכי אין טענה זו מועילה להם כמו דאינה מועילה לגבי אבוהון דהא שטרך בידי מאי בעי.

[**בבא בתרא ע:**] כתב הבעל המאור וז"ל: נימא בפלוגתא שטר כיס היוצא על היתומים וכו' עד מאי לאו בהא מיפלגי דמאן דאמר נשבע וגובה כולו סבר מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי וכי היכי דגבי פלגא דמלוה גבי נמי פלגא דפקדון ולא מצי אמר ליה החזרתי לך משום דמצי אמר ליה האיך שטרי בידי מאי בעי וכי היכי דהאי דאבוהון לא מצי טעין אנן נמי לא טענין להו ליתמי דקיימא לן דלעולם לא טענין להו ליתמי מאי דלא מצי טעין אבוהון חוץ מדין אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית כדאמרינן בפרק חזקת הבתים (דף נב.) אבל בעלמא לעולם לא טענין להו ליתמי מאי דלא מצי טעין אבוהון וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדבריו דלמאן דאמר נשבע וגובה כולו למה איצטרך לטעמא דלא טענין להו מה דלא מצי טעין אבוהון, והא כי היכי דאבוהון לא מצי טעין החזרתיו משום דאיכא ראייה כנגדו דשטרך בידי מאי בעי, הכא נמי איכא ראייה כנגד היתומים, דאם איתא דאביהם החזיר הפקדון לא היה משאיר השטר ביד המפקיד, ואם כן אפילו אם היינו טוענין טענת החזרתיו בשביל היתומים לא היה מועיל להו, דהא איכא כנגדם הראיה דשטרך בידי מאי בעי.

והיה אפשר לפרש דהא דבעא מיניה רב עמרם מרב חסדא אם נאמן לטעון החזרתיו מיגו דנאנסו כנגד שטרך בידי מאי בעי מיוסד על יסוד דין שטרך בידי מאי בעי, דעיימ"ש הרמב"ם פי"א מלוה ולוה הל"א וז"ל: אבל המלוה את חבירו בשטר צריך לפרעו בעדים לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן עכ"ל, יעו"ש, ודייק הגרי"ז בדבריו דלכאורה איפכא הוה ליה למימר, דכיון דאינו נאמן לטעון פרעתי לפיכך צריך לפרעו בעדים, ומכח זה העלה הגרי"ז דדין שטרך בידי מאי בעי לא הוי הוכחה ואומדנא כנגד טענת פרעתי אלא דהוי כמו אישור ונאמנות שהלוה נותן לבעל השטר שיוכל לתבוע חובו ולא יוכל להיפטר ממנו אלא על ידי הבאת עדים שפרע, ואין לו זכות וכח לטעון פרעתי כנגד השטר, ועיימש"נ בשופרא דשטרא שי"ד פ"א, ויש לומר דהא גופא מיבעי ליה לרב עמרם, מי אמרינן דשטרך בידי מאי בעי הוי אומדנא כנגד טענת החזרתי, ומשום הכי מהני מיגו, דאיכא השתא נמי ראייה להיפך, דהא הך אומדנא לא הוי כאנן סהדי ולא חשיב מיגו במקום עדים, כמו שכתבו התוס' בד"ה ולימא ליה, יעו"ש, או דלמא הא דלא מצי טעין החזרתיו כנגד שטרך בידי מאי בעי הוה משום דהנפקד נותן נאמנות לבעל השטר שלא יוכל לטעון כנגדו החזרתיו, כמש"נ, ואם כן לא מהני נמי מיגו, דסוף סוף הרי האמין למפקיד שלא יוכל לטעון כנגדו וצריך להחזירו בעדים, ונמצא לפי זה דמאן דאמר בשטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה

כולו, ואין האב נאמן לטעון החזרתיו מיגו דנאנסו במקום שטר, ס"ל דשטרך בידי מאי בעי הוי מדין נאמנות, ואם כן כל זה הוא באביהן שכתב השטר ונתן לו נאמנות כנגדו, אבל היתומים מעולם לא נתנו לו נאמנות, וכדאמרינן בכתובות (דף פו:): כתב לאשתו נקי נדר נקי שבועה לא תפרע מן היתומים אלא בשבועה, ואם כן למה לא טענינן להו ליתומים החזרתיו מיגו דנאנסו, ומשום הכי כתב הבעל המאור דהיינו טעמא משום דאביהם לא היה יכול לטעון טענה זו, ולא טענינן להו ליתמי אלא מאי דמצי טעין אבוהון.

אולם אחר העיון מצינו דדברי הבעל המאור הם באמת מפורשים בגמרא, ועל הגמרא עצמה איכא לאקשוויי, דעיין לעיל (דף נב). איתמר אחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאין על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אמא אמר רב עליו להביא ראיה ושמואל אמר על האחין להביא ראיה אמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה מתקיף לה רב פפא כלום טענינן להו ליתמי מידי דלא טען להו אבוהון וכו', יעו"ש, והתם נמי איכא לאקשוויי דאם בחיי האב אמרינן דעליו להביא ראיה ומוקמינן האונות ושטרות בחזקת הירושה, אם כן גבי יתומים נוקמינהו בחזקת הירושה, ולמה נטיל החיוב להביא ראיה על האחין, ולמה פריך רב פפא מענין טענינן, והלא על עצם הדין הוה ליה לאקשוויי, דהלא השטרות הם בחזקת הירושה, כמש"נ, ועיימש"נ בשי"ג פ"ט.

והנה יש להסתפק בדין טענינן אם הוא דין טענה, שאע"פ שהיתומים אין יודעין לטעון מעצמם, מכל מקום מדין טענינן חשבינן להו כמאן דקיימי קמן וטוענינן, אי נמי איכא למימר דחשבינן ליה כמאן דאתי האב קמן וטעין לטובת היתומים כל מאי דמצי טעין, או דלמא לא הוי טענינן דין טענה כלל אלא חשש בעלמא, דאם הבעל דבר עצמו קאי קמן אין אנו צריכין לחוש אלא למאי דהוא טעין, אבל יתומים דאין יודעין לטעון הרי בית דין צריכין לחוש לכל מאי דאיכא למיחש לטובת היורשים, ואע"ג דליכא טענת הבעל דבר, וזהו גופא דינא דטענינן, והגדר של החשש הוא דאם התובע היה בא בחיי האב והאב היה יכול לפטור עצמו באיזה טענה שיהיה צריכין אנו למיחש לאותה טענה לטובת היתומים.

ואם נימא דכל דין טענינן הוא חשש בעלמא איכא לפרש סוגיא דחזקת הבתים שם, דסלקא דעתין דאם מת על האחין להביא ראיה מדינא דטענינן, דאע"ג דגבי אביהם נקטינן שהשטרות בחזקת הירושה הם, מכל מקום מדין טענינן צריכין בית דין למיחש לטובת היורשים, וסלקא דעתין דחיישינן נמי שהשטרות היו של אביהם, וכיון שחל תורת ספק על השטרות הרי הם בחזקת היורשים, שהרי על שם אביהם נכתבו, ועל האחין להביא ראיה, ומתקיף רב פפא כלום טוענינן ליורשין מידי דלא טען להו אבוהון, דמדין טענינן אין לנו למיחש אלא לאותם דברים שהיה האב יכול לטעון, ולטובת היתומים חוששין להם אף בלי טענת הבעל דבר, כמש"נ, אבל אין חוששין בשביל היתומים מה דאביהם לא היה נאמן לטעון.

ולפי זה יש לפרש גם דברי הבעל המאור כן, דסלקא דעתין דאע"ג דאין האב נאמן לטעון החזרתיו כנגד טענה דשטרך בידי מאי בעי, ונקטינן דבדאי לא החזיר הפקדון, מכל מקום לטובת היתומים ומדין טענינן ניחוש דילמא באמת החזיר לו הפקדון ולא הספיק ליטול השטר מידו עד שמת, ועל זה קאמר הבעל המאור דאין טוענין ליתומים מאי דלא מצי טעין אבוהון, דאין דין טענינן מוסיף חששות לטובת היתומים מה שלא היה אביהם נאמן לטעון, והיינו ממש כדברי רב פפא כנ"ל.

אמנם כל זה לא יתכן אלא אם נימא דכל דין טענינן הוא חשש בעלמא ולא דין טענה, כמש"נ, אכן מדברי התוס' מבואר להדיא דעל ידי טענינן חשיב כאילו היתומים עצמם טוענים, עיימש"נ בשי"ג פ"א, ואם כן הדרא קושיין לדוכתא דלמה פריך רב פפא מדין טענינן ולא פריך על עצם הדין דכשמת האב יצאו השטרות מחזקת הירושה ועל האחין להביא ראיה, כמש"נ.

לכן נראה דלשיטת התוס' איכא שני דינים בטענינן, חשש וטענה, וגם גבי אביהם איכא שני דינים אלו, חדא איכא חשש ודררא בהממון, דיש להסתפק דילמא החזיר הפקדון, והדר בעינן שיטעון להדיא טענת ברי שהחזיר הפקדון, ואם לא היתה דררא בהממון לא היתה טענתו מועילה לו, ואם לא היה טוען לא היתה הדררא מועילה לו, וכן לגבי יתומים מדין טענינן, חדא חוששין להם כמו שהיינו חוששין לטובת האב, וכיון דאיכא דררא טענינן להו הטענות דמצי טעין אביהם, וחשיב כאילו היתומים טוענים בפנינו טענת ברי, ולפי זה יש לבאר סוגיא דחזקת הבתים כמו שמתבאר לפי דברי הבעל המאור, כנ"ל, דסלקא דעתין דמדין חשש דטענינן חוששין ליתומים יותר ממה שחוששין גבי האב, ומתקיף לה רב פפא כלום טוענין וכו', ועיקר כונתו הוא על הדין חשש של טענינן, דאין חוששין להם מה דלא מצי טעין אביהם, וממילא נשארין האונות והשטרות בחזקת הירושה, אבל אין הכי נמי דלשיטת התוס' איכא נמי דין שני דטענינן, דהיינו דין טענה דחשיב כאילו היורשים טוענים לפנינו, וכמו שמבואר מדברי התוס', וכמש"נ.

פרק ד

בו יבואר דאי הוה טענין ליתמי נאנסו היתה נחשבת טענת ברי, ופליגי התרצן והראב"ד עם הבעל המאור אם גם טענה כזו נתמעטה מקרא דשבועת ה' תהיה בין שניהן ולא בין היורשין או דבעצם היה שייך בה דינא דמתוך, ושמחלקותם תלויה ביסוד דינא דמתוך.

[**בבא בתרא ע:**] כתב הבעל המאור וז"ל: נימא בפלוגתא שטר כיס היוצא על היתומים וכו' עד מאי לאו בהא קמפלגי וכו' ואיכא דשאל הכא מאי טעמא לא טענין להו ליתמי נאנסו כי היכי דאבוהון הוה מצי טעין ולא מצי אמר ליה האיך שטרך בידי מאי בעי לדברי הכל ואם כן למאי דסלקא אדעתין השתא מאי טעמיה דמאן דאמר נשבע וגובה כולו וראיתי בפירוק קושיא זו סברות רבות יש מי שסובר לומר היינו טעמא דלא טענין להו ליתמי נאנסו דאם כן הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם דהא שבועת נאנסו שבועת התורה עצמה היא דהיינו שבועת השומרים מה שאין כן בשבועת החזרתים לך דבתורת מגו היא דאתיא ומדרבנן כעין דאורייתא היא וכו' והרב אברהם ז"ל דחה זו הסברה ואמר דלא אמרינן הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע אלא בענין היו שניהם חשודין דאיכא גבי לוח רעותא דחשדא אי נמי גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דריעא נמי טענתיה מאי שנא דידע בהני ולא ידע בהני אבל הכא דאבוהון לא הוה גביה רעותא דאילו הוא קיים הוה משתבע ופטר נפשיה לא אמרינן הכי והביא ראיה וכו' ולא היה צריך לטעם שאמר ולא לראיה שהביא כי הטעם והראיה מפורסם מן הכתוב ומן ההלכה דתני רבי אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין ואוקימנא התם בשבועות כגון דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא שאילו אמר חמשין אית ליה וחמשין לית ליה הוי מחויב שבועת התורה דמה לי הוא מה לי אבוה ומשום דאמר ליה לא ידענא אפטר ליה אלמא שאין על היתומים לעולם שבועת התורה בטענת איני יודע ולא אמרינן בה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ותו לא מידי עכ"ל, יעו"ש.

ולכאורה קשה טובא על התרצן דס"ל דאמרינן גבי יתומים מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והלא בהדיא אמרינן בשבועות (דף מז.) בין שניהם ולא בין היורשין, וכמו שכתב הבעל המאור כנ"ל, וכן קשה על הראב"ד שהסכים בעצם לדעת התרצן אלא שכתב דביתומים ליכא ריעותא ומשום הכי לא אמרינן מתוך, ועוד יש לדקדק בדברי הראב"ד שכתב דהכא ליכא ריעותא הואיל דאבוהון לא הוי גביה ריעותא, ומה ענין אביהם אצל היתומים, הא אביהם היה יכול לישבע, ואנו דנין על היתומים דלא ידעי ואינם יכולים לישבע אם אית בהו דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ונראה דהנהא דנתמעטו יתומים מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם היינו דוקא בטענת יתומים, דהיינו טענת שמא, וכמו שכתב הבעל המאור דאם היתומים יודו במקצת בטענת ברי בודאי יתחייבו שבועה ויצטרכו לישבע, דמה לי הוא מה לי אבוה, כנ"ל, ורק טענת שמא של יתומים נתמעטה מדין זה דמתוך שאינו יכול לישבע משלם,

אכן נראה דאם יטעון השומר שמא נאנסו צריך לשלם גם בלי דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דעיימ"ש הקצות החושן בסי' פ"ז סק"ט דכל טענת שמא בטענות השמרים חשיב כאיני יודע אם פרעתיך, דמשעת משיכת הפקדון חל עליו חיוב תשלומין ודאי, ואם הוא מסופק אם נאנסו הרי הוי ודאי חיוב וספק פטור, ומשום הכי אין השומר יכול לפטור עצמו אלא על ידי טענת ברי, והתורה הטילה עליו שבועה לברר טענתו, ולפי זה אם היתומים יטענו שמא נאנסו יצטרכו לשלם גם בלי דין מתוך, ועל כרחך מדין טענין נותנין להם דין טענת ברי דנאנסו, כמו שהיה טוען אביהם, וס"ל להתרצן שהביא הבעל המאור דאם אית להו טענת ברי הרי חל עליהו נמי חיוב שבועה, ואם אין יכולין לישבע נימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דהא טענת ברי דיתומים לא נתמעטה מדין מתוך, כמש"נ, ואם כן ממה נפשך, אם חשיבא טענת היתומים הבא על ידי טענין כטענת שמא ליחייב מדין איני יודע אם פרעתיך, ואם חשיבא כטענת ברי ליחייבו לישבע, ואם אין יכולים לישבע ישלמו, כמש"נ.

וגם הראב"ד הסכים לסברת התרצן דאם על ידי טענין נותנין ליתומים דין טענת ברי אין טענה זו חשיבא טענת יתומים, ולא נתמעטה מדין מתוך, כמש"נ, ומכל מקום ס"ל להראב"ד דלא אמרינן בהו מתוך, דלא אמרינן מתוך אלא היכא דאיכא ריעותא בטענתו, והני ליכא שום ריעותא במה שאין היתומים יכולין לישבע, ומכל מקום איצטריך למעט טענת יתומים מדין מתוך, ולא סגי בהך טעמא, דאם טענו היתומים חמשין ידענא וחמשין לא ידענא איכא ריעותא בטענתם, דמאי שנא דבהני ידעי ובהני לא ידעי, ומכל מקום לא אמרינן בהו מתוך דדרשינן שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, אבל היכא דאית להו טענת ברי מדין טענין לא נתמעטו מדין מתוך, כמש"נ, ומכל מקום לא אמרינן בהו מתוך הואיל וליכא ריעותא בטענתם, וגם אצל אבוהון לא היה ריעותא בהטענה והיה יכול לפטור עצמו בטענה זו, והשתא מדין טענין אהני טענתיה גם לגבי היתומים, ואע"ג דבפועל אי אפשר להו לישבע, דעיקר חיוב מתוך הוא משום הריעותא, והכא שבאה להם הטענה מדין טענין הרי היא אצלם באותו תוקף שהיתה אצל אביהם.

אבל הבעל המאור פליג עליהו וס"ל דאע"ג דטענת נאנסו הבאה להם על ידי טענין חשיבא טענת ברי, כמש"נ, מכל מקום כיון דבפועל אינם יודעים ואי אפשר להו לישבע הרי הם בכלל המיעוט דשבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, ולא אמרינן בהו מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ואולי יש לתלות מחלקותם בהא דנחלקו הראשונים ביסוד דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אם היינו משום דכל עיקר חיוב שבועה הוא או השבע או שלם ומשום הכי אם אינו יכול לישבע צריך לשלם, או אם עיקר החיוב הוא רק שבועה אלא דאיכא דין חדש דאם אינו יכול לישבע חל עליו חיוב ממון, ועיימ"ש"נ בשי"ד פי"ח, דהתרצן והראב"ד ס"ל דכל חיוב שבועה הוי או השבע או שלם, ודין מתוך ממילא הוא, דכיון דהחיוב הוא או השבע או שלם אם אינו נשבע משלם, והא דלא אמרינן מתוך ביתומים הוא משום דטענת יתומים נתמעטה מחיוב שבועה לגמרי, וממילא ליכא דין מתוך,

אבל טענת נאנסו שעל ידי טענין חשיבא טענת ברי, כמש"נ, וחל על היתומים חיוב שבועה, וממילא אם אין יכולים לישבע משלמין, דכן הוא דין השבועה או השבע או שלם, והראב"ד ס"ל דמכל מקום לא אמרינן מתוך דדין או השבע או שלם היינו אם איכא שום ריעותא בטענה המעכבתו מן השבועה דרק אז אזלינן להצד השני של החיוב דהיינו התשלומין, אבל אם ליכא ריעותא בטענתו לא אמרינן או השבע או שלם, אלא אם יכול ישבע ואם לאו ילך לו, אבל הבעל המאור ס"ל דמתוך שאינו יכול לישבע משלם הוי דין חדש דבמקום שאינו יכול לישבע חל עליו חיוב ממון, כמש"נ, והמיעוט ביתומים דלא אמרינן בהו מתוך מגלה לן דגבי יתומים לא נאמר דין חדש זה, ואם כן אפילו אם על ידי טענין חשיבא טענה דידהו טענת ברי ונתחייבו בשבועה, מכל מקום אם אינם יודעין לא חל עליהם דין חדש של מתוך, דיתומים נתמעטו מדין חדש זה, ואם אין יכולין לישבע בטלה חיובם ופטורים.

פרק ה

בו יובא תירוץ הבעל המאור דלא טענינן נאנסו ליתומים כיון שהיא טענה רחוקה, ודוקא בטענת חזקה טענינן להו טענה רחוקה, ויתבאר ראית המלחמות מחזקת זיזין וגזוזטראות ברשות הרבים דטענינן להו ללוקח ולירש אף טענה רחוקה, ותתיישב דעת הבעל המאור.

[בבא בתרא ע:] כתב הבעל המאור וז"ל: נימא בפלוגתא שטר כיס היוצא על היתומים וכו' עד מאי לאו בהא קמיפלגי וכו' והמדקדק בעיקר קושיא זו דאתאן עלה מיהת מאי טעמא לא טענינן להו ליתמי נאנסו דהא אבוהון מצי טעין ואנן טענינן להו ליתמי כל מאי דמצי טעין אבוהון החוקר ובודק על זה ימצאוהו משתברת מאליה שכך הוא הכלל שמסרו לנו רבותינו בעלי התלמוד ז"ל כלום טענינן להו ליתמי מאי דלא מצי טעין אבוהון והא רבא אפיק זוגא דסרבלי וכו' כדאיתא בפרק חזקת הבתים (דף נב.) זהו הכלל המסור בידינו דלא טענינן להו ליתמי מאי דלא מצי טעין אבוהון אבל מאי דמצי טעין אבוהון איכא דטענינן להו ואיכא דלא טענינן להו ומי שלמד מכאן דטענינן להו ליתמי כל מאי דמצי טעין אבוהון טעות היה בידו שאין מחקר הלשון נותן טעם ואי משום דאמרין בעלמא טוענינן לירש וטוענינן ללוקח ההיא בטענת חזקה נאמרה ואינו כלל לכל דבר וכו' ממילא נסתלקה קושייתנו דלא טענינן להו ליתמי אלא טענת החזרתים לך שסתם פקדון לחזרה עומד כמו שהמלוה עומדת לפרעון אבל נאנסו לא כיון שהיה הפקדון ביד אבוהון בחזקת המשתמר ומונח במקום המוצנע ולא במקום התורפה נהי דאי הוה אבוהון קיים והוה טעין בפירוש נאנסו הוה מהימן אבל אן לא טענינן להו ליתמי בטענת נאנסו להוציא הדבר מחזקתו עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי הבעל המאור דלא טענינן ליתמי טענה רחוקה, ואפילו אם אבוהון היה נאמן באותה טענה, ומשום הכי לא טענינן להו טענת נאנסו, ואע"ג דאמרין טוענינן לירש וללוקח, ומשמע דכל טענות טוענינן להם, ואפילו טענות רחוקות, שאני התם דבטענת חזקה נאמרה, כנ"ל, והיינו דאם באו להחזיק בקרקע שירשו מאביהם טענינן להו גם טענות רחוקות.

והרמב"ן במלחמות הקשה עליו וז"ל: ומה שדחה דהתם בטענת חזקה נאמרה ואינו כלל לכל דבר והרי בלקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות שהדבר רחוק מאד מאד לפייס את הרבים דמאן מחיל ומאן פייס ואעפ"כ טוענינן וכו' עכ"ל, יעו"ש, והוא מגמרא דפרק לא יחפור (דף כג.) אמר רב פפא ואיתימא רב זביד זאת אומרת טוענינן ללוקח וטוענינן לירש וכו' לוקח נמי תנינא לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות הרי זו בחזקתה וכו', יעו"ש, ואע"ג דאין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרשות הרבים אם לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות הרי בית דין טוענינן לו שהראשון כנס לתוך שלו או נתפייס עם הרבים ויכול להחזיק בהם כמות שהם, כן פירש"י שם, וכן פירש הרשב"ם בפרק חזקת הבתים (דף ס.), יעו"ש.

ויש לדקדק בקושית הרמב"ן דמה הוקשה לו על דברי הבעל המאור מההיא דזיזין וגוזזטראות, והלא התם נמי מיירי בטענת חזקה, שבא להחזיק בהזיזין וגוזזטראות היוצאין לרשות הרבים, ובטענת חזקה הרי ס"ל להבעל המאור דטוענין אפילו טענה רחוקה.

ונראה דהרמב"ן הבין בדברי הבעל המאור דהא דמקילין בטענת חזקה וטוענין להו אפילו טענה רחוקה היינו משום דאם לא טענין להו נמצא שהאב או המוכר היה גזלן, והיה מחזיק בשדה שאינו שלו, ואחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, ולפיכך טוענין לו כל מה דאפשר כדי שלא נחזיק אותו בגזלן, וטענין להו נמי טענות רחוקות, מה שאין כן בכל טוען ונטען שאין הנידון גזילה ממש אלא חיוב ממון, ודילמא באמת היה מוטל על האב איזה חיוב ממון, משום הכי לא טענין ליתמי אלא טענות רגילות ולא טענות רחוקות, ושפיר הקשה הרמב"ן מזיזין וגוזזטראות, ואע"ג דהתם נמי מיירי בבא להחזיק בזכות הוצאת הזיזין לרשות הרבים, מכל מקום הרי אין שם צד גזילה דשייך למימר ביה אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן, ומכל מקום טענין להו טענה רחוקה דהמוכר נתפייס עם הרבים, וקשה לדברי הבעל המאור.

אכן בישוב דברי הבעל המאור איכא למימר דאזיל בשיטת הרשב"ם גבי חזקה שאין עמה טענה, וכפימש"נ בשי"ג פ"ט, דבאמת היה מהני חזקה אפילו אם אין עמה טענה, אלא כל שמחזיק בקרקע בטענת ברי שהיא שלו מהני, ואע"פ שאינו מברר טענתו, והא דלא מהני חזקה שאין עמה טענה הוא משום דאיכא ריעותא מדלא טעין, יעו"ש, ונמצא דלא איצטריך הטענה גבי חזקה לקיום עצם החזקה, ורק דהעדר טענה מגרעת ומבטלת החזקה, ומשום הכי ס"ל להבעל המאור דטענין להו אפילו טענה רחוקה בטענת חזקה, שהרי אין הטענה עצמה פועלת כלום, ולא איצטריך להטענה אלא מדין צדדי שלא תהא חזקה שאין עמה טענה, כמש"נ, ומשום הכי טענין להו אפילו טענה גרועה כיון שאין הטענה עצמה פועלת החזקה, כמש"נ, וסברא זו שייכת גם בהחזקת זיזין וגוזזטראות היוצאין לרשות הרבים.

פרק ו

בו יבואר דלהמלחמות דטענין ליתומים גם נאנסו דאם לא כן היאך נטעון להם החזרתי דכיון שהיסוד הרוס היאך יתקיים הבנין, דין טענין אינו כאילו האב או היתומים טוענין לפנינו אלא דין חדש הוא כאילו בית דין נעשים בעלי דבר על נכסי היתומים כנגד התובע.

[**בבא בתרא ע:**] כתב הבעל המאור וז"ל: נימא בפלוגתא שטר כיס היוצא על היתומים

וכו' עד מאי לאו בהא קמפלגי וכו' ואיכא דשאל הכא מאי טעמא לא טענין להו ליתמי נאנסו כי היכי דאבוהון הוה מצי טעין ולא מצי אמר ליה האיך שטרך בידי מאי בעי לדברי הכל וכו', יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פ"ד, וכתב הרמב"ן וז"ל: אמר הכותב לפי דעתי הדבר בהיפך שמכאן יש ראיה שטוענין להם טענת נאנסו שאלמלא אין דינו לטעון נאנסו אף טענת חזרה לא נטעון להם שהרי אין נאמנות טענה זו אלא מחמת טענת נאנסו וכיון שאין אנו יכולין לומר שנאנסו היאך נאמר החזירם לך ואע"פ שאביהם היה נאמן בטענה זו מפני שהיה לו לומר נאנסו אבל אנו מכיון שאין אנו יכולין לומר נאנסו אין אנו נאמנין לטעון החזירם לך דמאחר שהיסוד הרוס היאך יתקיים הבנין וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיין בתוס' בבא מציעא (דף יג:) בד"ה ההוא דקאמר לא היו דברים מעולם דסלקא דעתייהו כדברי הרמב"ן ודחו סברתו מפני סוגיא דידן, יעו"ש.

וממה שכתב הרמב"ן דאם לא טענין ליתומים נאנסו אי אפשר לטעון להו החזרתיו מיגו דנאנסו מבואר דטענין לא הוי מדין חשש בעלמא, כמש"נ בשי"ג פ"ג בדברי הבעל המאור, דאם כן ניחוש דילמא החזיר הפקדון אע"ג דלא חיישינן לנאנסו הואיל ואביהם היה נאמן בטענת החזרתיו, אלא מוכח דס"ל להרמב"ן דטענין הוי דין טענה, דחשיב כאילו היתומים טוענין טענת ברי בפני בית דין, וס"ל להרמב"ן דאין היתומים נאמנים בטענת ברי דהחזרתיו אלא אם כן אית להו מיגו דנאנסו, ועל כרחך טענין להו נמי נאנסו, ומבואר מדבריו דדין מיגו לא הוי הוכחה בעלמא דמה לו לשקר, דהא בטענות שעל ידי טענין לא שייך הך סברא, אלא צריך לומר דמיגו הוי כח הטענה, דכל טענותיו יש להן כח הטענה המעולה שהיה יכול לטעון, ועיימש"נ בשי"ט פ"ט.

אלא דעדיין צריך עיון, דאפילו אם נימא דמיגו הוי כח הטענה מכל מקום למה בעינן שיהא שייך דין טענין על טענת המיגו, והלא היתומים בודאי יש להם כח לטעון טענת נאנסו אם יודעים בבירור דנאנסו, אם כן השתא נמי דטענין להו החזרתי, ועל ידי כח טענין חשיב כאילו הם עצמם טוענין טענת ברי דהחזרתי, והרי אית להו הכח לטעון טענת ברי דנאנסו אם ירצו, אם כן נאמין להם בטענת החזרתי מיגו דאי בעי טעין נאנסו, ולמה צריכין שיהא שייך דין טענין על טענת נאנסו דאם הרוס היסוד היאך יתקיים הבנין, ואם נימא דעל ידי טענין לא חשיב כאילו היתומים טוענין אלא כאילו האב עומד לפנינו וטוען נאנסו אם כן במה שנחשב כאילו הוא עומד לפנינו וטוען מדין טענין יש לו כח המיגו על ידי מה שהיה יכול לטעון טענת נאנסו, ולא נצטרך

שיהא שייך דין טענין בטענת נאנסו כדי לקיים המיגו דהחזרתיו מיגו דנאנסו, ועיימש"נ בשי"ג פ"ח.

ולכאורה מבואר מדברי הרמב"ן שיטה מחודשת בדין טענין, דלא חשבינן ליה כאילו היתומים טוענים מעצמם ומידיעתם טענת ברי דהחזרתיו, וגם לא חשבינן ליה כאילו האב עומד קמן וטוען טענת החזרתיו, אלא דאית כאן דין חדש של טענה על ידי טענין, ואין זו טענת האב ולא טענת היורשים, אלא שתיקנו חכמים דין חדש של טענה דאנן טענינן להו, וצריך התובע לענות על טענה זו אע"פ שאינה באה לא מן האב ולא מן היתומים, והרי זה כאילו בית דין נעשו הבעלי דבר על נכסי היתומים כנגד התובע, ובית דין הם הבעלי דבר ולא היתומים, וטענה חדשה זו שעל ידי דין טענין אינה יכול לינק כח הטענה לא מטענות האב ולא מטענות היתומים, ועל כרחך בעינן שבכלל הטענות חדשות שעל ידי טענין איכא נמי טענת נאנסו, וממילא יכולה טענה חדשה דהחזרתיו שעל ידי טענין לינק כח הטענה מטענה חדשה דנאנסו שעל ידי טענין, ואם לא טענינן להו נאנסו ליכא מיגו דאם הרוס היסוד היאך יתקיים הבנין.

פרק ז

בו יבואר מה שכתבו התוס' דדוקא כשאין הלוח בפנינו מחזירין שטר שנפל למלוח וכשיבא לגבות שלא בפנינו נטעון מזויף ויגבה על ידי קיום, אבל כשהלוח בפנינו וטוען שהשטר מזויף כיון דאיכא ריעותא דנפילה וגם טוען מזויף לא יחזיר דחיישינן שטרח לזייף בטוב.

[**בבא מציעא יב:**] תנן מצא שטרי חוב אם יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר שבית דין נפרעין מהן, יעו"ש, וכתבו התוס' (דף יג:) בד"ה הא קאמר לא היו דברים מעולם וז"ל: משמע שהלוח טוען שהוא מזויף וכו' וקשה דאפילו יש בו אחריות נכסים אמאי לא יחזיר אם לא יקיימנו לא יגבה כלום ואם יקיימנו בדין יגבה וכו' ויש לומר דמילתא דשמואל ורב אסי מיירי שאין הלוח בפנינו ולכך יחזיר ואין לחוש שמא מזויף הוא וכשירצה לגבות נטעון מזויף ואם יקיימנו יגבה ואפילו אם יבא אחר כך הלוח ויטעון מזויף הוא אין לחוש כיון שבא לידו בהיתר וכו' אבל הכא במתניתין איירי שהלוח בפנינו בשעת מציאה וטוען מזויף ולכך כיון דאיכא ריעותא דנפילה וגם טוען הלוח בודאי מזויף לא יחזיר כי יש לחוש שמא יגבה מיתומים ולקוחות או שלא בפניו על ידי קיום השטר והקיום אינו מועיל כי שמא טרח לזייף השטר בטוב עד שסבורים העדים שהיא חתימתן כי ההיא דגט פשוט (ב"ב דף קסו.) דמנח ידיה אזורנוקא וכתב שרבא בעצמו היה סבור שהיא חתימתו ומיהו מלוח עצמו יכול להיות שיגבה על ידי קיום לפי שהוא יודע באמת שהוא מזויף יטרח לסתור ראייתו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' שאם הלוח בפנינו בשעת מציאת השטר וטוען מזויף הרי זה פוסל את השטר ולא מהני ביה תו קיום, דחיישינן לזיוף מעליא, אבל אם אין הלוח בפנינו מחזירין את השטר וכשיבא לגבות מלקוחות או שלא בפנינו טענינן להו מזויף ויכול המלוח לקיים השטר ולגבות בו הואיל ובא לידו בהיתר.

וקשה דגם כשאין הלוח בפנינו למה לא טענינן מזויף מיד, וכיון דאיתרע בנפילה יפסל השטר ולא מהני ביה תו קיום, ואם מחזירין אותו למלוח הרי איתחזק בהיתר ואם טעין להו מזויף מהני קיום, ולמה לא טענינן מזויף מיד ויבוטל השטר.

ונראה דהא דמהני טענת מזויף לבטל השטר לא הוי מדין טענה אלא מדין ריעותא, דמלבד הריעותא דנפילה איכא נמי ריעותא נוספת במה שהלוח טוען בודאי שהשטר מזויף, דבמקום נפילה אמרינן דאם הלוח טוען ברי שהוא מזויף צריכין לחוש לזיופי זייף וחתים, וכן מדויק ממה שכתבו התוס' דאיכא ריעותא דנפילה וגם טוען הלוח בודאי מזויף, כנ"ל, ועוד דהא בכל טענת מזויף לא בעינן טענת ברי, כמו שכתב התוס' רי"ד בכתובות (דף יח:), ועיימש"נ בשופרא דשטרא שי"ד פי"ד, והכא כתבו התוס' דדוקא טענת ברי דמזויף פוסל השטר, ומסתברא דהיינו טעמא משום דבמקום נפילה אם הלוח טוען ברי שהוא מזויף הרי זו ריעותא נוספת המבטלת השטר, כמש"נ, ולפי זה יש לומר דכל דין טענינן לא הוי אלא בדין טענה של האב או המוכר, דכל שיש לו חכ לטעון טענינן ליתומים ולקוחות, אבל אם טענתו מהני מדין ריעותא לא יועיל לזה דין

טענין, דהא ליכא ריעותא אלא אם כן הוא עצמו עומד בפנינו וטוען ברי שהוא מזויף, כמש"נ.

עוד יש לומר בפירוש דברי התוס' דהרי בשטר הנמצא אין הנידון על ענינו של שטר, ואין אנו דנין אם הלוח חייב למלוה או לא, אלא הנידון הוא השבת אבדה, ואנו דנין על גוף השטר של מי הוא, ואם הלוח טוען מזויף בשטר הנמצא אין זו טענת נתבע להציל עצמו מתביעת התובע, שהרי אין המלוה תובע כלום מן הלוח, והוא תובע השבת אבדתו מבית דין, ואם הלוח טוען מזויף כל שכן שהוא מודה שהשטר נפל מן המלוה ולא ממנו, והרי טענת מזויף בכהאי גוונא היא תביעה לבית דין דיתפסו מן המלוה השטר המזויף כדי לעכבו מלהזיק ללוח לאחר זמן כשיבא לגבות ממנו החוב הכתוב בשטר מזויף זה, והרי טענת מזויף בכהאי גוונא לא הוי טענת נתבע אלא טענת התובע, ומשום הכי אין בו דין טענין, דלא טענין להוציא אלא להחזיק, ורק בנתבע שצריך לענות על טענת התובע ואינו בפנינו אנו טענין ליה, ועיימש"נ בשופרא דשטרא שט"ו פ"ז.

פרק ח

בו תתיישב שיטת הרשב"א בתוס' דטענין ללוקח טענת המוכר שנאמן לטעון מינך זבינתה במיגו דלא היתה שלך מעולם אף שהלוקח הודה שהיתה של המערער, דלמה לא אזלינן בתר הודאת בעל דין, גם איך כתב שהלוקח הוא כעד אחד כנגד המוכר והרי בעל דבר הוא.

[בבא בתרא ל.] ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר ליה מפלניא זבינתה דזבנה מינך אמר ליה את לאו קא מודית דהאי ארעא ידי היא ואת לא זבינתה מינאי זיל לאו בעל דברים ידי את אמר רבא דינא קאמר ליה, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה לאו קמודית וז"ל: אבל בעובדא דהכא וכו' אי הוה טעין קמי ידי זבנה מינך או דר בה חד יומא היה נאמן אע"פ שלא החזיק שלש שנים מיגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם אבל ודאי השתא דאמר מפלניא זבינתה דזבנה מינך והודה שהיתה שלו תו לא מצי למיטען קמי ידי זבנה מינך או קמי ידי דר בה חד יומא מיגו דאי בעי אמר בתחלה לא היתה שלך מעולם דמיגו למפרע לא אמרינן כדמוכח לקמן (דף מא:) וכו' ובעובדא דידן אי הוה מייתי המחזיק סהדי דדר ביה חד יומא נראה לרשב"א דהוה ליה לאוקומי ארעא בידיה אע"ג דליכא מיגו מכל מקום טענין ללוקח מאחר שהיה המוכר נאמן לומר זבינתה מינך במיגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם ואע"ג דהאי לוקח ידע שהיתה שלו והוי כחד סהדא מכל מקום הוי מיגו כדמשמע לקמן (דף לג:) גבי נסכא דרבי אבא דאי לא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע היה נאמן לומר דידי חטפי במיגו דאי בעי אמר לא חטפי והיה מכחיש את העד והכא לא הוי מחויב שבועה דאין נשבעין על הקרקעות וכהאי גונא מצינו בסוף המוכר את הבית (דף ע:) גבי המפקיד אצל חבירו בשטר דאע"ג דלא טענין ליתמי נאנסו אפילו הכי טענין להו החזרתיו לך כיון שאביהם היה נאמן בטענה זו במיגו דאי בעי אמר נאנסו ואומר ר"י דלא דמי לההיא דהמוכר את הבית דהכא אם היה רוצה המוכר לזכות בטענה זו דלא היתה שלך מעולם לא היתה מעכבה הלוקח שהרי יודע היה שהיתה שלו וכו', עכ"ל, יעו"ש.

והנה צריך עיון בדברי הרשב"א שהביאו התוס' דטענין ללוקח טענת המוכר שהיה נאמן לטעון מינך זבינתה מיגו דאי בעי טעין לא היתה שלך מעולם, ואע"פ שהלוקח הודה שהיתה של המערער, ולכאורה קשה דהא לעולם אזלינן בתר הודאת בעל דין, ואפילו אם עדים מסייעים לו והוא מודה כנגדם אמרינן דלגבי ידיה חשיבי העדים כמשקרים, ואם כן הכא שהלוקח מודה שהתובע יש לו חזקת מרא קמא היאך טענין ליה טענת מיגו שהיא כנגד הודאתו, וכסברת הר"י שהביאו התוס' כנ"ל.

ויתר על כן קשה טובא מה שכתבו התוס' בשם הרשב"א דהלוקח הוי כחד סהדא כנגד המוכר והיה מבטל המיגו של המוכר כדינא דנסכא דרבי אבא אי לאו דאין נשבעין על הקרקעות, והיאך יוכל הלוקח לחייב המוכר לישבע מדין עד אחד, והרי בעל דבר

הוא, ונהי דאין לפסול אותו מדין נוגע בעדותו שהרי הוא מעיד לחובתו ולא יבא לו שום תועלת מעדותו, מכל מקום בעל דבר הוא ובעל דבר פסול לעדות.

ובעיקר שיטת הרשב"א היה אפשר לומר דס"ל כשיטת הבעל המאור דטענין לא הוי מדין טענה כלל אלא מדין חשש, כמש"נ בשי"ג פ"ג, דכל היכא דאילו בא התובע כשהיה עדיין הממון ביד האב או המוכר היה יכול לפטור עצמו על ידי טענות מעולות צריכין בית דין לחוש לכך לטובת היתומים והלקוחות, ואם כן הכא הרי אם בא המערער לתבוע מן המוכר שדר בה חד יומא קודם שמכרה להלוקח הרי בודאי היה יכול לפטור עצמו בטענת מינך זבינתה מיגו דלא היו דברים מעולם, אם כן השתא נמי צריכין בית דין לחוש לטובת הלוקח שהמוכר לקחה מן המערער, ולא איכפת לן במה שהלוקח מודה בהחזקת מרא קמא של המערער, דהא ודאי קושטא הוא שהמוכר היה יכול לפטור עצמו מן המערער על ידי מיגו, והשתא נמי חוששין לטובת הלוקח.

אולם עיין בחידושי הרמב"ן שלמד גם כן כשיטת הרשב"א שהביאו התוס', אלא שלא הביא ראיה מהא דטענין להו החזרתי מיגו דנאנסו אע"ג דלא טענין להו נאנסו, דהא הרמב"ן כתב במלחמות שם דבודאי טענין להו נאנסו, דאם לא כן אם הרוס היסוד היאך יתקיים הבנין, יעו"ש, ומבואר מדבריו שם במלחמות דטענין לא הוי מדין חשש אלא מדין טענה, כמש"נ בשי"ג פ"ו, ואם כן לשיטת הרמב"ן הדרא קושיא לדוכתא, דהיאך טענין ליה טענת מינך זבינתה מיגו דלא היו דברים מעולם והלא איכא הודאת בעל דין מן הלוקח כנגד טענת לא היו דברים מעולם, וכנ"ל.

ונראה ליישב שיטת הרמב"ן עפ"י מש"נ בשי"ג פ"ו דס"ל דטענין לא הוי מדין טענת המוכר ולא מדין טענת הלקוחות, ולא אמרינן דעל ידי טענין חשבינן לה כאילו הלקוחות טוענים ברי לפנינו אע"ג דלא ידעי היכי הוי עובדא, אלא דין חדש הוא דבמקום יתומים או לקוחות טענין להו אנו, ותיקנו חכמים דבית דין עומדים במקום הבעל דבר, והטוען ונטען של התובע הוא עם בית דין ולא עם היתומים, ואע"ג דסוף הממון לבא לכיס היתומים, השתא מיהא בהדין תורה שלפנינו לא הוו היתומים הבעלי דבר אלא בית דין עומדים במקומם.

ומהאי טעמא ס"ל להרמב"ן דבעינן טענין גם על טענת נאנסו ובלאו הכי ליכא מיגו, דאם הרוס היסוד היאך יתקיים הבנין, דכיון דבית דין הם הבעלי דבר אין להם דין מיגו על טענת החזרתי אלא אם כן אית להו נמי דין טענת נאנסו בהך פרשה חדשה של טענין, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דכיון דפקע תורת בעל דבר מן היתומים והלקוחות ונכנסו בית דין תחתיהן להיות בעלי דבר וטוענים כנגד התובע, אם כן לא איכפת לן תו בהודאת הלוקח כנגד טענת המיגו דהא לא הוי בעל דבר במקום טענין ואין הודאתו חשובה כהודאת בעל דין, ובודאי אם היה הלוקח מודה שהקרקע של המערער היתה מהני הודאתו כיון שהודה שאינה שלו, אבל הכא אינו מודה בכך אלא שהוא כנגד טענת המיגו, וכיון דאין טענין ליה לא איכפת לן בהודאתו, כמש"נ.

ואם נאמר דגם הרשב"א שהביאו התוס' ס"ל כהרמב"ן דטענין לא הוי טענת הלוקח אלא דין חדש שבית דין עומדים במקום בעל דבר, כמש"נ, ופליג על הרמב"ן רק

במה שכתב דעל כרחך טענין נאנסו דאם הרוס היסוד לא יתקיים הבנין, כנ"ל,
והרשב"א ס"ל דאע"ג דלא טענין להו נאנסו מכל מקום טענין להו החזרתי מיגו
דנאנסו הואיל ובית דין בעצם יכולין לטעון טענה דלא שכיחא, ולפי זה נוכל לומר
דהואיל ופקע כל דין בעל דבר מן הלוקח ועמדו בית דין במקומו, כמש"נ, אם כן הוא
הדין נמי דחשיב כחד סהדא ואין בו פסול עדות של בעל דבר, והיה יכול לחייב המוכר
שבועה אם לאו דאין נשבעין על הקרקעות.

פרק ט

בו יבואר קושית רב פפא באחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו שטרות יוצאין על שמו שאם מת על האחין להביא ראיה דכלום טענינן ליתמי מידי לא טען להו אבוהון, ומה שהקשה הרשב"ם על רב פפא מהא דהבא משום ירושה אינו צריך טענה.

[בבא בתרא נב.] איתמר אחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאין על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אבא אמר רב עליו להביא ראיה ושמאל אמר על האחין להביא ראיה אמר שמאל מודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה מתקיף לה רב פפא כלום טענינן להו ליתמי מידי דלא טען להו אבוהון והא רבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בלא ראיה בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר כדשלח רב הונא בר אבין דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן קשיא, יעו"ש.

ונחלקו הראשונים בטעמא דרב דאם מת על האחין להביא ראיה, הנמוקי יוסף ס"ל דהיינו טעמא משום דטענינן להו דאילו הוה אבוהון קיים הוי מיתמי ראיה, יעו"ש, ואע"ג דאין בזה תורת טענה כלל, מכל מקום גם זה אתי בכלל תורת טענינן, דחוששין לכל מה דאיכא למיחש לזכות היורשין, ועיימש"נ בשי"ג פ"ג, אבל הרשב"ם והתוס' פירשו דטעמא דרב דעל האחין להביא ראיה לא הוי משום טענינן אלא משום דלית בהו ריעותא במה שאין להם ראיה.

וכתב הרשב"ם וז"ל: עליו להביא ראיה שהממון לו אע"פ שכתובין השטרות בשמו דכיון שהיה הוא לבדו נושא ונותן בנכסים שנכתבו על שמו וכדמפרש לקמיה שאין חלוקין אפילו בעיסתן דכיון דלא נודע מעולם מאיזה צד יבא לו ממון בלא אחיו אין לתלות השטרות אלא בממון האב ואינו יכול להוציא הממון מחזקת האב ולקמן מפרש ראיה במאי וכו' שאם מת ויש לו בנים ליורשו על האחין להביא ראיה דכיון דיתמי לאו בני איתויי ראיה נינהו ואין יודעין לחפש זכותן וגם השטר מוכיח שהיה ממון של אביהן על שכנגדו להביא ראיה אבל כשהאח עצמו קיים היה מטיל רב עליו להביא ראיה דאם איתא דשלו הוא ממון זה יכול לחפש ולמצוא ראיה ואם לא ימצא ראיה יפסיד עכ"ל, יעו"ש.

וכן כתבו התוס' דהיינו טעמא משום דשטרא מוכחא מילתא דשלו הן, אבל גבי ידידה אמרינן דמדלא הביא עדים איתרעא חזקתו ומוקמינן לה בחזקת הירושה, אבל ביתמי דליכא למימר הכי סמכינן על מאי דמוכחא מילתא דשלו הן, ורב פפא דפריך מזוגא דסרבלא ס"ל דדמיא לאונות ושטרות יוצאין על שמו, יעו"ש, והדבר צריך ביאור.

אלא דצריך עיון לפי שיטתם מאי פריך רב פפא כלום טענינן להו ליתמי מידי דלא טען להו אבוהון, הא שפיר עדיפי יתמי מאביהם, דהרי מוכחא מילתא דשטרא ולית בהו ריעותא במה שאינם יכולים להביא ראיה, מה שאין כן אביהם אינו נאמן דאילו היה האמת כדבריו היה מביא ראיה על כך, וכתב על זה הרשב"ם וז"ל: כלום טענינן

להו ליתמי כו' בתמיה אילו היה אביהן קיים היינו מחזיקין הממון ביד אחין עד שיביא ראייה שאינו שלהן ולפי שמת יפה כחן של יתומים ממנו ויפסידו אחין בתמיה ואע"ג דאמרין (לעיל דף מא:) טוענין ליורש גבי חזקת שלש שנים שאע"פ שלא דר בו אביו אלא יום אחד וזה החזיק שלש שנים אחרי כן הוא חזקה ואע"ג דאבוהון לא מהניא ליה חזקת שלש שנים לומר לקוח הוא בידי אלא אם כן יש עמה טענה אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה וגבי בנו לא בעינן טענה זו אלא מאבי ירשתי אלמא טענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון למטען לא דמי דהתם נמי אין טוענין בשביל היתומים אלא שאביהן קנאה מן המערער כמו שהיה הוא האב יכול לטעון ולפיכך הוא חזקה אע"ג דלא טענו מידי אבל הכא האב לא מצי טעין לאחין שיביאו ראייה ואין היכי נטעון במקום היתומים כן עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק טובא בדברי הרשב"ם, דלמה לא יהא כח היתומים יפה מכח אביהם כיון דכנגדם ליכא ריעותא דמדלא הביאו ראייה וכנגד האב איכא הך ריעותא, ואין לומר דהיינו טעמא משום שהאחין כבר זכו בחיי האב והוחזקו בו הואיל ולא היה האב נאמן לטעון שלי הוא, דאם כן ליכא לאקשוויי מהא דהבא משום ירושה אינו צריך טענה, דהרי התם שפיר היה יכול האב לטעון אתה מכרת לי, ועוד דמנלן דאין להאב ראייה, דילמא היה טוען שלי הוא והיה מביא על כך ראייה, ועל כרחך צריך לומר דאע"ג דעדיין לא זכו בו האחין וליכא ריעותא בטענת היתומים עדיין אין ליפות כחן מכח אביהן, וצריך עיון למה.

ועוד קשה מה שהקשה הרשב"ם על רב פפא מהא דתנן לעיל (דף מא.) כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה כיצד אמר לו מה אתה עושה בתוך שלי והוא אמר לו שלא אמר לי אדם דבר מעולם אינה חזקה שמכרת לי שנתת לי במתנה אביך מכרה לי אביך נתנה לי במתנה הרי זו חזקה והבא משום ירושה אינו צריך טענה, יעו"ש, והיכן ראה הרשב"ם התם דיפה כח היורש, הלא היורש טוען מאבי ירשתי והאב טוען לא אמר לי אדם מעולם, ושפיר גרע טענתיה, ובאמת אילו היה האב טוען מאבי ירשתי היה נאמן, כי היכי דבנו נאמן בטענה זו.

ובכלל קשה מה היתה ההוה אמינא של הרשב"ם דירוש אינו צריך טענה לא הוי משום דטענינן ליה אתה מכרת לי אלא משום דאהני טענת מאבי ירשתי גרידא, ודומה הך טענה לטענת לא אמר לי אדם מעולם, והלא גמרא מפורשת היא לעיל (דף כג.) דטעמא דהבא משום ירושה אינו צריך טענה הוא משום דטוענין ליורש, וכמו שכתב הרשב"ם בתירוצו וכמו שבאמת הביא גם בקושיתו, יעו"ש, וכן יש להקשות על מה שכתב הרשב"ם במתניתין שם (דף מא.) וז"ל: משום ירושה וכו' אינו צריך טענה לומר היאך בא ליד אביו דאין אדם בקי בקרקעות אביו היאך באו לידו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומשמע שלא הוי מדין טענינן אלא הוא טוען מאבי ירשתי, וכמו שכתב הרשב"ם בקושיתו, ומהני טענתו הואיל ואינו בקי בקרקעות אביו, דאילו משום טענינן אתינן עלה הרי אית ליה טענת ברי של אתה מכרת לי, דהיינו גופא דין טענינן בכל מקום,

ולמה ליה טעמא דאין אדם בקי בקרקעות אביו, ועל כרחך לאו מדין טענינן אתינן עלה, כמש"נ, וקשה מדברי הגמרא הנ"ל ומדברי הרשב"ם בסוגיין.

והנה הני אונות ושטרות היוצאין על שם האח הנושא ונותן בתוך הבית יש לדון בחזקת מי הם קודם שהתחילו בטענות, שהרי איכא למימר שהשטר מעיד עליו בתורת אדם פרטי ואיכא נמי למימר שמעיד עליו בתורת אפוסטרופוס על נכסי הירושה, ואם כן מי מוחזק בהחוב, הנושא ונותן או האחין, ומוכח בסוגיין דהסתמא היא שנכתבו בשמו בתורת אדם פרטי, דאם הסתמא היא שנכתבו בשמו בתורת אפוסטרופוס, והאחין הם המוחזקין, אם כן היאך סלקא דעתין דנטעון ליתמי דנושא ונותן ועל האחין להביא ראיה, ובמה יצא החוב מחזקתם, אלא נראה דקודם הטענות הנושא ונותן מוחזק בהחוב, דמסתמא נכתבו על שמו בתורת אדם פרטי, והיינו מה שכתבו הרשב"ם והתוס' דמוכחא מילתא דשטרא, אלא דכיון שהוא בפנינו וטוען שלי הוא שירשתי מבית אבי אמא ואין לו ראיה על כך איתרעא טענתיה ואבד חזקתיה, דאילו היה האמת כדבריו היה יכול להביא ראיה, אבל אם מת על האחין להביא ראיה, דהואיל והחוב היה בחזקתו עבר לחזקת היורשין, וגבי ידיהו ליכא ריעותא של מדלא הביא ראיה, דהא אינן יודעין לחפש זכותן, וממילא נשארו בחזקתן, ועל האחין להביא ראיה.

ופריד רב פפא כלום טענינן להו מידי ליתמי דלא טען להו אבוהון, דכיון דאביהן לא היה נאמן לטעון שלי הוא גם היתומים אין נאמנים, דאין ליפות כח היתומים מכח אביהן, כן פירש הרשב"ם, וכונתו דהא דהיתומים יכולים לטעון של אבינו היה החוב הוא משום דבאים מכח האב ועומדים במקומו, ואם האב לא היה יכול לטעון שלי הוא משום דריע טענתיה מדלא הביא ראיה, לא אמרינן דבאמת אית ליה דין טענה דשלי הוא, ורק דאיכא ראיה והוכחה כנגדו, אלא אמרינן דבמקום דאיכא הוכחה כנגדו ריע טענתיה, ואין לו דין טענה כלל, וממילא גם היורשים אין להם דין טענה, ואע"ג דליכא הוכחה כנגדם, כמש"נ.

והביא ראיה על כך מזוגא דסרבלא, דאע"ג דהוי דברים העשויים להשאל ולהשכיר, מכל מקום קודם שהתחילו הטענות בודאי הוי בחזקת מי שהחפץ בידו, דהסתמא היא דמי שאחוז בו הוא שלו, ודומה ממש לאונות ושטרות היוצאין על שמו דהם בחזקת הנושא ונותן קודם שהתחילו הטענות, כמש"נ, אלא דכשהתחילו הטענות והוא טוען לקוח הוא בידי ואין לו ראיה על כך ריע טענתיה ואבד חזקתיה, דהואיל והיה מן הדברים העשויים להשאל ולהשכיר הוה ליה לאסוקי אדעתיה דיתבענו והיה לו להכין לעצמו ראיות ולהביאם, והואיל ואינו יכול לברר טענתו ריע טענתו ובטלה חזקתו, ואע"ג דגבי יתומים ליכא הך ריעותא, דהא אין יודעין לחפש זכותן, מכל מקום היה רבא מוציא גם מיד היתומים, הרי להדיא דאין ליפות כחן על כח אביהן, וכיון דאביהן לא היה לו זכות ודין לטעון לקוח, כמש"נ, גם היתומים אין להם דין טענת לקוח, ולא מהני לכך טענינן הואיל ודין טענה זו לא שייך גביהו כלל, ודין חזקת מטלטלין גבי דברים העשויים להשאל ולהשכיר והמוכחא מילתא דאונות ושטרות

ענינם חד הוא, כמש"נ, וחזינן דאם האב אין לו דין טענה בכהאי גוונא גם היתומים אין טענתם מועילה להם, דאין להם יפוי כח, וכמש"נ.

ובההיא דחזקה שאין עמה טענה כתב הרשב"ם דאבוהון לא מהני ליה חזקת שלש שנים לומר לקוח הוא בידי אלא אם כן יש עמה טענת אתה מכרת לי וכו', כנ"ל, והרי דין זה לא הוזכר במתניתין אלא אמירת לא אמר לי אדם מעולם, ולכאורה מוכח מכאן דהרשב"ם למד דזהו הפירוש של לא אמר לי אדם מעולם, כלומר לקוח הוא בידי ולא מיחה שום אדם בידי כל שלש שנים של החזקה ועכשיו איני רוצה לברר טענתי אלא שלי הוא ובחזקתי הוא, וטעמא דלא מהני טענה זו היא משום דצריך לברר טענתו, ואם לא בירר ריע טענתיה ואבד חזקתו, ואעפ"כ אם בא היורש בטענה הדומה לטענתו, וטעין מאבי ירשתי אהני ליה חזקתו, והלא הכא נמי טענתו היא שהקרקע שלו ובחזקתו לגמרי ורק דאינו יכול לברר היאך בא לידו, ואם טען כן אגן טענינן ליה שזה המערער מכרה לאביהם, ולמה לא נאמר דכמו דאצל האב הוי טענת לקוח בלי בירור טענה גרועה, כמו כן אם היורש טען כן הוה ליה טענה גרועה, ואבד חזקתו ותו לא מהני ליה טענינן, אלא חזינן דיפה כח היורש מכח האב ולא ריע טענתיה בטענת לקוח שאינה מבוררת, אע"ג דגבי האב ריע טענתיה, וקשה לרב פפא.

ועל זה תירץ הרשב"ם דלא דמי, דכיון דעל ידי דין טענינן אית להו להיורשין טענה מעליא דאתה מכרת לי, דהך טענה היה מהני גבי אביהם נמי, אם כן לא איכפת לן במה שהם עצמם טוענינן טענה גרועה דמאבי ירשתי, דדל מהכא טענה זו אית להו טענה מעליא על ידי דין טענינן, מה שאין כן גבי אונות ושטרות וגבי דברים העשויים להשאל ולהשכיר דכל טענה המועילה להם לא היתה מועילה לאביהם, ואין ליפות כחן מכח אביהם, ואע"ג דגבי דידהו ליכא הריעותא, מכל מקום כיון דאביהם לא היה לו דין טענה המועילה גם אצלם לא מהני, וכמש"נ.

ולפי זה שפיר מובן מה שכתב הרשב"ם במתניתין דהבא מכח ירושה אינו בקי בקרקעות אביו, דאילו לא היה טוען כלל אגן בודאי טענינן ליה כמו בכל מקום, אבל הכא הוא עצמו טען מאבי ירשתי דהוי טענה גרועה כמו לא אמר לי אדם מעולם, כמש"נ, ולכן אילו היה בקי בקרקעות אביו היתה ריע טענתיה, ואע"ג דאצל אביו ריע הך טענה ואין ליפות כח היורש, מכל מקום שפיר טענינן ליה טענת אתה מכרת לאבי ואהני ליה חזקתו הואיל ואינו בקי בקרקעות אביו.

פרק י

בו יבואר מה שכתבו התוס' דאף אם במלוה בשטר אין הלוח יכול להשביע את המלוה דלא פרע לו טענין להו ליתמי כן אע"ג דלא טענין ליתמי מידי דלא מצי אבוהון לטעון, וגם מה שהוכיחו כן מהכותב לאשתו נקי נדר נקי שבועה דלא תפרע מן היתומים אלא בשבועה.

[שבועות מא.] אמר רב פפא האי מאן דאפיק שטרא על חברה ואמר ליה שטרא פרוע הוא אמרינן ליה לאו כל כמיניך זיל שלים ואם אמר לשתבע לי אמרינן ליה אשתבע ליה אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי ומה בין זה לפוגם את שטרו אמר ליה התם אע"ג דלא טעין איהו טענין ליה אפן הכא אמרינן ליה זיל שלים ליה ואי טעין ואמר אשתבע לי אמרינן ליה זיל אשתבע ליה, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו וז"ל: ואם תאמר תקשה ליה אמתניתין (לקמן דף מה.) דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וטעמא משום דלמא אי הוה אבוהון קיים הוה טעין ואמר אשתבע לי אלמא מצי משתבע ליה ומיהו נראה דטעמא לאו משום הכי הוה דאפילו לא מצי אבוהון טעין טענין ליתמי דבפרק הכותב (כתובות דף פו:) אמרינן כתב לאשתו נקי נדר נקי שבועה לא תפרע מן היתומים אלא בשבועה אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפילו במקום שאין האב יכול להשביע עכ"ל, יעו"ש.

ויש להקשות על מה שכתבו התוס' דאפילו לא מצי טעין אבוהון אישתבע לי דלא פרעתיך טענין להו ליתמי דהלא גמרא מפורשת היא בב"ב (דף נב.) מתקיף לה רב פפא כלום טענין להו ליתמי מידי דלא טעין להו אבוהון, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ג פ"ג, ועוד קשה מה שהביאו התוס' סמך לדבריהם מהא דאמרינן בכתובות נקי שבועה לא תפרע מן היתומים אלא בשבועה, כנ"ל, והלא התם לא הוי מדין טענין כלל, אלא אביהם האמין לאשתו בלא שבועה אבל היתומים מעולם לא האמינוה ולפיכך לא תפרע אלא בשבועה, ויש לדחות דהתוס' אזלי בשיטת הרשב"ם בב"ב שם דלא מיירי רב פפא בדין טענין כלל, ועיימש"נ בשי"ג פ"ט.

ונראה ליישב דברי התוס' עפיש"נ בשופרא דשטרא שי"ד פי"א דהשבועה שנתחייב המלוה ליטבע כשהלוה טוען אישתבע לי דלא פרעתיך לא הוי שבועה חדשה, אלא שבועת היסת מוקדמת היא, דאם פרע הלוח למלוה כפי מה שכתוב בשטר יכול אחר כך לחזור ולתבוע מן המלוה שגבה ממנו שלא כדין ולחייבו שבועת היסת, ותיקנו חכמים שבועת אישתבע לי דלא פרעתיך דיכול להשביע אותה שבועת היסת מיד, ואף קודם שפרע לו חובו כאילו כבר פרע וחוזר וגובה ממנו, יעו"ש, ועיין ברי"ף בסוגיין שכתב דזה תלוי במחלוקת וז"ל: איכא מאן דאמר דהאי שבועה שבועת היסת היא ואיכא מאן דאמר כעין שבועת התורה היא ואפן סבירא לן כמאן דאמר כעין שבועת התורה דומיא דפוגם שטרו עכ"ל, יעו"ש.

ולפי זה יש לפרש דברי התוס', דבדאי אין טוענין ליתומים מאי דלא מצי טעין אבוהון, כדאיתא בב"ב כנ"ל, ומכל מקום איכא למימר דטענין ליתומים אישתבע להו דלא פרעתיך אף אם אביהם לא מצי טעין כן, שהרי יסוד טענת אישתבע לי דלא פרעתיך הוא הטענה שהוא גבה ממנו שלא כדין, וטענה זו שייכת אצל אביהם, וממילא טענין לה להיתומים, ורק דסלקא דעתין דאביהם אינו יכול לטעון טענה זו עד שכבר פרע למלוה, ורק אז יכול לחזור ולתבוע ממנו ולחייבו שבועת היסת, מה שאין כן יתומים טענין להו הך טענה מיד ויכולין להשביעו אף קודם שפרעו, ונמצא דלא עדיפי יתומים מאביהם לגבי עצם הטענה אלא דלגבי דידהו מקדימין הטענה, וטענין להו מיד מה דאביהם מצי טעין לאחר הפרעון.

והביאו התוס' ראייה דיכולין ליפות כח היתומים על כח אביהם היכא דלא עדיפי בכח הטענה עצמה מסוגיא דכתובות דנקי שבועה לא תפרע מן היתומים אלא בשבועה, דלא איכפת לן במה דבפועל עדיפי יתומים מאביהם, דהא בעצם כח הטענה לא עדיפי יתמי מאביהם, ולא יפה כחם אלא בדבר צדדי, דהאב האמין לאשתו בלי שבועה אבל הם לא האמינוה, ולא אמרינן דזכתה אצל האב שתוכל לגבות בלי שבועה והוא הדין אצל היתומים, והכא נמי גבי אישתבע לי דלא פרעתיך לא איכפת לן במה שבפועל יפה כח היתומים דמקדימין טענתם לגבית המלוה, ולא אמרינן דכבר זכה המלוה אצל האב שיוכל לגבות בלי הקדמת שבועה והוא הדין אצל היתומים, אלא טענין להו ליתמי מיד וצריך לישבע קודם שיגבה, ואע"ג דאביהם לא היה יכול להשביעו, אין זה משום יפוי כח היתומים בעצם הטענה אלא בהקדמה, וכמש"נ.

פרק יא

בו יבואר מה שכתב הנמוקי יוסף דבאמר לו מנה לי בידך ואמר לו הן לרש"י אין טוענין לו אחר כך משטה הייתי בך אבל להרמב"ם כל שאינו מודה בההודאה טענין ליה אחר כך משטה הייתי בך, וגם יתבאר היכן ראה הנמוקי יוסף דנחלקו בזה רש"י והרמב"ם.

[סנהדרין כט.] תניא נמי הכי מנה לי בידך אמר לן הן למחר אמר לו תנהו לי אמר לו משטה אני בך פטור ולא עוד אלא אפילו הכמין לו עדים אחורי גדר ואמר לו מנה לי בידך אמר לו הן רצונך שתודה בפני פלוני ופלוני אמר לו מתיירא אני שמא תכפיני לדן למחר אמר לו תניהו לי אמר לו משטה אני בך פטור וכו' אם לא טען אין טוענין לו וכו' אמר אביי לא שנו אלא דאמר משטה אני בך אבל אמר לא היו דברים מעולם הוחזק כפרן אמר ליה רב פפא בריה דרב אחא בר אדא הכי אמרינן משמיה דרבא כל מילי דכדי לא דכירי אינשי, יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה ואם לא טען וז"ל: משטה הייתי בך כשהודיתי אלא אמר לא אתן לך הבא עדים שהלויית לי אין טוענין בשבילו אלא אומרינן לו אחרי שהודיתה לך שלם עכ"ל, יעו"ש, ובנמוקי יוסף הביא דברי רש"י ואחר כך כתב וז"ל: אבל הרי"ף והרמב"ם ז"ל פירשו דהא דאמרינן דקא טעין איהו אף בדלא אהדר משטה אני בך מיירי אלא אפילו אמר לא היו דברים מעולם פטור והא דאמרינן אבל אנן לא טענין ליה היינו לומר שאם מודה שהודה לו אלא שכופר בעיקר החוב חייב דכיון שהוא מודה בהודאה צריך ליתן טעם לדבריו למה הודה ואם לא טען אין טוענין לו, עכ"ל, יעו"ש. ועיימ"ש בב"י סי' ל"ב על דברי הנמוקי יוסף וז"ל: ולי נראה שאין חילוק בין שני הפירושים דלדברי שניהם אם מודה שהודה צריך ליתן טעם לדבריו ואם אינו מודה שהודה גמרא ערוכה היא דפטור כדאיתא נמי התם אמר אביי לא שנו אלא דאמר משטה אני בך אבל אמר לא היו דברים מעולם הוחזק כפרן אמר רב פפא בריה דרב אחא בר אדא הכי אמרינן משמיה דרבא כל מילתא דכדי לא דכירי אינשי ופרש"י כלומר ואותה הודאה דברי רוח היו שהשטה בו לא דכירי אינשי ושכח אותה הודאה וידוע דאביי ורבא הלכה כרבא עכ"ל, יעו"ש, וכיון שכן דלית מאן דפליג דהלכה כרבא בהא מילתא ואם אמר לא היו דברים מעולם פטור על כרחך אין כונת רש"י במה שכתב דטעין לא אתן לך הבא עדים שהלויית לי לטענת לא היו דברים מעולם אלא לטענה אחריתי, וצריכים לעיין בהך טענה דסוף סוף מאי טעין לגבי הודאתו, ועוד דהיכן ראה הנמוקי יוסף דהרי"ף והרמב"ם פליגי על רש"י בנוגע טענה זו ממה שפסקו כרבא דאם טעין לא היו דברים מעולם פטור, וכקושיית הב"י כנ"ל.

ועיין בהמשך הסוגיא ההוא דהוה קרו ליה קב רשו אמר מאן מסיק בי אלא פלוני ופלוני אתו תבעוהו לדינא קמיה דרב נחמן אמר רב נחמן אדם עשוי שלא להשביע את עצמו, יעו"ש, ומבואר בהראשונים דטענת משטה אני בך מועילה במקום תביעת המלוה, וטענת שלא להשביע היא רק כשלא תבע ליה, ויש מן הראשונים שדייקו דרב נחמן תלה שהודה רק כדי שלא להשביע את עצמו אע"פ שהוא עצמו לא טען כן, ואע"ג

דלא טענינן ליה משטה הייתי בך מכל מקום טענינן ליה טענת שלא להשביע, וכן כתבו
 התוס' והרא"ש ובעל המאור, אבל בנמוקי יוסף כתב דגם טענת שלא להשביע לא
 טענינן ליה, ומיירי שטען כן קמיה דרב נחמן אלא שהתלמוד לא חש להזכירו, יעו"ש.
 ולהנך דעות דבטענת שלא להשביע אע"ג דלא טעין איהו אגן טענינן ליה לכאורה
 פשוט הוא דאין זה דין טענינן שמצינו בכל מקום דטענינן ליתמי וללקוחות, דהך דינא
 הוא רק כשאין הבעל דבר בפנינו, כגון שהלך למדינת הים, או שבא לתבוע מן היתומים
 ולקוחות, דבכהאי גוונא אמרינן פתח פיד לאלם, כדאיתא בפרק שלישי דכתובות (דף
 לו.), ואע"ג דלא ידע למיטען טענינן ליה אגן וחשבינן ליה כטענת ברי, אולם הכא
 שהבעל דבר בפנינו ויכול לטעון מעצמו בודאי לא שייך פתח פיד לאלם, ואין לנו לטעון
 בשבילו מה שאינו טוען מעצמו, אלא הך טענינן דסוגיין לא הוי מדין טענה כלל, והדין
 בסוגיין הוא אם איתא כאן הודאה בפנינו ורק דיש לו טענות המועילות לבטל הודאתו,
 או אם בכלל לא חשיבא הודאתו כלל, וס"ל להנך דעות דהיכא דתבע ליה והודה אז
 בודאי איתא כאן הודאה בפנינו ורק דכל זמן שלא אמר אתם עדיי יכול לטעון משטה
 הייתי בך ולבטל ההודאה, אבל כל כמה דלא טען הודאתו קיימת, ואם כן אי לא טעין
 אגן לא טענינן ליה, אבל כשהודה לו בלא תביעת המלוה אז אמרינן דכיון דאדם עשוי
 שלא להראות עצמו עשיר בודאי זאת היתה כונתו ואין אנו רואין כאן הודאה כלל, ולא
 איצטריך לטענתו לבטל ההודאה, אלא מתחלה לית כאן הודאה בפנינו הואיל וידוע
 דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו, והיינו המכוון במה שכתבו הנך ראשונים דאי לא
 טעין אגן טענינן ליה, כלומר דנקטינן כן מן הסתמא ולא איצטריך לטענתו כלל, ודעת
 הנמוקי יוסף היא דאף בלא תביעת המלוה איכא הודאה בפנינו, ורק דטענת שלא
 להשביע מבטלת, ואם לא טעין איהו אין טוענינן לו אלא הודאתו עומדת במקומה.
 והנה בהא דנחלקו אביי ורבא בטענת לא היו דברים מעולם לכאורה נראה דאין
 פירוש רש"י בזה כפירוש הרמב"ם, דהרמב"ם למד דאליבא דרבא הך טענה גופא
 פוטר, והיינו טעמא משום דטענינן ליה אגן שהשטה בו ומשום הכי לא זכר הודאתו
 דמילי דכדי לא דכירי אינשי, וכן דייק הנמוקי יוסף מדבריו כנ"ל, ולפי זה הא דקאמר
 אביי דהוחזק כפרן היינו לומר דמשום הכי אין טוענינן לו, אבל עיין ברש"י ד"ה הוחזק
 כפרן וז"ל: ואין נאמן עליו בשבועה עכ"ל, הרי דאביי קאמר טעמא למה אינו נאמן,
 וקאמר דהיינו טעמא מפני שהוחזק כפרן, וקשה דוכי מפני שהוחזק כפרן אינו נאמן
 במה שאמר לא היו דברים מעולם, והלא מכחישין אותו שני עדים, ופשיטא דאינו נאמן
 כנגד עדים, אלא נראה דרש"י למד דמיירי שטען לא היו דברים מעולם והביא עדים
 כנגדו וחזר וטען משטה הייתי בך, אביי סבר דהוחזק כפרן לאותו ממון, כההיא דבבא
 מציעא (דף יז.) ושוב אינו נאמן בטענת משטה הייתי בך, ורבא סבר דמילי דכדי לא
 דכירי אינשי, ולא הוחזק כפרן, ונאמן במה שחזר וטוען משטה הייתי בך.
 וראה בזה הנמוקי יוסף פלוגתא בין רש"י והרמב"ם לענין טענינן, דהרמב"ם ס"ל
 דגם הודאה לתביעת המלוה לא חשיבא הודאה כשלא אמר אתם עדיי, ונקטינן מן
 הסתם דהיה משטה בו אף אם לא טען כן בהדיא, אלא אגן תולין הודאתו בהשטאה כל

זמן דלא הוי היפך דבריו, ולא איכפת לן במה דטען לא היו דברים מעולם, דמילי דכדי לא דכירי אינשי, ורק היכא דמודה שהודה ואינו נותן טעם להודאתו אז אין פוטרין אותו משום השטאה, שהרי אית כאן הודאה גמורה ממנו השתא בפנינו, דמה לנו בהודאתו דמעיקרא הואיל ועומד ומודה בפנינו, אבל רש"י ס"ל דבעינן טענת השטאה לבטל ההודאה, ואם טען לא היו דברים מעולם לא ביטל הודאתו, ואם הוא לא ביטלו אן בודאי לא ניקום ונטעון בשבילו לבטל הודאתו, אלא הודאתו עומדת במקומה כל זמן שלא טען משטה הייתי בד, כמש"נ.

ומה שכתב רש"י דטען לא אתן לך הבא עדים שהלוית לי, כונתו דלא רצה לענות לו אודות ההודאה כלל, אלא אומר לו אם אתה רוצה להוציא ממני ממון צריך אתה לברר עצם ההלואה על ידי עדים, ואין בזה לא הודאה ולא כפירה לגבי הודאתו, ודמיה למה שכתב הרמ"א סי' פ"ב סעיף א' דאם טען מזויף וחזר וטען פרוע לא הוחזק כפרן, והיינו טעמא משום דטענת מזויף הוי כאומר ברר טענתך וחות לדינא, וכעין זה איתא גם בבית יוסף סי' פ' בשם תשובות הרשב"א, ועיימש"נ בשופרא דשטרא שי"ד פי"ד, וקאמר רש"י דבכהאי גוונא שלא טען כלום אודות ההודאה הרי הודאתו במקומה עומדת ונתחייב על ידה, דכל זמן שלא טען משטה הייתי בד אנו רואים הודאה מעליא בפנינו, והביא גונא זו לרבנותא, דלא מיבעיא כשטען לא היו דברים מעולם דאין תולים בהשטאה דהוי קצת כנגד טענתו, אלא אפילו אם אינו טוען כלום אודות ההודאה אין תולים בהשטאה.

שערי שבועות

שער יד: בענין מודה במקצת והעדאת עד אחד

ובו י"ט פרקים

פרק א

בו יבואר שיסוד פטור משיב אבידה הוא מדין מיגו מעליא שהיה יכול להשיב באופן שאינו צריך להתדיין כלל עם שכנגדו, ויתיישבו דברי רש"י שלפעמים פירש דהא דפטור מן השבועה הוא משום תקנתא דרבנן ולפעמים פירש דהא דפטור מן השבועה הוא מן התורה.

[**כתובות יח.**] ורבי אליעזר בן יעקב לית ליה משיב אבידה פטור וכו', ופירש"י וז"ל: ורבי אליעזר לית ליה משיב אבידה פטור מן השבועה בתמיה הא תקנתא דרבנן היא במס' גיטין (דף מח:): המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם וכיון דכי אינו תובעו נמי מחייב ליה שבועה הרי אין לך משיב אבידה גדולה מזה וחייב עכ"ל, יעו"ש, ועיין בנחלת דוד בפ"ק דבבא מציעא שהאריך בקושיות רבות על שיטת רש"י, ויבואר כאן בקיצור מה שקשה על דברי רש"י ומה שיש לומר בשובם.

והנה מדברי רש"י בסוגיין מבואר דהא דמשיב אבדה פטור מן השבועה הוא משום תקנתא דרבנן, וכפשטות משמעות לשון המשנה בגיטין, אולם עיימ"ש רש"י בבבא מציעא (דף ג.) על הא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חוב והאי בכוליה בעי דנכפריה והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: מפני מה אמרה תורה כו' ולא חשבו כמשיב אבידה לפטרו שלא כפר בכולו עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דס"ל לרש"י דמדין משיב אבדה היה לו ליפטר מן שבועת מודה במקצת אף מן התורה. וכן קשה ממה שכתב שם (דף ד:): על הא דסלעים דינרין מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש רבי שמעון בן אלעזר אומר הואיל והודה מקצת הטענה ישבע רבי עקיבא אומר אינו אלא כמשיב אבידה ופטור, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אינו אלא כמשיב אבידה מדהוה ליה למימר שתים והשטר מסייעו דכיון דלא פירש ניכרים הדברים ששנים היו לכך לא הוצרך לפרש דמיעוט סלעים שנים וכיון דאמר שלש משיב אבידה הוא וחכמים פטרו את משיב אבידה מן השבועה דתנן המוצא את המציאה לא ישבע וכו' (גיטין דף מח:): עכ"ל, יעו"ש, וגם שם צריכים לעיין למה נקט תקנתא דרבנן ולא פטור דאורייתא כמו שכתב גבי מילתא דרבה.

והתוס' פירשו דברי רבה דמפני מה אמרה תורה וכו' דרצונו לומר דיהא נאמן במיגו דאי בעי כופר הכל, וכתבו האחרונים דמהאי טעמא לא רצה רש"י לפרש כן משום דס"ל כהנך שיטות דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, ועיימש"נ בשי"ד פ"ב, ומכל מקום היה לו ליפטר הכא מן התורה משום משיב אבידה כיון שלא כפר בכולו, וצריכים לעיין מהי המעליותא של משיב אבידה, ובפני יהושע כתב ליישב דברי רש"י

דאע"ג דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה מכל מקום היכא דאיכא תרתי למעליותא, דאיכא מיגו וגם משיב אבידה, שפיר נפטר מן השבועה, ומתניתין דהמוצא מציאה מיירי בכהאי גונא דטוענו טענת ברי שאינה גמורה, כמו שכתב המהרש"ל בגמרא שם (גיטין דף נא.), ומשום הכי ליכא התם אלא משיב אבידה ולא מיגו ולא מיפטר אלא משום תקנתא דרבנן, ואע"ג דבגונא דרבי אליעזר בן יעקב נמי איכא תרווייהו, מיגו ומשיב אבידה, מכל מקום עדיין לא אסיק אדעתיה מילתא דרבה ולכן לא פריך אלא מתקנתא דמתניתין, יעו"ש בכמה מקומות, ובנחלת דוד הביא דברי הפני יהושע וכתב דישובו על סוגיין דחוק, ויעו"ש מה שהקשה עוד על דברי הפני יהושע.

ונראה דמבטא זה של משיב אבידה כונתו לכל היכא שנותן לו דבר מדעתו ורצונו אע"פ שהיה יכול להסתלק ממנו ולא ליכנס עמו בהתדיינות כלל, ותיקנו רבנן מפני תיקון העולם דכל מקום שהוא משיב אבידה יפטר מן השבועה, וקאמר רבה דגם לענין המיגו איכא מעליותא של משיב אבידה, ועדיף מיגו דאי בעי טעין לא היו דברים מעולם משאר מיגו, דבמיגו אחר כגון נאנסו במיגו דהחזרתי זכותו היא משום שהיה יכול לטעון טענה אחרת שהיה יכול לנצח על ידה, אבל טענת לא היו דברים מעולם עדיפא, דטענה זו לא מועילה משום טענה נצחת אלא משום דעל ידי כך נסתלק ממנו ולא נחית לדינא עמו כלל, אלא אומר לו אין לי דין ודברים עמך כלל, ועיימש"נ בשי"א פכ"ג, ואלימא מיגו כהאי גונא דהיה יכול להסתלק ממנו ממיגו דאי בעי טעין טענת נצחת, ובמיגו כזה יכול להיפטר גם מן השבועה, והיינו טעמא דרבה דרצה לפטור משום משיב אבידה, כלומר מיגו של משיב אבידה שדן עמו אע"פ שהיה יכול להסתלק ממנו.

והא דבמתניתין דגיטין תנא דבמוצא מציאה והודה בה במקצת פטור משבועה משום תקנתא דרבנן, ולא תנא משום מיגו, היינו טעמא משום דמיירי בכהאי גונא דלית ליה מיגו, וכפירוש המהרש"ל הנ"ל, ומכל מקום כיון שהיה יכול להסתלק ממנו בשעת מציאת החפץ שלא להגביהו, כמו שכתב רש"י בגיטין (דף נא:) דשבק לה ואזל, יעו"ש, שפיר קרי ליה משיב אבידה ופטורו משום תקנתא דרבנן.

ורש"י הוכרח לפירוש זה משום שיטתו דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, ולהדיא אמר רבה דמן התורה היה לו להפטר, ולכן למד דעדיפא מיגו דמשיב אבידה, כמש"נ, וכדי שלא יקשה על רבה ממתניתין דתנא טעמא דתקנתא צריך לאוקמי מתניתין בגונא דליכא מיגו, אבל באמת איכא לפרש בגונא אחרינא, כמו שכתב הנחלת דוד, ורק משום חידושו של רבה דאיכא מעליותא במיגו של משיב אבידה איצטרך לכך.

ושפיר מובן לפי זה למה כתב רש"י בסוגיין טעמא דתקנתא דרבנן, ואע"ג דהכא שייך פטור משיב אבידה דאורייתא שהרי יש לו מיגו שהיה יכול לכפור הכל דבבנו מעיז, דהא הך סברא דמיגו דמשיב אבידה מהני לאפטורי משבועה חידושו של רבה הוא, והכא מתמיה על רבי אליעזר בן יעקב וכי לית ליה לרבי אליעזר בן יעקב פטור משיב אבידה, ומשום חידושו של רבה אין לתמוה על רבי אליעזר בן יעקב, ושפיר הביא

רש"י משנה מוסכמת דמשיב אבידה פטור משבועה מפני תיקון העולם. וכן מובן למה כתב רש"י טעמא דתקנתא בסלעים דינרין ולא פטור דאורייתא של מיגו דמשיב אבידה, דיותר יש לפרש דברי רבי עקיבא על פי מתניתין מלאוקמי על פי חידושו של רבה, ועוד דלפי חדא אוקימתא היה נפטר מן השבועה במודה בשלש משום משיב אבידה אע"ג דאילו היה טוען שנים היה חייב שבועה, ואע"ג דלית ליה מיגו עדיין פטור משום משיב אבידה, ועל כרחך היינו מתקנתא דרבנן, ואע"ג דהתוס' שם כתבו דגם בכהאי גוונא איכא מיגו דמכל מקום עדיפא טענת שתים דנראה יותר נאמן הואיל והשטר מסייעו, אין זה מיגו גמור אלא מיגו של טענה מעולה, ומיגו כזה גרוע, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף יג.) בד"ה רב אסי, יעו"ש, וס"ל דמיגו גרוע אינו יכול לפוטרו מן השבועה אע"פ שהוא משיב אבידה, ועל כרחך דפטורו מפני תקנתא דרבנן. ועדיין קשה דכיון דחשיב משיב אבידה אפילו אם היה חייב שבועה בהודאה על שנים אם כן למה לא נפטר כל מודה במקצת מן השבועה מפני תקנתא דמשיב אבידה, דהרי לעולם היה יכול להודות בפחות ממה שהודה ואין בזה העזה הואיל ועדיין היה מודה במקצת, וכבר עמד על זה הפני יהושע שם (דף ד:) וכתב דמהאי טעמא הדגיש רש"י דהוה ליה משיב אבידה הואיל והיה יכול להודות בשנים והשטר מסייעו, יעו"ש, אולם עדיין לא נתיישב כל הצורך דסוף סוף מה שייד סיוע דשטרא לתקנתא דמשיב אבידה, וכי אינו יכול להודות בפחות בלי סיוע דשטרא. ונראה דלא חשיב משיב אבידה אלא היכא שהיה יכול להסתלק ממנו ולא להתדיין עמו כלל, אבל היכא שהיה מוכרח להתדיין עמו ורק בסכום פחות ממה שהודה, בכהאי גוונא לא תיקנו רבנן פטור משיב אבידה, ולפי זה נמצא דהיכא דאית ליה סיוע דשטרא לא היה צריך להתדיין עמו כלל, שהיה יכול לומר אני עומד על פשטות משמעות השטר דהיינו שנים ואיני רוצה להתדיין עמך כלל, בכהאי גוונא הוה ליה משיב אבידה, אבל כל מודה במקצת אית ביה התדיינות על כל מה דיודה, ושוב לא הוה ליה משיב אבידה אע"פ שלא היה מוכרח להודות בכל הסכום שהודה, ודע דלפי מסקנת הגמרא בכלל לא קשיא מידי דבכל מודה במקצת איכא סברא דאערומי קא מערים, כמו שכתב בפני יהושע, יעו"ש.

פרק ב

בו יובא מה שפירש המהרש"ל לדברי רש"י דלרבי אליעזר בן יעקב בטוענו קטן נחשב אין שור שחוט לפניך ומכל מקום אינו נחשב משיב אבידה מאחר שכבר נתחייב שבועה על ידי טענת עצמו, ויתיישב מה שהקשה המהרש"א על המהרש"ל דנמצא שלש מחלוקות בדבר.

[**מתובות יח.**] וליתני מודה רבי יהושע באומר לחבירו מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס שהוא נאמן אליבא דמאן אי אליבא דרבנן הא אמרי משיב אבידה הוי אי אליבא דרבי אליעזר בן יעקב הא אמר שבועה בעי דתניא רבי אליעזר בן יעקב אומר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כיצד מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס הרי זה נשבע וזהו שנשבע על טענת עצמו וחכמים אומרים אינו אלא כמשיב אבידה ופטור ורבי אליעזר בן יעקב לית משיב אבידה פטור אמר רב בטוענו קטן והאמר מר אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן וכו' אלא הכא בדבריה קמיפלגי וכו' רבי אליעזר בן יעקב סבר לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז והלכך לאו משיב אבידה הוי ורבנן סברי בו הוא דאינו מעיז אבל בבנו מעיז ומדלא העיז משיב אבידה הוי, יעו"ש.

ונחלקו רש"י והתוס' בפירוש הסוגיא, רש"י למד דהא דרבי יהושע לא מצי קאי אליבא דרבנן הוא משום דכיון דמשיב אבידה הוי אם כן גם בשור שחוט לפניך, שהלה תובעו, פטור מן השבועה, ולמה תפס גונא דאין שור שחוט לפניך, והתוס' פירשו דסיפא הוה קשה ליה, דתנא סיפא אם יש עדים אינו נאמן, ואם ס"ל כרבנן אף בכהאי גונא פטור מיגו דאי בעי טען פרעתי דבבנו מעיז ומעיז.

ובמהרש"ל הקשה דלפי מה דאמר רב דרבי אליעזר בן יעקב מיירי בטוענו קטן אם כן הדרא קושיין לדוכתא, דשפיר הוה מצי למימר דמודה רבי יהושע באומר לחבירו מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס, וקאי אליבא דרבי אליעזר בן יעקב דאית ליה משיב אבידה רק בכהאי גונא דאין שור שחוט לפניך דליכא תובע, ואינו מחייב שבועה אלא בטוענו קטן, ורבי יהושע מיירי בדליכא תובע כלל, ובשלמא לפירוש התוס' לא קשה מידי דסוף סוף ליהוי קשה סיפא דלמה אינו נאמן ביש עליו עדים היכא דלא תבעו הא אית ליה מיגו דפרעתי כולו הואיל ובבנו מעיז, אבל לפירוש רש"י דקושית הגמרא היתה דלמה מוקים לה כשאין תובעו, והלא אפילו תובעו פטור משום משיב אבידה, הוה מצי לאוקמי כרבי אליעזר בן יעקב דבתובעו לית ליה משיב אבידה.

ותירץ המהרש"ל וז"ל: והנראה בעיני דלא קשה מידי דבדאי מאי דמשני תלמודא דאיירי בתובעו קטן ובא בטענת אביו והוי טענה מעליותא לא הוה פירוש דהוה כטוענו גדול ממש אלא הוה טענה שמזיקו לישבע שלא יכול לומר לא אשבע עד שיגדל אבל מכל מקום חשבינן טענתו כאילו לא טענו מתחלה והוא הודה מתחלה שהוא חייב לאביו והאכילו פרס ואחר כך טוען זה שלא האכלת לאבי כלום דרבי אליעזר נמי סבר דבעי לישבע ואע"פ שאינו שור שחוט ואינו מודה רבי אליעזר דהוי משיב אבידה ממש אלא בלא טענו ברי כלל אף בסוף דומיא דמציאה דכהאי גונא הוי משיב אבידה ממש

אבל כל היכא דטענו ברי לא ס"ל לרבי אליעזר שום חילוק בין תובעו לאינו תובעו דלא
הוי שור שחוט ולעולם הוא נשבע ומתניתין משמע היכא דלא הוי שור שחוט לעולם
נאמן במיגו אפילו טען אחר כך זה שכנגדו ברי וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וביאור דבריו הוא דאין בכח טענת קטן לחייב הנתבע בשבועה, אבל היכא דכבר
נתחייב הנתבע בשבועה, כגון על ידי טענת עצמו, שוב מהני גם טענת קטן לתבוע אותה
שבועה ממנו, ואם אמר הלוח כיון שאני בא לישבע מדעתי ומרצוני בלי תביעה אני
רוצה להמתין ולישבע כשיגדל בן המלוה הקטן, אינו יכול לטעון כן, דלהא מיהא אהני
טענת קטן שיכול לתבוע השבועה הואיל וכבר נתחייב בה, וכל גרעון טענת הקטן הוי
רק לענין הא דאין בכח טענה זו יצירת חיוב השבועה מתחלה.

ונמצא לפי זה דהיכא דתובעו קטן הרי זה נחשב דאין שור שחוט לפניך, וחשבינן
ליה כמאן דליכא תובע הואיל ולא חשיבא טענת הקטן לחייבו שבועה ולא נתחייב אלא
מחמת טענת עצמו, אולם משיב אבדה נמי לא הוי, דמשיב אבדה לא הוי אלא היכא
דכל תשלומי החיוב לא הוי אלא מדעתו ורצונו בלי תביעה כלל דומיא דמציאה, אבל
הכא הרי מאחר שנתחייב שבועה על ידי טענת עצמו שוב מהני טענת קטן כטענת ברי
לתבוע ממנו אותה שבועה, ושוב לית ליה פטור של משיב אבדה הואיל ואיכא כנגדו
טענת ברי המחייבת תשלומי חיוב השבועה, אע"ג דאין בכחה לפעול חלות השבועה
עצמה, ולא הוי דומיא דמציאה.

וכיון דחזינן דרבי אליעזר בן יעקב מחייב שבועה בתובעו קטן הואיל ולית ליה
פטור משיב אבדה, ואע"ג דתחלת חיוב השבועה הוי על ידי טענת עצמו ולא על ידי
טענת הקטן והוי כמו אין שור שחוט לפניך, כמש"נ, חזינן דלא ס"ל לרבי אליעזר בן
יעקב דאמרין בכהאי גוונא מיגו לפוטרו מן השבועה, וגם רבנן לא פליגי עליה אלא
משום דס"ל דאיכא פטור משיב אבדה אף היכא דהלה תובעו, אבל לענין דין מיגו לא
מצינו דפליגי עליה רבנן, וכיון דאינהו ס"ל דלא אמרינן מיגו לפוטרו מן השבועה אע"ג
דאין שור שחוט לפניך, אם כן ליכא לאוקמי מתניתין בכהאי גוונא דנמצא רבי יהושע
פליג עליהו וס"ל דאהני מיגו, ובפרט משום דמצינו אליבא דרבי יהושע קלוש כח
המיגו, אלא על כרחך דליכא לאוקמי הך דמודה רבי יהושע בגוונא זו, עד כאן תוכן דברי
המהרש"ל ופירושם לפי הנראה.

ועיין במהרש"א שהביא דברי מהרש"ל והקשה עליו וז"ל: ועיין תירוצו בזה באורך
והוא דחוק כי לפי תירוצו על כרחך רבי יהושע דמתניתין דלא כרבי אליעזר ודלא כרבנן
דלרבי יהושע היכא דאין שור שחוט נאמן לעולם במיגו אפילו היכא דטוען אחר כך
שכנגדו ברי ולרבי אליעזר היכא דטוען אחר כך ברי אין חילוק בין תובעו לאינו תובעו
ולרבנן לעולם פטור בין תובעו בין אינו תובעו והוי שלש מחלוקות בדבר וכו' עכ"ל,
יעו"ש, וצריך ביאור היאך מצינו כאן שלש מחלוקות בדבר, דהא כולי עלמא אית להו
מיגו, ורק הכא לית ליה לרבי אליעזר בן יעקב דנאמן במיגו היכא דליכא משיב אבדה
משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, דכן היא שיטת רש"י בפרק קמא דבבא
מציעא (דף ג.), וכמו שכתבו שם האחרונים, ואע"ג דאין שור שחוט לפניך לא מהני מיגו

לפוטרו מן השבועה, ולפי האמת לא מצינו דרבי יהושע פליג על כך, ורק אם הוה מוקים למתניתין בגונא דמודה במקצת היה רבי יהושע ס"ל דמיגו מהני לאפטורי משבועה. ומהאי טעמא גופא לא מוקים למתניתין בכהאי גונא דאם כן לא אתי לא כרבי אליעזר בן יעקב ולא כרבנן, דרבי אליעזר בן יעקב מחייב שבועה בתובעו קטן ואע"ג דאין שור שחוט לפניך, ולא מהני המיגו לאפטוריה, וגם רבנן לא פליגי אלא משום דס"ל דהוי משיב אבידה אף היכא דהלה תובעו, אבל בדין המיגו דלא מהני לפוטרו משבועה אף כשאין שור שחוט לא פליגי רבנן, ונמצא רבי יהושע דלא כמאן, כמש"נ, וקצת יש לעיין על קושית המהרש"ל דנוקמי כרבי אליעזר בן יעקב הואיל ואינו מחייב אלא בשור שחוט לפניך, וקשה דהא טעמא דרבי אליעזר בן יעקב דפטר באין הלה תובעו הוי משום משיב אבידה, כמבואר בגמרא, וטעמא דרבי יהושע משום דמיגו מהני היכא דאין שור שחוט לפניך, דומיא דמשניות הקודמות דדינם משום מיגו, ויש לדחוק דסוף סוף לא מצינו לפי זה דרבי אליעזר בן יעקב לית ליה מיגו אלא בשור שחוט לפניך אית ליה מיגו, וגם מהאי טעמא היה אפשר לפוטרו, מלבד תקנתא דמשיב אבידה, ושוב אין הכרח דכולהו תנאי פליגי על רבי יהושע לפי הך אוקימתא.

פרק ג

בו יתיישב מה שפטר הרמב"ם באומר אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה והוא אומר אין לך בידי אלא חמשים משבועת מודה במקצת מפני שהוא כמשיב אבידה, והא הרמב"ם פסק דבמודה במקצת בעינן טענת ודאי ולענין היסת פסק דטענת אמר לי אבא אינה טענת ודאי.

[רמב"ם פ"ד טוען ונטען הל"ה] כתב הרמב"ם וז"ל: שטר שכתוב בו סלעים ולא הזכיר מנין מלוה אומר חמש וכו' הרי זה פטור מפני שהוא כמשיב אבדה ותקנת חכמים היא שכל ששיב אבדה לא ישבע כמו שבארנו במקומו וכן האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לי בידך מנה והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים הרי זה משיב אבדה ופטור אף משבועת היסת עכ"ל, יעו"ש, ומקורו ממשנה דשבועת הדיינין (דף לח:) מנה לאבא בידך אין לך בידי אלא חמשים דינר פטור מפני שהוא כמשיב אבידה, וקאמר בגמרא (דף מב:) דמתניתין מצי קאי אפילו כרבי אליעזר בן יעקב ומיירי דלא טענו ברי, יעו"ש, ולמד הרמב"ם דהיינו דטוען אמר לי אבא דהוי טענת שמא, ועיין במגיד משנה, ולהדיא כתב הרמב"ם דטענת אמר לי אבא הוה ליה טענת שמא פ"א טוען ונטען הל"ז וז"ל: אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או שאמר מנה הלוייתך וכמדומה לי שלא פרעתיני אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לי אצלך מנה וכו' והנתבע אומר אין לך בידי כלום הרי זה פטור אף משבועת היסת וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש. ועיימ"ש הרמב"ם פי"א שבועות הל"ה וז"ל: שלשה מיני שבועות הן שחייבין בהן מן התורה ואלו הן מי שטענו חבירו מטלטלין והודה במקצתו וכפר במקצתו ומי שכפר בכל המטלטלין שטענו ועד אחד מעיד עליו ומכחישו הרי אלו שתי שבועות על ידי טענת ודאי וכפירה עכ"ל, יעו"ש, הרי להדיא דס"ל להרמב"ם דגם לשבועת מודה במקצת בעינן טענת ברי, ואם כן בבא בטענת אמר לי אבא לא שייכא שבועת מודה במקצת כי היכי דלא שייכא שבועת היסת, ולמה הוצרך הרמב"ם לטעמא דפטור מן השבועה מפני שהוא כמשיב אבדה.

ונראה דחלוק דין טענת ברי הנצרכת לשבועת מודה במקצת לדין טענת ברי הנצרכת לשבועת היסת, דשבועת מודה במקצת חיובה בא על ידי הודאה וכפירה, ואין טענת התובע מחייבת השבועה, תדע דבפרק שני דכתובות (דף יח.) הוה אמינא דמחייב רבי אליעזר בן יעקב שבועת מודה במקצת על ידי טענת עצמו בלי שום תביעה כלל, והא דאיצטריך לטענת ברי בשבועת מודה במקצת הוא משום תורת הכפירה עצמה, דאם טענו התובע טענת שמא והוא כיחש בו אין זו חשיבא כפירה, והתורה חייבה שבועה על הודאה וכפירה, ורק אם תובעו בטענת ברי והוא כיחש חשיבא טענתו טענת כפירה, והעיקר דאין המחייב של השבועה טענת התובע אלא כפירת הנתבע, ורק דתנאי הוא בכפירתו דלא חשיבא כפירה אלא כנגד תביעה ברורה ולא תביעה מגומגמת, מה שאין כן בשבועת היסת דטענת התובע היא היא המחייבת השבועה, וכדמבאר בשבועות (דף

מ: דטעמא דתיקנו רבנן שבועת היסת משום דחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, ולהא מילתא פשיטא דבעינן טענת ברי, דאז איכא חזקה דכיון שתובע יש לו, וכן כתבו הנושאי כלים בפ"א טוען ונטען, יעו"ש.

וטענת אמר לי אבא לענין שבועת מודה במקצת הוה ליה כטענת ברי, אבל לגבי שבועת היסת הוה ליה כטענת שמא, והיינו טעמא משום דלשבועת היסת שהטענה מחייבתה בעינן טענת ברי חשובה, ולא מהני לכך טענת אמר לי אבא דסוף סוף אין ברירותו באה מידיעת עצמו אלא ממה ששמע מאביו, ולא שייך בזה חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, אבל לשבועת מודה במקצת לא בעינן הטענה אלא כדי שהכחשתו תיחשב כפירה, והרי תובעו בתוקף ובברירות שהוא ברור בעצמו שחייב לו, ואף תביעה כזו גורמת שהכחשתו תיחשב כפירה, ורק בטענת שמא ממש דהוי תביעה מגומגמת לא חשיבא הכחשתו כפירה, אבל טענת ברי של מנא לאבא בידך גורמת שהכחשת הנתבע תיחשב כפירה, ומשום הכי איצטריך הרמב"ם לטעמא דמשיב אבדה פטור מן השבועה מפני תיקון העולם, ושבועת היסת פטור מפני חסרון טענת ברי, כמו שכתב המגיד משנה.

פרק ד

בו יבוארו דברי התוס' דכופר הכל פטור משבועה דגזירת הכתוב היא דבעינן טענה וכפירה ובכופר הכל ליכא טענה של כפירה שנסתלק ממנו, ובמודה במקצת יש להשביעו דכיון שחייב לו ממון שהודה על ידי זה מגלגל עליו שבועה על הכפירה כעין דינא דגלגול שבועה.

[**כתובות יח.**] כתבו התוס' בד"ה מפני מה אמרה תורה וז"ל: ואם תאמר ומנלן דכופר הכל פטור וליכא למימר מדאצטריך קרא לחייב שבועה בעד אחד מכלל דכופר הכל פטור דהא איצטריך להיכא שמעידים שגנב לו והוא אינו יודע אלא יש לומר דגזירת הכתוב היא דכי הוא זה משמע דבעינן כפירה והודאה ועוד מודה מקצת יש להשביעו שחייב לו ממון שהודה ועל ידי כך מגלגל עליו שבועה כעין גלגול אבל כופר הכל נסתלק לגמרי ממנו עכ"ל, יעו"ש, ודבריהם מחוסרים ביאור דמה ענין גלגול שבועה למודה במקצת.

ונראה בביאור דבריהם דכשאדם תובע לחבירו יכול הנתבע לכפור בשני אופנים, באופן אחד יכול לענות על התביעה ולכפור בה, והא מילתא חשיבא טענת כפירה, ובאופן אחר יכול להשטמ ממנו לגמרי ולומר איני מכירך ואין לי דין ודברים עמך ואם אתה רוצה לגבות ממני תביא ראיה וניזיל לדינא, וכעין מה שכתב הרשב"א בתשובות לענין הא דלא הוחזק כפרן בטענת מזויף, הובאו דבריו בבית יוסף סי' פ', ועיימש"נ בשופרא דשטרא שי"א פי"ב, והא מילתא אין עליה תורת טענה וכפירה כלל, אלא נסתלק לגמרי ולא דן עמו כלל.

וזהו הביאור בדברי התוס', דהתורה אמרה דמודה במקצת ישבע, דכתיב כי הוא זה ובעינן הודאה וכפירה, ויש לומר דהיינו גזירת הכתוב למעט כופר הכל, אבל יש ליתן טעם בדבר משום דחויב שבועה בא על הכפירה, והיינו טענה של כפירה, אבל על מה שנשטמ ונסתלק ממנו אין לחייבו שבועה, דעל מה ישבע הרי לא טען ולא מידי, אולם במודה במקצת אין הנתבע יכול להסתלק מן התובע ושלא לענות על תביעתו בנוגע הממון שכפר, דכיון שהודה על מקצת הטענה וענה לה שוב מוכרח הוא לענות גם על שאר הטענה של התובע, ורק דיכול לכפור בה, אלא דהך כפירה טענה חשיבא וצריך לישבע עליה שבועת מודה במקצת, והיינו הדמיון לגלגול, דכי היכי דבגלגול שבועה הדין הוא דכיון שנשבע לו יכול לחייבו לישבע על כל שאר טענות שיש לו, כעין זה הכא נמי כיון שענה לו במקצת טענתו שוב מחויב הוא לענות על כל הטענה, ואם כופר הרי טען טענת כפירה וצריך לישבע, ואין להסתלק מן חצי טענה, אבל כופר הכל נסתלק לגמרי ממנו, רצה לומר דכיון שלא הודה לו בכלום שפיר יכול להסתלק ממנו ולא לדון עמו כלל, ונמצא דליכא טענה של כפירה וליכא שבועה.

פרק ה

בו יתבארו דברי התוס' דבהעדאת עדים אינו משתמט כל כך כיון שכפר הכל וקא משמע לן קל וחומר דאישתמוטי משתמיט, דאם כן היאך שייך פירכא דמה לפיו שכן משתמיט וגם למה בעינן מה הצד מפיו ועד אחד ולא סגי למילף מעד אחד לחוד שגם כן כופר הכל הוא.

[**בבא מציעא ג:**] אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי אימא לא קא משמע לן קל וחומר וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה אבל העדאת עדים דליכא למימר וז"ל: כל כך משתמיט כיון שכפר הכל אימא כיון דחשוד הוא לגזול חשוד נמי אשבועתא קא משמע לן קל וחומר דלא הוי גזלן בהכי דאשתמוטי קא משתמיט דהכופר במלוה כשר לעדות ואע"ג דאמרינן לקמן (דף ו.) דלא אמרינן מגו דחשיד כו' מכל מקום גם התנא אשמעינן דלא אמרינן מקל וחומר מפיו ועד אחד ואם תאמר וכו' ולקמן נמי הוה ליה למפרך מה לפיו שכן משתמיט וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש להקשות על דברי התוס' דאתי קל וחומר למימר דגם בהעדאת עדים איכא שבועה אע"ג דלא משתמיט כל כך, דאם כן היאך שייך למיפרך על הך קל וחומר מה לפיו שכן משתמיט, והלא הא גופא באנו למילף דאין בכך חסרון.

עוד קשה דאם באנו למילף בקל וחומר דגם בהעדאת עדים איכא שבועה ולא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא דסוף סוף משתמיט קצת, אם כן למה לן לכך למילף במה הצד מפיו ועד אחד, והלא מדין עד אחד גופא סגי, דהא בעד אחד איכא שבועה אע"פ שהוא כופר הכל ולא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ואם כן הוא הדין נמי בכופר הכל ועדים מעידים על חצי, ועיין במהר"ם שי"ף שהקשה כן, ועיין נמי בביאור אות ה' מה שהרחיב קצת על הקושיא, יעו"ש.

ונראה בביאור דברי התוס' דהנה בגמרא מהדר למצוא טעמא למה איצטריך קל וחומר להעדאת עדים, ובאמת צריכים להתבונן דלמה לא ניבעי קל וחומר, והלא השבועה כתובה אצל מודה במקצת, דכתיב כי הוא זה, וצריך לומר דעיקר השבועה היא באה על הכפירה, כדאיתא לקמן (דף ד.) דשבועה באה על ידי טענה וכפירה, ובתוס' בד"ה הצד השווה הקשו על כך מכופר הכל דחזינן דאין כפירה מחייבת שבועה, ותירצו דשאני מודה במקצת דנראה כמשקר, ואין כונתם בזה אלא כדי לקיים המה הצד, אבל אין זה טעם החיוב של שבועה במודה במקצת, ותדע שהרי לעיל (דף ג.) הקשו התוס' בד"ה מפני מה דלמה ליכא שבועה בכופר הכל, ולא תירצו דשאני מודה במקצת דנראה כמשקר, וכן הקשו נמי בפרק שני דכתובות (דף יח.) וגם התם לא תירצו כן, ואלא ודאי דחיוב שבועה הוי על כפירה, ובהא דמודה במקצת נשבע ולא כופר הכל כתבו התוס' הנ"ל טעמא משום דגזירת הכתוב היא דכתיב כי הוא זה, והיינו דאין הכפירה אלא על מקצת, ואם כן גם בהעדאת עדים אין השבועה באה אלא על מקצת הכפירה, ונמצא דהוא הוא דינא דמודה במקצת, דהיינו הך, ולא איצטריך לכך קל וחומר.

וכן לפימ"ש בכתובות שם דטעמא דמודה דמקצת נשבע הוי משום דכיון שחייב במקצת שהודה נשבע על השאר כעין גלגול, ועיימש"נ בשי"ד פ"ד דרצונם לומר דבכופר הכל אין על כפירתו תורת כפירה אלא דנסתלק לגמרי ממנו ואינו צריך לענות על תביעתו כלל, מה שאין כן מודה במקצת שהודה על מקצת הטענה על כרחך צריך להתדיין עמו גם על שאר תביעתו, ורק שיכול לענות על ידי כפירה, ודין הכפירה שמחייבת שבועה, וגם סברא זו שייכת אצל העדאת עדים, דכיון שהעידו על מחצה על כרחך צריך הנתבע להתדיין עם התובע גם על מחצה האחרת ורק שיכול לענות על ידי כפירה ולכן נשבע, וגם לפי זה נמצא דהעדאת עדים ומודה במקצת חדא מילתא נינהו ואינו צריך לקל וחומר לחייבו בשבועה על ידי העדאת עדים.

ומסיק בגמרא דלהכי איצטריך קל וחומר בהעדאת עדים משום דמודה במקצת אישתמוטי הוא דקא מישתמט אבל בהעדאת עדים דליכא למימר הכי אימא לא קא משמע לן קל וחומר, יעו"ש, והכא על כרחך אין לפרש כמו שפירשו התוס' בעצם מילתא דרבה דסברת אישתמוטי אתיא לדחות המיגו דהוה מצי לכפור הכל, ואם כן ודאי אין זה שייך לכאן, אלא הכי פירשו, דהשתא מצינו חילוק בין העדאת עדים למודה במקצת, דבמודה במקצת ליכא למימר מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא דאשתמוטי קא משתמיט, אבל בהעדאת עדים שכפר הכל הרי חשוד הוא אממונא, ואף אם לא נימא חשיד אממונא חשיד אשבועתא דגם כופר הכל משתמיט קצת, מכל מקום לא דמי למודה במקצת שאין בו שום פניה של חשוד אממונא להעדאת עדים שיש בו חשד ממון קצת ואע"ג דאין זה פוטרו מן השבועה כיון דאיכא נמי קצת אישתמוטי, וכיון דלאו חדא מילתא נינהו, שוב ליכא למימר דאם התורה חייבה מודה במקצת לישבע ממילא איכא שבועה נמי בהעדאת עדים, ומכל מקום איכא שבועה בהעדאת עדים מקל וחומר דפיו, ואתי קל וחומר לרבות העדאת עדים לעצם חיוב השבועה, ואע"ג דאית ביה קצת חשד ממון מכל מקום גם בזה יש לומר אישתמוטי קמשתמיט, אבל לא להא גופא אתיא הקל וחומר.

אלא דכל זה ליכא למימר אלא אם ס"ל חשיד אממונא חשיד אשבועתא, ואינו חייב שבועה אלא מטעמא דאשתמוטי, דלפי זה יש לחלק בין מודה במקצת דיש אישתמוטי מעליא להעדאת עדים דאינו משתמיט כל כך, אבל אם ס"ל דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא אם כן הדר ליכא נפקא מינה בין העדאת עדים למודה במקצת, ומה שזה משתמיט יותר מזה לא מעלה או מוריד לגבי חיוב השבועה, ושוב הוה ליה מודה במקצת והעדאת עדים חדא מילתא ולא איצטריך לקל וחומר, אלא דמכל מקום דרך התנא לאשמועין דאין להפקיע שבועת העדאת עדים משום חשוד אממונא, על ידי הקל וחומר, וכדרך הנ"ל, אע"ג דלפי האמת לא איצטריך לכך.

והשתא לא קשה היאך הקשו התוס' דלימא מה לפיו שכן משתמיט והלא על הא גופא אנו דנים, דלפימ"ש נמצא דאין זה על מה שאנו דנים, אלא על עיקר חיוב שבועה בהעדאת עדים אנו דנים, הואיל ומצינו דאין זה היינו הך עם מודה במקצת דאית ביה אשתמוטי מעליא, ושפיר הקשו התוס' דאם כן נימא דהא גופא ליהוי פירכא על הקל

וחומר, דהיאך בעית למילף מפיו דאיכא חיוב שבועה בהעדאת עדים, מה לפיו שכן משתמיט.

ומיושבת נמי לפי זה קושית המהר"ם שי"ף, דמעד אחד אין להוכיח אלא דאין להפקיע שבועה אפילו בכופר הכל משום חשוד אממונא חשוד אשבועתא דסוף סוף משתמיט קצת, וכדחזינן דהכופר במלוה כשר לעדות, ובודאי ידעינן דהוא הדין נמי בהעדאת עדים דנימא כן, ואין לפוטרו מן השבועה מהאי טעמא, אלא דכיון דאינו משתמיט כל כך לא הוי ממש דומה למודה במקצת ואם כן מנלן דאיכא כלל חיוב שבועה בהעדאת עדים, ולמילף גוף החיוב איצטריך למילף על ידי מה הצד מפיו ועד אחד.

פרק ו

בו יבואר מה שפירש רש"י דבאומר לוח למלוה הילך מעותיך לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם הוה ליה הילך אע"ג דמלוה להוצאה ניתנה, משום דהלוה חייב להעמיד לו מעותיו הראשונים וכל שעדיין לא הוציאם אין לך העמדת מעותיו הראשונים גדולה מזו.

[**בבא מציעא ד.**] דאמר רבי חייא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים זוז והילך חייב וכו' ורב ששת אמר הילך פטור מאי טעמא כיון דאמר ליה הילך הני זוזי דקא מודי בגוייהו כמאן דנקיט להו מלוה דמי באינך חמשים הא לא מודי הלכך ליכא הודאת מקצת הטענה, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: והילך לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם עכ"ל, יעו"ש, והקשו הראשונים על דברי רש"י דהא קיימא לן מלוה להוצאה ניתנה, ואם כן מיד בשעת הלוואה קנה הלוה המעות, כמו שכתב רש"י בפרק שני דקדושין (דף מז.) בד"ה להוצאה, יעו"ש, ואם כן מה לי אם עדיין לא הוציאם הלא כבר קנה אותם הלוה ולמה חשיב הילך במה שאומר לו הרי הן שלך בכל מקום שהם, ויש שרצו להעמיד דברי רש"י בפקדון, ואע"פ שאין זה משמעות לשון לא הוצאתים, ומכל מקום לא יצאו בזה דברי רש"י מן הדוחק.

ועיין בבבא בתרא (דף קכד:) ורב נחמן אמר גבו מעות יש לו גבו קרקע אין לו, יעו"ש, והיינו דבכור אינו נוטל פי שנים אלא במוחזק ולא בראוי, וכשגבו יתומים חוב אביהם אם גבו מעות חשיב כמוחזק ביד אביהם, ואם גבו קרקע חשיב ראוי, וכתב הרשב"ם שם וז"ל: גבו קרקע בחוב מלוה אביהן אין לו לבכור פי שנים דמעות הלוהו ולא קרקע אבל גבו מעות יש לו שהרי מעות הלוהו ובמעות חשבינן ליה מוחזק עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה כונתו בזה דאם שילם מעות בעד מעות הראשונים שלוח הרי זה נחשב כאילו העמיד לו מעות הראשונים, ומשום הכי הוה ליה כמוחזק, מה שאין כן בגבו קרקע אין זה אלא תשלומין בעלמא, וכן מצינו בבא קמא (דף יא.) בתוס' בד"ה אין שמין לגנב דצריך לשלם בהמה אע"ג דבכל מקום אמרינן שוה כסף ככסף ויכול לשלם סובין, יעו"ש, והיינו טעמא משום שצריך להעמיד לו החפץ הנגנב, וכן מצינו בבבא קמא (דף ט.) בתוס' בד"ה רב הונא, ובבבא בתרא (דף צב:) בתוס' בד"ה אי דליכא, דאי אית ליה ללוה זוזי לא מצי לסלק למלוה אלא בזוזי, דזוזי יהיב זוזי שקיל, ולכתחילה צריך להעמיד לו מעותיו, ועל ידי תשלומי מעות חשיב כאילו העמיד לו מעותיו.

והנה עיין בחו"מ סי' ק"כ סעיף ב' וז"ל: אבל אם אמר לו הלוה הילך מעותיך ולא רצה המלוה לקבלם וזרקם לפניו אם הוא במקום שמלוה משתלמת שם נפטר ואינו צריך להביאם לבית דין דפרעון בעל כרחו פרעון וכן אם אמר לו הנה מעותיך צרורים בביתי בא וטול מעותיך והמלוה סרב מלקחתם ונגנבו או נאבדו פטור הלוה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואם כן במקום דמסרב המלוה לקבל מעותיו והלוה אומר לו בא וטול מעותיך הוה ליה פרעון מיד אפילו קודם שהגיעו ליד המלוה, דפרעון בעל כרחיה שמיה פרעון,

וקנה אותם המלוה מדין פרעון.

ונראה דמאחר שדין תשלומי מעות במלוה הוא להעמיד לו מעותיו הראשונים, כמש"נ, אם כן היכא דהמעות הראשונים קיימים, שעדיין לא הוציאם הלוה, והוא מוכן להחזירם להמלוה, אין לך העמדת מעותיו הראשונים גדולה מזו, ומיד חל דין תשלומין ופרעון על אותן המעות, וקנה אותם המלוה אף במסרב לקבלם, ואפילו אם נאמר דאיכא עדיין אחריות על הלוה מדין שומר, מכל מקום כבר קנה אותם מלוה מיד, דמעות אלו קדמו לשאר כל תשלומין, והרי זה הפרעון הכי מעולה, וחל מיד. ולפי זה נוכל ליישב דברי רש"י הנ"ל, דרש"י ס"ל שלא חשיב הילך במה שיש לו מעות מוכנים בידו ורוצה לשלם, דסוף סוף לא הוי תשלומין ושפיר חשיב הודאה במקצת, אבל אם אותן המעות עצמם שלוח עדיין לא הוציאם, אם כן נהי דקנה אותם לגמרי דמלוה להוצאה ניתנה, מכל מקום השתא שהוא רוצה לשלם חובו על ידי אותם המעות הרי אין לך פרעון גדול מזה, שעיקר דין פרעון הוא להעמיד לו מעותיו, ובודאי אין העמדת מעותיו מעולה מעל ידי המעות עצמם, כמש"נ, וחל הפרעון מיד וקנה אותם המלוה, ושפיר הוה ליה הילך.

פרק ז

בו יובא פירוש רש"י דלרבה מודה במקצת אשתמוטי קמשתמיט דאם לא כן מיגו חשיד אממונא חשיד אשבועתא, ותתיישב קושית תוס' דלמסקנא חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא על דרך המהר"ם שי"ף דרבה ס"ל כאביי דחשיד אממונא חשיד אשבועתא.

[**בבא מציעא ג.**] דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי בכוליה בעי דנכפריה והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו והאי בכוליה בעי דלודי ליה והאי דלא אודי אשתמוטי הוא דקא מישתמט מיניה וכו', יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה והאי בכוליה בעי דלודי כו' וז"ל: וכי תימא מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ולא נרמי עליה שבועתא לא חשיד אממונא לפי שברצונו היה מודה בכולו אלא שאין בידו לפרוע וכו' עכ"ל, יעו"ש, והקשו עליו התוס' בד"ה בכוליה בעי דלודי ליה וז"ל: תימא דהא מסיק לקמן (דף ו.) דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא עכ"ל, יעו"ש.

ואיברא דלקמן שם לא מסיק להדיא דמיגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, מכל מקום אפילו למאן דאמר חשיד אממונא חשיד אשבועתא קאמר אביי דיש להשביעו דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו, ועיין במהר"ם שי"ף שרצה ליישב דרבה אזיל בשיטת אביי תלמידו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ומכל מקום יש להשביעו משום חשש ספק מלוה ישנה, וכמש"כ רש"י שם להדיא, ואלביא דאביי הרי כתב הר"ן דאם מחל כל מלוה ישנה הרי הוא נפטר מן השבועה, דהשתא אין בו אלא צד גזילה, ואם הוא חשוד לגזול חשוד נמי לישבע לשקר, דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ומסתמא משתעי קרא בכל אופן ואפילו היכא דמחל כל מלוה ישנה, ושפיר קאמר רבה וכי תימא לא נשביענו דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, עד כאן תוכן דברי המהר"ם שי"ף, יעו"ש.

והנה מה שכתב הר"ן דאם מחל מלוה ישנה הרי הוא נפטר מן השבועה לכאורה מיירי שכבר מחל כל מלוה ישנה קודם שכפר המעות הנידונים לפנינו, דאם עכשיו כשאנו רוצים להשביעו הוא עומד ומוחל כל מלוה ישנה כדי ליפטר מן השבועה אין המחילה מועילה, דאם באמת היה לו ספק מלוה ישנה והוא תפס מעות ההלואה כנגד המלוה ישנה, הרי בשעה שכפר ותפס המעות נפרע ונסתלק המלוה ישנה, והשתא כשמוחל באמת לא נשאר מה למחול, דהא דאינו יכול למחול החוב למפרע, ועדיין איכא למיחש דתפס מעות ההלואה בשביל ספק מלוה ישנה וראוי להשביעו, ועל כרחך צריך לומר דמיירי שקודם הכפירה עמד ומחל כל מלוה ישנה ואחר כך כפר במקצת הטענה, דהשתא ליכא למיחש שכפר בשביל ספק מלוה ישנה, ואין לחוש אלא לגזילה ועושה, ואם כן אין להשביעו דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ונמצא לפי זה דלמהר"ם שי"ף לא סגי בכך לומר שהתורה חייבה שבועה אפילו כשעומד לפנינו ומוחל ספק מלוה ישנה, דבכהאי גוונא לא מהני מחילתו, כמש"נ, אלא צריך לומר דהתורה חייבה שבועה אפילו היכא שכבר מחל מכבר כל ספק מלוה ישנה, ולזה נתכוון

רבה.

ונראה לבאר דברי רבה דאזיל בשיטת אבוי, כמו שכתב המהר"ם שי"ף, וס"ל דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, והיינו מאי דקאמר ובכוליה בעי דלודי ליה, ואע"ג דלאבוי אמרינן חיישינן שמא ספק מלוה יש לו עליו, הכא לא מהני סברא זו, שהרי אין זה אלא צד רחוק בעלמא, דאע"ג דאין השבועה מועילה על עיקר הספק שלפנינו, דאם חשדינן ליה שיגזול איכא למימר שישבע לשקר, מכל מקום כדאי להשביע, דהשבועה מבררת על כל פנים הצד רחוק של דילמא ספק מלוה ישנה היה לו עליו, ואם כן בשבועה דרבנן מהני הך סברא דספק מלוה ישנה, דרבנן תיקנו שישבע שבועה שאינה ברשותו, ופריך בגמרא דמה הועילו בתקנתם והלא אם חשוד לגזול חשוד לישבע לשקר, ועל זה קאמר אבוי דהועילו בתקנתם שאם תפסו על ספק מלוה ישנה יחזירנו ולא ישבע לשקר, וכן בשבועת היסת אהני תקנת חכמים לסלק החשש רחוק של ספק מלוה ישנה, וכן בנשבע ונוטל הרי מיירי בכהאי גוונא דגם בלי שבועתו יש לו דין ליטול, דאם כל נטילתו הוי אך ורק על ידי בירור דשבועה אם כן מאי סלקא דעתין דיפטר מן השבועה מדין חשוד אממונא, אם לא נאמר דכפירתו כשבועתו, וכיון דיש לו כח נטילה גם בלי שבועה, איכא למימר דרבנן תיקנו לו שבועה לסלק החשש רחוק דספק מלוה ישנה, ולענין שנים או חזים בטלית עיימש"נ בש"ב פ"ג.

אכן כל זה הוא בשבועה דרבנן, אבל שבועה דאורייתא באה לברר עצם דררת הממון, והרי אם אינו יכול לישבע משלם, דאיכא דררא על עצם הממון ובאה השבועה לבררו, ובמודה במקצת אין עיקר הדררא אם זה תפס חצי החוב בשביל ספק מלוה ישנה, אלא אנו מסופקים אם האמת כדברי המלוה שהלוהו מאה או כדברי הלוה שהלוהו חמשים, ואין השבועה מבררת ספק זה דמיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא, ואין הכי נמי דאהני השבועה לסלק חשש רחוק דספק מלוה ישנה יש לו עליו, אבל על עיקר דררת הממון אין השבועה מועילה, ובשבועה דאורייתא הרי באה השבועה לברר עיקר דררת הממון, כמש"נ, ושפיר הוקשה לו לרבה דהיאך שייך שבועת מודה במקצת מן התורה והלא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, וכמש"נ.

פרק ח

בו יבואר מה שכתב הר"י מגאש דאף דבטענו חיטין והודה לו בשעורין פטור משבועת מודה במקצת מכל מקום אם אמר הנתבע שמא היו שעורין אין לפוטרו משבועה מטעם זה רק משום דאילו היה טוען ודאי היו שעורין היה פטור מדין טענו חיטין והודה לו בשעורין.

[שבועות מג:] כתב הר"ן וז"ל: ושמעין ממתניתין דכל שומר שכר שאבד אותו דבר המופקד בידו והמפקיד טוען כך וכך היה שוה ונפקד מודה מקצת חייב כדין כל מודה מקצת וכתב הר"ר יוסף הלוי ז"ל דכיון שכן שמעין ממילא דהיכא שאמר שומר אנא לא ידענא כמה היה שוה ובעל הפקדון אומר כך וכך היה שוה הוה ליה שומר מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם וכו' והקשה הר"ר יוסף הלוי ז"ל על דבריו מדגרסין בירושלמי בפרק הכונס צאן לדיר חד בר נש אפקיד גבי חבריה חד שק צרור אירעו אונס הדין הוה אמר סיגין הוה מלא והדין אמר מטכסא הוה מלא אתא עובדא קמיה רב אמי אמר הרי זה נשבע ונוטל ע"כ והתם ודאי בטוען שמא סיגין הוה מלא עסקין דאי בטוען ברי סיגין הוה מלא פטור היה לגמרי דמה שהודה לו לא טענו והוה ליה כטענו חטים והודה לו בשעורין אלא על כרחין באומר שמא סיגין הוה מלא עסקין וכיון שכן הרי הודה במקצת החיוב ואינו יודע כמה והוה ליה למפקיד ליטול בלא שבועה ותירץ הוא ז"ל דלא אמרינן מחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם אלא בזמן שאם היה טוען ברי מה שהוא טוען שאינו יודע היה מתחייב שבועה כגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא אבל הכא דאילו טעין ברי סיגין הוה מלא לא הוה מחויב שבועה דמה שטוענו לא הודה לו כי אמר נמי בשמא לאו מחויב שבועה שאינו יכול לישבע הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דאילו טען שמא סיגין היו הוה ליה מודה במקצת כעין חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, דאית כאן הודאה ודאית וספק כפירה, ואילו טען כן בטענת ברי לא היה מחויב שבועה דלא הוי הודאה ממין הטענה, שטענו מטכסא והודה סיגין, וצריך עיון לפי זה למה בטענת שמא ליכא נמי הך חסרון דלא הוי הודאה ממין הטענה, דאי אית כאן הודאה ודאית במקצת היינו שהוא חייב לו סיגין, דהא על המטכסא הוא מסופק, ואם כן אין בזה הודאה ממין הטענה.

ונראה לפרש דברי הר"י מגאש שהביא הר"ן עפימש"נ בשי"ד פ"ד בדברי התוס' בכתובות (דף יח.) דהא דאיכא שבועה במודה במקצת הוא משום דכיון שהודה על מקצת טענתו שוב אינו יכול להסתלק מן מקצת השנית, וצריך לטעון, ואם טענתו היא כפירה צריך לישבע על כפירתו, מה שאין כן כופר הכל נסתלק לגמרי ממנו, כלומר דכיון דלא הודה לו כלום על טענתו הרי אינו צריך לענות לו כלל, אלא המוציא מחבירו עליו הראיה, וליכא טענת כפירה וליכא שבועה, ואף להנך שיטות דגזירת הכתוב היא דמודה במקצת נשבע, מכל מקום הא קושטא היא דהיכא דהוא מסתלק ממנו ליכא שבועה, דלעולם בעינן טענת כפירה, ובמודה במקצת איכא תורת טענה על כפירתו

הואיל ודן עמו על תביעתו, כמשינ, ולפי זה איכא למימר דהא דבעינן הודאה ממין הטענה היינו משום דאם טענו חטים והודה בשעורים יכול להסתלק מן טענת החטים, שהרי לא הודה במקצתו, ויכול להסתלק מן התביעה, כנ"ל, אולם היינו דוקא כשטוען ברי על השעורים, אבל אם הוא טוען שמא חטים שמא שעורים הרי דן עמו על טענת החטים ושוב אינו יכול להסתלק מתביעתו, ושפיר איכא תורת טענה על ידי כפירתו, וכיון שהוא גם מודה במקצת צריך לישבע, וסברא זו קיימת גם לפי המסקנא אלא דס"ל להר"י מגאש דאין טענת שמא מחייבתו שבועה במקום שטענת ברי לא היתה מחייבתו, כנ"ל.

פרק ט

בו יתבאר דהא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אין בזה הודאה מפורשת שלא פרע רק הוה ליה ויתור טענה על זכותו לטעון שפרע מדין הודאת בעל דין, ולכן אם יש לו מיגו שהיה יכול לעמוד בטענתו הראשונה נאמן לחזור ולטעון מפטור לפטור שלוח ופרע.

[רמב"ם פ"ו טוען ונטען הל"ב-הל"ג] כתב הרמב"ם וז"ל: ראוהו עדים שמנה לו מעות ולא ידעו מה הן תבעו בדיון ואמר לו תן לי מעותי שהלוייתך ואמר מתנה נתת לי או פרעון היו הרי זה נאמן ונשבע היסת ונפטור אמר לא היו דברים מעולם ואחר כך באו עדים שמנה לו בפניהם הוחזק כפרן וכו' מנה הלוייתך כפר בבית דין ואמר לא היו דברים מעולם ובאו שני עדים שלוח ממנו ופרעו והמלוה אומר לא נפרעתי הרי זה חייב לשלם שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ונמצא הלוה אומר לא פרעתי והעדים מעידים אותו שפרעו הודאת בעל דין כמאה עדים דמי וכו' עכ"ל, יעו"ש. והמגיד משנה דייק בלשון הרמב"ם דהא דאינו נאמן לחזור ולומר פרעתי היינו רק כשבאו עדים, אבל כל זמן שלא באו עדים וחזר הלוה ואמר לויתי ופרעתי נאמן ולא הוחזק כפרן, שהרי יש לו מיגו דאי בעי עמד בטענתו הראשונה של לא היו דברים מעולם, והוא מן הגמרא בבא בתרא (דף לא.) דטוען וחוזר וטוען מפטור ולפטור במקום דאית ליה מיגו, יעו"ש.

ויש להסתפק בהא דאמרינן כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי והוי כהודאת בעל דין אם היינו ממש כהודאה מפורשת, דמה שאמר לא לויתי הוי כאילו אמר להדיא לא פרעתי, או דלמא דאין זה אלא ויתור הטענה, דבמה שטוען לא לויתי הרי הוא מותר זכותו לטעון פרעתי, וויתור זה מהני מדין הודאת בעל דין, אבל אין לנו הודאה מפורשת שלא פרע.

והנה אם נאמר דבאמירת לא לויתי יש הודאה מפורשת שלא פרע, והודאת בעל דין כמאה עדים דמי, היאך מאמינים לו שוב לומר פרעתי כשלא באו עדים, הרי הודא הודאה מפורשת שלא פרעו, ולאחר כדי דיבור אינו יכול לחזור מהודאתו, ואם כן מה מהני לו המיגו שהיה יכול לעמוד בטענתו הראשונה, הא הוי מיגו כנגד הודאת בעל דין, והרי זה מיגו במקום עדים, ואין לומר שיכול לפרש דבריו ולומר מה שאמרתי לא היו דברים מעולם היינו מפני שפרעתי, שהרי כתב הרמב"ם דכשהעדים מעידים שלוח אינו נאמן שוב לומר פרעתי אלא הוחזק כפרן, ואם כן למה יוכל לחזור בו במיגו כנגד הודאת בעל דין מפורשת, והרי להדיא אמרינן בגמרא שם דאינו יכול לטעון ולחזור ולטעון מפטור לפטור כנגד הודאה מפורשת.

אלא לכאורה מבואר דדין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי לא הוי כהודאה מפורשת אלא הוא דין ויתור כח הטענה, והיכא דיש לו מיגו יכול לחזור ולטעון פרעתי הואיל והיה יכול לעמוד בטענתו הראשונה.

פרק י

בו יבואר דבטענו חיטין וקודם שגמר דבריו הודה בשעורין לפי תומו ואחר כך תבעו שעורין פטור מן השבועה מדין טענו בחיטין והודה לו בשעורין, ולא אמרינן דאחר שגמר טענתו הרי טענו חיטין ושעורין והודה לו באחד מהן ומשום הכי יתחייב שבועת מודה במקצת.

[שבועות מ:] אמר רב ענן אמר שמואל טענו חטין וקדם והודה לו בשעורין אם כמערים חייב אם במתכוין פטור, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: ואם במתכוין להשיב לו על טענתו של חטין ולא כקופץ פטור עכ"ל, וכן כתב הרמב"ם בפ"ג טוען ונטען הלי"א וז"ל: התחיל הטוען ואמר חטין יש לי בידך וקודם שישלים דבריו ואמר כור שעורים יש לי בידך אמר לו הנטען אין לך בידי אלא כור שעורים אם נראה לדיינין שהנטען הערים חייב שבועה ואם לפי תומו פטור עכ"ל, יעו"ש.

ובהא דמודה בשעורים לפי תומו פטור מן השבועה יש לעיין דלמה אין מניחים התובע לגמור תביעתו ולתבוע גם השעורים ואז הוי טענו חטים ושעורים והודה לו בשעורים דחייב שבועה, ואין זה משום חשש דשמא חזר וטענו גם שעורים רק משום שהנתבע הודה לו בשעורים, דלכאורה הדין הוא אפילו כשהיה התובע קורא תביעתו מן הניר ובאמצע קריאתו קפץ זה והודה בשעורים, והרי התובע יכול להוכיח שבדעתו היה לתבוע גם שעורים, מכל מקום ליכא שבועת מודה במקצת, ויש לומר דהיינו טעמא משום דלא שייך תורת תביעה על מה שכבר הודה בה, וכיון שהודה בשעורים שוב אי אפשר לתבוע שעורים, שהרי אין זה מנגדו, והרי זה כתובע מה שכבר יש לו, דאין זו תביעה כלל, וכן מצינו בר"ן שכתב וז"ל: ומיהא שמעינן דבעינן שתהא תביעה קודמת להודאת מקצת אבל כל שהודאת מקצת קודמת אע"פ שתבעו אחר כך פטור וכן דקדק מכאן הרב רבי יהוסף הלוי ז"ל עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאם הודה לו נ' זוז והלה אומר באמת אתה חייב לי ק' זוז, אין כאן הודאה במקצת, דעל מה שהודה לא שייך עוד תביעה, והרי זה כתובע נ' זוז והלה כופר הכל.

ולענין אם קפץ והודה בשעורים פטור מדמי שעורים מדינא דרבה בר נתן כדאיתא בבבא קמא (דף לה:), עיין בחו"מ סי' פ"ח סעי' י"ד ובש"ך סקכ"ח, יעו"ש.

פרק יא

בו יבואר מחלוקת רב פפא ולישנא בתרא אם קשה על רבה בר נתן מאחד משני שוורים שהזיק שור אחד ואם יש ליישב הברייתא דראוי ליטול ואין לו וגם אם מהני תפיסה בטענו חטיין והודה לו בשעורים, וגם יתיישבו פסקי הרמב"ם בטענו חטיין והודה לו בשעורים.

[**בבא קמא לה:**] תנן היה אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר לא כי אלא קטן הזיק אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר לא כי אלא תם הזיק המוציא מחבירו עליו הראיה היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן והמזיקין שנים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא קטן את הגדול וגדול את הקטן אחד תם ואחד מועד הניזק אומר וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה, יעו"ש, ובגמרא אמר רבי חייא בר אבא זאת אומרת חלוקים עליו חביריו על סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין וכו' אפילו ברי וברי וכו' מתקיף לה רב פפא וכו' היה אחד גדול ואחד קטן ניזק אומר גדול הזיק וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק נימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן דאמר טענו חטים והודה לו בשעורים פטור אלא בברי ושמא וכו', יעו"ש.

ומוכיח רב פפא דמתניתין לא מיירי בברי וברי אלא בברי ושמא, ומשום הכי אמרין המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל בברי וברי שפיר איכא למימר דמודים חכמים לסומכוס דממון המוטל בספק חולקים היכא דאיכא דררא דממונא, ואיתותבו דברי רבי חייא בר אבא דאמר זאת אומרת חלוקים עליו חביריו על סומכוס אפילו בברי וברי.

שוב קאמר בגמרא גופא אמר רבה בר נתן טענו חטיין והודה לו בשעורין פטור מאי קא משמע לן תנינא טענו חטיין וכו' קא משמע לן דפטור לגמרי תנן היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן וכו' הא לא מייתי ראיה שקיל כדקאמר מזיק אמאי חטים ושעורים נינהו ראוי ליטול ואין לו והתניא הרי זה משתלם על הקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן דתפס וכו', יעו"ש.

והנה הרמב"ם פ"ט נזקי ממון הל"י פסק דבשני שוורים שהזיקו שור אחד משלם כדאמר מזיק, ולא חשיב ליה כטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף מדמי שעורים, ובהל"א בשני שוורים שנגחו שני שוורים כתב דהמזיק פטור מכלום ואינו צריך לשלם אפילו כמו שאמר דהוה ליה כטענו חטים והודה לו בשעורים, יעו"ש, והנושאי כלים נדחקו לפרש דברי הרמב"ם וליישבם עם הסוגיות, ועיימש"נ בשי"ד פי"ד.

ולכאורה מקורו של הרמב"ם הוא מן לישנא בתרא דהגמרא גופא אמר רבה בר נתן וכו', כנ"ל, ופריך עליו ממתניתין מאוקימתא דשני שוורים שהזיקו שני שוורים והיה

להמזיק אחד גדול ואחד קטן וכן לניזק, והניזק אומר גדול הזיק את הגדול וכו', ולא פריך מאוקימתא קמייתא דמיירי בשיש למזיק שני שוורים ולניזק שור אחד, כאתקפתא דרב פפא דפריך מאוקימתא קמייתא, כנ"ל, ומדויק בלישנא בתרא כחילוקו של הרמב"ם, דבאוקימתא קמייתא לא הוי כטענו חטים והודה לו בשעורים ולכן אם לא הביא ראיה שקיל כדאמר מזיק, אבל באוקימתא בתרייתא הוי כטענו חטים והודה לו בשעורים ופטור ולא שקיל ניזק כדאמר מזיק אלא כשתפס.

ומצינו נמי חילוק אחר בין רב פפא ללישנא בתרא, דשניהם מדייקי הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק וקשה לרבה בר נתן, ובלישנא בתרא משני ראוי ליטול ואין לו, ובאמת לא שקיל כדאמר מזיק, אבל רב פפא לא תירץ דראוי ליטול ואין לו אלא הוכיח מזה דמיירי שהניזק טוען שמא והמזיק טוען ברי.

ועוד יש חילוק אחר דללישנא בתרא דקאמר ראוי ליטול ואין לו איצטריך לאוקמי ברייתא דמשתלם על הקטן מן הגדול וכו' דמיירי בשתפס, ומכאן הוא המקור למה שפסק הרמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"י דבכל טענו חטים והודה לו בשעורים דפטור מכל מקום אם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאים מידו, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ד פיי"ב, אבל לרב פפא דמוקים מתניתין בברי ושמא ולא חשיב ליה טענו חטים והודה לו בשעורים שפיר יש לפרש הברייטא כפשוטו דמשתלם כמו שהודה המזיק, ולא איצטריך לאוקמי בשתפס, ואם כן אין מקור למה שפסק הרמב"ם דאי תפס לא מפקינן מיניה, ומבואר מכל זה דהרמב"ם פסק כלישנא בתרא דסוגיין ולא כאתקפתא דרב פפא, וכמש"נ.

והנה עיין ברש"י בד"ה ראוי ליטול שהקשה וז"ל: ורב פפא דאוקמא למציעתא דניזק שמא ומזיק ברי ולא אוקמה בברי וברי ולישני ראוי ליטול ואין לו משום דס"ל דסומכוס לא אמר חולקין בברי וברי וכו' עכ"ל, אכן בשיטה מקובצת הקשה דסוף סוף היאך הקשה לרבי חייא בר אבא דס"ל דסומכוס אמר חולקין אפילו בברי וברי, וכקושיית רש"י הקשה נמי הרא"ש, ובפלפולא חריפתא ביאר הקושיא וז"ל: דניחא טפי מלשנויי בברי ושמא ויש לו לתרץ ראשונה מאי דניחא טפי וכו' עכ"ל, יעו"ש, והקושיא היא לרב פפא דלמה תירץ מתניתין אליבא דרבה בר נתן דמיירי שהניזק טוען שמא והמזיק ברי וצריך לומר דרישא בברי ושמא וסיפא בשמא וברי, כדמבואר בגמרא, יותר הוה ליה לפרש מתניתין דראוי ליטול ואין לו.

ובכלל יש לעיין למה פריך רב פפא לרבה בר נתן מאוקימתא קמייתא דאחד משני שוורים נגח שור אחד, ולישנא בתרא הניח אוקימתא קמייתא ופריך מאוקימתא בתרייתא דשני שוורים נגחו שני שוורים.

עוד מצינו בדברי רב פפא דדינא דרבה בר נתן שייך אפילו כשהתובע טוען ברי שיש לו חטים בידו והנתבע טוען שמא חטים יש לך בידי שמא שעורים, גם בזה ס"ל לרבה בר נתן דבמה שטענו חטים יש הודאה או מחילה שאין לו שעורים בידו והנתבע פטור, דהא קאמר רב פפא דאם אוקימתא קמייתא מיירי שהניזק טוען ברי והמזיק שמא אכתי הוי תיובתא דרבה בר נתן, כנ"ל, אולם עיין ברמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ח וז"ל:

כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא אם שעורים הרי זה נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דכשהנתבע טוען שמא אינו נפטר מן השעורים, ועיין בראב"ד ובמגיד משנה שכתבו שהדעת נותנת כדין זה, אלא דהמגיד משנה הקשה עליו מדברי רב פפא בסוגיין דקאמר להדיא דגם בברי ושמא אית ליה לרבה בר נתן דפטור מדמי שעורים, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ד פ"ד.

ועיין ברמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"י וז"ל: כור חטים יש לי בידך אין לך בידי אלא כור שעורים פטור אף מדמי שעורים שהרי אומר לו אין לי בידך שעורים ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו בבית דין מנה לך בידי ואומר לו האחר אין לי בידך שאין בית דין מחייבין אותו ליתן לו כלום ואם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו עכ"ל, יעו"ש, ולמד הרמב"ם דהא דפטור אף מדמי שעורים לא הוי משום מחילה אלא משום דהוי הודאה כנגד הודאה, דאע"ג דאית לן הודאת בעל דין מן הנתבע שחייב שעורים הרי אית לן נמי כנגדה הודאת בעל דין מן התובע שאינו חייב לו שעורים.

ויש להסתפק בדברי הרמב"ם דבמה שטענו חטים ולא טענו נמי שעורים שיש בזה הודאה שאין לו בידו שעורים, אם הוי הודאה גמורה, דהוי כאילו אמר לו להדיא אין לי בידך שעורים, או אם כל זה הוא מדיני טענה, דכיון דבאותה שעה היה לו לטעון גם על השעורים והוא לא תבע אותם הרי ויתר ואיבד זכותו לתבוע ממנו שעורים, ויסוד הדברים הוא מדינא דהודאת בעל דין, דיש לו כח לחייב עצמו ולאבד זכויותיו מדין הודאת בעל דין אף אם אין מציאות הדברים ברורה לנו שהוא כדבריו, אולם אין לנו הודאה מפורשת ממנו שמעולם לא הפקיד אצלו שעורים, ועיימש"נ בשי"ד פ"ט.

ונראה דבזה נחלקו רב פפא ולישנא בתרא, דרב פפא ס"ל דהא דדייקין הודאה מן התובע שאין בידו שעורים ממה שתבעו חטים ולא תבעו שעורים הודאה גמורה היא, והוי כאילו אמר להדיא אין לי בידך שעורים, ואם כן לעולם שייך דינא דרבה בר נתן בשני שוורים שהזיקו, בין שהזיקו שור אחד בין שהזיקו שני שוורים, ועיימש"נ בשי"ד פ"ב, וכן כשהתובע טוען ברי והמזיק טוען שמא, ועיימש"נ בשי"ד פ"ד, דכיון דנקטינן בודאי שלא הפקיד אצלו שעורים לפי דבריו אם כן לעולם פטור מדמי שעורים, וס"ל נמי לרב פפא דלא מהני תפיסה, דכיון דאיכא הודאה מפורשת שאין לו בידו שעורים, הרי אין לנו בכלל נידון על השעורים, ולא מהני בהו תפיסה.

אבל הלישנא בתרא ס"ל דאין כאן הודאה גמורה ומפורשת אלא הוא דין ויתור ואיבוד כח התביעה והטענה מדין הודאת בעל דין כמש"נ, ורק לזה דימה הרמב"ם דין זה לאומר אין לי בידך כלום, שיש בכחו לאבד זכויותיו, והוא מדין הודאת בעל דין, אבל אין לנו הודאה מפורשת מדקדוק דבריו שטענו חטים ולא טענו נמי שעורים, ולפיכך אין להקשות על רבה בר נתן מאוקימתא קמייאת דניזק אומר גדול היזק ומזיק אומר קטן היזק, דבטענו חטים היה יכול לתבוע גם שעורים עם החטים, ומדלא עשה כן ויתר זכותו, אבל בשני שוורים שהזיקו שור אחד לא היה יכול לתבוע הקטן עם הגדול, דאז זה הזיק או זה, ועיימש"נ בשי"ד פ"ב, ומשום הכי מהני נמי תפיסה אע"פ

שהודה כנגד הודאת השעורים, ועיימש"נ בשי"ד פי"ב, ולפי זה שפיר איכא למימר
דבברי ושמא משלם שעורים, וכמו שפסק הרמב"ם, כנ"ל, דהרמב"ם פסק כלישנא
בתרא, כמש"נ, ושפיר פסק דבברי ושמא משלם שעורים.
ולפי זה מיושב היטב למה רב פפא דחק עצמו לאוקים מתניתין בניזק טוען שמא
ומזיק טוען ברי ולא רצה לפרש כפשוטו דראוי ליטול ואין לו, וכקושית רש"י והרא"ש,
כנ"ל, דהא רב פפא ס"ל דהוי הודאה גמורה ומפורשת, ומשום הכי פריך לרבה בר נתן
מאוקימא קמייתא וגם כשהניזק טוען ברי והמזיק טוען שמא, כמש"נ, ולכן לא היה
יכול לפרש מתניתין דראוי ליתן ואין לו, דאם כן עדיין היה קשה מברייטא שהביא
לישנא בתרא דהרי הוא משתלם על הקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן, ורב פפא לא היה
יכול לתרץ דהיינו כשתפס, דהא לדידיה לא מהני תפיסה הואיל ואיכא הודאה
מפורשת, כמש"נ, ולכן מוקים לה כשהניזק טוען שמא והמזיק טוען ברי, ונמצא הניזק
תובע שניהם מספק ולא דמי לרבה בר נתן, ולא קשה כלל מן הברייטא.

פרק יב

בו יבואר הא דמהני תפיסה בטענו חטיין והודה לו בשעורים אף דנחשב מחילה על שעורים או הודאה שאין לו בידו שעורים, וגם יתבאר מה שכתב הרא"ש שאומר לו ממה נפשך שעורין הודית לי ואם איני זוכה בהודאתך הרי חטיין יש לי עליך ואתפסם לדמי חטיין.

[**בבא קמא לה:**] גופא אמר רבה בר נתן טענו חטיין והודה לו בשעורין פטור מאי קא משמע לן תנינא טענו חטיין והודה לו בשעורין פטור אי מהתם הוה אמינא פטור מדמי חטיין וחייב בדמי שעורין קא משמע לן דפטור לגמרי תנן היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן וכו' והתניא הרי זה משתלם על הקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן דתפס וכו', יעו"ש.

ונחלקו הראשונים בטעמא דרבה בר נתן דפטור אף מדמי שעורים, רש"י כתב וז"ל: פטור אף מדמי שעורין דהא אמר ליה תובע לאו שעורין יהבי לך ואחולי מחיל גביה עכ"ל, יעו"ש, וכן כתבו התוס' בד"ה לימא דהיינו טעמא דפטור משום דמחל ליה, יעו"ש, אבל הרמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"י כתב וז"ל: כור חטים יש לי בידך אין לך בידי אלא כור שעורים פטור אף מדמי שעורים שהרי אומר לו אין לי בידך שעורים ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו בבית דין מנה לך בידי ואומר לו האחר אין לי בידך שאין בית דין מחייבין אותו ליתן לו כלום ואם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו עכ"ל, יעו"ש, ולא קאמר הרמב"ם דטעמא משום מחילה אלא משום דהוי הודאה כנגד הודאה, ועוד יש שיטות אחרות בראשונים.

ויש לעיין בין לפי שיטת רש"י בין לפי שיטת הרמב"ם דלמה מהני תפיסה על השעורים, הרי הודה שאין לו בידו שעורים, ובשלמא להרמב"ם דהוי הודאה כנגד הודאה יש לומר דאין זו הודאה גמורה ומפורשת אלא ויתור דין טענה שלו, ונשאר הדבר ספק לבית דין ומשום הכי יכול לתפוס, עיימש"נ בשי"ד פי"א, אבל לפי דברי רש"י דבמה שלא תבעו שעורים הרי זה נחשב שמחל לו על השעורים, אם כן היאך יכול לתפוס מאחר שכבר מחל לו.

והיה אפשר לומר דאליבא דרש"י לא מהני תפיסה אלא כשתפס קודם התביעה, דאז אין אנו רואים מחילה במה שלא טענו שעורים, דאולי לא תבע מפני שכבר היו תפוסים בידו, וקצת מדויק כן ממה שכתב רש"י לקמן (דף לו.) בד"ה דתפס וז"ל: שקדם ניזק ותפס השור עכ"ל, והיינו שתפס קודם התביעה, וכן כתב הפלפולא חריפתא אות ב' וז"ל: ומיירי נמי שהתפיסה היתה קודם שבא לבית דין דלאחר שבא לבית דין הא מחשבינן ליה כמודה על מה שאינו טוען ותו לא מהניא ליה תפיסה כלל עכ"ל, וכן כתב בשיטה מקובצת בשם תוספות שאנץ יעו"ש.

אכן גם להרמב"ם לא מתיישב כל כך דין התפיסה, דאפילו אם נאמר דליכא הודאה מפורשת במה שלא תבעו שעורים, רק ויתור כח התביעה, ואפילו אם נאמר

דעדיין איכא ספק לבית דין, מכל מקום היאך אפשר שיוכל לתפוס כנגד טענת עצמו, והלא לפי דבריו ויתר ואיבד כל זכות לתבוע ממנו השעורים, ואם כן בכלל זה שלא יוכל לתפוס, וכי עדיפא תפיסה מתביעה, והלא מי שאין לו בכלל תורת תובע בודאי שלא יהא לו נמי תורת תופס.

ואין לומר דגם הרמב"ם מפרש דתפיסה מהני רק קודם התביעה, דשוב לא אמרינן שויתר טענתו במה שלא טענו שעורים, וכמש"נ בדברי רש"י לגבי מחילה, שהרי הרמב"ם לא הזכיר כלל חילוק זה דלא מהני תפיסה אלא קודם התביעה, ואילו כן היה לו לפרש.

והנה עיין ברא"ש וז"ל: אבל כשטענו חטים והודה לו בשעורין מהניא תפיסת שעורין ממה נפשך דאמר ליה שעורין הודית לי ואם איני זוכה בהודאתך הרי חטין יש לי עליך ואתפסם לדמי חטין עכ"ל, יעו"ש, ודבריו לכאורה אינם מובנים, דאיזה ממה נפשך הוא, והלא בין כך ובין כך אין לו לגבות ממנו, ואדרבה הממה נפשך הוא להיפך, דאי משום שעורים הלא מחל לו, ואי משום חטים הלא כפר בהם, והרי הוא קרח מכאן ומכאן, ולמה תהני לו תפיסתו.

ונראה לבאר, דהנה תנן בשבועות (דף לח:) טענו חטין והודה לו בשעורין פטור ורבן גמליאל מחייב, וטעמא דרבנן דפטרי משבועה משום דבעינן הודאה ממין הטענה, וילפינן לה בגמרא שם (דף לט:) מקרא דכי הוא זה, יעו"ש, ורבן גמליאל ס"ל דחייב לישיבע דהוה ליה מודה במקצת הטענה, ולא בעינן הודאה ממין הטענה, ומבואר אליבא דרבן גמליאל דלא אמרינן דעל טענת חטים כפר הכל, ומה שהודה בשעורים הוא מילתא אחרייתא לגמרי, דהא דין מודה במקצת ישבע הוא משום דאיכא דררא כיון דהודה במקצת הטענה, ועיימש"נ בשי"ב פט"ז, אלא צריך לומר דההודאה בשעורים חשיב הודאה בטענת חטים, שלא כפר בתביעתו מכל וכל אלא הודה שיש ממשות בתביעתו אבל לא היו חטים אלא שעורים, והרי זה נחשב הודאה במקצת טענתו. ורבנן פליגי וס"ל דבעינן הודאה ממין הטענה, וילפי לה מקרא דכי הוא זה, כנ"ל, וגם רבנן מודו בהא לרבן גמליאל דהודאה בשעורים תחשב הודאה בטענת החטים, אלא דדין הוא במודה במקצת דבעינן הודאה ממין הטענה, וכי היכי דבעינן הטענה שתי כסף וההודאה בשוה פרוטה, בעינן נמי הודאה ממין הטענה, דליכא שבועת מודה במקצת אלא בתנאים אלו, אכן גם אם ליכא טענת שתי כסף וגם אם לא הוי הודאה ממין הטענה שפיר נחשב שהודה במקצת הטענה ולא כפר בה לגמרי, אלא דשבועה ליכא.

וזהו כונת הרא"ש במה שכתב דתפיסה מהני ממה נפשך הרי אתה מודה בשעורים ואם איני זוכה בהודאתך הרי חטים יש לי עליך ואתפסם לדמי חטים, כנ"ל, וכונתו דבמה שמודה בשעורים יש שני ענינים, חדא הודאת בעל דין שחייב לו שעורים, ועוד שבהודאתו בשעורים הרי נחשב הודאה לגבי תביעת החטים, שהוא מודה שיש ממש בתביעתו אלא דשעורים היו ולא חטים, ונהי דליכא שבועה דבעינן הודאה ממין הטענה, מכל מקום הרי הודה שיש ממש בתביעת חטים, אלא שהיו שעורים ולא חטים,

ומשום הכי יכול לתפוס השעורים לדמי חטים, והיינו הממה נפשך, שאומר לו הרי הודית שאתה חייב לי שעורים, ואפילו אם נאמר דאיכא מחילה על השעורים כיון שלא תבעם ממנו, הרי יש בהודאתך נמי הודאה שיש ממש בתביעת החטים, כמש"נ, ובזה לא מחל לו, ואהני ליה הודאה זו שיכול לתפוס השעורים לדמי חטים, שהרי לא נדחה טענת החטים, ורק שאינו יכול לחייב הנתבע לישבע, שלא היתה הודאתו ממין הטענה, ולפיכך יכול לתפוס השעורים לדמי חטים, ולפי זה יש לבאר גם דברי הרמב"ם, דאע"ג דהודה כנגדו על השעורים, מכל מקום לא הודה כנגדו במה שהודה שיש ממש בתביעת החטים, ואהני ליה ההודאה לתפוס, וכמש"נ.

פרק יג

בו יתיישבו דברי הרמב"ם דבפשע נפקד והמפקיד טוען שק מלא זהב הפקדתי בידך ונפקד אומר שמא היה של סיגים ישבע מפקיד ויטול ובאומר כור חטים יש לי בידך והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא או שעורים הוא הרי זה נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים.

[רמב"ם פ"ה שאלה ופקדון הל"ז] כתב הרמב"ם וז"ל: מעשה באחד שהפקיד שק צרור אצל חבירו ופשע בו המפקיד אומר חלי זהב ומרגליות וכיוצא בהן היו בו והשומר אומר איני יודע שמא סיגים או חול היו בו ואמרו חכמים ישבע בעל הפקדון ויטול והוא שיטעון דבר שהוא אמוד בו או אמוד להפקידו אצלו ולמה נשבע כאן בעל הפקדון לפי שאין השומר מחויב שבועה שאפילו הודה ואמר ברי לי שהיה מלא סיגים והמפקיד אומר מרגליות היו השומר נשבע היסת ונפטר כמו שטענו חטים והודה לו בשעורים וכן כל כיוצא בזה ובהלכות טוען ונטען יתבארו עיקרי הדברים עכ"ל, יעו"ש. ועיימ"ש הרמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ח וז"ל: כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא או שעורים הרי זה נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש, והקשה הלחם משנה שם וז"ל: יש תימה על רבינו ז"ל דקשה מדידיה אדידיה דבפ"ה מהלכות שאלה כתב גבי מי שהפקיד שק צרור דנשבע בעל השק ויטול והוא תימה דהיה לו להנפקד לישבע שאינו יודע ויפרע הפחות דומיא דהכא או הכא היה לו לישבע המפקיד וליטול חטים דומיא דהתם וכו' עכ"ל הלחם משנה, יעו"ש.

ונראה ליישב דברי הרמב"ם בפשיטות, דהנה הא דהמפקיד נשבע ונוטל לכאורה הוא מדין שבועת הנוטלין שנתקנה לנגזל ונחבל כדתנן בשבועות (דף מד:), ואמרינן בבבא קמא (דף סב.) עשו תקנת נגזל באשו, וכן פסק הרמב"ם בפ"ד נזקי ממון הל"ב וז"ל: המדליק את הבירה של חבירו משלם כל מה שבתוכה וכו' וכל שיטעון בעל הבית הרי זה נשבע בנקיטת חפץ ונוטל ושבועה זו מדברי סופרים כמו שיתבאר ובלבד שיטעון דברים שהוא אמוד בהן וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומסתברא דהוא הדין אם הזיקו בידים ואין סכום ההזיק ידוע, כגון שזרק חפציו לים, דגם בכהאי גוונא נשבע בעל הממון ונוטל, דמאי שנא אם הזיק באש או בידים, ומבואר דתקנת נגזל כוללת כל מה שאדם עצמו מזיק ולא בנזקי ממונו, וזהו דין השבועת הנוטלין שהביא הרמב"ם כאן, דגם שומרים הם בכלל המזיקים, כדאיתא בבא קמא (דף ד:) תני רב אושעיא שלשה עשר אבות נזיקין שומר חנם וכו', יעו"ש.

ולפי זה מיושבים היטב דברי הרמב"ם, דבהלכות טוען ונטען הנידון הוא מה היה הפקדון, המפקיד אומר שהפקיד אצלו חטים והנפקד אומר שמא שעורים היו, ותביעת המפקיד היא להחזרת פקדונו, ואין בנידון זה צד מזיק כלל, ולפיכך לא שייך התם תקנת הנגזל שישבע המפקיד ויטול, ולכן משלם שעורים שהוא הפחות שבשניהם ועל

השאר פטור ואינו נשבע אלא שבועת היסת שכן הוא האמת שאינו יודע, ועיימש"נ בדברי הרמב"ם בשי"ד פי"ד.

אכן בדין מיירי כשהפקיד שק צרור ופשע בו, והרי המפקיד תובע ממנו תשלומי נזק הואיל ופשע בשמירתו, וגם הנפקד מודה שפשע בו, ולא שייך כאן שבועה שלא פשעתי, שהרי בודאי פשע, והנידון הוא על שויות הפקדון הנפסד, ובזה הדין הוא דנשבע ונוטל מתקנת נגזל, והוסיף הרמב"ם דאינו נוטל בלא שבועה משום דהוי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא והוה ליה מחויב שבועת התורה דמודה במקצת ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, כדאיתא בבבא מציעא (דף צח.), וכן פסק הרמב"ם פ"ד טוען ונטען הל"ז, ולזה כתב הרמב"ם דכאן לא שייך כלל דין מודה במקצת, דלא הוי הודאה ממין הטענה, ומכל מקום כיון דהוי ברי ושמא משלם הנפקד דמי הסיגים, כההיא דהלכות טוען ונטען, אלא שדמי הסיגים הוא דבר פשוט מאד, ואין הרמב"ם מדבר בזה במה שכתב דאם היה הנפקד אומר ברי היה נשבע היסת ונפטר, וכונתו לדמי הזהב כמו שהמפקיד תובע, אבל הפרוטות דמי הסיגים בודאי צריך לשלם, ולענין מה שכתב הרמב"ם דאילו הודה בסיגים הוה ליה טענו חטים והודה לו בשעורים אע"ג דכבר נאבד ואינו תובע אלא דמים עיימש"נ בשי"ח פי"ו.

פרק יז

בו יבואר שהרמב"ם ס"ל כלישנא בתרא בגמרא דבטענו חטים והודה לו בשעורים אם הנתבע טוען ברי שהיו שעורים יכול לתפוס השעורים, ולכן בטוען שמא שעורים היו שמא חטים היו נתאלמה טענת התובע ואינו צריך לתפוס השעורים אלא יכול להוציאם בדין.

[רמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ח] כתב הרמב"ם וז"ל: כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע שמא יש לך שמא אין לך הרי הנתבע ישבע שבועת היסט שאינו יודע ונפטר לפי שלא חייב עצמו בודאי וכן כל כיוצא בזה כור חטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע אם חטים הוא או שעורים הרי זה נשבע היסט שאינו יודע ומשלם שעורין וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש.

והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א זה אינו שאינו משלם שעורים והיינו דרבה בר נתן אלא אם כן תפס ואיכא דדחו לה דכיון דהאידינא איכא שבועת היסט אי אשתבע דלא ידענא אי חטים הוו אי שעורים הוו הא אודי הודאה גמורה דאית ליה כל דהו ולא דחייה הוא הילכך משלם ויש לו פנים אבל הוא היה צריך לגלות עכ"ל, יעו"ש.

והמגיד משנה הביא השגת הראב"ד וכתב וז"ל: וכאן נראה שהראב"ד נוטה לדעת האומרים שכיון שתקנו שבועת היסט חייב בשעורים ובאמת שהדעת נותנת בדין זה שיהא חייב במה שהוא הפחות שבשניהם אלא שהסוגיא שבהמניח את הכד קשה לזה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דהדעת נותנת דהא דאמר רבה בר נתן בבבא קמא (דף לה:) דטענו חטים והודה לו בשעורים פטור אף מדמי שעורים היינו בשטוען ברי שהיו שעורים, אבל אם טוען שמא היו שעורים חייב, אלא דקשה מסוגיא דבבא קמא שם.

והקושיא היא מהא דקאמר התם מתקיף לה רב פפא וכו' אימא סיפא היה אחד גדול ואחד קטן ניזק אומר גדול הזיק ומזיק אומר לא כי אלא קטן הזיק וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק נימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן דאמר טענו חטים והודה לו בשעורים פטור אלא בברי ושמא וכו' אי נימא דקאמר ניזק ברי וקאמר מזיק שמא אכתי לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן וכו', יעו"ש, ומבואר בגמרא דגם בברי ושמא שייך דינא דרבה בר נתן דטענו חטים והודה לו בשעורים פטור אף מדמי שעורים, וקשה לדברי הרמב"ם דפטור משבועת התורה אבל משלם שעורים.

ונראה לבאר דברי הרמב"ם עפ"י ש"נ בשי"ד פ"ב בהא דמהני תפיסה בשעורים אליבא דרבה בר נתן, כמו שמבואר בסוגיא, דהא דפטור מן שבועת מודה במקצת על החטים שתבע ממנו לא הוי משום דעל החטים הוא כופר הכל, דבאמת נחשבת הודאת שעורים כהודאה שיש ממש בתביעת החטים, אלא דמכל מקום ליכא שבועה דבעינן הודאה ממין הטענה, וכיון שכן יכול לתפוס שעורים לדמי חטים, וס"ל להרמב"ם שהדעת נותנת דהיכא דטוען ברי ששעורים היו הרי התובע יכול לתפוס שעורים לדמי

חטים, ואם הנתבע טוען שמא היו באמת חטים הרי נתחזקה טענת התובע עוד יותר, דגם הודאת שעורים נחשבת הודאה שיש ממש בטענתו, כמש"נ, ואם כן כשהוא מסופק דאולי חטים היו בדיוק כדבריו הרי נתחזקה טענת התובע עוד יותר, והדעת נותנת שבית דין יחייבו אותו לשלם שעורים דמי חטים, וגם בלי תפיסה יוציאו ממנו השעורים.

אכן כל זה לא נאמר אלא לשיטת הרמב"ם, דמה דפטור גם מדמי שעורים מפני שמה שלא טענו נחשב הודאה כנגדו, דלאו היינו הודאה מפורשת שלא נתן לו שעורים אלא ויתור כח הטענה, כמש"נ בשי"ד פי"א, ולכן נהי דויתר זכות לתבוע השעורים מצד הודאת בעל דין של הנתבע, עדיין יכול לתבוע שעורים מצד טענת החטים, ואם הנתבע טוען ברי שהיו שעורים יכול לתפוס השעורים, ואם הוא טוען שמא שעורים היו שמא חטים היו אינו צריך לתפוס אלא יכול להוציאם בדין, כמש"נ, אולם אם הודאתו כנגד הודאת הנתבע במה שלא תבעו שעורים נחשבת הודאה מפורשת שמעולם לא נתן לו שעורים, אם כן לא יוכל לעשות שום דבר מכח הך הודאה של הנתבע שהוא מודה שהיא שקר, לא לתפוס בברי ולא להוציא בבית דין בשמא, ונתבאר שם דבזה נחלקו רב פפא ולישנא בתרא שם, דרב פפא ס"ל דהוי הודאה מפורשת ולישנא בתרא ס"ל דהוי ויתור הטענה, ואליבא דלישנא בתרא מהני תפיסה ובברי ושמא משלם, ורק רב פפא לשיטתו ס"ל דדינא דרבה בר נתן נוהג גם בברי ושמא, אבל הרמב"ם פסק כלישנא בתרא ושפיר פסק דבברי ושמא משלם שעורים, וכמש"נ.

פרק טו

בו יובא מחלוקת הרא"ש והרמב"ן לענין אם עד המסייע פוטר מן שבועה דאורייתא ויבואר דאזלי בזה לשיטתייהו במחלקותם לענין דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, ויבואר גם מה שכתב הרא"ש על קושית הרמב"ן משומר שמסר לשומר שיש מקשין הבל.

[**בבא מציעא ב:**] ולחזי זוזי ממאן נקט לא צריכא דנקט מתרוייהו וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה ולחזי זוזי ממאן נקט וז"ל: דאע"ג דאין מקחו בידו נאמן הוא כעד אחד ואמאי שניהם נשבעין אותו שהמוכר מסייעו יפטר משבועה ואידך ישבע שבועה דאורייתא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ונחלקו בזה הראשונים אם בכלל עד המסייע פוטר מן השבועה, ואם תמצא לומר דפוטר מן השבועה אם פוטר רק משבועה דרבנן או אפילו משבועה דאורייתא, ושיטת התוס' היא דעד המסייע פוטר אפילו משבועה דאורייתא. וכן היא נמי שיטת הרא"ש וז"ל: ומדברי ר"ת יש ללמוד דעד אחד פוטר מן השבועה והביא ר"מ מרוטנבור"ק ז"ל ראיה לדבריו מדדרשין שבועות (דף מ.) לכל עון ולכל חטאת הוא דאין קם אבל קם לענין שבועה דלא מיעטיה קרא בין לחיוב שבועה בין ליפטר מן השבועה ועוד קל וחומר הוא איזה כח מרובה כח המוחזק או כח שאין מוחזק הוי אומר כח המוחזק אם כן קל וחומר הוא ומה כשהעד מסייע למי שאין מוחזק זוקק את המוחזק לישבע כשהעד מסייע למוחזק כל שכן שיפטרנו מן השבועה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והרמב"ן במלחמות פליג על הרא"ש וס"ל דעד המסייע פוטר רק משבועה דרבנן משום רגלים לדבר שהוא אומר אמת ובכחאי גונא לא תיקנו רבנן שבועה, ועיימש"ן בש"ב פ"ז, והביא ראיה לדבריו דאין עד המסייע פוטר אלא משבועה דרבנן מסוגיא דלקמן, וגם הרא"ש הביאה כקושיא על שיטתו ותירצה וז"ל: ויש מקשין הבל מהא דאמר לקמן (דף לו.) שומר שמסר לשומר חייב דאמר ליה את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה ואמאי חייב יפטרנו שומר השני בעדותו משבועתו שהוא חייב ולא קשה מידי דחיוביה דראשון בשביל דאין יכול לישבע הוא והוא אין רוצה להאמין לשבועת השני ונתחייב לו הראשון ממון ואין עד אחד פוטר מחיוב ממון עכ"ל, יעו"ש. ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"א שלמד בדברי הרא"ש דאין עד המסייע פוטר במקום דשייך דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, דבכחאי גונא חשיב קם לממון ולא קם לשבועה, וכן כתב נמי בסי' פ"ז ס"ק ט"ז, יעו"ש, ועיין בקצות החושן שם דפליג וס"ל דהתם הוה ליה קם לממון משום דהוי כאומר איני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם מעיקר הדין ולא מדינא דמתוך, דאם טעמא משום דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אם כן מאי שנא עד המחייב דחשיב קם לשבועה מעד הפוטר דחשיב קם לממון, והלא כי היכי דעד אחד מחייב שבועה ואם טוען שמא נתחייב ממון ממילא, הוא הדין נמי לפטור יפטרנו העד אחד מן חיובו לישבע וממילא יבוטל חיוב ממון שעל ידי מתוך, יעו"ש.

עוד יש לעיין בדברי הרא"ש, לפי דעת הש"ך, דאף אם נימא מאיזה טעם דשאני עד הפוסט מעד המחייב, ואם חל עליו דינא דמתוך שוב אין עד המסייעו פוטרו דהוה ליה קם לממון, מכל מקום למה חשיב ליה הרא"ש כל כך דבר פשוט עד שכתב דהקושיא הוי הבל, והלא לכאורה קושיא עצומה היא אלא דיש לחדש דבמקום מתוך חשיב ליה קם לממון.

והנה מצינו שנחלקו הרא"ש והרמב"ן לענין אם מגלגלין שבועה על מי שנתחייב לשלם מדינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, הרא"ש ס"ל דאין מגלגלין, והרמב"ן ס"ל דמגלגלין, והאורים ותומים ס"י צ"ד סעי' ז' ביאר מחלקותם דלהרא"ש אין השבועה קיימת ואין ממה לגלגל, והרמב"ן ס"ל דעדיין השבועה קיימת, ושפיר מגלגלין ממנה, ועיימש"נ בשי"ח פ"א, וכתב האורים ותומים שם דגם במחלקותם לענין אם עד המסייע פוטרו משבועה היכא דשייך דינא דמתוך אזלי לשיטתייהו.

וביאור הדברים דהרמב"ן ס"ל דלא נתחדש שום דבר כשאין המחויב שבועה יכול לישבע, אלא דינא דמתוך הוא דכל חיוב שבועה בעיקר הוא חיוב תשלומין אלא דיכול לפטור עצמו על ידי שבועה, וממילא אם אינו יכול לישבע משלם, ומכל מקום שבועתו במקומה עומדת, ואם עד המסייע פוטרו מן השבועה היה צריך להיות הדין דהוא פוטרו גם בשאינו יכול לישבע, כההיא דשומר שמסר לשומר, וכיון שמצינו שאין שומר שני פוטרו שומר ראשון שמעינן מינה דאין עד המסייע פוטרו מן השבועה, אבל הרא"ש ס"ל דדינא דמתוך הוא דין חדש דכשאנו יכול לישבע נהפך החיוב שבועה לחיוב ממון, ושוב אין השבועה קיימת, ואין עד המסייע יכול לפוטרו, דהוה ליה קם לממון ולא קם לשבועה, ואזלא ראית הרמב"ן משומר שמסר לשומר דאין עד המסייע פוטרו מן השבועה.

אלא דנשאר לנו לבאר למה כתב הרא"ש דהך קושיא משומר שמסר לשומר הבל היא, נהי דלשיטתו דמתוך הוי דין חדש שוב הוה ליה קם לממון, כמש"נ, מכל מקום הרי לדעת כמה ראשונים דין השבועה הוי לשלם אם לא יפטור עצמו בשבועה, ולהנך דעות קושיא מעליא היא.

ונראה דהיה ס"ל להרא"ש דהך קושיא משומר שמסר לשומר מופרכת מעצמה, דאם נאמר דעד המסייע פוטרו אפילו במי שנתחייב מדינא דמתוך, על כרחך צריכים לומר דאין בדינא דמתוך דין חדש שנהפך החיוב שבועה לחיוב ממון ושוב אין השבועה קיימת, דאילו כן הוה ליה קם לממון ולא קם לשבועה, כמש"נ, אלא על כרחך צריכים לומר דהיינו גופא דין השבועה שצריך לשלם ואלא דיכול לפטור עצמו בשבועה, כמש"נ, ואם כן לא נשתנה דינו באינו יכול לשלם, ועדיין חשיב מחויב שבועה, והיה שייך לומר דעד המסייע פוטרו, אלא דאם כן הוא דין השבועה שבעיקרו הוא חיוב ממון, כמש"נ, הרי לא שייך כלל דין עד המסייע פוטרו מן השבועה, דבשלמא בעד המחייב שבועה אתה יכול לומר שהוא נחשב קם לשבועה, ואע"ג דבאמת הוא מחייב ממון, אלא דכיון שהוא נותן לו נמי הברירה ליפטור על ידי שבועה, הרי זה קם לשבועה, אבל מי שנתחייב שבועה ואינו יכול לישבע הרי השתא מוטל עליו חיוב ממון שיכול להפטור ממנו על ידי

שבועה, ואם עד אחד בא לפוטרו הרי אינו יכול לפטור השבועה עצמה, דאין השבועה חיוב אלא אופן להיפטר מן החיוב ממון, ועל כרחך צריך העד המסייע לפוטרו מעיקר חיובו דהיינו החיוב ממון, ואם הוא פוטר החיוב ממון שוב ליכא צורך לשבועה ולא בעינן פוטר על השבועה עצמה, ונמצא שלא בא העד המסייע לגבי שבועה כלל אלא לגבי ממון בלבד, ואם כן לעולם הוי עד המסייע קם לממון ולא קם לשבועה, ולא שייך לומר דעד המסייע פוטר מן השבועה.

והיינו מאי דקאמר הרא"ש דהקושיא הוי הבל, דאם באנו להקשות על שיטתו דעד המסייע פוטר מן השבועה, על כרחנו צריכים להבין דהוא ס"ל דעיקר החיוב הוי שבועה בלבד, וממילא אם בא עד אחד לפוטרו חשיב קם לשבועה, כמש"נ, ואם כן על כרחנו צריכים לומר דדין מתוך הוי דין חדש לחייב ממון תחת שבועתו, ונשתנה דינו משבועה לממון, ואם כן פשיטא דאין עד המסייע פוטרו היכא דנתחייב מדינא דמתוך, דשוב הוה ליה קם לממון ולא קם לשבועה, כמש"נ.

אבל הרמב"ן ס"ל דהיינו טעמא דעד אחד מחייב שבועה, וחשיב קם לשבועה אע"ג דעיקר החיוב הוי ממון אלא דיכול לפטור עצמו על ידי שבועה, לאו כמו דס"ל להרא"ש דחשיב קם לשבועה על ידי הא דנותן לו נמי הברירה ליפטר על ידי שבועה, דאילו כן אין הכי נמי דלא היה אפשר לומר עד המסייע פוטר מן השבועה, כמש"נ, אלא היינו טעמא משום דלחיוב ממון כזה שיכול להשמט ממנו על ידי שבועה לא חשיב קם לממון אלא קם לשבועה, ואם כן הוא הדין כשבא העד אחד לפוטרו מן חיוב ממון ששייך להפטר ממנו על ידי שבועה בזה שפיר חשיב קם לשבועה ולא קם לממון, וגם היכא דאית ביה דינא דמתוך עדיין נחשב קם לשבועה, כיון שלא נשתנה דינו על ידי מה שאינו יכול לישבע, ואם עד המסייע פוטר היה לו לפוטרו גם כשאינו יכול לישבע, ובסוגיא דהמפקיד מבואר שאינו פוטר, כנ"ל, ומזה הוכיח הרמב"ן דעד המסייע אינו פוטר מן השבועה בשום מקום.

פרק טז

בו יבואר שהראיה שהביא הרא"ש מסלעים דינרין דעד אחד פוטר משבועה אינו מדין עד אחד קם לשבועה אלא משום דסיוע דשטרא ממעט ריעותא המחייבת שבועה, ויתיישב למה בעינן לדינא דעד אחד קם לשבועה ולא סגי גם בעד המסייע בהא שממעט הריעותא.

[**בבא מציעא ב:**] ולחזי זוזי ממאן נקט לא צריכא דנקט מתרוייהו וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה ולחזי זוזי ממאן נקט וז"ל: דאע"ג דאין מקחו בידו נאמן הוא כעד אחד ואמאי שניהם נשבעין אותו שהמוכר מסייעו יפטר משבועה ואידך ישבע שבועה דאורייתא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ב פ"ז, והרא"ש הביא דברי התוס' הללו בשם ר"ת, יעו"ש.

וכתב הרא"ש וז"ל: ומדברי ר"ת יש ללמוד דעד אחד פוטר מן השבועה והביא ר"מ מרוטנבור"ק ז"ל ראיה לדבריו מדדרשינן שבועות (דף מ.) לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם לענין שבועה דלא מיעטיה קרא בין לחיוב שבועה בין ליפטר מן השבועה ועוד קל וחומר הוא איזה כח מרובה כח המוחזק או כח שאין מוחזק הוי אומר כח המוחזק אם כן קל וחומר ומה כשהעד מסייע למי שאין מוחזק זוקק את המוחזק לישבע כשהעד מסייע למוחזק כל שכן שיפטרנו מן השבועה ועוד הביא ראיה מדגמר רבי חייא (דף ד.) דעדים מחייבין שבועה על השאר מבינייהו דפיו ועד אחד ואי סלקא דעתך דעד אחד אינו פוטר מן השבועה ליפריך מה לפיו ועד אחד כשהן מחייבין שבועה אין כיוצא בהן פוטר מאותה שבועה שאם היה אחד בא ומעיד כדברי הנתבע אינו פוטר מן השבועה וכו' תאמר בעדים שאפילו אם נאמר שמחייבין שבועה ישנן בהכחשה בכיוצא בהן דאי הדר אתו תרי סהדי אחריני ומסייעי לנתבע פטור מן השבועה וכו' אלא על כרחך עד אחד פוטר מן השבועה כשם שהוא מחייב שבועה ועוד מביאין ראיה מהא דאמרינן בפירקין לקמן (שם:) אמר לך רבי חייא שאני הכא דקמסייע ליה שטרא פירוש אע"ג דהילך בעלמא חייב הכא פטור משום דלשון שטר שכתוב בו סלעין מסייע ליה וכו' וכיון דפטרין ליה משבועה בסיוע שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה שאינה אלא שנים כל שכן בעד אחד שמעיד כדברי הנתבע עכ"ל, יעו"ש.

והנה הביא הרא"ש ראיה דעד המסייע פוטר מן השבועה מהא דאמרינן לקמן דבמסייע ליה שטרא אינו נשבע שבועת מודה במקצת, ויש לדקדק מאיזה טעם הוא נפטר מן השבועה, ואין לומר דהיינו טעמא משום דסיוע דשטרא חשיב כעד אחד, וכי היכי דעד אחד פוטר מן השבועה כדילפינן דקם לשבועה בין לחיוב בין לפטור, כמו שכתב בתחלת דבריו, כמו כן חשיב סיוע דשטרא כעד אחד לפוטרו מן השבועה מדין קם לשבועה, זה אינו, שהרי כתב הרא"ש דאם סיוע דשטרא פוטרו מן השבועה אע"ג דליכא עדות גמורה כל שכן עד אחד, הרי להדיא דעד אחד עדיף מסיוע דשטרא, ואם כן

אי אפשר לומר שפטור שבועה היכא דאית ליה סיוע דשטרא נלמד מעד אחד דקם לשבועה, דהא סיוע דשטרא גרע מעד אחד, וצריך לומר דסיוע דשטרא פוטרו מן השבועה מסברא, דהיכא דהודה במקצת איכא ריעותא וחשש בטענתו וזה מחייבו לישבע, והיכא דאית ליה סיוע דשטרא נתמעט הריעותא וממילא נפטר מן השבועה, ואם סיוע דשטרא ממעט הריעותא כל שכן דהגדת עד אחד ממעט הריעותא ופוטרו מן השבועה, ואין זה שייך כלל לדין קם לשבועה, ואם כן קשה דנמצאו דבריו סותרים למה שכתב בריש דבריו דטעמא דעד המסייע פוטרו מן השבועה משום דעד אחד קם לשבועה בין לחיוב בין לפטור.

ולכאורה צריך לומר דשני דברים נפרדים הם, בתחלת דבריו הביא שיטת מהר"ם מרוטנבורק דעד המסייע פוטרו מן השבועה מדין חדש הנילף מקם לשבועה, וכי היכי דגזירת הכתוב דבמעיד עד אחד כנגדו מחייבו שבועה כמו כן נמי איכא גזירת הכתוב דעד המסייע פוטרו מן השבועה, דקם לשבועה בין לחיוב בין לפטור, ודין זה לא שייך אלא בעד אחד ממש, ולא בסיוע שטרא או שאר דברים המסייעים לטענת הנתבע, וכיון דעד המסייע פוטרו מן השבועה אם כן בשנים אוחזים בטלית ועד מסייע לחדא מינייהו הרי הוא נפטר משבועתו, מדין קם לשבועה לפטור, ובסוף דבריו הביא הרא"ש ראייה דכן היא ההלכה אבל מטעמא אחרינא, דהרי חזינן דסיוע דשטרא פוטרו מן השבועה על ידי שנתמעט הריעותא, כמש"נ, ואם כן כל שכן דעד אחד המסייע יפטור מן השבועה על ידי מיעוט הריעותא, ואם כן בשנים אוחזים בטלית ועד מסייע לחדא מינייהו, דל מהכא דינא דעד המסייע פוטרו מן השבועה מדין קם לשבועה, הרי אית כאן סיוע על ידי העד ונתמעט הריעותא, ועל ידי כך יפטור מן השבועה, ולא בא הרא"ש להביא ראייה מסיוע דשטרא דעד המסייע פוטרו מן השבועה מדין קם לשבועה אלא להלכה דזה שהעד מסייעו אינו נשבע, ומטעמא אחרינא, וכן מדויק בלשון הרא"ש, דמתחלה כתב שהמהר"ם הביא ראייה מסוגיא דשבועות, והדר כתב שהביא עוד ראייה מדרבי חייא, וכתב שהביא ראייה בלשון יחיד, ומשמע דקאי על המהר"ם, ובסוף דבריו שיש עוד מביאין ראייה מסיוע דשטרא, וכתבו בלשון רבים, ומשמע דלא קאי השתא על המהר"ם, אלא שיש אחרים מביאין ראייה להך דינא של המהר"ם דזה שהעד מסייעו פטור מן השבועה, ולא מטעמיה דקם לשבועה לפטור, אלא מדין מיעוט הריעותא, כי היכי דסיוע דשטרא פוטרו מן השבועה.

אלא דקשה לפי זה לדברי הרא"ש דאם כן הוא דסיוע דשטרא פוטרו מן השבועה על ידי מיעוט הריעותא, וכל שכן עד אחד דעדיף מסיוע דשטרא, כמש"נ, אם כן למה איצטריך כלל לדין עד המסייע פוטרו מן השבועה מגזירת הכתוב דקם לשבועה לפטור, תיפוק ליה משום דעד מסייעו ונתמעט הריעותא.

ונראה דאיצטריך לדין עד המסייע פוטרו מדין קם לשבועה היכא דאיכא עד אחד המחייבו שבועה, שהרי הביא המהר"ם ראייה דעד המסייע פוטרו מן השבועה מדרבי חייא דכשהעד מחייב שבועה כיוצא בו פוטרו מן השבועה, כנ"ל, והר"ן דחה ראייה זו דהתם היינו טעמא משום דהוי עד אחד בהכחשה, דקודם גמר דין חשיב כאילו באו

בבת אחת, אבל המהר"ם ס"ל דמיד כשהעיד חשיב כנעשה מעשה וכשבא השני הוי כזה אחר זה דלא מהני עד אחד בהכחשה, ועד אחד טעמא דפוטר בכהאי גוונא הוא משום דעד המסייע פוטר מן השבועה, ועיימש"נ בשי"ד פ"יז, ולזה על כרחך בעינן דין חדש מגזירת הכתוב דעד המסייע פוטר מן השבועה, דהא כיון שהעיד העד אחד כנגדו וחייבו שבועה ולא איתכחש אמרינן דכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים, ולא היה מועיל כנגד הגדת עד אחד סיוע בעלמא כגון סיוע דשטרא, וגם עד אחד המסייע לא היה מהני לפוטרו בתורת סיוע בעלמא, ושפיר הביא המהר"ם ראייה דאיכא דין חדש דקם לשבועה לפטור, וזה מהני אפילו במקום עד אחד, דמאותה גזירת הכתוב דהעד מחייב שבועה יכול נמי לפוטרו מן השבועה, ואם כן בשנים אוחזים בטלית כשעד אחד מסייע לחדא מינייהו בודאי נפטר מן השבועה על ידי דקם לשבועה לפטור, ולרוחא דמילתא הביא הרא"ש בסוף דבריו דבלא כן נמי הוא נפטר מן השבועה מדין סיוע ומיעוט הריעותא, כי היכי דסיוע דשטרא פוטר מן השבועה, דהא הכא ליכא עד אחד כנגדו, וגם על ידי סיוע בעלמא יכול להיפטר מן השבועה, וכמש"נ.

פרק יז

בו יבואר דלמהר"ם עד אחד אינו פועל בהממון כלל וגם אינו מעורר חשש וריעותא בהממון ולא נגרע זכות הנתבע בהממון, רק דהטילה עליו התורה חיוב שבועה מפני החשש, והר"ן חולק וסובר דעד אחד מחייב שבועה על ידי שהוא מעורר ריעותא וחשש בהממון.

[**בבא מציעא ב:**] הרא"ש הביא בשם מהר"ם מרוטנבורק דעד המסייע פוטר מן השבועה דדרשינן לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם לשבועה בין לחיוב בין לפטור, ועיימש"נ בש"ב פט"ו, והביא מהר"ם ראייה לדבריו וז"ל: ועוד קל וחומר הוא איזה כח מרובה כח המוחזק או כח שאין מוחזק הוי אומר כח המוחזק אם כן קל וחומר ומה כשהעד מסייע למי שאין מוחזק זוקק את המוחזק ליטבע כשהעד מסייע למוחזק כל שכן שיפטרנו מן השבועה עכ"ל, יעו"ש.

והנה יש להסתפק בדין עד אחד מחייב שבועה אם הוא פועל בהממון עצמו, דאיכא למימר דיסוד דין חיוב שבועה דעד אחד הוא דהתורה החשיבה עדות דעד אחד כשנים לגבי הממון כל זמן שלא הכחישהו על ידי שבועה, ועיקר דין העד אחד הוא שמחייב ממון כשנים, אלא דבזה חלוק עד אחד משנים דיכול הנתבע להכחיש העד אחד על ידי שבועה, אבל בדברי המהר"ם אי אפשר לפרש כן, דאם ילפינן דעד המסייע פוטר מן השבועה בקל וחומר מעד המחייב, אם כן גם לפטור צריך לומר דהעד אחד חשיב כשנים, ועל ידי כך הוא פוטר מן השבועה, וזה אי אפשר, דהא אין התובע יכול להכחישו בשבועה, ונמצא דעד המסייע עדיף הרבה מעד המחייב, והוי ממש כשני עדים, ועל כרחך צריך לומר דאין כח המחייב של עד אחד משום דחשיב כשני עדים, אלא מטעמא אחרינא, והגם דשפיר איכא למימר דמאחר שנתחייב שבועה על ידי עד אחד שוב הוה ליה כשני עדים כל זמן שלא איתכחש על ידי שבועה, דכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי הוא כשנים, מכל מקום אין יסוד נאמנות שהוא נחשב כשנים, וממילא איכא למילף מקל וחומר דכי היכי דמחייב פוטר, וכמש"נ.

עוד יש לומר דעד אחד מחייב שבועה על ידי שהוא מעורר חשש וריעותא בהממון, ואין הנתבע יכול להיפטר עד שיברר הממון על ידי שבועה, וגם לפי זה לא יתיישבו דברי המהר"ם, דעדיין היאך ילפינן דין עד הפוטר מדין עד המחייב בקל וחומר, ואם מצינו דהגדת עד אחד מעוררת חשש וריעותא בהממון היאך נוכל להוכיח מזה דהיכא דכבר איכא ריעותא וחשש בהממון מסבה אחרת, כגון שהודה במקצת, שיכולה הגדת עד אחד לברר דין הממון, ודילמא לא אהני הגדת עד אחד אלא לעורר חששות אבל לא לבררם, והיאך נוכל למילף מהך קל וחומר דעד אחד חשיב כנשבע, כמו שכתבו מקצת אחרונים, דילמא עדיפא טובא בירור דשבועה מבירור דעד אחד, ולא אהני עד אחד אלא לעורר חששות.

ולכאורה מוכח דס"ל להמהר"ם דאין העד אחד פועל כלום בהממון, ואף לאחר הגדת העד אחד לא נגרע זכות הנתבע בהממון, שהרי הוא מוחזק, אלא דמכל מקום

הטילה עליו התורה חיוב שבועה מפני החשש, וכל כח העד אחד מתחלתו הוא אך ורק לענין חיוב שבועה ולא לגבי הממון כלל, ומכל מקום אם נתחייב שבועה ואינו יכול לישבע אז חל עליו חיוב ממון חדש מדין מתוך, ועיימש"נ בשי"ד פיי"ח, אבל מתחלה לא נתחייב על ידי העד אחד אלא חיוב שבועה גרידא, ואם כן איכא למילף מקל וחומר דכי היכי דעד אחד יש לו כח לחייב שבועה הוא הדין נמי שיש לו כח לפטור מן השבועה, והרי הדבר קל וחומר, דבעד המחייב יש מוחזק כנגדו וקלוש כחו, ואעפ"כ מחייב שבועה, כל שכן עד הפוטר שהמוחזק מסייע לו וכחו אלים, שיכול לפוטרו מן השבועה, ועיימש"נ בשי"ד פיי"ח עוד דרך אחרת בביאור דברי מהר"ם, יעו"ש.

ולפי זה מתבארים היטב דברי מהר"ם שהביא ראיה מדגמר רבי חייא (דף ד.) דעדים מחייבין שבועה על השאר מבינייהו דפיו ועד אחד ואי סלקא דעתך דעד אחד אינו פוטר מן השבועה ליפריך מה לפיו ועד אחד כשהן מחייבין שבועה אין כיוצא בהן פוטר מאותה שבועה וכו' תאמר בעדים שאפילו אם נאמר שמחייבין שבועה ישנן בהכחשה בכיוצא בהן וכו' אלא על כרחך עד אחד פוטר מן השבועה כשם שהוא מחייב שבועה, יעו"ש, ומדבריו מוכח דאין עד המסייע פוטר מדין עד אחד בהכחשה, משום דלעולם חשיב כזה אחר זה, אבל הר"ן פליג עליו וס"ל דקודם גמר דין חשיבי כהעידו בבת אחת, ועיימש"נ בשי"ד פט"ז, דהר"ן ס"ל דעד אחד מחייב שבועה על ידי שהוא מעורר ריעותא וחשש בהממון, ולא חשיב על ידי זה שנעשה מעשה על פיו עד שידונו בית דין על ענין הממון ויגמרו הדין, כי היכי דבעדות אשה לא חשיב נעשה מעשה בהגדת העד אחד גרידא, אע"פ שיש לו נאמנות, דכיון שפעולתו הוא בבירור הענין הרי אין הענין נתברר עד שיגמר הדין, ולא חשיב נעשה מעשה בשעת ההגדה, והוא הדין נמי בעד אחד לשבועה שפעולתו הוא בבירור דין הממון, והוא מעורר ריעותא וחשש, לא חשיב נעשה מעשה עד שיבורר ענין הממון על ידי פסק בית דין.

אבל המהר"ם ס"ל דאין פעולת העד אחד בבירור ענין הממון כלל, דהממון בחזקתו, כמש"נ, ומכל מקום חידשה התורה דעד אחד מחייב שבועה גרידא, וחיוב זה הרי חל מיד בשעת הגדתו, דמיד שהגיד העד כנגדו נתחייב הנתבע שבועה, ואם כן חשיב מיד כנעשה מעשה על פיו, דהיינו עצם החיוב שבועה, ואם בא עד אחד להכחישו חשיב כזה אחר זה אפילו קודם גמר דין, אבל להר"ן לא חשיב נעשה מעשה על ידי עצם החיוב שבועה, דחיוב שבועה לדידיה לאו מידי בפני עצמו הוא אלא היכי תמצא לברר ענין הממון, ועיקר פעולת העד אחד הוא לעורר ספיקות בענין הממון, כמש"נ, ומשום הכי ס"ל דלא חשיב נעשה מעשה עד שיבורר ענין הממון על ידי פסק בית דין, וכמש"נ.

פרק יח

בו יבוארו דברי הש"ך שפירש בדעת הרא"ש דאף דעד המסייע פוטר משבועה מכל מקום היכא שנתחייב ממון על ידי טענת שמא אין העד יכול לפוטרו דחשיב קם לממון, וגם יתבאר מה שכתב הרא"ש על הקושיא על דבריו משומר שמסר לשומר שיש מקשים הבל.

[**בבא מציעא ב:**] שיטת הרא"ש היא דעד המסייע פוטר מן השבועה והוכיח כדבריו מקרא ומסברא, ועיימש"נ בשי"ד פט"ז, וכתב הרא"ש וז"ל: ויש מקשין הבל מהא דאמר לקמן (דף לו.) שומר שמסר לשומר חייב דאמר ליה את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה ואמאי חייב יפטרנו שומר השני בעדותו משבועתו שהוא חייב ולא קשה מידי דחיוביה דראשון בשביל דאין יכול לישבע הוא והוא אין רוצה להאמין לשבועת השני ונתחייב לו הראשון ממון ואין עד אחד פוטר מחיוב ממון עכ"ל, יעו"ש, וקושיא זו הביא הרמב"ן במלחמות להוכיח דעד המסייע אינו פוטר מן השבועה, יעו"ש.

והנה הרא"ש חידש דעד המסייע במקום דאמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם אינו פוטר מן השבועה דחשיב קם לממון ולא לשבועה, וכן מבוארים דברי הרא"ש בש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"א ובסי' פ"ז ס"ק ט"ז, אבל הקצות החושן ס"ל דדוקא בשומר שמסר לשומר אין עד המסייע פוטר מן השבועה, דהוי כאיני יודע אם פרעתיד, אבל בשאר דיני מתוך מהני עד המסייע לפוטרו, דכי היכי דנתחייב ממון על ידי עד אחד במקום מתוך, ולא חשיב קם לממון הואיל וחייבו שבועה ולא ממון, וממון בא ממילא, כמו כן נמי עד המסייע בא לפוטרו מחיוב שבועה והממון שנתחייב על ידי מתוך נתבטל מאליו, יעו"ש, וצריכין לבאר לפי זה סברת הרא"ש לפי דעת הש"ך דמאי שנא עד המחייב דחשיב קם לשבועה אפילו במקום טענת שמא ועד המסייע הבא לפטור זה שטוען שמא חשיב קם לממון.

ועוד יש לדקדק בדברי הרא"ש דאפילו אם נמצא סברא לחלק בינייהו למה כתב הרא"ש שיש מקשין הבל, והלא לפי הנראה קושיא עצומה היא אפילו אם נוכל לתרצה, ואיזה הבל ראה הרא"ש בקושיתם.

ונראה דסברת הרא"ש דעד המסייע למי שטוען שמא חשיב קם לממון תליא ביסוד חיוב שבועה דעד אחד או שאר מחייבי שבועה דאורייתא, דיש להסתפק אם המחייב של שבועה פועל בהממון עצמו, שהוא מעורר ריעותא וחשש בעצם הממון, ומבטל כח המוחזק, ואין הנתבע יכול להחזיק בממונו אלא על ידי בירור דשבועה, או דלמא אין המחייב של שבועה נוגע כלל לעצם הממון, ולא נתבטל כח המוחזק, וגם בלי השבועה יכול הנתבע להחזיק בממונו, אלא דמכל מקום הטילה עליו התורה שבועה מפני החשש, ולא נתחייב על ידי העד אחד או על ידי הודאה במקצת או דררא דשומרים אלא חיוב שבועה גרידא.

ויסוד דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם תליא בספק זה, דאם המחייב של

שבועה פועל בעצם הממון אם כן חיוב שבועה וחיוב ממון במקום מתוך חדא ענין הם, והם שני צדדים ממטבע אחת, דהמחייב של שבועה פועל בעצם הממון ורק שהנתבע יכול להיפטר על ידי שבועה, והרי חל דינו שאו ישבע או ישלם, ואם יכול לישבע הוא נפטר ואם לא אינו נפטר, ואין כאן שום השתנות בדינו במקום מתוך, דלעולם יש לו הברירה או לישבע או לשלם, אבל אם המחייב של שבועה אינו פועל בעצם הממון אלא מחייב שבועה גרידא, על כרחך צריך לומר דדינא דמתוך הוא דין חדש דהיכא דאינו יכול לישבע נהפך החיוב שבועה לחיוב ממון, והשתא איכא עליו חיוב ממון ולא חיוב שבועה.

וכיון שכן אם נאמר דהמחייב של שבועה פועל בעצם הממון לא חשיב עד המסייע במקום מתוך קם לממון אלא קם לשבועה, דהיינו גופא חיוב שבועה, או ישבע או ישלם, וכמש"נ, אבל אם נימא דהמחייב של שבועה אינו פועל בעצם הממון ואינו מחייב אלא שבועה גרידא, אם כן שפיר חלוק עד המחייב במקום טענת שמא מעד המסייע במקום טענת שמא, דעד המחייב אהני שיחול עליו חיוב שבועה, דהא קם לשבועה, וכיון שחל עליו חיוב שבועה והוא אינו יכול לישבע נהפך החיוב שבועה לחיוב ממון, כמש"נ, ושוב אין עליו אלא חיוב ממון בלבד ולא חיוב שבועה, וכשבא עד המסייע לפוטרו הרי הוא פוטרו מחיוב ממון ולא מחיוב שבועה, ומשום הכי אינו פוטרו, דהא אין עד אחד קם לממון, וכמש"נ.

ונמצא דאין להקשות לשיטת המהר"ם מרוטנבור"ק מסוגיא דשומר שמסר לשומר אלא לפי ההנחה דהמחייב של שבועה פועל בעצם הממון וכל דין שבועה הוא או ישבע או ישלם, כמש"נ, אכן מדברי המהר"ם שכתב דאם עד אחד מחייב שבועה קל וחומר שהוא פוטר מן השבועה יש להוכיח דס"ל דהמחייב של שבועה אינו פועל בעצם הממון וכל החיוב מתחלתו לא הוי אלא חיוב שבועה גרידא בלבד, ועיימש"נ בשי"ד פ"ז, ואם כן לפי דבריו אין התחלת קושיא כלל משומר שמסר לשומר, דלדידיה על כרחך צריך לומר דמתוך הוי דין חדש דחיוב שבועה נהפך לחיוב ממון, וממילא הוי ליה קם לממון, כמש"נ, ומשום הכי כתב הרא"ש דהקושיא הבל היא, דכל הקושיא היא לפי ההנחה דליכא השתנות דינו על ידי מתוך, כמש"נ.

אבל מדברי המהר"ם מוכח דמתוך הוי דין חדש דחיוב שבועה נהפך לחיוב ממון, והקושיא מתורצת מאליה, וליישב דברי המקשין אולי יש לומר שלמדו בשיטת המהר"ם דהמחייב של שבועה פועל על ידי חיזוק טענת התובע כלפי טענת הנתבע, ומהני כעין דינא דברי ושמא למאן דאמר ברי עדיף, והיכא שבא עד אחד לסייע להמוחזק לכולי עלמא טענתו עדיפא, ושפיר איכא למילף מקל וחומר דעד אחד מהני לחזק טענת הנתבע, ונמצא דהמחייב פועל בהממון ומתוך לא הוי דין חדש. והנה מדברי הרא"ש מבואר דמלבד הא דעד המסייע פוטר מגזירת הכתוב דקם לשבועה בין לחיוב בין לפטור אית ביה נמי דין סיוע, שעל ידי סיוע דעד אחד נתמעט הריעותא ונפטר מן השבועה, וכמו שמצינו דסיוע דשטרא פוטר מן השבועה אע"ג דגרע מעד אחד, ועיימש"נ בשי"ד פט"ז, וגם דין זה לא יועיל לפוטרו במקום מתוך, דלא

אליס סיוע דשטרא וכדומה אלא לפוטרו היכא דהנידון הוא חיוב שבועה, דהתם איכא למיקל ולפוטרו על ידי סיוע בעלמא, אבל היכא דאינו יכול לישבע, ואמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, הרי נהפך חיובו לחיוב ממון, וליכא למיקל בחיוב ממון לפוטרו על ידי סיוע בעלמא, ואהני סברת הרא"ש דנהפך חיוב שבועה לחיוב ממון גמור שלא יוכל לפוטרו מדין מתוך לא מדין עד המסייע ולא מדין סיוע כעין סיוע דשטרא, וכמש"נ.

פרק יט

בו יובא ראית הבעל המאור דעד המסייע פוטר משבועה מסלעין דינרין דהיכא דמסייע ליה שטרא פטור משבועה, ויתבאר מה שדחה המלחמות דכשמייע ליה שטרא יכול הוא להעזי פניו כמו אשה שמעוזה פניה בפני בעלה לומר גרשתני היכא דמסייע לה תרי סהדי.

[**בבא מציעא ב:**] הבעל המאור הביא ראיה דעד המסייע פוטר מן השבועה מהא דקאמר לקמן (דף ד:): דאם מלוה אומר חמש ולוה אומר שתים ובשטר כתוב סלעין דינרין סתמא אין הלוח צריך לישבע דקא מסייע ליה שטרא, דמיעוט סלעין שתים, וכי היכי דסיוע דשטרא מהני לפוטרו מן השבועה הוא הדין נמי סיוע דעד אחד, יעו"ש. והרמב"ן במלחמות פליג על הבעל המאור ובסוף דבריו דחה ראיתו וז"ל: וסיועא דאייתי מדאמרינן לקמן שאני התם דמסייעא ליה שטרא נמי לא דמיא דהתם כיון דלא כתבי אלא שנים והכל יודעין שיד בעל השטר על התחתונה על כרחך לא היו אלא שנים ויכול הוא להעזי פניו הואיל ומסייע ליה שטרא בתרי סהדי וכדאמרינן התם אבל היכא דאיכא סהדי דמסייעי לה מעוזה ומעוזה אבל בעד אחד ודאי לא אמרינן הכי וכדכתבין עכ"ל, יעו"ש.

ודברי הרמב"ן לכאורה תמוהים, שהרי דחה דברי הבעל המאור מהך דבמקום סהדי מעוזה ומעוזה, והוא בפ"ב דכתובות (דף כב:): והאמר רב המנונא האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת חזקה אין אשה מעוזה פניה בפני בעלה הני מילי היכא דליכא עדים דקא מסייעי לה אבל היכא דאיכא עדים דקא מסייעי לה מעוזה ומעוזה, יעו"ש, ומבואר שם דהיכא דמסייעי לה סהדי אין לה חזקה אין אשה מעוזה ונתבטלה טענתה, ואם כן קשה היכן ראה התם הרמב"ן טעמא להא דסיוע דשטרא פוטר את המודה במקצת מן השבועה, והלא כלפי לייא, הואיל ואית ליה סיוע דשטרא הוגרעה טענתו, וכל שכן שישבע, ועוד משמע מדברי הרמב"ן דאילו היה דרך הנתבע להעזי כשיש לו סיוע דעד אחד היה עד המסייע פוטרו מן השבועה מהאי טעמא, וקשה דלמה יפטר מן השבועה, אדרבה כיון שאינו חש להעזי הוגרעה טענתו טפי, וכל שכן שישבע. עוד יש לדקדק קצת במה שכתב הרמב"ן לחלק דאין האשה מעוזה ומעוזה אלא היכא דאית סיוע דתרי סהדי אבל היכא דאית לה סיוע דעד אחד לא אמרינן הכי, כנ"ל, ואם במקום שיש לה סמך וסעד לדבריה מעוזה בפני בעלה למה לא נאמר כן גם בעד אחד.

לכן נראה דס"ל להרמב"ן דהא דאין האשה נאמנת היכא דאית לה סיוע דסהדי לאו היינו משום דבמקום דאית לה סמך וסעד לדבריה מעוזה פניה לטעון כנגד בעלה, אלא היינו טעמא משום דבמקום דאיכא עדים אינה טוענת כלל אלא סומכת עצמה על העדאת העדים, והרי היא מעוזה לשתוק ולהימנע מלטעון ולסמוך על העדים להתירה לינשא על ידי הגדתם, ואפילו אם היא אומרת גרשתני אין לזה תורת טענה כלל, דאין טענתה מוסיפה כלום על העדאת העדים, ואפילו היכא דשנים אומרים נתגרשה ושנים

אומרים לא נתגרשה, והעיקר הוא מה שסומכת עצמה על העדים, וכיון שאינה טוענת כנגד בעלה אין לה חזקה שאינה מעיזה בפניו, והיינו דוקא במקום תרי סהדי שאינה צריכה לטעון, וגם בלי טענתה יתירוה לינשא על ידי הגדת העדים, אבל אם אין לה אלא סיוע דעד אחד אין זה מספיק להתירה, ועל כרחך צריכה לטעון כנגד בעלה, וחזקה אינה מעיזה פניה בפניו, ונאמנת.

ולמד הרמב"ן דמכח הך טעמא גופא אמרינן דסיוע דשטרא פוטר את המודה במקצת מן השבועה, דכי היכי דבמקום סיוע דעדים אין האשה טוענת כלל הוא הדין נמי במודה במקצת ומסייע ליה שטרא לא חשיבא הודאתו כהודאה כלל, וחשיב כאילו הוא שותק וסומך על סיוע דשטרא לעמוד במקום טענתו, וכיון דאין כאן הודאה מעליא ולא טען מידי אי אפשר לחייבו שבועה על טענתו, שהרי אין כאן טענה כלל, ומשום הכי נפטר מן השבועה, אבל היכא דאין לו אלא סיוע דעד אחד הרי אין לו על מה לסמוך, דהא אין עד אחד נאמן לפוטרו, ולא תועיל לו שתיקתו, ועל כרחך צריך לכפור בטענת התובע, ושפיר מחייבין אותו שבועה על כפירתו.

שער טו: בענין שומר פקדון וטוען טענת גנב

ובו כ' פרקים

פרק א

בו יובא שיטת הרמב"ם דשומר שפשע בעבדים וקרקעות ושטרות חייב, ואף על גב דנתמעטו מפרשת שומרים שאני פושע דמזיק הוא, ותתיישב קושית הראב"ד שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור, ויבואר דשומר שכר חייב בגניבה ואבידה משום חיוב השבה.

[**בבא מציעא צג.**] מתניתין ארבעה שומרים הן שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר שומר חנם נשבע על הכל והשואל משלם את הכל ונושא שכר והשוכר נשבעים על השבירה ועל השבירה ועל המתה ומשלמין את האבידה ואת הגניבה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: שומר חנם נשבע על הכל על כל המאורעות הכתובות בשאר שומרים לחיוב הוא נשבע שכך עלתה לו ופטור ולקמן בהשואל (דף צד:) יליף לכולה מתניתין מקראי עכ"ל, יעו"ש, והוקשה לו לרש"י היאך אפשר לומר דשומר חנם נשבע על הכל והלא משלם את הפשיעה, ועל זה כתב רש"י דעל הכל היינו על כל אלה המאורעות הכתובות בשאר שומרים לחיוב שומר חנם נשבע ונפטר, ואע"ג דכל השומרים חייבים על הפשיעה, כונתו דכל המאורעות שהוזכרו בפרשת משפטים (כב, ו-יב) בשאר השומרים לחיוב שומר חנם נשבע עליהם ונפטר.

והנה עיין ברמב"ם פ"ב שכירות הל"ג וז"ל: יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן שאם היה שומר חנם על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין פטור באלו אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין וכו' עכ"ל, יעו"ש, והראב"ד שם פליג עליה, יעו"ש, ולפי דברי הרמב"ם שפיר מתבאר למה לא חשב במתניתין אלא המאורעות שהוזכרו בפרשה ולא פשיעה, דחיוב שאר השומרים הם דינים המיוחדים לשומרים, אבל חיובם בפשיעה לא הוי מדין שומרים אלא כיון שנתחייב בשמירה ולא שמר הרי הוא מזיק כשאר המזיקים.

והשתא בהא דשומר שכר חייב על הגניבה ואבידה היה אפשר לומר דחיוב שמירה המוטל על השומר שכר גדול מן החיוב שמירה המוטל על השומר חנם, ועליו לנעול בפני הפקדון נעילה מעולה ביותר, ואם נגנב חייב לשלם מפני שלא נעל כראוי, אכן אם כן הוא נמצא דגם השומר שכר פושע הוא, שהרי לא שמר כראוי, ואם כן היה צריך להיות הדין דחייב על העבדים וקרקעות שנגנבו או נאבדו כמו שהשומר חנם חייב אם פשע בהם, דלא נתמעטו מחיוב מזיק אלא מחיובי שומרים, אלא לכאורה מבואר דחל על השומרים חיוב השבת הפקדון להמפקיד, ואם לא החזירוהו חייבים לשלם, ומכל

מקום התורה פטרה לשומר חנם אם נגנב או נאבד והשומר שכר אם נאנס והשואל אם מתה מחמת מלאכה.

וזמן חלות החיוב השבה על השומר תליא בפלוגתא דאמוראי בבבא קמא (דף קיב.)
אמר רבא הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה מתה אין
חייבין באונסיה כסבורים של אביהם היא וטבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול
הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם איכא דמתני לה ארישא ואיכא דמתני
לה אסיפא וכו', יעו"ש, ונחלקו אם חייבין לשלם מנכסי האב אם מתה כדרכה דכבר חל
חיוב אונסין ידידיה משעת משיכה או אם פטורים דלא רמי חיוב אונסין על השואל עד
שעת אונסין, שבאותה שעה נגמרה שמירתה וחל עליו חיוב השבה.

וכתב רש"י דמאן דמתני אסיפא ולא ארישא ס"ל דלא רמי חיוב אונסין על השואל
עד שעת אונסין והכא כי איתניסא ליתיה לשואל, יעו"ש, והיינו דאין לחייב האב על
האונסין שאירעו לאחר מיתתו דבאותה שעה כבר מת ולא הוי עוד שומרו של המשאיל,
וגם אין לחייב היתומים על האונסין שהרי הם מעולם לא קיבלו עליהם להיות שומרי
של המשאיל, כמו שכתב רש"י שם, ועיין בנמוקי יוסף לקמן (דף צז.) שכתב וז"ל: שלא
נתחייבו הנכסים עד שעת אונסין והשתא בשעת אונסין לאו נכסי אב נינהו שהרי מת
עכ"ל, יעו"ש, ולדבריו טעמא דאינו גובה מנכסי האב כשמתה כדרכה לאחר מיתת האב
משום דכיון דהחיוב חל בשעת אונסין דהיינו לאחר מיתתו אין נכסיו משתעבדים
דבאותה שעה כבר עברו הנכסים לרשות היתומים, וצריך עיון למה לא כתב דטעמא
דאינו גובה משום דאין חיוב אונסין חל על האב לאחר שכבר מת, וכמו שכתב רש"י.
ואולי יש לומר דלכולי עלמא חל חיוב השבה מיד בשעת משיכה, אלא דלחד מאן
דאמר חל נמי מיד חיוב תשלומין אם יאנס הפקדון, ולאידך מאן דאמר נהפך החיוב
השבה לחיוב תשלומין בשעה שנאנס הפקדון, ואין זה חיוב חדש, ובאמת היה מוטל על
היתומים לפרוע חוב אביהם אם ירשו נכסים המשועבדים לאותו חוב, כדמבואר בתוס'
בבבא בתרא (דף קנז.) בד"ה מצוה, יעו"ש, אכן כיון דאין השעבוד חל אלא בשעה
שנהפך החיוב השבה לחיוב תשלומין, ובאותה שעה כבר עברו הנכסים לרשות היתומים
לא חל עליהם השעבוד וליכא עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם, שהרי לא ירשו נכסים
שמשועבדים למפקיד.

ועל מה שכתב הרמב"ם דפושע בקרקעות חייב דכל פושע מזיק הוא, כנ"ל, השיגו
הראב"ד וז"ל: ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין
פושע דומה למזיק עכ"ל, יעו"ש, ופשיעה בבעלים נחלקו בה האמוראים לקמן (דף צה.),
יעו"ש, ואיכא למאן דאמר דקרא דבעליו עמו לא ישלם שבפרשת שואל נדרש לפניו,
דהיינו גם לפרשת שומר שכר, ולפני פניו, דהיינו שומר חנם, ובעליו עמו פוטר גם חיוב
פשיעה הנשנית בפרשת שומר חנם, והרמב"ם פ"א שכירות הל"ג פסק כותיה, יעו"ש,
ולכאורה זה סותר למה שכתב דפושע מזיק הוא, וכמו שהקשה הראב"ד.
ועיין ביד למלך שכתב דאיכא למימר דפשיעה בבעלים פטור מגזירת הכתוב, דאם
מקרא נדרש לפניו ולפני פניו, על כרחך בא לפטור שומר חנם מפשיעה דאי משבועה

דגניבה ואבידה, הלא כיון דילפינן דשומר שכר אינו משלם בגניבה ואבידה בבעלים הוא הדין בשומר חנם, דלמה יגרע, ואם ליכא חיוב תשלומין אזלא לה גם השבועה, ואם מקרא נדרש גם לפני פניו על כרחך בא לפטור שומר חנם מתשלומין אם פשע בבעלים. אכן עדיין לא יתיישבו בזה דברי הרמב"ם כל צרכם, דאם התורה פטרה שומר חנם מפשיעה בבעלים מסתברא שזהו מיעוט בפרשת שומרים ולא בפרשת מזיק דלא משתעי בה הני קראי שם, ואם כן לכאורה מוכח דפושע לאו כמזיק הוא, וכמו שכתב הראב"ד, כנ"ל.

ונראה דהנה יש שני חיובים בשומרים, חדא שמוטל עליו חיוב השבה להמפקיד, כמש"נ, ואם נאבד חייב לשלם לולי אם נאבד באופן שפטרנו התורה, ועוד יש עליו חיוב שמירה, שמוטל עליו לשמור ולפקח על הפקדון שלא יאבד, והא דפושע מזיק הוא, היינו משום שלא קיים חיובו לשמור כראוי, ולכן נחשב כאילו הזיק הפקדון, ואם לא סגר הדלת בפני הפרה ויצאה ונאבדה הרי זה נחשב כאילו הוא הזיק הפרה, והיינו משום שהיה עליו חיוב שמירה מדין שומר, ולפי זה יש לומר דנהי דקרקעות נתמעטו מחיוב תשלומין והשבה ושבועה, אולם עדיין מוטל על השומר חיוב לשמור הפקדון, ואם פשע בהפקדון ונאבד חייב לשלם, שאין חיוב תשלומין זה מדין שומר אלא מדין מזיק, כמש"נ, אכן למאן דאמר דקרא דבעליו עמו לא ישלם נדרש לפני פניו לפטור גם שומר חנם מפשיעה בבעלים, כמש"נ, ילפינן מכאן דשומר בבעלים נפטר לא רק מחיוב תשלומין של שומר אלא גם מחיובי שמירה של שומר, וכיון שאינו חייב לשמור את הפקדון כל זמן שבעליו עמו אין לחייבו על פשיעתו מדין מזיק, דכל דין מזיק הוא משום שלא קיים חיובו לשמור הפקדון, וכיון שהיה בעליו עמו לא נתחייב בשמירתו, וממילא אין לו תורת מזיק כשלא שמר הפקדון.

פרק ב

בו יבוארו דברי התוס' דבשכר פרה אחת ושאל פרה אחת ושוכר אומר שכורה מתה ומשאל אומר איני יודע איזו מתה אין להשביע את השואל מספק דהוי כאילו אומר המשאל ספק לי אם השאלתיך אם לא שעל אותה טענה אין השואל חייב לישבע.

[**בבא מציעא צז.**] מתניתין השואל את הפרה שאלה חצי יום ושכרה חצי יום שאלה היום ושכרה למחר שכר אחת ושאל אחת ומתה המשאל אומר שאולה מתה ביום שהיתה שאולה מתה בשעה שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב השוכר אומר שכורה מתה ביום שהיתה שכורה מתה בשעה שהיתה שכורה מתה והלה אומר איני יודע פטור וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה השוכר אומר שכורה מתה והלה אומר איני יודע פטור וז"ל: ואע"ג דבכל שבועות שומרים המפקיד משביעו מספק שהוא אינו יודע אם נאנסה הכא שאין יודע אם מתה השאולה אין להשביעו מספק דהוי כאילו אומר המשאל ספק לי אם השאלתיך אם לא שעל אותה טענה אין השואל חייב לישבע וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכונתם דאין הנידון בפנינו אם נתקיימו חיובי השואל להמשאל אלא הנידון הוא אם בכלל יש כאן שואל ומשאל, ונידון כזה אינו בכלל פרשת שומרים שבה משביעים אפילו בטענת שמא, אלא הוא נידון כללי בטוען ונטען ואין משביעים שאר השבועות אלא בטענת ברי, ומבואר נמי מדבריהם דלולי חילוק זה היה יכול להשביעו אם שאולה מתה אם שכורה מתה בטענת שמא, דבפרשת שומרים משביעים בטענת שמא, ואע"ג דאין זו מן השבועות המפורשות בתורה, התוס' ס"ל דכל שהוא שבועת השומרים משביעים בטענת שמא, וטעמא דאינו משביעו הכא בטענת שמא הוא משום דאין זו שבועת השומרים אלא שבועה אם בכלל יש לו תורת שומר.

ויש לדקדק דהא היחס של שואל ומשאל עדיין קיים לכל הדעות, שהרי השואל חייב להשיב חפץ הנשאל להמשאל, ואם מתה חייב לשלם, ונמצא דבין כך ובין כך מוטל עליו חיוב להמשאל, או חיוב השבה או חיוב תשלומין, והשואל טוען שהחיוב המוטל עליו הוא חיוב השבה והרי הפרה בידו ורוצה להחזירה, והמשאל טוען שמא אין זו הפרה שהשאלתי לך ולא תוכל לקיים בה חיוב השבה בתורת שואל אלא הפרה המתה היא השאולה ואתה חייב לשלם דמים במקום השבת החפץ, ולכאורה כל זה הוא נידון בתוך פרשת השומרים שאנו דנים באיזה אופן יקיים השואל חיובו להשיב הפרה השאולה להמשאל, אם הפרה שהביא לפנינו היא השאולה עצמה ויכול לקיים חיובו בהשבתה או אם היא פרה אחרת וצריך לקיים חיובו על ידי תשלומין, ולמה לא יוכל להשביעו בטענת שמא, ולמה כתבו התוס' דהיינו כאיני יודע אם השאלתיך.

ונראה לבאר עפ"י ש"נ בשופרא דשעבודא ש"ד פ"א על פי דברי רש"י בפסחים (דף לא.) דהיכא דמעות הפרעון ביד הלוח ומוכנים לתתם להמלוה חל עליהם תורת פרעון מיד, ואפילו קודם שהגיעו ליד המלוה, ולפי זה יש לומר דהוא הדין הכא כשהשואל רוצה להחזיר לו הפרה החיה באמרו שהיא השאולה, הרי לפי דבריו נתקיימה השבתה

מיד, ואפילו לא הגיעה עדיין ליד המשאיל, ואפילו אם המשאיל מסרב לקחתה, ופקע ממנו מיד תורת שואל, והמפקיד טוען שאין זו הפרה השאולה אלא השכורה ואין אתה יכול לקיים השבת השאולה על ידי מה שאתה נותן לי פרה שלי, ועדיין שואל שלי אתה וחייב אתה להשיב לי השאולה ואם מתה תשלם, ונמצא דהנידון הוא אם יש עליו תורת שואל אם לא, והרי זה כאיני יודע אם השאלתיך, וכמו שכתבו התוס'.

וגם הבבא דפרה אחת שאולה יום אחד ושכורה יום אחד והמשאיל טוען שמא ביום שהיתה שאולה מתה והשוכר טוען ביום שהיתה שכורה מתה, גם זה יתפרש לפי דברינו, ואע"ג דאין לו פרה בידו מוכנת להשבה, דביום אחד שאולה יום אחד שכורה נגמרה תורת שואל בסוף היום וחל עליה תורת שוכר, ובסוף יום שני נגמרה תורת שוכר דידיה וחלה עליו עוד הפעם תורת שואל, וכשטוען ביום שהיתה שכורה מתה הרי הוא טוען שאין עליו תורת שואל כלל, שאינו חוזר להיות שואל לאחר שמתה הפרה, והרי הנידון הוא אם יש עליו תורת שואל כלל, ואין זו שבועת השומרים.

פרק ג

בו יבואר מה שכתב רש"י דבשומר שפשע בממון עניים פטור משום דהוי ממון שאין לו תובעין דהא בגמרא ממעטינן ליה מקרא דלשומר ולא לעניים, וגם תתיישב קושית המשנה למלך על הרמב"ם דאם הפושע חייב מדין מזיק איך פטרינן פושע בממון עניים מתשלומין.

[**בבא קמא צג.**] לשומר ולא לאבד לשומר ולא לקרוע לשומר ולא לחלק לעניים וכו' ההוא ארנקא דצדקה דאתי לפומבדיתא אפקדיה רב יוסף גבי ההוא גברא פשע ביה אתו גנבי גנבוה חייביה רב יוסף אמר ליה אביי והתניא לשומר ולא לחלק לעניים אמר ליה עניי דפומבדיתא מיקץ קייץ להו ולשומר הוא, יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה לשומר ולא לאבד וז"ל: או על מנת לחלק לעניים דלא קרינא ביה לשומר דכיון דאמר ליה חלקהו תו לא דמפקיד נינהו ומאן קתבע ועניים ולא מצו תבעי דלכל חד וחד מצי אמר לא לדידך יהיבנא אלא לאחרני עכ"ל, יעו"ש, ובהא דשאני עניי דפומבדיתא כתב רש"י וז"ל: קיץ להו ממון כך וכך לשבת לכל אחד הוה ליה ממון שיש לו תובעין וקרינא ביה לשומר עכ"ל, יעו"ש.

והנה דין זה דממון שאין לו תובעים מבואר בחולין (דף קל:): גופא אמר רב חסדא המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור מלשלם מאי טעמא איבעית אימא דכתיב זה ואיבעית אימת משום דהוה ליה ממון שאין לו תובעים, יעו"ש, ולפי זה קשה לדברי רש"י דשומר ארנקי דצדקה פטור מלשלם משום דכבר זכו בו עניים, ושוב הוה ליה ממון שאין לו תובעים, דהרי מסוגיין משמע דהא מילתא הוי פטור מסוים בשומרים, וכדינא דלשומר ולא לאבד לשומר ולא לקרוע, ולפי דברי רש"י נמצא דפטורו מדין כללי דממון שאין לו תובעים.

ונראה דהא דמזיק ממון שאין לו תובעים פטור לאו היינו משום דלא שייך חיוב ממון לגבי עניים בנוגע ממון צדקה הואיל ואין לו תובעים, אלא דין מיוחד הוא במזיק ממון עניים דפטור, דלא חשיב מעשה מזיק בממון שאין לו תובעים, דכיון דלכל אחד ואחד יכול לומר לא לדידך יהיבנא, נמצא שלא גרם הפסד לשום אדם, אבל חיובי שמירה והשבה שפיר שייך אפילו על צדקה שאין לו תובעים, וחל חיובו לגבי כל השבט שצריך לשמור הפקדון ולהשיבו להשבט עניים, ואם פשע בהפקדון צריך להשלים דמים תחת השבת הפקדון, ולכן לא היה אפשר למעט ארנקי של צדקה מחיובי שומר משום דינא דמזיק ממון שאין לו תובעים פטור, דפטור זה לא שייך אלא בחיוב מזיק בלבד שהמחייב שלו הוי הפסד הניזק, והכא הרי לא גרם הפסד לשום אדם, כמש"נ, והא דפטור בשומר ארנקי של צדקה הוי משום מיעוטא דלשומר ולא לחלק לעניים, אלא דהוקשה לו לרש"י דוכי מפני שהפקדון של עני הוא יפטר השומר, והיאך שייך פטור של לשומר ולא לחלק לעניים, ועל זה כתב רש"י דכיון דממון צדקה הוי ממון שאין לו תובעים אם כן שפיר יש לומר דהתורה מיעטה חיובי שומר היכא דאין המפקיד מבורר, ודין מיוחד הוא בשומרים דליכא חיוב היכא דליכא מפקיד שיכול לתבוע, ואין זה שייך

לדין כללי של פטור מזיק בממון שאין לו תובעים, כמש"נ.
ועיימ"ש הרמב"ם פ"ב שכירות הל"ג וז"ל: יראה לי שאם פשע השומר בעבדים
וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה
ואבידה וכו' אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין
המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין וכו' עכ"ל, ובמשנה למלך הקשה וז"ל: וקשה
דבסוף פרק החובל גבי ההוא דפשע בארנקי של צדקה דאפקידו גביה וכו' אלמא כי
ממעטינן מדין השומרים לגמרי ממעטינן ואפילו מפשיעה ולא משבועה דוקא ולדברי
רבינו הוה לן למעוטי דוקא משבועה שלא פשע בה ולא מתשלומי פשיעה וכו' עכ"ל,
יעו"ש, ולפימ"ש בברכת שמואל סי' ל"ב דשאני מיעוטא דלשמור דממעטינן משם מכל
דין שומר לגמרי נסתלקה קושית המשנה למלך מעיקרה, ולפי דברינו נמי מתיישבת
קושית המשנה למלך, דאין הכי נמי דמלשמור ולא לחלק לעניים אין למעט חיוב
פשיעה דהוי מטעם מזיק, אלא דבלאו הכי פטור על כך דהא מזיק ממון שאין לו
תובעים פטור מלשלם.

פרק ד

בו יבואר דהרמב"ם והראב"ד דפליגי בשומר שפשע בעבדים שטרות וקרקעות אם חייב לשלם מדין מזיק אף על גב שנתמעטו מחיובי שמירה אזלי לשיטתייהו במה דנחלקו אם נשבעים שבועת השומרים על טענת קטן כמו שנשבעים שבועת השומרים על טענת שמא.

[רמב"ם פ"ב שכירות הל"ג] כתב הרמב"ם וז"ל: יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן שאם היה שומר חנם על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין פטור מלשלם באלו אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון עכ"ל, יעו"ש.

והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א ואם אמת הוא זה שומר חנם למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם ואם נפשך לומר הלא מודה במקצת שאם יודה ישלם ואעפ"כ אינו נשבע הרי אמרה תורה כלל ופרט בשומר חנם וכלל ופרט בשומר שכר מה שומר שכר מיעט את אלו מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה אף שומר חנם שמיעט את אלו אף מעיקר התשלומין מיעטן ולא מן השבועה לבדה ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק עכ"ל, יעו"ש. ויש לעיין בהשגת הראב"ד שהקשה על הרמב"ם דאם אינו נשבע למה משלם, והלא הא דמשלם הוי משום דכל פושע מזיק הוא, ונמצא דמשלם מדין מזיק ולא מחיובי שומר, ומיעוט התורה דקרקעות הלא הוי מחיובי שמירה, ועיין בחידושי רעק"א בסוף פרק הזהב (דף נו:), וצריך לומר דס"ל להראב"ד דכיון דדין זה דמזיק תלוי בדין שמירה, דאם אינו חייב בשמירה אינו מזיק בפשיעתו, ולכן שומר שפשע אית ביה הך חיוב דמזיק בפשיעתו, אם כן נמצא דהיינו גופא דין השומר דאם פשע מזיק הוא, וכל זה חשיב מחיובי שמירה, וכל שומר שנשבע שלא פשע יש בכלל שבועתו שלא הזיק הפקדון בפשיעתו, וכי היכי דמצינו בשומר שכר שכשהתורה מיעטה קרקעות משבועה מיעטינהו נמי מתשלומין, הוא הדין בשומר חנם נאמר כן דכשהתורה מיעטה קרקעות משבועת שומר חנם שלא פשע מיעטינהו נמי מתשלומי פשיעה, ובכלל זה נמי תשלומין מדין מזיק, ואף אם נימא דגם מלבד דין מזיק איכא בפשיעה נמי חיוב מיוחד מחיובי שמירה, כמו חיוב שומר שכר בגניבה ואבידה, והוא הדין בפשיעה אית ביה חיוב על שלא שמר כראוי, ונפקא מינה לגבי שעת חלות שעבוד נכסים וכדומה, מכל מקום גם חיוב מזיק לעולם אית ביה, וכיון שכן מסתברא דכיון שחייבתו התורה לישבע שלא פשע הרי שבועה זו באה גם לברר אם נתחייב מדין מזיק, וקרקעות שנתמעטו משבועה זו יתמעטו נמי מתשלומין, כן נראה בביאור השגת הראב"ד.

ונראה דהרמב"ם והראב"ד אזלי בזה לשיטתייהו, דעיימש"נ בשט"ו פ"ו בשיטת

הרמב"ם פ"ב שכירות הל"ז, דאע"ג דאין נשבעין על טענת קטן זהו משום דלא חשיבא טענתו לחייב שבועה, אבל שבועת השומרים לא באה על הטענה כלל, דאין טענת המפקיד מחייבת השבועה, אלא דדין השומר הוא דחייב בהשבת הפקדון ואלא דאם נאנס בשומר שכר או נגנב בשומר חנם פטור מלשלם, ואם רצה לפטור עצמו בטענת גנב או אונס צריך לברר פטורו על ידי שבועה, ואע"ג דליכא טענת המפקיד המכחישתו, דאילו היה צריך טענה לחייב השבועה לא היתה מועילה תביעת המפקיד, שהרי אין בתביעתו אפילו טענת שמא, דהא אינו יודע כלל וכלל מה קרה עם הפקדון, כמש"נ שם. ונמצא לפי זה דלשיטת הרמב"ם לא קאי שבועת השומרים שלא פשע בה אלא על חיובי הפשיעה מדיני שמירה, דהיינו שהשומר חייב בהשבת הפקדון ורק גניבה פוטרתו מחיוב השבה, אבל אם פשע בהפקדון נשאר בחיוב השבת הפקדון, ולכן אם טען שנגנב צריך לישבע שלא פשע בה ואינו עומד בחיוב השבת הפקדון, אבל אי משום הא דאם פשע בהפקדון חייב מדין מזיק לא היה צריך לישבע, דהא מילתא הוי חיוב חדש שחל עליו על ידי הפשיעה ואינו מן הדין שיצטרך לישבע על כך בלי טענת התובע, והכא הרי ליכא טענת התובע, כמש"נ, ואם כן לא שייך חיוב שבועה כזה, ואין הכי נמי דאם ידעין בבירור שפשע בו חייב נמי משום מזיק, אולם אם כפר וטען שנגנב נפטר מחיוב מזיק בכפירתו בלבד ואין חיוב שבועה שלא פשע בא אלא לברר אם נתחייב בפשיעתו מדין חיוב השומר להשיב הפקדון.

ולפיכך בקרקעות דמצינו שהתורה מיעטינהו מחיוב שבועת השומרים, ומצינו גבי שומר שכר דהמיעוט על שבועה שלא נגנב כולל נמי מיעוט על חיוב התשלומין ששבועה זו פוטרתו ממנו, כלומר דאין המיעוט רק שאינו צריך לישבע שלא נגנב, אלא דהוא הדין אם נגנב דאינו משלם, שפיר אמרינן גם במיעוט הכתוב בפרשת שומר חנם שבא למיעטינהו מחיוב שבועה, וגם מחיוב תשלומין שהשבועה פוטרתו ממנו, כלומר שאין נשבעים על הקרקעות שבועה שלא פשע בהו, והוא הדין דאם פשע בהו אינו חייב בהתשלומין שהשבועה היתה פוטרתו מהן דהיינו תשלומין מדין חיובי השומר בהשבת הפקדון, כמש"נ, אבל מעולם לא באה השבועה לפוטרו מתשלומין על פשיעתו מדין מזיק, כמש"נ, וממילא לא שייך לומר דהמיעוט על חיוב שבועה כולל נמי מיעוט על חיוב פשיעה מדין מזיק, ושפיר פסק הרמב"ם דאם פשע בקרקעות חייב מדין מזיק. אבל הראב"ד אזיל לשיטתו דפליג על הרמב"ם וס"ל דאף שבועת השומרים אין נשבעים על טענת קטן, וכתב שם טעמא משום דאם על טענת ודאי שלו אין נשבעים כל שכן דאין נשבעים על טענת ספק, ונמצא דס"ל להראב"ד דשפיר באה שבועת השומרים על הטענה, אלא דהתורה חידשה כאן דאע"ג דבכל שבועת הדיינים בעינן טענת ברי מן התובע לחייב השבועה, הכא בשבועת השומרים חשיבא גם טענת ספק גרועה של המפקיד לחייב השבועה, ונמצא דשבועה זו באה על הטענה, ורק דחידוש הוא בשבועת השומרים דגם טענה גרועה מחייבת השבועה, ומשום הכי אין נשבעים שבועת השומרים על טענת קטן.

ולפי זה שפיר איכא למימר דבכלל שבועה שלא פשע בה איכא נמי בירור על שלא

נתחייב לשלם מדין מזיק על ידי פשיעתו, ואע"ג דחיוב מזיק חל עליו בשעת הפשיעה ולא דמי לשאר חיובי שמירה שחיוב תשלומין דידהו הוי על ידי שנשאר עליו חיוב השבת הפקדון, מכל מקום עדיין שייך לומר דקאי שבועה זו גם על חיוב מדין מזיק, שהרי באה שבועה זו על ידי הטענה, ואע"ג דטענה גרועה היא היינו חידוש דשבועת השומרים, דטענת המפקיד לעולם מחייבת שבועה, ומחייבתו נמי בשבועה לברר שלא נתחייב מדין מזיק, וכיון שכן, אם מצינו שהתורה מיעטה קרקעות משבועה שלא פשע בהו מיעטינהו נמי מכל חיובי ממון הנפטרים על ידי שבועה זו, ויש בכלל זה נמי חיוב מזיק, ושפיר הקשה הראב"ד דאם אינו נשבע למה משלם, והראב"ד עצמו ס"ל דפושע לאו מזיק הוא, והביא ראיה מדין פשיעה בבעלים, ועיין בברכת שמואל בבא קמא סי' ל"ב מה שכתב בזה.

פרק ה

בו יבואר דלרש"י בקטן שהפקיד חלה על הנפקד תורת שומר אלא דאין נשבעין על טענת נתינתו ושהראב"ד חולק וסבירא ליה דלא נעשה שומר כלל, ויבואר לשיטתם מאי דאמר רב אשי אבידה קא אתיא מכח בן דעת מה שאין כן בקטן שהפקיד לא אתיא מכח בן דעת.

[**בבא קמא קו:**] ואמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל מאי טעמא דכתיב על כל אבדה אשר יאמר איתיביה רבי אבא בר ממל לרבי חייא בר אבא כי יתן איש אין נתינת קטן כלום ואין לי אלא שנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מנין תלמוד לומר עד האלהים יבא דבר שניהם עד שתהא נתינה ותביעה שוין כאחד ואם איתא תיהוי נמי כאבידה אמר ליה הכא במאי עסקינן כגון שאכלו כשהוא קטן וכו' רב אשי אמר לא דמי אבידה קא אתיא מכח בן דעת והא לא אתיא מכח בן דעת, יעו"ש.

ולמד רש"י דהא דאמרינן דאין נתינת קטן כלום, לאו היינו לומר דבנתינת קטן לא חלה תורת שומר על הנפקד כלל, אלא דדין הוא בטענה ושבועה, וז"ל: אין נתינת קטן כלום דכתיב איש פרט לקטן דאין נשבעין על טענת נתינתו ואין באין לידי כפל על ידו דהכא כפל כתיב עכ"ל, יעו"ש.

ולפי זה שפיר מובן המשך הגמרא, דפריך מאבידה דאיכא התם דין טוען טענת גנב, ואע"ג דליכא נתינה כלל, ואם כן הוא הדין בקטן שהפקיד ותבעו כשהוא גדול יתחייב שבועה כדין אבידה, ומשני דהכא מיירי שאכלו כשהוא קטן, וכתב רש"י וז"ל: שאכלו בעל הבית לפקדון בעוד שהמפקיד קטן דלא ירד פקדון זה לתורת טענה מעולם אבל אבידה מכי מטא לידיה דהאי איחייב ליה שהרי יש לה בעלים בני טענתא עכ"ל, יעו"ש, רצונו לומר דדין טוען טענת גנב הוא דעל ידי השבועה נעשה גנב על החפץ, והיכא דאכלו מעיקרא נעשה עליו גנב למפרע כשנשבע, וקאמר בגמרא דאין האכילה נחשבת כמעשה גניבה לחייבו כפל אלא היכא דבשעת אכילה היתה שייך שבועת טוען טענת גנב, ואם לא אין הך אכילה מצטרפת לגניבה של טענת גנב, ולכן אם אכלו כשהוא קטן דלא שייך בההיא שעתא שבועה הואיל ואין נשבעין על טענת קטן, אם כן אין הך אכילה מצטרפת לשבועתו אחר כך כשנתגדל הקטן וליכא כפל, אבל באבידה הרי מיד בשעה הראשונה שייך ביה שבועת טוען טענת גנב, ואם נשבע שנגנבה משלם כפל. ורב אשי משני דלא דמי אבידה דקא אתיא מכח בן דעת, רצונו לומר דלא כדסלקא דעתין דבאבידה ליכא נתינה, כמו שכתב רש"י, ואם כן למה יוגרע קטן שהפקיד, אלא דבאבידה חשיבא נתינה על ידי הא דנפלה מבן דעת וזה הגביהה.

אמנם הראב"ד פ"ב שכירות הל"ז פליג על שיטת רש"י, שכתב שם הרמב"ם דקטן שהפקיד ביד גדול הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן, יעו"ש, והשיג הראב"ד וז"ל: ורבתי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן ואפילו כאבידה אינו דאבידה אתיא מכח בן

דעת וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדבריו דבקטן שהפקיד לא נעשה הנפקד שומר כלל, ולא למד כדברי רש"י דאין נתינת קטן כלום הוי מיעוט בשבועה, אלא דס"ל דהוי מיעוט בדין שומר בכלל, ועיין בר"ן בפרק שבועת הדיינים (שבועות דף מב.) שהביא שיטת הרשב"א דבקטן שהפקיד אין השומר חייב אפילו על הפשיעה, והיינו נמי כשיטת הראב"ד דלא חל עליו דין שומר כלל.

אלא צריכים לעיין לפי זה מאי קאמר רב אשי דשאני אבידה דאתיא מכח בן דעת מה שאין כן בקטן שהפקיד, מכל מקום בשעה שהגדיל ליחול על הנפקד דין שומר אבידה דאתיא מכח בן דעת, וכשנשבע אחר כך יתחייב כפל.

אכן הא לא קשיא מידי, דהרי באמת אין חפץ זה שהפקידו הקטן אצל הנפקד אבוד ממנו, ואף אם לא חלה תורת שומר על הנפקד, דהרי ידוע לו איה החפץ מונח ויכול ליטלו כל זמן שירצה, ורק בשביל קטנותו סלקא דעתין דיחשב כאבידה, אבל בשעה שהגדיל תו לא הוי אבידה, שהרי בן דעת הוא וידוע מקום החפץ ובידו ליטלו.

פרק ו

בו יתיישב מה שפסק הרמב"ם שנשבעים שבועת השומרים לקטן שכל השומרים שבועתן שבועת שמא, אף על גב דסבירא ליה שנשבעין שבועת היסת על טענת קטן, וגם פסק שהטוען טענת גנב בפקדון של קטן ונשבע ואחר כך באו עדים הרי זה פטור מלשלם כפל.

[רמב"ם פ"ב שכירות הל"ז] כתב הרמב"ם וז"ל: קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרים שבועתן שבועת שמא היא עכ"ל, יעו"ש.

והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן ואפילו כאבידה אינו דאבידה אתיא מכח בן דעת ותמה על עצמך דכולא פרשתא בשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן ועוד על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בשט"ו פ"ה.

וכתב המגיד משנה דאע"פ שקרא דכי יתן איש פרט לקטן, דממנו ילפינן דאין נשבעין בטענת קטן, כתיב בשומרים, לאו אשומרים קאי, דעירוב פרשיות כתיב כאן, וקאי קרא על שבועת מודה במקצת ושבועת עד אחד, וכן כתב הר"ן בפרק שבועת הדיינים (שבועות דף מב.).

ועל מה שהקשה הראב"ד, דמה לי דשבועת השומרים באה על טענת ספק, והלא אם על טענת ודאי דקטן אין נשבעים, כל שכן שאין נשבעים על טענת ספק שלו, היה אפשר לומר דס"ל להרמב"ם דהא דאין נשבעים על טענת קטן לא הוי מיעוט בדין טענה שלו שאין בכחה לחייב שבועה, אלא המיעוט מגלה דאף טענת ודאי דקטן לא חשיבא טענת ברי, ומשום הכי בשבועת השומרים נשבעים על טענת קטן, דהא שבועת השומרים באה על טענת ספק.

אולם עדיין קשה ממה שכתב הר"ן בשבועות (דף מב.) וז"ל: ומכל מקום נשבעין היסת על טענת קטן דמאי דפטרה תורה קטן לאו משום דלא חשבינן טענתו טענת בריא אלא גזירת הכתוב כך היא הלכך אע"ג דאין נשבעין היסת אלא בטענת בריא בטענת קטן נשבעין ושמעתין נמי מוכח בסמוך דטענת קטן כטענת בריא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולפי זה נמצא דאם ס"ל להרמב"ם דהמיעוט מגלה דטענת קטן לא הוי טענת ברי, אם כן היה צריך להיות הדין דאין נשבעין היסת על טענת קטן, ולהדיא כתב הרמב"ם דנשבעין היסת על טענת קטן פ"ה טוען ונטען הל"י וז"ל: הורו רבותי שאין נשבעין על טענת קטן שבועה של תורה אבל שבועת היסת נשבעין עכ"ל, יעו"ש.

עוד הקשה הר"ן על שיטת ברמב"ם דנשבעים שבועת השומרים על טענת קטן מהא דאיתא בבא קמא (דף קו): ואמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל וכו' איתביה רבי אבא בר ממל לרבי חייא בר אבא כי יתן

איש אין נתינת קטן כלום ואין לי אלא שנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מנין תלמוד לומר וכו', ומשמע מהתם דגם משבועת השומרים נתמעט קטן, דאם איתא דנשבעין על טענתו אמאי לא מחייבין ליה נמי כפל, עד כאן תוכן דבריו, יעו"ש.

אלא דעיימ"ש הרמב"ם פ"ד גניבה הל"ט וז"ל: הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אע"פ שנתן לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואחר כך באו עדים הרי זה פטור מן הכפל שנאמר כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה נתינה ותביעה שוין בגדול עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב הרמב"ם דהנפקד נשבע, ומכל מקום פטור הוא מן הכפל, והך נשבע היינו שחייבוהו בית דין, דקפץ ונשבע לעולם פטור, כדאיתא להדיא בבא קמא (דף קו.), יעו"ש, ולפי זה לא קשה קושית הר"ן, דנמצא לפי זה דהרמב"ם לא למד הסוגיא דהתם דהא דאין נתינת קטן כלום הוי מיעוט בטענת קטן שאינה מחייבת שבועה כשיטת רש"י, או דהוי מיעוט בתורת שומר של הנפקד כשיטת הראב"ד, עיימש"נ בשט"ו פ"ה, אלא דס"ל להרמב"ם דשפיר יש להנפקד דין שומר, ושפיר נשבע שבועת השומרים, ולא נתמעט פקדון דקטן אלא מדין כפל בלבד, דאע"ג דנשבע פטור מן הכפל.

ומכל מקום קשה על הרמב"ם דכיון דילפינן מקרא דכי יתן איש פרט לקטן שנתמעט פקדון דקטן מחיוב כפל של טוען טענת גנב, וילפינן נמי מהאי קרא גופא דאין נשבעין על טענת קטן בפרק שבועת הדיינין (שבועות דף מב.), וחדא סגנון לשתי הילפותות, אם כן למה למד דלענין הילפותא דשבועות עירוב פרשיות כתוב כאן, ולמה לא נוקמיה על מקומו למעט טענת קטן מלחייב שבועת השומרים.

ונראה דס"ל להרמב"ם דהא דשבועת השומרים באה אף על טענת שמא לא הוי משום דבעינן טענה לחייב שבועת השומרים ורק דאין אותה הטענה צריכה להיות טענת ברי וסגי בטענת שמא, אלא דין שבועת השומרים הוא דאין צריכים טענה כלל לחייבו שבועה, דכך הוא דין השומר שהוא צריך להשיב הפקדון שבידו, ואם אין הפקדון בידו צריך לישבע לפטור עצמו מחיוב תשלומין, וכן מדויק ממה שכתב הרמב"ם וז"ל: שאין זה נשבע בטענת קטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרין שבועתן שבועת שמא היא עכ"ל, יעו"ש, ולא כתב הרמב"ם דהכא סגי בטענת שמא, אלא כתב שאין זה נחשב נשבע בטענת קטן, ולהדיא כתב כן פ"ה טוען ונטען הל"ט וז"ל: אבל אם שמר לקטן וטען שאבד הרי זה נשבע שבועת השומרין לפי שאינו נשבע מחמת הטענה עכ"ל, יעו"ש, וכן הוא נמי לשון הרא"ש בשבועות שם וז"ל: ושבועת התורה נמי דוקא שבועה הבאה מחמת הטענה כגון מודה מקצת ועד אחד דטענת קטן לאו כלום היא אבל שבועת שומרין שאינה באה מחמת טענה דהא טענת שמא היא כך צריך לישבע לקטן כמו שנשבע השומר לגדול עכ"ל, יעו"ש. ובאמת מסתברא כן דאין שבועת השומרים באה על הטענה כלל, דאין לומר שבאה על הטענה ורק דסגי בטענת שמא, דהא טענת המפקיד אף כטענת שמא לא חשיבא, דעיימ"ש הרמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ז וז"ל: אין משביעין שבועת היסת אלא על

טענט ודאי אבל על טענת ספק פטור כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך מנה וכו' דבר פלוני נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו וכו' עכ"ל, הרי דטענת שמא היינו היכא שהדבר קרוב בעיניו רק דאינו ברי בכך, ומפקיד התובע את הנפקד הלא אין לו ידיעה כלל אודות מה קרה עם הפקדון, ואף חשד אין לו, ומכל מקום יכול לחייבו שבועה, ומוכח מזה דאין הטענה מחייבת השבועה, אלא דכך דין השומר דאינו יכול לפטור עצמו מהשבה או תשלומין אלא על ידי שבועה.

והשתא יש לומר דגם הרמב"ם ס"ל דהא דאין נשבעין על טענת קטן היינו מיעוט בדין טענה שלו שאין בכחה לחייב שבועה, ואע"ג דשפיר חשיבא טענת ברי ויכולה לחייבו שבועת היסת, מכל מקום אין בכחה לחייב שבועת התורה, ומכל מקום נשבע השומר פקדון של קטן שבועת השומרים, דאין שבועת השומרים באה על טענה כלל, ולא שייך התם כלל דאין נשבעין על טענת קטן, ועל כרחך צריך לומר דהך ילפוטא לא קאי על שבועת השומרים אלא עירוב פרשיות כתוב כאן וקאי על שבועת מודה במקצת ועד אחד שבאין על הטענה, אבל הך ילפוטא דאין נתינת קטן כלום, שממנה ממעטינן פקדון דקטן מן הכפל, שפיר איכא למידרשיה במקומה לגבי שבועת שומרים.

פרק ז

בו יובא מחלוקת הקצות החושן והנתיבות המשפט בשמירה בבעלים אם נשבע שבועת השומרים, ויבואר מה שכתבו התוס' דשם אין שייך כפל בטען טענת גנב בלסטים מזוין, וגם מה שכתב האור שמח דבשמירה בבעלים שאין צריך שבועה חייב כפל בטען טענת גנב.

[**בבא קמא נז:**] לא אם אמרת בשומר חנם שכן משלם תשלומי כפל תאמר בשומר שכר שאינו משלם תשלומי כפל ואי סלקא דעתין לסטים מזוין גנב הוא נמצא שומר שכר משלם תשלומי כפל בטען טענת לסטים מזוין, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה נמצא שומר שכר וכו' וז"ל: אבל אי גזלן הוא נחא דטוען טענת גזלן ונמצא שהוא בידו לא משלם כפל ואם תאמר אכתי נמצא שומר שכר משלם כפל בטען טענת גנב בבעלים ושם אין שייך כפל בטען טענת גנב בענין זה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ועיין בקצות החושן סי' רצ"א סקי"ז וז"ל: נסתפקתי בשמירה בבעלים אם נשבע שבועת השומרים או לא והנה מדברי תוס' נראה דאפילו שמירה בבעלים בעי שבועת השומרים ומחויב לישבע שבועת התורה שבועה שאינו ברשותו ע"ש פרק הכונס (דף נז: ד"ה ונמצא) וכו' אם כן משמע מדבריהם דאיכא שבועת השומרים בשמירה בבעלים דאי ליכא שבועה היכי משכחת כפל בטען טענת גנב בבעלים דטוען טענת גנב אינו חייב עד שישבע בבית דין ובקפץ ונשבע לא משלם כפל כדמוכח בהגוזל קמא (דף קו.) וכמו שכתבו תוס' ריש פרק מרובה (דף סב: ד"ה יצאו קרקעות) וע"ש ואע"ג דמשכחת לה כפל בטענת גנב בבעלים ושבועה בבית דין על ידי גלגול דמסתימת דברי תוס' שכתבו בטען טענת גנב בבעלים ולא זכרו מדין גלגול משמע דשבועה בעי וכו' אמנם לפי מה שכתבו תוס' שם אין שייך כפל בטען טענת גנב בענין זה אם כן כל דליכא כפל ממילא נמי ליכא שבועה דכבר כתבו תוס' ריש מרובה (דף סג.) ד"ה למה לי למיהדר ע"ש דכתבו דכפל ושבועה הכל ענין אחד וכל דאימעט מדין כפל אימעט מדין שבועה ע"ש ואם כן ממילא ליכא שבועה בבעלים כיון דליכא כפל וכו', עכ"ל הקצות החושן, יעו"ש. ובנתיבות המשפט סקל"ד כתב וז"ל: ולפי זה נראה דהוא הדין דחייב לישבע שבועת שומרים שאינו ברשותו אף שהיה בעלים דמדין שומרים לא אימעט ומה שהביא הקצות החושן ראה לפוטרו מתוס' בבא קמא (דף נז:) שכתבו דשם לא משלם כפל בטען טענת גנב בבעלים ובריש מרובה כתבו התוס' דכפל ושבועה ענין אחד וכו' לא ידעתי ראה שלו דשם כתבו התוס' דיש למעט מחד קרא כיון שבחד קרא הן מה שאין כן בבעלים מי יודע איזה מיעוט יש לפטור כפל הבעלים וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי הקצות החושן והנתיבות המשפט דתרוייהו פירשו דהך צד דהתוס' דבטוען טענת גנב בבעלים ליכא כפל היינו טעמא משום דנתמעט הך דינא מפרשה דכפל, אלא דהקצות החושן למד דנתמעט מקרא דעל כל דבר פשע, ואם כן מכיון שכתבו התוס' במרובה דכל שנתמעט מכפל מהאי קרא איתמעט נמי משבועה, שפיר איכא להוכיח דליכא שבועה בשמירה בבעלים, אבל הנתיבות המשפט דחה דדילמא

מקרא אחר נתמעט מכפל, ואם כן אין להוכיח פטור שבועה מפטור כפל. אולם עיין בשיטה מקובצת בשם ה"ר אליעזר מגרמישא ז"ל וז"ל: כתוב בתוס' ושמה אין שייך כפל וכו' וטעמא דאין חייב כפל אלא היכא דטענת גנבה גורמת הפיטור והכא מה שהבעלים עמו גורם עכ"ל, יעו"ש, וכונתו לומר דאע"ג דכל טוען טענת גנב היה יכול לפטור עצמו גם בטוען טענת אבד, מכל מקום גם טענת גניבה הוי סבה לפטור, וממילא נתחייב בכפל על ידי טענתו, אבל בטוען טענת גנב בבעלים אין טענתו פוטרתו, דהרי על כל מה שאירע גם כן פטור מלשלם, ובכהאי גוונא לא חשיב טוען טענת גנב להתחייב כפל.

אלא דקשה על סברתו מהא דאיצטריך קרא בריש פרק מרובה (דף סב:) למעט קרקעות מכפל דטוען טענת גנב, ואם כן לשיטת התוס' בבבא מציעא (דף נו:) דשומר שפשע בקרקעות פטור למה לי קרא למעט קרקעות מטוען טענת גנב, הלא אין טענת הגניבה סבת הפטור, דהא אפילו אם פשע נמי פטור מלשלם. ולכאורה מוכח מכאן דכל טענה שטוען השומר לפטור עצמו, אם טענת הפטור הוי על ידי שטוען שנגנבה חייב כפל אף אם אין עצם הגניבה סבת הפטור, ואם כן בקרקעות שצריך לטעון שאינן ברשותו ולא גזלם, ושוב לא איכפת לן מה קרה עמהן, מכל מקום אם טען שאינן ברשותו בשביל שנגנבו ממנו, הרי זה נחשב טענת גניבה לחייבו בכפל, ויתר על כן, דאע"ג דאין טענתו לפטור עצמו בכהאי גוונא מדיני טענת השומרים כלל, אלא הריהו ככופר בפקדון שבא לפטור עצמו בטענת אין לך אצלי כלום, מכל מקום גזירת הכתוב היא דכל שפוטור עצמו על ידי שטוען שנגנבה חייב כפל, ואין זה נוגע לדיני שומר, ולא בעינן שתהא כח טענתו תלוי במה שטוען שנגנב החפץ.

והרה"ג ראובן יורקנסקי שליט"א הביא ראיה לכך מהא דאיתא לקמן (דף סג:) ומנלן דבשבועה דתניא ונקרב בעל הבית אל האלהים לשבועה אתה אומר לשבועה או אינו אלא לדין נאמר שליחות יד וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: או אינו אלא לדין לפרעון דשומר חנם שטוען שנגנבה ישלם וכו' עכ"ל, יעו"ש, וכתב המהרש"א וז"ל: אבל קשה כיון דקרנא בעי שלומי כפילא היכא ישלם בטוען טענת גנב וכו' נראה לקיים פירוש דהכא והכי קאמר דגזירת הכתוב הוא בטוען שנגנבה שישלם הקרן ואפילו הכי דאם נמצא שהוא גנב שישלם כפל עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאע"ג דאינו פטור עצמו מתשלומין על ידי טענתו מכל מקום חייב כפל הואיל ומעכב הפקדון לעצמו, והנה לפי זה כל סבת חיובו לשלם כפל בא ממה שטוען שאין החפץ ברשותו, ונעשה גנב על גוף החפץ אע"פ שהוא משלם ממון, ומכל מקום גזירת הכתוב היא דאינו חייב אלא אם כן טען שנגנבה, ואע"פ שאין זה מעלה או מוריד, שהרי הוא בא לשלם ממון ולא להיפטור מתשלומין, ומבואר דכל שטען גניבה חייב כפל אע"פ שאין זו סבת הפיטור.

ואולי יש ליישב דברי השיטה מקובצת על פי מה שכתבו האחרונים לחלק בין שמירה בבעלים לקרקעות, דבקרקעות יש עליו דין שומר אלא דאיכא פטור בחיובי תשלומין, מה שאין כן שומר בבעלים לא חל עליו דין שומר כלל, וכן כתב הברכת שמואל, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דכל דין טוען טענת גנב הוי בשומר, ואע"ג דלא בעינן

לכך שטענט גניבה תהא סבת הפטור, אלא גזירת הכתוב בעלמא היא, כמש"נ, מכל מקום לא נאמרה הך גזירת הכתוב אלא לחייב השומר בכפל, ואם כן בקרקע שיש לו דין שומר כל זמן שהחפץ ברשותו, ואלא דפטור מתשלומין בכל אופן שיצא החפץ מרשותו ואפילו על ידי פשיעה, אם כן שפיר היה חייב כפל בטוען טענת גנב אי לא דמיעטיה קרא, אבל בשמירה בבעלים שאין לו דין שומר כלל, אין פטורו בא מטענתו דגניבה אלא ממה שהיו הבעלים עמו.

והנה בעצם דברי הקצות החושן שרצה להוכיח מדברי התוס' דבשמירה בבעלים איכא שבועת השומרין דשבועה שאינו ברשותו, דאי לאו הכי לא היה חייב כפל בטוען טענת גנב בבעלים, כתב על זה האור שמח פ"ד גניבה הל"י דכל דין שבועה דטוען טענת גנב הוי לחזק הכפירה, דאם לא נשבע אינו נאמן בכפירתו, אבל בשמירה בבעלים הרי נפטר בטענתו אף בלי שבועה, ואיכא כפל בטוען טענת גנב בבעלים אף אם לא היה נשבע שבועה אינו ברשותו, עד כאן תוכן דבריו, יעו"ש.

ורבים הקשו עליו מהא דאיצטריך לקמן בריש פרק מרובה (שם) למילף מקרא דאינו משלם כפל בקרקעות, והקשו התוס' בד"ה יצאו קרקעות דלמה לן קרא הלא אין חייב כפל בטוען טענת גנב אלא בשבועה וקרקע אימעיט משבועה, יעו"ש, ולדעת האור שמח לא קשה מידי, דכיון דלקרקעות פטור עצמו אף בלי שבועה הרי הוא חייב כפל על ידי טענתו גרידא.

ונראה בישוב דרך האור שמח דיש להסתפק בדין שבועה דטוען טענת גנב, אם היינו גזירת הכתוב בעלמא דמלבד הטענת גניבה בעינן נמי שישבע לשקר בשבועת הדיינים, או אם דין השבועה הוי לקבוע על ידי איזה כפירה יחשב השומר כגנב, כלומר דלא חשיב כגנב אלא כשנסתלק מן המפקיד בכפירה חמורה, דהיינו כפירה המחייבת שבועה, אבל כשנסתלק ממנו בכפירה קלה לא נעשה בזה כגנב, ולצד זה כל כפירה המחייבתו בשבועה חייב עליה כפל אם טען גניבה, ובעינן השבועה בפועל שהרי לא הועילה כפירתו כל זמן שלא נשבע ולא נעשה גנב בכך, אכן היכא דעצם כפירתו מחייבתו בשבועה, ורק דאיכא סבה צדדית הפוטרתו מן השבועה, בכהאי גוונא נמי חייב כפל, שהרי בא לפטור עצמו בכפירה חמורה ורק שמצא אמצעי להשתמט מן השבועה בפועל, ולא דמי להיכא דאין הכפירה עצמה מחייבת שבועה, דבכהאי גוונא כפירה קלה היא ולא חייב עליה כפל.

ולפי זה שפיר מובן החילוק בין שמירה בבעלים לקרקעות, דשמירה בבעלים הוי פטור על חיובי שמירה, בין חיובי ממון ובין חיובי שבועה, ואם כן כשטען שנגנבה ואינה ברשותו, הרי זה שפיר כפירה חמורה המחייבת שבועה, אלא דמה שבעליו עמו פוטרתו מן השבועה בפועל, ומכל מקום כיון שפטור עצמו בכפירה חמורה הרי הוא חייב בכפל אם נמצא הפקדון אצלו, אבל בקרקעות, נהי דמה שנתמעטו מחיובי תשלומין דשומר הוי פטור בעלמא ולא הפקעה דלא שייך חיוב ממון בקרקע, מכל מקום מה שנתמעטו משבועה היינו דין כללי שאין נשבעין על הקרקעות, והיינו דאין טענת קרקע או כפירת קרקע מחייבתו, ונמצא דטענת גנב בקרקע הוי כפירה קלה, ואין בכהאי גוונא חיוב כפל,

כמש"נ.

ומיושב לפי זה נמי מה שיש להקשות על דברי האור שמח מהא דמבואר לקמן (דף קו.) דבקפץ ונשבע אינו חייב כפל דבעינן שבועת הדיינים, ואע"ג דבקפץ ונשבע שוב נפטר משבועת הדיינים, ואם כן נהי דקפץ ונשבע לא הוי קיום דין שבועה הנצרכת לדין טוען טענת גנב מכל מקום יהני כפוטר בעלמא כמו שמירה בבעלים, ויתחייב כפל על ידי כפירתו גרידא דאינה מחוסרת שבועה, והקצות החושן עצמו הוכיח מכאן דבשמירה בבעלים איכא שבועה, כנ"ל.

ולפימש"נ יש לומר דלחייב כפל בעינן כפירה חמורה, דהיינו כפירה המחייבתו בשבועה, דכפירה כזו חשובה כמעשה גניבה לחיבו כפל, ולכן אם בשעת כפירה נתחייב שבועה בפועל שוב אין הכפירה בפני עצמה נחשבת כמעשה גניבה, ורק כשנשבע נגמרה הכפירה להיחשב כמעשה גניבה, ואם בשעת כפירה ליכא מחייב לשבועה, הרי זו כפירה קלה ואין בה כפל, ואם בשעת כפירה איכא בעצם מחייב לשבועה ורק דאיכא נמי פוטר צדדי, אז הוה ליה כפירה חמורה שאינה צריכה לדבר אחר, והרי זה מעשה גניבה גמור מיד וחייב עליה כפל, אכן אם בשעת כפירה נתחייב שבועה בפועל ורק דבין כפירה לשבועה קפץ ונשבע ונסתלק מן השבועה, בכהאי גונא ליכא כפל, שהרי כבר חלה הכפירה באופן דלא נחשבת כמעשה גניבה אלא על ידי שבועה בפועל, ומה שבא אחר כך פוטר על ידי השבועה לא מהני לאשוויי כפירתו למעשה גניבה למפרע, ובכהאי גונא אין כאן מעשה גניבה אלא כשנגמרת כפירתו על ידי שבועה, ולזה בעינן שבועת הדיינים כדמוכח מקרקע, אבל בשמירה בבעלים דמיד בשעת כפירתו כבר איכא הסבה הפוטרנו מן השבועה, שפיר חשיבא כפירתו כפירה חמורה, והרי זו נחשבת מיד כמעשה גניבה לחיבו כפל, ואף שבדברי האור שמח לא נתברר אם לכך נתכוין, מכל מקום נראה דבסברא זו מתיישבת דרכו בשיטת התוס', כמש"נ.

שוב ראיתי שנחלקו בעל המאור והרמב"ן בסברא זו לקמן (דף קו:) שהשמיט שם הרי"ף רוב דיני טוען טענת גנב, וכתב הבעל המאור וז"ל: כולו שמעתא משמעתא דרבי חייא אמר רבי יוחנן עד נגנבה באונס שלא כתבם הרי"ף ז"ל אע"פ שהוא לא כתבם מפני שיש בהם קנסות אבל אנו דנין בהן ופוסקים בה כדין שאר קנסות בדאיתפס עכ"ל, יעו"ש.

והשיג עליו הרמב"ן במלחמות וז"ל: אמר הכותב טעה בעל המאור ז"ל בזה דשמעתא דרבי חייא בר אבא כוליה בטוען טענת גנב ובתשלומי כפל איתמרן והיאך יתחייב כפל בחוצה לארץ בטוען טענת גנב והלא אינו משלם כפל עד דישביעוהו בית דין ואין דייני חוצה לארץ דיינין לפי שאינן סמוכין וכנשבע חוץ לבית דין דמי דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלהים לשבועה לפיכך אינו מתחייב לעולם בתשלומי כפל ויפה כוון רבינו הגדול ז"ל שלא כתבם וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ונראה דבהא מילתא נחלקו, דהרמב"ן ס"ל דהא דבעינן שבועה בטוען טענת גנב היינו מגזירת הכתוב, ואפילו היכא דאהני כפירתו גם בלי שבועה, ואם כן בחוצה לארץ דליכא שבועה ליכא כפל, אבל הבעל המאור ס"ל דדין שבועה היינו דלא חשיבא כפירתו

כמעשה גניבה אלא אם כן מחייבתו בשבועה, כמש"נ, ואם כן אע"ג דבחוצה לארץ אינו נשבע, מכל מקום עצם כפירתו מחייבת שבועה וחשיבא כמעשה גניבה, ומה דלא שייכא שבועה בחוצה לארץ לא הוי אלא כפטור בעלמא לפוטרו מן השבועה, ונמצא דאהני ליה כפירה חמורה גם בלי שבועה בפועל, ואם נמצא הגניבה בידו חייב כפל, ואם תפס ממנו המפקיד דנין קנסות אפילו בחוצה לארץ.

פרק ח

בו יבואר דבשלח יד ואח"כ טען טענת גנב אינו חייב כפל להראב"ד משום שאין טענתו פוטרתו ולהרא"ש משום שכבר יצא החפץ מרשות מפקיד, וגם יבואר סברת הרא"ש דאף דטבח ומכר קודם הטענה פטור מארבעה וחמשה אין צריך שיהא החפץ בעין בשעת טענה.

[**בבא קמא קז:**] ואמר רבי חייא בר יוסף הטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שישלח בו יד מאי טעמא דאמר קרא ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח יד במלאכת רעהו מכלל דאי שלח בה יד מיחייב למימרא דבשלח בה יד עסקינן אמר רבי חייא בר אבא הכי אמר רבי יוחנן בעומדת על אבוסה שנו אמר ליה רב זירא לרבי חייא בר אבא דוקא בעומדת על אבוסה קאמר אבל שלח בה יד קנה ושבועה לא מהניא ביה כלום או דלמא אפילו עומדת על אבוסה קאמר אמר ליה זו לא שמעתי כיוצא בה שמעתי דאמר רבי אסי אמר רבי יוחנן הטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מאי טעמא לאו משום דקנה בשבועה ראשונה אמר ליה לא הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה איתמר נמי אמר רבי אבין אמר רבי אילעא אמר רבי יוחנן הטוען טענת אבידה בפקדון ונשבע וחזר וטען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים פטור הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה אמר רב ששת הטוען טענת גנב בפקדון כיון ששלח בו יד פטור מאי טעמא הכי קאמר רחמנא ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו וגו' הא שלח ידו פטור, יעו"ש.

והנה בהא דקאמר דשלח בה יד ואחר כך טען טענת גנב פטור מן הכפל הואיל וקנה על ידי שליחות יד ושבועה לא מהניא ביה כלום נחלקו בזה הראב"ד והרא"ש, דעיימ"ש בשיטה מקובצת בשם הרא"ש וז"ל: אבל שלח בו יד קנה פירוש להתחייב באונסין וכי טעין בתר הכי טענת גנב דידיה הוא דקא טעין דנגנב כי אינו פוטר עצמו לא בטענתו ולא בשבועתו ואע"ג דאיכא טעמא רבה כדפרישנא בעי לקמן כי קאמר רב ששת הכי מאי טעמא דכתיב ונקרב בעל הבית וכו' פירוש כי היכי דלא תיקשי ליה קרא היכי מתרץ ליה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה משמע מדברי הרא"ש דכיון ששלח בו יד קנה להתחייב באונסין ויצא מרשות הבעלים ונכנס לרשותו, ואי אפשר להיעשות גנב על ידי טוען טענת גנב בחפץ שכבר גזול אצלו משעת שליחות יד, והך סברא טעמא רבה היא, והוקשה לו להרא"ש למה איצטריך למילף הך דינא מקרא, ותירץ דאין הכי נמי דלא צריך קרא לכך, ולא קאמר דמשמע מקרא דשלח בו יד פטור אלא לאפוקי מדעתיה דרבי חייא בר יוסף דדייק איפכא מקרא.

אולם הראב"ד פירש הך סברא באופן אחר, וגם דבריו הובאו בשיטה מקובצת וז"ל: דוקא בעומדת על אבוסה קאמרת אבל שלח בה יד קנה שכבר נעשה עליו גזלן ואינו נפטר בטענת גנב אע"פ שזה אינו יודע כן והוא פוטר עצמו ממנו בטענת גנב כיון שנודע בסוף שהוא היה גזלן עליה ולא היה פטור מגנבה אינו משלם תשלומי כפל וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שלמד הראב"ד דהיינו טעמא דפטור משום דחסר בטענת פטור,

דכיון ששלח בו יד ונתחייב באונסים שוב אין טענת גניבה טענה הפוטרתו ואינו חייב עליה כפל, דהא אפילו אם קושטא קאמר אינו נפטר דהא איתחייב באונסין, ואע"ג דבפועל פטר עצמו בטענה זו, שהרי לא ידע המפקיד ששלח בו יד, מכל מקום השתא מיהא איגלאי מילתא דבשעת טענתו לא היתה טענתו טענה הפוטרת, ואינה מחייבתו בכפל, וסברא זו לאו טעמא רבה היא, דשפיר היה אפשר לומר דכיון דבשעתה אהני טענתו לפוטרו הרי זה נחשב טוען טענת גנב וחייב כפל, ואם כן שפיר איצטריך רב ששת קרא לקמן למילף הך דינא דשלח בו יד פטור.

ונראה דנחלקו הראב"ד והרא"ש ביסוד דין טוען טענת גנב, דהנה יש להסתפק בדין טוען טענת גנב דמשלם כפל, אם היינו טעמא מפני שעל ידי כפירתו נעשה גנב על גוף הפקדון, דכפירתו חשובה כקנין בגוף החפץ להיעשות על ידה גנב, וכמו שמצינו דכופר בפקדון נעשה עליו גזלן, דכפירה קניא, ואפילו עומדת באגם אי לאו טעמא דאשתמוטי קמשתמט, כדאיתא לעיל (דף קה:), או דלמא טוען טענת גנב הוה ליה דין גניבה מחודשת, דשומר שבא לפטור עצמו מן הבעלים בטענת גנב חלו עליו דיני גניבה להתחייב בתשלומי כפל, ולא מפני שעל ידי כך קנה החפץ וקניית החפץ מחייבתו בכפל, אלא דהטענת פטור עצמה מחייבתו בכפל.

ופליגי בזה הרמב"ם והראב"ד פ"ד גניבה, דכתב שם הרמב"ם בהל"א וז"ל: הטוען שנגנב מביתו הפקדון אם נשבע ואחר כך באו עדים ששקר טען ושהפקדון הזה אצלו הרי זה משלם תשלומי כפל שהרי הוא עצמו הגנב ואם טבח ומכר אחר שנשבע משלם תשלומי ארבעה וחמשה עכ"ל, והראב"ד בסוף השגתו על הל"ב שם כתב וז"ל: ואם טבח ומכר קודם שבועה ובאו עדים על הכל משלם ארבעה וחמשה עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב הרמב"ם להדיא דהיינו טעמא דחייב כפל מפני שהוא עצמו הגנב, ומהאי טעמא נמי אינו חייב ארבעה וחמשה אלא אם כן טבח ומכר אחר השבועה, דאינו נעשה גנב על ידי טענה ושבועה אלא אם כן החפץ בעין בשעת שבועה, אבל הראב"ד ס"ל דלא בעינן החפץ בעין בשעת שבועה, ואפילו טבח ומכר קודם שבועה חייב ארבעה וחמשה, והיינו טעמא משום דטוען טענת גנב הוי דין גניבה מחודשת דהתורה חייבתו כפל על טענת פטור דגניבה, וכל זמן דפטור עצמו מן הבעלים בטענת גניבה חייב כפל, ואפילו אין החפץ בעין.

ומה שכתב הראב"ד דבטבח ומכר קודם שבועה משלם ארבעה וחמשה יש לומר דדוקא קאמר, דלסברת הראב"ד נמצא דאם טבח ומכר אחר השבועה פטור מארבעה וחמשה, דבשלמא לשיטת הרמב"ם דעל ידי טענתו נעשה גנב על הבהמה, אם כן שוב הוה ליה ככל גנב שטבח ומכר דמשלם ארבעה וחמשה, אבל לשיטת הראב"ד לא נעשה בזה גנב על הבהמה, וחייב כפל דמשלם הוי חיוב חדש בדיני שומרים, ואם כן הא דילפינן מהקישא לעיל (דף קו:) דטוען טענת גנב שטבח ומכר משלם ארבעה וחמשה על כרחך צריך לומר דגם זה הוי חידוש בדיני שומרים, ואם כן בעל כרחך צריך לומר שטבח ומכר קודם שבועה שעדיין דין שומר עליו, אבל אחר שכפר ונשבע ונסתלק מן הבעלים שוב הוה ליה כאיש מן השוק, ולמה יתחייב ארבעה וחמשה אם טבח ומכר.

וגם התוס' ס"ל כדעת הראב"ד שהרי כתבו בד"ה ושלח בו יד פטור דהא דאמר לעיל (דף קו:) דטוען טענת גנב והעדים מעידים אותו שאכלו משלם כפל צריך לומר דמיירי שמעידים שאכלו לאחר טענה ושבועה, דאכילה הוי שליחות יד, ואם אכלו קודם שבועה היה לו להיפטר למאן דאמר שלח בו יד וטוען טענת גנב פטור, ומבואר מדבריהם דלמאן דאמר שלח בו יד וטוען טענת גנב חייב הוא הדין דהוי מצי למימר דאכלו וטוען טענת גנב חייב, ואע"ג דאין החפץ בעין, הרי להדיא דאין דין כפל דטוען טענת גנב משום שעל ידי כך נעשה גנב על גוף הדבר, ומהאי טעמא נמי כתבו התוס' אחר כך דנראה להו דהא דשלח בו יד פטור היינו מגזירת הכתוב, וכמש"נ, והיינו כסברת הראב"ד, דלולי קרא לא הוה ידעין דבכהאי גוונא לא חשיב טוען טענת גנב, וכמש"נ.

ומשום הכי כתב הראב"ד בסוגיין דפטור שליחות יד הוא משום דליכא טענת פטור, ולא כתב דטעמא משום שכבר גזול הפקדון אצלו, משום דאזיל לשיטתו דכפל דטוען טענת גנב הוי חיוב חדש מדיני שומרים ולא בעינן שיהא הפקדון בעין, ולפי זה שפיר איצטריך רב ששת קרא למילף דאם שלח בו יד לא חשיב טענת פטור, ואע"ג דהשתא מיהא פטר עצמו בפועל על ידי טענה זו.

אבל בדעת הרא"ש יש לומר דס"ל כהרמב"ם דטוען טענת גנב חייב כפל משום שעל ידי כפירתו נעשה גנב על גוף החפץ, ואם כן כיון דשלח בה יד וקנה החפץ ויצא מרשות הבעלים, שוב אינו נעשה גנב על הפקדון במה שכפר אחר כך על ידי טענת פטור דגניבה. אולם אחר העיון אי אפשר לפרש כן בדעת הרא"ש, דהנה עיין לעיל (דף קו:) אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן הטוען טענת גנב בפקדון משלם תשלומי כפל טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה וכו' איתביה רבי חייא בר אבא לרבי יוחנן היכן שורי נגנב משיבעך אני ואמר אמן והעדים מעידים אותו שאכלו משלם תשלומי כפל והא הכא דאי אפשר לכזית בשר בלא שחיטה וקתני משלם תשלומי כפל תשלומי כפל אין תשלומי ארבעה וחמשה לא הכא במאי עסקינן כגון שאכלו נבילה וכו', יעו"ש, וכתב השיטה מקובצת בשם הרא"ש וז"ל: הוי מצי לשנויי כגון שמעידין אותו שאכלו קודם שטוען טענת גנב דאז לא משלם ארבעה וחמשה והוי כגנב שטבח בבית בעלים קודם גנבה דלא משלם ארבעה וחמשה דלא מחייב אלא כשגנב ונתחייב כפל משעת גנבה וכי הדר טבח משלם ארבעה וחמשה אלא כדאמרין במסקנא דתרי מתלתא טעמא נקט עכ"ל.

ומבואר מדבריו תרתי, חדא דפליג על דעת הראב"ד וס"ל דלא מחייב ארבעה וחמשה אם טבח ומכר קודם הטענה, ועוד דמודה לדעת הראב"ד דלא בעינן שיהא החפץ בעין בשעת טענה, שהרי כתב הרא"ש דשפיר הוי מצי לאוקמי ברייתא באכלו קודם טענה, וחדא מתרי ותלתא טעמי נקט, ומשום הכי אינו משלם ארבעה וחמשה דהוי כטבח בבית הבעלים, אבל כפל שפיר משלם, כדאיתא להדיא בברייתא, ואע"פ שאין החפץ בעין בשעת טענה, וצריך לומר דחיוב כפל דטוען טענת גנב הוי חיוב חדש מדיני שומרים שנתחייב על ידי טענתו ולא מפני שנעשה גנב על גוף החפץ, ומכל מקום

ס"ל להרא"ש דבעינן טביחה ומכירה לאחר הטענה, ואע"ג דכבר נסתלק מן הבעלים על ידי טענה ושבועה, מכל מקום הא מילתא ילפינן מהקישא דאם טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה כל זמן שלא החזירו לרשות הבעלים, איפכא מסברת הראב"ד, כנ"ל, אלא דלפי זה צריך עיון בדבריו שפטר בשלח בו יד הוא וקנה ונעשה ידיה, ומה בכך, מאי שנא מהיכא דאין החפץ בעין כלל וטען טענת גנב דס"ל להרא"ש דמשלם תשלומי כפל.

ונראה לבאר דברי הרא"ש באופן אחר קצת, דס"ל להרא"ש דחיוב כפל בטוען טענת גנב הוי חיוב חדש מדיני שומרים, כמש"נ, וכיון שכן לא חשיב טוען טענת גנב אלא אם כן יש עליו תורת שומר, והנקודה העיקרית היא דשומר שטען טענת גנב לפטור עצמו משלם כפל, אבל אם אין עליו תורת שומר אינו משלם כפל אף אם פטר עצמו בטענת גניבה, ולענין הך מילתא מחלק הרא"ש בין שליחות יד לאין החפץ בעין, דהיכא דאין הפקדון בעין לא פקע בזה תורת שומר של הנפקד, ולא יצא מדין שומר לגבי המפקיד עד שעמד עמו בדין ונשבע, ואם טען טענת גנב כל זמן שעדיין יש עליו תורת שומר חייב כפל, אבל היכא דשלח בו יד קנהו להתחייב באונסין ופקע ממנו תורת שומר, ולכן אפילו אם טען אחר כך טענת גנב ופטר עצמו בכך אינו משלם תשלומי כפל, שהרי כבר יצא מתורת שומר, מה שאין כן היכא דאין החפץ בעין, כמש"נ, אי לאו דהתם נמי איכא שליחות יד, וכמו שכתבו התוס', כנ"ל.

פרק ט

בו יבואר דרש"י ותוס' פירשו דבאיבעיא דרמי בר חמי שטען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת אבד לא שייך לומר כבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, והראב"ד חולק ופירש האיבעיא בבאו עדים אקמייתא תיכף שנשבע והיה רשות לבעלים לחזור ולתובעו.

[**בבא קמא קז:**] אמר רבי אבין אמר רבי אילעא אמר רבי יוחנן הטוען טענת אבידה בפקדון ונשבע וחזר וטען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים פטור הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, יעו"ש, ונחלקו הראשונים בביאור האי טעמא דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, יעו"ש, וכתב רש"י בד"ה לא וז"ל: הואיל ויצא שומר זה ידי בעלים בשבועה ראשונה שמבית דין ראשון נסתלק מידם ושבועה אחרונה זו לאו שבועת הדיינים היא לחייבו כפל דכיון דנשבע בתחילה שוב לא היה מחויב שבועה לבעלים עכ"ל, יעו"ש, רצונו לומר דלא שייך עוד חיוב שבועה מאחר שכבר נשבע ונסתלק מידי הבעלים.

אבל התוס' כתבו בד"ה הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה וז"ל: דאע"ג שהודה שלשקר נשבע אין חייב מן הדין לישבע פעם שניה שנגנב כמו שחוזר וטוען אלא נאמן שלא בשבועה לומר שנגנב במגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי והיה פטור וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאם בא לשנות טענתו ולפטור עצמו בטענת גניבה שפיר חל עליו חיוב שבועה אע"פ שכבר נשבע לפטור עצמו, ומכל מקום אינו נשבע דאהני ליה מיגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי לפוטרו מן השבועה, ועוד יש בזה שיטת הרמב"ם והמאירי, ועיימש"נ בשט"ו פ"ח.

ואיתא לקמן בסוגיין בעי רמי בר חמא ממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש או דלמא שבועה המחייבתו כפל פוטרתו מן החומש היכי דמי כגון שטען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת אבד ונשבע ובאו עדים אקמייתא והודה אבתייתא מאי ממון המחייבתו כפל פוטרו מן החומש והא איחייב ליה עלויה כפילא או דלמא שבועה המחייבתו כפל פוטרתו מן החומש והא שבועה בתרייתא הואיל דלא קא מחייבא ליה כפילא תחייביה חומשא, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה כגון וז"ל: ואיפכא לא מצי למימר דאם כן לא מיחייב כפל כדאמר לעיל שכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה והכי פירושו וחזר וטען טענת אבד ואומר מה שנשבעתי שנגנב לא כי אלא אבד והיה לי לישבע שאבד אבל אין לפרש שאמר אחר שבועה אבד שאם כן לא הוה מצי למיפטור נפשיה באבד כיון שהיא ברשותו בשעה שנשבע דאהיהא שעה שנשבע לשקר מתחייב באונסין ולא מחייב אהך שבועה חומש ואשם דלא הויא כפירת ממון אלא כשבועת ביטוי בעלמא עכ"ל, יעו"ש, כלומר לא הוי מצי לאוקמי בעיא דרמי בר חמא כגון שטען טענת אבד ונשבע וחזר וטען טענת גנב, דבכהאי גוונא אינו משלם כפל שכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, וליכא כפילא, ומכל מקום השתא דמוקים לה כגון שטען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת

אבד שפיר חייב חומש על שבועה שניה, להך צד דשבועה המחייבתו כפל פוטרתו מן החומש, ואע"ג דכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, ולא היה צריך לישבע שבועה שניה דהא יש לו מיגו, אם נשבע משלם חומש, והיינו טעמא דרק לענין כפל בעינן שבועת הדיינים ואינו משלם אם נשבע שלא כדן, אבל לענין חומש לא בעינן שבועת הדיינים, ולא מיפטר בהא דכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, ומה שכתבו התוס' דאי אפשר לפרש שאמר אחר שבועה אבד דהא איתחייב באונסין, ואע"ג דלעיל גבי שלוחות יד דחי טעמא דחייב אונסין ומסיק דטעמא משום שכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, לא דמי לדידן, דהתם הרי פטר עצמו בטענתו, והנידון הוא אם בכהאי גוונא חשיב טענת גנב לחייבו כפל, כמש"נ בשט"ו פ"ז, אבל הכא דהודה שנתחייב באונסין ואעפ"כ טען אבד, הרי אין כאן כפירת ממון.

ולכאורה היינו נמי כונת דברי רש"י לקמן (דף קח.) בד"ה או דלמא שבועה המחייבתו כפל פוטרתו מן החומש וז"ל: והך שבועה לא חייבתיה כפילא תחייביה חומשא והכא ליכא למימר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה דכי אמרינן ליה היכא דאתו סהדי אשבועה שניה דאמרינן אשבועת חנם לא מחייבי כפילא אבל היכא דאודי עלה קיימא לן לעיל (דף קו.) השביע עליו חמשה פעמים כו' דלענין חומש ואשם לא שני ליה בין שבועת עצמו לשבועת דיינין ובלבד שיכפור ממון עכ"ל, יעו"ש, ואין כונתו לומר דביאת העדים משוה לשבועתו שבועת חנם, אלא כונתו למה שכתב לעיל דכבר יצא חיובו ושוב אינו מחויב שבועה להבעלים, כנ"ל, והכי קאמר, לא אמרינן סברת כבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה אלא היכא דאתו עדים לבסוף אשבועה שניה, והנידון שלפנינו הוא כפל ולא חומש, דלגבי כפל בעינן שבועה שנתחייב בה בבית דין, אבל היכא דהודה אשבועה שניה, והנידון שלפנינו הוא חומש ולא כפל, לא איכפת לן במה שכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, דלחומש לא בעינן שבועת הדיינים, אלא כל שנשבע לשקר משלם חומש ובלבד שיכפור ממון.

אולם הראב"ד מובא בשיטה מקובצת פליג עליהו וס"ל דסברא דכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה שייכא אפילו לגבי חומש וז"ל: ולא נהירא אלא שבאו עדים אקמייתא תכף שנשבע ובית דין עדיין לא אמרו לו צא תן לו עד שנשפט מהם וברח לו וזה השיגו במקום שברח והעמידו בדין וטען טענת אבד ונשבע והודה הרי יש כאן כפל על שבועה ראשונה שחייבוהו בעדים וחומש על שבועה והודאה אחרונה שהרי לא יצא ידי בעלים משבועה ראשונה שהרי נתחייב בעדים ויש לו לתבעו בכל מקום ואי קשיא לך למה ליה למימר הכי לימא שטען טענת אבד ונשבע והודה וחזר וטען בבית דין אחר טענת גנב ונשבע ובאו עדים שהחומש על שבועה ראשונה והכפל על שבועה אחרונה ונראה לי דאי הוי כהאי גוונא לא פטרי ליה רבנן מחומש וכו' עכ"ל, יעו"ש, ובמימרא דרבי יוחנן כתב השיטה מקובצת בשם הראב"ד וז"ל: הכא משום דיצא ידי בעלים משבועה ראשונה דכיון דנשבע לו בבית דין זה בטענת אבדה עוד לא היה רשות לבעלים לתבעו בבית דין אחר וכיון שאין התביעה האחרונה כלום כך אין השבועה האחרונה כלום וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וחילק הראב"ד בין מימרא דרבי יוחנן לבעיא דרמי בר חמא, לא כמו שכתבו רש"י והתוס' לחלק בין כפל לחומש, אלא דמימרא דרבי יוחנן מיירי שלא הודה קודם שחזר ותבע ממנו, דבכהאי גוונא לא היה לבעלים רשות לתובעו ואין שבועתו כלום, אבל הכא מיירי שנתחייב בעדים או שהודה בין שבועה לשבועה ושפיר יש לבעלים רשות לחזור ולתובעו, ורק משום האי טעמא כתב הראב"ד דאין לפוטרו מחומש הואיל וכבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, ומה שהביא רש"י ראייה דלא שייכא סברא זו כלל אצל חומש מהא דאיתא לעיל השביע עליו חמשה פעמים וכו', יש לומר דקאי כפירוקא דרב המנונא התם דלצדדין קתני דהשביע עליו חוץ לבית דין ובבית דין קפץ ונשבע, ואין השבעתו חוץ לבית דין פוטרתו מן השבועה, והיכא דהשביעו בבית דין אין הכי נמי דשוב אין לבעלים רשות לתובעו, מכל מקום אם קפץ ונשבע מעצמו שפיר חשיב ליה שבועה לחייבו חומש.

פרק י

בו תתיישב קושית המהרש"א דדברי התוס' סותרים אלו לאלו, דבטען שנגנב וחזר וטען שנאבד כתבו דהחיוב אונסים לאחר שבועה אינו מבטל טענת אבד קודם שבועה, ובטען שאבד ונשבע והודה וחזר וטען שאבד קודם שבועה אין טענתו פוטר את אף על ידי שבועה.

[**בבא קמא קח.**] בעי רב פפא תרי חומשי או תרי כפילי בחד גברא מאי היכי דמי כגון שטען טענת אבד ונשבע והודה וחזר וטען טענת אבד ונשבע והודה אי נמי כגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים מאי וכו', יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה טען טענת אבד ונשבע והודה וחזר וטען טענת אבד וז"ל: נראה דלא גרסינן והודה דאם הודה מיד הויה ברשותו להתחייב באונסים משעה שנשבע לשקר ומה שיחזור ויטעון שוב אבד אין כופר כלום ואפילו אמר לאחר שבועה אבד אלא נראה דלא הודה אלא לאחר שבועה שניה עכ"ל, יעו"ש. ובמהרש"א הקשה על דברי התוס' וז"ל: לכאורה אין לשונם מדוקדק דמשמע דמכל שכן אם לא אמר דלאחר שבועה אבד דהוי ברשותו להתחייב באונסין ודבריהם דלעיל בד"ה כגון שטען כו' סותר את זה שכתבו שם דדוקא בטוען דלאחר שבועה אבד הוי ברשותו וחייב באונסין ויש לחלק דלעיל שנשבע מעיקרא נגנב ואינו ברשותו אם הוא חוזר ואומר שלא נגנב אלא אבד באותה שעה ולא היה ברשותו אין כאן הכחשה לשבועה שניה והוי שפיר כפירת ממון אבל בטוען בשני השבועות אבד באותה שעה אם כן כי הודה ביניהם שהיתה באותה שעה ברשותו הרי מכחיש גם שבועה שניה והוי ברשותו מיד להתחייב באונסין ואהא כתבו אפילו אמר לאחר שבועה אבד דבהודאתו אינו מכחיש שבועה שניה מכל מקום הוא חייב באונסין משעה שנשבע לשקר בשבועה ראשונה ודו"ק עכ"ל, יעו"ש.

וקושית המהרש"א באמת קשה על דברי התוס' גם בלי מה שהוכיח דסתרי לדבריהם לעיל, שהרי בודאי אינו חייב באונסים קודם שכפר בפקדון ונעשה גזלן, ואם טוען שאבד קודם שבועה בודאי יש כאן טענת פטור וכפירת ממון, ומדברי התוס' משמע שאם הודה שנשבע לשקר שוב לא מועילה לו טענת אבד קודם השבועה הואיל ונתחייב באונסין, וקשה לדבריהם דמה ענין חיוב אונסין דלאחר שבועה לטענת אבד לפני שבועה, ומה שכתב המהרש"א דהיינו טעמא משום דכיון דטוען אבד וחוזר וטוען אבד הרי מכחיש בהודאתו שבועתו השניה אין זה מדויק כל כך בלשון התוס', דאם כן לא הוי טעמא משום חיוב אונסין אלא משום הכחשה, ועוד דמנלן דמיירי שחזר וטען שאבד באותה שעה, דילמא אבד בשעה אחרת שלפני השבועה.

והנה דברי התוס' שהביא מהם המהרש"א סתירה לדבריהם כאן הם לעיל (דף קז:). בעי רמי בר חמא ממון המחייבו כפל פוטרו מן החומש או דלמא שבועה המחייבתו כפל פוטר אתו מן החומש היכי דמי כגון שטען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת אבד ונשבע ובאו עדים אקמייתא והודה אבתרייתא מאי וכו', וכתבו התוס' בד"ה

כגון וז"ל: והכי פירושו וחזר וטען טענת אבד ואומר מה שנשבעתי שנגנב לא כי אלא אבד והיה לי לישבע שאבד אבל אין לפרש שאמר אחר שבועה אבד שאם כן לא הוה מצי למיפטר נפשיה באבד כיון שהיא ברשותו בשעה שנשבע דאיהא שעה שנשבע לשקר מתחייב באונסין ולא מחייב אהך שבועה חומש ואשם דלא הוה כפירת ממון אלא כשבועת ביטוי בעלמא עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתבו דאין חיוב אונסים דלאחר שבועה מבטל טענת אבד קודם שבועה.

ונראה לבאר דברי התוס', דהנה כבר נתבאר דחידוש הוא בדיני שומר שיכול לפטור עצמו בטענה ושבועה, דכיון שנמסר הפקדון לשומר נתחייב בהשבה, ואם בא לפטור עצמו בטענה שאירע להפקדון דבר הפוטרו מהשבה הרי הוא בא להוציא מן חזקת חיוב שנתחייב בהשבה, והיינו חידוש דינא דשבועת השומרים שיכול לפטור עצמו בשבועה, אמנם נראה דלא נאמר חידוש זה אלא כל זמן שיש עליו תורת שומר, כלומר עד שעמד בדין עם המפקיד ונשבע ונסתלק ממנו, ועיימש"נ בשט"ו פ"ח, אבל אם כפר ונשבע והודה שלשקר נשבע הרי פקע ממנו תורת שומר, וחל עליו דין גזלן וחייב באונסים, ואם בא השתא לטעון שאבד קודם שבועה, נהי דלפי טענתו הוא בא לפטור עצמו, מכל מקום הרי השתא הוא עומד בחזקת חיוב ואינו יכול לפטור עצמו בטענת פטור דאבידה, ואפילו נשבע על כך, דרך בפרשת שומרים נתחדש דמועילה שבועה לפוטרו במקום חזקת חיוב, אבל הכא כבר יצא מתורת שומר על ידי שבועתו הראשונה, ואינו יכול לפטור עצמו מחזקת חיוב אלא על ידי עדים.

ובזה חלוקים דברי התוס' כאן מדבריהם לעיל, דכאן קאי התוס' לפי הך גירסא דהודה בין שבועה לשבועה, וכיון שהודה חל עליו חיוב אונסים ונתחייב בהשבה בתורת גזלן, והרי הוא עומד בחזקת חיוב, ואם טען שאבד קודם שבועה אין טענתו מועילה לו להוציא מחזקת חיוב אפילו על ידי שבועה, כמש"נ, אבל לעיל מיירי שלא הודה בין שבועה לשבועה, דהא מיירי התם שטען טענת גנב בטענתו הראשונה ונתחייב כפל, ואם הודה הרי מודה בקנס הוא ופטור מן הכפל, ואם כן כי הדר טען טענת אבד, נהי דיש בכלל זה הודאה דכפר בתחילה ונתחייב באונסים, מכל מקום נאמן לטעון שנאבד קודם שבועה במיגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי, וכמו שכתבו התוס' בד"ה הואיל (שם), ובאמת נאמן בטענתו השניה דאבד אף אם לא היה נשבע, דהא כבר יצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, וכמו שכתבו התוס' בריש הדיבור, אלא דמכל מקום חייב חומש אם נשבע מעצמו, דלחומש לא בעינן שבועה בבית דין, רק שבועה דכפירת ממון, וכל זה הוא לעיל שלא הודה בינתיים ויש לו מיגו, אבל בתוס' דידן דקאי לפי הך גירסא דהודה בין שבועה לשבועה הרי כשבא לפטור עצמו שנית בטענת אבד, וכבר הוא עומד בחזקת חיוב על ידי הודאתו, אינו נאמן לפטור עצמו אפילו על ידי שבועה, שכבר יצא מתורת שומר, וגם מיגו אין לו דלא אמרינן מיגו למפרע, כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף פה.) בד"ה אית לך סהדי, יעו"ש.

ולפי זה יש ליישב מה שהקשה הגרע"א על הא דקאמר לעיל (דף קז:): אמר ליה זו לא שמעתי כיוצא בה שמעתי דאמר רבי אסי אמר רבי יוחנן הטוען טענת אבד ונשבע

וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מאי טעמא לאו משום דקנה בשבועה ראשונה וכו', יעו"ש, וקסלקא דעתין דליכא כפל כשחזר וטען טענת גנב הואיל וקנה להתחייב באונסים בשבועתו הראשונה, והקשה הגרע"א והלא אין חיוב אונסין מתחיל אלא משעת שבועתו והרי הוא טוען שנגנב מקודם, ולפימש"נ אתי שפיר, דמשעה שבועה ראשונה הוא עומד בחזקת חיוב, ואינו יכול לפטור עצמו בטענת גנב אפילו על ידי שבועה, שכבר פקעה ממנו תורת שומר, כמש"נ.

פרק יא

בו תתיישב קושית המהרש"א דבטען שגנב ונשבע וחזר וטען שגנב ונשבע למה הוצרכו התוס' לומר למה השביעוהו והלא משבועה ראשונה נתחייב באונסים ונמצא שלא כפר כלום ולא כתבו שלא היה צריך לישבע שנאמן במיגו שהיה יכול לעמוד בטענתו הראשונה.

[**בבא קמא קח.**] בעי רב פפא תרי חומשי או תרי כפילי בחד גברא מאי היכי דמי כגון שטען טענת אבד ונשבע והודה וטען טענת אבד ונשבע והודה אי נמי כגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים מאי וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה וחזר וטען טענת גנב ונשבע וז"ל: תימה היאך השביעוהו בית דין כיון שנפטר בבית דין בשבועה ראשונה ואפילו חזר וטען שלאחר שבועה ראשונה נגנב מכל מקום למה השביעוהו והלא משבועה ראשונה שנשבע לשקר חייב באונסים נמצא שלא כפר כלום במה שטען שנגנב אחר שבועה ראשונה עכ"ל, יעו"ש.

ועיין במהרש"א שדקדק בדברי התוס' ורצה להוכיח אם גירסת התוס' היא דבאו עדים בין שבועה לשבועה, וכהגירסא שלפנינו, או אם לא גרסי לה כי היכי דלא גרסי שהודה בין שבועה לשבועה בבבא קמייתא דטוען טענת אבד, וכמו שכתבו התוס' לעיל בד"ה טען טענת אבד, יעו"ש, ובין כך ובין כך עלה בידו קושיא על דברי התוס', דאם אית להו הגירסא דבאו עדים בין שבועה לשבועה אם כן לא הוה להו למימר היאך השביעוהו בית דין כיון שנפטר בבית דין בשבועה ראשונה, אדרבה הוה להו למימר היאך השביעוהו בית דין הואיל וכבר נתחייב על ידי עדים, ואם לית להו הגירסא דבאו עדים בין שבועה לשבועה, אם כן מאי סלקא דעתיהו דהתוס' דהשביעוהו בית דין מיירי כגון שחזר וטען שלאחר שבועה נגנב, והוצרכו למידחי שלא היה נפטר בטענה זו הואיל ונתחייב באונסים, והרי כיון שהיה יכול לעמוד בשבועתו הראשונה ולומר באמת נשבעתי הרי הוא נאמן גם על טענתו השניה במיגו ואינו צריך לישבע, וכמו שכתבו התוס' לעיל (דף קז:): בד"ה הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, יעו"ש, ואם כן עדיין למה השביעוהו בית דין, עד כאן תוכן דברי המהרש"א, יעו"ש, ויעו"ש מה שכתב בישוב דברי התוס'.

והנה עיין בבא בתרא (דף ע.) בעא מיניה רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר לו החזרתים לך מהו מי אמרינן מיגו דאי בעי אמר נאנסו מהימן השתא נמי מהימן או דלמא מצי אמר ליה שטרך בידי מאי בעי אמר ליה מהימן וכו' אמר ליה סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי הכי נמי מאי נאמן נאמן בשבועה, יעו"ש, והיינו דאם רוצה שיהא נאמן בטענה שטוען עכשיו במיגו דאי בעי טעין טענה אחרת המועילה, אם כן אם אותה טענה היתה מחייבתו שבועה השתא נמי צריך לישבע, ואז יהא נאמן במיגו.

ולעיל (דף קז:): אמרינן בגמרא אמר רבי אבין אמר רבי אילעא אמר רבי יוחנן הטוען טענת אבידה בפקדון ונשבע וחזר וטען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים פטור

הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה וז"ל: דאע"ג שהודה שלשקר נשבע אין חייב מן הדין לישבע פעם שניה שנגנב כמו שחוזר וטוען אלא נאמן שלא בשבועה לומר שנגנב במגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי והיה פטור עכ"ל, יעו"ש, והנה לכאורה אין כונתם לומר דהטענה המועילה שהיה יכול לטעון שממנה נובע כח המיגו היא טענת באמת נשבעתי, דהא אין לדברים אלו דין טענה כלל, ומה שפטור אם אומר כן היינו משום שעומד על טענתו הראשונה, אלא הטענה המועילה לו היינו טענת אבד שטען ונשבע ונפטר על ידה, אם כן השתא נמי דחוזר וטוען שנגנב נאמן במיגו דטענה דאבידה שהיה יכול לעמוד עליה ולזכות על ידה.

אולם קשה דכיון דכל נאמנות דטענת אבידה שטען מכבר היתה על ידי שבועה, אם כן השתא נמי שטוען גניבה מיגו דאבידה לא יהא נאמן אלא על ידי שבועה, כההיא דהחזרתי מיגו דנאנסו, כנ"ל, ולמה מהני הך מיגו לפוטרו לגמרי ואף בלי שבועה. ונראה דשאני הכא דהמיגו בא על ידי טענה שכבר טען ונשבע עליה, שהיה יכול לומר באמת נשבעתי ולעמוד עליה, אם כן מדין מיגו אהני אותה השבועה שכבר נשבע לפוטרו גם במה שטוען אחר כך שנגנב, ויש לפרש דבר זה על שני פנים, חדא יש לומר דדין המיגו בכהאי גוונא הוא לשנות טענתו הראשונה, דכי היכי דיכול לשנות טענתו על ידי אמתלא אחר שכבר טען אותה, הכי נמי יכול לשנות טענתו על ידי מיגו, ואם כן כשחוזר וטען נגנב הרי זה כמי שאומר מה שטענתי אתמול שנאבד לא היה מדויק דבאמת נגנב ולא נאבד, ועדיין הוא עומד בטענתו הראשונה אלא שבא לשנותה מאבידה לגניבה, ושפיר אהני ליה שבועתו שנשבע אתמול, ואינו צריך לחזור ולישבע פעם שנית, ובפרט משום דבנוסח השבועות לא הוזכרה אבידה או גניבה, רק שלא פשע ולא שלח בו יד ושאינו ברשותו, אם כן בודאי לא נתבטלה השבועה במה ששינה טענתו מאבידה לגניבה, אי נמי יש לומר דאף אם נחשיב מה שטוען עכשיו שבאמת לא נאבד באותה שעה אלא נגנב לטענה חדשה ולא כבא לשנות טענתו הראשונה, מכל מקום מה שנשבע שלא פשע ולא שלח בו יד ושאינו ברשותו לא נתבטל על ידי כך, שעדיין הוא עומד בזה, ורק שטוען שבאותה שעה לא נאבד אלא נגנב, ושפיר יוצא חיובו לישבע על ידי השבועות שנשבע אתמול.

אכן כל זה לא שייך אלא בסוגיין דלעיל שמתחלה טען שנאבד קודם לכן, ואחר כך חוזר וטוען דנגנב קודם הכפירה, אז נאמר דנאמן במיגו, ואע"ג דטענתו המועילה היתה צריכה שבועה מכל מקום אהני ליה שבועתו שכבר נשבע, כמש"נ, אבל בדברי התוס' דידן שמתחלה טען נגנב והשתא בא בטענה חדשה שבאמת בשעת כפירתו היה הפקדון ברשותו ורק אחר כך נגנב מרשותו, בכהאי גוונא בודאי נתבטלה שבועת שאינו ברשותו שנשבע אתמול, שהרי לשקר נשבע, ואם כן אע"ג דיש לו מיגו דהיה יכול לעמוד בטענתו הראשונה, לא אהני ליה הך מיגו לפוטרו משבועה, שהרי גם טענתו הראשונה לא היתה מועילה אלא על ידי שבועה, כמש"נ.

פרק יב

בו יבואר שנחלקו הרמב"ן והרשב"א למאן דאמר שומר שמסר לשומר פטור לענין שומר שכר שמסר לשומר שכר, אם פטור מנגנבה או נאבדה משום שהשני נכנס תחת הראשון לגמרי או דילמא שגם הראשון חייב משום שכבר נתחייב בגניבה ואבידה משעת משיכה.

[**בבא מציעא לו.**] אתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור ורבי יוחנן אמר חייב אמר אביי לטעמיה דרב לא מבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר דעלווי עלייה לשמירתו אלא אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו פטור מאי טעמא דהא מסרה לבן דעת ולטעמיה דרב יוחנן לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר דעלווי עלייה לשמירתו חייב דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר וכו' אמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר חייב מאי טעמא דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האידך לא מהימן לי בשבועה, יעו"ש.

וכתב הרמב"ן וז"ל: שומר שמסר לשומר רב אמר פטור פירוש לגמרי פטור ולא משתעי דינא בהדיה כלל שאם שומר שכר הוא הראשון ומסר לשומר שכר קם השני תחתיו ומשתעי בעלים דינא בהדי שני ואי אזיל ליה למדינת הים או שהעני ואין לו לשלם כלום פטור משום דאמר ליה אוקמית לך גברא בחריקאי וכן אם מסרו לשומר חנם פטור הראשון עד שישיבועו בעלים את השני שלא פשע ואם נשבע שמתה כדרכה אף הראשון פטור אבל אם נשבע שלא פשע בה ואמר נגנבה או נאבדה או שאינו רוצה לישבע שמתה כדרכה הראשון חייב וכו' ואי קשיא לך אי הכי היכי תנן (דף לה:): והשואל משלם לשוכר לבעלים בעי שלומי לאו מילתא היא דכיון דראשון ניחא ליה לאשתעווי דינא בהדי בעלים מצי עביד הכי דלדידיה אפקיד וכו' אבל היכא דאמר ליה ראשון זיל אישתעי דינא בהדי שני לא מצי בעלים למימר ליה לאו בעל דברים ידי הוא, עכ"ל הרמב"ן, יעו"ש, וס"ל להרמב"ן דאליבא דרב דשומר שמסר לשומר פטור נכנס השני תחתיו לגמרי לכל מה שקיבל, ואם השני שומר שכר נסתלק הראשון גם מגניבה ואבידה, ואם השני שומר חנם נסתלק הראשון מפשיעה אבל לא מגניבה ואבידה, וטעמא דמילתא משום דאמר ליה העמדתי לך גברא בחריקאי.

אבל הרשב"א פליג וז"ל: הא דאמר רב שומר שמסר לשומר פטור פטור לגמרי קאמר ונכנס שומר שני תחתיו ואילו רצה שומר ראשון דוחה את המפקיד אצל שומר שני ואפילו פשע בה שומר שני דאמר ליה הא אותיבי לך גברא בן דעת בחריקאי ואפילו אין לו לשומר שני מידי לאשתלומי מיניה איפטר ליה שומר ראשון לגמרי דשומר שני הרי הוא כשומר דבעלים כיון שמסרה לבן דעת ומיהו אינו פטור הראשון אלא מכל מה שהיה נפטר אם היה ברשותו דמכל מקום שלא מדעת בעל הבית עשה כן ואם שומר

שכר הוא כבר נתחייב בגניבה ואבידה משעת משיכה וכו' עכ"ל, יעו"ש, וס"ל להרשב"א דאין שומר הראשון נפטר אלא מפשיעה בלבד ולא מגניבה ואבידה, ואפילו מסר לשומר שכר, שהרי כבר נתחייב בגניבה ואבידה משעת משיכה, שאינו נפטר אלא מכל מה שהיה נפטר אם היה ברשותו, וכן הוא גם לשון רש"י וז"ל: רב אמר פטור מכל מה שהיה נפטר אם שמרה הוא בעצמו עכ"ל, יעו"ש, וגם הרשב"א הביא דבריו, יעו"ש.

ולפי שיטת רש"י והרשב"א צריך לומר דמה שהשומר ראשון מסתלק מן הבעלים ופטור לגמרי על ידי מה דאוקים ליה גברא בחריקאו היינו משום שעשה שמירה מעליו במה שמסרה לבן דעת, דכיון שהוכיח לו בעדים שמסר הפקדון לבן דעת לשמור שוב אין שייך אצלו ענין פשיעה כלל, ואינו צריך לבדוק אחר הבן דעת אלא יכול לסמוך עליו שישמרנו, ואם פשע בה הבן דעת אין זה נחשב פשיעה של שומר ראשון אלא של שני בלבד, אולם אין מסירה לבן דעת נחשבת שמירה לגבי גניבה ואבידה, ואפילו מסרה לשומר שכר שקיבל על עצמו לשמור מגניבה ואבידה, אין עצם המסירה לשומר כזה נחשבת לשמירה לגבי גניבה ואבידה, אלא לגבי פשיעה בלבד, ועדיין שומר ראשון חייב על הגניבה ואבידה שהרי נתחייב בזה משעת משיכה והרי סוף סוף לא מסרה מדעת בעלים, רצה לומר דאילו מסרה לשני מדעת בעלים היה השני נכנס תחתיו להיות שומר של הבעלים והראשון כלתה שמירתו לגמרי, אבל כיון שמסרה שלא מדעת בעלים לא נפטר הראשון משמירתו ורק שמינה עוד שומר שני לעזור לו בשמירת הפקדון, ואין במינוי זה סילוק מחיובי שמירה אלא מעשה שמירה בעלמא, ולא נחשבת מעשה שמירה אלא לגבי פשיעה, דכיון שמסרה לבן דעת שוב אין לו לדאוג אחר הפקדון כלל, וכל מה שאירע לו ברשות השני לא נחשב פשיעה לגבי שומר ראשון, כמש"נ, אבל לגבי גניבה ואבידה לא חשיבא מסירה לבן דעת שמירה, ומשלם שומר ראשון לבעלים, וכמש"נ.

והא דיכול שומר ראשון לדחות הבעלים אצל שומר שני, ואע"פ ששומר ראשון לא נסתלק מדיני שמירה, צריך לומר דהיינו טעמא משום שאין להם על מה לדון, דכיון שמסר לבן דעת שוב לא איכפת ליה מה יעשה השני עם הפקדון, שהרי הוא עשה כל הנדרש ממנו במה שמסרה לבן דעת ושוב אינו צריך לעשות עוד כלום, ולכן אין לבעלים תביעה לשומר ראשון אלא אם כן נגנבה או נאבדה, כמש"נ, ועוד חזינן דאליבא דרב יכול שומר ראשון למנות שומר שני להיות שומר בהדיה על הפקדון, וחל עליו כל דיני שומרים כאילו מינוהו בעלים, ואין הבעלים יכולים לומר לאו בעל דברים ידידי הוא, ואינו רוצה להאמינו בשבועה, אלא כיון דשומר ראשון יש לו תורת שמירה על הפקדון יכול נמי למנות עוד שומר, ואם פשע שומר שני הרי הבעלים תובעים ממנו, שהרי הוא כשומר הבעלים הואיל ומסרה לבן דעת, כמו שכתב הרשב"א, כנ"ל, אי נמי כיון שיש לו תורת שומר לגבי הראשון הרי שבועתו נחשבת שבועת השומרים, והאמינתו תורה לגמרי, אבל משומר ראשון אינם יכולים לתבוע, שהרי מסרה לבן דעת, ושוב אינו צריך לעשות מידי, ואין פשיעת השני נחשבת כפשיעתו, וכמש"נ.

והרמב"ן פליג וס"ל דהיכא שמסרה לבן דעת פטור שומר ראשון אפילו מגניבה

ואבידה אם היה שומר שני שומר שכר, כנ"ל, ובביאור דבריו יש לומר דס"ל דמסירה לבן דעת שומר שכר נחשבת שמירה גם לגבי גניבה ואבידה, אי נמי יש לומר דס"ל דכיון שהפקדון ברשותו לשמירה יכול למנות שומר שני ולהעמידו תחתיו, ועברה חובת שמירה ממנו לשומר שני, ובטלה מה שנתחייב בגניבה ואבידה משעת משיכה, וכל החובת שמירה היא על שומר שני, ולכן יכול לדחות הבעלים אצל השני, שזה השני הוא הוא השומר ידיהו, ואע"פ שהוא לא מינה אותו, הרי שומר ידיה מינה אותו. אולם יש לעיין לפי זה במה שהקשה הרמב"ן מהא דאמרי רבנן שואל משלם לשוכר, ואם שני נכנס תחת הראשון שואל משלם לבעלים מיבעי ליה, כנ"ל, וכן הקשה גם הרשב"א, יעו"ש, ותירץ הרמב"ן דהראשון לעולם יכול לאשתעווי דינא בהדי בעלים אם ירצה דהא לדידיה אפקיד, וכן כתב גם הרשב"א, ותירוץ זה שפיר מובן לשיטת הרשב"א דלעולם אין הראשון יוצא מתורת שומר ידיה, ומסירה לבן דעת לא הוי אלא מעשה שמירה לפוטרו מפשיעת השני, ושוב אינו צריך להתדיין עם הבעלים, כמש"נ, אמנם אם ירויח כשיתדיין עם הבעלים, כגון שוכר שמסר לשואל, הרי הוא דן עם הבעלים ואינם יכולים לומר לאו בעל דברים ידי את, דהא שומר ידיהו הוא, וכמו כן נמי יש לבאר דברי הרמב"ן אם נאמר דהא דפטור מגניבה ואבידה הוא מפני שהעמיד גברא בחריקאו, וכשהוא שומר שכר נחשבת שמירה גם לגבי גניבה ואבידה, ואם כן לעולם יכול שומר ראשון להתדיין עם הבעלים, וכמש"נ בדברי הרשב"א, אבל אי נימא דטעמא דהרמב"ן משום שיכול להעביר תורת שומר אל השני ולהסתלק משמירתו, היאך יכול לחייב את הבעלים להתדיין עמו, והלא כבר נסתלק ממנו, ולכאורה מוכח מכאן כסברא ראשונה דמסירה לבן דעת נחשבת שמירה גם לגבי גניבה ואבידה, אבל עדיין נשאר תורת שומר על הראשון.

ואולי יש לומר דאפילו אם הראשון נסתלק משמירתו אין זה אלא לגבי השמירה בפועל, שהעביר הפקדון לרשות שומר שני לענין שמירתו בפועל, אבל חובת השבת הפקדון עדיין נשארה על שומר הראשון, ולכן עיקר דיון המפקיד הוא לעולם עם שומר הראשון שתובע ממנו השבת פקדונו, דהא לדידיה אפקיד, כמו שכתבו הרמב"ן והרשב"א, אלא דיכול שומר ראשון לדחות המפקיד לשומר השני, שהרי כיון שיצטרכו להתדיין ולברר מה קרה עם הפקדון והיאך נפסד, אם כן יכול שומר הראשון לטעון שמוטב שידון המפקיד עם שומר השני כיון שהפקדון היה ברשותו לגבי שמירה בפועל, ואין המפקיד יכול לטעון שאינו רוצה להתדיין עם שומר השני שהוא כאיש מן השוק לגביה, דהא כיון דשומר ראשון מינה אותו הרי הוא שומר של הבעלים, כמש"נ, וכלשון הרשב"א כנ"ל, ובעל כרחו צריך לדון עמו, אבל אם שומר הראשון רוצה יכול לחייב המפקיד להתדיין עמו, דהא סוף סוף הוא השומר העיקר וחובת השבה עליה ידיה רמיא, ועיישמ"נ בשט"ו פ"יג בשיטת הרמב"ם.

פרק יג

בו יובא שיטת הרמב"ם דבמיעט בשמירתו נחשב פשיעה, ויבואר דלהרמב"ם עיקר מחלוקת רב ורבי יוחנן היא אם יכול השומר למסור שמירתו לשומר אחר, ויתיישב ראית הרמב"ן דלרב לא נסתלק שומר ראשון לגמרי מהשוכר פרה לחבירו והשאיילה לאחר.

[**בבא מציעא לו.**] אתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור ורבי יוחנן אמר חייב אמר אבבי וכו' ולטעמיה דרבי יוחנן לא מיבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר דעלווי עלייה לשמירתו חייב דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר וכו' שאני התם דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוו מפקדי להו וכו' אמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב וכו' מאי טעמא דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האידך לא מהימן לי בשבועה, יעו"ש. וכתב הרמב"ם פ"א שכירות הלכות ד' וז"ל: לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני הרי זה השומר הראשון פטור מלשלם שהרי הוא אומר לבעלים זה הדבר שהפקדתם אצלי וכו' והוא שלא ימעט שמירתו כיצד ימעט שמירתו כגון שהיה מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל אותו השני בחנם וכו' הואיל ומיעט שמירתו פושע הוא ומשלם עכ"ל, יעו"ש, והלכה זו אינה מפורשת בגמרא אלא הוציאה הרמב"ם מהא דקאמר לא מיבעיא דשומר שמסר לשומר חייב היכא דגרועי גרעה לשמירתו, כגון שומר שכר שמסר לשומר חנם, אלא אפילו עלווי עלייה לשמירתו חייב, או משום דאמר ליה אין רצוני וכו', או משום דאמר ליה את מהימנת לי וכו', ומבואר דהיכא דגרועי גרעה לשמירתו אינו צריך לטעמא דאין רצוני או את מהימנת, וקרוב הדבר יותר לחייבו היכא דגרועי גרעה מהיכא דעילווי עלייה, ועל כרחך חיובו משום דהוה ליה פשיעה, וכן כתב הגר"א סי' רצ"א סקמ"ו, ולכן שומר שכר שמסר לשומר חנם אפילו אם הבעלים היו רגילים להפקיד אצל שומר השני, נהי דאינו יכול לטעון אין רצוני או את מהימנת מכל מקום פשיעה מיהא הוי במה שמיעט בשמירתו וחייב. ואיברא דאליבא דאבבי היה אפשר לדחות הך דיוקא דגרועי גרעה לשמירתו הוי פשיעה, דהיה אפשר לומר דיותר ראוי טענת אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר היכא דגרעה לשמירתו, והא דמשמע דיותר יש לחייב בגרועי גרעה מבעלווי עלייה היינו משום דיותר שייך התם טענת אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אבל אליבא דרבא לכאורה אין שום נפקא מינה לגבי טענת את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי בין גרועי גרעה לבין עלווי עלייה ואעפ"כ אמרינן דיותר יש לחייב בגרועי גרעה, ולכאורה מוכח דגרועי גרעה הוי סברא של פשיעה, והרמב"ם פסק כרבא ולכן פסק דמיעט בשמירה הוה ליה פושע.

והראשונים לכאורה פליגי על הרמב"ם וס"ל דמסירת שומר שכר לשומר חנם אינה נחשבת פשיעה, ועיימ' ש' התוס' לקמן (דף צג:) בד"ה אי הכי וז"ל: ויש ללמוד מכאן דתחילתו דכעין גניבה ואבידה וסופו באונס דפטור ומה דאמר רב בהמפקיד (דף לו.)

אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנם פטור לפי שמסר לבן דעת אין ראייה דאפילו סבר רב תחילתו בכעין גניבה ואבידה וסופו באונס חייב אפילו הכי פטור דאין לנו לומר שודאי שומר חנם לא ישמור מגניבה ואבידה רק מפשיעה והוה ליה תחילתו בכעין גניבה ואבידה אלא סתם בן דעת רגיל לשמור הרבה אפילו מדברים שאינו חייב ושמא אפילו מסרו לשומר חנם ופטריה מפשיעה פטור דלא חשיב תחילתו בפשיעה בהכי עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתבו להדיא דמיעט בשמירתו לא חשיבא פשיעה כלל הואיל ומסרה לבן דעת, וכן היא גם שיטת הרמב"ן בסוגיין לגבי פשיעת השני, דאם מסר שומר שכר לשומר חנם ופשע השני הרי הראשון פטור מלשלם, ולא נחשבת מסירתו לשומר חנם פשיעה, ועיימש"נ בשט"ו פי"ב.

והנה לשיטת הראשונים דגרועי גרעה לשמירתו לא חשיבא פשיעה נמצא דלא נחלקו רב ורבי יוחנן אלא בחדא מילתא, דרב ס"ל דאהני מסירתו ורבי יוחנן ס"ל דלא אהני, או משום אין רצוני וכו' או משום את מהימנת לי, אבל להרמב"ם נמצא דבתרתי פליגי, חדא אם יכול המפקיד לטעון אין רצוני או את מהימנת, ושנית אם גרועי גרעה לשמירתו הוי פשיעה, דעל כרחך רב ס"ל דלא הוי פשיעה, דאל"כ שומר שכר שמסר לשומר חנם אמאי פטור, נהי דאינו יכול לטעון אין רצוני או את מהימנת, מכל מקום עצם המסירה פשיעה היא וליחייב עליה, אלא על כרחך דרב ס"ל דאין מסירת שומר שכר לשומר חנם נחשבת פשיעה, ונמצא דבתרתי פליגי, ועיין בחידושי הגרעק"א שהקשה דמנליה לרבא לאוקמא פלוגתייהו בכהאי גוונא דפליגי בתרתי, והלא אין שום זכר לכך בדברי רב ורבי יוחנן, יעו"ש.

ונראה דאליבא דהרמב"ם הני תרתי פלוגתי הא בהא תליין, דעיקר מחלוקת רב ורבי יוחנן הוא אם יכול שומר למסור שמירתו לשומר אחר, רבי יוחנן לפי סברת אביי ס"ל דאינו יכול למסור, שהרי המפקיד מעכב עליו וטוען אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ולכן חייב אפילו אם נאנס ביד השני, כמו שכתבו התוס' לקמן (דף לו:): בד"ה את מהימנת, ולפי סברת רבא ס"ל לרבי יוחנן דאינו יכול לעכבו מלמסור ליד שומר שני אבל אינו צריך לקבל שבועת השני, דיכול לומר את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי, ולכן אם נאנס ברשות השני פטור הראשון מלשלם, ועיימש"נ בשט"ו פי"ד, ואע"פ שאינו יכול לעכב עליו מלמסור הפקדון לשומר שני אין הראשון נסתלק משמירתו ורק ששומר השני נעשה שומר ידידה, כמש"נ בשט"ו פי"ד, אבל רב ס"ל דיכול הראשון להעמיד שומר שני במקומו ולהסתלק משמירתו לגמרי, דהרי בודאי יכול שומר ראשון להחזיר הפקדון לרשות המפקיד לקיים חובת השבה שלו, ואז נסתלק לגמרי משמירתו ונפטר לגמרי מכל חיובים, וס"ל לרב דאינו צריך להחזירו דוקא לרשות המפקיד ממש, אלא יכול להעמיד שומר בעד הבעלים שתהא רשותו כרשות הבעלים, דהא יד שומר כיד בעל הבית, ויכול להחזיר הפקדון לרשות שומר זה שהעמיד, והרי זה נחשב כאילו החזירו ליד הבעלים, וקיים חובת השבה ונסתלק לגמרי מן השמירה, וס"ל לרב דאין המפקיד יכול לטעון אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ואין זה השומר שני עומד במקומו שהרי מסרה לבן דעת, וכל שמסר לבן דעת שקיבל על

עצמו לשמור הפקדון בעד הבעלים חשיבא השבה לרשות הבעלים, ונסתלק שומר הראשון לגמרי משמירתו, וגם אין המפקיד יכול לטעון את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי, דהא נסתלק שומר הראשון משמירתו וליכא עליו חובת שבועה כלל, וכעת הפקדון מופקד אצל שומר שני, ואם אין המפקיד רוצה לקבל שבועתו ילך לו בלא כלום.

ובפלוגתא זו תלוי דין שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו, דסברא מעליא היא לדעת הרמב"ם דאין שומר שכר מקיים חיוב שמירתו על ידי מה שמעמיד שומר חנם לשמור הפקדון, ואם כן אליבא דרבי יוחנן דשומר שני חשיב שומר דראשון אבל עיקר דין שמירה עדיין על הראשון, אם כן כשהעמיד שומר חנם הרי זה פושע, ואם נאנס אחר כך ברשות השני הרי הראשון חייב, דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אבל אליבא דרב אין המסירה לשני מעשה שמירה של הראשון אלא היא השבה לרשות הבעלים וסילוק לגמרי מתורת שומר, כמש"נ, ואם כן לא שייך להחשיב החזרת הפקדון לפשיעה, דבודאי יכול שומר שכר להחזיר פקדון לחצר המפקיד אפילו אם אין שומר שכר עומד שם לשמרו, והכא נמי יכול להחזיר הפקדון לרשות בן דעת אע"פ שאינו שומר שכר כמותו, שהרי נגמרה שמירתו בהשבתו ושוב נסתלק לגמרי, ולא שייך בזה ענין פשיעה כלל, וכמש"נ.

והנה הרמב"ן הביא ראיה דאליבא דרב לא נסתלק לגמרי ויכול שומר ראשון להתדיין עם המפקיד אם ירצה מהא דתנן לעיל (דף לה:) השוכר פרה והשאלה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר אמר רבי יוסי כיצד הלה עושה סחורה וכו', יעו"ש, ואם אליבא דרב נסתלק שומר הראשון לגמרי מאי טעמא דרבנן דשוכר עושה דין עם המשכיר, אלא מוכח דעדיין תורת שומר עליו, ועיימש"נ בשט"ו פ"ב בשיטת הרמב"ן, והשתא אם נימא דס"ל להרמב"ם דטעמא דרב משום שנסתלק שומר הראשון לגמרי במסירתו לשומר שני, כאילו החזירו לבעליו, כמש"נ, אם כן הדרא קושית הרמב"ן לדוכתה, דהיאך יפרש רב את דברי תנא קמא דמתניתין, והיאך יוכל השוכר לדון עם הבעלים מאחר שכבר נסתלק משמירתו.

ואולי יש לומר דאע"פ שהשוכר מסר שמירתו להשואל הרי זכות התשמישים של הפקדון עדיין שלו, דהא אם לא מתה הבהמה ברשות השואל בודאי היה צריך השוכר לשלם בעד כל ימי השכירות, ומכל מקום נסתלק משמירתו, דהא בסוגיין פריך מתנא קמא דמתניתין לאביי אליבא דרבי יוחנן דהיאך שוכר פוטר עצמו מן המשכיר לימא ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ומשמע דאליבא דרב אתי שפיר, וצריך לומר דכיון שלא החזירו לרשות המפקיד עצמו אלא לרשות שומר אחר לא פקעה ממנו זכות תשמישים, שהרי סוף סוף העמיד לו שומר וניחא להו להבעלים להשכיר תשמישי חפציהם במקום שהם משומרים ברשות אחרים, ונמצא שהשואל נכנס תחת השוכר לשמירת החפץ, ונעשה שומר של הבעלים, כמש"נ, אבל התשמישים הוא מקבל מן השוכר, שהרי זכות התשמישים מושכרת לו, והנה הא דשואל חייב לשלם במתה כדרכה הוא מפני שכל הנאה שלו, שהוא עושה מלאכה עם הבהמה ואינו משלם כלום,

כדאיתא לקמן (דף צד:), וענין זה הוא כלפי השוכר ולא כלפי המשכיר, שהרי כבר
הקנה התשמישים להשוכר למשך ימי השכירות, וס"ל לתנא קמא דאע"פ שנסתלק
השוכר משמירת הבהמה, כמש"נ, עדיין יכול לתבוע תשלומי אונסים מן השואל הואיל
והתשמישים עדיין דידיה, וכמש"נ.

פרק יד

בו יבואר שיטת הרמב"ם דבשומר שמסר לשומר אף דכשיש עדים על האונס הראשון פטור מכל מקום אם ליכא עדים חייב אף שיכול לישבע על האונס, וגם מה שכתב הרמב"ם דאף ששאל או שכר בבעלים הראשון חייב שהרי הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר.

[**בבא מציעא לו:**] אמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר חייב מאי טעמא דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה, יעו"ש, ופליג רבא על הא דאמר אביי לעיל דשומר שמסר לשומר חייב משום דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

וכתבו התוס' בד"ה את מהימנת לי בשבועה וז"ל: ולכך היכא שהשומר הראשון יכול לישבע על האונס או שהיו עדים בדבר פטור ואפילו מסר לחרש שוטה וקטן ומתה ברשותם כיון דאף בבית שומר הראשון היתה מתה דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם כו' וסובר רבא שזהו טעמו של רבי יוחנן ולא כאביי דאמר משום דאין רצוני כו' וכן הלכה כרבא עכ"ל, יעו"ש.

ומבואר מדברי התוס' דאליבא דרבא דאית ליה טעמא דאת מהימנת לי בשבועה אין מסירת השומר לשומר שני נחשבת פשיעה, ואם נאנס ביד שומר שני ויש עדים שנאנס או אם השומר הראשון ראה שנאנס ויכול לישבע פטור מלשלם, דבכהאי גוונא לא צריכים לנאמנות השני, ואין המפקיד יכול לטעון את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן, והוסיפו התוס' דאפילו אם מסר לחרש שוטה וקטן ומתה הבהמה בידם פטור מלשלם, ואע"ג דהך מסירה ודאי פשיעה היא, לא שייך בזה דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דכל זה הוא כשהפשיעה גורמת האונס, אבל באונס גמור דמיתה לעולם פטור, ואפילו כשהותחל בפשיעה, דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם, כדאיתא בגמרא, ואם איכא עדים או אם הוא עצמו יכול לישבע שמתה כדרכה פטור מלשלם, ומבואר דדוקא במסר לחרש שוטה וקטן איכא למידן אם שייך כאן דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אבל היכא דמסר לבן דעת לא נחשב פשיעה כלל, ופטור גם בשאר כל האונסין ולא רק במתה כדרכה, וכל הנידון הוא היאך לברר מה שקרה, שהרי אין המפקיד רוצה לקבל שבועת שומר השני, ולכן אם יש עדים שנאנס או אם שומר ראשון יכול לישבע שנאנס פטור, ואם לאו חייב.

ומשמע מדברי התוס' דבהא מילתא נחלקו אביי ורבא, דאליבא דרבא דשומר שמסר לשומר חייב משום דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן כל החסרון הוא בנאמנות השני, ולכן היכא דאיכא עדים שנאנס או שהוא עצמו יכול לישבע פטור, אבל אליבא דאביי דטעמא משום דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר לעולם חייב שומר ראשון, ואפילו אם מתה כדרכה ביד שומר שני, ולא מהני אם יבאו עדים או שהוא עצמו ישבע שנאנס ביד שומר שני, דלעולם חייב לשלם אם מסר

הפקדון לשומר שני ונאבד, ואפילו אם אירע לו אונס גמור.

ובסברת אביי צריך לומר דמסירת פקדון לשומר שני גרע מפשיעה בעלמא, דהא חייב לשלם אפילו כשמתה כדרכה, אלא צריך לומר דכיון דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אם כן מסירתו לשומר שני נחשבת מעשה גזילה, וגזלן חייב על האונסין, דאוקמה רחמנא ברשותיה, ודמי להא דאמר רבי מאיר לקמן (דף עח:): כל המעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן, ואע"ג דמילתא דרבי מאיר תליא בפלוגתא דתנאי, היינו דוקא כששינה מצווי בעל הבית, אבל היכא שהוציא החפץ מרשותו ומסרו ביד אדם אחר כנגד רצון בעל הבית, ס"ל לאביי דבכהאי גוונא כולי עלמא מודו דנחשב גזלן וחייב בכל האונסין, אי נמי יש לומר דס"ל כסברת הכסף משנה פ"א שכירות הלכות ד' דמסירה לשומר שני הוי כמזיק בידים, יעו"ש, אבל רבא ס"ל דאע"ג דלכתחלה אין השואל רשאי להשאיל משום דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, כמו שכתבו הרי"ף והתוס', מכל מקום אם עבר ומסר לא הוי גזלן, ולא הוי אפילו פושע, והרי כל שכן דלית ליה דרבי מאיר דכל המעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן, וכמו שכתב הרי"ף, יעו"ש.

אולם נראה דהרמב"ם פליג על מה שכתבו התוס' דאם ראה שומר ראשון שנאנס ביד השני דנשבע ונפטר, דעיימ"ש הרמב"ם פ"א שכירות הל"ד וז"ל: עבר השומר ומסר לשומר השני אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרין ונאנס פטור השומר הראשון שהרי יש עדים שנאנס ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לשלם לבעלים מפני שמסר לשומר אחר ויעשה הוא דין עם השומר השני אפילו היה הראשון שומר חנם ומסר לשומר שכר חייב שהרי יש לבעל החפץ לומר לו אתה נאמן אצלי להשבע וזה אינו נאמן וכו' אע"פ ששאל או ששכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר עכ"ל, יעו"ש.

ראשית כל חזינן שהרמב"ם חילק בהא דשומר שמסר לשומר חייב דהיינו דוקא כשאין עדים שנאנס, אבל אם העידו עדים שנאנס פטור, ולא הזכיר הרמב"ם דהוא הדין אם נשבע שומר ראשון שנאנס, וכמו שכתבו התוס' כנ"ל, ומוכח דס"ל להרמב"ם דאין הראשון נשבע שנאנס ביד השני ונפטר, אכן גם מדקדוק לשונו משמע כן, חדא מכפל לשונו במה שכתב אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרין ונאנס פטור השומר הראשון שהרי יש עדים שנאנס, ומה הוסיף לן במה שכתב שהרי יש עדים שנאנס, והדברים נראים כמיותרים, עוד יש לדקדק במה שכתב ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לשלם לבעלים מפני שמסר לשומר אחר ויעשה הוא דין עם השני, ומהו המכוון במה שכתב מפני שמסר לשומר אחר, והלא אין סבת החיוב מה שמסר לשומר אחר אלא מפני שאין השומר יודע אם נאנס אם לאו, ומשום הכי אינו יכול לישבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואם היו לו עדים שנאנס היה נפטר, וכן אם היה יודע בעצמו שנאנס היה נשבע ונפטר אע"פ שמסר לשומר שני, ואם כן אין המסירה להשני סבת חיובו, אלא מוכח מדברי הרמב"ם דפליג על דברי התוס', וס"ל דאפילו אם השומר הראשון ראה האונס אינו נאמן לישבע וליפטר, ודוקא אם באו עדים שנאנס

פטור, וכמו שהדגיש הרמב"ם שהרי יש עדים שנאנס, כנ"ל, אבל אם אין עדים אינו יכול לפטור עצמו בשבועה, וטעמא דמילתא מפני שמסר ליד שומר אחר.

ויש להתבונן בזה דלמה באמת יתחייב מפני שמסר לשומר אחר אפילו היכא דהוא עצמו ראה האונס ורוצה לישבע על כך, והלא אם יש עדים שנאנס הוא נפטר, ואע"פ שמסר לשומר אחר, ומשום הכי אין לומר דכונתו בזה דמסירתו להשני נחשבת פשיעה דהא אם עדים מעידים שנאנס פטור אע"פ שמסר לשומר אחר, ועוד דהא אין המסירה נחשבת פשיעה אלא היכא דגרועי גרעה לשמירתו, כמו שכתב בסוף ההלכה, יעו"ש, ועיימש"נ בשט"ו פט"ז, וגם אין כונתו בזה לטענת את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי, דטענה זו לא הזכיר הרמב"ם עד לאחר כן, ומדברי הרמב"ם משמע דהמסירה היא סבה לחייבו.

ובאמת מצינו לשון זה פעם שנית בסוף ההלכה דאין שאלה או שכירות בבעלים פוטר בשומר שמסר לשומר שהרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר, כנ"ל, ולכאורה היינו הך דינא שכתב למעלה מפני שמסר לשומר אחר, ואיזה דין הוא זה, ולמה נסתלק ממנו פטור שאלה בבעלים אם מסרה לשומר אחר, והלא שאלה בבעלים פוטר אפילו פשיעה גמורה, ועיין במגיד משנה שנדחק ליישב דברי הרמב"ם והניח בצריך עיון.

ונראה לבאר דברי הרמב"ם דהנה למאן דאמר שומר שמסר לשומר חייב אין השומר הראשון יכול להסתלק מלהיות שומר של המפקיד על ידי מסירת הפקדון לשומר שני שיכנס זה השני במקומו להיות שומר של בעל הפקדון, ולעולם נשאר תורת שומר על הראשון עד שיחזיר הפקדון להבעלים, אמנם כיון ששומר ראשון יש לו דינים בהפקדון וחייב בשמירתו, יכול הוא להעמיד שומר שני לצרכיו שישמור בעדו, ונעשה זה השני שומר של הראשון, וחיובי שמירה שלו הם לגבי הראשון, ואע"פ שלגבי הבעלים עדיין איכא תורת שומר על הראשון, וחיוב השבת הפקדון לבעליו עדיין נשאר על השומר הראשון, מכל מקום השמירה בפועל נמסרת להשני שהוא נפקד על שמירת הפקדון בעד שומר הראשון, וכיון דהשמירה בפועל מוטלת על שומר שני, אם כן הפקדון ברשותו לשמירה, ואע"ג דחיוב השבת הפקדון לבעליו עדיין מוטל על שומר הראשון, ולא נחשבת מסירתו להשני פשיעה היכא דלא גרעה לשמירתו, ועיימש"נ בשט"ו פט"ז, ושפיר עבר הפקדון לרשות שומר שני לשמירה בפועל, אע"פ שאינו נכנס תחת שומר הראשון לגבי חיוב השבה לבעל הפקדון.

ונמצא דבאמת איכא שני דינים בשומר, חדא הוא דין שומר לגבי חובת השבת הפקדון, ושנית מה שהפקדון נחשב ברשותו על ידי מה שנמסר לידו לשמירה בפועל, ועיימש"נ בשט"ו פט"ז, ונראה דדין שבועת השומרים הוא רק במי שהפקדון רשותו לשמירה, שהתורה האמינתו לישבע ששמרו כדרך השומרים ונאנס, אבל משום הא גרידא דאיכא עליו חיוב השבה על הפקדון, ואם לא ישיבנו ישלם, לא האמינתו התורה לישבע על כך, שהרי כבר נסתלק מן השמירה בפועל על ידי מה שמסר הפקדון לשומר שני.

ולפי זה מיושבים היטב דברי הרמב"ם, דאם יש עדים שנאנס הרי השומר ראשון פטור, שהרי לא פשע במסירתו להשני ולכן פטור על כל האונסים, אבל אם אין עדים שנאנס אין השומר הראשון יכול לישבע שנאנס, ואפילו אם ראה האונס בעיניו, והיינו טעמא מפני שמסר לשומר אחר, ושוב לא הוי הפקדון ברשותו לגבי השמירה בפועל, כמש"נ, ואע"ג דעיקר דין שמירה לגבי חיוב השבה עדיין נשאר על הראשון, מכל מקום תורת שבועת השומרים תלויה במה שהפקדון ברשות השומר לשמירה בפועל, דאז האמינתו התורה לברר מה שקרה עם הפקדון על ידי שבועתו, כמש"נ, ולכן אין שומר ראשון יכול לישבע וחייב לשלם, וגם שומר השני, שהפקדון ברשותו לשמירה בפועל, אינו יכול לישבע שנאנס, שהרי כל תורת שומר דידיה הוא לגבי הראשון, שהוא מינהו לשמירתו, אבל לגבי בעל הפקדון הוא כאיניש דעלמא, ואינו צריך לקבל שבועתו, שהרי יכול לומר את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי בשבועה, ועיימש"נ בשט"ו פט"ז, ומשום הכי כשאין עדים שנאנס שומר ראשון חייב לשלם לבעל הפקדון, והוא יעשה דין עם שומר השני, כמו שכתב הרמב"ם כנ"ל, שהרי תורת שומר של השני הוא לגבי הראשון, וכמש"נ.

והשתא נראה דגם פטור שאלה בבעלים תלוי בחילוק זה, דעיקר הדין הוא דאם הבעלים מושכר אצלו בשעה שהפקדון אצלו פטור מלשלם אם נאבד הפקדון, ואפילו על ידי פשיעה, וכל זה הוא כשהפקדון ברשותו לשמירה בפועל, ואם בעת שמירתו הבעלים מושכרים אצלו הרי הוא פטור מלשלם, אבל אם כל דין שומר דידיה הוא לגבי חיוב השבה, אבל לענין השמירה בפועל אין הפקדון עוד ברשותו, לא חשיב תו שמירה בבעלים להיפטר, ולכן אם מסר שומר ראשון לשומר שני אע"פ שהראשון לא נסתלק ועדיין חובת השבה מוטלת עליו, מכל מקום לגבי השמירה בפועל עבר הפקדון לרשות השני, כמש"נ, והיינו מה שכתב הרמב"ם שהרי הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר.

פרק טו

בו יתיישב הא דפרכין בבא קמא לרבא דשומר שמסר לשומר חייב איך מיפטר משמירת נזקין כשמסרה לרועה, ולא פרכין גם לאבבי דטעמיה דרבי יוחנן משום אין רצוני וכו', וגם למה משני במסרה לברזיליה ולא משני דמסרה למי שרגיל להפקיד אצלו או לבני ביתו.

[בבא קמא נו:] מסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו אמרי תחתיו דמאן אילימא תחתיו דבעל בהמה תנינא חדא זימנא מסרו לשומר חנם ולשואל לנושא שכר ולשוכר כולן נכנסו תחת הבעלים אלא תחתיו דשומר ושומר קמא אפטר ליה לגמרי לימא תיהוי תיובתא דרבא דאמר רבא שומר שמסר לשומר חייב אמר לך רבא מאי מסרו לרועה לברזיליה דאורחיה דרועה למימסר לברזיליה, יעו"ש.

מימרא דרבא שנויה בבבא מציעא (דף לו:) על הא דנחלקו שם רב ורבי יוחנן בשומר שמסר לשומר רב אמר פטור ורבי יוחנן אמר חייב, וקאמר התם אבבי לטעמיה דרבי יוחנן לא מיבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר דעלויי עלייה לשמירתו חייב דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ובשלהי הסוגיא שם אמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר חייב מאי טעמא דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האידך לא מהימן לי בשבועה, יעו"ש.

וקשה לפי זה למה לא פריך בסוגיין לרבי יוחנן דאית ליה שומר שמסר לשומר חייב, ולמה פריך רק אליבא דרבא שהוא מפרש דברי רבי יוחנן מפני שיכול המפקיד לומר את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן, והלא לכאורה יותר קשה לסברת אבבי דטעמיה דרבי יוחנן מפני שיכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, דסברא זו שייכת יותר בשמירת נזקין מסברת את מהימנת לי, ואדרבה הא גופא קשיא מה ענין טענת את מהימנת לי בשבועה לגבי שמירת נזקין שחייב השומר לגבי עלמא הוא ולא לגבי המפקיד, וצריך עיון.

עוד יש לדקדק דבסוגיא דפרק המפקיד שם מבואר דאפילו למאן דאמר שומר שמסר לשומר חייב אם מסר למי שרגיל להפקיד אצלו פטור דשוב אינו יכול לומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר או את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי בשבועה, דהא המפקיד עצמו היה רגיל להפקיד אצלו תמיד, ועוד מבואר שם דאם מסר השומר לבני ביתו נמי פטור, דכל המפקיד על דעתו אשתו ובניו הוא מפקיד, והנה בסוגיין מסיק דמאי מסרו לרועה לברזיליה דאורחיה דרועה למימסר לברזיליה, כלומר תלמידו, כמו שפירש רש"י, והוא באמת דינא דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד, וקשה דלמה לא הביא נמי אוקימתא דמסרו למי שהיו הבעלים רגילים להפקיד אצלו, והיה אפשר לדחות דאין הכי נמי אלא חדא מתרי אוקימתי נקט, והוא הדין דאם מסרו למי שהיה רגיל להפקיד אצלו נמי לא אמרינן שומר שמסר לשומר חייב, אכן עדיין

קשה על הרמב"ם שהביא דין זה פ"ד נזקי ממון הלי"א וכתב שאם מסר השומר לבנו או למסעדו נכנסו תחת השומר וחייבים יעו"ש, ולא הזכיר שהוא הדין אם מסר למי שהמפקיד היה רגיל להפקיד אצלו, ואם הדין כן הוא היה לו להרמב"ם להזכירו, וצריך עיון.

והנה באמת צריכים להתבונן בעצם דין השומר שנכנס תחת הבעלים ונעשה אחראי לבהמה שנמסרה לרשותו לשמירה, אם דין זה שהבהמה ברשותו לשמירה הוא כמו קנין שיש לו בגוף הבהמה, ואם כן יכול למסור קנין זה לשומר אחר, שהרי כל מה שהוא שלו יכול להקנותו לאחר, או דלמא אין דין השומר אלא כדין שליח בעלמא, ואין לו שום תפיסה בגוף הפקדון, וכל דינו הוא שהמפקיד מינה אותו לשמור הפקדון, ואם כן אינו יכול למסור דינו לשומר אחר, ודמי לדין מילי לא מימסרן לשליח בפרק כל הגט (דף כט.), יעו"ש, וספק זה שייך נמי לגבי שמירת נזקין, דעיקר בעל המזיק הוא המפקיד, ונכנס השומר תחתיו לשמירה, כמש"נ בשט"ו פיי"ח, מי אמרינן דעל ידי זה שנכנס תחתיו יש לו כמו קנין בגוף הבהמה לגבי שמירת נזקין, וממילא יכול למסור דין זה לשומר שני ושוב הוי השני אחראי על נזקין והראשון פטור, או דלמא אין השומר אלא כמו שליח לגבי שמירת נזקין, ואין בכחו למסור שליחותו לשומר שני בלי הסכמת המפקיד, ולגבי נקודה זו דין השומר לגבי שמירת גופו ודינו לגבי שמירת נזקין חדא נינהו, דאם דין השומר הוא כמו קנין יכול למסור דינו לשני, ואם אינו אלא כשליח אין כח בידו למסור דינו לשומר שני.

והנה בסוגיין דייק מלשון המשנה דשומר שמסר בהמה לרועה ויצאה והזיקה הרי הרועה חייב והשומר פטור, ומבואר דאהני מסירתו של שומר ראשון לשומר שני להעביר כל דין השמירה ממנו להשני גם בלי ידיעת המפקיד, ועל כרחך משום דדין שומר הוא כמו קנין ואם כן יש בכחו למסור קנינו לשני, ואינו צריך הסכמת המפקיד על כך, ואם כן הוא הדין בשמירת גופו נמי דין השומר הוא כמו קנין בידו, ובעצם יש בכחו למסור קנינו לשומר שני, ולא הוי כמו מילי דלא מימסרן לשליח, ומיתוקמא שפיר דין זה למאן דאמר שומר שמסר לשומר פטור, שנכנס השני תחת הראשון והראשון פטור, ואע"ג דגם למאן דאמר שומר שמסר לשומר פטור יש דעות שונות בראשונים אם באמת נסתלק הראשון או אם אין זה אלא קיום דין שמירה שלו, ועיימש"נ בשט"ו פיי"ב ופיי"ג, מכל מקום מעצם דברי רב שאמר שומר שמסר לשומר פטור אין להוכיח שאין בכחו למסור דינו לשני ולהסתלק לגמרי מן השמירה, ולכן לא פריך בגמרא לימא תיהוי תיובתא דרב.

אכן אליבא דרבי יוחנן דס"ל שומר שמסר לשומר חייב, ואע"פ שמסרה לשומר שני עדיין הראשון חייב, לכאורה חזינן דאין שומר ראשון יכול למסור דינו לשני בלי הסכמת המפקיד, ואין דין השומר כקנין בידו אלא הוי כשליח בעלמא, ואם כן לגבי שמירת נזקין נמי אין כח בידו למסור דין שמירה ידידה לשומר שני, והיה צריך להיות הדין דשומר שמסר לשומר ויצאה והזיקה עדיין הראשון חייב, ולימא תיהוי תיובתא דרבי יוחנן.

אלא דדבר זה באמת תלוי בפלוגתא דאביי ורבא אליבא דרבי יוחנן, אביי ס"ל שומר שמסר לשומר חייב מפני שיכול המפקיד לומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ולפי זה איכא למימר דאפילו אליבא דרבי יוחנן בעצם יש כח ביד השומר למסור דין שמירה ידיה לשומר שני, דדין שמירה הוא באמת כקנין בגוף הדבר, אבל סוף סוף הרי הפקדון ממונו של המפקיד, ואם ימסר לשומר שני הרי יהא ממונו מופקד ביד מי שלא ניחא ליה ביה, ולכן יכול לעכב על מסירת דין השמירה, ואע"פ שהשומר בעצם היה יכול למסור דין שמירה שלו לשומר שני, הרי זכות הממון של המפקיד מעכבת על ידו, ואם כן כל זה הוא רק לגבי שמירת גופו, שזכות הוא להמפקיד שיהא ממונו שמור באופן דניחא ליה, אבל לענין שמירת נזקין אין מסירת דין השמירה נוגעת כלל לזכות המפקיד שיהא ממונו שמור לרצונו, ואם כן אין הבעלות של המפקיד מעכבת על יד השומר, וכיון שדין השמירה הוא כמו קנין יכול למסור דינו לשומר שני, ונכנס השני תחת הראשון והראשון נסתלק לגמרי ופטור.

אולם לרבא דס"ל שומר שמסר לשומר חייב מפני שיכול המפקיד לומר את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי, הרי אין המפקיד יכול לעכב על עצם המסירה לרשות השני באמירת אין רצוני וכו', ואין בעלות המפקיד על גוף הממון נותנת לו כח לעכב ולבטל דין שומר של השני, דכל השומרים שוים, וכל הנידון הוא אך ורק לגבי נאמנות, דאם יבאו עדים שנאנס ברשות השני שניהם פטורים, ועיימש"נ בשט"ו פי"ד, אבל במקום דליכא עדים אין המפקיד מחויב לקבל שבועת שומר השני, דיכול לומר את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי בשבועה.

ומבואר מדברי רבא דהא דשני יש לו דין שומר כשמסרה לו שומר ראשון אין זה מפני שיכול שומר ראשון למסור דין שמירה שלו לשומר שני, אלא מפני שכיון שהראשון נתחייב בשמירה יכול להעמיד שומר שני להיות שומר ידיה, אבל לגבי המפקיד עדיין נשאר תורת שומר על הראשון, דהא אם היה יכול שומר ראשון להעביר דין שמירה שלו לשומר שני היה נסתלק לגמרי ולא היה אפשר לחייבו כלל, ועוד דאם מסר דין שמירה שלו לשומר השני הרי היה שומר שני נכנס תחתיו לגמרי, והרי הוא נעשה בעל דברים של המפקיד, והיאך יכול לומר את מהימנת לי וכו', אלא על כרחך דאין שומר ראשון יכול למסור דין שמירה שלו לשומר שני, ולא מפני שבעל הממון מעכב על ידו, דהא אינו יכול לומר אין רצוני וכו', אלא מוכרח דהיינו טעמא משום שאין בכחו למסור דין השמירה, שאין זה כמו קנין אלא כשליחות בעלמא, וכמש"נ, וכל דין שומר שני הוא כשומר של שומר ראשון, ולכן יכול המפקיד לומר את מהימנת לי וכו' ושומר שני זה לאו בעל דברים ידיה הוא ואינו צריך לקבל שבועתו.

ונמצא דלפי דברי רבא אין דין השמירה אלא כשליחות בעלמא, ואין כח ביד השומר למסור דין שמירה ידיה לשומר שני, כמש"נ, ואם כן הוא הדין נמי לגבי שמירת נזקין צריך להיות הדין כן, דאין שומר ראשון יכול להכניס שומר שני תחתיו ולהסתלק מדין השמירה ומסירתו לשומר שני לא הוי אלא מעשה שמירה בעלמא, ושפיר פריך הגמרא דמלשון המשנה משמע דשומר שמסר לרועה איפטר ליה קמא

לגמרי ולימא תיהוי תיובתא דרבא.

ומשני אמר לך רבא מאי מסרו לרועה לברזיליה דאורחיה דרועה למימסר לברזיליה, והיינו כעין דין כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, והרי זה כמו שמתחלה נתן לו רשות למסור לברזיליה, וכיון שנעשה מדעת המפקיד, הרי המפקיד בודאי יש בכחו להעביר דין השמירה מן הראשון אל השני, ולא היה יכול לתרץ דמיירי שמסר לרועה שהיה המפקיד רגיל להפקיד אצלו, כדקאמר בבבא מציעא שם, דרגיל להפקיד לא הוי סברא אלא לגבי טענת את מהימנת לי וכו', דכיון דשומר שני יש לו תורת שומר לגבי הראשון, ושבועתו חשיבא שבועת השומרים, ורק דהמפקיד אינו מחויב לקבל שבועתו דיכול לומר את מהימנת וכו', במקום שהיה רגיל להפקיד אצלו אינו יכול לטעון את מהימנת איהו לא מהימן וחייב לקבל שבועתו, אבל לגבי שמירת נזקין אין חיובו של שומר שמסר לשומר משום טענת את מהימנת וכו', דזה לא שייך כלל לגבי שמירת נזקין, כמש"נ, אלא חיובו מפני שאין בכחו להעביר דין שמירה שלו אל שומר שני, ואין שומר שני אלא מעשה שמירה שלו, כמש"נ, ולא מהני לזה כלל מי שהוא רגיל להפקיד אצלו, דסוף סוף לא נעשה המסירה מדעת המפקיד אלא מדעת השומר, ואין בכחו למסור דין שמירה שלו, כמש"נ, ועל כן מוקים לה במסרו לברזיליה דהוי כמסירה מדעת המפקיד.

פרק טז

בו יבארו אריכות דברי הרמב"ם בהלכות שכירות וגם כמה דקדוקים בלשונו, וגם יתיישב מאי דמשמע מדבריו בהלכות שאלה ופקדון דכל שומר שמסר לשומר הוה ליה פושע שכונתו דוקא במיעט בשמירתו כגון שמסרו לבני ביתו הקטנים או למי שאינו שרוי בביתו.

[רמב"ם פ"א שכירות הל"ד והל"ה] כתב הרמב"ם ז"ל: כל שומר שפשע בתחלתו אע"פ שנאנס בסופו חייב כמו שיתבאר ואין השואל רשאי להשאל וכו' וכן אין השוכר רשאי להשכיר וכו' שהרי זה אומר לו אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר עבר השומר ומסר לשומר השני אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרין ונאנס פטור השומר הראשון שהרי יש עדים שנאנס ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לשלם לבעלים מפני שמסר לשומר אחר ויעשה הוא דין עם השומר השני אפילו היה הראשון שומר חנם ומסר לשומר שכר חייב שהרי יש לבעל החפץ לומר לו אתה נאמן אצלי להשבע וזה אינו נאמן לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני הרי זה השומר הראשון פטור מלשלם וכו' והוא שלא ימעט שמירתו כיצד ימעט שמירתו כגון שהיה מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל אותו השני בחנם וכו' הואיל ומיעט שמירתו פושע הוא ומשלם אע"פ ששאל או ששכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר ואם הביא השומר השני ראייה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו הרי זה פטור כיצד שומר שכר שנתן הבהמה השמורה אצלו לשומר חנם אם הביא השומר השני עדים שמתה הבהמה כדרכה הרי זה השומר הראשון פטור וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, יעו"ש.

והנה לפום ריהטא היה משמע מדברי הרמב"ם דטעמא דשומר שמסר לשומר חייב הוא מפני שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אלא דקשה טובא לפי זה דאם כן למה נפטר שומר ראשון אם יש עדים שנאנס אצל שומר השני.

ובכלל רבו הדיוקים בדברי הרמב"ם, שהרי כתב דכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כמו שיתבאר, ולשון זה בדרך כלל מורה שיתבאר במקום אחר, ובמקום שהוא מתבאר מיד לא יכתוב הרמב"ם כמו שיתבאר, עוד יש לדקדק במה שכתב דשומר שמסר לשומר חייב כשאין עדים שנאנס מפני שמסר לשומר אחר, ולכאורה אין כונתו בזה שפשע בשמירתו דאם כן היה לו לכתוב מפני שפשע, כמו שכתב בסוף ההלכה דכשגרע לשמירתו הרי זה פושע, עוד יש לדקדק במה שכתב לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד וכו', מה שייך בזה לשון לפיכך, היה לו לכתוב כפשוטו דיכול בעל הפקדון לומר את מהימנת לי וכו', ואם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד וכו' אינו יכול לומר את מהימנת לי וכו', ומהו הלפיכך, עוד יש לדקדק במה שכתב הרמב"ם בסוף ההלכה גבי שומר שמסר לשומר ומיעט בשמירתו דהרי זה פושע וחייב לשלם, וכתב הרמב"ם דאם הביא השומר השני ראייה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו הרי זה פטור כיצד וכו', ולמה ליה כל אריכות הלשון הזה, ולמה לא אמר בפשיטות

ואם הביא עדים שנאנס פטור, כמו שכתב בריש ההלכה, וכן יש לדקדק דלמה הוצרך הרמב"ם להביא כיצד לצייר דין זה דאם הביא השומר השני ראיה שנאנס דפטור, כגון שהביא עדים שמתה כדרכה אצל שומר השני, ולמה לא הביא כיצד בריש ההלכה כשכתב דאם הביא עדים שנאנס פטור.

לכן נראה בביאור דברי הרמב"ם דמה שהקדים לדבריו דכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב אין זה נוגע אלא לסוף ההלכה בשומר שמסר לשומר שדרך הבעלים להפקיד אצלו אלא דגרועי גרעה לשמירתו, אבל היכא דלא גרעה לשמירתו, כגון בריש ההלכה דשואל שעבר והשאיל או שוכר שעבר והשכיר, דלא גרעה לשמירתו, לא שייך לזה דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב שהרי לא פשע, ושוב הוסיף הרמב"ם הקדמה שניה דאם מסר השומר לשומר שני ולא גרעה לשמירתו הרי הוא נפטר אם יש עדים שנאנס, ואפילו אם לא היה אונס גמור כמו מתה כדרכה דאיכא למימר מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, עדיין פטור שומר הראשון, שהרי לא פשע, וליכא למימר תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ומכל מקום אם אין עדים שנאנס חייב מפני שמסר לשומר אחר, רצונו לומר דאפילו אם שומר ראשון ראה שאירע אונס ביד שומר שני אינו נאמן לישבע על כך, כיון שאין הפקדון ברשותו לגבי השמירה בפועל, ועיימש"נ בשט"ו פ"ד, וגם שבועת השני לא מהני לפוטרו, דאע"ג דשומר שני יש עליו תורת שומר לגבי הראשון, והרי הפקדון ברשותו לגבי שמירה בפועל, ויכול לישבע שבועת השומרים כנגד תביעתו של שומר ראשון שהוא עושה דין עם השני, והרי הבית דין מקבלים שבועתו של שומר שני ופוטרים אותו מתביעת שומר ראשון, מכל מקום אין שומר ראשון נפטר מתביעת בעל הפקדון על ידי שבועה זו של שומר השני, שהרי יכול בעל הפקדון לומר את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי, ואינו מחויב להאמין לשומר השני בשבועתו.

ואחר שהקדים שני יסודות אלו מסיק הרמב"ם לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד וכו', דמהני שתי הקדמות אלו בשומר שמסר לשומר שהיו הבעלים רגילים להפקיד אצלו שיהא חילוק בדינו בין גרועי גרעה לשמירתו ללא גרעה לשמירתו, אם לא גרעה לשמירתו ולא פשע, אם כן כל חיובו של שומר ראשון הוא מפני שאינו יכול לישבע הואיל ולא היה הפקדון ברשותו לגבי השמירה בפועל, כמש"נ, אבל שומר השני שפיר יכול לישבע לפטור שומר ראשון מתביעת בעל הפקדון, שהרי אינו יכול לומר את מהימנת לי וכו', דהא דרכו היה להפקיד אצלו תמיד, אבל אם מיעט בשמירתו הרי השומר הראשון חייב, דנהי דאין בעל הפקדון יכול לומר את מהימנת וכו', דהא דרכו היה להפקיד אצלו תמיד, מכל מקום הרי פשע במסירתו להשני, ועיין בהגהות הגר"א סי' רצ"א סקמ"ו שהרמב"ם דייק דחשיב פשיעה מדקאמר רבא לא מיבעיא היכא דגרועי גרעה לשמירתו, ומשמע דבגרעה לא צריך טעמא דאת מהימנת וכו', דהוה ליה פושע, וכאן בא לן דינא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דכיון שפשע במסירתו שוב אינו נפטר באונסים שאירעו ברשות שומר שני.

אכן כל זה הוא באונסין הבאים מחמת פשיעתו, דאיכא למימר אילו לא פשע

בתחלה לא היה נאנס לבסוף, אבל אם היה אונס גמור כגון מתה כדרכה דאיכא למימר מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, אז פטור שומר ראשון אם הביא שומר שני עדים שמתה כדרכה, או אפילו אם נשבע על כך, כמו שכתב המשנה למלך, יעו"ש, אי נמי יש לומר דאין לו תורת שבועת השומרים לגבי אונסין הואיל והוא שומר חנם ופטור אפילו בגניבה ואבידה, כמו שכתב הגר"ח על הרמב"ם, יעו"ש דבאונס כזה לא שייך דינא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ומשום הכי האריך הרמב"ם בלשונו וכתב דאם הביא השומר השני ראיה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו הרי זה פטור, רצונו לומר דאם הביא ראיה שאירע אצלו אונס כזה שאפילו היה נאנס אצל שומר הראשון אחר פשיעתו עדיין היה פטור, הוא הדין אם נאנס אצל השני בכהאי גוונא פטור, דלא שייך למימר תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ולדין זה הוצרך הרמב"ם לכתוב כיצד וכו' לתת דוגמא של אונס כזה דלא שייך בו דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, כגון שמתה כדרכה, אבל בשאר אונסים חייב, כמו שכתב הלחם משנה, יעו"ש, אבל בריש ההלכה לא הוצרך הרמב"ם לכל אריכות הלשון ולא להביא כיצד וכו', דגם בכל האונסין פטור שומר ראשון אם הביא עדים, שהרי לא פשע, ורק כשאין עדים יש לחייבו שהרי מסר ליד אחר, וכמש"נ.

והנה עיימ"ש הרמב"ם בפ"ד שאלה ופקדון הל"ח וז"ל: כל המפקיד אצל בעל הבית בין כלים בין מעות על דעת אשתו ובני ביתו הגדולים הוא מפקיד אבל אם מסרן לבניו ובני ביתו הקטנים או לעבדיו בין גדולים בין קטנים או לאחד מקרוביו שאינן שרויין עמו בבית ואין סומכין על שלחנו ואין צריך לומר אם מסרן לאחר הרי זה פושע וחייב לשלם אלא אם כן הביא השומר השני ראיה שלא פשע כמו שבארנו עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה משמע מדבריו דכל שומר שמסר לשומר הוה ליה פושע, ולא כמש"נ, אולם באמת אין דברי הרמב"ם אלא בשומר שמסר לשומר דגרועי גרעה לשמירתו, ודומה להני שמסר השומר לבני ביתו הקטנים, דאין בעל הפקדון ניחא במסירה זו, וחשיבא פשיעה, וכל שכן בכל שומר שמסר לשומר שאינם בני ביתו וגרועי גרעה לשמירתו הרי זה פושע וחייב, והיינו מה שכתב אלא אם כן הביא השומר השני ראיה שלא פשע כמו שבארנו, וקאי על מה שכתב הרמב"ם בסוף ההלכה בדין דאם הביא השומר השני וכו', ומיירי בגרועי גרעה לשמירתו, אבל אם לא מיעט בשמירתו לא חשיב פושע, וכל הנידון הוא אם יכול לברר האונס, ולכן אם יש עדים שנאנס פטור, ואם אין עדים חייב, שהוא אינו נאמן לישבע הואיל ומסר ליד אחר, והשני אינו נאמן דיכול בעל הפקדון לומר את מהימנת לי וכו', וכמש"נ.

פרק יז

בו יתיישבו דברי הרמב"ם דבאשה ששאלה ואחר כך נשאת מבואר דאם היה דין הבעל כשואל חייב לשלם למשאיל אם פשע אף שאשתו לא הודיעתו שהחפץ הוא שאול, ובמסר השומר החפץ לבני ביתו ולא הודיען שהוא פקדון משמע מהרמב"ם שפטורים אף כשפשעו.

[רמב"ם פ"ד שאלה ופקדון הל"ח והל"ט] כתב הרמב"ם וז"ל: מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו ונתנם השומר לאמו והחביאה אותן ולא טמנה אותן ונגנבו ואמרו חכמים אין השומר חייב לשלם מפני שנתנם לאמו שכל המפקיד על דעת בניו ובני ביתו הוא מפקיד ואע"פ שלא אמר לה פקדון הם יש לו לטעון כל שכן שהיא נזהרת בהן אם היתה סבורה שהן שלי וכן אין אמו חייבת לשלם שהרי לא אמר לה שהן פקדון ואמרו חכמים ישבע השומר שאותן המעות עצמן הן שנתנן לאמו ותשבע האם שהחביאה אותן ונגנבו ויפטר שניהם וכן כל כיוצא בזה מכאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו והודיען שהוא פקדון ולא שמרו כדרך השומרין שהן חייבין לשלם לבעל הפקדון ובעל הבית פטור שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד עכ"ל, יעו"ש, והוא מגמרא בבא מציעא (דף מב.), יעו"ש.

וכתב שם הרא"ש דהאם באמת לא פשעה, שהיא היתה סבורה שהמעות הן של בנה ושהוא צריך אותן לסחורה ורוצה שיהיו מזומנות בידה לכשיצטרך להן, ולכן החביאה אותן בארגז ולא טמנה אותן בקרקע, ואע"ג דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, בכחאי גונא לא היתה יכולה להטמינן בקרקע הואיל ועוד יצטרך להן, ועשתה כל מה שהיתה יכולה לעשות בשמירת המעות במה שהחביאה אותן בארגז, יעו"ש, ונמצא לפי שיטה זו דאם פשעה פשיעה גמורה היתה מחויבת לשלם לבעל הפקדון, ואע"פ שלא ידעה שהמעות היו שלו.

ויש להקשות דלכאורה טענת הבן סותרת לטענת אמו, שהוא טוען שהואיל וקיבלה המעות ממנו היתה נצרכת להזהר בהן יותר, והיא טוענת שלא היתה צריכה לעשות שמירה מעליא אלא אדרבה היתה צריכה להחזיקם במקום שתוכל להחזירן לו מיד כשיצטרך להן לעשות סחורה, והיאך נזכה שטרא לתרוייהו לפטור שניהם מלשלם, ואם הדבר מוטל בספק תהני בהו תפיסה, כמו שכתב הרמב"ם שם פ"ב הל"ח לגבי ספק שאלה בבעלים, יעו"ש, והכא משמע דבין הבן ובין אמו פטורים לגמרי, ולא מהני בהו תפיסה.

והלחם משנה באמת דייק מלשון הרמב"ם דאפילו בפשיעה גמורה פטורה, שהרי כתב הרמב"ם מכאן אתה לומד שהשומר שמסר פקדון לבני ביתו והודיען שהן פקדון ולא שמרו כדרך השומרין שהן חייבין לשלם, כנ"ל, ומה שכתב שלא שמרו כדרך השומרין כפשוטו היינו שפשעו בה, ומדויק מדברי הרמב"ם דאם הודיען חייבים על הפשיעה ואם לא הודיען פטורים על הפשיעה.

והקשה הלחם משנה על הרמב"ם דדבריו לכאורה סותרים למה שכתב למעלה פ"ב

הלי"א וז"ל: אשה ששאלה ואחר כך נשאת הרי הבעל כלוקח ממנה ואינו לא שומר שכר ולא שואל לפיכך אם היתה דבר השאלה בהמה ומתה הבעל פטור אע"פ שהוא משתמש בה כל ימי שאלתה אפילו פשע מפני שהוא כלוקח והאשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון ואם הודיעה את בעלה שהיא שאלה הרי זה נכנס תחתיה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדברי הרמב"ם דאם לא הודיעה את בעלה שהבהמה מופקדת אצלה ופשע בה פטור מפני שהוא כלוקח, אבל אילו היה דינו כשואל היה חייב על פשיעתו אע"פ שלא נודע לו שהבהמה פקדון, וזה סותר למה שכתב כאן דאם מסר השומר לבני ביתו ולא הודיען שהוא פקדון אצלו שפטורים על הפשיעה, כמו שמדויק מדבריו, כנ"ל, ועיין בלחם משנה מה שכתב על זה והוא כתב בעצמו שדבריו דחוקים, יעו"ש.

ונראה דלאו כל אדם המקבל עליו לשמור חפץ חל עליו דין שומר שתהא שייכת אליו כל פרשת שומרים עם טענותיה ושבועותיה, כגון אם בעל החפץ הכניס אדם לביתו לשמור את חפצו ולא מסרו לרשותו אין אדם זה נעשה שומר על החפץ, ואפילו אם יחייב עצמו לשלם אם נאבד אין חיוב זה בכלל פרשת שומרים, ואינו נשבע שבועת השומרים, ולא נתחייב בהשבה, ולא שייך בו דין טוען טענת גנב, וכן כל כיוצא בזה, ואינו אלא פועל בעלמא שתפקידו הוא לעמוד ולשמור, ורק כשנמסר החפץ ליד השומר חל עליו דין שומר לענין כל הדינים הנ"ל.

והשתא נראה דבהא דאמרינן כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד יש בזה שני ענינים, חדא שהוא מסכים שאם השומר ישמור הפקדון על ידי שיעמיד בני ביתו עליו לשמרו שתהא זו נחשבת שמירה מעליא, ואם יעשה כן השומר קיים כל חובת שמירתו לגבי המפקיד, ואע"פ שבני ביתו אינם יודעים שהחפץ הוא באמת פקדון של אחר, ושנית שהמפקיד מסכים שיכנסו בני ביתו של השומר תחתיו ושתעבור תורת שומר מן הנפקד לבני ביתו אם יודעים שהחפץ הוא פקדון של אחר, והעיקר הוא שהמפקיד יודע שדרך הנפקד למסור הפקדון לבני ביתו, והוא מסכים על כך בכל אופן שיהיה, כמש"נ.

והנה כשאדם מעמיד בני ביתו לשמור חפציו לא חלה עליהם תורת שומר של פרשת שומרים, שהרי אינו מוסר החפץ לרשותם אלא הם כפועלים בעלמא הממונים לשמור הדבר בבית בעליו, וגם מסתברא שאין אשתו ובניו מחייבים עצמם לשלם לו אם יאבד החפץ, ואפילו אם מחייבים עצמם אין זה אלא התחייבות בעלמא, ואינם שייכים כלל לפרשת שומרים, אכן אם שומר פקדון העמיד בני ביתו לשמור הפקדון של אחר אינם כפועלים בעלמא, שהרי אינם שומרים החפץ בבית בעליו, ואם מקבלים עליהם שמירת החפץ הרי נכנס החפץ לרשותם וחלה עליהם תורת שומר וכל הדינים הנוגעים לו, והם נכנסים תחת הנפקד ונעשים שומר של המפקיד, ושומר קמא נסתלק מתורת שמירה. אמנם חלוק הדין בין אם הודיעם השומר שהחפץ פקדון אצלו לבין לא הודיעם, דאם הודיעם שפיר נכנסו תחת שומר קמא להיות עליהם תורת שומר של הבעלים ונסתלק הראשון משמירתו, כמש"נ, אבל אם לא הודיעם אז לא קיבלו בני ביתו על עצמם אלא להיות כפועלים בבית הבעלים, ולא חלה עליהם תורת שומר לגבי בעל

החפץ, ומכל מקום השומר הראשון נפטר במסירתו לבני ביתו אף בכהאי גוונא, דגם זה בכלל דין כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד שבעל החפץ יודע שהוא ישמור החפץ על ידי העמדת בני ביתו עליו, והוא מסכים לכך, ונמצא דכשלא הודיעם אין לבעל החפץ שום תביעה לגבי שומר קמא, שהרי עשה שמירה מעליא במה שמסר לבני ביתו, וגם להבני בית אין לו תביעה שהרי לא ידעו שהחפץ פקדון ולא קבלו עליהם להיות שומר דידיה, ואפילו אם פשעו פטורים שהרי לא הזיקוהו בידיים וגם תורת שומר אין עליהם.

ולכן בעובדא דגמרא שהביא הרמב"ם בין הבן ובין אמו פטורים מלשלם, שהרי אמו אין עליה תורת שומר כלל והבן עשה שמירה מעליא במה שהעמיד אמו כפועל לשמירתו, ואם תאמר דמכל מקום פשע הבן במה שלא אמר לה שהמעות פקדון אצלו, על זה טוען שפיר דיותר היתה נצרכת לשמור אם היתה סבורה שהמעות שלו, ובודאי יש בזה שמירה מעליא, ולא היה לו להעלות על דעתו שתפשע בהן, והיא עצמה נמי פטורה, שאע"פ שפשעה הרי אין עליה תורת שומר אלא פועל בעלמא, כמש"נ, ואפילו אם נאמר דבני ביתו של אדם מחייבים עצמם לו כשמעמיד אותם על השמירה כפועלים, הכא ליכא התחייבות, שהרי לא נתחייבו לבעל החפץ ולשומר קמא אין מקום להתחייבות.

ולפי זה לא קשה ממה שכתב הרמב"ם גבי אשה ששאלה ונשאת דאם הבעל הוא שואל בנכסי אשתו ופשע חייב לשלם, ואע"פ שלא הודיעה אותו שהחפץ שאול, כנ"ל, דאם נאמר שהבעל הוא שואל בנכסי אשתו היינו שנכנסו נכסיה לרשותו בתורת שאלה והוא נעשה שומר שלה, ולא הוי רק כפועל שהועמד על השמירה, וכיון שנעשה שומר שלה על החפץ השאול בידה חל עליו חיוב שמירה על החפץ, ואם לא שמר כראוי חשיב מזיק על החפץ, כדאמרינן בבבא קמא (דף ד:) דשומר בכלל אבות נזיקין, וכיון שהזיק ממונו של המשאיל, אע"פ שלא ידע שהוא שלו, חייב לשלם.

פרק יח

בו יתבאר הנוסחא הישנה ברמב"ם שהמוסר בהמתו לשומר ושמירה מעולה ויצאת והזיקה השומרין פטורים והבעלים חייבים, על פי דברי המגיד משנה התמוהים שכונתו בדברים שהיא תמה להם שבהן הבעלים חייבין אפילו בשמירה מעולה כמו שיתבאר.

[רמב"ם פ"ד נזקי ממון הל"ד] כתב הרמב"ם וז"ל: המוסר בהמתו לשומר חנם או לנושא שכר או לשוכר או לשואל נכנסו תחת הבעלים ואם הזיקה חייב השומר במה דברים אמורים בזמן שלא שמרו כלל אבל אם שמרו שמירה מעולה כראוי ויצאה והזיקה השומרין פטורים והבעלים חייבים אפילו המיתה את האדם שמרו שמירה פחותה אם שומר חנם הוא פטור ואם שומר שכר או שוכר או שואל הוא חייבין עכ"ל, יעו"ש, ובמה שכתב הרמב"ם שאם שמרו שמירה מעולה הם פטורים והבעלים חייבים השיגו הראב"ד דלא מיתוקמא חיוב על הבעלים בכהאי גוונא אלא בכדי שידעו שיצאה הבהמה, אבל המגיד משנה כתב וז"ל: ומה שכתב והבעלים חייבין בשמירה שמירה מעולה הוא בנזק קרן בלבד רוצה לומר בדברים שהיא תמה להן שבהם הבעלים חייבים אפילו בשמירה מעולה כמו שיתבאר פ"ז וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ודברי המגיד משנה לכאורה תמוהים, דהא נחלקו רבי מאיר ורבי יהודה בבבא קמא (דף מה:): אם מועד צריך שמירה מעולה או אם סגי ליה בשמירה פחותה, דהיינו דלת שיכולה לעמוד בפני רוח מצויה אבל לא בפני רוח שאינה מצויה, ובין לרבי מאיר בין לרבי יהודה תם צריך שמירה מעולה שיכולה לעמוד בפני רוח שאינה מצויה, אבל הא ודאי דאם שמרו שמירה מעולה פטור, ומה שכתב כמו שיתבאר בפ"ז, גם כן אי אפשר להולמו, שהרי כתב שם הרמב"ם הל"א וז"ל: שור שקשרו בעליו במוסרה ונעל בפניו כראוי ויצא והזיק אם תם הוא משלם חצי נזק ואם היה מועד פטור עכ"ל, יעו"ש, וכתב שם המגיד משנה דהרמב"ם פסק כרבי יהודה, והיינו דמועד סגי ליה בשמירה פחותה ותם צריך שמירה מעולה, והיכן ראה המגיד משנה דאיכא חיוב בתם אפילו אם שמרו שמירה מעולה, ועיין בלחם משנה שעמד על דבריו והניחם בצריך עיון, והנה באמת מוכח דנכונים דברי המגיד משנה דהרמב"ם מיירי בקרן תם, דהא כתב הרמב"ם בסוף ההלכה דאם שמרו שומרים שמירה פחותה ויצאה והזיקה שומר חנם פטור ושומר שכר חייב, ואם מיירי במועד למה יתחייב שומר שכר, והלא מועד סגי ליה בשמירה פחותה כמו שפסק הרמב"ם בפ"ז כנ"ל, אלא ודאי דמיירי בקרן תם, וכן הוכיח הלחם משנה, אבל מה שכתב המגיד משנה דבקרן תם חייב אפילו כששמרו שמירה מעולה תמוה מאד.

והנה גם הכסף משנה נתקשה בדברי הרמב"ם והביא ששאלו חכמי לוניל מהרמב"ם למה בעלים חייבים כששמרו שומרים שמירה מעולה והשיב להם שטעות סופר הוא, יעו"ש, ומכל מקום כשחיבר השו"ע פסק בסי' שצ"ו סעיף ח' וז"ל: ואם שמרוהו כראוי שמירה מעולה השומרים פטורים והבעלים חייבים בנזק קרן בלבד

שהיא תמה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ותמה עלה שם הסמ"ע סקי"ח שתפס דברי המגיד משנה שהם מבוססים על טעות סופר והם סותרים למה שכתב שם בריש הסימן דתם ששמרו שמירה מעולה ויצא והזיק פטור, יעו"ש בסמ"ע, וביותר קשה על המחבר שהוא עצמו הביא תשובת הרמב"ם לחכמי לונל שטעות סופר הוא, וצריך לומר דאעפ"כ ראה המחבר סברת המגיד משנה לפי הנוסחא שהיתה לפניו, ופסק כסברת המגיד משנה אע"פ שבאמת אין לו מקור מדברי הרמב"ם, שהרי טעות סופר הוא, ומכל מקום נכונים דבריו וראוי להביאם להלכה, וקשה דלכאורה דברי המגיד משנה תמוהים. ונראה דהא דאם מסר שורו לשומר נכנס השומר תחת הבעלים והוא חייב והם פטורים יש בזה שני ענינים, חדא דמינוי השומר נחשב שמירה על השור, שהרי מסר השור לבן דעת וצוה עליו לשמור אותו שלא יצא ויזיק, ויתר על כן איכא נמי ענין אחר שכוון שהכניס השומר השור לרשותו וקבל על עצמו שמירת נזקין חל על השומר דין בעל המזיק לגבי השור, ואע"פ שאין השור ממונו, וראה לכך מהא דתניא בבבא קמא (דף מה.) דשומר נכנס תחת הבעלים להתחייב כופר אם הרג השור את האדם, ועל כרחך היינו משום חיוב כפרה המוטל עליו מדין בעל המזיק, ויליף לה במכילתא מקרא דולא ישמרנו בעליו להביא שומר חנם, כמו שכתב באור שמח, יעו"ש, ואע"ג דעדיין השור ממונו של הבעלים, ומצד זה ראוי שיחשבו הבעלים עדיין בעל המזיק, כיון שגם השומר ראוי להיות בעל המזיק מחמת קבלת שמירת נזקיו, אם כן קדם דין השומר לדין הבעל, שהרי השור ברשותו קאי, ומשום הכי נחשב השומר בעל המזיק ונסתלקו הבעלים מלהיות בעל המזיק כל זמן דאיכא תורת בעל המזיק על השומר, ואם כן לא איצטריך שוב להא דמסירת השור להשומר חשיב מעשה שמירה, דגם בלאו הכי נפטרו הבעלים שנסתלקו מתורת בעל המזיק ונכנס השומר תחתיהם.

עוד נראה לומר, דאם באנו לדון על מסירת השור לשומר מדין מעשה שמירה, ולא מדין העברת תורת בעל המזיק להשומר, לעולם לא חשיבא מסירה לשומר אלא כשמירה פחותה בעלמא, ואפילו אם מסר הבעלים לשומר שכר או שואל שמוטל עליהם לשמרו שמירה מעולה, מכל מקום עצם המסירה לשומר שכר לא חשיבא אלא שמירה פחותה, שהרי הכל תלוי בדעתו ורצונו של השומר, ומי יוכל לומר בברירות שישמרנו שמירה מעולה, ולכן אם היה השור תם לא היו הבעלים נפטרים מדין מעשה שמירה כשמסרו לשומר, ואפילו שומר שכר, דהא אין זה אלא שמירה פחותה ושור תם בעי שמירה מעולה, ומכל מקום נפטרים הבעלים מחמת דין השני, דהשומר נכנס תחת הבעלים ונעשה בעל המזיק, ונסתלקו הבעלים, ולכן אפילו אם לא שמרו אלא שמירה פחותה הבעלים נפטרים, שהרי לא עליהם מוטלת שמירת השור אלא על השומר שנכנס תחתיו ונעשה בעל המזיק ונסתלקו הבעלים, כמש"נ.

אולם נראה דאם השומר קיים חיוב שמירתו, ועשה כל הנדרש ממנו, פקע ממנו תורת בעל המזיק והדר הבעלים להיות בעל המזיק, שהרי דין בעל המזיק של הבעלים בא מחמת שהשור הוא ממונם, והרי לעולם הוא ממונם, בין שמור בין אינו שמור, ומה שנסתלקו הבעלים מתורת בעל המזיק הוא מפני שהשומר נכנס תחתיהם, וקדם דינו

לדין הבעלים שהרי השור נמסר ברשותו, וכמש"נ, אכן כל דין בעל המזיק שלו נובע מחיובו לשמור את השור, ואם כן היכא דקיים חיובו ועשה כל הנדרש ממנו לא חשיב עוד בעל המזיק ושוב חזרו הבעלים להיות עליהם תורת בעל המזיק, וחזרו להיות אחראין על נזקי השור.

ולכן אם מסרו הבעלים שור תם לשומר חנם או שומר שכר ושמרוהו שמירה מעולה, הרי עשו כל מה שמוטל עליהם לעשות, וליכא עליהם עוד תורת בעל המזיק, וחזרו הבעלים להיות בעל המזיק, ושוב אין יכולים לפטור עצמם אלא מדין הראשון הנ"ל, ששמרו את השור על ידי שמסירתו להשומר גופא חשיבא מעשה שמירה, אולם אין מסירה להשומר חשיבא אלא שמירה פחותה, כמש"נ, ושור תם צריך שמירה מעולה, ואם כן אי אפשר לפטור הבעלים מחמת שעשו שמירה, ולכן השומרים פטורים והבעלים חייבים.

אבל אם שמרוהו השומרים שמירה פחותה מתחלק דין שומר חנם מדין שומר שכר, שהרי השומר חנם לא קבל על עצמו שמירת נזקיו של השור אלא כנגד פשיעה, ואע"פ ששור תם בעי שמירה מעולה, מכל מקום השומר חנם לא נתחייב אלא בשמירה פחותה שלא יפשע בהשור, והרי השומר חנם נכנס תחת הבעלים ונעשה בעל המזיק, ואם פשע בה הוא חייב והבעלים פטורים, אבל אם שמרו שמירה פחותה הרי קיים כל דין שמירתו ופקע ממנו תורת בעל המזיק, וחזרו הבעלים להיות בעל המזיק, ולכן השומר פטור והבעלים חייבים, אבל אם מסרו לשומר שכר ושמרו שמירה פחותה, לא קיים בזה חיוב שמירתו, ואם כן עדיין תורת בעל המזיק על השומר ולא על הבעלים, והשומר חייב והבעלים פטורים.

וכל זה הוא בשור תם, שאם שמרו שומר שמירה מעולה ויצא והזיק השומר פטור ובעלים חייבים, כמש"נ, אבל אם היה השור מועד ושמרו השומר שמירה מעולה ויצא והזיק אז השומר פטור וגם הבעלים פטורים, שהרי השומר עשה כל הנדרש ממנו ויותר, דהא מועד סגי ליה בשמירה פחותה והוא עשה שמירה מעולה, ופקע מן השומר תורת בעל המזיק, וחזרו הבעלים להיות בעל המזיק, ומכל מקום פטורים, שהרי עשו מעשה שמירה במה שמסרו השור לשומר, ונהי דאין זה נחשב אלא שמירה פחותה, כמש"נ, הרי שור המועד סגי ליה בשמירה פחותה, ולכן גם הבעלים פטורים, ושפיר כתב המגיד משנה דדברי הרמב"ם מתיישבים בשור תם, וכמש"נ.

אולם עדיין יש להקשות בשור תם שמסרו לשומר ושמר שמירה מעולה דשומר פטור ובעלים חייבים נהי דהשומר פקע ממנו תורת בעל המזיק כששמרו שמירה מעולה, וחזרו הבעלים להיות עליהם תורת בעל המזיק, כמש"נ, ונהי דהבעלים במסירתם להשומר לא עשו אלא שמירה פחותה ושור תם בעי שמירה מעולה, כמש"נ, אכן סוף סוף הרי נשתמר השור שמירה מעולה, ומה לי שלא נעשה על ידי הבעלים אלא על ידי השומר, מכל מקום השור הרי היה שמור שמירה מעולה, ומחמת זה יפטרו הבעלים.

אלא שעיימ"ש הרמב"ם שם הל"ו וז"ל: מסר בהמתו לחרש שוטה וכו' אפילו

שמירה מעולה וחתרה ויצאה והזיקה הבעלים חייבים עכ"ל, יעו"ש, ועיין מה שכתב שם במגיד משנה, והיוצא מדברי הרמב"ם שאע"פ שהבהמה היתה שמורה שמירה מעולה אין הבעלים נפטרים בזה כיון שהם עצמם לא שמרוה אלא פשעו בה במה שמסרוה לחרש שוטה וקטן, והיינו טעמא דבאמת בעל המזיק לעולם צריך להיות אחראי על נזקי ממונו אלא דהתורה פטרה אותו כששמר מזיקו, ואם לא שמר אין החיוב בא מפני שפשע אלא מפני שממונו הזיק, ואם כן לא איכפת לן אם הבהמה היתה שמורה שמירה מעולה על ידי מעשה החרש שוטה וקטן, דהא הבעלים עצמם סוף סוף לא עשו שמירה, ואם כן אין נפטרים מאחריותם על נזקי בהמתם, ועיימש"נ בשט"ו פיי"ט.

וזהו מה שכתב המגיד משנה והבעלים חייבים וכו' בדברים שהיא תמה להם שבהם הבעלים חייבים אפילו בשמירה מעולה כמו שיתבאר פ"ז, כנ"ל, רוצה לומר הבעלים חייבים בשמירה מעולה שעשה השומר, דבעינן שהם עצמם יעשו השמירה, ולא מהני להו מה שהבהמה שמורה שמירה מעולה ממקום אחר, כמש"נ, ומה שכתב כמו שיתבאר פ"ז אין זה ראשי תיבות של פרק ז' אלא של פרק זה, וכונתו למה שכתב הרמב"ם בפרק זה הל"ו דאם חרש שוטה וקטן שמורה שמירה מעולה הבעלים חייבים, ואע"ג דהבהמה היתה שמורה שמירה מעולה אין הבעלים נפטרים בכך הואיל והם עצמם לא עשו שמירה, כמש"נ, והוא הדין כאן אין הבעלים נפטרים כשהשומר שמרו שמירה מעולה, דכיון שהשומר נסתלק מתורת בעל המזיק וחזרו הבעלים להיות עליהם תורת בעל המזיק אינם נפטרים אלא אם כן הם עצמם עשו שמירה מעולה, ולא אהני להו מעשה השומר, כמו שנתבאר בפרק זה.

פרק יט

בו יובאו דברי המגיד משנה דבמסר בהמתו לחרש שוטה וקטן ועשו שמירה מעולה וחתרה ויצאה והזיקה הבעלים חייבים מדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ויוקשה שהרי לא קירבה הפשיעה את האונס שגם הבעלים לא היו עושים שמירה מעולה יותר ממה שעשו.

[רמב"ם פ"ד נזקי ממון הל"ו] כתב הרמב"ם וז"ל: מסר בהמתו לחרש שוטה וקטן אע"פ שהיה השור קשור הבעלים חייבין שדרך השור וכיוצא בו להתיר הקשר ולצאת ולהזיק אפילו שמרוה שמירה מעולה וחתרה ויצאה והזיקה הבעלים חייבים עכ"ל, יעו"ש, וכתב המגיד משנה וז"ל: שדרך של אלו לשחוק בהן ולהתירן וכיון שכן הוה ליה תחלתו בפשיעה ואפילו סופו באונס כגון שחתרה חייב עכ"ל, יעו"ש.

והנה עיין בבבא מציעא (דף לו:): אתמר פשע בה ויצאת לאגם ומתה כדרכה אביי משמיה דרבה אמר חייב רבא משמיה דרבה אמר פטור אביי משמיה דרבה אמר חייב וכו' לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב דחייב אלא אפילו למאן דאמר פטור הכא חייב מאי טעמא דאמרין הבלא דאגמא קטלה רבא משמיה דרבה אמר פטור וכו' לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור דפטור אלא אפילו למאן דאמר חייב הכא פטור מאי טעמא דאמרין מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, יעו"ש, ומבואר דלא אמרין תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא כשהפשיעה קירבה האונס, אבל אם היתה מתה בבית כמו באגם לא אמרין בזה תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב.

וקשה לפי זה היאך שייך דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כששמרו חרש שוטה וקטן שמירה מעולה והעמידו בפני הבהמה כותל בריא שיכול לעמוד ברוח שאינה מצויה והבהמה חתרה ויצאה, והלא אם הבעלים התירו הקשר והעמידו הבהמה אחורי כותל בריא וחתרה ויצאה בודאי היו פטורים, שהרי שמרו שמירה מעולה ואם חתרה הוה ליה אונס, ואם כן היאך קירבו הבעלים אונס חתירה על ידי מה שמסרו הבהמה לחרש שוטה וקטן.

ומקור הך דינא הוא בבבא קמא (דף נו:). נפרצה בלילה או שפרצוה לסטים ויצאה והזיקה פטור אמר רבה והוא שחתרה אבל לא חתרה מאי חייב היכי דמי אילימא בכותל בריא כי לא חתרה אמאי חייב מאי הוה ליה למעבד אלא בכותל רעוע כי חתרה אמאי פטור תחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא הניחא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור אלא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב מאי איכא למימר אלא מתניתין בכותל בריא ואפילו לא חתרה וכי איתמר דרבה אסיפא איתמר הניחה בחמה או שמסרה לחרש שוטה וקטן ויצתה והזיקה חייב אמר רבה ואפילו חתרה וכו' מאי טעמא דאמר ליה מידע ידעת דכיון דשבקתה בחמה כל טצדקא דאית לה למיעבד עבדא ונפקא, יעו"ש, וכתב רש"י ד"ה והוא שחתרה וז"ל: הא דתנן נפרצה בלילה פטור כגון שחתרה הבהמה והפילה הכותל דאנוס הוא, עכ"ל, יעו"ש, ולא למד

רש"י שחתרה לגמרי ויצאה על ידי החתירה אלא חתרה קצת והפילה הכותל ויצאה
 דרך הפירצה, וכתב המהר"ם שי"ף דלפי זה מקשה שפיר למאן דאמר תחלתו בפשיעה
 וסופו באונס חייב דאם כן האונס בא מחמת הפשיעה, דאי לא פשע לגבי כותל רעוע לא
 היה נופל בחתירה, יעו"ש, וכן כתב בשיטה מקובצת בשם הרא"ש.
 וכל זה הוא בכותל רעוע, אבל בכותל בריא דלא קירבה הפשיעה את אונס החתירה
 לא שייך לומר תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ולא דמי לההיא דלעיל שם (דף כא :)
 דעליית הבהמה לגג בפשיעה קירבה נפילתה באונס, ואם כן קשה לפי מאי דמסיק
 דרבה קאי אסיפא ומחייב אפילו בחתרה, בשלמא בהניחה בחמה יש לחייבו שהרי כיון
 שהבהמה בצער כל טצדקא דאית לה למיעבד עבדא ונפקא, אבל במסרה לחרש שוטה
 וקטן למה נחייבנו, דהא מיירי אפילו בכותל בריא, כמו שכתב רש"י, ואם כן הרי לא
 קירבה פשיעתו שמסר הבהמה לחרש שוטה וקטן את האונס של חתירה, ובאמת
 מדברי רש"י משמע דרבה לא קאי אלא על בהמה שהניחה בחמה ולא על מסרה לחרש
 שוטה וקטן, יעו"ש, והיינו משום דבאמת לא שייך דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס
 במסרה לחרש שוטה וקטן ועשו שמירה מעולה, כמש"נ, וגם הרא"ש לא הביא מימרא
 דרבה אלא על הך בבא דהניחה בחמה, יעו"ש.
 אבל הרמב"ם הביא דין זה אפילו לגבי מסרה לחרש שוטה וקטן, ואע"פ שעשו
 שמירה מעולה הבעלים חייבים, וכתב המגיד משנה דהיינו טעמא משום דתחלתו
 בפשיעה וסופו באונס חייב, כדמשמע בגמרא שם, וקשה לפי זה דהלא לא קירבה
 פשיעתו את האונס, שהרי נעלו החרש שוטה וקטן בפניה בדלת שיכולה לעמוד בפני רוח
 שאינה מצויה, וגם לא היו הבעלים עושים יותר מזה, ואם כן היאך שייך כאן דין
 תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכן הקשה הסמ"ע בחור"מ סי' שצ"ו סעי' ו' סקי"א,
 יעו"ש.

פרק כ

בו יובא מה שכתב הרמב"ם דבמסר שומר לשומר אחר הראשון חייב לשלם לניזק שהשומר שמסר לשומר חייב והניזק אומר לו למה לא שמרת בעצמך ומסרת לאחר, ותתיישב השגת הראב"ד דהרי לענין שמירת נזקין לא שייך כלל טענת אין רצוני וכו'.

[רמב"ם פ"ד נזקי ממון הלי"א] כתב הרמב"ם וז"ל: מסר השומר לשומר אחר השומר הראשון חייב לשלם לניזק שהשומר שמסר לשומר חייב והרי הניזק אומר לו למה לא שמרת אתה בעצמך ומסרת לאחר שלם לי אתה ולך ועשה דין עם השומר שמסרת לו אתה מסרה השומר לבנו או לבן ביתו או למסעדו נכנסו תחת השומר וחייבים עכ"ל, יעו"ש.

והשיגו הראב"ד וז"ל: כל זה אינו מחוור אלא הניזק גובה מן השני או מאיזה שירצה ועד שאומר לשומר יאמר לבעלים למה לא שמרת אתה את שורך וחי ראשי כל מה שכתב בזה שלא לצורך הוא דליכא למימר הכא אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר שהרי הבעלים אינם מפסידים כלום עכ"ל, יעו"ש.

מקור לדברי הרמב"ם הוא מגמרא בבא קמא (דף נו:): מסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו וכו' אלא תחתיו דשומר ושומר קמא אפטר ליה לגמרי לימא תיהוי תיובתא דרבא דאמר רבא שומר שמסר לשומר חייב אמר לך רבא מאי מסרו לרועה לברזיליה דאורחיה דרועה למימסר לברזיליה, יעו"ש, ומבואר דלמאן דאמר שומר שמסר לשומר לשמירת גופו חייב הוא הדין נמי דחייב בשמירת נזקיו, ואינו נפטר מחיובו במסירה לשומר שני אלא אם כן מסר לברזיליה, דהיינו כמו שמסר מדעת בעלים, ופסק הרמב"ם כן דשומר שמסר לשומר חייב שומר הראשון, ורק אם מסרה לבנו או למסעדו נכנסו תחת השומר ושומר הראשון פטור, וכל זה הוא כששומר שני פשע, אבל אם נאנס ביד שומר שני שניהם פטורים, דכן הוא הדין בשומר שמסר לשומר לשמירת גופו, כמו שכתב הרמב"ם פ"א שכירות הל"ד, יעו"ש, ועיימש"נ בשט"ו פ"ה, והכא נמי כשפשע שני הרי שומר ראשון משלם לניזק והוא עושה דין עם השני.

אלא דהרמב"ם נתן טעם להא דשומר ראשון חייב לשלם לניזק משום דאומר לו למה לא שמרת אתה בעצמך ומסרת לאחר, ולכאורה משמע דהיינו סברת אב"י בבבא מציעא (דף לו.) דשומר שמסר לשומר חייב דאמר ליה מפקיד אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ועל זה השיג הראב"ד דליכא למימר הכא אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר שהרי הבעלים אינם מפסידים כלום, כנ"ל, ובאמת אם כן היא כונת הרמב"ם יש להקשות עליו עוד דהכא הרי הניזק אומר לו למה לא שמרת אתה בעצמך ולא הבעלים, וטענת אין רצוני היא טענה של הבעלים, ויתר על כן קשה דהא הרמב"ם פ"א שכירות הל"ד פסק כרבא דאין הבעלים יכולים לומר אין רצוני וכו' אלא טעמא דשומר שמסר לשומר חייב משום דאומר לו את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי בשבועה, ובכלל צריכים לעיין מה ענין טענת את מהימנת לי לשומר שמסר לשומר לשמירת נזקין.

עוד השיג הראב"ד על דברי הרמב"ם דעד שהניזק יכול לומר לשומר ראשון למה לא שמרת אתה בעצמך ומסרת לאחר יאמר נמי כן לכל מפקיד שמסר שורו לשומר לשמירת נזקיו, כנ"ל, והרי משנה מפורשת היא בבבא קמא (דף מד:) (מסרו לשומר חנם וכו' כולן נכנסו תחת הבעלים, והשומר חייב בנזקיו ובעלים פטורים). ונראה דדין זה דשומר נכנס תחת הבעלים לשמירת נזקיו יליף לה במכילתא מקראי דיכול שומר להיות בעל המזיק בקבלת שמירתו אע"פ שאין המזיק ממונו, וראה לכך דהרי שומר משלם כופר אם השור הרג את האדם, דלא רק הבעלים נחשב בעל המזיק אלא גם השומר נחשב בעל המזיק, וכשהמזיק ברשות השומר עיקר דין בעל המזיק הוא עליו ולא על הבעלים, כמש"נ בשט"ו פ"ח, והיכא דמסר שומר ראשון לשומר שני אי אפשר לחייב השני אלא אם כן יכול שומר ראשון להעביר דין שומר ידיה לשומר השני, דאז נעשה שומר השני בעל המזיק ושומר הראשון נסתלק, ודין זה תלוי בדין שומר שמסר לשומר לשמירת גופו, דאם דין השומר הוא כקנין אצלו יכול למסור אותו לשני, אבל אם אינו אלא כשליחות בעלמא אין לו כח למסור אותו לשני, כמש"נ בשט"ו פ"ח, ואליבא דרבא מבואר דאין דין השומר אלא כשליחות בעלמא, ואין בו כח להעבירו לשומר שני, ואין שומר שני אלא שומר של הראשון, ואיצטריך לטענת את מהימנת וכו' שלא יצטרך המפקיד לקבל שבועת השני הואיל וסוף סוף יש עליה תורת שבועת שומרים, ואין חלק זה נוגע לדין שומר שמסר לשומר לשמירת נזקין, ועיקר הדמיון הוא דאם אין שומר ראשון יכול למסור תורת שומר ידיה לשומר שני אם כן אין שומר שני נעשה בעל המזיק ועדיין חיובא על שומר הראשון, ועיין מש"נ בזה בשט"ו פ"ח.

והנה נתבאר לן דבשומר שמסר לשומר לשמירת גופו, אע"ג דאין הראשון יכול להעביר דין שומר ידיה לשומר שני, מכל מקום נעשה שומר שני שומר ידיה ולא שומר דבעלים, ויש לשבועתו תורת שבועת שומרים, אכן כל זה הוי בשמירת גופו, דהואיל ויש לשומר ראשון דינים בהפקדון וחייב בשמירתו יכול להעמיד שומר עליו כדי שלא יבא לידי חיוב, וחיובי שמירה של שומר שני הרי הם לגבי הראשון, אבל בשמירת נזקין הרי חיובי השומר הם לגבי עלמא, וחידשה התורה שהבעלים יכולים למנות שומר שיכנס תחתיהם לגבי שמירת נזקין, ולמאן דאמר שומר שמסר לשומר חייב אין דין זה נמסר משומר ראשון לשומר שני, ומה שהעמיד שומר ראשון את שומר השני על הפקדון כדי שלא יבא לידי חיוב אין זה אלא התחייבות בעלמא להשלים חסרונו אם יבא לידי הפסד על ידי פשיעת השני, ולא חל על שומר שני חובת שמירת נזקין לגבי עלמא, ולא חשיב כלל בעל המזיק.

ולפי זה מבוארים היטב דברי הרמב"ם, דיכול ניזק לומר לשומר ראשון למה לא שמרת אתה בעצמך, הרי תורת שומר לגבי שמירת נזקין עדיין נשאר על הראשון, ואין בכחו להעבירו לשומר שני, כמש"נ, ולגבי שומר שני אין לניזק תביעה כלל, שהרי אין עליו תורת בעל המזיק בשום פנים, ורק שהתחייב עצמו לשלם אם פשע, והתחייבות זו היתה לגבי השומר, דאי אפשר לחייב עצמו לגבי עלמא למישהו שאינו מבורר, ולכן

ניזק גובה מן שומר ראשון מדין בעל המזיק, ושומר ראשון עושה דין עם שומר שני
מדין התחייבות, אבל אין לניזק שום תביעה לגבי הבעלים, שהרי במסירתם לשומר
ראשון עברה תורת מזיק אל השומר, כמש"נ.

שער טז: בענין שבועת הנוטלין ושבועת היסת

ובו ט' פרקים

פרק א

בו יוכיח דרש"י בשבועות סבירא ליה כדברי הרא"ש דלא מפכינן שבועה אלא מנתבע להתובע אבל תובע אינו יכול להפך על הנתבע דאומר לו או השבע וטול או זיל, וליכא היפוך אלא בשבועת היסת, ודלא כמו שמבואר בדבריו בכתובות לענין פוגמת כתובתה.

[שבועות מא.] מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן איכא בינייהו מיפך

שבועה בדאורייתא לא מפכינן שבועה בדרבנן מפכינן ולמר בר רב אשי דאמר

בדאורייתא נמי מפכינן שבועה מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן וכו' איכא בינייהו

שכנגדו חשוד על השבועה בדאורייתא שכנגדו חשוד על השבועה אפכינן ליה שבועה

ושמו אאידך בדרבנן תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: שבועה דאורייתא הבאה במקצת הטענה שבועה דרבנן הא דרב

נחמן עכ"ל, יעו"ש, ומימרא דרב נחמן היא לעיל (דף מ:) מנה לי בידך אין לך בידי פטור

אמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת היסת וכו', יעו"ש, ולשון היסת היינו שומא ששמו

חכמים עליו שבועה, כמו שכתב רש"י, יעו"ש, אי נמי שהשביעו אותו חכמים להסיתו

להודות, כמו שכתב רש"י בבבא מציעא (דף ה.), יעו"ש, וחילק רש"י דבשבועה

דאורייתא לא מפכינן ובשבועת היסת מפכינן, אכן לא פירש רש"י מהו הדין בשבועות

דרבנן דנשבעין ונוטלין, ועיין בתוס' בכתובות (דף פח.) בד"ה מייתי שכתבו להדיא

דשבועות דרבנן דנשבעין ונוטלין מפכינן, יעו"ש, אבל רש"י לא הזכיר מהו הדין

בנשבעין ונוטלין.

ולכאורה מוכח דרש"י ס"ל כדברי הרא"ש בכתובות שם דפליג על דברי התוס'

וז"ל: דלא מפכינן שבועה אלא מנתבע לגבי תובע משום דאמר ליה אי אית לך מידי

גבאי אישתבע ושקול ואי לא פקע אבל בדמחייב תובע שבועה לא מצי להופכה עליה

דנתבע ולמימר אישתבע לי דפרעת לי ותיפטר דיכול למימר ליה אנא לא בעינא

לאשתבועי אלא את אי נחא לך לאשתבועי ושקול לחיי ואי לא זיל דלית לך גבאי ולא

מידי עכ"ל, יעו"ש, והיינו דכל זכות התובע ליטול היא על ידי שבועתו, ואם אינו נשבע

אינו נוטל, ולא כל כמיניה להפכה על הנתבע, ואין זה משום דבשבועה דרבנן כזו לא

מפכינן אלא משום דלא שייך כלל ענין היפוך שבועה אלא בנתבע שנתחייב לישבע, ורק

בנתבע איכא לחלק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, ועיימש"נ בשט"ז פ"ט, ולכן

כתב רש"י דשבועה דרבנן היינו שבועת היסת שמוטלת על הנתבע, וכיון דהוי מדרבנן

יכול להפכה על התובע, אבל שבועת הנוטלין לא חש להזכיר, דשם לא שייך כלל ענין

היפוך שבועה, כמש"נ.

אולם דברי רש"י בסוגיין לכאורה סותרים למה שכתב לגבי הפוגמת כתובתה לא

תפרע אלא בשבועה, וקאמר בגמרא שם (דף פז:) סבר רמי בר חמא למימר שבועה

דאורייתא דקא טעין מאתים וקא מודה לה במאה הויא ליה הודאה במקצת הטענה וכל המודה במקצת הטענה ישבע אמר רבא שתי תשובות בדבר וכו' אלא אמר רבא מדרבנן דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עלה כי היכי דתידוק, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: שבועה דאורייתא ונפקא מינה דלא מפכינן לה עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו דגם בשבועת הנוטלין איכא היפוך שבועה, וסבר רמי בר חמא למימר דהוי שבועה דאורייתא, ובדאורייתא לא מפכינן, ודלא כמבואר מדבריו בסוגיין דשבועת הנוטלין לא מפכינן.

והנה לכאורה יש לדקדק בדברי רש"י בכתובות שם דלמה כתב דסבר רמי בר חמא למימר דפוגמת כתובתה שבועתה דאורייתא כדי להורות דלא מפכינן לה, דילמא לא אתא רמי בר חמא אלא להגיד לנו שבועה זו מה טיבה, וצריך לומר דרמי בר חמא ידע שפיר דאיכא למימר דהוי שבועת הנוטלין מדרבנן כשאר כל השבועות הנזכרות בריש פרק כל הנשבעין (שבועות דף מד:), וביניהן הפוגם שטר, יעו"ש, אלא דעלה בדעתו דשבועה זו מדאורייתא, ובא רש"י לומר דנפקא מינה לגבי היפוך, דבדרבנן מפכינן ובדאורייתא לא מפכינן, אכן קשה לפי זה הא דמסיק רבא דהשבועה היא מדרבנן כדי שתידוק, והלא גם רמי בר חמא ידע דאיכא למימר דהוי דרבנן, כמש"נ, ואלא בדעתו לומר דהוי דאורייתא, והיה מספיק לזה שתי תשובות דרבא להוכיח דלא הוי מדאורייתא, וחזרה להיות מדרבנן, ולמה הוצרך לחזור ולפרש טעם התקנה, אלא מבואר דהא דהוי שבועה דרבנן אליבא דרמי בר חמא לא דמי להא דהוי שבועה דרבנן אליבא דרבא, דאליבא דרבא טעמא כדי שתידוק, ואליבא דרמי בר חמא אי לא הויא מדאורייתא הויא מדרבנן מטעם אחר.

פרק ב

בו יבוארו דברי הרמב"ם שפסק דבפוגם שטרו המלוה נשבע ונוטל ובהלכה שלאחריו חזר והביא דין פוגם שטרו עוד הפעם שפסק דבתובע את חבירו בשטר והלוה טוען שפרע שטר זה או מקצתו יכול הלוה לומר אישתבע לי דלא פרעתיך כולו או מקצתו בנקיטת חפץ.

[שבועות מא.] אמר רב פפא האי מאן דאפיק שטרא על חבריה ואמר ליה שטרא פרוע הוא אמרינן ליה לאו כל כמינך זיל שלים ואם אמר לשתבע לי אמרינן ליה אשתבע ליה אמר ליה רב אחא בריה דרבא ומה בין זה לפוגם שטרו אמר ליה התם אע"ג דלא טעין איהו טענינן ליה אגון הכא אמרינן ליה זיל שלים ואי טעין ואמר אשתבע לי אמרינן ליה זיל אשתבע ליה וכו', יעו"ש.

וכתב הרמב"ם פי"ד מלוה ולוה הל"א וז"ל: הפוגם את שטרו וכו' לא יפרע אלא בשבועה כעין של תורה ואומרים לו כשיתבע הישבע ואחר כך תטול וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאפילו אם לא אמר לו הנתבע אישתבע לי דלא פרעתיך בית דין אומרים לו השבע ואחר כך תטול.

ושם הל"ב כתב וז"ל: התובע את חבירו לפרעו וטען הלוה שפרע שטר זה או מקצתו ובעל השטר אומר לא פרעת כלום אומרים לו שלם לו טען הלוה ואמר ישבע לי שלא פרעתי ויטול משביעין אותו בנקיטת חפץ שלא פרעו כלום או שלא פרע אלא כך וכך ואחר כך יטול ואם היה המלוה תלמיד חכם אין נזקקין לשבועתו עכ"ל, יעו"ש. והנה מה שכתב הרמב"ם או שלא פרעו אלא כך וכך לכאורה מוסב על הלכה הקודמת דפוגם שטרו שהודה שמקצתו פרוע, ולא על הלכה זו דמיירי שהמלוה טוען לא פרעת כלום, כמו שכתב בריש ההלכה, והקשה הלחם משנה וז"ל: וקשה הרי כתב דין זה לעיל דאפילו אם לא טען טענינן ליה ולמה כתבו רבינו ז"ל כאן ויש לומר דאתא לומר דאפילו בדין פוגם אם היה המלוה תלמיד חכם אין נזקקין לשבועתו ולכך כתב הרמב"ם דין זה כאן לאתווי עליה דין אם היה המלוה תלמיד חכם אבל אין נראה כן מדברי הטור ז"ל דבהלכות טוען ונטען בדין פוגם לא חילק בין תלמיד חכם לאינו תלמיד חכם ובדין גבית מלוה חילק בין תלמיד חכם לאינו תלמיד חכם משמע דס"ל דחילוק תלמיד חכם לא קאי אפוגם עכ"ל, יעו"ש, והלחם משנה עצמו דחה חילוק תלמיד חכם ונשאר בקושיא על דברי הרמב"ם.

עוד יש לדקדק בלשון הרמב"ם, דבריש ההלכה כתב שטוען הלוה שפרע מקצתו, ובסוף ההלכה כתב שהמלוה טוען שלא פרע אלא כך וכך, ולמה לא כתב שהמלוה טוען שלא פרע אלא מקצתו, וכלשונו בריש ההלכה.

ונראה דהרמב"ם דייק בלשונו להורות דטענת המלוה אינה צריכה להיות ממש כטענת הלוה, דהיה אפשר לומר דאם המלוה טוען לא נפרעתי כלום והלוה טוען שפרע כולו או מקצתו יכול הלוה לומר אישתבע לי דלא פרעתיך, וצריך המלוה לישבע שלא פרע לו כלום כמו שטען בתחלה, ואינו יכול לשנות טענתו בשעת השבועה לומר נזכרתי

שפרעת לי מקצתו ולישבע על השאר וליטול, אלא או ישבע שלא נפרע כלום כמו שטען בתביעתו הראשונה, או ילך לו, דכשאמר הלוה אישתבע לי דלא פרעתיך חל עליו חיוב שבועה על הכל, ואינו יכול אחר כך להשתמט ממקצת שבועתו שכבר חלה עליו, לכן כתב הרמב"ם שיכול לישבע שלא פרע לו אלא כך וכך, כלומר דיכול לישבע על כל מה שרוצה, ואם הלוה הודה במקצת וכפר במקצת אין שבועת המלוה מוגבלת להמקצת שהלוה כפר, אלא יכול לפגום שטרו בשעת השבועה ולישבע על איזה חלק מהמקצת שהלוה כפר, ולא אמרינן דכיון שנתחייב שבועה אינו נפטר אלא אם כן נשבע באופן שחלה עליו מתחלה, וכמש"נ.

פרק ג

בו יובאו דברי רש"י דאם טען הלוח אישטבע לי דלא פרעתיך והתובע תלמיד חכם אינו נשבע ואינו גובה, ודברי המחבר דיכול לישבע אם רוצה, ויובאו גם דברי רבינו חננאל דאם המלוח תלמיד חכם משתקים את הלוח וגובה, ודברי הרא"ש דתלמיד חכם יכול לתפוס.

[שבועות מא.] אמר רב פפא האי מאן דאפיק שטרא על חברה ואמר ליה שטרא פרוע הוא אמרינן ליה לאו כל כמינך זיל שלים ואם אמר לשתבע לי אמרינן ליה אשתבע ליה וכו' ואי צורבא מרבנן הוא לא משבעינן ליה אמר ליה רב יימר לרב אשי צורבא מרבנן משלח גלימא דאינשי אלא לא מזדקקין ליה לדיניה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: לא מזדקקין ליה להשבע דמיחזי דחשדינן ליה ולא לגבות לו דהא אמר אשתבע לי דלא פרעתיך עכ"ל, יעו"ש, והרמב"ם פי"ד מלוה ולוה הל"ב סתם דבריו וז"ל: ואם היה המלוה תלמיד חכם אין נזקקין לשבועתו עכ"ל, יעו"ש, ועיין במגיד משנה שהביא דברי רש"י, ומבואר מדבריו דזוהי נמי כונת הרמב"ם.

והא דקאמר רב יימר וכי מניחים לצורבא מרבנן למשלח גלימא דאינשי, אין כונתו דחשדינן ליה שיגבה מאינשי שלא כדין ויגזול מהם, דהא אין חושדים אותו לגזול, וגם אין משביעים אותו שלא יהא נראה שחושדים אותו, ועוד דאם כן נמצא דאינשי משלחי גלימא דצורבא מרבנן, שיטענו לו אישטבע לי דלא פרעתיך, וכיון דאין משביעים אותו נמצא שהוא מפסיד ממונו.

אלא נראה דהכי כונתו, דמתחלה סבר דאין משביעים אותו, דאם משביעים אותו מיחזי דחשדינן ליה, וגובה בלא שבועה, ושאר כל שבועת הנוטלים גם צורבא דרבנן שפיר נשבע, כגון שפגם שטרו או אם הוא שכיר, שכן היא התקנה שנשבע ונוטל, ואין בזה שום חשד, אבל אם הצורבא דרבנן מוציא שטר מקוים ובא לגבות בו אמרינן ללוה זיל שלים, שדינו לגבות בלא שבועה, אכן אם אמר הלוח אישטבע לי דלא פרעתיך רק אז מטילים שבועה על הצורבא דרבנן, והאי נראה כאילו נתעוררו חששות בו, ואין הנכון להשביעו, אלא גובה בלא שבועה, וקאמר רב יימר דכיון דהדין הוא דלוה יכול לתבוע שבועה מן המלוה, היאך מניחים למלוה לגבות שלא כדין, והלא בזה משלח גלימא דאינשי.

ומשני דלא מזדקקין ליה, דאין בית דין מבקשים ממנו שישבע, שהרי יש בבקשה כזו בזיון התורה דחשדינן ליה שנוטל ממון שאינו שלו, ואם הוא חש לכבודו ילך לו ולא יגבה, ואם הוא חש יותר להפסד ממונו יכול לומר מעצמו לבית דין שהוא רוצה לישבע, וכמו שכתב המחבר חו"מ סי' פ"ב סעי' ו' וז"ל: היה המלוה תלמיד חכם אין משביעין אותו ואין מגבין אותו אבל אם תפס משל לוה אין מוציאין מידו ואם לא תפס והוא מעצמו רוצה לישבע כדי לגבות את שלו שומעין לו עכ"ל, יעו"ש, וכן כתב המגיד משנה שם בשם הרמ"ה דאם נשבע מאליו מגבין ליה, יעו"ש.

כל זה הוא לשיטת רש"י, אולם רבינו חננאל יש לו פירוש אחר במסקנת הגמרא וז"ל: ואי צורבא מרבנן הוא האי דמפיק שטרא אחבריה לא מזדקקין ליה ללוה כד טעין לישתבע לי עכ"ל, יעו"ש, ולדידיה השיב לו רב אשי לרב יימר דצורבא דרבנן שפיר גובה בלא שבועה, ואין בזה משום משלח גלימא דאינשי, דהיינו גביה שלא כדין, כמש"נ, דכיון דבעצם לא חשדינן מי ששטר בידו שהוא בא לגבות שלא כדין, ואמרינן ללוה זיל שלים, ואם הלוח טוען שהוא חושד המלוה לגזלן ומבקש שישביעוהו בית דין, אנו חוששים לדבריו ומחייבים המלוה לישבע, אכן אם המלוה הוא צורבא דרבנן משתקים הלוח, ואין מניחים לו להטיל חששות בעלמא על תלמיד חכם, וגובה הצורבא דרבנן כדין בלא שבועה.

ועיין ברא"ש שלכאורה יש לו דרך אחרת בדברי רב אשי וז"ל: ואי צורבא מרבנן הוא בעל השטר לא מזדקקנא להשביעו לחושדו שהוא תובע שטר פרוע ואי תפס משל הלוח שבקינן ליה בידיה בלא שבועה ואי לא תפיס ואמר לפני בית דין נשבע אני כדי שלא אפסיד חובי משבעינן ליה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומה שכתב אי תפס משל לוח לכאורה עדיין מישתעי בהצורבא דרבנן, וכן מדויק ממה שחזר לענין הצורבא דרבנן במה שכתב אחר דין התפיסה דאם אמר נשבע אני משבעינן ליה, ולעיקר הדין כתב הטור דגם איניש אחריני יכול לתפוס, אבל רב אשי בא לומר היאך הצורבא דרבנן לא הפסיד במה שאין משביעים אותו, שהרי יכול על כל פנים לתפוס, ומאי דקאמר דלא מזדקקין ליה היינו דאין מוציאים מידו.

פרק ד

בו יבואר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם שכיר קטן נשבע ונוטל אף על גב שהוא קטן או שבעל הבית נשבע ונפטר, וגם תתיישב מה שהקשה הר"ן על דברי הרמב"ם דהרי בירושלמי אמרינן שאין מוסרין שבועה לעבד ואם כן הוא הדין דאין מוסרין שבועה לקטן.

[שבועות מה.] ואלו נשבעין ונוטלין כו' מאי שנא שכיר דתקינן ליה רבנן דמשתבע ושקיל וכו' בעל הבית גופיה ניחא ליה דמשתבע שכיר ושקיל כי היכי דאיתגרון ליה פועלין אדרבה שכיר ניחא ליה דלשתבע בעל הבית ונפקע כי היכי דליגריה בעל הבית וכו' אלא בעל הבית טרוד בפועליו הוא וליתב ליה בלא שבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית וכו', יעו"ש.

וכתב הרמב"ם פי"א שכירות הל"ו וז"ל: כל שכיר ששכרו בעדים ותבעו בזמנו ואמר בעל הבית נתתי לך שכרך והשכיר אומר לא נטלתי כלום תקנו חכמים שישבע השוכר בנקיטת חפץ ויטול כדין כל נשבע ונוטל מפני שבעל הבית טרוד בפועליו וזה השכיר נושא נפשו לזה אפילו היה השכיר קטן השכיר נשבע ונוטל וכו' עכ"ל, יעו"ש, ודברי הרמב"ם לא הוזכרו בגמרא, וכתב כן מן הסברא, והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א אין הדעת מסכמת על זה שנמסור שבועה לקטן אלא ישבע בעל הבית ואע"פ שאין תביעת קטן כלום עכ"ל, יעו"ש, והמגיד משנה כתב ליישב דברי הרמב"ם וז"ל: וכיון שלא נתקנה השבועה אלא להפיס דעת בעל הבית כשהשכיר קטן לא הפסיד דינו אע"פ שאינו בר עונשין ואין בשבועתו לשוא עונש מכל מקום משביעים אותו לאיים עליו עכ"ל, יעו"ש.

והנה עיין ברמב"ם פ"ה טוען ונטען הל"י וז"ל: הורו רבותי שאין נשבעין על טענת קטן שבועה של תורה אבל שבועת היסת נשבעין ואפילו היה קטן שאינו חריף לענין משא ומתן נשבעין היסת על טענתו שלא יהיה זה נוטל ממונו כשהוא קטן וילך לו בחנם ולזה דעתי נוטה ותיקון עולם הוא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריו שאין תביעת קטן כלום, וכמו שכתב הראב"ד, כנ"ל, ומכל מקום נשבע היסת מפני תיקון העולם, וכן בשכיר קטן דנים בו שנשבע ונוטל, ואע"פ שאין תביעת קטן כלום, דאין זה כדין טוען ונטען אלא הוא תיקון עולם להגן על הקטן, וגם הראב"ד לא הקשה על הרמב"ם דהיאך משביעים אותו והא אין תביעת קטן כלום, דלזה נוכל לומר דאין זה כשאר טוען ונטען, כמש"נ, ולא איצטריך לתורת תביעה, ולא הקשה הראב"ד אלא דאין שבועתו שבועה, והיאך משביעי אותו, ועל כרחך אין בו שבועה אלא בעל הבית נשבע ונפטר, ואע"פ שאין תביעת קטן כלום הרי נשבעים היסת על טענתו, אי נמי יש לומר דגם דין שבועת בעל הבית בתביעת שכיר קטן הוא מיוחד לשכיר, דהא בגמרא מצדד שהבעל ישבע ויפטר מפני התקנה, כנ"ל, והרי הוא נשבע אף על ידי טענת קטן, ואע"ג דבכל טוען ונטען אמרינן שאין תביעת קטן כלום.

ובביאור מחלוקת הרמב"ם והראב"ד נראה דנחלקו אם תקנת שבועת הנוטלין דשכיר הוי דין בעצם הגביה, דכל זכות גבית השכיר הוא על ידי השבועה, וכדי להפיס דעתו של בעל הבית תיקנו שאין לו דין נטילה אלא על ידי שבועה, או אם תקנת השכיר הוא דמאמינים לו הואיל ובעל הבית טרוד בפועליו, ולעצם הגביה אינו צריך לישבע, ומכל מקום הטילו חכמים על השכיר שבועה צדדית כדי להפיס דעתו, שהרמב"ם ס"ל דאין השבועה נצרכת לעצם כח הגביה, ואינה אלא שבועה צדדית בעלמא להפיס דעת בעל הבית, ולכן משביעים גם את הקטן, ואע"פ שאין שבועתו שבועה בדיני טוען ונטען אהני שבועתו לאיים עליו ולהפיס דעתו של בעל הבית, אבל הראב"ד ס"ל דכדי להפיס דעתו של בעל הבית תיקנו דעצם גביתו צריך להיות על ידי שבועה, ולכן אין משביעים הקטן שאין שבועתו שבועה.

ומבואר נמי מדברי הרמב"ם דמה שתיקנו חכמים שנשבע כעין של תורה בנקיטת חפץ לא הוי רק כשהשבועה עצמה מועילה להוציא או להחזיק ממון, אלא אפילו בשבועת השכיר דלא היא אלא שבועה צדדית, כמש"נ, תיקנו חכמים שצריך לישבע בנקיטת חפץ כעין של תורה.

והר"ן בסוגיין הביא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד ז"ל: ירושלמי היה עבד ובית דין מוסרין שבועה לעבד היה חשוד ובית מוסרין שבועה לחשוד עד כאן ונראה שחזרה שבועה על בעל הבית דתחלת שבועת תקנה זו על בעל הבית הוטלה כמו שכתבנו למעלה אלא מפני תקנתו של שכיר עקרוה מבעל הבית ושדיוה אשכיר הלכך בשאין שכיר יכול לישבע נשבע בעל הבית וכו' ונראין הדברים שכך הדין אם השכיר קטן שאין בית דין מוסרין לו שבועה אלא ישבע בעל הבית ויש לתמוה על הרמב"ם ז"ל שכתב בפי"א מהלכות שכירות שאפילו שכיר קטן נשבע מכל מקום בהשגות הראב"ד ז"ל כתב כמו שכתבנו עכ"ל, יעו"ש, והר"ן מדמה קטן לעבד, דכמו שהעבד אינו נשבע גם הקטן לא יוכל לישבע כלל.

אכן יש לדקדק בזה דלמה באמת אין מוסרים שבועה לעבד, והלא העבד כאשה, וכמו שהאשה נשבעת בבית דין למה לא נשביע גם את העבד, ולמה יהא נפסל לשבועה, ונראה דהא דקאמר בירושלמי דאין מוסרים שבועה לעבד לאו היינו משום פסול אלא משום דמה שקנה עבד קנה רבו, ואם כן הבעל דין אינו העבד אלא רבו, ואע"ג דיכול רבו לומר לעבד צאו מעשי ידיך למזונותיך, כדאיתא בגיטין (דף יב.), יעו"ש, בדרך כלל מעשה ידיו לרבו, וגם רבו אינו נשבע שהרי לא היה שם, ולפי זה לא קשה על דברי הרמב"ם מדברי הירושלמי, דהקטן שפיר הוי בעל דין, ושפיר משביעים אותו.

פרק ה

בו תתיישב הסתירה בדברי הרמב"ם שפסק דכל הנשבעים ונוטלים אפילו לא יטענו אלא פרוטה נשבעים כעין של תורה, ובמקום אחר חולק על רבותיו שהורו שאין צריך טענת שתי כסף וכתב שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואחר כך ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול.

[שבועות מד:] מתניתין כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ואלו נשבעין ונוטלין השכיר והנגזל והנחבל ושכנגדו חשוד על השבועה וחנוני על פנקסו השכיר כיצד אמר לו תן לי שכרי שיש לי בידך הוא אומר נתתי והלה אומר לא נטלתי הוא נשבע ונוטל וכו', יעו"ש, ובגמרא (דף מה.) קאמר דחכמים האמינו לשכיר מפני שבעל הבית טרוד בפועליו הוא, ומכל מקום צריך לישבע כדי להפיש דעתו של בעל הבית וכו', יעו"ש. וכתב הרמב"ם פי"א שכירות הל"ט וז"ל: שכיר הבא להשבע אין מחמירין עליו וכו' ואומרים לו אל תצער עצמך השבע וטול, אפילו היה שכרו פרוטה אחת ובעל הבית אומר נתתיה לא יטול אלא בשבועה וכן כל הנשבע ונוטל אפילו לא יטעון אלא פרוטה אחת לא יטול אותה אלא בשבועה כעין של תורה עכ"ל, יעו"ש, ונחלקו הפוסקים בהא מילתא אם נשבע ונוטל אפילו על פרוטה או אם בעינן שהנתבע יכפור בשתי כסף, והרמב"ם פסק דנשבע אפילו על פרוטה.

וכן כתב הרמב"ם פי"ג טוען ונטען הל"ו וז"ל: העיד עליו עד אחד אפילו לא כפר אלא פרוטה הרי זה נשבע שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה כיצד פרוטה או שוה פרוטה יש לי בידך אין לך בידי כלום ועד אחד מעיד שיש לו הרי זה נשבע וכן בשבועת השומרים אפילו הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוטה וטען שאבדה נשבע וכו' וכן כל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוטה ומעלה עכ"ל, יעו"ש.

אולם עיין מה שכתב מיד אחרי הלכה זו פי"ג טוען ונטען הל"ז וז"ל: הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינן צריכין טענת שתי כסף ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואחר כך ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול שהרי הנשבעין בטענת ספק צריך שיהיה ביניהם כפירת שתי מעין ואחר כך ישבע מספק עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה דבריו סותרים אלו את אלו בשתי הלכות רצופות, שמתחלה כתב דנשבעים ונוטלים על פרוטה, כמו שכתב בהלכות שכירות, כנ"ל, ומיד אחרי זה כתב דבעינן שתי כסף. עוד השיג עליו הראב"ד וז"ל: א"א ומה יעשה השכיר העני שהשכיר עצמו במעה או בפונדיון ילך בפחי נפש אבל הדמיון שדימה והלמוד שלמד מן הנשבעין בטענת ספק שהצריכו להם כפירת שתי כסף אינו דמיון כלל שזה נשבע להפטר ועל כרחו הוא נשבע וזה שנשבע ליטול מדעתו הוא נשבע כדי ליטול ואפילו על פרוטה וכו' עכ"ל, יעו"ש. אכן נראה ליישב דברי הרמב"ם שהוא מחלק בין הנשבעים ונוטלים כנגד כפירת הנתבע ובין הנשבעים ונוטלים שאין כפירה מנגדת להם, כגון שכיר שאין כפירת בעל הבית נחשבת כיון שהוא טרוד בפועליו, ונקטינן שהוא טועה, כנ"ל, ולכן אין צריך אלא

תביעת פרוטה בעלמא, ואין השכיר צריך לילך בפחי נפש, וכן שכנגדו חשוד שאין כפירתו נחשבת הואיל וחשדינן ליה לשקר, וסגי ליה בתביעת פרוטה, אבל אלו שכפירה מנגדת להם, כגון נחבל, הרי דין השבועה לבטל הכפירה, ואין שבועה על כפירה בפחות משתי כסף, והיינו מאי דקאמר הרמב"ם, שהורו רבותיו שכל הנשבעים ונוטלים אין צריכים תביעת שתי כסף, אכן הוא אומר שבמקום שהנתבע כופר צריך שתהא כפירתו בשתי כסף.

והביא הרמב"ם ראייה לכך משותפים ואריסים שחייבים שבועה לכנגדם בטענת ספק בתקנת חכמים, כמו שכתב בפ"א טוען ונטען הל"ב, יעו"ש, ובעינן שיכפרו בשתי כסף, ומבואר דדין שתי כסף הוא בכפירה בלבד ולא בתביעה, ואע"ג דהתם בנתבע נשבע לפטור עצמו, כמו שכתב הראב"ד, מכל מקום חזינן דכפירה המחייבת שבועה צריכה להיות לכל הפחות שתי כסף, ומינה דייקין דגם נשבע ונוטל שבא להוציא בשבועה לבטל כפירת הנתבע צריך שיכפור בשתי כסף, שלא תיקנו שבועה על כפירה פחותה משתי כסף, ובשותפים ואריסים כיון שאין משביעים את הנתבע על פחות משתי כסף עומד בממונו, ובנשבעים ונוטלים במקום שהנתבע יש לו כפירה חשובה אין שבועה כשהכפירה פחותה משתי כסף, ואינו נשבע ונוטל, כמש"נ, אבל בנשבע ונוטל במקום שאין כפירה מנגדת, ואין השבועה באה על כפירה, הרי הוא נשבע ונוטל אפילו בתביעת פרוטה, כמש"נ, ועיימש"נ בשי"ט פ"ח ליישב דברי הרמב"ם בדרך אחרת.

פרק ו

בו תתיישב סתירת דברי רש"י דבשבועות מבואר דס"ל דנשבעין ונוטלין לית בהו דין היפוך שבועה ובכתובות כתב דאם פוגמת כתובתה נשבעת ונוטלת מדרבנן יכול להפך השבועה, וגם יתבאר מאי דסבר רמי בר חמא דבפוגמת כתובתה שבועה דאורייתא היא.

[**כתובות פז.**] מתניתין הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה, יעו"ש, ובגמרא (דף פז:) סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא דקא טעין מאתים וקא מודה ליה במאה הויא ליה הודאה במקצת הטענה וכל המודה במקצת הטענה ישבע אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נשבעת ונוטלת ועוד אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות אלא אמר רבא מדרבנן דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עלה כי היכי דתידוק, יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: שבועה דאורייתא ונפקא מינה דלא מפכינן לה עכ"ל, יעו"ש, והיינו דאילו היתה נוטלת בשבועה מדרבנן היתה יכולה להפך השבועה על בעלה, אולם אם שבועתה היא מדאורייתא אינה יכול להפך שבועתה על הבעל, דבדאורייתא לא מפכינן, אכן קשה טובא דדברי רש"י אלו לכאורה סותרים למה שכתב בשבועות (דף מא.) דהא דאמרינן בדרבנן מפכינן היינו בשבועת היסת, ומבואר מדבריו דשבועת הנוטלין לא שייך כלל ענין היפוך שבועה, וכסברת הרא"ש לקמן (דף פח.), יעו"ש, ועיימש"נ בשט"ז פ"א, ואם כן בפוגמת כתובתה אפילו אם שבועתה מדרבנן אינה יכולה להפך השבועה, ומאי שנא אם שבועתה מדאורייתא או מדרבנן, והלא בין כך ובין כך לא מפכינן.

עוד יש לדקדק בדברי רש"י דלמה נחית לפרש במה שונה שבועה דאורייתא משבועה דרבנן, דילמא לא אתי רמי בר חמא אלא לפרש שבועה שפוגמת כתובתה נשבעת מה טיבה, ועלה בדעתו לומר שהיא שבועה דאורייתא דמודה במקצת, והיכן ראה רש"י דכונתו לאפוקי דלא הוי שבועה דרבנן וממילא הוצרך לפרש מהי הנפקא מינה אם היא דאורייתא או דרבנן.

וצריך לומר דלפי פשוטו הנכון לומר דהוי שבועה דרבנן, שהרי דין פוגם שטרו נמי נשנה במתניתין ריש פרק כל הנשבעין (דף מה.) בין כל הני דנשבעין ונוטלין מדרבנן, יעו"ש, אלא דסבר רמי בר חמא דשבועה זו עדיפא מן השאר, והוי מדאורייתא מדין מודה במקצת, ורבא דחה סברתו בשתי תשובותיו, אכן עדיין יש לדקדק דלמה הוצרך רבא לפרש טעמא דהשבועה מדרבנן כי היכי דתידוק, והלא גם רמי בר חמא ידע דאיכא למימר דהוי שבועה דרבנן, כמש"נ.

אלא מבואר דרמי בר חמא הבין דהוי שבועה דרבנן כעין שבועת היסת, שאין זו דין בעצם גביתה שהיא גובה על ידי שבועתה, אלא השבועה היא לרוחא דמילתא להסיתה להודות, דהרי אית לה שטרא מעליא וחזקה דשטרך בידי מאי בעי, ואילו פרע מקצתו בפוגמת כתובתה או כולו בעד אחד מעידה שהיא פרוע למה עדיין יש לה כתובתה בידה,

ואם כן מסתברא שאין השבועה אלא להסיתה להודות, וכעין שבועת היסת שתיקנו חכמים בימי רב נחמן לכל כופר הכל, אכן עלה בדעת רמי בר חמא דשבועה זו שונה משאר שבועת הנוטלין, והוי שבועה דאורייתא דמודה במקצת, ורבא דחה דבריו בשתי תשובות, אכן לא רצה לפרש כרמי בר חמא דאם אינה שבועה דאורייתא הויא לה מדרבנן שבועה צדדית כעין שבועת היסת, אלא רבא ס"ל דהשבועה היא דין בעצם גביתה, שרבנן רמו עליה שבועה כדי שתידוק בפרעון.

ואולי תתיישב בזה מה שתמהו המפרשים על רמי בר חמא היאך עלה בדעתו לחייבה שבועה דאורייתא והא אין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות וכן קשה עליו ממתניתין דשבועות (דף מד:) דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין, יעו"ש, וכמו שהקשה רבא, ולפימש"נ י"ל דרמי בר חמא ס"ל דגזירת הכתוב היא דמודה במקצת לעולם ישבע, אכן ילפינן שני דינים מכי הוא זה, אם הנתבע מודה במקצת הרי יש דררא שהוא משקר, וכדאמרין לעיל (דף יח.) אמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בעל חובו וכו', יעו"ש, והרי פטור תשלומין של מודה במקצת כזה תלוי בשבועתו, ואם התובע הוא מודה במקצת, כגון פוגם שטרו, אז ליכא דררא שהוא משקר, שהרי אומר לו שטרך בידי מאי בעי, כמש"נ, ומכל מקום הוא נשבע מגזירת הכתוב דכי הוא זה, ועל כרחך שבועה דאורייתא זו היא כעין שבועת היסת שהיא שבועה צדדית, ואין זכותו ליטול קשורה להשבועה, אלא דבכהאי גוונא הטילה עליו התורה שבועה להסיתו להודות, כמש"נ.

ובשבועה כזו לא שייך דין אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, דאין דינו ליטול הממון ולגבות מן השעבוד תלוי בהשבועה, וגם בלי השבועה דינו לגבות, אלא שהתורה הטילה עליו שבועה צדדית להסיתו להודות, כמש"נ, ואין זה נחשב נשבע על שעבוד קרקעות, וגם אינו נחשב נשבע ונוטל, שאין נטילתו על ידי השבועה, ואזלו לפי זה שתי תשובות דרבא.

וקאמר ליה רבא אין שבועת פוגמת כתובתה שבועה צדדית בעלמא, אלא רבנן עכבו נטילתה עד שתשבע כי היכי דתידוק, ואם כן הויא שבועת הנוטלין גמורה כשאר שבועות דמתניתין, והויא לה נמי שבועה על כפירת שעבוד קרקעות, ועל כרחך אין שבועה זו מדאורייתא.

פרק ז

בו תתיישב סתירת דברי רש"י שכתב בעד אחד מעיד שכתובתה פרועה נשבעת ונוטלת בלי נקיטת חפץ ובאלמנה שגובה מן היתומים כתב שנשבעת בנקיטת חפץ, ויחולק בין שבועה זו שהיא כדי להפיס דעתו של בעל לשבועת השכיר שהיא כדי להפיס דעתו של בעל הבית.

[**כתובות פז:**] עד אחד מעידה שהיא פרועה סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא וכו' אמר רבא שתי תשובות בדבר וכו' אלא אמר רבא מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל אמר רב פפא אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא יהיב לה כתובתה וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: לידי שבועה דאורייתא שהיא בשם או בכנוי ואוחז ספר בידו כדאמרינן בשבועות (דף לח:): וחמורה היא מאד אבל שבועה דרבנן קללה בעלמא כעין שלנו עכ"ל, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה מייתי לה לידי שבועה דאורייתא וז"ל: פירש בקונטרס דנפקא לן מינה בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן דבדאורייתא מנקט חפצא ובדרבנן לא נקיט והוא עצמו סותר דבריו דאמרינן בהשולח (גיטין לה.) אמר ליה רב לרב ירמיה מדפתי אדרה בבית דין ואשבעה חוץ לבית דין ופירש בקונטרס התם דהכי קאמר ליה דלא לאשבעה בבית דין דחמירה באנקוטי חפצא עכ"ל, יעו"ש.

ונראה ליישב דברי רש"י דבאמת ס"ל דכל הנשבעים ונוטלים נשבעים בנקיטת חפץ, וכמו שפסק הרמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ב וז"ל: אבל כל הנשבעין ונוטלין כגון שכיר ונחבל ופוגם שטרו וכו' כולן נשבעין בתקנת חכמים וכל אלו השבועות אע"פ שהן מדברי סופרים הרי הן כעין של תורה בנקיטת חפץ עכ"ל, יעו"ש, אכן שאני שבועה זו דעד אחד מעידה שהיא פרועה דאין שבועה זו חמורה כשאר שבועת הנוטלין מפני שהיא כדי להפיס דעתו של בעל, ואע"ג דלא דמי שבועה זו לשבועת היסת שאינה אלא שבועה צדדית, ואין דין הממון תלוי בהשבועה, ושבועת עד אחד מעידה שהיא פרועה שפיר הוי דין בעצם הנטילה, ולאחר התקנה אין לה דין נטילה אלא על ידי השבועה, ועיימש"נ בשט"ז פ"ו, מכל מקום קלה שבועה זו משאר שבועת הנוטלים כיון שהיא באה להפיס דעתו של בעל.

ואע"ג דגם שבועת השכיר היא כדי להפיס דעתו של בעל הבית, כדאיתא בשבועות (דף מה.), יעו"ש, ופסק הרמב"ם פ"א שכירות הל"ו וז"ל: כל שכיר ששכרו בעדים ותבעו בזמנו ואמר בעל הבית נתתי לך שכרך והשכיר אומר לא נטלתי תקנו חכמים שישבע השכיר בנקיטת חפץ ויטול כדין כל נשבע ונוטל מפני שבעל הבית טרוד בפועליו וזה השכיר נושא נפשו לזה עכ"ל, יעו"ש, הרי מצינו נקיטת חפץ בשבועה שתיקנו להפיס דעתו של הנתבע, לא דמי להפיס דעתו של בעל הבית להך להפיס דעתו של בעל בעד אחד מעידה שכתובתה פרועה, דבשכיר אמרינן דבעל הבית טרוד בפועליו, ועלול הדבר שיטעה בחשבונותיו ויחשוב שכבר נתן השכירות אע"פ שבאמת לא נתן, וגם

הבעל הבית מבין שאע"פ שמדומה לו שפרע אולי באמת לא פרע, וכשהשכיר נשבע שלא נטל שכרו נתפייס דעת הבל הבית, ושוב אינו חושב ששילם פעמים שלא כדין. אבל בעד אחד מעידה שהיא פרועה הרי הבעל טוען בבירור שפרע, ואינו טרוד בשום דבר שיטעוהו לחשוב שפרע אע"פ שבאמת לא פרע, ולא עוד אלא שיש לו עד שמסייעו ואומר שכבר פרע, והבעל יודע בבירור שפרע, אלא מה יעשה, הרי יש לה שטר כתובה בידה והגדת עד אחד אינה מועילה כנגד השטר, ותיקנו חכמים שתשבע להפיס דעתו, אכן איזה פיוס יש לו לבעל במה שהיא נשבעת, הלא יודע שהיא משקרת, אלא הפיוס הוא עצם החיוב שבועה, דדעת הבעל נתפייס במה שחכמים הטילו שבועה עליה ואולי תפרוש מחמת השבועה ולא תוציא ממנו פרעון שני שלא כדין, ואם בכל זה היא נשבעת לשקר אין לו מה לעשות וצריך לשלם שנית אע"פ שהוא מכיר בשקר שבועתה, ונמצא שעיקר התקנה שהיא להפיס דעתו של בעל אינו עצם השבועה שנשבעת אלא מה שחכמים הטילו עליה שבועה, כמש"נ, ומשום הכי קלה שבועה זו משאר שבועת הנוטלין ושבועת שכיר, שלא איכפת לן באמיתת השבועה עצמה, כמש"נ, ומשום הכי ס"ל לרש"י דאין בשבועה זו נקיטת חפץ, ועיין ברמב"ם פי"ד מלוה ולוה הל"א שפסק דגם בעד אחד מעיד שהשטר פרוע צריך ליטע כעין של תורה, יעו"ש, והיינו בנקיטת חפץ, אולם רש"י ס"ל דלא דמי שבועה זו לשאר שבועת הנוטלין, כמש"נ, ואין בה נקיטת חפץ.

פרק ח

בו יבוארו דברי התוס' גבי עד מעידה שכתובתה פרועה דנשבעת ונוטלת כתובתה מבעלה ואחר כך תובע ממנה שפרע לה שתי פעמים ומשביעה שבועה דאורייתא, דמעלת שבועה דאורייתא היא דאמרינן בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם וגם אינה יכול להפך השבועה.

[**כתובות פז:**] עד אחד מעידה שהיא פרועה וכו' אלא אמר רבא מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל אמר רב פפא אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא יהיב לה כתובתה וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה מייתי וז"ל: פירש בקונטרס דנפקא לן מינה בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן דבדאורייתא מנקט חפצא ובדרבנן לא נקיט והוא עצמו סותר דבריו דאמרינן בהשולח (גיטין לה.) וכו' ולרבינו נראה דנפקא מינה אליבא דרבי אבא דהלכתא כוותיה דאמר (שבועות דף מז.) חזרה שבועה למחויב לה והיכא דאינו יכול לישבע משלם והאי דינא בדאורייתא אבל בדרבנן אפילו הוא חשודה על השבועה לא יניח לפרוע לה בשביל כך היכא דנשבעת ונוטלת כדחכא דהכי מוכח התם בפרק שבועת הדיינים (שבועות דף מא.) בהדיא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בשט"ז פ"ז בדברי רש"י שהביאו התוס'.

כך היא הגירסא בהתוס' לפנינו, והב"ח גורס לא יניח מלפרוע לה במקום לא יניח לפרוע לה, יעו"ש, ולפי גירסת הב"ח כונת התוס' היא להיפך מכונתם לפי הגירסא שלפנינו, דלפי הגירסא שלפנינו כשהנשבע ונוטל אינו יכול לישבע לא אמרינן מתוך בדרבנן, ואין הנתבע משלם, אין מניחים לו לפרוע, ואילו היינו אומרים דינא דמתוך גם בנשבע ונוטל ואין הנוטל יכול לישבע היה הנתבע משלם, אכן כיון דלא אמרינן ביה מתוך כמו בשבועה דאורייתא הרי הנתבע נפטר מלשלם, ולפי גירסת הב"ח אילו היה הדין דגם בשבועת הנוטלין דרבנן אמרינן מתוך היינו אומרים מתוך שאינו יכול לישבע אינו נוטל, אכן כיון דלא אמרינן מתוך בשבועת הנוטלין ואין הנוטל יכול לישבע הרי הוא נוטל בלא שבועה, ואין מניחים הנתבע לעכב מלפרוע לה.

והגירסא שלפנינו מיושבת לפי מה שכתבו התוס' בשבועות (דף מז.) בד"ה מתוך וז"ל: דלא שנא מחויב התובע שבועה ולא שנא מחויב הנתבע שבועה ואין יכול לישבע אותו שחייב אותה משלם הנתבע עכ"ל, יעו"ש, ומבואר מדבריהם דלמאן דאמר מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאם זה שדינו לישבע וליטול אינו יכול לישבע הרי הנתבע משלם, וביאור הדברים דבין בשבועת הנפטרים ובין בשבועת הנוטלין חל חיוב ממון על הנתבע אלא שהחיוב מעוכב שבועה, ולמאן דאית ליה דינא דמתוך כל שבועה שאין המחויב יכול לישבע אותה בטלה השבועה ונשאר הדין דהנתבע מחויב לשלם, בין אם הנתבע אינו יכול לישבע ובין אם התובע אינו יכול לישבע, אבל למאן דלית ליה דינא דמתוך לא נתבטלה השבועה במקום שאין המחויב אותה יכול לישבע, ועדיין חיוב הנתבע מעוכב שבועה אלא שלא אפשר לו לישבע, ונשאר המצב כן בלי השתנות, ואין לחייב הנתבע לשלם בין אם השבועה מוטלת עליו בין אם היא מוטלת על הנוטל, שהרי

לא נתבטלה השבועה המעכבת החיוב, ועיימש"נ בשי"ח פ"ז, והיינו ממש כהגירסא שלפנינו דכיון דלא אמרינן מתוך בשבועת הנוטלין אין מניחין הנתבע לפרוע, כמש"נ. ומאן דפליג על דברי התוס' ס"ל דלמאן דאית ליה מתוך אם הנתבע נתחייב שבועה ואינו יכול לישבע אינו נפטר, ואם הנוטל נתחייב שבועה ואינו יכול לישבע אינו נוטל, ולמאן דלית ליה דינא דמתוך אם אין הנתבע יכול לישבע אינו משלם, ואם אין הנשבע ונוטל יכול לישבע אינו מפסיד דינו ליטול, וביאור הדברים הוא דלמאן דאית ליה דינא דמתוך כל זכות הנתבע להפטר הוא על ידי שבועה וכל זכות הנוטל ליטול הוא על ידי שבועה, ולכן אם אינו יכול לישבע הנתבע אינו נפטר והנוטל אינו נוטל, ולמאן דלית ליה דינא דמתוך עיקר זכות הנתבע ליפטר והנוטל ליטול אינה תלויה בהשבועה, אלא דכל זמן שהשבועה מוטלת עליו אין הנתבע נפטר והולך לו ואין הנוטל יכול ליטול כדינו, ואם אין יכולים לישבע אז דנים להם כדיניהם, הנתבע נפטר והנוטל נוטל, והיינו כגירסת הב"ח דאם לא אמרינן מתוך בשבועת הנוטלין אין הנוטל מפסיד זכותו ליטול, ואין מניחים הנתבע מלפרוע לה, וגם המהרש"א למד להדיא כגירסת הב"ח וז"ל: אבל כיון שאינה אלא שבועה דרבנן אע"פ שאינה יכולה לישבע משלם הבעל וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה המהרש"א למד בדברי התוס' דכונתם דזה הפיקח בסוגיין יש לו ריוח בפועל ממש במה שמחייבה שבועה דאורייתא שיש בה דינא דמתוך ולא שבועה דרבנן שלא נאמר בה דינא דמתוך, וכמו שלפירוש רש"י הוא מרויח שאשה זו צריכה לישבע בנקיטת חפץ אם שבועתה מדאורייתא ולא מדרבנן, כמו כן לפירוש התוס' הוא מרויח שאילו היתה השבועה נשאת אצלה, והיתה שבועתה מדרבנן, לא היינו אומרים בה מתוך והיה הבעל משלם, אבל כיון שהשתא השבועה עליה מדאורייתא והיא הנתבעת, אמרינן בה מתוך והיא צריכה לשלם, ולכן על כרחו הוצרך לגירסת הב"ח, דאם היתה שבועתה מדרבנן היה הבעל משלם דלא אמרינן מתוך בשבועה דרבנן, כמש"נ, והוצרך נמי לדחוק דמיירי כאן באוקימתא שהאשה חשודה וגם הבעל חשוד, מה שלא הוזכר בגמרא כלל, והוצרך לזה כדי לאוקמי סוגיין כששניהם אינם יכולים לישבע, ואז חלוק שבועה דרבנן משבועה דאורייתא בהך עובדא משום דינא דמתוך.

אולם נראה לקיים הגירסא שלפנינו, ואזלי התוס' לשיטתם בשבועות, כנ"ל, ואין כונת התוס' לומר דסוגיין מיירי בגונא דאינם יכולים לישבע מה שלא הוזכר בגמרא, ואדרבה משמע דרב פפא קאי אדינא דמתניתין דעד אחד מעידה שכתובתה פרועה נשבעת ונוטלת ואין בזה שום אוקימתא, אלא כונת התוס' דשבועה דאורייתא חמורה בעיני בני אדם משום שיש בה דינים חמורים דאמרינן בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולכן אפילו במקום שיכולים לישבע השבועה חמורה בעיני הנשבעין, ואם אין האשה יודעת דינא דמתוך מסבירים לה שכן הוא הדין, והיא מבינה שלאחר פיקחות הבעל חלה עליה שבועה חמורה, והבעל מרויח שאולי תפרוש משקרה מחמת חומר השבועה, ואע"ג דעובדא שלפנינו ליכא צד דינא דמתוך, וכמש"נ.

והתוס' הביאו ראיה לדבריהם מפרק שבועת הדיינים, כנ"ל, והמהרש"א הגיה בדבריהם שראיתם מפרק כל הנשבעין, ולכאורה היינו מימרא דרבי אבא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, אבל קשה שהרי כבר הביאו התוס' מימרא זו בתחלת התירוץ ומה ראו להזכירה עוד הפעם במסקנת התירוץ, אולם נראה לקיים הגירסא שלפנינו שראיתם מפרק שבועת הדיינים והיא מוסבת על הגירסא שלפנינו דכיון דלית דינא דמתוך בשבועת הנוטלין שהיא מדרבנן אין הנתבע משלם, דאין מניחים לו לפרוע, כמש"נ.

וראיתם מהא דאמרינן בפרק שבועת הדיינים (דף מא.) ולמר בר רב אשי דאמר בדאורייתא נמי מפכינן שבועה מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן וכו' איכא בינייהו שכנגדו חשוד על השבועה בדאורייתא שכנגדו חשוד על השבועה אפכינן ליה שבועה ושמו אאידיך בדרבנן תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן, יעו"ש, ולשון שכנגדו חשוד על השבועה אינו מבורר על מי קאי, ורש"י כתב וז"ל: שכנגדו חשוד הנתבע חשוד על השבועה ותנן לקמן (דף מד:) שתקנו חכמים שישבע ויטול עכ"ל, יעו"ש, ולמד רש"י דכנגדו היינו הנתבע, ואע"ג דבלשון המשנה לקמן כנגדו הוא התובע את החשוד הכא פירש רש"י שלא כפשוטו דקאי על הנתבע, ועוד למד רש"י דהא דקאמר בגמרא בדאורייתא מפכינן היינו דרבנן הפכו השבועה בתקנתם דכנגדו נשבע ונוטל. אולם התוס' לא פירשו כן, אלא היפוך שבועה היינו מה שהבעל דין מהפך השבועה מרצונו ולא מתקנת חכמים, והא דקאמר בדאורייתא שכנגדו חשוד אשבועה מפכינן ליה ושמו אאידיך היינו דמי שנתחייב שבועה דאורייתא והתובע חשוד על השבועה יכול להפך השבועה על התובע והוא אינו יכול לישבע ואינו גובה, דכיון דהשבועה שנהפכה מן הנתבע על התובע היא מדרבנן, דהיפוך שבועה מדרבנן, לא אמרינן בה דינא דמתוך ואין הנתבע משלם, וכהגירסא שלפנינו, דאילו היינו אומרים מתוך גם בשבועה דרבנן אז כיון דהתובע חשוד ואינו יכול לישבע היה הנתבע משלם, וכמש"נ, ומבואר דכיון דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך אין הנתבע משלם, ואהני להנתבע שהיפך שבועתו על התובע החשוד, אבל בשבועה דרבנן אינו יכול להפך שבועתו על הנתבע החשוד כלל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן.

ורש"י לא רצה לפרש הגמרא כדברי התוס' דרש"י ס"ל כמאן דפליג על התוס', והיכא דהתובע הנשבע ונוטל אינו יכול לישבע אם אמרינן מתוך אינו נוטל, ואם לא אמרינן מתוך נוטל בלא שבועה, כמש"נ, ולכן אם התובע חשוד והנתבע מהפך עליו שבועה, דהשתא שבועה של התובע היא מדרבנן מדין היפוך, ובדרבנן לא אמרינן מתוך, ואם התובע הוא חשוד ואינו יכול לישבע נוטל בלא שבועה, ואם כן לא הרויח הנתבע כלום בהיפוך השבועה, ועל כרחך צריך לומר דכנגדו חשוד אשבועה היינו שהנתבע חשוד אשבועה ורבנן הפכו השבועה על התובע, כמש"נ, אבל התוס' פירשו הגמרא כפשוטו, דאינהו ס"ל דאם לא אמרינן מתוך בשבועת הנוטלין אינו גובה כלל, כמש"נ.

והעיקר הוא שהתוס' רצו להוכיח דבשבועה דאורייתא אמרינן מתוך ובשבועה דרבנן לא אמרינן, וזהו חומר דשבועה דאורייתא, ואולי תפרוש משקרה מחמת החומר, כמש"נ.

וכן נראה לפרש גם תירוץ השני של התוס' וז"ל: אי נמי למאן דאית ליה דבדאורייתא לא מפכינן ובדרבנן מפכינן נפקא מינה נמי היכא דאי שבועה דרבנן היא מצי למימר השבע וטול ואי דאורייתא לא מציא למימר לבעל השבע והפטר כמו שאינו יכול לומר השבע וטול מ"ר עכ"ל, יעו"ש, ודברי התוס' מגומגמים, דאם שבועה דרבנן הרי היא נשבעת ונוטלת ולמה כתבו דמצי למימר השבע וטול ואם שבועה דאורייתא הרי השבועה מוטלת עליה והיאך היא אומרת לבעל השבע והפטר, אלא כונת התוס' היא דהיפוך שבועה הוי חומר בשבועה דאורייתא דלא מפכינן, ומשום דחמורה שבועה דאורייתא בעיני בני אדם, דעל כל פנים כשמסבירים להם הדינים פרשי ולא ישבעו לשקר, וכתבו התוס' דאילו היתה שבועה המוטלת על הנפטר מדרבנן היה יכול להפכה על התובע ולומר השבע וטול, ואילו היתה השבועה המוטלת על התובע מדאורייתא לא היה יכול להפכה על הנתבע ולומר השבע והפטר, דלעולם חומר שבועה דאורייתא מעכבו מלהפך השבועה, ובזה הפיקח מרויח אולי תפרוש משקרה מפני חומר שבועה דאורייתא, וכמש"נ.

ובאמת מוכרח לומר דמה שכתבו התוס' דהנפקא מינה בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן היא היפוך שבועה היינו משום חומר השבועה ולא משום שיש בזה נפקא בפועל ממש בעובדא דידן, שהרי פיקח זה יודע שאשתו רצתה לגזול ממנו ולחייבו לפרוע שנית, ואם כן טובתו היא שלא יביאה לידי שבועה דאורייתא שאינה יכולה להפך עליו אלא עדיף לו שתשאר בשבועה דרבנן דנשבעת ונוטלת ואם היא תהפך עליו השבועה מה טוב ומה נעים, שהוא ברצון ישבע שבועת ההיפוך וינצל מגזילה דידה, ולמה ירצה להביאה לידי שבועה דאורייתא שאינה יכול להפך עליו, והיא תשבע ותגזול ממנו, אלא על כרחך צריך לומר דבדאי אין לו שום תועלת בעובדא דידן במה שמחייבה שבועה דאורייתא ומעכבה מלהפך שבועתה עליו, דאדרבה ההיפוך הוא לטובתו, כמש"נ, ולא קאמרו התוס' אלא דשבועה דאורייתא חמורה משום דבעלמא אין בה היפוך שבועה, ושבועה דרבנן דבעלמא מפכינן קל ממנה, וטוב לו להטיל עליה שבועה חמורה אולי תפרוש ממנה, כמש"נ, ועיין בקרבן נתנאל שהקשה דמה תועיל לה להפך עליו שבועתה והרי אית ליה עד המסייעו, ועד המסייע פוטר מן השבועה, יעו"ש, אכן לפי דברינו לא קשה מידי דבהאי עובדא איכא עד המסייע, ובלאו הכי ניחא לו שתהפך עליו שבועתה, כמש"נ, וכונת התוס' שאולי תפרוש מפני חומר השבועה, וכמש"נ.

פרק ט

בו יובא מחלוקת התוס' עם הרי"ף והרא"ש אם מהפכין שבועה גם באלו שנשבעים ונוטלים או דוקא באלו שנשבעים שבועת היסת, ויבואר דפלוגתתם תליא ביסוד דין שבועה שנתהפכה אם היא שבועה חדשה או דלמא שהשני נשבע במקום הראשון.

[**כתובות פז:**] עד אחד מעידה שהיא פרועה וכו' אלא אמר רבא מדרבנן כדי להפסיק דעתו של בעל אמר רב פפא אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' (דף פח.) בד"ה מייתי לה וז"ל: פירש בקונטרס דנפקא לן מינה בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן דבדאורייתא מינקט חפצא ובדרבנן לא נקיט וכו' ולרבינו נראה לפרש דנפקא מינה אליבא דרבי אבא דהלכתא כוותיה דאמר (שבועות דף מז.) חזרה שבועה למחויב לה והיא דאינו יכול לישבע משלם והיא דינא בדאורייתא וכו' אי נמי למאן דאית ליה דבדאורייתא לא מפכין ובדרבנן מפכין נפקא מינה נמי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ח פ"ו בדברי רש"י ובשי"ח פ"ז בדברי התוס', ובהא דאמרין בשבועות דבדרבנן מפכין כתב רש"י שם דהיינו שבועת היסת, ומבואר מדבריו דבנשבעין ונוטלין אין יכולים להפך שבועתם על הנתבע, ועיימש"נ בשט"ז פ"א, ופליג על דברי התוס', וגם הרמב"ם פסק להדיא כרש"י בפ"א טוען ונטען הל"ו וז"ל: ואין לך שבועה שתהפך אלא שבועת היסת בלבד עכ"ל, יעו"ש.

וגם הרי"ף והרא"ש בסוגיין ס"ל כרש"י והרמב"ם, וז"ל הרא"ש בשם הרי"ף: וליכא למימר דנפקא מינה הכא לענין היפוך שבועה דבדרבנן מפכין ובדאורייתא לא מפכין דהכא דאע"ג דמדרבנן היא לא מתהפכה דלא מפכין שבועה אלא מנתבע לגבי תובע משום דאמר ליה אי אית לך מידי גבאי אישתבע ושקול ואי לא פקע אבל בדמחייב תובע שבועה לא מצי להופכה עליה דנתבע ולמימר אישתבע לי דפרעת לי ותיפטר דיכול למימר ליה אנא לא בעינא לאישתבעי אלא את אי ניחא לך לאישתבעי ושקול לחי ואי לא זיל דלית לך גבאי ולא מידי וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק טובא באריכות דברי הרי"ף בטענות הנשבעים שרצו להפך שבועתם על כנגדם, כשבא זה שדינו לישבע וליטול להפך שבועתו על הנתבע אומר לו אנא לא בעינא לאישתבעי אי ניחא לך לאישתבעי שקול ואי לא זיל, איזו טענה היא זו, אם תקנת היפוך שבועה כוללת גם נשבעים ונוטלים היאך יכול להימלט מחיובו לישבע מתקנת חכמים, יאמר לו התובע עליך לישבע מדין היפוך שבועה ואם אינך רוצה לישבע תקבל עליו הדינים המבוארים בשבועות (דף מא.) או דנחתין לנכסיה או דמשמתין ליה, יעו"ש, ואם תקנת היפוך שבועה לא נתקנה אלא לנשבעים ונפטרים, דהיינו שבועת היסת, ולא לנשבעים ונוטלים, היה לו לומר בפשיטות דבנשבע ונוטל אינו יכול להפך הואיל וחכמים לא תיקנו לו היפוך שבועה.

עוד יש לדקדק דאם כן הוא דיכול הנתבע לדחות התובע מלהפך עליו שבועתו באמרו אם אתה רוצה הישבע וטול ואי לא זיל, גם התובע יוכל לומר להנתבע שרוצה להפך עליו שבועת היסת או תישבע כמו שתיקנו לך חכמים ואם אין אתה רוצה לישבע

בית דין יורדים לנכסיד או משמתין אותו, ולמה חלה השבועה על התובע והנתבע נסתלק ממנה.

גם מה שכתב הרי"ף בטענת הנתבע המהפך שבועת היסת דידיה על התובע צריך ביאור, שהנתבע טוען אי אית לך מידי גבאי אישבע וטול ואי לא פקע, כנ"ל, וקשה דלמה צריך כאן הפקעת השבועה, והלא כיון דחל על התובע דין נשבע ונטל על ידי היפוך השבועה שוב פשוט הוא דאם אינו נשבע אינו נוטל, ועוד דכי היכי דכופין הנתבע שאינו רוצה לישבע היסת על ידי ירידה לנכסיו או שמתא כמו כן נמי נכוף התובע שנהפך עליו שבועת היסת ואינו רוצה לישבע שלא נניחנו לגבות עד שישבע, ולמה לן הפקעת השבועה.

והנה יש לחקור ביסוד דין היפוך שבועה אם חלה שבועה חדשה על זה שנתהפכה עליו, ושבועה הראשונה נסתלקה, דתיקנו חכמים דמי שנתחייב שבועת היסת ותבע להופכה על התובע נסתלקה ממנו שבועתו וחלה על התובע שבועה חדשה בכלל אלו שנשבעים ונטלים, או דילמא לא נסתלקה שבועתו על ידי היפוך שבועתו, אלא תקנת היפוך שבועה היא שיכול הנתבע לתבוע שהתובע ישבע שבועתו לברר הענין לבית דין, דהנתבע נתחייב לברר הענין לבית דין על ידי שבועת היסת, ואם הוא עצמו נשבע הרי הוא נשבע שהוא פטור, והדבר נתברר לבית דין, ואם הוא רוצה שהתובע ישבע שבועתו במקומו התובע נשבע שהוא חייב, ובזה הדבר נתברר לבית דין, ובין כך ובין כך הדבר נתברר לבית דין על ידי השבועת היסת המוטלת על הנתבע.

ונראה דבזה יתבארו דברי הרי"ף והרא"ש, דאם הנתבע מהפך שבועתו על התובע ואין התובע רוצה לישבע לא נפטר הנתבע בזה אי לא דפקעה שבועתו, דהרי"ף ס"ל דעל ידי היפוך שבועה לא חלה שבועה חדשה על התובע אלא שיכול הנתבע לתבוע ממנו שישבע במקומו, כמש"נ, אכן אם התובע אינו רוצה לישבע היתה השבועה חוזרת להנתבע, שמעולם לא זזה השבועה ממנו, ורק שהיה יכול לתבוע שהתובע ישבע במקומו, כמש"נ, ואם התובע לא רצה לישבע עדיין היתה השבועה מוטלת על הנתבע, ואם לא נשבע לא נפטר אלא נחתינן לנכסיה או משמתין ליה, לכן כתב הרי"ף דאינו כן, אלא חכמים תיקנו שיכול לתבוע שהתובע ישבע במקומו, ואם לא נשבע פקעה השבועה ונפטר הנתבע, ואהני לו ההיפוך להנתבע, אולם כשהתובע שיש עליו שבועת הנוטלין מהפך שבועתו על הנתבע ותובע ממנו שישבע שבועתו במקומו יכול הנתבע לומר שאינו רוצה לישבע, והרי השבועה עדיין שבועתו של התובע אפילו לאחר שהפכה על הנתבע, כמש"נ, ואם הנתבע אינו רוצה לישבע במקום התובע מחייבין את התובע לישבע, שהרי עדיין שלו היא, ואם אינו רוצה לישבע אינו נוטל, ואם פקעה השבועה כל שכן שאינו נוטל, שהרי כל דין נטילתו הוא על ידי השבועה, ואם פקעה השבועה פקעה נמי זכותו לנטול, והיינו מה שכתב הרי"ף שיכול הנתבע לומר לו אנא לא בעינא לאישתבועי ועדיין השבועה שלך היא אי ניחא לך לאישתבועי שקול ואי לא זיל. אבל התוס' ס"ל דעל ידי תקנת היפוך שבועה נעקרה השבועה מן המחויב אותה וחלה שבועה חדשה על זה שהפכה עליו, ולכן מהני היפוך שבועה גם בנשבעין ונוטלין,

שהשבועה נעקרה מן התובע וחלה שבועה חדשה על הנתבע, ואם אינו רוצה ליטול
נחתין לנכסיה, ולא כל כמיניה לומר אנא לא בעינא לאישתבועי שהרי השבועה שלו
היא, כמש"נ.

והרא"ש בתחלת דבריו קודם שדן בענין היפוך שבועה בנשבע ונוטל הביא עוד
מדברי הרי"ף ז"ל: כתב רב אלפס ז"ל בתשובה דפוגם את שטרו והוא חשוד שכנגדו
נשבע ופטור דהא דאמרינן (בבא מציעא דף ה:) תקנתא לתקנתא לא עבדינן היינו דוקא
בשבועת היסט אבל לא בשבועת המשנה עכ"ל, יעו"ש, ונראה דגם מדברי הרי"ף אלו
מבואר דס"ל דנשבע ונוטל אינו יכול להפך שבועתו, שהרי כתב דהא דהנתבע נשבע
ונפטר כשהפוגם שטרו שדינו ליטול הוא חשוד הוא מפני התקנה דכנגדו חשוד
על השבועה, ואילו היה ס"ל כהתוס' לא היה צריך לסמוך על התקנה, ובלאו הכי יכול
להפך שבועתו על הנתבע מדין היפוך שבועה כדין כל נשבע ונוטל שיכול להפך שבועתו
אף אם אינו חשוד, אלא מבואר דהרי"ף ס"ל כנ"ל דבנשבע ונוטל אינו יכול להפך
שבועתו.

ועיין בטור סי' פ"ז סעי' י"א וז"ל: ועוד יש ביניהם שבועה דאורייתא אם הפכה על
שכנגדו ואמר לו השבע וטול אין שומעין לו אלא אומרים לנתבע התורה הטילה עליך
שבועה או השבע או תן לו וכתב רב שמואל בן חפני דלא מהפכין כלל אפילו שניהם
רוצים בכך אבל רב אלפס כתב בתשובה אם שניהם רוצים מהפכין והכי מסתברא וכו'
עכ"ל, יעו"ש.

והבית יוסף תמה על דברי רב שמואל בן חפני שלא מצא לו טעם הגון, יעו"ש,
ובכלל יש להקשות עליו דלמה לא מהני מדין הודאת בעל דין, דנתבע זה שנתחייב
שבועה דאורייתא מחייב עצמו לשלם אם התובע ישבע, אכן נראה דהנתבע לא התחייב
עצמו לשלם אם התובע ישבע שבועת ביטוי בעלמא, ולא התחייב עצמו אלא אם התובע
ישבע שבועת הדיינים שהיא שבועת חמורה, וס"ל לרב שמואל בן חפני דאין יכולים
לחדש שבועת הדיינים על ידי הסכמתם בלבד, ואם ליכא דין היפוך בשבועה דאורייתא
לא תהא שבועת התובע אלא שבועת ביטוי בעלמא.

אולם הרי"ף ס"ל דאין היפוך שבועה מחדשת שבועה חדשה אצל זה שנתהפכה
עליו שבועה, ורק דהתובע יכול ליטול שבועת הנתבע במקומו, וכסברתו הנ"ל, כמש"נ,
ולכן גם בשבועה דאורייתא יכול הנתבע להעמיד התובע ליטול במקומו, והא דאין
היפוך בשבועה דאורייתא היינו דאינו יכול לכופו על כך, אבל אם שניהם מסכימים
הרשות בידם, וגם הטור בהמשך הסעיף פסק כהרי"ף והרא"ש דבנשבע ונוטל אינו יכול
להפך שבועתו, ולכן כתב דמסתברא כדברי הרי"ף, כנ"ל, אבל רב שמואל בן חפני ס"ל
כדברי התוס' דעל ידי היפוך שבועה נעקרה השבועה הראשונה וחלה שבועה חדשה על
שכנגדו, ובשבועה דאורייתא דלא מפכין לא תיקנו למהפך שתחול שבועה חדשה על
שכנגדו, ואם כן אפילו אם שניהם מסכימים שהתובע ישבע לא תהא שבועתו אלא
שבועת ביטוי בעלמא, ולא חייב עצמו לשלם אלא אם כן ישבע שבועת הדיינים, כמש"נ.

שער יז: בענין גלגול שבועה ושבועת סוטה

ובו ט"ז פרקים

פרק א

בו יבוארו דברי רש"י דנשבעין על הקרקעות על ידי גלגול אף על גב דאין נשבעין על הקרקעות, וגם מה שכתב דהא דתנן נכסים שאין להם אחריות זוקקין נכסים שיש להם אחריות לישבע קאי על הנכסים ולא על בית דין, ומה שכתב הריטב"א דקאי על בית דין.

[קדושין כו.] מתניתין נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה וזוקקין את הנכסים שיש להם אחריות לישבע עליהן, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: וזוקקים נכסים הללו שאין להם אחריות דקמייירי בהו תנא את הנכסים שיש להן כו' אע"ג דאין נשבעין על הקרקעות לבדן כדנפקא לן בשבועות (דף מב:) היכא דטענו כלים וקרקעות ונתחייב לישבע על המטלטלין זוקקין המטלטלין את הקרקעות לישבע עליהן האי זוקקין אנכסים קאי שאין להם אחריות ולאו אבית דין עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק בדברי רש"י מהי כונתו במלת לבדן, ולמה לא כתב כפשוטו אע"ג דאין נשבעין על הקרקעות ולא יותר, ועוד יש לעיין במה שכתב דלשון זוקקין קאי על הנכסים ולא על בית דין, מהי כונתו בזה ומאי נפקא מינה.

ונראה לבאר דבריו עפ"י מש"נ בדברי הרמב"ם בשי"ז פ"ב דיש שני דיני גלגול, חדא דעל ידי גלגול יכול לחייבו שבועה חדשה ומיוחדת בטענתו השניה היכא דטענתו השניה שייך בה תורת שבועה, ואף אם חסר לו הדררא לחייבו שבועה, כגון עד אחד או מודה במקצת, מכל מקום יכול לחייבו שבועה על ידי גלגול, ועוד יש דין גלגול גם בדברים שאינם ראויים לשבועה, מכל מקום יכול להשביעו על ידי גלגול ולכלול טענתו השניה בכלל שבועתו הראשונה, וקרקעות שאינן בני שבועה אינו יכול לגלגל עליו לישבע עליהן אלא מדין שני של גלגול שמכיל הקרקעות בכלל שבועתו הראשונה.

והיינו מה שכתב דאין נשבעין על הקרקעות לבדן, כלומר דלא שייך כלל תורת שבועה על הקרקעות בפני עצמן, ואפילו על ידי גלגול, ומכל מקום יכול לכלול הקרקעות בכלל שבועתו הראשונה, דאז אינו נשבע על הקרקעות לבדן אלא אגב המטלטלין בשבועתו הראשונה, ולכן כתב רש"י דזוקקין לא קאי אבית דין, דאם קאי על בית דין היינו אומרים דכיון דנשבע על טענתו הראשונה יכולים בית דין לחייבו שבועה מיוחדת על הקרקעות, וזה אינו, דלא שייך תורת שבועה על קרקעות לבדן, אלא זוקקין קאי על הנכסים, דבתוך שבועתו על נכסים המטלטלין של טענתו הראשונה נגררין גם הקרקעות עם המטלטלין, ונכללין הקרקעות עם המטלטלין בכלל שבועתו הראשונה, ונמצא שאינו נשבע על הקרקעות לבדן, ונפקא מינה אם אמר הריני משלם ואיני נשבע על טענתו הראשונה דשוב אינו יכול להשביעו בגלגול על הקרקעות, שהרי

נסתלקה שבועה הראשונה, ואינו יכול לישבע על הקרקעות לבדן אפילו על ידי גלגול, וכמש"נ בדברי הרמב"ם הנ"ל.

ועיין בריטב"א לקמן (דף כז:) שבא לפרש דברי מתניתין וז"ל: מתניתין וזוקקין את הנכסים שיש להם אחריות עם נכסים שאין להם אחריות לישבע עליהן מסתברא דאידי דקתני לעיל שהקרקעות גוררין את המטלטלין לענין הקנאה באגב נקט הא שהמטלטלין גוררין את הקרקעות לענין שבועה בגלגול וכו' והא דקתני וזוקקין לאו אנכסים קאי דלא משמע לישנא הכי אלא אבית דין קאי שזוקקין לישבע על הקרקעות בגלגול המטלטלין ואע"ג דקרקעות לאו בני שבועה נינהו כלל דבכולהו שבועות של תורה מיעט רחמנא קרקעות עבדים ושטרות אפילו הכי דין תורה הוא לישבע עליהן בגלגול כדיליף בגמרא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק בדבריו דלמה לא הקשה מיד שהביא דברי המתניתין והלא קרקעות לאו בני שבועה בכולהו שבועות של תורה, ולמה נטר עד לאחר שנתעסק בלשון זוקקין להקשות קושיא זו.

אכן לפי דברינו מבואר היטב, דמיד על מתניתין ליכא להקשות והא אין נשבעים על הקרקעות, דהא הכא אינו נשבע על הקרקעות לבדן אלא אגב המטלטלין נגררין בתוך שבועתו הראשונה, אכן לאחר שפירש לשון זוקקין דקאי על בית דין, היה אפשר לומר דהיינו שקובע שבועה על הקרקעות בפני עצמן על ידי גלגול, כמש"נ, ושפיר הקשה דהלא לא מצינו בכל התורה דאיכא שבועה מיוחדת על הקרקעות לבדן, ועל זה קאמר דמכל מקום דין תורה לישבע עליהן בגלגול, ויש לומר דפליג בזה על דברי רש"י וס"ל דיש לקבוע שבועת מיוחדת על קרקעות לבדן מדין גלגול, אי נמי יש לומר דלמסקנא ס"ל דאע"ג דלשון זוקקין קאי על בית דין מכל מקום עצם השבועה לא הוי שבועה מיוחדת אלא שכולל הקרקעות בשבועה הראשונה, כמש"נ בדברי רש"י.

פרק ב

בו יבוארו דברי הירושלמי דמדרשא דגלגול שבועה ילפינן דמגלגלין שבועה גם על דברים שאינם ראויים לשבועה, ויתיישבו מה שכתב הרמב"ם דאם אמר הריני משלם ואיני נשבע על טענה ראשונה מכל מקום עדיין נשבע על הגלגול כשתובעו ברי אבל לא כשתובעו שמא.

[קדושין כז:]: אמר עולא מנין לגלגול שבועה מן התורה שנאמר ואמרה האשה אמן אמן ותנן על מה היא אומרת אמן אמן אמן על האלה אמן על השבועה אמן אם מאיש זה אמן אם מאיש אחר אמן שלא סטייתי ארוסה ונשואה ושומרת יבם וכנוסה וכו' אלא על ידי גלגול וכו', אשכחן בודאי ספק מנלן תניא רבי שמעון בן יוחאי אומר נאמרה שבועה בחוץ ונאמרה שבועה בפנים מה שבועה האמורה בפנים עשה בה ספק כודאי אף שבועה האמורה בחוץ עשה בה ספק כודאי, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה הכי גרסינן וז"ל: שקינא לה כשהיא נשואה ונסתרה וגלגל עליה שבועה על אירוסין אע"פ שלא היו ראויין לשבועה בפני עצמן שהרי לא קינא לה וכמו כן מגלגלין שבועה דקרקע אע"פ דלא שייך בהו שבועה וכו' עכ"ל, יעו"ש. וכתב הרמב"ם פ"א טוען ונטען הלי"ג וז"ל: מי שנתחייב שבועה אפילו היסת והתחיל התובע לגלגל עליו דברים אחרים שלא טען אותם וראה הנתבע כך ואמר איני רוצה לישבע אלא הריני משלם הטענה הראשונה שנתחייבתי על כפירתה שבועה אין שומעין לו אלא אומרים לנתבע או תן לו כל מה שגלגל עליך מטענות הודאיות או השבע והפטר עכ"ל, יעו"ש, ומקור לדברי הרמב"ם הוא מן הירושלמי שהביא המגיד משנה שם, וכתב המגיד משנה וז"ל: וכתב רבינו מטענות הודאיות כלומר שאם טען עליו התובע טענת ספק ורצה הלה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הגלגולים לשלם וכן כתבו קצת בעלי הוראה ולזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל בפרק השואל עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק בדברי הרמב"ם דהרי מבואר להדיא בסוגיין דמגלגלין שבועה גם בטענת שמא, כנ"ל, דילפינן לה מסוטה דהבעל משביע אותה כל הגלגולים בטענת שמא, ואם כן למה חילק הרמב"ם בין טענת ברי לטענת שמא היכא דאמר הריני משלם ואיני נשבע על טענה הראשונה.

והנה הראשונים הביאו דברי הירושלמי דלהכי איצטריך בסוגיין שתי דרשות אמן מאיש אחר ואמן מארוסה דחדא אתא לדברים שראוי להשביעה וחדא לדברים שאינו ראוי להשביעה, דהיינו ארוסה ושומרת יבם שאינן ראויות להשקותן דבעינן תחת אישך וקדמה שכיבת בעל לשכיבת בועל, ואעפ"כ מגלגל עליהן שבועה, והיינו כדברי התוס' הנ"ל דהא דמגלגלין שבועה על קרקעות אע"ג שאינן בני שבועה משום דילפינן לה מגלגול שלא סטייתי ארוסה, דעל זה נמי לאו בת שבועה היא.

ונראה דמשתי דרשות אלו ילפינן שני דיני גלגול שבועה, מדרשא ראשונה ילפינן דיכול לגלגל שבועה על דברים שראוי לישבע עליהם, ויכול לחייבו שבועה חדשה ומיוחדת על אותם דברים מדין גלגול שבועה, והרי נתחייב לו הנתבע שתי שבועות

נפרדות, חדא על טענתו הראשונה ועוד שבועה שניה על טענת הגלגול, ואע"ג דחייב לו שתי שבועות נשבע אותן ביחד, כמו שכתב הרמב"ם שם הלי"ד וז"ל: הטוען את חברו טענות הרבה אין משביעין אותו על כל טענה וטענה אלא שבועה אחת על הכל עכ"ל, יעו"ש, ומכל מקום יש בשבועה זו קיום שתי שבועות נפרדות, עיקר השבועה ושבועה שנתחייב על ידי גלגול, כמש"נ.

אכן כל זה הוא כשמגלגל עליו לישבע על דברים הראוים לשבועה, אבל אם גלגל עליו דברים שאינם ראוים לשבועה, כגון קרקעות, אי אפשר לקבוע עליהם שבועה חדשה, אלא ילפינן מדרשא שניה דאע"ג דאינו יכול לקבוע שבועה מיוחדת על דברים שאינם ראוים לשבועה מכל מקום יכול לכלול דברים אלו בשבועתו הראשונה, וליכא אלא שבועה אחת, ומדין גלגול יכול לכלול בה גם קרקעות, כי היכי דיכול לכלול שלא זינתה ארוסה בכלל שבועה אע"פ שלא היתה בת שבועה באותה שעה, וכן מדויק מלשון הרמב"ם פ"ה טוען ונטען הל"ג וז"ל: טענו כלים וקרקעות וכו' אבל אם הודה במקצת כלים וכפר במקצתן עם כל הקרקעות מתוך שהוא חייב שבועה על מקצת הכלים שכפר בהן נשבע אף על הקרקעות שטענו עמהן שהכל טענה אחת וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומדויק בלשון הרמב"ם דהא דנשבע על הקרקעות משום שהכל טענה אחת, אכן בפ"א שם הלי"ב כשהביא הרמב"ם עיקר דין גלגול שבועה לא הזכיר כלל דהכל טענה אחת, אלא משביעו כל מה שירצה ואפילו עבדי אתה, כדאיתא בקדושין (דף כח.), יעו"ש, ומבואר דמצד עיקר דין גלגול שבועה לא היה יכול להשביעו על הקרקעות, שהרי אינן ראויות לשבועה, ומכל מקום משביעו עליהן שהכל טענה אחת היא, ויכול לכלול קרקעות בתוך שבועתו על המטלטלין, והיינו מדרשא השניה של הירושלמי, וכמש"נ.

ובזה יתבארו דברי הרמב"ם, דכי היכי דאי אפשר לישבע על הקרקעות מדין גלגול אלא מדין שני של גלגול, שהוא כולל הקרקעות בשבועתו הראשונה אע"פ שאי אפשר לקבוע עליהן שבועה מיוחדת מדין גלגול הנילף מדרשא ראשונה, דהא אינם ראוים לשבועה, כמו כן אינו יכול לחייבו שבועת גלגול בטענת שמא אלא מדין שני של גלגול שכולל שבועתו בשבועה ראשונה, דליכא שבועה בטענת שמא אלא בשבועת השומרים שהוא תובע השבת פקדונו, ועיימש"נ בשי"ז פ"ז, ולכן לא שייך להשביעו בטענת שמא על ידי גלגול אלא כשכולל השבועה בשבועתו הראשונה, אכן אם אמר הריני משלם ואיני נשבע הרי נסתלקה שבועתו הראשונה, ושוב אי אפשר להשביעו בטענת שמא על ידי גלגול, אבל אם בא לגלגל בטענות ודאיות, הרי יכול לחייבו שבועה מיוחדת על טענתו, דכיון שנתחייב שבועה בטענה ראשונה נתחייב נמי שבועה בטענתו השניה, ואע"ג דכשאמר הריני משלם ואיני נשבע נסתלקה שבועתו הראשונה, עדיין יכול להשביעו על טענתו השניה, דכיון שתבעו בטענת ברי הרי זה נתחייב שבועה חדשה ומיוחדת, ולא איכפת לן במה שנסתלקה שבועתו הראשונה, ועיימש"נ בשי"ז פ"א, ויצא לנו לפי זה דאם גלגל עליו שבועה על הקרקעות בטענת ברי ואמר הנתבע הריני משלם ואיני נשבע על טענה הראשונה אינו נשבע בגלגול על הקרקעות הואיל ואינן בני שבועה בפני עצמן, ומה שכתב הרמב"ם מטענות הודאיות היינו טענות תשלומין או

פרק ג

בו יובאו דברי התוס' שהביאו ראייה דבא על הסוטה בשוגג הוי מנוקה מעון מהא דמגלגל עליה שבועה שלא זינתה תחתיו ארוסה, ויוכיח דאינו יכול לגלגל שבועה שסותרת לעיקר השבועה, ויתבאר מה שתירצו התוס' שאני הכא שבשעת השקאה יודע שבא עליה באיסור.

[קדושין כז:] אמר עולא מנין לגלגול שבועה מן התורה שנאמר ואמרה האשה אמן אמן וכו' אמן שלא סטייתי ארוסה וכו' האי ארוסה היכי דמי אילימא דקני לה כשהיא ארוסה וקא משקי לה כשהיא ארוסה והתנן ארוסה ושומרת יבם לא שוות וכו' אלא דקני לה כשהיא ארוסה ונסתרה כשהיא ארוסה וקא משקי לה כשהיא נשואה מי בדקי לה מיא ונקא האיש מעון אמר רחמנא בזמן שהאיש מנוקה מעון מים בודקים את אשתו אין האיש מנוקה מעון אין המים בודקים את אשתו אלא על ידי גלגול, יעו"ש, ואע"ג דיכול להכניסה בלי לבא עליו, כגון בחופה או במסר האב לשלוחי הבעל, מכל מקום אם נשאה נקטינן שבא עליה, וכן מדויק ברש"י ובתוס', יעו"ש, ואם כן אין הבעל מנוקה מעון.

וכתבו התוס' בד"ה ונקא וז"ל: ואם תאמר לוקמה כגון שבא עליה בשוגג שלא ידע עד לאחר מכאן דנסתרה דכהאי גונא מנוקה מעון חשיב ליה דהא כי מוקי לה על ידי גלגול לאו מנוקה מעון הוא אם זינתה באירוסין אלא כיון דשוגג הוא מנוקה מעון קרינא ביה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והתוס' הביאו ראייה דאם בא על אשתו סוטה בשוגג נחשב מנוקה מעון מהא דאמרינן בגמרא דיכול לגלגל עליה שבועה שלא זינתה תחתיו כשהיתה ארוסה, והלא אם זינתה תחתיו ארוסה והוא כנסה ובא עליה הרי אינו מנוקה מעון ואין המים בודקים אותה, אלא מוכח דאם בא עליה בשוגג שפיר הוה ליה מנוקה מעון.

אכן יש לדקדק דהרי בשעה שהשביעה שלא זינתה תחתיו נשואה שפיר היה הבעל מנוקה מעון, שהרי לא קינא לה ולא נסתרה בהיותה ארוסה, ואפילו אם יש לו חששות בלבו שזינתה תחתיו ארוסה לא חלה עליה בזה תורת סוטה שתיאסר עליו, ולא עבר שום איסור במה שכנסה ובא עליה, ועכשיו שמגלגל עליה שבועה שלא זינתה תחתיו ארוסה, והיא נשבעת שלא זינתה ארוסה, שוב נתברר על ידי השבועה שלא זינתה, ולא נאסרה עליו משום סוטה קודם הנשואין, ואם כן אפילו אם נימא דאם בא על הסוטה בשוגג אינו מנוקה מעון, בגונא דגלגול ליכא צד איסור כלל, כמש"נ, ובשלמא לפי ההוה אמאי נא דהגמרא דארוסה היינו שקינא לה ונסתרה כשהיתה ארוסה ובא להשביעה ולהשקותה כשהיא נשואה לאחר שכנסה ובא עליה, וחלה עליה תורת סוטה מיד כשנסתרה, התם שפיר יש להסתפק אם לא נודע לו שנסתרה עד לאחר שכנסה, ובא

עליה בשוגג מי הוי מנוקה מעון או לא, אבל בגונא דמגלגל עליה שבועה שלא זינתה תחתיו ארוסה הרי לא היו בה קינוי וסתירה קודם נשואין, ואין בה תורת סוטה אלא אם כן זינתה, והרי היא נשבעת שלא זינתה, ולמה נאמר שאין הבעל מנוקה מעון. ומבואר מדברי התוס' דדין הוא בגלגול שבועה שאינו יכול לגלגל שבועה על הנתבע היכא דשבועת הגלגול סותרת לעיקר שבועתו, ואם הוא מגלגל עליה ומשביעה שלא זינתה תחתיו ארוסה הרי לפי תביעתו שאולי זינתה תחתיו כשהיתה עדיין ארוסה הרי לא היה יכול להשביעה עיקר השבועה שלא זינתה תחתיו נשואה ולהשקותה, שהרי לפי דבריו סוטה היא והוא בא עליה כשכנסה ואינו מנוקה מעון, ואינו יכול להשביעה ולהשקותה, ואם כן ליכא גלגול כלל, ואינו יכול להשביעה שלא זינתה תחתיו ארוסה, אלא מוכח דבא על הסוטה בשוגג הוי מנוקה מעון, ואיכא לאוקמי גלגול שלא זינתה תחתיו ארוסה כגון שלא נודע לו שנסתרה עד לאחר שכנסה ובא עליו, ונמצא דלפי תביעתו לה שתשבע שלא זינתה ארוסה עדיין הוי מנוקה מעון, ואין שבועת הגלגול סותרת לעיקר השבועה, ועיימש"נ בשי"ז פט"ו.

ועל זה תירצו התוס' וז"ל: ויש לומר דשאני הכא כיון שבשעת השקאה יודע שבא עליה באיסור בין שבא עליה בשוגג בין שבא עליה במזיד לאו מנוקה מעון הוא אבל על ידי גלגול שאינו יודע בשעת השקאה מנוקה מעון קרינא ביה עכ"ל, יעו"ש, ולכן לפי ההוה אמינא דארוסה היינו דקינא לה ונסתרה כשהיתה ארוסה ובא להשקותה לאחר שכנסה לא נחשב מנוקה מעון, ואפילו אם לא נודע לו שנסתרה אלא אחר שכנסה ונמצא שבא על הסוטה בשוגג, דהא בשעת ההשקאה כבר באו עדי סתירה ונודע לו שחטא בשוגג, וזה נחשב אין האיש מנוקה מעון, אבל לפי המסקנא דמשביעה שלא זינתה ארוסה על ידי גלגול, שפיר נחשב מנוקה מעון כיון שלא נסתרה על ידי קינוי ולא חל עליה תורת סוטה, ואפילו אם באמת זינתה ארוסה הרי מה שבא עליה היה בשוגג, אכן בשעת ההשקאה לא היה ידוע לו שחטא בשוגג, ושפיר נחשב מנוקה מעון.

היוצא לנו דגם לפי תירוצם של התוס' נשאר יסוד זה דאינו יכול לגלגל שבועה שסותרת לעיקר השבועה, כמש"נ, ולא שקלו וטרו אלא בבא על הסוטה בשוגג אם נחשב מנוקה מעון או לא.

פרק ד

בו יובא קושית התוס' דלוקמה אמן שלא סטיתי ארוסה בכהאי גוונא שנסתרה כשהיתה ארוסה ולא נודע להבעל שנסתרה עד שכנסה ונמצא שבא עליה בשוגג דבכהאי גוונא מנוקה מעון קרינא ביה, ויבואר דקושית התוס' קאי לפי ההוה אמינא דסוגית הגמרא ביבמות.

[קדושין כז:]: אמר עולא מנין לגלגול שבועה מן התורה שנאמר ואמרה האשה אמן אמן וכו' אמן שלא סטיתי ארוסה וכו' האי ארוסה היכי דמי אילימא דקני לה כשהיא ארוסה וקא משקי לה כשהיא ארוסה והתנן ארוסה ושומרת יבם לא שוות וכו' מאי טעמא תחת אישך אמר רחמנא וליכא אלא דקני לה כשהיא ארוסה ונסתרה כשהיא ארוסה וקא משקי לה כשהיא נשואה מי בדקי לה מיא ונקא האיש מעון אמר רחמנא בזמן שהאיש מנוקה מעון מים בודקים את אשתו וכו' אלא על ידי גלגול, יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה ונקא וז"ל: ואם תאמר לוקמה כגון שבא עליה בשוגג שלא ידע עד לאחר מכאן דנסתרה דכהאי גוונא מנוקה מעון חשיב ליה וכו' עכ"ל, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ז פ"ג.

והנה ביבמות (דף נח.) רצה להביא ראיה למאן דאמר יש חופה לפסולות מהא דתנן אמן שלא סטיתי ארוסה וקאמר האי ארוסה היכי דמי אילימא וכו' דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתרה וקמשקה לה כשהיא נשואה מי בדקי לה מיא והתניא ונקא האיש מעון וכו' אלא דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתרה ונכנסה לחופה ולא נבעלה ושמע מינה יש חופה לפסולות אמר רבא ותסברא דהא מתרצתא היא והא כי אתא רבי אחא בר חנינא מדרומא אתא ואייתי מתניתא בידיה מבלעדי אישך מי שקדמה שכיבת בעל לבעל ולא שקדמה שכיבת בועל לבעל וכו' רב נחמן בר יצחק אמר על ידי גלגול, יעו"ש. מתחלה רצה לומר דשבועת הסוטה שלא זינתה בהיותה ארוסה מיירי שהשקה אותה אחר נשואין, וכפשוטו היינו שבא עליה, ודחה דבעינן שיהא הבעל מנוקה מעון שלא בא עליה כשהיתה אסורה לו, והדר רצה לאוקמי שנכנסה לחופה ולא נבעלה, ונחשבת נשואה לגבי השקאה דיש חופה לפסולות, ודחה דבעינן קדמה שכיבת בעל לבעל, ומסיק דמיירי על ידי גלגול, ולמסקנת הגמרא לא איצטריך לטעמא דמנוקה מעון, דלעולם אין שייד להשקות ארוסה שנסתרה דבעינן קדמה שכיבת הבעל, ואם משביע הארוסה הרי להצד שזינתה אין המים בודקים אותה, דהא קדמה שכיבת בועל לבעל, ונמצא דאין שום תועלת בהשבעת הארוסה, ולא שייד להשביעה אלא על ידי גלגול, וכן כתבו התוס' בסוגיין בד"ה הכי גרסינן, יעו"ש.

והתוס' שם ביבמות הקשו כמו שהקשו התוס' כאן דלוקמא כגון שבא עליה בשוגג, יעו"ש, וקאי דבריהם על ההוה דאמינא דהגמרא דאין חופה לפסולות ואם כנסה ולא בעלה עדיין ארוסה היא ולא נשואה, וארוסות אינן שוות, אבל למסקנת הגמרא לא שייד כלל להשביע ולהשקות ארוסה אפילו אם יש חופה לפסולות, דהרי קדמה שכיבת בועל לבעל, וממילא נסתלקה קושית התוס', והתוס' לא הקשו אלא לפי ההוה אמינא

דעדיין לא ידעינן דינא דקדמה שכיבת הבועל, ובסוגיין לא הובא אלא ההוה אמינא והמסקנא דסוגיא דיבמות, אבל לא הובא מאי דסלקא דעתיה לאוקמי בנכנסה לחופה ולא נבעלה ומאי דדחי דבעינן קדמה שכיבת הבעל, ועל אותה הוה אמינא העתיקו התוס' דבריהם מיבמות, אע"ג דלמסקנא אין צורך לכל זה, דהא קדמה שכיבת בועל לבעל.

אכן יש לעיין דגם למסקנת הגמרא היאך משביעה על ידי גלגול שלא זינתה ארוסה, והלא אם זינתה ארוסה הרי קדמה שכיבת בועל לבעל ואין המים בודקים אותה, ואם כן בטלה עיקר השבועה שלא זינתה כשהיא נשואה, ובטל גם הגלגול שבועה, והיאך יכול להשביעה.

אלא דזה לא קשה, דעל ידי מה שהיא מודה שזינתה בעודה ארוסה לא נחשבת קדמה שכיבת בועל לבעל, ואם כן שבועתה שלא זינתה ארוסה אינה נוגעת לשבועתה שלא זינתה נשואה, ושפיר יכול להשביעה על ידי גלגול, אבל בההוה אמינא דשבועתה לא הויה על ידי גלגול אלא שנסתרה כשהיא ארוסה ומשקי לה כשהיא נשואה הרי השבועה בטלה ממה נפשך, אם לא זינתה הרי לא זינתה, ואם זינתה הרי קדמה שכיבת בועל לבעל ואין המים בודקים אותה, ואין שום תועלת בשבועה זו, והרי השבועה מופרכת מינה ובה, אבל למסקנא דקינאי וסתירה היו לאחר נשואין, ומשביעה שלא זינתה נשואה, ועל ידי גלגול משביעה שלא זינתה ארוסה, אין חשש שבלבו עושה אותה שקדמה שכיבת הבועל אם לא באו עדים על כך, ואין זה מעכבו כלל מלהשביעה על ידי קינאי וסתירה שהיו אחר נשואין.

פרק ה

בו יבואר הא דאמרינן בגמרא אשכחן סוטה דאיסורא ממונא מנלן ולא קאמר ממונא מאיסורא לא ילפינן, ויבוארו דברי המהרי"ט דאם משביעו על ידי עד אחד שלא גנב ממנו יכול לגלגל עליו שלא יגנוב ממנו להבא כמו שבעל יכול לגלגל עליה שתטמא תחתיו להבא.

[קדושין כז:]: אמר עולא מניין לגלגול שבועה מן התורה שנאמר ואמרה האשה אמן אמן וכו' אמן מאיש זה אמן מאיש אחר וכו' אשכחן סוטה דאיסורא ממונא מנלן תנא דבי רבי ישמעאל קל וחומר ומה סוטה וכו', יעו"ש, ויש לדקדק בלשון הגמרא אשכחן סוטה דאיסורא ממונא מנלן, והלא עולא אמר דילפינן ממון מסוטה, והוה ליה להגמרא להקשות והא ממונא מאיסורא לא ילפינן, כדאיתא בקדושין (דף ג:): ובכתובות (דף מ:): דליכא למילף דמעשה ידיה דנערה לאביה מהא דהוא מיפר נדריה, יעו"ש, ועיין בתוס' לקמן (דף כח.) בד"ה נאמרה, יעו"ש.

ונראה דבכל שבועת הדיינים יש בה שני דינים, חדא שהוא חיוב ממוני שעליו לברר פטורו מתביעת התובע על ידי בירור של שבועה, וכמו שהתובע יש לו לתבוע ממון שחייב לו יכול נמי לתבוע שבועה שחייב לו, ועיימש"נ בש"ט פ"י, ועוד יש בה דין שהיא שבועת ביטוי ככל שאר שבועת ביטוי שאסור מן התורה לישבע לשקר, והנה שבועת הסוטה לא הוי אלא שבועת ביטוי בעלמא, ועל ידי שהיא נשבעת היא מסירה מעצמה הדין ודאי ערוה שחל עליה כשנסתרה בעדים, אבל אין הבעל יכול להכריחה לישבע כמו שהתובע יכול לתבוע שבועה דאורייתא עד שאם אין הנתבע רוצה לישבע נחתינן לנכסיה, כדאיתא בשבועות (דף מ.), יעו"ש, ואם אמרה האשה איני נשבע הרשות בידה ותצא בלא כתובה, כדתנן בסוטה (דף כד.), יעו"ש, והא דמפסידה כתובתה לא הוי מדין כפיה לישבע, אלא כיון שלא נשבעה לא הסירה מעליה הטומאה דערוה ואסורה לבעל, ולכן אין לה כתובה, אבל בעצם אין שבועתה אלא שבועת ביטוי, והתורה אמרה דיכול לגלגל עליה עוד שבועות ביטוי אחרות בענין זנות כשהיתה אשתו, ושפיר היה אפשר למילף מסוטה לממון שיכול התובע לגלגל על הנתבע מן הדין שבועת ביטוי שבעיקר שבועתו שישבע לו עוד שבועות ביטוי על ענינים אחרים הנוגעים לחיוב ממון מן הנתבע לתובע, ואם לא רצה לישבע לא נחתינן לנכסיה, ואין זה נחשב ממונא מאיסורא אלא איסורא מאיסורא, דשבועת ביטוי אפילו לגבי חיובי ממון הוי איסורא ולא ממונא. והיינו דקאמר הגמרא אשכחן סוטה דאיסורא ממונא מנלן, דאין לגלגל עליו אלא שבועת ביטוי בעלמא, כמו בסוטה, אבל מנלן שיכול לגלגל עליו גם דין זה של השבועה שהיא חיוב ממוני, ואמרינן בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם למקצת שיטת הראשונים, ועיימש"נ בש"ח פ"א, ואם אינו רוצה לישבע נחתינן לנכסיה, ואם הוא חשוד על השבועה כנגדו נשבע ונוטל, כדאיתא בבבא מציעא (דף ה.), יעו"ש, ודין זה ילפינן בקל וחומר, כדאיתא בגמרא.

והנה תנן בסוטה (דף יח:): דאמר רבי מאיר שיכול לגלגל גם שלא תטמא תחתיו

להבא, יעו"ש, וכן פסק הרמב"ם פ"ד סוטה הלי"ז, יעו"ש, וכתב בשו"ת מהרי"ט (ח"ב חו"מ סי' ק"ה) דכן הוא הדין גם בגלגול דממון, דאם משביעו על ידי עד אחד שלא גנב ממנו יכול לגלגל עליו גם שלא יגנוב ממנו להבא, ודבר פלא הוא זה, דהיאך שייך חיוב שבועה שלא יגנוב ממנו, אולם לפי דברינו יש לומר דאין הכי נמי שאינו יכול להשביעו מדין חיוב ממוני על העתיד, מכל מקום יכול להשביעו שבועת ביטוי על העתיד, דזה נילף מסוטה גם בלי הקל וחומר, כמש"נ, ואם אמר הנתבע שאינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיה, שהרי אין זה אלא שבועת ביטוי בעלמא.

פרק ו

בו יבואר הא דילפינן גלגול שבועה בממון בקל וחומר מסוטה שאינו יכול לתבוע שבועה אלא כשנסתרה על פי שני עדים ובממון תובע שבועה על פי עד אחד, דאינן דומין זה לזה דבממון משביעו על הממון שמעיד עליו העד ובסוטה משביעה על הזנות ולא על הסתירה.

[קדושין כז:] אמר עולא מנין לגלגול שבועה מן התורה שנאמר ואמרה האשה אמן אמן וכו' אשכחן סוטה דאיסורא ממונא מנלן תנא דבי רבי ישמעאל קל וחומר ומה סוטה שלא ניתנה להתבע בעד אחד מגלגלין ממון שניתן להתבע בעד אחד אינו דין שמגלגלין וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: שלא ניתנה ליתבע שבועה שלה בעד אחד כדאמרין התם (סוטה דף לא:) דצריך שני עדים שראוה שנסתרה דיליף דבר דבר מממון ממון שניתן ליתבע להשביע בעד אחד אם טענו מנה וכפר לו בכולו ועד אחד מעידו שהוא חייב לו נשבע שנאמר לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה (שבועות דף מ.) עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק דהיכן מצינו שכח התובע קלוש בסוטה מכחו בממון שנוכל לומר מה סוטה דכחו של בעל קלוש מגלגל עליה שבועה בממון שכח התובע אלים אינו דין שמגלגל שבועה על הנתבע, והא לא דמיין אהדדי, דבממון העד מעיד על הדבר שהוא משביע הנתבע, דהיינו שהוא חייב לו ממון, אבל בסוטה הרי ליכא עדים כלל על מה שהוא משביעה, דהיינו שזינתה, ואין העדים מעידים אלא על הסתירה, ואם כן אדרבה כח הבעל בסוטה אלים, שהרי יכול להשביעה בלי שום עדים, מה שאין כן בממון דאינו יכול להשביע הנתבע אלא כשעד מסייעו, ואם נימא דהקל וחומר הוא מהסתירה ולא מהתביעה לישוב, היאך אנו עושים קל וחומר מסתירה שאין דוגמתה בממון, ועוד הרי הא דצריך שנים לסתירה ילפינן דבר דבר מממון, והיאך אפשר לומר דסוטה קל מממון כיון דליכא סתירה בעד אחד, והלא הא גופא נילף מממון.

והנה הא דאמרין בגיטין (דף ב:) דאין דבר שבערוה פחות משנים דילפינן דבר דבר מממון דכתיב בו על פי שנים עדים יקום דבר, יעו"ש, היינו דכמו דמצינו בממון דליכא חלות חיוב או קנין אלא על פי שני עדים, כמו כן נמי בדבר שבערוה ליכא חלות הנוגע לעריות, כגון סוטה וגירושין, אלא על פי שני עדים, אכן לגבי דררא המעוררת ספק ממון ומחייבת שבועה לא בעינן שני עדים, שהתורה אמרה בפירוש דגם עד אחד מעורר דררא המביאה לידי שבועה, וכן הודאה במקצת, ולא בעינן בממון שני עדים אלא לחלות חיוב או קנין, כמש"נ, והנה כל פרשת סוטה תלויה בסתירה, ויש בהסתירה שני ענינים, חדא שעל ידי מה שנסתרה והיו רגלים לדבר שזינתה נאסרה על בעלה באיסור ערוה ודאית, דטומאה כתיב בה כעריות, כדאיתא ביבמות (דף יא.), יעו"ש, והיינו חלות איסור ערוה דבעינן לזה שני עדים, ועוד דעל ידי מה שנסתרה ורגלים לדבר שזינתה אית לן דררא שזינתה ויכול הבעל לתבוע ממנה שבועה שלא זינתה, ובממון אין דין שני עדים אלא בחלות חיוב או קנין אבל לא בדררא המחייבת שבועה, כמש"נ, אכן מגזירה

שוה דדבר דבר מממון ילפינן בכל דיני סתירה דבעינן שנים, בין לחלות דבר שבערוה ובין לעורר דררא לחייב הסוטה בשבועה, ואע"ג דבממון עד אחד מעורר דררא, שהרי להדיא כתיב בקרא, כמש"נ, בסוטה אין עד אחד מעורר דררא, שהרי ילפינן סתירה לכל דיניה מדין חלות ממון שהוקבע בקרא דעל פי שנים עדים יקום דבר, ודין זה דלהשביע על ידי דררא בעינן דררא שנתעוררה על ידי שני עדים לא שייך אלא בסוטה, אבל בשאר דבר שבערוה ליכא שבועה על ידי דררא, ואין בהם אלא הך דינא דלחלות דבר שבערוה בעינן שני עדים כמו בממון.

והיינו מה שכתב רש"י דלדין דררא המחייבת שבועה בסוטה בעינן שני עדים דילפינן דבר דבר מחלות ממון, אבל לדין דררא המחייבת שבועה בממון מפורש בקרא דלא בעינן שני עדים אלא עד אחד, ונמצא דכח התובע אלים בממון מכח הבעל בסוטה, ואיכא למילף קל וחומר דאם הבעל יכול לגלגל שבועה על הסוטה כל שכן שהתובע מגלגל שבועה על הנתבע.

פרק ז

בו יבואר מה שכתבו התוס' דאין למילף דמגלגלין שבועה על ממון בטענת שמא בקל וחומר מסוטה שמגלגל עליה שבועה בטענת שמא, כמו דילפינן עיקר דין גלגול שבועה בממון בקל וחומר מסוטה, כיון דבסוטה גם עיקר שבועתה באה על ידי טענת שמא.

[קדושין כה.] אשכחן בודאי ספק מנלן תניא רבי שמעון בן יוחאי אומר נאמרה שבועה בחוץ ונאמרה שבועה בפנים מה שבועה האמורה בפנים עשה בה ספק כודאי אף שבועה האמורה בחוץ עשה בה ספק כודאי, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: אשכחן ודאי שמגלגלין שבועה טענת ברי בדבר שאין חייבין עליו שבועה כגון קרקעות או שלא הודה במקצת שמגלגלין אותו אם נתחייב לו שבועה ממקום אחר ספק מנין טענת שמא כגון שבועת השותפין והאריסין שחלקו דתנן בשבועות (דף מה.) חלקו השותפין והאריסין אינו יכול להשביעו וקתני נתחייב לו שבועה ממקום אחר מגלגלין עליו את הכל אלמא ספק נמי מגלגלין מנלן אי מקל וחומר לא דמי דסוטה כל שבועתה ספק וגלגולה נמי ספק ממון עיקר שבועתו אינו באה אלא בטענת ודאי וכו' וכיון דעיקר שבועת ממון ליתא אלא בטענת ודאי גלגול ידידיה נמי בטענת ודאי ולא בטענת ספק עכ"ל, יעו"ש.

ועיינן בתוס' בד"ה ספק מנלן וז"ל: פירש בקונטרס טענת שמא כגון שבועת השותפין והאריסין שחלקו וכו' אלמא ספק נמי מגלגלין ואם תאמר מאי בעי לן מנלן נילף קל וחומר מסוטה שהיא ספק ומגלגלין עליה אע"ג דלא ניתנה ליתבע בעד אחד אם כן ילפינן ספק מספק ויש לומר דלא דמי דהתם כל שבועות שלה ספק ולכך מגלגלין עליה ספק אבל ממון דעיקר שבועה ידידיה אינו בטענת ספק אימא דלא מגלגלין עליה ספק עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק דמה לי דעיקר שבועה דסוטה באה על הספק סוף סוף הרי מצינו בסוטה דמגלגלין בספק ונילף בקל וחומר דהוא הדין לממון, ואם נימא דזהו חומר בסוטה דיכול להשביעה עיקר שבועתה אפילו בספק אם כן למה אין זה פירכא על הקל וחומר דנימא מה לסוטה שכן משביעה בספק תאמר בממון שאינו משביעו בספק, ולא נילף אפילו גלגול על ידי טענת ודאי.

עוד יש לדקדק דהיאך כתב רש"י דעיקר שבועה דממון אינו באה אלא בטענת ודאי, והלא שבועת השומרים באה בטענת שמא, וכמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף צז:) בד"ה השוכר וז"ל: ואע"ג דבכל שבועת שומרים המפקיד משביעו מספק שהוא אינו יודע אם נאנסה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והדבר ברור שכן הוא, ואם כן מצינו שמשביע מספק מדאורייתא גם שלא על ידי גלגול.

ונראה דהא דבעינן טענת ברי לעיקר השבועה בממון לאו היינו משום מעליותא דטענת ברי, שיש בה איזה בירור והוכחה לאמת טענת התובע, אלא משום דבלי טענת ברי ליכא תביעה כלל, שאם הוא תובע חבירו לבית דין וטוען מסופקני אם הוא חייב לי מנה יאמרו לו בית דין מה אתה רוצה שנעשה בשבילך ומה אתה תובע, קיים שטרך וחות לדינא, ואף אם נאמר דבברי ושמא הטענת שמא נחשבת כפירה, ועיימש"נ בש"ב פ"ז, היינו משום שיש בזה ניגוד מעליא כנגד התובע, שאומר לו אין אתה יכול להוציא

ממני ממון דדילמא אין אני חייב לך, אבל כשהתובע בא בטענת שמא אין כאן תביעה כלל, ורק בדררא דממונא איכא תביעה על ידי טענת שמא, כדאיתא בבבא מציעא (דף ק.) גבי המחליף פרה בחמור וילדה, דהתם אין ידוע של מי הולד, והרי כל אחד משניהם תובע הולד דשמא נולד ברשותו, אבל כשבא לחייב חברו ממון וטוען שמא אין כאן תביעה כלל, כמ"נ, והיינו מה שכתב רש"י דשבועה דאורייתא אינה באה על טענת שמא, ואין להקשות משבועת השומרים שהמפקיד אינו יודע אם מתה באונס או בפשיעה, דהתם הרי הוא תובע השבת פקדונו, ובזה הוא ברי שהשומר נתחייב להשיב לו פקדונו, והשומר טוען שנאנס הפקדון ואין לו ראיה על זה, בזה שפיר איכא תביעה, שהרי אומר לו אתה בודאי חייב להשיב לי פקדוני, אלא שאתה טוען שנאנס ונפטרת מתשלומין, הבא ראיה על כך, ואם אין לך ראיה הרי החיוב השבה במקומו עומד ותשלם לי.

ולפי זה מובנים דברי התוס' דאין למילף שיכול לגלגל בטענת שמא בקל וחומר מסוטה משום דסוטה עיקר שבועתה באה על טענת ספק, דבסוטה אין הבעל תובע ממנה כלום אלא שהתורה נתנה לו רשות להשביע אותה אם יש לו חששות עליה, וזהו חידוש בסוטה, והתורה אמרה נמי שיכול לגלגל עליה בטענת שמא, שהרי ליכא תביעה בסוטה, כמ"נ, אבל בממון דבעינן תביעה, ואינו יכול להשביע הנתבע בעיקר השבועה אלא על ידי טענת ברי נימא דבעינן תביעה גם לשבועת הגלגול, ונהי דילפינן בקל וחומר מסוטה דמגלגלין בשבועת ממון, ומה שהבעל משביעה עיקר שבועתה בטענת שמא לא הוי חומרא ופירכא על הקל וחומר, דלמה עדיף לגלגל שבועה במקום שאין צריכים תביעה במבמקום שצריכים תביעה, מכל מקום אין למילף בקל וחומר דשבועת הגלגול שונה מכל שבועת ממון ואינה צריכה תביעה לחיובה.

וגם למסקנא דילפינן דיכול לגלגל בטענת ספק במה מצינו נאמרה שבועה בפנים וכו' אין הילפותא דכי היכי דהתם משביעה בטענת שמא גם בממון משביע שבועת גלגול בטענת שמא, אלא הילפותא היא דכי היכי דבסוטה לא חילקה התורה בין אם אמר הבעל שודאי זינתה מאיש אחר לאם אמר שספק זינתה מאיש אחר, בין כך ובין כך יכול להשביעה ולהפסידה כתובתה, כמו כן נמי בממון, כיון דילפינן מן הקל וחומר שיכול לגלגל שבועה על הנתבע בטענת ברי כשאר כל שבועת ממון מן התורה, שוב ילפינן במה מצינו דכי היכי שלא חילקה התורה בגלגול דסוטה בין ספק לודאי, גם בגלגול דממון לא חילקה התורה בין ספק לודאי, ויכול לגלגל עליו אפילו בטענת שמא, ובזה ליכא למימר ממונא מאיסורא לא ילפינן במה מצינו, כמו שכתבו התוס' בד"ה נאמרה דליכא למילף עיקר דין גלגול שבועה בממון מן המה מצינו, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ז פ"ו, דכיון דכבר ילפינן עיקר דין גלגול בממון מקל וחומר שוב ילפינן במה מצינו לקבוע דיני הגלגול.

פרק ח

בו יבואר הא דאין מגלגלין שבועה על טענתו שאמר לו השבע לי שאין עבדי אתה משום דהקורא לחבירו עבד שמותי משמתינן ליה, ולמה לא אמרינן דזו טענה מעלייתא היא דממונא אית ליה גביה כמו דאמרינן כשאומר לחבירו השבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי.

[קדושין כח.] עד היכן גלגול שבועה אמר רב יהודה אמר רב דאמר ליה הישבע לי שאין עבדי אתה ההוא שמותי משמתינן ליה דתניא הקורא לחבירו עבד יהא בנידוי וכו' אלא אמר רבא הישבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי האי טענתא מעלייתא היא ממונא אית ליה גביה רבא לטעמיה דאמר רבא עבד עברי גופו קנוי וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: יהא בנידוי היו מנדין אותו שמזלזל בישראל כל כך אף הם יזלזלו בו עכ"ל, יעו"ש, ולכן אין מגלגלין עליו שבועה שאינו עבד כנעני שלו שהרי בטענתו הוא מזלזל את הנתבע וראוי להיות בנידוי, ויש לדקדק דהא בעבד עברי קאמר בגמרא דפשיטא דמגלגלין דהא טענה מעלייתא היא דממונא אית ליה גביה, ולמה לא נימא כן גם במשביעו שהוא עבד כנעני שלו, דהאי נמי ממונא אית ליה גביה, שטוען שהוא ממונו וקנינו ורוצה להשתעבד בו.

ויש לומר דבעבד כנעני אי אפשר להעמיד הדבר בבית דין שהוא עבדו אלא על ידי העדאת עדים, ולא על ידי טענה וחיוב שבועה, דאם ישבע שבועת הגלגול הרי אינו עבדו, ואם לא ירצה לישבע לא אמרינן שנעשה עבדו, כמו דאמרינן בשבועות (דף מ.) דבשבועת חיוב ממון נחתינן לנכסיה אם אינו רוצה לישבע, יעו"ש, וגם אם יודה שהוא עבדו לא נעשה בכך עבד כנעני, ולא נפטר ממצות עשה שהזמן גרמא, ונמצא דאי אפשר להעמיד על ידי תביעתו וגלגול השבועה שהוא באמת עבדו, ולא נפיק מטענתו אלא זלזול הנתבע, ואין שום פעולה בשבועה זו אלא כדי להפיס דעתו של התובע, ואין מניחים לו להשביעו בכהאי גוונא שיצא מתביעתו זלזול הנתבע.

וגם אין לומר דפלגינן דיבוריה דנתבע אם יודה, ולא נאמין לו להיפטר ממצות עשה שהזמן גרמא וכדומה אבל נאמין לו בעניני ממון כגון שמשועבד לו לעבודה ומציאתו שלו, כדאמרינן גבי עדים בסנהדרין (דף ט:), יעו"ש, דעדים אינם בעלים על הגדתם, ואינם יכולים להתנות בה תנאים, אלא הם מעידים על העובדא שראו, ועל הבית דין מוטל לברר איזה חלק מן ההגדה יקבלו ואיזה חלק לא יקבלו, אבל בהודאת בעל דין הרי המודה הוא הבעלים על הודאתו ואם הוא מודה שהוא עבד גמור אין לנו לקבל רק מקצת, ועוד דאם לא נקבל שהוא עבד לגבי איסורים אם כן גם הקנינים לא שייכי ביה, דאינו יכול להקנות לו עבודתו העתידה והמציאות שימצא בקנין אם לא שהוא עבד כנעני שלו, ועל העבדות אין הודאתו מועילה, כמש"נ, ונמצא דאין כאן אלא זלזול, ואינו יכול להשביעו.

פרק ט

בו יבואר הא דהקורא לחבירו רשע אין בית דין נזקקין לו אבל הוא מותר לשנאתו ואף למעט פרנסתו ולירד לאומנותו מה שאין כן הקורא לחבירו ממזר בית דין נזקקין לו להכותו מכת מרדות, דבקוראו ממזר אין לחוש שהאמת כן מה שאין כן בקוראו רשע.

[קדושין כח.] עד היכן גלגול שבועה אמר רב יהודה אמר רב דאמר ליה הישבע לי שאין עבדי אתה ההוא שמותי משמתינן ליה דתניא הקורא לחבירו עבד יהא בנידוי ממזר סופג את הארבעים רשע יורד עמו לחייו וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: רשע יורד עמו לחייו כלומר זו אין בית דין נזקקים אבל הוא מותר לשנאתו ואף למעט פרנסתו ולירד לאומנותו עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדברי רש"י דהאיסור לירד לחייו הוא משום שנאה, ולזה שקרא לו רשע מותר לשנאתו עד כדי כך למעט פרנסתו ולירד לאומנותו. ויש לדקדק דלמה באמת אין בית דין נזקקים לו להכותו מכת מרדות כי היכי דהקורא לחבירו ממזר מכין אותו מכת מרדות, ולמה מושכים בית דין ידיהם ואין נזקקים לו.

ונראה דהיינו טעמא דאין להכותו משום דדילמא נכונים דבריו ובאמת רשע הוא, ואע"פ שהוא לא כוון אלא להתחרות עמו ולקנטרו, אכן אולי ברם כך האמת כדבריו, ואין אנו יודעים אם באמת אינו רשע, אבל המתחרה עם חבירו וקורא לו ממזר או עבד אין לנו לחשוש שאולי האמת כדבריו.

פרק י

בו יובא הא דאמרינן בגמרא דרבא דאמר שבטוען הישבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי יכול לגלגל עליו שבועה בא לאשמעינן דלא נימא אם איתא דנמכר לו קלא אית ליה למילתא, ויבואר למה תלוי חידוש זה בהא דס"ל לרבא עבד עברי גופו קנוי והוי כקרקע.

[קדושין כה.] עד היכן גלגול שבועה וכו' אלא אמר רבא הישבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי האי טענתא מעלייתא היא ממונא אית ליה גביה רבא לטעמיה דאמר רבא עבד עברי גופו קנוי אי הכי היינו קרקע מהו דתימא קרקע הוא דעבדי אינשי דמזבני בצינעא אם איתא דזבין לית ליה קלא האי אם איתא דזבין קלא אית ליה קא משמע לן, יעו"ש. ומסקינן דיכול לגלגל עליו שלא נמכר לו בעבד עברי ורבא לטעמיה דס"ל עבד עברי גופו קנוי והרי הוא כקרקע, ואע"ג דכבר ידעינן שיכול לגלגל שבועה על הקרקע, כדתנן במתניתין, יש חידוש נוסף בהא דיכול לגלגל עליו שבועה שלא נמכר לו בעבד עברי, דקרקע עבדי אינשי דמזבני בצינעא ולית ליה קלא אבל ישראל הנמכר לעבד עברי מסתמא אית ליה קלא, וסלקא דעתין שאינו יכול לגלגל עליו שבועה, שהרי לא יצא עליו קול ומסתמא לא נמכר לו קא משמע לן.

והא דאמרינן קרקע עבדי אינשי דמזבני בצינעא, אע"ג דאמרינן בבבא בתרא (דף מא:) דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסיו משועבדים דמאן דזבין ארעא בפרהסיא זבין כי היכי דליפוק לה קלא, יעו"ש, היינו דכיון דבדרך כלל יש קול במכירת קרקע לא תיקנו חכמים שלא יגבה מן המשועבדים, אבל מכל מקום לפעמים אישתכח דמזבני בצינעא דלית ליה קלא, ומניחים להתובע להשביע הנתבע על ידי גלגול לברר אותו צד, אבל בעבד עברי הרי זה כמעט ברור שאילו נמכר לו היה יוצא עליו קול, וסלקא דעתין דאינו יכול להשביעו על ידי גלגול לברר צד רחוק זה, קא משמע לן דמכל מקום יכול להשביעו.

ויש לדקדק דכיון דהחידוש שיכול לגלגל עליו שלא נמכר לו בעבד עברי הוא משום דמכירת בן חורין לעבד עברי יש לה קול, וכיון שלא שמענו שנמכר כמעט ברור שלא נמכר וסלקא דעתין שאינו יכול להשביעו על כך, אם כן למה הוצרך לומר דרבא לטעמיה דעבד עברי גופו קנוי והוי קרקע, הלא יציאת הקול אינה תלויה כלל בדיון העבד עברי אם הוא כקרקע או לא, דאפילו אם אינו כקרקע יש בזה חידוש דמגלגל עליו שבועה שלא נמכר לו אע"ג דלא נשמע שום קול על דבר זה, ומסתמא לא נמכר לו, כמש"נ.

ונראה לבאר עפ"י מש"נ בשי"ז פ"ב דהא דמרבינן קרקעות לגלגול שבועה אין זה לעיקר הדין דגלגול שבועה שחל חיוב שבועה חדשה ומיוחדת על טענת הגלגול, דהא קרקע אינה ראויה לשבועה, אלא דין אחר של גלגול שבועה הוא שיכול לכלול הקרקע בכלל עיקר שבועתו, והרי גלגול שבועה על הקרקע שבועה קלושה היא, וכיון דעבד עברי גופו קנוי ודינו כקרקע, והשבועה שאתה יכול לגלגל עליו היא שבועה קלושה,

סלקא דעתין דכיון שלא יצא קול שנמכר בעבד עברי, והדבר נוטה שאין ממש לטענת התובע, לא נגלגל שבועה על הנתבע, קא משמע לך, מה שאין כן אילו היה עבד עברי דינו כמטלטלין דין הגלגול היה שחל עליו שבועה חדשה ומיוחדת על טענת הגלגול עצמה ועל זה לא היה שייך לומר דסלקא דעתין דמשום שלא היה קול שנמכר לעבד לא נגלגל עליו שבועה.

פרק יא

בו יבואר שסדר הרמב"ם בהשקאת סוטה הוא מכוון אף דלכאורה אינו כסדר הפרשה או המשנה, וגם יבואר למה הכניס הרמב"ם השקאת סוטה בין קידוש המנחה בכלי שרת והקטרתה על המזבח, ויתיישבו דברי התוס' ולא ידענו אם סדר התנא או הפרשה דוקא.

[**סוטה יד.**] תנן היה מביא את מנחתה בכפיפה מצרית ונותנה על ידה וכו', יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה מביא את מנחתה וז"ל: אין סדר המשנה וסדר הפרשה מכוונין שהרי כך סדר הפרשה קינא לה ונסתרה מַעֲלָה האשה ומביא את מנחתה הכהן מביא פיילי של חרס ונותן לתוכו חצי לוג מים מן הכיור ונותן בו עפר מעמיד האשה בשער נקנור ואוחז בבגדיה וסותר את שערה ונותן את המנחה על ידיה וביד הכהן מים המרים ומשביע ומתנה עמה וכותב את המגילה ומוחק ומשקה ונוטל מנחתה מתוך כפיפה מצרית ונותן לתוך כלי שרת מניף ומגיש קומץ ומקטיר ולא ידענו למה שינה התנא הסדר ואם סדר התנא דוקא או סדר הפרשה עכ"ל, יעו"ש, והתוס' לקמן (דף יז: בד"ה קודם כתבו וז"ל: אין סדר המשנה וסדר הפרשה מכוונין כמו שפירשנו בראש הפרק וסדר הפרשה עיקר וכו' עכ"ל, יעו"ש).

החילוק בין סדר הפרשה לסדר התנא לכאורה הוא בשתי נקודות, לפי סדר הפרשה בפרשת נשא (ה, טו-יח) הבעל מביא קמח שעורים והכהן מביא פיילי של חרס עם מים ועפר ואחר כך מעמיד האשה בשער נקנור וסותר את שערה, ולפי סדר המשנה בתחלה סותר שערה בשער נקנור, כדאיתא לעיל (דף יז:), יעו"ש, ואחר כך מביא הבעל קמח שעורים, כדאיתא במשנתנו, ואחר כך הכהן מביא פיילי של חרס ונותן לתוכה מים, כדאיתא לקמן (דף טו:), יעו"ש, הרי שסתירת השער אינה על הסדר שבפרשה, ועוד יש חילוק לענין השקאת הסוטה, דלפי סדר הפרשה (ה, כד-כו) משקה את האשה, ואחר כך נותן המנחה לכלי שרת ומניף ומקריב, ולפי סדר המשנה מקדש המנחה בכלי שרת ומניף ומקריב, ואחר כך משקה את האשה, כדאיתא לקמן (דף יט:), יעו"ש.

אולם לפי הסוגיא שם סדר הפרשה וסדר המשנה מכוונים לענין השקאת הסוטה, דרבנן ס"ל משקה ואחר כך מקריב, וברישא מונה סדר עבודות מנחת קנאות ואחר כך תנא דין ההשקאה אם היא קודם הקרבה או אחר הקרבה, ורבי שמעון ס"ל דמקריב והדר משקה, ועיקר מעשה השקאה שבפרשה הוא מאי דכתיב (ה, כו) ואחר ישקה את האשה דכתיב אחר הקרבה ולא מאי דכתיב (ה, כד) והשקה את האשה דכתיב קודם הקרבה, כמבואר לקמן (דף יט:), יעו"ש, ונמצא דאין חילוק בין הפרשה להמשנה אלא מקום סתירת השער בסדר הסוטה.

ויש לדקדק לפי זה למה הביאו התוס' כל הסדר לפי הפרשה אם אין חילוק אלא בתחלת הסדר, ולא היה להם לומר אלא דאינם מכוונים לגבי סתירת השער, ובשלמא אם היו כמה חילוקים הנכון יותר להביא כל הסדר וממילא רואים כל החילוקים, אבל מכיון דליכא אלא חילוק אחד לא היה להם אלא להזכיר אותו חילוק.

עוד יש לדקדק בדברי התוס' שנסתפקו אם סדר התנא דוקא או סדר הפרשה, היאך יעלה על הדעת שסדר הפרשה לאו דוקא, דברים שכתבם משה מפי הגבורה, ולכאורה אין להסתפק בזה ובודאי סדר הפרשה עיקר, כמו שכתבו התוס' לקמן, כנ"ל. והנה עיין ברמב"ם פ"ג סוטה הל"ד-הל"ט וז"ל: אם עמדה בדיבורה מביאין אותה כנגד שער המזרח מבחוץ ומעמידין אותה שם וכו' ואחר כך משביעה הכהן בלשון שהיא מכרת וכו' והיא אומרת אמן בלשון שמכרת וכו' ואחר כך מביא מגילה וכו' וכותב כל הדברים שהשביע אותה בהם וכו' ואחר כך מביא כלי חרש וכו' ונותן לתוכו מים וכו' ולוקח עפר מקרקע המשכן ונותנו על גבי המים וכו' ונותן לתוכן דבר מר כגון לענה וכיוצא בו שנאמר מי המרים ומוחק לתוכן המגילה ואחר כך כהן אחר בא אליה מכהני העזרה וכו' ומגלה שיערה וסותר מחלפות ראשה וכו' ואחר כך מביא עשרון קמח שעורים משל הבעל ונותנו בכפיפה מצרית וכו' ונותנו לידה כדי ליגעה ואחר כך לוקח המנחה מן הכפיפה ונותנה לכלי שרת וכו' ואחר כך משקה אותה ואחר שתשתה לוקח כלי שרת שבו המנחה ונותנו על ידה וכהן מניח ידו תחתיה ומניף וכו' ואחר כך מגיש וכו' וקומץ ומקטיר הקומץ והשאר נאכל לכהנים אם טהורה היא יוצאת והולכת לה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וסדר הרמב"ם לכאורה אינו מכוון לא עם סדר הפרשה ולא עם סדר המשנה, שהרמב"ם הביא השבועה וכתובת המגילה בראש הסדר ולפי סדר הפרשה הן באות לאחר הכנת המים וסתירת שיערה והנחת המנחה על ידה, ועיין במשנה למלך שעמד על דבריו והניחם בצריך עיון, יעו"ש.

עוד יש לדקדק בדבריו שכתב דמקדש המנחה בכלי שרת ואחר כך משקה האשה ואחר כך מקריב המנחה, והנה המשנה מביאה כל סדר הקרבת הקרבן קודם השקאת האשה, ומבואר בגמרא דהמשנה שלא על הסדר אליבא דרבנן דס"ל משקה והדר מקריב, כנ"ל, אכן לא נתבאר בגמרא דאליבא דרבנן משקה קודם הקרבה אבל לאחר קידוש בכלי שרת, וגם בפרשה אין שום רמז לזה, ואם כן צריכים לעיין למה הכניס הרמב"ם השקאת האשה באמצע סדר הקרבת המנחה בין קידוש בכלי שרת ובין תנופת המנחה וקמיצה והקטרה.

ונראה דהנה בקרא כתיב (ה, טז-כו) והקריב אותה הכהן והעמידה לפני ה' ולקח הכהן מים קדושים בכלי חרש וכו' והעמיד הכהן את האשה לפני ה' ופרע את ראשה ונתן על כפיה את מנחת הזכרון וגו' וביד הכהן יהיו מי המרים המאזנים והשביע אותה הכהן ואמר אל האשה אם לא שכב איש אותך וגו' הנקי ממך המרים המאזנים האלה וגו' ואמר הכהן לאשה יתן ה' אותך לאלה ולשבועה וגו' ובאו המים המאזנים האלה במעיד לצבות בטן וגו' וכתב את האלות האלה הכהן בספר ומחה אל מי המרים וגו' והשקה את האשה את מי המרים המאזנים ובאו בה המים המאזנים למרים ולקח הכהן מיד האשה את מנחת הקנאות והניף וגו' וקמץ וגו' והקטיר וגו', יעו"ש. ומדויק בלשון המקרא דבכל הפרשה נקראו המים שבכלי חרש מים המרים המאזנים, מרים מפני שנתן בהם דבר מר, כמו שכתב הרמב"ם, כנ"ל, ומאזנים משום

שהם מביאים קללה לתוך בטנה, חוץ מפסוק אחד באמצע הענין במחיקת המגילה דהמים נקראים מי מרים אבל לא מאררים, וצריכים לעיין דלמה אין נקראים מאררים גם בפסוק זה.

ומחמת דיוק זה ראה הרמב"ם סדר אחר בהילוך הפסוקים, מתחלה התורה מגדת לנו עיקר העובדא של בדיקת הסוטה, והיינו שמעמידה בשער נקנור המנחה בידה וביד הכהן המים המאררים, אכן קודם שהתורה מגדת לנו שהכהן משקה אותה המים המאררים שבידו מפסקת התורה בסיפור ומבארת לנו מה זה מים המאררים, היאך נהפכו מים פשוטים למים מאררים שמביאים קללה לתוך בטן האשה, וקודם שנמשיך בסיפור התורה מגדת לנו סדר יצירת מים מאררים, ראשית הכהן משביע אותה שאם לא שטית לא יזיקו לה המים המאררים שעתידה להשקות, אבל אם נטמאה אז עתידים המים המאררים שתשקה לצבות בטן ולנפיל ירך, אחר כך כותב את המגילה ומוחה אותה לתוך מי מרים, וקאמר קרא דייקא מים מרים ולא מאררים, דבאותה שעה שהוא נותן המגילה לתוך המים עדיין לא היו מים המאררים, ולא נעשו מים מאררים אלא לאחר שנמחקה כל המגילה, וקודם לכן הם מים מרים בלבד, ועכשיו שהתורה בארה לנו מה זה מים מאררים היא חוזרת לענין שהשארנו האשה והכהן אצל שער נקנור מנחה בידה ומים מאררים ביד הכהן, ונמשך הסיפור, הכהן משקה אותה מים המאררים ואחר כך מקריב את קרבנה.

ונמצא דסדר הרמב"ם היא כסדר הפרשה, דמתחלה משביע וכותב המגילה שתהא מוכנת למחיקה, ובגמרא אמרינן דמשביע קודם כתיבה, כנ"ל, ואחר כך מתחיל הסיפור, הכהן מביא כלי חרס עם מים ומוחק לתוכם המגילה, ואחר כך סותר שער האשה ונותן השעורים שהביא הבעל בידה וביד הכהן המים המאררים, ומשקה אותה ומקריב קרבנה.

ונמצא דאע"ג דבהשקפה ראשונה סדר הפרשה הוא לפי הזמן, זה אחר זה, לאו דוקא הוא, אלא שיש סדר אחר בהפרשה שאינו לפי הזמן, כמש"נ, ולפי זה יש לפרש נמי מה שכתבו התוס' דאינם יודעים אם סדר המשנה דוקא וסדר הפרשה לאו דוקא או איפכא, והיינו דדילמא הסדר בזמנים שבהשקפה ראשונה רואים בהפרשה לאו דוקא אלא סדר אחר יש בהפרשה שאינו לפי הזמן, ואותו הסדר שלא נודע בודאי דוקא הוא.

ומשמע נמי מדברי הרמב"ם דבדיקת האשה לא הויא רק על ידי השקאת המים המאררים, אלא גם הקרבת המנחה הוי חלק מעצם הבדיקה ולא רק חיוב קרבן צדדי, וכמו שמצינו בטמא שנתחייב להביא קרבן לאחר טבילתו שלא נסתלקה לגמרי טומאתו קודם שיביא קרבנו, אלא הרי הוא מחוסר כיפורים ונחשב כטמא לגבי אכילת קדשים, כמו כן נמי בסוטה קרבנה הוא חלק מבדיקתה, שלא נגמרה בדיקתה עד שתביא קרבנה, וכן מדויק ממה שכתב הרמב"ם אם היא טהורה יוצאת והולכת לה והרי היא מותרת לבעלה לאחר שכתב שהכהן מקריב קרבנה, אלא משמע דאינה מותרת לבעלה מיד אחר השקאתה אלא לאחר שהקריבו נמי קרבנה.

ולכן למד הרמב"ם שצריך לקדש המנחה בכלי שרת קודם שישקה אותה, דכיון
דהבדיקה נעשית על ידי ההשקאה וההקרבה ביחד מסתברא מילתא דבשעת ההשקאה
כבר יש שם קרבן של השעורים, וקודם קידוש בכלי שרת עדיין ליכא שם קרבן, ולכן
צריך לקדש קודם ההשקאה, והרי שני המתירים מוכנים ביחד.

פרק יב

בו יבואר למה הביא הרמב"ם דינא דגמרא דהכהן מודיע לה דבטן ברישא והדר ירך כדי שלא להוציא לעז על המים לאחר שאמר לה בקללה ירך תחלה ואחר כך בטן, ולא הביא דינא דגמרא דהכהן מודיע לה שוגג או מזיד אונס או רצון כדי שלא להוציא לעז על המים.

[**סוטה כח.**] מדתניא לצבות בטן ולנפיל ירך וכו' ואידך ההוא דמודע לה כהן דבטן ברישא והדר ירך שלא להוציא לעז על המים המרים וכו', יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: שלא להוציא לעז משום דהוא אמר לה בקללה את יריכך נופלת וגו' וסוף המים לבדוק כדרך כניסתן דכתיב וצבתה בטנה והדר ונפלה יריכה לכך הוצרך להודיע תחילה שהמים כדרך כניסתן יבדקוה עכ"ל, יעו"ש.

ובזה הכהן מיישב הסתירה בין מה שהוא אמר לה ומה דכתיב בתורה דכשותה המים נלקית בבטן תחלה, דכשמודיע לה דבטן ברישא הוא אומר לה שהקללה היא מדה כנגד מדה, כדתנן לעיל (דף ח:): בירך התחילה בעבירה תחילה ואחר כך הבטן לפיכך תלקה הירך תחילה ואחר כך הבטן וכו', יעו"ש, וכתב שם רש"י וז"ל: ירך התחיל בעבירה תחילה בדרך תשמיש הירך נהנה תחילה בקירוב בשר לפיכך תלקה ירך תחילה לקלל אותה דכתיב בתת ה' את ירכך נופלת ואת בטנך צבה עכ"ל, יעו"ש, והיינו דהקללה חלה תחלה על הירך, אבל הבדיקה עצמה על ידי המים מתחלת כדרך כניסתן, ובטן ברישא.

עוד מצינו ענין זה שלא להוציא לעז על המים לקמן (דף לב:): תנו רבנן משמיעין אותה בכל לשון שהיא שומעת וכו' ובמה היא נטמאת בשוגג או במזיד באונס או ברצון וכל כך למה שלא להוציא לעז על המים המרים, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: ובמה היא נטמאה משמיעין אותה הלכות המים המאררים על איזו טומאה הן בודקין אותה שאם נטמאה והיא מזידה וברצון בדקוה ואם שוגגת כגון אמרו לה מת בעליך או אנוסה לא יבדקוה וכל כך למה וכו' שלא להוציא לעז שאם נטמאת באונס או שוגגת ולא נבדקת שלא תהא סבורה אילו נטמאתי מזידה גם כן לא היו בודקים אותי עכ"ל, יעו"ש. ועיין ברמב"ם פ"ג סוטה הל"ז וז"ל: ואחר כך משביעה הכהן בלשון שהיא מכרת וכו' יתן ה' אותך לאלה ולשבועה בתוך עמך בתת ה' את ירכך נופלת ואת בטנך צבה וכו' ומודיעה שהבטן היא שתלקה תחלה והירך בסוף כדי שלא להוציא לעז על המים עכ"ל, יעו"ש, והוא על פי סוגיין לענין סדר ירך ובטן, אכן הרמב"ם לא הזכיר בהלכה זו הא דמודיע אותה בלשון שהיא מכרת שחלוק אם נטמאה במזיד או בשוגג כדי שלא להוציא לעז על המים, כדאיתא לקמן, כנ"ל, והכסף משנה כתב שאינו יודע למה השמיטה.

והנה לאחר דהגיד לנו התנא לעיל דתלקה הירך תחלה מדה כנגד מדה, כנ"ל, הוא ממשיך במשנה ארוכה ומביא כמה דוגמאות למדה כנגד מדה לענין רעה ולענין הטבה

(דף ט:), שמשון הלך אחר עיניו לפיכך נקרו פלשתים את עיניו וכו' אבשלום נתגאה בשערו לפיכך נתלה בשערו וכו' וכן לענין הטובה מרים המתינה למשה שעה אחת וכו' יוסף זכה לקבור את אביו וכו', יעו"ש, ולכאורה אין למשנה זו מקום בסדר המשניות אלא במדרש רבה או במדרש תנחומא, והיכן מצינו משנה כזו שאין בה שום צד הלכה אלא דברי אגדה בלבד, חוץ מלפעמים במשנה אחרונה של סדר משניות, ומעשה בחוני המעגל שהביא התנא בתענית (דף יט.) הובאה שם ללמוד ממנו הלכות, יעו"ש, אבל אין שום הלכות נלמדות ממשנה דמשון הלך אחר עיניו, וגם משנה ראשונה שהיא קצרה ומגדת לנו דהקללה חלה תחלה על הירך מדה כנגד מדה אין מובן כל כך למה היא מובאת בסדר המשניות, ועיין בתוספתא פ"ג שכל הפרק מדבר אך ורק בענין מדה כנגד מדה, והוא כולו דברי אגדה, ויותר שייכים דברים כאלו למדרש ולא למשנה ותוספתא. אולם נראה דמשניות אלו ודברי התוספתא אינם באים לבאר לנו ענין מדה כנגד מדה, אלא הם הם הדברים שהיה הכהן אומר להסוטה כשבא ליישב בעיניה סתירת הפסוקים במגילת סוטה כדי שלא להוציא לעז על המים המרים, ואומר לה דבקרא הקדים ירך לבטן לחלות הקללה מדה כנגד מדה, אבל בפועל יבדקו המים דרך כניסתן, ובמשנה שניה מרחיב התנא בדברי הכהן, שאינו אומר לה רק שהוא מדה כנגד מדה אלא הוא מביא לה דוגמאות מן המקראות, ובתוספתא מרחיב בדברי הכהן עוד יותר ומביא עוד הרבה דוגמאות.

ולמד הרמב"ם דדברים אלו אינם לעיכובא, אלא אם ירצה הכהן ואם כפי ראות עיניו האשה מוכשרת לכך יכול להגיד לה הרבה דברי אגדה שלא ישאר שום שמץ של לעז במים המרים, וגם מייגעה בכך ואולי תחזור בה ותודה, אבל עיקר הדין הוא רק להגיד לה על כל פנים דנוסח הקללה הוא מדה כנגד מדה, ומה שכתב הרמב"ם דמודיעה שהבטן תלקה תחלה כדי שלא להוציא לעז על המים היינו שיסביר לה דנוסח הקרא הוא מדה כנגד מדה ובפועל יבדקו המים דרך כניסתם, דאם אינו אומר לה כן אינו מונע לעז מן המים אלא מוסיף בהם לעז במה שמעורר לה שלא תיבדק כסדר הפסוק, אלא המכוון שאומר לה שהפסוק מגיד לנו סדר חלות הקללה מדה כנגד מדה, וכמשנה ראשונה, וכל מה שתנא במשנה שניה ובתוספתא לא הביא הרמב"ם, דכל זה איננו חיובי, אבל להגיד לה לכל הפחות ענין מדה כנגד מדה הוא חיוב כדי שלא להוציא לעז על המים, ואין להקשות למה אומר לה בתחלה שהקללה חלה על הירך, וממילא הוצרך להסביר לה שאין סתירה בפסוקים כדי שלא להוציא לעז על המים, ולמה אינו אומר מיד לצבות בטן ולנפיל ירך, ושוב לא יצטרך להסביר לה שום דבר, זה לא קשה, דהרי היא צריכה לקבל על עצמה הקללות, כדתנן לעיל (דף יח.) אמן על האלה אמן על השבועה, יעו"ש, ולכן צריך להגיד לה מהי הקללה והסדר שבו תחול בגופה.

ולפי זה יש לומר דכן הוא לענין להגיד לה בשוגג או במזיד באונס או ברצון כדי שלא להוציא לעז על המים, דעיקר החשש לעז הוא מיד כשאומר לה יתן ה' אותך לאלה וכו' את ירכך נופלת וכו' ואחר כך אומר לה לצבות בטן וכו', ומיד היא שומעת סתירה בדבריו ולועזת על המים, אבל לעז דמזיד ושוגג ליכא אלא לאחר שתית המים

ולפעמים זינתה בשוגג ואין המים בודקים אותה, ואז היא לועזת על המים, אבל לעז דסתירה בסדר הבדיקה בא מיד ובכל גוני, ולמד הרמב"ם דעיקר חיוב הכהן הוא לסלק לעז זה, אבל להודיע לה מזיד ושוגג אינו חיובי, ולכן לא הביאו הרמב"ם. ומה שהביא הרמב"ם בהל"ב שם דבית דין הגדול אומרים לה בתי הרבה היין עושה וכו' ומגידיים מעשה יהודה ותמר כלתו ומעשה ראובן בפילגש אביו על פשטו ומעשה אמנון ואחותו, יעו"ש, והוא כפי המשנה לעיל (דף ז.), יעו"ש, ובהשבעתו אותה אין הכהן מגיד לה סיפורי שמשון ואבשלום ומרים, כנ"ל, היינו משום דבית דין הגדול מדברים על לבה להקל עליה עד שתודה, כמו שכתב הרמב"ם, יעו"ש, ובזה מוטל עליהם חיוב להגיד לה סיפורים אלו, אבל לאחר שעמדה בסירובה והכהן בא רק להשמר שלא להוציא לעז על המים בזה יוצא ידי חובתו במה שמגיד לה ענין מדה כנגד מדה ותו לא מיד, כמש"נ.

פרק יג

בו יובא שהרמב"ם הביא בבא דשתי פרות אחת שאולה ואחת שכורה ומתה אחת מהן שואל אומר שכורה מתה ומשאל אומר איני יודע פטור ולא מוקי לה במאמינו שכדרכה מתה כמו שכתבו התוספות, ויבואר למה אינו יכול לגלגל עליו שבועה ששכורה מתה.

[**בבא מציעא צז.**] מתניתין השואל את הפרה וכו' שכר אחת ושאל אחת ומתה המשאל אומר שאולה מתה וכו' והלה אומר איני יודע חייב השוכר אומר שכורה מתה וכו' והלה אומר איני יודע פטור זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השוכר ששכורה מתה זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו, יעו"ש, ובגמרא קאמר דברישא חייב לשלם כשיש עסק שבועה ביניהם והרי הוא מודה במקצת ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולקמן (דף צח:) אמרינן דהא דנשבע בסיפא הוא משום דנשבע שמתה כדרכה ומגלגל עליו לישבע ששכורה מתה, יעו"ש.

והתוס' בד"ה ביום שהיתה שאולה מתה וז"ל: בגמרא מוקי לה רב נחמן בשיש עסק שבועה ביניהם וקשה לר"י דאמאי צריך לאוקומי בהכי דבלאו הכי הוי ליה מחויב שבועה על ידי גלגול וכו' ואינו יכול לישבע דהא קאמר איני יודע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם וכו' וכן במציעתא השוכר אומר ששכורה מתה והלה אומר איני יודע פטור ואמאי פטור לימא ליה אישתבע לי דכדרכה מתה ועל ידי גלגול איצטריך לישבע דשכורה מתה דאע"פ שהמשכיר טוען ספק יכול הוא להשביע שוכר על ידי גלגול מן התורה דגמרינן מסוטה וכו' ונראה לר"י דאין מגלגלין אלא כשנתבע טוען ודאי דומיא דסוטה שטוענת ודאי אבל ברישא וסיפא שהנתבע טוען שמא אין מגלגלין דלא הוי דומיא דסוטה אך קשה מציעתא שהשוכר טוען ודאי ואומר ר"י דמיירי כשמאמינו המשאל במה שאומר שכדרכה מתה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והוקשה להם להתוס' מציעתא דמפקיד טוען שמא ונפקד טוען ברי ששכורה מתה פטור, ולמה לא יחייב אותו לישבע על ידי גלגול, דהא מגלגלין בטענת שמא דומיא דסוטה, ומחמת חומר קושיא זו כתבו התוס' דמיירי במאמינו וליכא שבועה לגלגל ממנה.

אולם עיין ברמב"ם פ"ג שאלה ופקדון הל"ג וז"ל: או שאמר השואל שכורה מתה וכו' והמשאל אומר איני יודע וכו' המוציא מחבירו עליו הראיה עכ"ל, יעו"ש, הרי שהביא הרמב"ם מציעתא כצורתה במתניתין, ולא חילק בין מאמינו לאינו מאמינו, ואם כן קשה לדידיה קושית התוס' דלמה אינו יכול להשביעו על ידי גלגול. ונראה ליישב דברי הרמב"ם עפ"י ש"נ בשי"ז פ"ב בשיטתו דיש שני דיני גלגול שבועה, לפעמים הוי שבועת הגלגול שבועה חדשה בפני עצמה, ולפעמים אין הגלגול קובע שבועה בפני עצמה אלא שיכול לכלול טענת הגלגול בכלל עיקר השבועה, והיכא דאומר שמא בטענת הגלגול אינו יכול לקבוע שבועה חדשה בפני עצמה על ידי הגלגול, דהא מן התורה אינו יכול להשביעו אלא בטענת ברי, כמו שכתב רש"י בקדושין (דף כח.) בד"ה מנלן, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ז פ"ג, ואינו יכול להשביעו בגלגול בטענת שמא

אלא על ידי שכולל טענת הגלגול בכלל עיקר שבועתו אגב עיקר טענתו, ואז לא איכפת לן אם תביעתו שמא.

ולפי זה יש לומר דאם המשאיל אינו יודע איזו מתה ובא לגלגל שבועה על השוכר בטענת שמא הרי אינו יכול להשביעו אלא על ידי שיכלול שבועת הגלגול בכלל עיקר השבועה, והלא שתי השבועות סתרי אהדדי ואי אפשר לכוללם יחד בשבועה אחת, דאם הוא תובע ממנו לישבע שמתה כדרכה הרי אין שבועה זו שייכת אלא אם שכורה מתה, והיאך יכול להשביעו באותה שבועה שהפרה שמתה לא היתה השאולה, ולפיכך לא שייך בזה גלגול שבועה אלא באוקימתא דמתניתין שהמשאיל טוען ברי, ואז יכול להשביעו שבועה חדשה על ידי גלגול, ולא איכפת לן אם השבועות סתרי אהדדי, ועיימש"נ בשי"ז פט"ו.

פרק יז

בו יובא דנחלקו התוס' והנמוקי יוסף בגלגל עליו שבועה ואמר איני יודע אם נשבע שאינו יודע, ויבואר דתליא בהא דנחלקו בטעמא דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם בשבועת גלגול, גם יבואר מה שחילק הנמוקי יוסף בין תבעו ברי בטענת גלגול לתבעו שמא.

[בבא מציעא צז.] מתניתין השואל את הפרה וכו' שכר אחת ושאל אחת ומתה וכו' זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השוכר ששכורה מתה וכו', יעו"ש, ובגמרא לקמן (דף צח:) מבואר דנשבע על ידי גלגול, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ז פט"ו.

וכתבו התוס' בד"ה ביום וז"ל: ואם תאמר והיכי מגלגלין שבועה לעולם דאפילו כשנתבע טוען ודאי יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר איני יודע ויש לומר דאין זה מיגו דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק וכו' עכ"ל, יעו"ש, וקושית התוס' היא דכיון דאין מגלגלין על הנתבע שטוען שמא, אם כן גם כשטוען ברי יפטר מן השבועה מיגו דאי בעי אמר איני יודע ואז יפטר מכלום.

והנה הדין הוא דכופר הכל נשבע היסת מדרבנן, כדאיתא בשבועת (דף מ:) ולעיל (דף ה.), יעו"ש, ואם טוען איני יודע נשבע היסת שאינו יודע, וכתבו התוס' לקמן (דף צז:) בד"ה רב נחמן וז"ל: פירש בקונטרס וכו' אבל לאחר שניתקנה שבועת היסת חייב לישבע שאינו יודע דאם לא כן כל נתבע יאמר איני יודע ויהיה פטור מכלום עכ"ל, יעו"ש, וכן כתב המגיד משנה פ"א טוען ונטען הל"ח דאם לא כן בטלת שבועת היסת, יעו"ש, ומבואר דבעצם לא שייך להשביעו אם יודע, ומכל מקום נשבע כן שאם לא בטלת שבועת היסת, אולם עיין מה שכתב רש"י בבבא קמא (דף קיח.) בד"ה פטור וז"ל: ומיהו ישבע כדאמר שאין יודע שחייב לו כלום דלא עדיף שמא מברי דהא אי נמי הוה טעין ליה אין לך בידי כלום הוי משביעין ליה שבועת היסת עכ"ל, יעו"ש, ומבואר דבעצם שייך שבועה שאינו יודע דלא עדיף שמא מברי, ועיימש"נ בשי"ח פ"א.

והנה לפי דברי רש"י בבבא קמא דאין לחלק בין ברי לשמא לגבי חיוב שבועה, ולכן צריך לישבע שבועת היסת שאינו יודע, לכאורה כן הוא הדין גם בשבועה דאורייתא דבעצם היה צריך לישבע שאינו יודע, אלא דלא מיתוקמא שבועה זו, דכיון דטוען שמא, כגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, כדאיתא לקמן (דף צח.), יעו"ש, הוה מחויב שבועה שאינו יכול לישבע וחייב לשלם, וכן להמגיד משנה בעצם היה צריך להיות הדין דאם אומר איני יודע צריך לישבע שבועה דאורייתא שאינו יודע, דאם לא כן בטלת השבועה שכל אחד יאמר איני יודע ויפטור עצמו מלישבע, אבל כיון דאינו יודע הרי הוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע וחייב לשלם ולא לישבע.

ויצא לנו לפי זה דלהנך דעות דס"ל דבשבועת הגלגול לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם צריך לישבע שאינו יודע, וכן כתב הנמוקי יוסף וז"ל: חייב לאשתבועי אגלגול ואפילו טען אגלגולין איני יודע משתבע שבועה חמורה שאינו יודע ואע"פ שדעת הראב"ד ז"ל היה שאפילו בטוענו ברי אם רצה ליפטר מלישבע שבועה חמורה על

הגלגולין יאמר עליהם איני יודע אינו מחזור ואף הוא עצמו חזר בו וכו' עכ"ל, יעו"ש, ואם נאמר כדברי הנמוקי יוסף, דאם אמר איני יודע על הגלגולין צריך לישבע שאינו יודע, נסתלקה קושית התוס' דהיאך מגלגלין שבועה, והלא יכול לפטור עצמו מיגו דאי בעי אמר איני יודע, כנ"ל, דהרי גם אם אומר איני יודע צריך לישבע שאינו יודע ואם כן אין לו מיגו לפטור עצמו משבועת הגלגול.

והנה יש להסתפק בהא דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם בשבועת הגלגול, אם הוא מיעוט בדינא דמתוך, דאע"ג דחל עליו חיוב שבועה על ידי הגלגול לא אמרינן בשבועה זו דאם אינו יכול לישבע משלם, או דלמא דין הוא בעצם החיוב שבועה דאין מגלגלין שבועה על מי שאומר איני יודע, וכן כתבו התוס' לעיל בדיבור זה וז"ל: ובסיפא נמי בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע אמאי יחלקו נימא מתוך שאינו יכול לישבע על ידי גלגול משלם ונראה לר"י דאין מגלגלין אלא כשנתבע טוען ודאי דומיא דסוטה שטוענת ודאי וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי דליכא חיוב שבועת הגלגול כלל כשהנתבע אומר איני יודע דלא הוי דומיא דסוטה, אבל הנמוקי יוסף כתב וז"ל: וכן הסכימו האחרונים ז"ל דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אמרינן אפילו אגלגול וכן דעת מר יהודאי גאון ז"ל ומיהו הני מילי בגלגול הבא מטענת ברי אבל בגלגול הבא מחמת טענת שמא לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם עכ"ל, יעו"ש, ואם נימא דבאומר איני יודע נתמעט מגלגול שבועה דלא הוי דומיא דסוטה לכאורה אין לחלק בין טוענו ברי לטוענו שמא, אלא מוכח דאע"ג דנתחייב שבועת הגלגול לא אלימא השבועה לחייבו ממון אם אינו יודע אלא כשהתובע טוען ברי, ועיימש"נ בשי"ז פ"ג, אבל גלגול שבועה בתביעת שמא אין בה דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ושפיר קאמר הנמוקי יוסף דאע"ג דאינו משלם צריך לישבע שאינו יודע, כנ"ל, ולא קשה לפי זה קושית התוס', כמש"נ, אבל התוס' ס"ל דבאומר איני יודע לא חל עליו חיוב שבועה על ידי גלגול כלל דלא הוי דומיא דסוטה, וכיון דליכא חיוב שבועה אין להשביעו שאינו יודע, כמש"נ, ושפיר הקשו התוס' דהיאך נשבע לעולם על ידי גלגול, והלא אית ליה מיגו דאי בעי אמר איני יודע.

ומה שחילק הנמוקי יוסף בין תובע ברי בטענת הגלגול דאמרינן ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, לבין תובע שמא בטענת הגלגול דלא אמרינן ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אולי יש לבאר על פי מה שכתב רש"י בקדושין (דף כח.) בד"ה מנלן וז"ל: ממון עיקר שבועתו אינו באה אלא בטענת ודאי וכו' עכ"ל, יעו"ש, והיינו דבטענת שמא ליכא תביעה כלל, כמש"נ בשי"ז פ"ז, ומכל מקום יכול לגלגל עליו שבועה אפילו בטענת שמא, ואע"ג דאין בה תביעה כלל, דילפינן נאמרה שבועה בחוץ ונאמרה שבועה בפנים, כדאיתא בקדושין, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דאין שבועת הגלגול בטענת שמא קובעת שבועה לעצמה אלא יכול לכלול אותה בכלל שבועתו הראשונה אגב עיקר שבועתו, ועיימש"נ בשי"ז פ"ב, ולכן לא אלימא שבועה זו שנאמר בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

פרק טו

בו יבואר הא דבשתי פרות אחת שאולה ואחת שכורה ומתה אחת מהן יכול להשביעו שמתה כדרכה ומגלגל עליו ששכורה מתה, ואף על גב דמבואר מדברי התוס' בקדושין לענין לגלגל עליה שלא זינתה ארוסה דאין מגלגלין שבועה שסותרת לעיקר השבועה.

[**בבא מציעא צח:**] זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השוכר ששכורה מתה ואמאי מה שטענו לא הודה לו מה שהודה לו לא טענו אמר עולא על ידי גלגול דאמר ליה אישתבע לי איזו מיהת דכדרכה מתה ומיגו דמישתבע דכדרכה מתה מישתבע נמי דשכורה מתה, יעו"ש, והגם שהמשאיל טוען שאולה מתה, ובשואל אין נפקא מינה אם מתה כדרכה או על ידי פשיעה, מכל מקום יכול להשביעו שמתה כדרכה ומגלגל עליו שבועה ששכורה מתה.

והנה מבואר מדברי התוס' בקדושין (דף כז:): בד"ה ונקה דאין התובע יכול לגלגל על הנתבע שבועה שסותרת לעיקר השבועה, ולכן הא דיכול לגלגל על הסוטה לישבע שלא זינתה ארוסה, אף דלפי טענתו הרי בא עליה באיסור כשכנסה ואינו מנוקה מעון ואין המים בודקים, על כרחך הוא משום דכשבא על הסוטה בשוגג לא קרינן ביה אינו מנוקה מעון, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ז פ"ג.

ולפי זה קשה היאך מגלגל עליו שבועה ששכורה מתה ממה שנשבע שמתה כדרכה, הרי שבועת הגלגול סותרת לעיקר השבועה, דכפי תביעתו ששאולה מתה לא שייך להשביעו שמתה כדרכה, שהרי אם שאולה היתה חייב לשלם על כל אופן, ובכהאי גוונא אינו יכול לגלגל עליו שבועה, כמו שלא היה יכול לגלגל על הסוטה שבועה שלא זינתה ארוסה תחתיו כיון דלפי תביעתו לא היה יכול להשביעה שלא זינתה נשואה כיון דאינו מנוקה מעון, ולא שייך להשביעה בגלגול על זה אלא משום דבבא עליה בשוגג הוי מנוקה מעון ואין שבועה שלא זינתה ארוסה סותרת לעיקר שבועה שלא זינתה נשואה, וכמו כן בדין כשהמשאיל טוען שאולה מתה ובא להשביעו על כך על ידי גלגול הרי שבועה זו סותרת לעיקר שבועה שמתה כדרכה, כמש"נ.

ונראה ליישב עפ"י מש"נ בשי"ז פ"ב דיש שני דיני גלגול שבועה, היכא דשבועת הגלגול הוי על דבר שנשבעים עליו חל חיוב שבועה מיוחדת על תביעת הגלגול, ונמצא שנשבע שתי שבועות, ואע"פ שנשבע שתיהן כאחת, כמו שכתב הרמב"ם פ"א טוען ונטען הלי"ד, יעו"ש, דלמה יוציא את השם שתי פעמים, אבל היכא דשבועת הגלגול הוי על דבר שאין בו תורת שבועה, כגון קרקעות ועבדים, עדיין יכול להשביעו על ידי גלגול, אלא דבכהאי גוונא לא שייך שבועה מיוחדת על הקרקעות, שהרי נתמעטו משבועה, ומכל מקום יכול לכלול הקרקעות בשבועתו על המטלטלין, וליכא אלא תורת שבועה אחת.

ולפי זה יש לומר דכלל זה היוצא לנו מדברי התוס' בקדושין דאינו יכול לגלגל שבועה שהיא סותרת לעיקר השבועה, כנ"ל, היינו היכא דבא לכלול טענת הגלגול בעיקר השבועה, ואינו נשבע אלא שבועה אחת על המטלטלין והקרקעות ביחד, אז

אמרין דלא שייך להשביעו שבועה שסותרת עצמה מינה ובה, אבל היכא דשבועת הגלגול הוי על דבר הראוי לשבועה הרי חלה על שבועת הגלגול תורת שבועה מיוחדת בפני עצמה, ואף אם בפועל מצרף השבועות שלא יוציא שם שמים שלא לצורך, כמש"נ, ובכהאי גוונא לא איכפת לן אם שבועת הגלגול סותרת לעיקר השבועה, שהרי כל שבועה עומדת לעצמה.

והתוס' בקדושין מיירי כשמגלגל עליה שלא זינתה ארוסה, והרי ארוסה אינה ראויה לשבועת סוטה, כמו שמבואר בגמרא שם, ואלא דעל ידי גלגול יכול לכלול שבועה זו בכלל שבועתה שלא זינתה נשואה, ואם שבועה שלא זינתה ארוסה סותרת לעיקר שבועתו לא היה יכול לכוללן יחד, אבל בסוגיין הרי מיירי בפרות שהן ראויות לשבועה, ולכן כשמגלגל עליו שבועה ששכורה מתה הרי חל עליו חיוב לישבע שבועה מיוחדת על כך, ואינו צריך לכוללה בכלל שבועתו שמתה כדרכה, ולא איכפת לן אם שבועת הגלגול סותרת לעיקר שבועתו, שהרי שתי השבועות עומדות בפני עצמן.

פרק טז

בו יבוארו דברי הרמב"ם בשתי פרות אחת מהן שאולה ואחת מהן שכורה ומתה אחת מהן והנפקד אומר שהשכורה היא שמתה דאין צריך הנפקד לישבע שמתה כדרכה אלא אם כן שניהם טוענים ברי, אף על פי דלשבועת השומרים לא בעינן שיהא להמפקיד טענת ברי.

[**בבא מציעא צח:**] זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השוכר ששכורה מתה ואמאי מה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו אמר עולא על ידי גלגול דאמר ליה אישתבע לי איזו מיהת דכדרכה מתה ומיגו דמישתבע דכדרכה מתה מישתבע נמי דשכורה מתה, יעו"ש.

ועיין ברמב"ם פ"ג שאלה ופקדון הל"ג וז"ל: השואל פרה מחבירו שאלה חצי היום ושכרה חצי היום שאלה היום ושכרה למחר שאל אחת ושכר אחת ומתה אחת מהן המשאיל אומר שאולה מתה וכו' והשואל אומר איני יודע או שאומר השואל שכורה מתה וכו' והמשאיל אומר איני יודע או שאמר זה איני יודע וזה אומר איני יודע המוציא מחבירו עליו הראיה לא היתה שם ראיה ישבע השוכר על השכורה שמתה או שאינו יודע ויפטר זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השומר על השכורה שמתה כדרכה כמו שטען ויגלגל עליו שהשכורה היא מתה עכ"ל, יעו"ש.

והרמב"ם לא הזכיר שבועה שמתה כדרכה אלא בסוף ההלכה כשזה אומר שאולה וזה אומר שכורה, אבל בריש ההלכה כשהמפקיד אומר איני יודע לא הזכיר הרמב"ם שבועה שמתה כדרכה, רק שבועה ששכורה מתה או שאינו יודע, וזוהי שבועת היסת בעלמא, כמו שכתב הלחם משנה, יעו"ש, ועיימש"נ בש"ח פ"ב, ומבואר דכשהמפקיד אומר איני יודע אין השומר נשבע שמתה כדרכה ולא פשע בה, ויש לדקדק דלמה אינו נשבע, הלא כל שבועת שומרים באה בשהמפקיד טוען שמא.

ובאמת מדויק כדברי הרמב"ם בלשון הגמרא דאמר ליה אישתבע לי מיהת דכדרכה מתה ומיגו דמישתבע דכדרכה מתה מישתבע נמי דשכורה מתה, ומשמע דהיינו טענה חדשה דאישתבע לי מיהת, ולא קאמר כיון דנשבע שמתה כדרכה יכול לגלגל עליו ששכורה מתה, ומשמע דבעצם אינו יכול להשביעו שמתה כדרכה ורק דבא זו יש לו טענת אישתבע לי מיהת.

וביאור הדברים הוא דכיון שהמפקיד טוען שאולה מתה, או בטענת ברי או בטענת שמא, ותובע ממנו תשלומין, הרי לדבריו אין שום נפקא מינה אם מתה באונס או בפשיעה, דבין כך ובין כך השואל חייב, ואם כן בעצם אינו יכול להשביעו שבועת השומרים שמתה כדרכה, לא בטענת שמא ולא בטענת ברי, דשבועה זו למותר היא, אכן היכא דשייך גלגול שבועה, כגון שהנפקד טוען ברי ששכורה מתה והמפקיד טוען ברי ששאולה מתה, אזי יכול המפקיד להשביעו שמתה כדרכה, ואין שבועה זו למותר, שהרי יכול לגלגל עליו שבועה ששכורה מתה, לכן היכא דמפקיד או הנפקד או שניהם אומרים איני יודע לדעת הרמב"ם הרי אינו יכול לגלגל עליו שבועה, כמו שכתב המגיד

משנה בהל"ד, יעו"ש, ודלא כמו שכתבו התוס' לעיל (דף צז.). בד"ה ביום, יעו"ש, וכיון שכן אינו יכול להשביעו שמתה כדרכה, דהא אין לו שום תועלת בשבועה זו, דכיון שהוא טוען ששאולה מתה אין שום נפקא מינה שזו מתה באונס או בפשיעה, כמש"נ, וגם אינו יכול לגלגל עליו שבועה ששכורה מתה כיון דליכא טענת ברי בין לתובע ובין לנתבע, אבל כשזה אומר שאולה וזה אומר שכורה הרי שייך כאן גלגול שבועה, ויכול להשביע שמתה כדרכה כדי לגלגל עליו שבועה ששכורה מתה, והיינו דקאמר בגמרא אישתבע לי מיהת וכו', דבעצם אינו יכול לתבוע שבועה שמתה כדרכה, כמש"נ, אכן בזה אומר שאולה וזה אומר שכורה יכול לתבוע שבועה זו כדי שיוכל לגלגל עליו שבועה ששכורה מתה.

שער יח: מי אינו יכול לישבע וחשוד על השבועה

ובו י"ד פרקים

פרק א

בו יובא מחלוקת הרא"ש והרמב"ן אם התובע יכול לגלגל שבועה על הנתבע שנתחייב לשלם מדינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ואם יש דינא דמתוך בשבועה שנתחייב על ידי גלגול, וגם יתבאר מאי דפליגי אם אמרינן מתוך היכא דהנתבע לא הוה ליה למידע.

[**בבא מציעא צח:**] זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השוכר ששכורה מתה ואמאי מה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו אמר עולא על ידי גלגול דאמר ליה אישתבע לי איזו מיהת דכדרכה מתה ומיגו דמישתבע דכדרכה מתה מישתבע נמי דשכורה מתה, יעו"ש.

וכתב הרא"ש וז"ל: ותימה ברישא ביום שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב דמוקי לה ביש עסק שבועה ביניהם אמאי צריך לאוקמה הכי הא בלאו הכי מחויב שבועה על ידי גלגול דאמר ליה משכיר אישתבע לי מיהא דכדרכה מתה ומגו דמישתבע דכדרכה מתה אישתבע לי על ידי גלגול דשכורה מתה ואינו יכול לישבע דקאמר איני יודע ומתוך שאין יכול לישבע משלם וכו' ומצינן נמי למידחי דלא אמרינן מחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם אלא היכא שאין יכול לישבע אותה שבועה שנתחייב על עיקר טענתו וכו' אבל בשבועה הבא לו על ידי גלגול ולא על עיקר טענתו לא החמירו כולי האי וכו' ואע"ג דגלגול שבועה דאורייתא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ילפינן (שבועות דף מז.) משבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין כגון דאמר מנה לי ביד אביך ואמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא הלכך אין לנו אלא כיוצא בזה שנתחייב שבועה על עיקר טענתו עכ"ל, יעו"ש, אבל הרמב"ן (דף צח.) פליג וס"ל דגם בשבועה שנתגלגל עליו אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, יעו"ש, ועיין שם בנמוקי יוסף.

ועיין מה שכתב המחבר בחו"מ סי' צ"ד סעי' ז' וז"ל: טענו מנה והודה לו בחמשים ועל השאר טען איני יודע והאחר גלגל עליו כמה גלגולים והנתבע השיבו על הגלגולים אין לך בידי כלום אע"פ שעיקר שבועה אנו דנים בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם לא נדין כן על הגלגולים ומה דינו יש מי שאומר שנשבע על הגלגול אם ירצה או יהפכה עליו ויש מי שאומר שאין כאן גלגול שלא נתחייב לו שבועה מעולם אלא חייב לשלם לו מן התורה ואין כאן גלגול עכ"ל, יעו"ש, שיטה שניה דאין מגלגלין שבועה על מי שנתחייב לשלם מדינא דמתוך היא שיטת הטור בשם הרא"ש, יעו"ש, ועיין באורים ותומים סק"ז שהוכיח דהרמב"ן פליג על דברי הרא"ש וס"ל דשפיר מגלגלין על מי שנתחייב מדינא דמתוך, וכתב לבאר מחלקותם דלדעת הרא"ש פרחה השבועה כשאינו יכול לישבע, ולדעת הרמב"ן לא פרחה, ולפי זה העלה דמה שנחלקו הרא"ש והרמב"ן

לעיל (דף ב:) אם עד המסייע יכול לפטור מי שנתחייב מדינא דמתוך אזלי בזה לשיטתייהו, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ד פט"ו.

וביאור דברי האורים ותומים הוא דיש לפרש דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם בשני אופנים, חדא יש לומר דאין בזה שום דין חדש אלא היינו גופא דין השבועה, דכל היכא דאיכא דררא המחייבתו שבועה, כגון מודה במקצת או עד אחד, באמת מוטל עליו חיוב לשלם ממון, ורק דיכול לפטור עצמו על ידי שבועה, ואם אינו נשבע ממילא צריך לשלם מעיקר החיוב, ונמצא דאין בדינא דמתוך שום חיוב ממון מחודש, אלא הא דמשלם הוי בכלל עיקר חיוב השבועה, אי נמי יש לומר דאין עיקר החיוב אלא שבועה בלבד, ורק דאם אינו יכול לישבע איכא דין חדש של מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ועל ידי כך נתחייב ממון תחת שבועתו.

והרמב"ן ס"ל דאין במתוך שום חיוב ממון מחודש, ואלא הא דהתורה נתנה דינא דמתוך הוי גילוי על תורת שבועה מדאורייתא, שאין זה חיוב שבועה אלא בעיקרו הוא חיוב ממון שיכול לפטור ממנו על ידי שבועה, וכיון דאין שום השתנות בחיובו כשטוען איני יודע, ועדיין דין השבועה קיים אלא דכיון דאינו יכול לישבע משלם, כמש"נ, שפיר יכול לגלגל עליו מן השבועה הזאת עוד שבועות אחרות, ומהאי טעמא נמי ס"ל להרמב"ן דאיכא דינא דמתוך גם בשבועה שנתחייב על ידי גלגול, כנ"ל, דכן היא צורת חיוב שבועה דאורייתא למאן דיליף דינא דמתוך, שחל עליו חיוב ממון ויכול לפטור עצמו על ידי שבועה, וגם בשבועה הבאה לו על ידי גלגול הדין כן הוא, דלא מסתבר לומר דבדין גלגול שבועה חידשה לנו התורה שבועה מחודשת שאין בה צד חיוב ממון ולא דמיא לשאר כל שבועות דאורייתא, אלא מסתבר לומר דצורת שבועה שעל ידי גלגול היא כשאר שבועות דאורייתא שחל עליו חיוב ממון ויכול לפטור עצמו בשבועה, ולכן אית בה דינא דמתוך.

אבל הרא"ש ס"ל דמתוך הוי דין חדש לחייבו ממון תחת שבועתו, והרי החיוב שבועה נהפך לחיוב ממון, ושוב אין השבועה קיימת עוד, ולכן אין לגלגל שבועה על מי שנתחייב לשלם מדינא דמתוך, דהא ליכא עוד שבועה לגלגל ממנה, וכמו שכתב האורים ותומים, כנ"ל, ומשום הכי נמי ליכא דינא דמתוך בשבועה שנתחייב על ידי גלגול, דלדעת הרא"ש דינא דמתוך הוי חידוש דחיוב שבועה נהפך לחיוב ממון, ובין היכא דאיכא דינא דמתוך ובין היכא דליכא דינא דמתוך צורת שבועה דאורייתא חדא היא, אלא דלפעמים נהפך לחיוב ממון ולפעמים לא נהפך, ולכן שפיר איכא למימר מן הסברא דכי היכי דשבועת היורשים נתמעטה מדינא דמתוך גם שבועה הבאה על ידי גלגול נתמעטה.

עוד מצינו מחלוקת בין הרא"ש והרמב"ן לענין אם איכא דינא דמתוך במאן דלא הוה ליה למידע, הרא"ש כתב בבבא קמא (דף סב.) וז"ל: ועל כרחך צריך ליתן טעם למה האב חייב והיורשים פטורין דבלא טעם אין לחלק ביניהם מדקאמר התם אי דאמר ליה חמשין אית לך וחמשין לית לך מה לי הן ומה לי אבוהון אלא היינו טעמא דלא ידענא באב חייב שיש לו לידע אם חייב לו מנה אם לאו אבל היורשין אין להם

לידע במילי דאבוהון והכי נמי אין לנפקד לידע וכו' הלכך לא מיחייב נפקד במה דאין יכול לישבע וכו' עכ"ל, יעו"ש, אבל הרמב"ן והר"ן והנמוקי יוסף שם פליגי וס"ל דאף בלא הוה ליה למידע אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, יעו"ש, ויש לעיין למה לא נחית הרמב"ן לסברת הרא"ש.

והנה דינא דמתוך ילפינן בשבועות (דף מז.) מדיוקא דקרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין, וקאמר היכי דמי אילימא דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשין אית ליה וחמשין לית ליה מה לי הוא ומה לי אבוהא אלא לאו דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך אמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, כמו שכתב הרא"ש, כנ"ל, וכיון דהיורשים פטורים כשטענו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, הדבר מובן דשאר נתבעים חייבים כשטענו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ולדעת הרא"ש מובן היטב יסוד הפטור של יורשים, דבכל מקום כשאין יכולים לישבע נהפך חיוב שבועה לחיוב ממון, אבל ביורשים לא נאמר דין חדש זה.

אכן לדעת הרמב"ן יש לעיין מהו המיעוט דיורשים, דבשלמא להרא"ש דהחיוב ממון בדינא דמתוך הוי דין חדש יש לומר דדין זה לא נתחדש אצל היורשים, אבל להרמב"ן דהחיוב ממון הוא מעצם דין החיוב שבועה, כמש"נ, מאיזה צד פטורים את היורשים, והא חייבים לישבע במילי דאבוהון אם טענו חמשין חייבים וחמשין פטורים, כנ"ל, וכיון דאיכא חיוב שבועה ממילא צריך להיות נמי חיוב ממון, כמש"נ, ולכאורה אין לומר דאם טענו שמא נעקר מהם כל החיוב שבועה כיון דלא הוה להו למידע, וכמו שכתב הרא"ש, כנ"ל, דאם כן למה פליג הרמב"ן וס"ל דבכל מאן דלא הוה ליה למידע אית דינא דמתוך, וגם לא מסתבר כלל לומר דביורשים חידשה התורה דין חדש של שבועה, שבועה שאין בה צד ממון, וכדעת הרא"ש, ואם היורשים כופרים נשבעים, ואם אין יודעים אין שבועתם נהפכה לחיוב ממון כמו בשאר אין יכולים לישבע.

ונראה דבהא דילפינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם לפי דעת הרמב"ן יש בזה שני דינים, חדא הוא עיקר יסוד חיוב שבועה דחל עליו חיוב ממון אלא דמעוכב שבועה ויכול לפטור עצמו אם נשבע, ושנית דהיכא דאינו יכול לישבע בטל עיכוב השבועה, ואע"ג דעדיין השבועה מוטלת עליו שוב אין גבית הממון מעוכבת על ידי השבועה, ולא אמרינן דאפילו במי שטוען איני יודע עדיין החיוב ממון מעוכב שבועה אולי יזכור לאחר זמן ויוכל לישבע, אלא אמרינן דכיון דכעת בפועל אינו יכול לישבע בטל עיכוב השבועה וגובה הממון, ואע"ג דהשבועה עדיין קיימת ויכול לגלגל ממנה, כמו שכתב האורים ותומים, כנ"ל, אין השבועה מעכבת גבית הממון ממנו, כמש"נ.

ולפי זה יש לומר דלא נתמעטו היורשים מעיקר דינא דמתוך, ובודאי חל עליהם חיוב שבועה באותה צורה שחל על שאר הנשבעים, אלא המיעוט הוא מדין השני, דבכל הנשבעים שאין יכולים לישבע נשאר עצם השבועה אבל עיכוב השבועה בטל, וממילא גובים החיוב ממון, כמש"נ, אבל גבי יורשים נשארה גם השבועה וגם עיכוב השבועה, וכל זמן שאין נשבעים אי אפשר לגבות הממון, ודין זה על כרחך גזירת הכתוב הוא, דאין לומר דבהם לא בטל העיכוב שמא יזכרו, דהא לא הוה להו למידע, וכל שכן שאין

לחוש שמא יזכרו, אלא מבואר דגזירת הכתוב היא ביורשים דאין עיכוב שבועתם בטל כשאין יודעים, ואין למילף דין לא הוה ליה למידע מיורשים, ושפיר פסק הרמב"ן דגם בלא הוה ליה למידע אית דינא דמתוך, אבל הרא"ש ס"ל דמתוך הוי דין חדש, ומסתברא דביורשים לא נתחדש דין זה הואיל ולא הוה להו למידע, כנ"ל, ואם כן הוא הדין לשאר לא הוה ליה למידע.

פרק ב

בו יבואר דהמחויב שבועה דאורייתא ואינו רוצה לישבע נחתין לנכסיה מדין כפיה כהא דמשמתינן למי שאינו רוצה לישבע שבועה דרבנן, ויבואר מה שכתב הרמב"ם דיורדין לנכסיו וגובין מהם מה שתבע שהרי התובע אומר איני זו מדין תורה או השבע או תן לי.

[שבועות מא.] מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן וכו' איכא בינייהו מיחת לנכסיה בדאורייתא נחתין לנכסיה בדרבנן לא נחתין לנכסיה וכו' אלא מאי עבדינן ליה אמר ליה משמתינן ליה עד דמטי זמן נגדיה ונגדינן ליה ושביקין ליה, יעו"ש, וכתב רש"י וז"ל: מיחת לנכסיה אם אמר איני נשבע ואיני משלם יורדין לנכסיו ונותנין לזה עכ"ל, יעו"ש.

דין זה דאם אמר איני רוצה לישבע שבועה דאורייתא נחתין לנכסיה לא הוי מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא מדין כפיה הוא, וכן מדויק מהא דפריך בשבועה דרבנן דכיון דלא נחתין לנכסיה מאי עבדינן ליה, וקאמר דמשמתינן ליה, ומבואר דנחתין לנכסיה ומשמתינן ליה ענין אחד להם, והיינו דעל ידי זה בית דין כופין אותו לישבע, ואפילו מאן דלית ליה דינא דמתוך לשיטת התוס', עיימש"נ בשי"ח פ"ז, שפיר מודה דאם אינו רוצה לישבע נחתין לנכסיה.

ולחנך דעות דדינא דמתוך הוא דהחויב שבועה נהפך לחיוב ממון, עיימש"נ בשי"ח פ"א, יש לומר דלא שייך כלל דינא דמתוך באינו רוצה לישבע, דאין חיוב שבועה נהפך להיות חיוב ממון אלא כשאי אפשר עוד לקיימו, והיינו אם אינו יכול לישבע, אבל אם אינו רוצה לישבע, ומתי שירצה יכול לישבע, עדיין החיוב שבועה קיים ולא נהפך לחיוב ממון, ואין לחייבו לשלם אלא מדין כפיה דנחתין לנכסיה.

אכן עדיין יש לעיין למה באמת כופין אותו לישבע, והא אין עליו מצוה לישבע, ולא שייך בשבועה כפיה על המצות כמו דאמרין לגבי פריעת בעל חוב מצוה בכתובות (דף פו.), יעו"ש, ועיימש"נ בשופרא דשעבודא ש"ב פ"ב, והיה אפשר לומר דשבועה שאין כופים אותו לישבע אין לה תורת חיוב שבועה כלל, אולם הרמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ד נתן טעם אחר להא דנחתין לנכסיה וז"ל: כל מי שנתחייב שבועה מן התורה הרי זה נשבע ונפטר ואם לא רצה להשבע יורדין לנכסיו וגובין מהם כל מה שתבע חבירו עליו שהרי התובע אומר לו איני זו מדין תורה או השבע או תן לי וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויש לדקדק בדבריו דלמה הוצרך לטענת התובע שאינו זו מדין תורה עד שישבע או יתן, אם הדין הוא דאו ישבע או יתן גם בלי טענת התובע נדון לו כן, ואם אין הדין כן איך מועילה לנו טענת התובע שאינו זו עד שישבע או יתן.

אכן נראה דדברי הרמב"ם מתבארים עפ"ימש"נ בשי"ח פ"א דטעמא דמאן דלית ליה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם היא משום דלא נתבטלה השבועה כשהנתבע אינו יכול לישבע, והנידון שלפני בית דין עדיין הוא שבועה, והוא אינו יכול לישבע ואי אפשר להשביעו, וכיון שכן אין מה לעשות ובית דין הולכים להם ונמצא הנתבע פטור

מלשלים, ומאן דאית ליה מתוך ס"ל דהשבועה נתבטלה כשאינו יכול לישבע, ויש לומר דכן הוא נמי במי שאינו רוצה לישבע בין למאן דלית ליה דינא דמתוך בין למאן דאית ליה דינא דמתוך, דכיון שהוא יכול לישבע לא נתבטלה השבועה, והרי אין הנידון לפני בית דין אלא שבועה בלבד, והוא אינו רוצה לישבע, ולולי דין כפיה היינו אומרים דכיון דאינו רוצה לישבע ואין כופים אותו לישבע שוב אין מה לעשות ובית דין הולכים להם. לכן כתב הרמב"ם הנתבע יכול לומר איני זז עד שישבע או יתן, וכונתו דאע"ג דהיום אין מה לעשות, כמש"נ, יכול לתובעו לבית עוד הפעם על אותו ממון, שלא נסתלקה תביעתו על ידי מה שזה אינו רוצה לישבע, ולא דמי לדין אינו יכול לישבע למאן דלית ליה דינא דמתוך, דהתם אינו יכול לחזור ולתובעו מאחר שיצא מבית דין זכאי, דלאו כל כמיניה לתבוע למי שכבר נקבע בבית דין שאינו יכול לישבע, ולא שייד בו עוד תביעות על אותו ממון, אבל זה שיכול לישבע אלא שאינו רוצה יכול התובע לתובעו לבית דין עוד הפעם ועוד הפעם בלי גבול, והיינו מאי דקאמר איני זז מדין תורה או השבע או תן לי, ולכן תיקנו חכמים שכדאי לכופו לישבע על ידי ירידה לנכסיו שלא יחזור התובע לתובעו בבית דין בכל יום, ואין כונת הרמב"ם שהתובע צריך לומר בפועל איני זז, אלא כיון דיכול לומר כן תיקנו חכמים דאפילו אם לא אמר כן נחתינן לנכסיה.

פרק ג

בו ידון בדין שומר חשוד שתבע ממנו המפקיד בטענת שמא אם אמרינן דכיון שאינו המפקיד יכול לישבע אינו נוטל או דאמרינן מתוך שאין הנתבע יכול לישבע משלם, ויוכיח דהרמב"ם סבירא ליה כשיטת הרמ"ה דאמרינן מתוך שאין הנתבע יכול לישבע משלם.

[שבועות מד:] כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ואלו נשבעין ונוטלין השכיר והנגזל והנחבל ושכנגדו חשוד על השבועה וכו' היו שניהם חשודין חזרה השבועה למקומה דברי רבי יוסי רבי מאיר אומר יחלוקו וכו', יעו"ש.

וכתב הרמב"ם פ"ב טוען ונטען הל"ד וז"ל: תקנת חכמים היא שכל המחויב שבועה מן התורה על טענת ודאי אם היה חשוד הרי התובע נשבע מדבריהם ונוטל מה שטען היו שניהן חשודין חזרה שבועה למחויב לה שהוא הנתבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב שכנגדו אינו יכול להשבע וליטול שהרי אינו טוענו ודאי שאכלו לפיכך אם טען בעל הפקדון ואמר בפני שלח יד בפקדוני או פשע בו הרי התובע נשבע בתקנת חכמים ונוטל עכ"ל, יעו"ש.

ודין שומר חשוד שתבע ממנו המפקיד בטענת שמא לא הוזכר בגמרא, ואין דעת הרמב"ם בזה מבוררת כל כך מתוך לשונו, והמגיד משנה הבין בדבריו דכיון שאין המפקיד יכול לישבע, שהרי אינו יודע, לכן אינו נוטל כלל והשומר נפטר, ולפי זה פליג על דעת הרמ"ה דאם המפקיד תובע בטענת שמא הוה ליה השומר החשוד מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם, והטור הביא דברי הרמב"ם כצורתם בסי' צ"ב סעי' ח' והוסיף וז"ל: והר"ר ישעיה כתב נראה לפרש דכיון שהוא חייב שבועה דאורייתא ואינו יכול לישבע מפני שחשוד משלם שאם היה התובע טוען ודאי שלח בו יד הוין משביעין ליה ועכשיו שטען ספק הוא אינו יכול לישבע ושכנגדו מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וכן דעת הרמ"ה עכ"ל, יעו"ש, ולפי הגירסא שלפנינו שהר"ר ישעיה כתב נראה לפרש וכו' היה משמע שבא לפרש דברי הרמב"ם שגם הרמב"ם ס"ל דשומר חשוד שהמפקיד תובעו שמא אמרינן ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ועיין בפרישה שכתב דנראה לו דתיבת לפרש טעות סופר וצריכים להגיה נראה לי, דהא המגיד משנה למד דהרמב"ם פליג על דברי הרמ"ה, יעו"ש, ובמקצת מהדורות של הטור הכניסו תיבת לי במקום תיבת לפרש, וכהגהת הפרישה, וגם הבית יוסף והב"ח נקטו דהרמב"ם פליג על דבריהם, אכן כפי הגירסא שלפנינו הסכים לדבריהם.

והנידון בין שתי הדעות הוא אם מדאורייתא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם במי שחשוד על השבועה, דעיין בתוס' בבבא מציעא (דף ה.) בד"ה שכנגדו וז"ל: ואם תאמר מאי שנא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כדאמר גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא (לקמן דף צח.) ובנסכא דרבי אבא (שבועות דף מז.) ויש לומר הכא אי אמרינן משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו ועוד דהתם אמר ליה שבועה

דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו לכך לא ישלם עכ"ל, יעו"ש, ומשמע מדברי התוס' דמדאורייתא אמרינן בחשוד דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא דתיקנו לו רבנן לטובתו דכנגדו נשבע ונוטל, דאם לא כן לא שבקת ליה חיים, ועוד סבה אחרת שהרי הוא מוכן לישבע ואנו אין מקבלים שבועתו, וכולו חד תירוץ הוא, שהרי לא כתבו ועוד יש לומר אלא ועוד, והיינו סבה אחרת למה שתיקנו חכמים לטובתו שכנגדו נשבע ונוטל, ולפי זה היכא דאין התובע יכול לישבע חזרה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ומאן דפליג על דעת הרמ"ה ס"ל דמדאורייתא לא אמרינן בחשוד מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דכיון שהוא מוכן לישבע ורק שאין בית דין מקבלים שבועתו אין זה נחשב אינו יכול לישבע, ולכן מדאורייתא פטור מלשלם אלא שתיקנו חכמים לטובת התובע שיכול לישבע וליטול, ולכן אם אינו יכול לישבע אינו נוטל, והא דאמרינן בשניהם חשודים דחזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, צריך לומר לפי זה דהיינו תקנה שניה להטיל חיוב ממון על החשוד אע"פ שמן התורה אין לחייבו, וכן משמע מדברי המגיד משנה, יעו"ש, ועיימש"נ בשי"ח פ"ד.

אולם לכאורה יש כמה דיוקים בדברי הרמב"ם דדעתו מכוונת לדעת הרמ"ה, חדא דאם כונתו לחלוק עליו ולומר דאם המפקיד טוען שמא אינו נוטל כלל היה לו לסיים דבריו שאינו יכול להשבע וליטול שהרי אינו טוענו ודאי ואינו נוטל כלל, והעיקר חסר מן הספר, ועוד לא יתכן לשון הרמב"ם לפיכך אם טען ודאי נשבע ונוטל, דלשון לפיכך מורה שיש בזה איזה חידוש דין, ואם הרמב"ם פליג על הרמ"ה וס"ל דאם המפקיד תובעו בטענת שמא אינו נוטל כלל מפני שאינו יכול לישבע אם כן הדבר פשוט דאם תובעו בטענת ודאי ויכול לישבע שהוא נשבע ונוטל, ולא שייך בזה לשון לפיכך אלא לשון ואם, וכן כתב הסמ"ע סי' צ"ב ס"ק כ"ד, יעו"ש.

ועיקר הקושיא על דרך המגיד משנה בדברי הרמב"ם הוא ממה שכתב בריש דבריו תקנת חכמים היא שכל המחויב שבועה מן התורה על טענת ודאי אם היה חשוד הרי התובע נשבע מדבריהם ונוטל מה שטען, כנ"ל, ומדויק מדבריו דרבנן עשו שויר בתקנתם ולא הטילו שבועה על כנגדו אלא בטענת ודאי, ולדברי המגיד משנה צריכים לומר דהך טענת ודאי הוי טענת ודאי של הנתבע, דאם כונת הרמב"ם היא דלא הפכו השבועה אלא על תובע בטענת ודאי ולא על תובע בטענת שמא, אם כן מפקיד שתבע בטענת שמא לא הטילו עליו שבועה ונשאת השבועה על החשוד ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, והיינו כשיטת הרמ"ה, ולדברי המגיד משנה על כרחך צריך לומר דכונת הרמב"ם על הנתבע, דלא תיקנו חכמים להפך שבועה על שכנגדו היכא דהחשוד טוען שמא, אלא דינו דמתוך שאינו יכול לישבע משלם.

אלא דקשה טובא לפי זה, דלמה הוצרכו חכמים לעשות שויר בתקנתם שלא תיקנו להפוך שבועה על שכנגדו אלא כשהחשוד טוען ודאי ולא כשטוען שמא, והיאך יעלה על הדעת דבחשוד טוען שמא שכנגדו נשבע ונוטל, והלא אם היה הנתבע אדם כשר וטען חמשין ידענא חמשין לא ידענא היה דינו דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, והיאך יתכן

לומר דאם הוא חשוד ירויח שאינו מחויב לשלם אלא תיקנו לו חכמים דשכנגדו נשבע ונוטל, והלא זה ברור ופשוט דלא עדיף דין החשוד מדין הכשר, ופשיטא דחשוד שטען שמא אין בו תקנה, ולא הוצרכו חכמים לפרש שיור בתקנתם שלא נתקנה אלא על טענת ודאי.

לכן נראה לקיים גירסת הטור לפנינו דהרמב"ם ס"ל כדברי הרמ"ה דבשומר חשוד ומפקיד תובע בטענת שמא חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ומה שכתב דתיקנו תקנתם על טענת ודאי היינו טענת התובע, והוצרכו לשייר בתקנתם שלא תאמר שהפכו השבועה על כל תובע את החשוד, ואם אינו יודע ואינו יכול לישבע אינו נוטל, והא דאמרינן בשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה הוי תקנה חדשה, ולא נתקנה תקנה שניה אלא לחשוד בלבד וכסברת המגיד משנה, כנ"ל, אלא שייר בתקנתם ולא הפכו השבועה אלא על התובע ודאי, ולכן במפקיד טוען שמא חזרה השבועה להחשוד ומשלם, ולא הביא הרמב"ם דין חשוד שומר מיד על הסדר אלא לאחר שהביא דין שניהם חשודים, דדין שומר חשוד תלוי בדין שניהם חשודים, דאם בשניהם חשודים חזרה שבועה לסיני, שעקרו חכמים שבועה דאורייתא ותיקנו שבועה חדשה שבועת הנוטלין, ולכן אם גם התובע חשוד ואינו יכול לישבע אינו נוטל, ועיימש"נ בשי"ח פ"ד, אם כן הוא הדין בשומר חשוד ומפקיד שמא אינו נשבע ואינו נוטל, אכן כיון דקיימא לן כמאן דאמר חזרה שבועה למחויב לה, ולא עקרו שבועה דאורייתא, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, הוא הדין בשומר חשוד ומפקיד שמא דחזרה שבועה למחויב לה מפני שגם הוא אינו יכול לישבע וליטול, ולא הוי דין שניהם חשודים תקנה שניה, כמו שכתב המגיד משנה, אלא הוא מובן מאליו מתוך התקנה, שהפכו שבועה על תובע שיכול לישבע ולא על חשוד, וכמו כן לא על הטוען שמא, ולא הוצרך הרמב"ם לסיים דבריו בשומר חשוד, דאין זו הלכה לעצמה אלא כונתו שגם זה נכלל בדין שניהם חשודים, ודינא כמו שמפורש בשניהם חשודים.

ולפי זה יש לבאר למה נקט הרמב"ם לשון לפיכך היכא דהמפקיד טוען ודאי כנ"ל, דהיה אפשר לומר דחכמים לא הפכו שבועה כלל בשומר חשוד כיון דעל פי רוב אין המפקיד יודע מה קרה ותובע בטענת שמא, וכיון שלא נתקנה שבועת שכנגדו בשומרים הוה אמינא דאפילו אם המפקיד טוען ודאי אינו צריך לישבע, לכן כתב הרמב"ם דטעמא דאמרינן חזרה שבועה למחויב לה בשומר חשוד ומפקיד טוען שמא הוא מפני שבפועל אינו יכול לישבע ולא מפני שבשומר ליכא תקנה, ולפיכך אם טען ודאי צריך לישבע, ואתי שפיר לשון לפיכך.

פרק ד

בו יתיישבו דברי הרא"ש שפסק דבשניהם חשודים יחלוקו ופסק גם כן כמאן דאית ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ויוכיח דבשאר דוכתי גם רבי יוסי אית ליה דינא דמתוך, והרא"ש חולק על תוס' דסבירא להו דרבי יוסי חולק על רבי אבא ולית ליה דינא דמתוך.

[שבועות מז.] היו שניהן חשודין וכו' אמר רב אושעיא רבי יוסי אומר יחלוקו אמר רב יוסף בר מניומי עבד רב נחמן עובדא יחלוקו, יעו"ש, ובהא דקאמר רבי מאיר חזרה שבועה למקומה נחלקו בגמרא רב ושמואל אמרי דחזרה שבועה לסיני ונפטר ורבי אבא אמר דחזרה השבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, והרי"ף הביא דברי רבי האי גאון שפסק כרבי יוסי דיחלוקו דהא רב נחמן עבד עובדא כותיה, והרי"ף פליג ופסק כרבי אבא אליבא דרבי מאיר דחזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, יעו"ש.

והטור חו"מ סי' צ"ב סעי' ז' בשם הרא"ש פסק כרבי יוסי דיחלוקו, יעו"ש, וכתב הב"ח דכן מבואר מדברי הרא"ש בסוגיין, והקשה עליו דדבריו סותרים למה שפסק בכתובות (דף פח.) כרבי אבא דחזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ועיין שם מה שדחק ליישב דברי הרא"ש.

ושם בכתובות משתעי בהא דתנן דאשה שבאה לגבות כתובתה ועד אחד מעידה שהיא פרועה דנשבעת ונוטלת, ומבואר בגמרא דשבועה זו היא מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל, וקאמר רב פפא אי פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא דיהיב לה כתובתה באפי חד סהדא וסמך סהדא קמא אסהדא בתרא ומוקים לה להנך קמאי במלוה, יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: פירש רש"י ונפקא מינה בשבועה דאורייתא לאנקוטי חפצא וכו' ונראה דהיינו חומרא דשבועה דאורייתא אליבא דרבי אבא דאמר חזרה שבועה למחויב לה והלכתא כוותיה והיכא דאינו יכול לישבע משלם וכו' עכ"ל, יעו"ש, והקשה דזה סותר למה שפסק כרבי יוסי דיחלוקו, כנ"ל.

והנה מה שתיקנו חכמים דמי שנתחייב שבועה דאורייתא והוא חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל, לטובת מי תקנוה, לטובת הנתבע או לטובת התובע, ודבר זה תלוי בהמחלוקת בסוגיין בשניהם חשודים אם חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם או אם חזרה לסיני ולא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, למאן דאית ליה דינא דמתוך באמת היה צריך להיות הדין דחשוד שנתחייב שבועה משלם כיון דאינו יכול לישבע, ותיקנו חכמים לטובת הנתבע שישבע התובע ולא יטול בלא שבועה, ולמאן דלית ליה דינא דמתוך היה צריך להיות הדין דחשוד שנתחייב שבועה פטור והולך לו, ותיקנו חכמים לטובת התובע שישבע ויטול, ונראה דס"ל להרא"ש דרבי יוסי דס"ל בשניהם חשודים יחלוקו בעצם אית ליה דינא דמתוך, ומעיקר הדין היה הנתבע החשוד צריך לשלם הואיל ואינו יכול לישבע, ותיקנו חכמים לטובתו שעל כל פנים ישבע התובע קודם שיטול, ואם אין התובע יכול לישבע שגם הוא חשוד לא

מסתבר שמפני זה יפטר הנתבע לגמרי מלשלם מה שנתחייב מעיקר הדין, ולכן תיקנו חכמים שיחלוקו, אכן אם מעיקר הדין ליתא לדינא דמתוך, והיה הנתבע החשוד דינו להיפטר לגמרי, ותיקנו חכמים לטובת התובע זכות חדשה שיכול לישבע וליטול, אם כן היכא דגם התובע חשוד, ואינו יכול לקיים דינו ולישבע וליטול, למה יפסיד הנתבע אפילו פרוטה כיון דמעיקר הדין הוא פטור לגמרי, ולא מסתבר כלל שתיקנו חכמים שיפסיד חצי ממונו מחמת שאין התובע יכול לקיים דינו, ונמצא לפי זה דאע"ג דרבי יוסי אית ליה בשניהם חשודים דיחלוקו בשאר דוכתי אית ליה דינא דמתוך.

ועיין מה שכתב הר"ן בשם ר"ת וז"ל: אבל רבינו יעקב ז"ל פסק כרב נחמן דאמר יחלוקו וכרבי אבא ואומר דרב נחמן גופיה כרבי אבא ס"ל אלא דבשניהם חשודים סבירא ליה לרב נחמן שכיון שכל אחד מהם מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע בדין הוא שיפסיד כל אחד מחצה והביא ז"ל ראיה דרב נחמן כרבי אבא ס"ל מדגרסינן בפרק השואל (דף צז:) עלה דמתניתין דתנן והלה אומר איני יודע חייב נימא תיהוי תיובתא דרב נחמן דאמר רב נחמן מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור ומפרקין הכא במאי עסקינן כגון שיש עסק שבועה ביניהם וכדרכי אבא אלמא דרב נחמן סבר לה להא דרבי אבא עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה מה שכתב דאית דינא דמתוך בשניהם חשודים ומשום הכי יחלוקו אין זה אלא בדרך משל, דאם אית דינא דמתוך בהנתבע ליכא חיוב שבועה כלל על התובע ולא שייך בו דינא דמתוך, ואולי כונתו למה שנתבאר דכיון דמעיקר הדין על הנתבע לשלם, ותיקנו חכמים שהתובע ישבע ויטול, מסתברא שלא יפסיד הכל אם אינו יכול לישבע, כמש"נ.

והתוס' בד"ה מתוך הקשו על רב נחמן מסוגיא דפרק השואל שהביא ר"ת, ודחקו לפרש דרב נחמן לית ליה דרבי אבא ומוקי למתניתין דהתם כרבי מאיר כמו שמפרש רבי אבא, ושלא כהלכתא, יעו"ש, ולא היה ניחא להן ליישב הסוגיות כמו שפירש ר"ת, כנ"ל, שהרי מבואר מדברי התוס' בתחלת הדיבור דחיוב שבועה בעיקר הוא חיוב ממון אלא שמעוכב שבועה, ולכן כל שאינו יכול לישבע או הנתבע או התובע משלם הנתבע, ועיימש"נ בשי"ח פ"א, ואם כן למה יפסידו חכמים להתובע חצי תביעתו מעיקר הדין, ולכן פשיטא להו דרבי יוסי דאמר יחלוקו לית ליה דרבי אבא, ונמצא דברי רב נחמן סתרי אהדדי, וס"ל להתוס' דלא שייך יחלוקו אלא אם ליתא לדינא דמתוך, וכל דין כנגדו נשבע ונוטל הוא חיוב חדש, וכששניהם חשודים החיוב חדש הוא יחלוקו. אולם הרא"ש ור"ת אזלי לשיטתייהו בבא מציעא (דף ב:) דאית להו דעד המסייע פוטר מן השבועה, וס"ל דאין צד ממון בעיקר חיוב שבועה, ודינא דמתוך הוי דין חדש שבמקום שאינו יכול לישבע נהפך חיוב שבועה לחיוב ממון, ועיימש"נ בשי"ד פט"ו ובשי"ח פ"א, ולפיכך שפיר יש לומר שבשניהם חשודים תיקנו חכמים שיחלוקו, וכמש"נ.

ובסוגיין דנו הראשונים במה היא חומרא דשבועה דאורייתא יותר משבועה דרבנן, וכתבו התוס' דחומרא היא דשבועה דאורייתא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דהלכתא כרבי אבא, יעו"ש, ועיימש"נ בשט"ז פ"ח דאע"ג דבסוגיין לא שייך

דינא דמתוך מכל מקום כיון דבעלמא אית לן דינא דמתוך הרי זה מורה על חומר השבועה, ויותר עלול שתפרוש משבועה דאורייתא, ונראה דכן היא גם כונת הרא"ש שהעתיק דברי התוס', ואין כונתו דבסוגיין מיירי באוקימתא ששניהם חשודים ודנים להם שחזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא כונתו דכיון דבעלמא בשבועה דאורייתא איכא דינא דמתוך במקום שאינו יכול לישבע, דהא קיימא לן כרבי אבא, הרי זו שבועה חמורה ויותר נוח לו להבעל להטיל עליה שבועה חמורה אולי תפרוש ולא תישבע לשקר.

ולפי זה נסתלקה סתירת דברי הרא"ש, דפסק כרבי אבא דבעלמא אית ליה דינא דמתוך, ובשניהם חשודים פסק כרבי יוסי דאית ליה נמי דינא דמתוך בעלמא, כמש"נ, אמנם בשניהם חשודים דמעיקר הדין היה הנתבע החשוד חייב לשלם, ותיקנו חכמים לטובתו שהתובע ישבע וישלם, לא רצו חכמים להפסיד להתובע לגמרי אם גם הוא חשוד, ותיקנו להם שיחלוקו, וכמש"נ, אולם מהגהות הב"ח שם מבואר דהתוס' רצו לעשות אוקימתא דמיירי בשניהם חשודים, ועיימש"נ שם בדבריו, ואם כן אזלא הסוגיא כמאן דאמר בשניהם חשודים הנתבע משלם, ודלא כרבי יוסי דאית ליה יחלוקו, ולכן הוקשה לו דדברי הרא"ש נראים כסותרים אהדדי.

פרק ה

בו יבואר מה שפירש רש"י דברי רבותינו שבבבל דחזרה שבועה למקומה שחזרה לסיני רצונם לומר לשבועת הרי סיני שהשביע הקב"ה את ישראל על לא תגזול, אף דס"ל לרש"י דכולי עלמא לא פליגי דבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

[שבועות מז.] חזרה שבועה למקומה להיכן חזרה אמר רב אמי רבותינו שבבבל אמרו חזרה שבועה לסיני רבותינו שבארץ ישראל אמרו חזרה שבועה למחויב לה וכו', יעו"ש, ונחלקו בנתחייב החשוד שבועה דאורייתא וגם התובע היה חשוד ואינו יכול לישבע וליטול, אם חזרה שבועה לסיני ונפטר החשוד והולך לו או אם חזרה השבועה אליו ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ומאן דאמר חזרה שבועה לסיני ס"ל דבשניהם חשודים לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והא דקאמר רבי מאיר דינו בלשון חזרה שבועה לסיני יש לפרש דאין זו אלא מליצה בעלמא, שאותה שבועה שהתורה חייבה את הנתבע לישבע מחזירים אותה להמקור שממנו ניטלה, דהיינו התורה שניתנה מסיני, ולא אמרינן דצריך לשלם כשאינו יכול לישבע מחמת שהוא חשוד. אולם עיין ברש"י וז"ל: לסיני לשבועת הרי סיני שהשביע הקב"ה את ישראל על לא תגזול והוא יפרע מן הכופר ממון לחבירו אבל בית דין אין נזקקין לא לשבועה ולא לפרעון עכ"ל, יעו"ש, הרי שלמד רש"י דחזרה שבועה לסיני לא הוי רק מליצה דקאי על השבועה שנתחייב החשוד, כמש"נ, אלא קאי על השבועה שהשביע הקב"ה את ישראל על לא תגזול, ויש לעיין למה איצטריך לכך, ולמה לא סגי ליה במה דלית ליה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, ומשום הכי לא שייך ביה לא שבועה ולא תשלומין, ומה לנו לכאן מה שהשביע הקב"ה את ישראל בהר סיני על לא תגזול. ונראה לבאר דברי רש"י עפ"י מש"נ בשי"ח פ"ו דרש"י ס"ל דכולי עלמא לא פליגי דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואם אמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא נתחייב שבועת מודה במקצת והואיל ואינו יכול לישבע משלם ושאינו חשוד דהוא עומד ומוכן לישבע, כמו שכתבו התוס' בבבא מציעא (דף ה.) בד"ה שכנגדו, יעו"ש, ולכן תיקנו לו חכמים דכנגדו נשבע ונוטל, והיכא דגם התובע הוא חשוד נחלקו האמוראים מה תיקנו חכמים בכהאי גוונא, אם החזירו החיוב שבועה להנתבע החשוד ומתוך שאינו יכול לישבע משלם או אם לא החזירו לו השבועה וממילא נפטר והולך לו, ונראה דרש"י כאן בא לתת טעם למאן דס"ל דלא החזירו השבועה להנתבע החשוד לחייבו לישבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא חזרה השבועה לסיני.

והנה יסוד גדול הוא דלכל אדם יש שתי אישיות, חדא שהוא אדם פרטי לעצמו, ועוד שהוא חלק מן הכלל, ועיימש"נ בזה בארוכה בספר אביר יוסף על התורה בפרשת יתרו (כ, ב) ובפרשת נצבים (כט, יד), וזהו המכוון במה שאמרו חז"ל דנשמות הגרים היו במעמד הר סיני, ואין המכוון בזה שבאו שם בבחינה פרטית, דאם כן ניטלה מהם הבחירה להתגייר או לא להתגייר הואיל וכבר נגזר עליהם שיתגיירו, אלא הכונה היא

שהכלל ישראל של היום הוא אותו כלל ישראל שהיה במעמד הר סיני אלא שהיחידים שהם תאים שלו נשתנו מדור לדור, וכמאמרם בהוריות (דף ו.ו.) אין הציבור מתים, יעו"ש, והגרים שנצטרפו להנשמה הכללית של ישראל היו במעמד הר סיני באופן כללי ולא באופן פרטי, וכמו שאר כל ישראל שלא היו שם באופן פרטי אלא באופן כללי, והיינו יסוד דינא דמושבע ועומד מהר סיני ואין שבועה חלה על השבועה, כדאיתא בנדרים (דף ח.), יעו"ש, ואין זה כדין אין איסור חל על איסור, אלא הוא שבועה ממש שנשבעו כלל ישראל מושבעים מפי הקב"ה באופן כללי, וכיון שכבר נשבעו באופן כללי שוב לא חלה על אותו ענין שבועה באופן פרטי.

והיינו נמי יסוד דינא דחזרה שבועה לסיני, שהרי כל ישראל נשבעו באופן כללי על לא תגזול, וכל נתבע שכופר בממון חבירו כבר נשבע בסיני מצד אישיותו כחלק מן הכלל שאינו גוזל ממון חבירו, אכן התורה הטילה עליו לישבע באופן פרטי שאינו גוזל ממון חבירו, ואם הוא חשוד ואינו יכול לישבע תיקנו חכמים דכנגדו נשבע ונוטל, ואם גם כנגדו חשוד אז תיקנו חכמים שאין להחזיר השבועה להנתבע החשוד אלא יש לנו לסמוך על השבועה שנשבע בסיני כחלק מן הכלל, ואע"פ שאין זו השבועה שחייבתו התורה במקום ששניהם חשודים תיקנו חכמים שיש לסמוך עליה כיון שיש לנו ממנו על כל פנים שבועה כל דהו.

אבל כשהנתבע אומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא שפיר אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, שהרי אין לנו שבועה באופן כללי לסמוך עליה אפילו בדיעבד, שהרי הוא אומר שאינו יודע, ונשבע היסת שאינו יודע, כמו שכתב רש"י בכתובות (דף יב.): ובבבא קמא (דף קיח.), יעו"ש, ואנו מאמינים לו שאינו יודע, ואם כן אין כאן צד גזילה, ולא שייכא אליו השבועה שנשבע בסיני שלא יגזול, וכיון שהודה במקצת ונתחייב שבועה ואינו יכול לישבע שהרי אינו יודע, אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולדברי התוס' דמאן דאמר חזרה שבועה לסיני לית ליה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם צריך לומר דלשון חזרה לסיני לא הוי אלא מליצה בעלמא, וכמש"נ.

פרק ו

בו יבוארו דברי רש"י דאם מת לוח בחיי מלוה אין בני המלוה יכולים לגבות מבני הלוה דאין אדם מוריש שבועה לבניו, שאינם יכולים לישבע אלא שלא פקדנו אבא ואינם יכולים לישבע שלא נתקבלתי שהיא השבועה המוטלת על האב, וגם בני הלוה אינם יכולים לישבע.

[שבועות מז.] חזרה שבועה למקומה להיכן חזרה אמר רב אמי רבותינו שבבבל אמרו חזרה שבועה לסיני רבותינו שבארץ ישראל אמרו חזרה שבועה למחויב לה אמר רב פפא רבותינו שבבבל רב ושמואל רבותינו שבארץ ישראל רבי אבא רבותינו שבבבל רב ושמואל וכו' וכן היתומין מן היתומין לא יפרעו אלא בשבועה ורב ושמואל דאמרי תרוייהו לא שנו אלא שמת מלוה בחיי לוח אבל מת לוח בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לוח שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו רבותינו שבארץ ישראל רבי אבא דההוא גברא וכו' אמר ליה רבי אבא הוה מחויב שבועה ואין יכול לישבע וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכו', יעו"ש, ופירש רש"י וז"ל: ואין אדם מוריש לבניו ממון שהוא מחויב עליו שבועה אלמא הואיל והוא מחויב שבועה שלא קבלתי חוב זה ויתומין אין יכולין לישבע כן אלא שלא פקדנו אבא ואין זו השבועה המוטלת על אביהם וגם יתמי לוח אין יכולין לישבע שפרעו אביהן קאמרי רב ושמואל שלא יפרעו אלמא המחויב שבועה ואין יכולין לישבע לא זה ולא זה סבירא לרב ושמואל חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון עכ"ל, יעו"ש.

והנה לפי דברי התוס' בד"ה מתוך טעמא דרב ושמואל דאין אדם מוריש ממון שיש עליו שבועה הוא משום דלית להו דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, והיתומים שירשו ממון שיש עליו שבועה אין להם זכות ליטול הממון אלא באותה שבועה, ואם אין יכולים לישבע מפני שאינם יודעים לא אמרינן דבטלה השבועה ובני הלוה משלמים, אלא כיון דאינם יכולים לישבע אינם גובים, ומחלוקת רבותינו שבבבל ורבותינו שבארץ ישראל היא אם אית לן דינא דמתוך או לית לן דינא דמתוך, ועיימש"נ בשי"ח פ"ז, אכן מדברי רש"י לכאורה מבואר דלא ס"ל כהתוס', דאם כן מפני מה הוסיף רש"י דגם יתמי הלוה אין יכולים לישבע שפרעו אביהם, כנ"ל, והלא אין שום צורך לכך, דכיון דלית להו מתוך אין בני המלוה יכולים לגבות, ומה לי אם בני הלוה יכולים לישבע או לא, ועוד דאיזה שבועה שייכת אצל בני הלוה שהיו נשבעים אילו היו יודעים, והלא ליכא היפוך שבועה בנשבעין ונוטלין, כמו שכתב הרא"ש בכתובות (דף פח.) עמ"ש, וכן היא גם שיטת רש"י, ועיימש"נ בשט"ז פ"א.

ונראה דרש"י ס"ל דכולי עלמא מודו דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ומחלוקת רבותינו שבבבל ורבותינו שבארץ ישראל היא בפרטי התקנה שתיקנו חכמים לחשוד, דהנה למאן דאמר יחלוקו במשנתנו, ועבד רב נחמן עובדא כותיה בריש סוגיין, אין זה דין חלוקה דממון המוטל בספק, אלא שתיקנו חכמים דחשוד על השבועה כנגדו נשבע ונוטל, והיכא דגם שכנגדו חשוד תיקנו שיחלקו, והיא תקנה מיוחדת לשניהם

חשודים, וס"ל לרש"י דגם למאן דאמר חזרה שבועה למקומה הוא מפרטי התקנה, ונחלקו האמוראים בתקנת שניהם חשודים מה היא, דמאן דאמר חזרה שבועה למחויב לה ס"ל דאע"ג דתיקנו דהתובע מן החשוד דינו לישבע וליטול, בשניהם חשודים לא אמרו שכיון שהתובע אינו יכול לישבע לא יטול, אלא החזירו השבועה להחשוד ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ומאן דאמר חזרה שבועה לסיני ס"ל דבשניהם חשודים לא החזירו השבועה להמחויב לה, ולא שייך לומר מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא השאירו השבועה אצל התובע, ונשאר דינו לישבע וליטול, ואם אינו נשבע אינו נוטל, ועיימש"נ בטעמא דמילתא בשי"ח פ"ה, ונמצא לפי זה דלכולי עלמא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם בכגון הטוען חמשין ידענא חמשין לא ידענא, אכן בחשוד שהעבירו חכמים ממנו את השבועה והטילוה על התובע נחלקו מה היתה תקנתם בשניהם חשודים, אם השאירו השבועה אצל התובע, ואם אינו נשבע אינו נוטל, או אם החזירוה להנתבע, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ולפי זה נסתלקה קושית התוס' בד"ה מתוך שהקשו דרב נחמן עבד עובדא יחלוקו דמשמע דלית ליה דינא דמתוך ובבבא מציעא (דף צז:) מבואר דאית ליה דינא דמתוך, יעו"ש, ולפי דרך רש"י לא קשה מידי, דכולי עלמא אית להו דינא דמתוך, ומאן דאמר יחלוקו אית ליה דהכי היתה התקנה, כמש"נ, ורב ושמואל נמי אית להו דינא דמתוך, אלא דבשניהם חשודים ס"ל דהשאירו השבועה אצל התובע, ואם אינו נשבע אינו נוטל, כמש"נ, והתוס' ס"ל דאם אית לן דינא דמתוך גם בנשבע ונוטל ואינו יכול לישבע משלם הנתבע, דעל ידי התקנה לא עקרו החיוב ממון המוטל על הנתבע מעיקר הדין, ולכן אם אינו יכול לישבע הדרא דינא לעיקר חיוב ממון, ועיימש"נ בשי"ח פ"ז, אבל רש"י ס"ל דכשתיקנו שבועה להנוטל עקרו החיוב המוטל על הנתבע, וכל דין הנוטל לגבות הוא רק על ידי השבועה, ואם אינו נשבע אינו נוטל, ולא שייך בזה דינא דמתוך. ולמד רש"י דדין יתומים שבאו לגבות מן היתומים דומה לדין החשוד, דתיקנו חכמים לטובת היתומים דמלוה שבא לגבות מנכסי היתומים צריך לישבע, ואע"ג דאית ליה שטר אינו נוטל בלא שבועה, דבית דין אביהם של יתומים וחשו לטובתם, וכמו שכתב הרא"ש לקמן (דף מח:) לענין הא דלא קרעין לשטרא, יעו"ש, ובעצם היה ראוי לתקן להם שהם ישבעו ויפטרו, אכן הך שבועה אינם יכולים לישבע שהרי אינם יודעים, ולכן הטילו השבועה על המלוה שישבע ויטול, ודומה תקנה זו להתקנה דחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל, דבין הכי ובין הכי מוטל שבועה על מי שאינו יכול לישבע, בחשוד הוא מוכן לישבע וביתומים לא הוה להו למידע, ובין הכי ובין הכי הטילו השבועה על התובע, והיכא דמת הלוח בחיי המלוה, וחלה השבועה על המלוה, ומת המלוה ובאו בניו לגבות מבני הלוח, היינו דומה ממש לשניהם חשודים, דבכהאי גוונא גם התובע אינו יכול לישבע, דבני המלוה אינם יודעים אם כבר נפרע החוב, והרי הדבר תלוי במחלוקת רבותינו שבבבל ורבותינו שבארץ ישראל, דלמאן דאמר דבשניהם חשודים תיקנו חכמים להחזיר השבועה אל הנתבע חזרה השבועה לבני הלוח ומתוך שאין יכולים לישבע משלמים, ולמאן דאמר שהשאירו חכמים השבועה אצל התובע גם

ביתומים נשארה השבועה אצל בני המלוה, ואם אין נשבעים אינם נוטלים, וחזרה שבועה לסיני ובני הלוה פטורים מלשלם, ואע"ג דלא שייך גבי יתומים הא דהשביע הקב"ה בסיני את ישראל על לא תגזול, מכל מקום לטובת היתומים התקינו שלא תוחזר השבועה להם, ונשארת אצל בני המלוה, ונפטרים בני הלוה מלשלם, כמש"נ. והיינו מה שכתב רש"י דבני המלוה אין יכולים לישבע שאינם יודעים, ואינם יכולים לישבע אלא שלא פקדנו אבא, וזו היא השבועה שחלה על היתומים אם מת המלוה בחיי לוה, אבל אם מת הלוה בחיי מלוה חל עליו דין שבועת הנוטלין, שבועה שלא התקבלתי, ושבועה זו אין בני המלוה יכולים לישבע, וגם בני הלוה אינם יכולים לישבע שבועה זו אם נחזירנה להם, והיינו דינא דשניהם חשודים, וקאמרו רב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו, והשבועה נשארת אצל התובע, וכיון שאינו יכול לישבע אינו נוטל, וחזרה שבועה לסיני.

אולם עדיין צריכים ליישב לפי דברי רש"י הא דאמרינן בגמרא רבותינו שבארץ ישראל רבי אבא דאמר מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והלא רב ושמואל נמי אית להו דינא דמתוך אלא דס"ל דלא חזרה השבועה להנתבע על פי התקנה, כמש"נ, והיכן ראינו בדברי רבי אבא דפליג על כך.

לכן נראה דרש"י למד דלא דמי האיני יכול לישבע דנסכא להאיני יכול לישבע דחמשין ידענא חמשין לא ידענא, דהתם הוה ליה למידע, ואין לנו לעשות תקנה בשבילו, אבל בטוען אין חטפי ודידי חטפי מאי הוה ליה למיעבד, הרי הוא מוכן ועומד לישבע על טענתו אלא דליכא שבועה אלא זו שבה מכחיש העד, ואם כן דומה דינו לדין החשוד שמוכן לישבע אלא שאין מניחים לו לישבע, והרי הוא נכלל בהתקנה דאם הנתבע חשוד כנגדו נשבע ונוטל, כי היכי דיתומים נכללו בתקנה דחשוד, כמש"נ, ובאמת היה צריך להיות הדין דאם טוען אין חטפי ודידי חטפי שהתובע ישבע ויטול, כמו בחשוד, אולם גם התובע אינו יכול לישבע שחטף דהא הנתבע כבר הודה על כך, וגם אינו יכול לישבע דלאו דידיה חטף, דליכא שבועה כזו, ונמצא דגם התובע אינו יכול לישבע אע"פ שהוא מוכן לישבע אם היה אפשר, והרי דומה לשניהם חשודים, ואליבא דרב ושמואל חזרה שבועה לסיני ואינו גובה כלום, ורבי אבא ס"ל דחזרה שבועה למחויב לה, דכן תיקנו חכמים דאם שניהם חשודים תחזור השבועה להנתבע, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם.

פרק ז

בו יבוארו דברי התוס' דלמאן דאית ליה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אין חילוק בין אם התובע אינו יכול לישבע או הנתבע אינו יכול לישבע לעולם חייב הנתבע לשלם אם ליכא שבועה בפועל, ושמעון בן טרפון דדריש קרא למילתא אחריתא לית ליה דינא דמתוך.

[שבועות מז.] חזרה שבועה למקומה להיכן חזרה אמר רב אמי רבותינו שבבבל אמרו חזרה שבועה לסיני רבותינו שבארץ ישראל אמרו חזרה שבועה למחויב לה אמר רב פפא רבותינו שבבבל רב ושמואל רבותינו שבארץ ישראל רבי אבא רבותינו שבבבל רב ושמואל וכו' וכן היתומין מן היתומין לא יפרעו אלא בשבועה ורב ושמואל דאמרי תרוייהו לא שנו אלא שמת מלוה בחיי לווה אבל מת לווה בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לווה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו רבותינו שבארץ ישראל רבי אבא דההוא גברא וכו' אמר ליה רבי אבא הוה מחויב שבועה ואין יכול לישבע וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' וז"ל: מתוך שאינו יכול לישבע משלם דוקא בחשוד שלא יפקיעו ממונו ממנו תקנו להפך שבועה אבל הכא ובחמשים לא ידענא משלם והכי נמי במתניתין כיון שמוטל על יתומין שבועת אביהם ואין יכולין לישבע משלמין בני הללו דלא שנא מחויב התובע שבועה ולא שנא מחויב הנתבע שבועה ואין יכול לישבע אותו שחייב שבועה משלם הנתבע וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והתוס' מתחלה באו ליישב קושית התוס' בבבא מציעא (דף ה.) בד"ה חשוד שהקשו דלמה אמרינן דבחשוד על השבועה כנגדו נשבע ונוטל, ולמה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ועל זה תירצו דאם כן לא שבקת חיי להחשוד, יעו"ש, והיינו מה שכתבו כאן דתיקנו להפוך שבועה על שכנגדו שלא יפקיעו ממונו ממנו, אבל בנסכא דרבי אבא ובחמשים לא ידענא ליכא הך חששא, ולכן לא תיקנו חכמים להפוך השבועה אלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והוסיפו התוס' דכן ביתומים שבאים לגבות מן היתומים אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ובני המלוה גובים מבני הללו אפילו אם מת לווה בחיי מלוה, ולא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו, אלא אליבא דרבי אבא אדם מוריש שבועה לבניו ואם אין בני המלוה יכולים לישבע בני הללו חייבים לשלם.

והביאור הוא כמו שכתבו התוס' משום דלא שנא תובע אינו יכול לישבע ולא שנא הנתבע אינו יכול לישבע הרי הנתבע חייב לשלם, כנ"ל, וכונתם בזה הוא דלמאן דאית ליה מתוך שאינו יכול לישבע הרי בעיקר מוטל חיוב ממון על הנתבע ורק שהוא מעוכב שבועה, וכל זמן שהשבועה קיימת אין לנו לגבות הממון, אבל אם אינו יכול לישבע בטלה השבועה וחזר הדין שחייב לשלם, ואין לחלק בזה בין שבועה המוטלת על הנתבע לשבועה המוטלת על התובע, דהיכא דמעיקר הדין יכול לגבות, שהשטר בידו, אלא

שתיקנו חכמים דגביתו מעוכבת שבועת הנוטלים, אז אמרין דאם אינו יכול לישבע בטלה השבועה וחייב הנתבע לשלם, ולכן ביתומים מן היתומים ומת לוח בחיי מלוה אמרין דאדם מוריש שבועה לבניו, שהבנים יורשים הממון וגם החיוב שבועה שבו תלוי גבית הממון, והחיוב ממון שחל על בני הלוה מעיקר הדין לא נתבטל, ואם אין היתומים יודעים אם נפרע השטר, ואין יכולים לישבע שלא נפרע, בטלה השבועה וגובים עם השטר מעיקר הדין, כמש"נ, ובשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה, וכיון שאינו יכול לישבע משלם מעיקר הדין, כמש"נ.

ומאן דלית ליה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ס"ל דכשחל חיוב שבועה על הנתבע, כגון כשהודה במקצת, אין עליו אלא חיוב שבועה בלבד ולא חיוב ממון, ולכן אם אמר חמשים לא ידענא ואינו יכול לישבע פטור מלשלם, שהרי אין עליו חיוב ממון אלא חיוב שבועה, ואינו יכול לישבע ופטור, והוי כמו מי שטען אין לי על תביעת ממון, כמו כן אומר זה אין לו שבועה ופטור והולך לו, ואע"ג דבאינו רוצה לישבע אמרין לעיל (דף מא.) דנחתין לנכסיה, יעו"ש, היינו מדין כפיה על השבועה ולא מדין עיקר חיוב ממון, ועיימש"נ בשי"ח פ"ב, וס"ל להך מאן דאמר דאם חל חיוב שבועה ליכא חיוב ממון, ולית ליה דבבת אחת יש עליו חיוב ממון וחיוב שבועה ואם אינו נשבע החיוב ממון מחייבו לשלם, אלא ס"ל דכל היכא דאיכא חיוב שבועה ליכא חיוב ממון, ולכן אם תיקנו חכמים בחשוד דכנגדו נשבע ונוטל אין על שכנגדו אלא דין שבועה בלבד, דלולי התקנה היה החשוד פטור מלשלם, דהא לית ליה מתוך, ותיקנו חכמים שכנגדו יכול ליטול בשבועה, ואם אינו יכול לישבע דגם הוא חשוד על השבועה, אין לו במה להוציא ממון החשוד, וחזרה שבועה לסיני ואינו נוטל כלום, וכן ביתומים מן היתומים אמרין אין אדם מוריש ממון שיש עליו שבועה לבניו, דכיון דהוי בעיקר חיוב שבועה, וליכא חיוב ממון לולי השבועה, כמש"נ, מה תועיל להיתומים ירושת ממון זה הרי אין לגבות אלא בשבועה, והם אינם יכולים לישבע שאינם יודעים, ואם באמת יודעים שפיר יכולים לישבע ולגבות, אבל אם אינם יודעים ליכא שבועה וליכא גביה, ונמצא דאין אדם מוריש שבועה לבניו.

כן היא שיטת התוס' בפלוגתא דרב ושמואל ורבי אבא, דנחלקו אם אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והיינו מימרא דחזרה שבועה למחויב לה, ואית להו נמי אדם מוריש שבועה לבניו, דבני הלוה חייבים לשלם מדין מתוך, כמש"נ, ומאן דאמר חזרה שבועה לסיני לית ליה דינא דמתוך, ולא תועיל לו החזרת השבועה למחויב לה, ואית ליה נמי אין אדם מוריש שבועה לבניו, דאין לחייב בני הלוה אם לא שישבעו, והרי אינם יודעים, כמש"נ.

ובהמשך סוגיין איתא אמר רבא כוותיה דרבי אבא מסתברא דתני רבי אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין וכו' אלא לאו דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך אמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא אי אמרת בשלמא אביו כי האי גוונא מיחייב איצטריך קרא למיפטר גבי יורשין אלא אי אמרת אביו כי האי גוונא נמי פטור קרא גבי יורשין למה לי ורב ושמואל האי שבועת ה' מאי קא דרשי ביה מיבעי ליה לכדתניא

שמעון בן טרפון אומר שבועת ה' תהיה בין שניהם מלמד שהשבועה חלה על שניהם וכו', יעו"ש.

והתוס' דידן כתבו דשמעון בן טרפון פליג על רבי אבא דדריש לקרא למילתא אחריתי, יעו"ש, ומבואר דס"ל דרבי אבא יליף דין מתוך מקרא דשבועת ה', ואם כן שמעון בן טרפון דדריש ליה למילתא אחריתי לית ליה דינא דמתוך, ואע"ג דהיה אפשר לומר דרבי אבא ידע דינא דמתוך מן הסברא ולא איצטריך לכך קרא, ולא איצטריך הך קרא אלא למעט דביתומים ליתא לדינא דמתוך אע"ג דמן הסברא איתא, ושמעון בן טרפון לא דריש ליה למעט יורשים, וממילא לדידיה איכא דינא דמתוך גם ביורשים, אכן התוס' למדו דדינא דמתוך נלמד מקרא, ופריך בגמ' על רב ושמואל דלית להו דינא דמתוך מאי דרשי מהך קרא, ומשני דס"ל כשמעון בן טרפון, ועל כרחך צריכים לומר דשמעון בן טרפון לית ליה מתוך, ועיימש"נ בדברי רש"י בשי"ח פ"ו.

פרק ח

בו יבוארו דברי רש"י דמי שטוען אין חטפי ודידי חטפי נפסל משבועת לא חטפתי כי היכי דגזלן נפסל לשבועה, ואע"ג דבלי הפסול אינו יכול לישבע שלא חטף שכבר הודה שחטף, וגם יתבאר מה שהוצרך רבי אבא לחדש לרב אמי דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם.

[שבועות מז.] רבותינו שבארץ ישראל אמרו חזרה שבועה למחויב לה וכו' רבותינו שבארץ ישראל רבי אבא דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה אתא לקמיה דרב אמי יתיב רבי אבא קמיה אייתי חד סהדא דמחטף חטפה מיניה אמר ליה אין חטפי ודידי חטפי אמר רב אמי היכי לידיינו דייני להאי דינא נימא ליה זיל שלים ליכא תרי סהדי נפטריה איכא חד סהדא נימא ליה זיל אישתבע כיון דאמר מיחטף חטפי הוה ליה כגזלן אמר ליה רבי אבא הוה מחויב שבועה ואין יכול לישבע וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י וז"ל: לישלם דהא מודה דחטף ולא כל הימנו של כל חוטף לומר שלי חטפתי ליכא תרי סהדי ומיגו דאי בעי למימר לא חטפי מהימן נמי למימר דידי חטפי לפטריה משום האי מיגו איכא חד סהדא ואי אמר לא חטפתי הוה בעי לאישתבועי להכחיש את העד לישתבע את השבועה שהעד מחייבו אינו יכול דהא מודה דחטף והעד מחייבו לישבע שלא חטף וגבי הך שבועה הוא פסול כגזלן אצל כל שבועות והא ליכא למימר לישתבע דדידיה חטף שאין זו שבועה המוטלת עליו עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק טובא בדבריו, דרב אמי התחיל בצד הראשון שישלם, ואין זה משום דינא דמתוך אלא משום דלאו כל הימנו לחטוף ולטעון דידי חטפי, ודחה צד זה מכח המיגו, דכיון דאין עדים אית ליה מיגו דאי בעי אמר לא חטפתי ויפטר, ועיימש"נ בש"ט פ"ח, ודחה צד זה שיפטר משום מיגו דהא איכא חד סהדא, ובטל מיגו דידיה, דאילו היה אומר לא חטפתי היה צריך לישבע להכחיש את העד, ועדיף לו לטעון דידי חטפי, וליכא מיגו, והדר קאמר לישתבע, וקשה דכיון שבטל המיגו על ידי העד אחד למה לא נהדר לסברתו הראשונה דלישלם, ולמה נולד פתאום צד שלישי שישבע, ועוד יש לדקדק דהרי עד אחד לפנינו, ועד אחד מחייב שבועה, ולמה לא קאמר מיד נימא ליה זיל אישתבע.

ויתר על כן יש לדקדק על מה דקאמר דאינו נשבע דמשום דאמר מיחטף חטפי הוה ליה כגזלן, והרי"ף לא גריס הוה ליה כגזלן, ואם כן למד בפשיטות דכיון דהודה שחטף אינו יכול לישבע להכחיש את העד, וגם אינו יכול לישבע דידי חטפי דליכא העדא דעדים על כך, ואין יכולים לחדש שבועות חדשות מדאורייתא, וכמו שכתב רש"י דאין זו השבועה המוטלת עליו, כנ"ל, ונמצא שאינו יכול לישבע ומשלם, אכן הגירסא שלפנינו היא דהוה ליה כגזלן, ורש"י פירש גירסא זו דכיון שהודה שחטף הרי הוא פסול לשבועה שלא חטפתי כי היכי דגזלן פסול לכל השבועות, והדברים תמוהים, וכי משום

פסול אינו יכול לישבע שלא חטפתי, והלא הוא עומד ומודה שחטף, והיאך יעלה על הדעת שישבע שלא חטף, ולמה לן טעמא דהוא פסול להך שבועה.

לכן נראה דבודאי לא עלה על דעת רב אמי שישבע שלא חטפתי מאחר שהוא מודה שחטף, וכיון דאינו יכול לישבע שבועה זו שהעד בא לחייבו נסתפק רב אמי היכי נדייניה, אם נחייב אותו להחזיר הנסכא הרי ליכא תרי סהדי, ואית ליה מיגו דאי בעי אמר לא חטפתי, ואלא נפטריה ונניח הנסכא בידו מכח האי מיגו הרי איכא חד סהדא, ואילו היה טוען לא חטפתי היה נשבע, ואם כן בטל המיגו, ובאמת היה צריך להחזיר הנסכא כיון שהודה שחטף אותה, אכן עדיין איכא עצה אחרת, דנימא ליה זיל אישתבע, לא שבועה שלא חטפתי דהא מודה שחטף, אלא שבועה במאי דאמר ידי חטפי במיגו דאי בעי אמר לא חטפתי, וכי היכי דאי טען לא חטפתי היה נשבע להכחיש העד, השתא נמי ישבע דדידיה חטף, ואם כן לא בטל המיגו כיון דגם השתא נשבע במה שטוען, וכיון דנתקיים המיגו תשאר הנסכא בידו כיון שהוא תופס בה ויש לו מיגו.

ובאמת זוהי קושית התוס' בבבא בתרא (דף לד.) בד"ה הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע וז"ל: שהרי מודה ואם תאמר וליהמניה בשבועה במאי דאמר ידי חטפי במיגו דאי בעי אמר לא חטפי וכי תימא דהא לא חשיב מיגו דהא אם אמר לא חטפי היה חייב שבועה דאורייתא לא היא דהא אמר בהמוכר את הבית (לקמן דף ע.) המפקיד אצל חברו בשטר נאמן לומר החזרתיו לך בשבועה מיגו דאי בעי אמר נאנסו דהוי נאמן בשבועה אע"ג דנאנסו איכא שבועה דאורייתא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ולמד רש"י דזוהי כונת רב אמי במאי דקאמר נימא ליה זיל אישתבע, דהיינו שישבע ידי חטפי, ויהא נאמן מיגו דאי בעי אמר לא חטפתי, כי היכי דנאמן לומר החזרתיו ובשבועה מיגו דאי בעי אמר נאנסו ובשבועה.

ודחה רב אמי צד זה שישבע ידי חטפי דכיון דאמר מיחטף חטפי הוה ליה כגזלן, ופירש רש"י דבריו הכי, דעצם השבועה שהעד בא לחייבו, דהיינו שלא חטף, אינו יכול לישבע כלל דהא מודה דחטף, ואלא מה אתה רוצה שישבע ידי חטפי, הרי שבועה זו לא באה אלא על ידי המיגו עצמו, דדיני טענת המיגו עוברים לטענתו, וכמו בהחזרתי מיגו דנאנסו, שהוא נשבע החזרתי, הרי ליכא בדאורייתא שבועה שהחזרתי, אלא דכיון דבא בטענת החזרתי מיגו דאי בעי טעין נאנסו הרי דין שבועה שהיה נשבע אילו היה טוען נאנסו עובר על ידי המיגו לטענת החזרתי, אכן בטענת ידי חטפי מיגו דטענת לא חטפתי אי אפשר לומר כן, דכיון דהודה שחטף נפסל לגבי שבועה שלא חטפתי כגזלן שנפסל לכל השבועות, דהיינו דבטלה ממנו תורת שבועה שלא חטפתי כיון שהודה שחטף, ואם כן אין להמשיך שבועה דדידי חטפי מדין שבועה שלא חטפתי על ידי מיגו, דהא בטלה ממנו תורת שבועה שלא חטפתי, ואם כן אינו יכול לישבע ידי חטפי ובטל המיגו דאי בעי טעין לא חטפתי, דהרי אז היה נשבע ובטענת ידי חטפי אינו נשבע על ידי המיגו, כמש"נ.

ומסיק רש"י דבריו דהא ליכא למימר לישתבע דדידיה חטף, כלומר גם בלי שבועה הנמשכת מן המיגו ישבע דידיה חטף, ואם כן נתקיים המיגו, דהא בין כך ובין כך נשבע,

הא ליכא למימר דאין שבועה זו מוטלת עליו, דליכא דין שבועה דדידי חטפי, שהרי אין העד אחד מעיד על כך, ואין אנו יכולים לחדש שבועות, וכל הצד שיוכל לישבע דידי חטפי הוא רק משום דאילו טען לא חטפתי היה נשבע ואותה שבועה נמשכת לטענת דידי חטפי על ידי המיגו, כמש"נ, וגם זה אינו, דכיון שהודה נפסל משבועת לא חטפתי ובטלה ממנו, ושוב אי אפשר להמשיך ממנה על ידי מיגו שבועה דדידי חטפי.

וכל זה הוא בטענת דידי חטפי מיגו דטענת לא חטפתי, בזה אמרינן דבטלה שבועת לא חטפתי ואינו נשבע דידי חטפי על ידי המיגו, כמש"נ, אבל בהחזרתי מיגו דנאנסו שפיר נשבע החזרתי ובשבועה מיגו דנאנסו ובשבועה, ואע"ג דלא טען נאנסו אלא החזרתי לא נפסל בכך לגבי שבועה שנאנסו, דאין בדבריו הודאה שלא נאנסו, ולא דמי לכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, דהא אם לא לזה הרי בהחלט שלא פרע, אבל אם טוען החזרתי אין בזה הודאה שמתה בפשיעה, ואם יבואו עדים שלא החזיר הפקדון ועדיין הוא תחת שמירתו ובא המפקיד לתבוע ממנו פקדונו יכול השומר לטעון שמתה באונס, שמעולם לא הודה שמתה בפשיעה, ונמצא דבטענת החזרתיו לא נפסל משבועה שנאנסו, ולא בטלה לגביה תורת שבועה דנאנסו, ולכן אם טוען החזרתי מיגו דנאנסו יכול לישבע החזרתיו שבועה הנמשכת לו על ידי מיגו משבועה דנאנסו, אבל בטוען דידי חטפי מיגו דלא חטפתי ליכא שבועה, דהא נפסל משבועת לא חטפתי, כמש"נ, ובלי להמשיך השבועה מטענת לא חטפתי לא שייך שבועה דדידי חטפי, כמש"נ, ונמצא שאינו יכול לישבע.

אכן עדיין נשאר לנו לברר מה היה ספיקו דרב אמי ומה פתר לו רבי אבא, הלא קאמר מתחילה דלישלם דהא חטיפה לא מהני, וקאמר דכיון דליכא עדים אית ליה מיגו, וקאמר דכיון דאיכא עד אחד בטל המיגו, וממילא הדר לסברתו הראשונה דצריך להחזיר הנסכא, ורק דחשב דאולי יכול לישבע דידי חטפי ולקיים על ידי זה המיגו ולהחזיק הנסכא בידו, ודחה צד זה כיון שנפסל לגבי שבועת לא חטפתי, כמש"נ, ואז הדרינן לסברא ראשונה דלישלם כיון דאין לו מיגו, ואם כן גס בלי רבי אבא דהוי מחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם היה צריך להיות הדין דמחזיר הנסכא דחטיפה בלא מיגו לא מהני, וחוטף זה אין לו מיגו.

ויש ליישב עפ"י מש"נ בשי"ח פ"ו בדברי רש"י דאם טען אין חטפי ודידי חטפי הוה ליה כמו חשוד שמוכן לישבע ואינו יכול, ושייך בו תקנת חשוד שכנגדו נשבע ונוטל, אלא דכיון דגם התובע אינו יכול לישבע הוה להו כשניהם חשודים, יעו"ש, ולפי זה יש לומר דנסתפק רב אמי מה היתה התקנה בשניהם חשודים, מי אמרינן שהחזירו השבועה להנתבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, או דלמא חזרה שבועה לסיני שהשאירו השבועה אצל התובע, ודינו לישבע וליטול ואם אינו נשבע אינו נוטל, וקאמר רבי אבא דחזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם.

פרק ט

בו יבואר מה שכתבו התוס' במחלוקת רבי אבא ורב ושמואל כשהיתה השבועה מוטלת על המלוה ואין בניו יכולים לישבע, וגם יתבאר מה שפירש רבינו תם במחלוקתם ומה שכתב דאילו היתה שבועת התובע מדאורייתא היינו אומרים מתוך שאינו יכול לישבע יפסיד.

[שבועות מז.] היו שניהן חשודין וכו' חזרה שבועה למקומה להיכן חזרה אמר רב אמי רבותינו שבבבל אמרו חזרה שבועה לסיני רבותינו שבארץ ישראל אמרו חזרה שבועה למחויב לה אמר רב פפא וכו' רבותינו שבבבל רב ושמואל דתנן וכן היתומין לא יפרעו אלא בשבועה והוינן בה ממאן אילימא מלוה אבוהון שקיל בלא שבועה ואינהו בשבועה אלא הכי קאמר וכן היתומין מן היתומין לא יפרעו אלא בשבועה ורב ושמואל דאמרי תרוייהו לא שנו אלא שמת מלוה בחיי לווה אבל מת לווה בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לווה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו רבותינו שבארץ ישראל רבי אבא דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה וכו' אמר ליה רבי אבא הוה מחויב שבועה ואין יכול לישבע וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכו', יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה מתוך וז"ל: והכי נמי במתניתין כיון שמוטלת על יתומין שבועת אביהם ואין יכולין לישבע משלמין בני הללו דלא שניא מחויב התובע שבועה ולא שניא מחויב הנתבע שבועה ואין יכול לישבע אותו שחייב שבועה משלם הנתבע עכ"ל, יעו"ש, ומשום הכי פליג רבי אבא על רב ושמואל, דהואיל וס"ל דאמרינן מתוך, אם כן היכא דשבועה מוטלת על בני המלוה, שכבר נתחייב בה אביהם, והם אינם יכולים לישבע, שהרי אינם יודעים, אמרינן מתוך שאין התובע יכול לישבע משלם הנתבע, ורב ושמואל דלית להו מתוך ס"ל דאין בני המלוה גובין בלא שבועה, וכיון דאינם יכולים לישבע אינם גובים.

ונראה לבאר דברי התוס' דס"ל דדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם היינו דלעולם עיקר הדין הוא ממון, אלא שהתורה נתנה לו זכות וכח לפטור את עצמו על ידי שבועה, ושוב אמרינן דדין השבועה מעכב דין הממון, דכל זמן שדנים בו דין שבועה אין דנים בו דין ממון, והיכא דאינו יכול לישבע יש להסתפק אם בטלה תורת השבועה לגמרי או אם עדיין איכא דין שבועה ורק דאי אפשר לישבע דהא אינו יודע, והיינו פלוגתא דרבי אבא ורב ושמואל, דרבי אבא ס"ל דבאינו יכול לישבע בטלה השבועה והדר דינא דחייב לשלם, והיינו דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ורב ושמואל ס"ל דעדיין קיים דין השבועה, ורק דבפועל אי אפשר לישבע, ואם כן עדיין דין השבועה מעכב דין הממון, והואיל והוא מוכן לישבע ואינו יכול אינו צריך לשלם, ולא דמי לאינו רוצה לישבע דצריך לשלם מדין כפיה, ועמש"נ בשי"ח פ"ב, ולפי זה היכא דבעצם צריך הנתבע לשלם, כגון ביתמי דלוה שהוציא עליהם שטר, ותיקנו חכמים שלא יגבה מהם אלא בשבועה, הכא נמי אמרינן דדין הממון מעוכב על ידי דין השבועה וכל זמן שלא נשבע התובע אין הנתבע צריך לשלם, ואם אין התובע יכול לישבע תליא בפלוגתא, דאם

אמרין מתוך אם כן במקום שאינו יכול לישבע בטלה השבועה, ובגונא דידן אם בטל דין השבועה הדר דינא דהנתבע צריך לשלם, אבל לרב ושמואל דלית להו מתוך לא בטל דין השבועה כשאין התובע יכול לישבע, ועדיין מוטלת עליו השבועה ודין הממון מעוכב, ואם אינו יכול לישבע מפסיד.

ובהמשך הדיבור הנ"ל הביאו התוס' פירוש ר"ת וז"ל: ורבינו תם פירש בספר הישר דהלכתא כרב נחמן וכו' ורב נחמן נמי סבירא ליה כרבי אבא בנסכא ובחמשין לא ידענא מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכל שכן נמי דהוה לן למימר כשהתובע מחויב שבועה דמפסיד אלא משום דשבועת התובע לא הוה אלא מדרבנן ואין מפסיד ולא משלם כשאין יכול לישבע אלא במחויב שבועה דאורייתא ולהכי ביתומין מן היתומין ומת לוח בחיי מלוה או בפוגם שטרו דהוה דרבנן נשבעין שבועת יורשין ונוטלין ולא מפסידין לרב נחמן ורבי אבא וכו' ולרב ושמואל אית להו דאפילו בשבועה דרבנן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד הכל וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ויש לדקדק טובא בדברי ר"ת, שהרי תלה טעמא דרבי אבא דלא אמרין מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד ביתומים משום דהוה שבועה דרבנן, ולא שייך למימר מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד או משלם אלא במחויב שבועה מדאורייתא, ורב ושמואל אית להו דאפילו בשבועה דרבנן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, כלומר לא מיבעיא אילו היה התובע נתחייב שבועה דאורייתא, דהיינו דנין בו מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, אלא אפילו לפום קושטא דלא נתחייב אלא שבועה דרבנן נמי דנים בו מתוך שאינו נשבע מפסיד, ולכאורה נמצא לפי זה דרבי אבא ורב ושמואל סברות הפוכות אית להו, דרבי אבא ס"ל דבנתבע וכן בתובע אילו היה נתחייב שבועה דאורייתא אמרין מתוך, ורק בנתבע שנתחייב שבועה דרבנן לא אמרין מתוך, ורב ושמואל ס"ל דבנתבע לעולם לא אמרין מתוך, ובתובע לעולם אמרין מתוך, בין אם הוי שבועה דאורייתא בין אם הוי שבועה דרבנן.

עוד קשה דבכלל למה הוצרך ר"ת להביא כל הענין אם היינו דנין מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד בשבועת גביה מן היתומים אילו היתה השבועה מדאורייתא, והא אליבא דאמת ליכא שבועת הנוטלין מן התורה, דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין, ומה לנו לצדד ולדון אילו היה נשבע ונוטל מדאורייתא אם היינו דנין בו מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד.

ואיכא למימר דאילו היה ס"ל לרבי אבא דלא אמרין מתוך בתובע אפילו אם היה נתחייב שבועה מן התורה, אם כן נמצא דליכא דין מתוך כלל בתובע אלא בנתבע בלבד, ולכאורה איפכא מסתברא, דנתבע שהוא מוחזק בהממון לא נאמר בו מתוך לחייבו לשלם, אבל תובע שאינו מוחזק נימא מתוך ויפסיד, וצריך לומר דהיינו טעמא משום דבתובע שיכול לישבע התקינו שבועה ובתובע שאינו יכול לא התקינו, כיון שעיקר הדין הוא ליטול בלא שבועה, וכמו שכתב הר"ן, ורב ושמואל דפליגי ואית להו שאף בתובע אם אינו יכול לישבע מפסיד על כרחך ס"ל דגם באינו יכול לישבע התקינו שבועה, והר"ן כתב דכיון שחלה השבועה בחיי אבוהון תו לא פקע, אבל התוס' לא הזכירו

סברא זו, ואם כן יצאה לנו פלוגתא שניה נפרדה בין רבי אבא ורב ושמואל, חדא אם אמרינן מתוך ושנית אם באינו יכול לישבע התקינן שבועה, והוא דחוק, ולכן כתבו התוס' דלכולי עלמא אילו היה התובע נשבע מדאורייתא היינו דנים בו מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, ולא נחלקו בשבועת היתומים אלא משום דהוי מדרבנן, דרבי אבא לית ליה מתוך בשבועה דרבנן בין בנתבע בין בתובע ורב ושמואל לעולם לית להו מתוך בנתבע, ובתובע לעולם אית להו מתוך לא שנא אילו היה מן התורה לא שנא מדרבנן, אלא דעדיין צריך עיון דלכאורה נראה כסברות הפוכות.

ונראה דהנה עיקר החיוב בשבועה דאורייתא הוא או ישבע או ישלם, וכך היא לעולם צורת השבועה שנתחייב מן התורה, דהתורה נותנת לו הבחירה אם לישבע או לשלם, ולכן אם אינו רוצה לישבע משלם, דאם אינו בוחר בשבועה צריך לשלם, אבל באינו יכול לישבע יש להסתפק, כנ"ל, אם בכחאי גונא בטלה תורת השבועה ולא נשאר אלא הצד של תשלומין, או אם עדיין קיים הצד של שבועה ורק דאינו יכול לישבע, ובזה נחלקו רבי אבא ורב ושמואל אם אמרינן מתוך, דרבי אבא ס"ל דבאינו יכול לישבע בטלה תורת השבועה ונשאר רק דין התשלומין, ומשום הכי משלם, אבל רב ושמואל ס"ל דלא בטלה תורת השבועה, ועדיין דינא הוא דאו ישבע או ישלם, והרי הוא בוחר בצד השבועה, שהרי ברצונו היה נשבע אילו היה יכול, ומאי אית ליה למיעבד דאינו יכול, ונשאר הדבר כן בלי שום פתרון, שמחויב שבועה ורוצה לישבע ורק שאינו יכול לישבע, ואי אפשר לזוז מזה המצב, ומשום הכי אינו משלם.

והנה בתובע לכולי עלמא אילו היה מחויב לישבע מדאורייתא היה מפסיד אם אינו יכול לישבע, כנ"ל, והיינו משום דכי היכי דצורת שבועה דאורייתא בנתבע היא או ישבע או ישלם הכי נמי היתה צורת השבועה דאורייתא בתובע או ישבע או יפסיד, ולכן לכולי עלמא היינו דנין בו מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, לרבי אבא דס"ל דבאינו יכול לישבע בטלה תורת השבועה ונשאר רק דין התשלומין, הכא נמי בטלה תורת השבועה ונשאר רק דין ההפסד, ולרב ושמואל דלא בטלה תורת השבועה ולעולם נשאר במצב של רוצה לישבע ואינו יכול לישבע, כמש"נ, הכא נמי נשאר במצב של רוצה לישבע ואינו יכול לישבע, ומשום הכי מפסיד שהרי לעולם נשאר במצב של מחויב שבועה ואינו יכול לישבע.

ואולם בתובע שנתחייב שבועה דרבנן באנו למחלקותם דרבי אבא ורב ושמואל, דחיוב שבועה דרבנן לא הוי אלא שבועה גרידא, ואין בה דין או ישבע או ישלם, כדחזינן ממה שכתבו התוס' כאן ובכמה מקומות דלא אמרינן מתוך בשבועת היסט שהיא מדרבנן, והיינו טעמא משום דאין עיקרה דין או ישבע או ישלם, וה"ה נמי בשבועה דרבנן שהטילו על התובע לא הטילו אלא דין שבועה גרידא ולא תיקנו דין או ישבע או יפסיד, ולכן אליבא דרבי אבא דבאינו יכול לישבע בטלה תורת השבועה אם כן הכי נמי בתובע שאינו יכול לישבע בטלה תורת השבועה, וגם צד הפסד מעולם לא התקינן בו, ושפיר גובה על ידי שטרו וכיוצא בו אף בלי שבועה, אבל רב ושמואל ס"ל דבאינו יכול לישבע לא בטלה השבועה, ולעולם נשאר במצב של מחויב שבועה ואינו יכול לישבע,

ואם כן גם בשבועה דרבנן כן הוא, דעדיין מחויב השבועה ואינו יכול לישבע אותה, ולעולם אין זזין מזה המצב, וכל זמן שאינו נשבע אינו גובה.

וכל זה הוא בשבועה דרבנן של התובע, אבל שבועה דרבנן שעל הנתבע, כגון שבועת היסט, לכולי עלמא לא אמרינן מתוך, לרבי אבא אמרינן דהואיל ואינו יכול לישבע בטלה השבועה, אבל מכיון דצורת שבועה דרבנן לא הוי או ישבע או ישלם אלא שבועה גרידא, אם כן אין בו צד תשלומין כלל, ואם בטלה השבועה פטור מלשלם, ואליבא דרב ושמואל דבאינו יודע לא בטלה השבועה לעולם נשאר במצב של מחויב שבועה ורוצה לישבע ואינו יכול לישבע, וכן נשאר הדבר ואינו משלם, וכמש"נ גבי שבועה דאורייתא, ונמצא דבכל גונא אזלי רבי אבא ורב ושמואל לשיטתייהו לענין הא מילתא אם באינו יכול לישבע בטלה תורת השבועה.

פרק י

בו יבוארו שני הפירושים בהר"ן דאף דקיימא לן כרבי אבא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם קיימא לן כרב ושמואל דבשניהם חשודים חזרה שבועה לסיני, וגם יבואר דאף דאמרינן לענין פוגם שטרו הבו דלא לוסף עלה הוא מדין טענינן כמו במת לוח בחיי מלוה.

[שבועות מז.] חזרה שבועה למקומה להיכן חזרה אמר רב אמי רבותינו שבבבל אמרו חזרה שבועה לסיני רבותינו שבארץ ישראל אמרו חזרה שבועה למחויב לה אמר רב פפא רבותינו שבבבל רב ושמואל רבותינו שבארץ ישראל רבי אבא וכו', יעו"ש.

וכתב הר"ן ז"ל: ואיכא למידק טובא אשמעתין היכי מוכחינן דרבותינו שבארץ ישראל רבי אבא דהא ודאי מצי אמר במתניתין חזרה שבועה לסיני דאע"ג דאיהו ס"ל מחוייב שבועה וכו' אבל בשהתובע חשוד שפיר מצי רבי אבא למימר דמתוך שאינו יכול לישבע מפסיד אע"ג דלדידיה ליתא אלא שבועת התקנה מחומרא בעלמא ותדע לך דאי לא תימא הכי קשיא הלכתא אהלכתא דקיימא לן כרבי אבא וכמו שפסק הרב אלפסי ז"ל בסמוך וקיימא לן בההיא כרב ושמואל וכו' ואיכא למימר דודאי כל מאן דס"ל הא דרבי אבא לא מצי למימר חזרה שבועה לסיני דכיון דמדאורייתא נתבע חייב לשלם אע"פ שחכמים הטילו שבועה על התובע לא החמירו אלא ביכול אבל באינו יכול אינו בדין שיפסיד את שלו כיון שאין שבועה זו אלא חומרא בעלמא וכי תימא והא מת לוח בחיי מלוה שלא נתחייב מלוה אלא שבועת התקנה ואעפ"כ בשאין בניו יכולין לישבע הפסידו נראה לי דלא דמי דהתם כבר חלה שבועה של דבריהם על המלוה וכיון שחלה בו שוב לא פקעה ולפיכך בניו שאין יכולין לישבע מפסידין וכו' עכ"ל, יעו"ש.

והנה עיין לקמן (דף מח:) אלא הבו דלא לוסף עלה כגון מאי דאמר רב פפא הפוגם את שטרו ומת יורשין נשבעין שבועת יורשין ונוטלין, יעו"ש, והיינו דאע"ג דקיימא לן כרב ושמואל דבמת לוח בחיי מלוה הואיל וכבר נתחייב מלוה שבועה בגביתו אין אדם מוריש שבועה לבניו, ומשום הכי בניו שאין יכולין לישבע אין גובין מיתמי לוח, מכל מקום הבו דלא לוסף עלה, ובגונא אחרינא אין דנין כן, וקאמר דהיינו פוגם שטרו ומת, שכבר נתחייב מלוה שבועה בחייו, ומכל מקום לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו, וגובין בני מלוה אע"פ שאין יכולין לישבע, ואין נשבעין אלא שבועת היורשין שלא פקדנו אבא, יעו"ש.

וקשה דהנה עיין לעיל (דף מא.) אמר רב פפא האי מאן דאפיק שטרא על חבריה ואמר ליה שטרא פרוע הוא אמרינן ליה כל כמינך זיל שלים ואם אמר לשתבע לי אמרינן ליה אשתבע ליה אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי ומה בין זה לפוגם את שטרו אמר ליה התם אע"ג דלא טעין איהו טענינן ליה אנן הכא אמרינן ליה זיל שלים ליה ואי טעין ואמר אשתבע לי אמרינן ליה זיל אשתבע ליה, יעו"ש, הרי דדין השבועה דפוגם שטרו הוא דטענינן ללוה אישתבע לי דלא פרעתיד, והשתא עיין בכתובות (דף פז.) מנכסי יתמים ומנכסים משועבדים שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה, וכתב רש"י

וז"ל: משום דאי גבי מן הלוח גופיה והוה טעין לוח אישתבע לי דלא פרעתך אמרין בשבועות (דף מא.) דמשבעין ליה וכו' בשביל לקוחות אן טענין וכו' ובנכסי יתומים ונפרעת שלא בפניו כולחו משום האי טעמא עכ"ל, יעו"ש, ונמצא לפי זה דשבועת פוגם שטרו ושבועת הגובה מנכסי יתומים חדא שבועה היא, ותרוייהו הם מדין טענין אישתבע לי דלא פרעתך, ואם כן מאי קאמר הבו דלא לוסיף עלה פוגם שטרו ומת, והלא היינו הך.

ונראה ליישב עפ"י דברי הר"ן הנ"ל דהא דנקטינן כרב ושמואל גבי מת לוח בחיי מלוה אע"ג דבשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומשלם, היינו משום דביכול לישבע התקינו באינו יכול לא התקינו, ושאינו מת לוח בחיי מלוה דהואיל וכבר חלה השבועה שוב לא פקעה, כנ"ל, ואם כן בעינן לכך שתיחול השבועה בפועל, ולא רק דין השבועה, ואם כן אע"ג דבפוגם שטרו חל דינו מיד שלא יוכל לגבות בלי שבועה, מכל מקום השבועה בפועל עדיין לא חלה עליו, דהא לא טענין ליה אן אלא כשהוא עצמו לא טען, ונמצא דעדיין אין עליו חיוב שבועה בפועל, ואם טען הלוח אישתבע לי דלא פרעתך הרי הוא יכול לחייבו שבועה בטענה זו, ואם הלוח לא טען אז טענין ליה אן, כנ"ל, ונמצא דעל ידי הודאתו גרידא ששטרו פגום לא חלה עליו עדיין שבועה בפועל, מה שאין כן בבא לגבות מן היתומים מיד חל דין טענין, ואין צריכים להמתין לראות אם הם עצמם יטענו אישתבע לן דלא נפרע, דמנא ידעי, ואם כן מיד חלה השבועה בפועל, והיינו דקאמר הבו דלא לוסיף עלה, דרק בגביה מן היתומים אמרין אין אדם מוריש שבועה לבניו, דכבר חלה השבועה בפועל בחיי אביהם, וכיון שחלה השבועה בפועל שוב לא פקעה, אבל בפוגם שטרו עדיין לא חלה השבועה בפועל, כמש"נ, ומיירי שעדיין לא אמרו לו בית דין השבע וטול, וכיון שכן גם על היתומים לא חלה דבאינו יכול לא התקינו, כנ"ל.

ובזה אולי יש ליישב סתירת דברי המחבר, דעין בחור"מ סי' ק"ח סעיף י"ד וז"ל: הפוגם שטרו ומת אע"פ שאינו גובה אלא בשבועה הרי בניו נשבעים שלא פקדנו אבא וכו' וגובים שאר השטר וכו' וכן הבא ליפרע שלא בפני בעל דין או מהלקוחות או עד אחד מעיד שהוא פרוע ומת קודם שנשבע ובחיי הלוח יורשים נשבעים שבועת היורשים ונוטלים עכ"ל, יעו"ש, ובסי' פ"ד סעיף ה' כתב וז"ל: עד אחד מעיד על שטר שהוא פרוע ומת המלוה עד שלא נשבע אין היורשין גובין אותו והוא הדין לפוגם שטרו ומת עד שלא נשבע עכ"ל, יעו"ש, והקשו כל האחרונים דדבריו סותרים אלו את אלו, ועיימ"ש בדרישה סי' ק"ח סקכ"ט לחלק דבסי' פ"ד מיירי שלא גילה דעתו שרצה לישבע ובסי' ק"ח מיירי שגילה דעתו שרצה לישבע, יעו"ש.

והנה בנידון שהביא מתשובת הרא"ש דהעד אחד מעיד שהודה מחיים שפיר איכא לצדד דדילמא אילו היה בפנינו לא היה מכחיש העד, אבל בגונא דפוגם שטרו לכאורה צריך עיון דמה לן אם רוצה לישבע וליטול או לא, סוף סוף הרי נתחייב שבועה בנטילתו, ולפימשי"נ אולי אפשר לחלק דבסי' ק"ח מיירי שעדיין לא אמרו לו בית דין השבע וטול, ונמצא שעדיין לא חלה על האב השבועה בפועל, כמש"נ, אבל בסי' פ"ד

מיירי שכבר אמרו לו בית דין השבע וטול, וחלה עליו השבועה בפועל, ורק שלא הספיק לישבע עד שמת, והיינו ממש כההיא דמת לוח בחיי מלוה, דהואיל וכבר חלה השבועה שוב לא פקעה, כמש"נ, ולא שייך בזה הבו דלא לוסף עלה, ויש קצת סמך לזה בדיוק לשונו של המחבר, דבסי' ק"ח כתב שמת המלוה קודם שנשבע, ובסי' פ"ד כתב שמת עד שלא נשבע, ואיכא למימר דלישנא דעד שלא נשבע היינו שהיה מוכן ועומד לישבע, רק שלא הספיק לבטא שבועתו עד שמת, אבל קודם שנשבע משמעותה שעדיין לא בא לידי שבועה, שלא אמרו לו בית דין השבע וטול, וכמש"נ.

והנה בהמשך דבריו דחה הר"ן פירוש הראשון הנ"ל וכתב דהתליה היא בלשון חזרה שבועה למקומה, דלרבי אבא דאית ליה מתוך מקומה הוי המחויב לה, ורב ושמואל דלית להו מתוך ס"ל דמקומה היא סיני, יעו"ש כל האורך, וליישב הא דקשיא הלכתא אהלכתא כנ"ל כתב וז"ל: נהי דבמת מלוה נקיטין כוונתייהו משום דנפקא משמיייהו היינו משום שאין שם פשיעה לנתבע כלל אבל במתניתין כיון שהנתבע אינו יכול לישבע מפני פשיעתו ומדינא משלם אינו בדיון שיהא חוטא נשכר שכשאר התובע יכול לישבע שיפטר וכו' עכ"ל, יעו"ש, והא דלא חילק כדחילק בפירוש הראשון שכבר חלה השבועה, היינו משום דלפירוש הראשון ס"ל דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, דבאינו יכול לא התקינו, ואם כן שפיר מובן הא דבשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה, וצריך טעם למה במת לוח בחיי מלוה יפסידו היתומים כשאין יכולים לישבע, וקאמר דהיינו טעמא מפני שכבר חלה השבועה, כנ"ל.

אבל בפירוש השני ס"ל דלמאן דאמר מתוך שפיר איכא למימר מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, וליכא הוכחה דמאן דאית ליה מתוך אית ליה חזרה שבועה למחויב לה אלא מלישנא דחזרה למקומה, ואם כן שפיר מובן הא דבשניהם חשודים לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, ומשום הכי כתב הר"ן טעמא דפשיעה, כנ"ל, אמנם לפי המתבאר מסוגיא דלקמן לא סבירא לן כרב ושמואל אפילו היכא דליכא פשיעה, כגון פוגם שטרו, ולא קאמר טעמא דפשיעה אלא לרוחא דמילתא וכל שכן, כמו שכתב הר"ן, יעו"ש, וגם לפירוש השני לפי המסקנא לא הוי טעמא דמת לוח בחיי מלוה משום דמתוך שאינו יכול לישבע מפסיד אלא משום דכבר חלה שבועה בחיי האב, וכמש"נ.

פרק יא

בו יחקור אם תקנת שכנגדו נשבע ונוטל היתה לטובת התובע או לטובת הנתבע, ויוכיח דפליגי בזה תוס' עם הרא"ש והר"ן, ויתורץ קושית רע"א דהוה להו להתוס' לקבוע קושיתם דבחשוד על השבועה נימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם בפרק ז' דשבועות.

[בבא מציעא ה.] ההוא רעיא דהוה מסרי ליה כל יומא חיותא בסהדי וכו' אמר להו לא היו דברים מעולם אתי סהדי אסהידו ביה דאכל תרתי מינייהו אמר רבי זירא אם איתא לדרכי חייא קמיינתא משתבע אשאר, אמר ליה אביי אם איתא משתבע והא גזלן הוא אמר ליה שכנגדו קאמינא השתא נמי דליתא לדרכי חייא נחייביה מדרב נחמן דתנן מנה לי בידך אין לך בידי פטור ואמר רב נחמן משביעין אותו שבועת היסת דרב נחמן תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן, יעו"ש.

וכתבו התוס' בד"ה שכנגדו קאמינא וז"ל: ואם תאמר מאי שנא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכו' ויש לומר הכא אי אמרינן משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו ועוד דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו ולכך לא ישלם עכ"ל, יעו"ש. והקשה רע"א בגליון הש"ס וז"ל: יש לעיין איך תלי הקושיא כאן הא דין זה ערוך במתניתין ריש פרק ז' דשבועות דשכנגדו חשוד נשבע ונוטל והוה מצי להקשות שם במקומו עכ"ל, יעו"ש.

ע"ע בתוס' בד"ה ותקנתא לתקנתא וז"ל: ומתוך שאינו יכול לישבע משלם לא שייך הכא כדפרישית עכ"ל, ולכאורה מה שכתבו התוס' כדפרישית כונתם למה שכתבו בדיבור הנ"ל דלא אמרינן מתוך משום דלא שבקת ליה חיי אי נמי משום דמוכן ועומד לישבע, והקשו האחרונים דהא קאי השתא בשבועת היסת דלית בה דין מתוך, כמו שכתבו התוס' לעיל (דף ג:). בד"ה בכוליה בעי דלודי ליה דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך, יעו"ש, והמהר"ם צידד לומר דלהא גופא כיונו התוס', דליכא למימר מתוך משום דהוי שבועה דרבנן, וכדפרישית היינו התוס' לעיל הנ"ל, ואע"פ שאין זה עולה מפשטות דברי התוס', הדוחק הכריחו לכך, ובקצות החושן סי' צ"ב סק"י נמי הביא דעה כזו, והקצות החושן עצמו רצה לומר דבאמת שייך דין מתוך גם בשבועה דרבנן, אבל לכאורה אין דברי התוס' בסוגיין מתיישבות לפי זה, שהרי כתבו להדיא דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עלך או תשבע או תשלם וכו', כנ"ל.

ונראה דהנה יש להסתפק אם תקנת שכנגדו נשבע ונוטל הוי תקנת התובע או תקנת הנתבע, דלטובת מי נתקנה תקנה זו, ועיין ברא"ש בשבועות (דף מז.) שכתב דמשום הכי תיקנו חכמים שכנגדו נשבע ונוטל ולא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאם כן לא שבקת חיי וכו', יעו"ש, ונמצא לפי דעת הרא"ש דשכנגדו נשבע ונוטל הוי תקנת הנתבע שלא יוכל התובע לגבות מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם אם לא שישבע בנטילתו, אבל התוס' בסוגיין שהקשו דלמה שכנגדו נשבע ונוטל נימא מתוך, סלקא

דעתין דהוי תקנת התובע, שחכמים נתנו לו כח לגבות בשבועה, ולכן הקשו דמה צריך להך תקנה ולמה לא יגבה בלי שבועה מדין מתוך, ותירצו דבלאו הכי ליכא מתוך דאל"כ לא שבקת חיי אי נמי מפני שהוא מוכן ועומד לישבע, ואם כן בדין שהיה נפטר בלא שבועה, ולכן תיקנו חכמים לטובת התובע שישבע ויטול.

והר"ן בריש פרק ז' דשבועות (דף מד:) כתב שלא הזכיר התנא במתניתין אלא הני נשבעין ונוטלין שאין דינם ליטול מעיקר הדין וכל נטילתם הוי רק על ידי שבועה, מה שאין כן פוגם שטרו דעיקר דינו ליטול על ידי השטר אלא שהטילו עליו חכמים שבועה, והקשה דהלא הזכיר נמי שכנגדו נשבע ונוטל דעיקר דינו ליטול מדין מתוך, ותירץ דקאי למאן דלית ליה מתוך, יעו"ש, והיינו כסברת הרא"ש דלדין דאמרינן מתוך, עיקר הנטילה הוי על ידי דין מתוך, אלא שהטילו חכמים שבועה בנטילתו, כמש"נ, ולא כסברת התוס' דגם בלי התקנה לא היינו דנין בו מתוך, וכל דין נטילת התובע הוי על ידי השבועה, אלא דס"ל דעיקר נטילת הכנגדו הוי על ידי דין מתוך, ובאמת גם לרב ושמואל דלית להו מתוך לקמן שם (דף מז.) אין עיקר דין הנטילה על ידי השבועה, דעיימ"ש הר"ן שם גבי שניהם חשודים דלרב ושמואל חזרה שבועה לסיני ונפטר בלא שבועה וז"ל: שלא תאמר אע"ג דרב ושמואל לא סבירא להו דרבי אבא מכל מקום כיון ששניהם חייבים לישבע נתבע שבועה דאורייתא ותובע שבועה דרבנן שתקנו לו חכמים לישבע וליטול הוה לן למימר דבשאיין התובע יכול לישבע שלא יפסיד לגמרי אלא נימא יחלוקו קא משמע לן כדרב ושמואל דאמרי במת ליה בחיי מלוה שכיון שאין יכולין לישבע הפסידו הכל אע"פ שהיה להם ליטול מן הדין וכו' עכ"ל, יעו"ש, וצריך עיון דהא רב ושמואל לית להו מתוך ואין דין הנתבע לשלם כלל אע"פ שנתחייב שבועה דאורייתא, ולמה תיסק אדעתין דיחלוקו, ולכאורה מוכח דגם למאן דלית ליה מתוך, תקנת שכנגדו נשבע ונוטל היינו דרבנן תיקנו דבחשוד אמרינן מתוך, ותיקנו נמי דכשהנתבע משלם מהך דין מתוך דרבנן צריך התובע לישבע שבועת הנוטלין, ואם כן סלקא דעתין דכשאין התובע יכול לישבע יחלוקו ולא יפסיד לגמרי, דהא גם דין הנתבע לשלם על כל פנים מדרבנן, קא משמע לן מדרב ושמואל דכי היכי דהתם דין יתמי הלוי לשלם, ומכל מקום אם אין התובע יכול לישבע מפסיד לגמרי, ולא אמרינן יחלוקו, הכי נמי בשניהם חשודים, ודו"ק, ומכל מקום גם למאן דלית ליה מתוך עיקר הדין בחשוד הוא לשלם ותיקנו השבועה לטובת הנתבע, והא דהזכירו במתניתין ואע"ג עיקר דינו ליטול, וכמו שכתב הר"ן כנ"ל, היינו משום דאין עיקר דינו לשלם מן התורה אלא מדרבנן, וכל זה הוי בכלל תקנת שכנגדו נשבע ונוטל, אבל התוס' ס"ל דאין עיקר דינו לשלם, ותיקנו השבועה לטובת התובע שיוכל לגבות, ולכן הקשו דהא בלאו הכי איכא דין מתוך, כמש"נ.

ונראה דמשום הכי לא הקשו התוס' קושיתם בשבועות אלא בסוגיין, וכמו שהעיר בגליון הש"ס, משום דרק בסוגיא דידן ראו התוס' דהוי תקנה לתובע, ולכן הקשו כמו שהקשו, דהנה בסוגיין פריך דאף אם לא נתחייב הרועה אלא שבועת היסת נימא שכנגדו נשבע ונוטל, ואע"ג דבשבועת היסת לא אמרינן מתוך, כמש"נ, ואילו היתה

תקנת שכנגדו נשבע ונוטל לטובת הנתבע, הרי הכא טובתו היא שלא ישבע התובע וממילא יפטר הנתבע, דהא לא אמרינן ביה מתוך, אלא דאין מכאן הוכחה גמורה, דאיכא למימר דבאמת הוי תקנת הנתבע, אלא דכיון שנתקנה התקנה דינא הוא בכל חשוד שנשבע התובע ונוטל, בין בשבועה דאורייתא בין בשבועה דרבנן, ואע"ג דאם דנין על השבועת היסת בפרט אין זה טובת הנתבע, מכל מקום בכלליות נתקנה לטובתו, אע"ג דלפעמים אין זה טובתו.

אכן מהא דמאן דלא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל בשבועת היסת משום דתקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן שפיר איכא להוכיח דהתקנה היתה לטובת התובע, דאי לא הכי לא הוי תקנתא לתקנתא, דתקנת רב נחמן דמשביעין אותו שבועת היסת הוי תקנת התובע, ותקנת שכנגדו נשבע ונוטל הוי תקנת הנתבע, וס"ל להתוס' דבכהאי גוונא לא שייך לומר תקנתא לתקנתא לא עבדינן, אלא על כרחך צריך לומר דגם תקנת שכנגדו נשבע ונוטל הוי תקנת התובע, ושפיר הקשו התוס' דיותר היה טובת התובע שלא ישבע אלא יטול בלי שבועה מדין מתוך.

ולפי זה אולי יש ליישב נמי מה שכתבו התוס' בד"ה ותקנתא לתקנתא דלא אמרינן מתוך כדפרישית, כנ"ל, דאין כונתם לפרש למה לא נאמר מתוך בשבועת היסת, דבדרבנן בודאי לא אמרינן מתוך, אלא כונתם למה שכתבו למעלה, דכיון דקרי ליה תקנתא לתקנתא חזינן דהוי תקנת התובע, ואם כן למה לא אמרינן מתוך, וטעמא כדפרישית, או משום לא שבקת או משום שמוכן ועומד, כנ"ל, ואין זה אלא חזרת הדברים כפי המתבאר.

פרק יב

בו יובאו דברי תוס' דבחשוד על השבועה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם
דהוא ברצון ישבע אם נניחנו, ויתיישב הא דאמר רבי אבא דבשניהם חשודים על
השבועה חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם אף שהוא ברצון
היה נשבע אם נניחנו.

[בבא מציעא ה.] ההוא רעיא וכו' אמר להו לא היו דברים מעולם אתי סהדי אסהידו
ביה דאכל תרתי מינייהו אמר רבי זירא אם איתא לדרכי חייא קמיינתא משתבע
אשאר, אמר ליה אביי אם איתא משתבע והא גזלן הוא אמר ליה שכנגדו קאמינא,
יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה שכנגדו וז"ל: ואם תאמר מאי שנא דבחשוד על השבועה
שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכו' ויש לומר
הכא אי אמרינן משלם לא שבקת ליה חיי וכו' ועוד דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא
אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו ולכך לא ישלם
עכ"ל, יעו"ש, וס"ל להתוס' שתיקנו חכמים שכנגדו נשבע ונוטל לטובת התובע,
דבלא"ה לא היה גובה מדין מתוך שהרי הוא ברצון ישבע אם נניחנו, ועיימש"נ בשי"ח
פ"א.

וקשה דשבועות (דף מז.) אמרינן דלרבי אבא דאית ליה דין מתוך שאינו יכול
לישבע משלם היכא דשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול
לישבע משלם, יעו"ש, ולפי דברי התוס' איך דנין בו מתוך והרי ברצון ישבע אם נניחנו.
ונראה דהנה כתבו התוס' לקמן (דף ה:) בד"ה דחשיד אממונא דרבנן פסלו את
החשוד לשבועה, והיינו דמפני החשד פסלו את שבועתו, ושוב אין על שבועתו תורת
שבועה, ורק אם הודה מעצמו שייך ביה תורת שבועה דליכא חשד, כמש"נ בדברי
הרמב"ם, ועיימש"נ בשי"ח פ"ד, ונמצא לפי זה דהשתא דפסלו רבנן את החשוד מן
השבועה הרי שוב אינו יכול לישבע, ומה לי שהוא ברצון ישבע אם נניחנו, הא אין
שבועתו שבועה, ורק לפום עיקר דינא דאורייתא לא חשבינן ליה כאינו יכול לישבע,
שהרי מדאורייתא כל אדם כשר לשבועה, ורק דאין אנו רוצים לקבל שבועתו מפני
החשד, ומכל מקום הוא עצמו יכול לישבע, וברצונו ישבע אם נניחנו, ולא שייך ביה
דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, אבל כשתיקנו חכמים דחשוד שכנגדו נשבע
ונוטל הרי פסלו שבועתו, כמש"נ, ואם גם השני חשוד חזרה שבועה למחויב לה, והשתא
הוא אינו יכול לישבע, שהרי חכמים פסלו שבועתו, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם,
ואע"ג דבדרבנן לא אמרינן מתוך, היינו דלא אמרינן מתוך בשבועה דרבנן, אבל
בשבועה דאורייתא שאינו יכול לישבע משום פסול דרבנן שפיר אמרינן מתוך שאינו
יכול לישבע משלם, דמה לי אם שכח גופא דעובדא היכי הוה ומה לי אם חכמים פסלו
שבועתו, בין כך ובין כך אינו יכול לישבע ומשלם.

פרק יג

בו יובא מה שכתבו התוס' דאף דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא רבנן פסלו את הגזלן לשבועה, ויתיישב לדבריהם היאך משביעים את החשוד דהא הוה ליה ספק גזלן והיאך פוטר נפשו בשבועתו, ויוכיח דלא ס"ל כדבריהם בגיטין דדוקא היכא דנודע פסולו פסלוהו.

[**בבא מציעא ה:**] אמר רבי יוחנן שבועה זו תקנת חכמים היא שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי הוא ונימא מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא לא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא וז"ל: נראה דהיינו טעמא משום דשבועה חמורה כדאיתא ביומא (דף פו.) ובשבועות (דף לט.) שהעולם נודעזע על לא תשא ואם תאמר אם כן אמאי גזלן פסול לשבועה דאמר שכנגדו נשבע ונוטל ויש לומר דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן ולעדות הוא דפסול מדאורייתא משום אל תשת רשע עד עכ"ל, יעו"ש.

ואיכא למידק דאם כן הוא דרבנן פסלו את הגזלן לשבועה אע"ג דאינו חשוד לשקר, דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, אם כן הדרא קושיא לדוכתא, דהיאך משביעים את החשוד, נהי דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא ויפרוש מן השבועה, סוף סוף הוה ליה ספק גזלן, וכיון דרבנן פסלו את הגזלן, אם כן אין שבועתו ברורה, דדילמא פסולה היא, והיאך פוטר עצמו בשבועה כזו.

ועיין בתוס' בגיטין (דף נא:) בד"ה ובכולי בעי דלודי ליה שכתבו וז"ל: ואם תאמר גזלן אמאי פסול לשבועה כיון דלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ויש לומר דמדרבנן פסול משום דפסלתו תורת לעדות דכתיב להיות עד חמש ולא גזרו רבנן אלא היכא דנודע פסולו דגנאי הוא להשביעו עכ"ל, יעו"ש, ולפי דבריהם שם חשוד לא הוי ספק פסול לשבועה משום דלא גזרו רבנן על הספק רק על הודאי דגנאי הוא להשביעו.

אולם התוס' בסוגיין לא אזלי כפי דבריהם דגיטין, דבהמשך סוגיין פריך בגמרא אלא הא דאמר רב הונא משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא התם נמי מורה ואמר דמי קא יהבנא ליה אמר ליה רב אחא מדיפתי לרבינא והא קא עבר על לאו דלא תחמוד לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, יעו"ש, וכתבו התוס' בד"ה בלא דמי וז"ל: ואם תאמר והא כי יהיב דמי נמי חמסן הוה כדמוכח שלהי הכונס (ב"ק דף סב.) וחמסן פסול לעדות וכו' והפסול לעדות פסול לשבועה וכו' ויש לומר דחמסן לא פסול לעדות אלא מדרבנן מדתני בפרק זה בורר (סנהדרין דף כה:) הוסיפו עליהם החמסנין וכו' ואע"ג דהוסיפו עליהם החמסנין לפסול עדות והוא הדין שפסול לשבועה היינו חמסן שחצוף לחטוף מיד ליד בדיעת הבעלים אבל הכא לא חציף אלא מעלים חמסנותו ואמר שנאבדה לו לא פסיל עכ"ל, יעו"ש, ואם כדברי התוס' בגיטין דלא גזרו חכמים אלא על הודאי ולא על הספק, אם כן הכא

נמי בשבועה שאינה ברשותו אין לפוסלו מן השבועה דלא הוי אלא ספק פסול, ולמה הוצרכו לסברא חדשה דמעלים חמסנותו, אלא ודאי לא חילקו התוס' בין ספק לודאי, וגם ספק חמסן היה נפסל לשבועה מספק אי לאו טעמא דמעלים חמסנותו, ואם כן קשה כנ"ל, דמה לי דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, הרי סוף סוף הוה ליה ספק פסול, ועוד קשה דמאיזה טעם שאתה מכשיר החשוד לישבע ולא חשבינן ליה ספק פסול לשבועה, נימא כן נמי גבי חשוד לחמסנות, ולמה איצטריך להך טעמא דמעלים חמסנותו.

ונראה דבכל שבועה איכא תרי דינים, חדא דשבועה יש לה תורת נאמנות מיוחדת, שהתורה האמינה שבועת הבעל דין, ואין זה משום הוכחה צדדית אלא מעצם השבועה, דכי היכי להתורה נתנה נאמנות מיוחדת להגדת עדים נתנה נמי נאמנות מיוחדת לשבועת הבעל דין, ועוד אית בשבועה דין אחר דחזקה שלא ישבע לשקר, ואיכא הוכחה צדדית שהאמת כדבריו, דאם לא כן הרי נמצא שנשבע לשקר והוציא שם שמים לבטלה, ואין זה מדין נאמנות דשבועה, אלא ראייה בעלמא היא שהאמת כדבריו, ולא אלימא הך ראייה כמו דין נאמנות מיוחדת דשבועה.

ולפי זה שפיר מובן הא דגזלן פסול לשבועה, ואע"ג דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, וחמור ענין השבועה דגם הגזלן יפרוש מן השבועה, מכל מקום פסלו רבנן גזלן לשבועה, ושוב אין בשבועתו הך נאמנות מיוחדת של שבועה, ואין בשבועתו אלא הך בירור דחזקה שלא ישבע לשקר, ואינו יכול לפטור עצמו בכך מן התובע, שהרי התורה חייבתו שבועה גמורה לפטור את עצמו, ואין התובע צריך לקבל החזקה שלא ישבע לשקר במקום השבועה שחייבתו תורה, ולאותה שבועה הרי נפסל.

אבל חשוד אממונא שפיר יכול לישבע, ואע"ג דמספקא לן אם הוא פסול לשבועה, ומכל מקום הרי בודאי אית ליה הך חזקה שלא ישבע לשקר, ואם ישבע יתברר לבית דין על ידי החזקה שהאמת כדבריו ואינו בא לגזול את חברו, ונהי דאינו יכול לפטור עצמו מן התובע בהך בירור בלבד, כמש"נ, מכל מקום לגבי בית דין אית כאן בירור מספיק על ידי החזקה שלא נחזיקנו עוד בספק פסול, ושוב הוה ליה כשר לשבועה, ושבועתו שבועה גמורה היא, וממילא נפטר מן התובע, ומשום הכי מניחים לו לישבע אע"ג דהשתא הוא בספק פסול לפנינו, דכיון שנשבע נסתלק הספק פסול על ידי החזקה שלא ישבע לשקר, ובבת אחת הוי שבועתו שבועה גמורה לפוטרו מן התובע.

וכל זה לא הוי אלא לפי מה דס"ל דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, ולכן אע"ג דמסופקין בו אם יגזול חמור עליו ענין השבועה, וחזקה שלא ישבע לשקר, אבל בסמוך גבי שבועה שאינה ברשותו קאי למאן דאמר חשוד אממונא חשוד אשבועתא, ולית ליה חזקה שלא ישבע לשקר, ואם כן הוקשה להם להתוס' דלמה לא יפסל לשבועה משום ספק חמסן, ועל כן הוצרכו לחדש הך סברא דשאני הכא דמעלים חמסנותו.

פרק יז

בו יבואר מה שכתב הרמב"ם שמי שהודה מפי עצמו שהוא חשוד על שעבר עבירה שנפסל בה אם נתחייב שבועה משביעין אותו, ולא אמרינן שנאמן לחובתו על עצמו מדין הודאת בעל דין כמאה עדים שהוא חשוד ושאין שבועתו פוטרתו כמו בבאו עדים שהוא פסול.

[רמב"ם פ"ב טוען ונטען הל"ג] כתב הרמב"ם וז"ל: אין אדם נעשה חשוד עד שיבאו עליו עדים שהוא עבר עבירה שנפסל בה אבל המודה מפי עצמו שהוא חשוד ושעבר עבירה שנפסל בה אע"פ שחוששין לו ואין ראוי לעשותו עד בתחלה אם נתחייב שבועה משביעין אותו שהרי אומרים לו אם אמת אתה אומר השבע ולא מפני שעברת עבירה אסור לך להשבע באמת ואם שקר אתה אומר הודה לבעל דינך אבל הנחשד בעדים אין אנו מאמנים אותו שישבע עכ"ל, יעו"ש.

ומשמע מדברי הרמב"ם דאילו היה חשוד פסול לשבועה כמו שהוא פסול לעדות היה נפטר מן השבועה על ידי הודאתו שהוא חשוד, והיה שכנגדו נשבע ונוטל, ורק דכיון דאין חשוד פסול לשבועה אם נשבע לאמת אמרינן ליה השבע, ואם שקר אתה אומר הודה לבעל דינך, וקשה היאך יוכל לפטור עצמו מן השבועה על ידי הודאתו, ואולי משום דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו, וצריך עיון.

ויתר על כן קשה דהשתא דאין חשוד אסור לישבע אם נשבע לאמת אם הודה שהוא חשוד משביעין אותו, כמו שכתב הרמב"ם, ואם רוצה שוב לישבע יכול לפטור עצמו בשבועה, והלא כיון דהודה שהוא חשוד אם כן לפי דבריו לא תועיל לו שבועתו, שהרי אין בה בירור, ונהי דאין חשוד פסול לשבועה בפסול הגוף כמו גזלן, מכל מקום נאמין לו לחובתו מדין הודאת בעל דין שהוא חשוד ואין שבועתו פוטרת אותו, כי היכי דאם באו עדים שהוא חשוד דאין מאמינין אותו לישבע, כנ"ל, כמו כן נמי נאמין לו כשהודה שהוא חשוד, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

ונראה דבודאי מהני כאן דין הודאת בעל דין לחובתו, ואילו היה אסור לחשוד לישבע אפילו לאמת, דנפסל פסול הגוף, היה נאמן בהודאתו שהוא חשוד לפסול עצמו מן השבועה שלא יוכל שוב לפטור עצמו בשבועה, והיה צריך לשלם, וגם שכנגדו לא היה צריך לישבע, דהא בדאורייתא לא מפכינן שבועה, כמו שכתב הרמב"ם פ"א טוען ונטען הל"ו, יעו"ש, ורק כשהנתבע חשוד הטילו חכמים שבועתו על שכנגדו, ואם כן הכא שלא נודע שהנתבע חשוד אלא על ידי עצמו, אם כן לחובתו שלא יוכל לישבע שפיר נאמן, אבל לזכותו לחייב שכנגדו שבועה בנטילתו אינו נאמן, ומשום הכי אינו נשבע ומשלם. אולם מאחר דאין חשוד אסור לישבע לאמת, ולא הוי פסול הגוף אלא חשש משקר בעלמא, וליכא בירור בשבועתו, אם כן היכא דהודה שהוא חשוד יש להאמינו בשבועתו בסברת ממה נפשך, דאם הוא משקר בכפירתו ורצה לפטור עצמו שלא כדין אם כן למה הודה שהוא חשוד, הלא יותר היה נח לו לישבע לשקר ולצאת מבית דין זכאי, וחזינן

מהודאתו וממה שהוא מסרב לישבע דחמור עליו ענין השבועה, ואינו רוצה להוציא שם שמים מפיו באופן איסור, ואם כן שפיר איכא בירור בשבועתו, שבודאי לא ישבע לשקר, ואמרינן דאין חשוד אסור לישבע לאמת, ואם האמת כדבריו ישבע, ואם לאו יודה, ואינו מפסיד זכותו ליפטר בשבועה על ידי הודאתו, דאם מקבלין דבריו שהוא חשוד הרי מדבריו אלו מוכח נמי דחמור עליו ענין השבועה, כמש"נ, אבל אם באו עדים אחר כך שהוא חשוד שוב אין משביעין אותו, ואע"פ שהודה מתחלה באופן המוכיח דחמור עליו ענין השבועה, מכל מקום לא מפיו אנו חיינן, ואין זה אלא סברת ממה נפשך, דאם אזלינן לחובתו כפי דבריו, הרי לפי דבריו אלו שפיר איכא בירור בשבועתו.

שער יט: בענין סדר השבועה

פרק א

בו יובא מחלוקת התוס' והראשונים אם נקיטת חפץ הוא מעצם דיני השבועה או שהוא מדיני איום שבית דין מאיימים על הבא לישבע, וגם יתבאר דלתוס' כל העונה אמן כמוציא שבועה מפיו דמי הוא דין בקבלת השבועה ולא דהוה ליה בעצם מושבע מפי אחרים.

[שבועות לח:] שבועת הדיינים וכו' היכי משבעינן ליה וכו' צריך לאתפושי חפצא בידיה וכדרבא דאמר רבא האי דיינא דאשבע בה' אלקי השמים נעשה כמי שטעה בדבר משנה וחוזר ואמר רב פפא האי דיינא דאשבע בתפלין נעשה כמי שטעה בדבר משנה וחוזר והלכתא כוותיה דרבא ולית הלכתא כוותיה דרב פפא הלכתא כוותיה דרבא דהא לא נקיט חפצא בידיה ולית הלכתא כוותיה דרב פפא דהא נקיט חפצא בידיה שבועה מעומד תלמיד חכם מיושב שבועה בספר תורה תלמיד חכם לכתחלה בתפלין, יעו"ש. וכתבו התוס' בד"ה לאתפושי חפצא בידיה וז"ל: תימה דבשבועת העדות וביטוי ופקדון כשהוא מושבע מפי אחרים דהוי דומיא דשבועת הדיינין ליבעי בהו אנקוטי חפצא עכ"ל, יעו"ש.

והרא"ש כתב וז"ל: אלא אסמכתא בעלמא היא ותקנת חכמים להטיל אימה על הנשבע לכן נותנין לו הספר תורה או חפץ של מצוה בזרועו ושליח בית דין משביעו בשם או בכינוי ולהאי שינוי נחא דלא בעי אנקוטיה חפצא בשבועת עדות וביטוי ופקדון כשהוא מושבע מאחרים עכ"ל, יעו"ש.

ונחלקו התוס' והרא"ש בדין נקיטת חפץ בשבועת הדיינין אם הוא מדין עצם השבועה שצריכה נקיטת חפץ או אם הוא מדיני איום שבית דין מאיימין עליו, והתוס' ס"ל דהוא מעצם דיני השבועה, ולכן קשה להו דאם כן הוא, גם בכל שבועות שמושבע מפי אחרים ליבעי נקיטת חפץ, אבל הרא"ש כתב דאילו היה דין נקיטת חפץ מן התורה בלפחות מקרא דואשביעך וגו', אז שפיר הוה אמינא דדין הוא בעצם השבועה, אמנם קושטא דמילתא דאסמכתא בעלמא היא ותקנת חכמים היא להטיל עליו אימה, ואם כן דין הוא בבית דין ולא בעצם השבועה, וליכא למילף מכאן לשבועת העדות ביטוי ופקדון.

ולשיטת הרא"ש דנקיטת חפץ מדין איום, לאו היינו לומר דמוטל על בית דין לאיים עליו בנקיטת חפץ כדי שלא יבא לישבע לשקר, והעיקר הוא לאפרושי מאיסורא, דאם כן כשהשביעוהו בלי נקיטת חפץ למה הוי כטעה בדבר משנה וחוזר ונשבע, והלא בעצם ההשבעה לא חסר מידי, ורק דחובה מוטלת על בית דין לעכבו מלישבע לשקר, ולמה תיבטל השבועה משום הא דבית דין לא קיימו חיוב צדדי שלהם, ועוד דאם מדין אפרושי מאיסורא הוא אם כן גם בנשבע שבועת העדות ושבועת הפקדון בפני בית דין יחייבוהו לישבע בנקיטת חפץ כדי שיפרוש מן השבועה ולא ישבע לשקר. אלא הך דין איום הוא דין בבירור השבועה, דתיקנו חכמים שבית דין יטילו אימה

עליו על ידי נקיטת חפץ, ואם עדיין נשבע יש בזה בירור מעולה מאילו היה נשבע בלי איום, ומשום הכי אם השביעוהו בלי נקיטת חפץ, הרי זה שבועה גרועה ונעשה כטעה בדבר משנה וחוזר ונשבע, וכל זה הוא בשבועת הדיינין דהוי בירור בנידון הממון, אבל בשבועת העדות ופקדון בלאו הכי ליכא חיוב ממון, וכל דין השבועה נוגע הוא אך ורק לחיוב קרבן שבועה, משום הכי אין בית דין מחויבים לאיים עליו.

ובשלטי הגבורים נמי מצינו דענין נקיטת חפץ הוא מדין איום להוספת בירור בהשבועה, דעיימ"ש דלא בעינן נקיטת חפץ אלא בנשבע על ידי טענת ודאי, אבל נשבע בטענת ספק, כגון שבועת השומרים, אינו צריך נקיטת חפץ, ומוכח מזה דלאו היינו דין בעצם השבועה שצריכה נקיטת חפץ, אלא מדין איום להוספת בירור, ואם כן איכא למימר דהיכא דהתובע בא בטענת ודאי, ואיכא נמי חזקה דאינו תובע אלא אם כן יש לו, אז בעינן בירור שבועה מעולה כנגדו, ובעינן לכך שישבע בנקיטת חפץ, אבל בטענת ספק ליכא דררא כולי האי וסגי בשבועה בלי נקיטת חפץ, ועיין מה שכתב הסמ"ע סי' פ"ז ס"ק ס"ז.

וגם מדברי הר"ן מוכח דס"ל הכי, שכתב דבתלמיד חכם דלכתחלה נשבע בתפלין ולא בספר תורה, גם כל שאר האיומים לא נוהגים בו, הרי להדיא דלאו היינו דין בעצם השבועה אלא בדיני איום המוטלים על בית דין.

והנה בשיטת התוס' דנקיטת חפץ הוא דין בעצם השבועה יש לפרש על שני פנים שבאמת הם כמעט ענין אחד, יש לומר דהוא בעצם הבטאת השבועה, דומיא דהא דבעינן שהשבועה תהא בשם, אלא דדין נקיטת חפץ נוהג רק במושבע מפי אחרים שלא הוציא שבועה עצמה מפיו, אי נמי יש לומר דהוא דין איום בגוף השבועה, דלא חשיבא שבועה חמורה אלא היכא דהשבועה איומה עליו ואעפ"כ עובר עליה ומחללה, ואם מוציא השבועה מפיו אז עצם ההבטאה מאיימתו עליו, אבל במושבע מפי אחרים שלא הוציא השבועה מפיו צריך איום של נקיטת חפץ בשעת קבלת השבועה.

ובמה שכתבו התוס' דבשבועת ביטוי במושבע מפי אחרים ליבעי נקיטת חפץ צריכים לעיין, דהא מבואר לעיל (דף כט:) דמושבע מפי אחרים דשבועת ביטוי היינו בענייני אמן וכשמואל דאמר כל העונה אמן אחר השבועה כמוציא שבועה מפיו דמי, ובמתניתין דפרק שבועת הפקדון (דף לו:) באמת קרי להיכא דענה אמן מפי עצמו, יעו"ש, ואם כן למה ניבעי נקיטת חפץ.

ונראה דהא דאמרינן כל העונה אמן כמוציא שבועה מפיו דמי לאו היינו לומר דהוי ממש כמי שבטא לשון השבועה בשפתיו, אלא דבעצם הוה ליה מושבע מפי אחרים, ודין הוא בקבלת השבועה, דהיכא דמשביעו בפני בית דין בטענת התובע המחייבת עניה, אז איכא קבלת השבועה על ידי כפירת הטענה בלבד, אבל אם השביעו שבועת הפקדון חוץ לבית דין, או שבועת ביטוי אפילו בבית דין, אין בזה שום מחייב לענייית התביעה, ואם כפר בו אין בזה קבלת השבועה, ומכל מקום אם ענה אמן יש בזה קבלת השבועה ושוב הוה ליה כמושבע מפי אחרים, והא מילתא קרי ליה מפי עצמו במתניתין בפרק שבועת הפקדון, אבל עצם השבועה הוה ליה מושבע מפי אחרים, ודמיה לשבועת הדיינים בפני

בית דין בלי עניית אמן, ועדיין דינא הכי הוא, דאם הוציא שבועה מפיו אין השבועה צריכה נקיטת חפץ, ואם קיבלה מאחר, בין על ידי תביעה המחייבת ענייתו בין על ידי עניית אמן, ולא הוציא גוף השבועה מפיו, אז צריכה השבועה נקיטת חפץ בידו. ואם נאמר דהא דהשבועה צריכה נקיטת חפץ הוא משום דלא חשיב שחילל השבועה אלא היכא שנשבע באופן שהיא איומה עליו, והיינו או בהוצאת הלשון מפיו או בנקיטת חפץ, אז איכא למימר דאף אם העונה אמן הוי ממש כמוציא שבועה מפיו ומושבע מפיו עצמו, מכל מקום כיון שסוף סוף לא הוציא הלשון מפיו, אין השבועה איומה עליו, ושפיר הקשו התוס' למה לא בעינן נקיטת חפץ דומיא דשבועת הדיינים מושבע מפיו אחרים.

פרק ב

בו יובא שהסמ"ע פירש שמה שצריך הנשבע לישבע כשהוא מעומד הוא כדי לאיים עליו ותלמיד חכם אין צריך לישבע מעומד שאינו צריך איום כל כך, והרא"ש פירש דבעינן מעומד משום דשבועה כגמר דין דמיא ותלמיד חכם מיושב משום דכבוד התורה עדיף.

[שבועות לח:] שבועה מעומד תלמיד חכם מיושב, יעו"ש, ועיין בסמ"ע סי' פ"ז ס"ק

ל"ה וז"ל: וגם מעומד משום האיום ותלמיד חכם שאינו צריך איום כל כך סגי ליה בתפילין ומיושב וכמו שכתב בסעיף ט"ו ע"ש עכ"ל, יעו"ש.

אבל הרא"ש כתב דמעומד בעינן משום דשבועה כגמר דין דמיא, ומשום הכי בתלמיד חכם מיושב משום דכבוד תורה עדיף, יעו"ש, ולדידיה אין הטעם משום איום כלל, דלזה לא מהני טעמא דכבוד התורה עדיף, רק הא דתלמיד חכם מאוים ועומד, כמו שכתב הסמ"ע, אלא לדידיה טעמא משום מצוה דועמדו האנשים וגו', ועשה כבוד התורה עדיף.

פרק ג

בו יבואר מה שחילק הרמב"ם בין שבועת העדות ושבועת הפקדון לענין מושבע מפי אחרים, דבשבועת העדות אינם חייבים עד שיכפרו בבית דין וגם ישביעם התובע בבית דין מה שאין כן בשבועת הפקדון חייב אם כפר בבית דין אף אם השביעו חוץ לבית דין.

[רמב"ם פ"ט שבועות הל"א והל"ב] כתב הרמב"ם וז"ל: התובע עדיו להעיד לו עדות שיתחייב הנתבע בעדותן לבדה ליתן לתובע זה ממון המטלטל וכפרו בעדותן ונשבעו בין שנשבעו בבית דין בין שנשבעו חוץ לבית דין הרי אלו חייבין משום שבועת העדות שהרי הפסידוהו ממון בכפירתם וכן אם השביעם התובע וכפרו בו אע"פ שלא נשבעו הן ולא ענו אמן אחר שבועתו כיון שכפרו הרי אלו חייבין והוא שישביעם בבית דין אין העדים חייבין בשבועת העדות עד שיכפרו בעדותן בבית דין בין שנשבעו או השביעו בבית דין בין שנשבעו או השביעו חוץ לבית דין והכפירה בבית דין בלבד שנאמר אם לא יגיד ונשא עונו מקום שיגיד ויועיל הוא שאם לא יגיד שם יתחייב עכ"ל, יעו"ש.

וברדב"ז ביאר שיטת הרמב"ם לענין הכפירה בבית דין שיש בזה שני דינים, חדא הוא דין מסוים בשבועת העדות שצריכים העדים לכפור בבית דין במקום שיגיד ויועיל, ודין הוא בכל אופן שבועת העדות, בין במושבע מפי עצמו בהוצאת השבועה בין אם ענה אמן בין במושבע מפי אחרים, ואין זה דין בעצם עשיית השבועה אלא בחיוב קרבן שבועה, אולם במושבע מפי אחרים איצטריך לכפירה גם מדין אחר, דהיינו מדין קבלת השבועה, דכיון דלא הוציא שבועה מפיו ולא ענה אמן אין כאן מעשה שבועה כלל, ורק על ידי כפירתו איכא קבלת השבועה, ונמצא דבמושבע מפי אחרים משמשת הכפירה בין לקבלת עצם השבועה בין לקיום דין שבועת העדות דבעינן במקום שיגיד ויועיל, ומשום הכי ס"ל להרמב"ם דהיכא דהוציא שבועה מפיו או ענה אמן לא בעינן שבועה בפני בית דין, ורק לקיום דין קרבן שבועה בעינן שיכפור אחר כך בבית דין, אבל במושבע מפי אחרים בעינן שישביעו בפני בית דין, דכיון דאין קבלת השבועה אלא על ידי כפירה ובעינן כפירה בפני בית דין במקום שיגיד ויועיל, אף השבועה צריכה שתהא בפני בית דין.

ועיימ"ש הרמב"ם בהל"י וז"ל: אבל אם לא היו בפני בית דין אם ענו אמן חייבין בשבועת העדות כשיכפרו בעדותן בבית דין ואם לא ענו אמן אינן חייבין עכ"ל, ובהשגות וז"ל: ועוד בין לרבי מאיר בין לרבנן מה צורך שיהיה הבית דין בבית הכנסת בשעת השבועה והלא אין מקפידין על השבועה באי זה מקום שתהיה ואין מקפידין אלא על הכפירה עכ"ל.

ופליג הראב"ד על הרמב"ם וס"ל דגם במושבע מפי אחרים לא בעינן שישביעו בבית דין, אלא אף אם נשבע חוץ לבית דין חייב, כל זמן שכפר אחר כך בבית דין, ולא נחלקו רבי מאיר ורבנן לענין השבועה אלא לענין הכפירה בלבד אם צריכה שתהיה בפני בית דין.

ופלוגתא דרבי מאיר ורבנן היא לגבי שבועת העדות ולגבי שבועת הפקדון, דתנן

בריש פרק שבועת העדות (דף ל.) ומפי אחרים אין חייבין עד שיכפרו בהן בבית דין דברי רבי מאיר וחכמים אומרים בין מפי עצמו בין מפי אחרים אין חייבין עד שיכפרו בהן בבית דין, ונחלקו נמי בריש פרק שבועת הפקדון (דף לו:) ומפי אחרים אינו חייב עד שיכפרנו בבית דין דברי רבי מאיר וחכמים אומרים בין מפי עצמו בין מפי אחרים כיון שכפר בו חייב, ומבואר בגמרא (דף לא.) דנחלקו אם אמרינן דון מינה ומינה או דון מינה ואוקי באתרה, דדין מושבע מפי עצמו כתיב גבי שבועת הפקדון ולא הוזכר שם דבעינן כפירה בפני בית דין, ודין מושבע מפי אחרים כתיב גבי שבועת העדות ובעינן נמי כפירה בבית דין, וילפינן תרוייהו מהדדי, רבי מאיר ס"ל דון מינה ומינה, וילפינן דאית דין מושבע מפי עצמו גבי שבועת העדות משבועת הפקדון, וכי היכי דהתם לא בעינן בפני בבית דין, הכי נמי בשבועת העדות לא בעינן בפני בית דין במושבע מפי עצמו, ובשבועת הפקדון ילפינן דאית דין מושבע מפי אחרים משבועת העדות, וכי היכי דהתם בעינן בפני בית דין, הוא הדין נמי בשבועת הפקדון בעינן בפני בית דין במושבע מפי אחרים, ורבנן ס"ל דון מינה ואוקי באתרה, וגבי שבועת העדות כתיב דבעינן בפני בית דין, וגבי שבועת הפקדון לא כתיב, וילפינן מהדדי דאיכא שבועה בין מפי עצמו בין מפי אחרים, וכל חד כדינה, שבועת העדות לעולם בעי בפני בית דין, ושבועת הפקדון לעולם לא בעי בפני בית דין.

והוכיח הראב"ד מזה דלא בעינן כפירה בפני בית דין לעצם קבלת השבועה, דהא מצינו בשבועת הפקדון דחייב במושבע מפי אחרים אפילו חוץ לבית דין, נמצא דלעצם דין השבועה לא בעינן בפני בית דין, רק דשבועת העדות איכא דין מסוים נוסף דלחיוב קרבן דשבועת העדות בעינן כפירה במקום שיגיד ויועיל, ואם כן סגי בכך אם כפר אחר כך בבית דין אפילו אם הושבע חוץ לבית דין, וגם הכסף משנה כתב בהל"א דצריך לו תלמוד להרמב"ם חילוק זה.

אולם נראה דהרמב"ם ס"ל דאיכא חילוק גדול בין שבועת העדות לשבועת הפקדון לענין קבלת השבועה, דהיכא דהשביעו חבריו והוא לא ענה אמן אלא כפר בלבד, לא הוא בכך קבלה על השבועה שיהא חשיב כמושבע על ידי כך אלא אם כן יש תורת כפירה על ענייתו, דבלאו הכי לא הוי אלא פטומי מילי בעלמא ואין בכך קבלת שבועה, ובזה חלוקה טובא שבועת העדות משבועת הפקדון, דשבועת הפקדון הרי תובע ממנו ממון שיש לו אצלו, והך תביעה תביעה חשובה היא, דבודאי הוה ליה בעל דבר לתבוע ממנו ממון, ושפיר איכא תורת כפירה מעליא על ענייתו שאין לו אצלו ממון, וממילא אית בזה נמי קבלת השבועה, אבל בשבועת העדות שאינו תובע ממנו ממון אלא שיגיד הגדת עדות בשבילו, איך תהא תורת כפירה על ענייתו שאינו יודע לו עדות, וס"ל להרמב"ם דרק אם כפר בו בפני בית דין דאית בכך תורת כפירה מדין מסוים של שבועה דבעינן שיכפור בו במקום שיגיד ויועיל, רק בכך יש לענייתו תורת כפירה אף לענין שתיחשב ככפירה לקבלת השבועה, ולא דמי לשבועת הפקדון דכפירה חוץ לבית דין נמי מועילה לקבלת השבועה, דשאני התם דהוי תביעת ממון, כמש"נ.

פרק ד

בו תתישב שיטת רבותיו של הרמב"ם דסוברים שאין משביעין שבועת הדיינין אלא בלשון הקודש מהא דאיתא בגמרא שאף היא בלשונה נאמרה, וגם יחולק בין דין איום המוטל על בית דין ובין דין איום בעצם השבועה דצריך לבטאה באופן שתהא השבועה מאוימת עליו.

[רמב"ם פי"א שבועות הל"ח] כתב הרמב"ם וז"ל: ושבועת הדיינין בין שהיתה של תורה או של דברי סופרים בין על טענת ודאי בין על טענת ספק כך היא הנשבע אוזח ספר תורה בזרועו והוא עומד ונשבע בשם או בכינוי בשבועה או באלה מפיו או מפי הדיינין והורו רבותי שאין משביעין שבועת הדיינין אלא בלשון הקודש עכ"ל, יעו"ש. ועיין בריש פרק שבועת הדיינין (דף לח:) תנו רבנן שבועת הדיינין אף היא בלשונה נאמרה, ואמרינן התם (דף לט.) מאי אף היא בלשונה נאמרה כדתנן אלו נאמרינן בכל לשון פרשת סוטה וידוי מעשר קריאת שמע ותפלה וברכת המזון ושבועת העדות ושבועת הפקדון וקאמר נמי שבועת הדיינין אף היא בלשונה נאמרה, יעו"ש, ולכאורה מפורש בגמרא דלא בעינן לשון הקודש, ותמה הכסף משנה על רבותיו שהורו דבעינן לשון הקודש.

וברדב"ז פירש דהא דבעינן לשון הקודש בשבועת הדיינין הוא מדין איום, דאימת לשון הקודש על עם הארץ, ולפי זה יש ליישב דברי רבותיו עם הסוגיא, דהנה הקשו התוס' בד"ה ואלו נאמרינן בכל לשון דכיון דשבועת הדיינין בלשונה נאמרה, אם כן למה לא נשנה במשנה שם, ולפי מה שכתב הרדב"ז יש לומר דאין הכי נמי דמצד עצם השבועה לא בעינן לשון הקודש, מכל מקום כיון דמשום דין איום בעינן לשון הקודש לא היה אפשר למנותה בכלל אלו הנאמרים בכל לשון, ונמצא דמהך סוגיא גופא מקורם של רבותיו, שהרי להדיא קאמר דלא בעינן לשון הקודש ומכל מקום לא מנה אותה בין הני הנאמרים בכל לשון, והיינו משום דסוף סוף בעינן לשון הקודש מדין איום, ועיין בלחם משנה שכתב גם כן ליישב דבריהם בדרך זו מטעם אחר. ודע דגם נקיטת חפץ מדין איום הוא, דאם לא כן אלא דמטבע של שבועה צריכה נקיטת חפץ אם כן למה אמרינן דכל אדם בספר תורה ותלמיד חכם בתפלין, כמו שכתב הרמב"ם בהלי"ב, אלא מדין איום הוא, וכל אדם צריך ספר תורה לאיים עליו, אבל תלמיד חכם שהוא מאוים ועומד סגי לו באיום של תפלין, ומכל מקום חזינן חילוקים בדיני האיום, דבנקיטת חפץ כתב הרמב"ם דאיצטריך בין על טענת ודאי בין על טענת ספק, ולהדיא כתב בהלט"ו דבטענת ספק אינו צריך איום, והיינו דאיכא דין איום בעצם השבועה, דצריך לבטא השבועה באופן שתהא מאוימת עליו, ואיכא נמי דין איום המוטל על הבית דין שיאיימו עליו להפרישו משבועת שקר, ודין איום המוטל על הבית דין לא הצריכו אלא על טענת ודאי דאיכא רגלים לדבר שהוא משקר, אבל בטענת ספק אין לחוש שישקר, כמו שכתב בסמ"ע סי' פ"ז ס"ק ס"ז, וכן אם לא איימו עליו לא בטלה שבועתו משום כך, אבל בדין איום בעצם השבועה אין לחלק בין טענת ודאי

לטענת ספק, דכך היא צורת השבועה, דבעינן שיבטא אותה באופן שתהא מאוימת עליו דהיינו בנקיטת חפץ ולשון הקודש, ואם נשבע בלא נקיטת חפץ בטלה שבועתו וחוזר ונשבע, כמו שכתב בהלי"א, יעו"ש, וכדאיתא להדיא בריש פרק שבועת הדיינין (דף לח:), ולענין לשון הקודש לא נתברר לדעת רבותיו אם היינו לכתחלה או אפילו בדיעבד, ועיין בלחם משנה שדן בזה, ודייק לשון הרמב"ם הלי"ד שם, ואם בדיעבד כשר צריך לומר דהיינו טעמא משום דכיון דכשאינו מבין לשון הקודש בעל כרחך נשבע בלשון אחר, ולא תתעכב השבועה משום דין איום שעל ידי לשון הקודש, כמו שכתב הרדב"ז, לכן לא היה אפשר שתיקבע מטבע של השבועה רק בלשון הקודש, ולכן גם אם מבין לשון הקודש לא בטלה שבועתו אם נשבע בכל לשון.

פרק ה

בו יבואר דאף דמצינו בשבועת העדות ובשבועת הפקדון דחייב קרבן שבועה במושבע מפי אחרים על ידי כפירה בלבד אף על פי שלא ענה אמן, מכל מקום סבירא ליה להרמב"ם דלא ילפינן משבועות אלו לשבועת הדיינין ואינו חייב אלא אם כן ענה אמן אחר השבועה.

[**רמב"ם פי"א שבועות הל"י**] כתב הרמב"ם וז"ל: וכיצד מפי הדיינין כגון שאמרו לו משביעין אנו אותך בה' אלקי ישראל או במי ששמו חנון שאין לזה בידך כלום והוא עונה אמן או שאמרו הרי פלוני בן פלוני ארור לה' אלקי ישראל או למי ששמו חנון אם יש לפלוני אצלו ממון ולא יודה לו והוא עונה אמן זו היא שבועת הדיינין עכ"ל, יעו"ש, וכן איתא בחו"מ סי' פ"ז סעיף י"ז דבעינן עניית אמן, ובהגהות הגר"א סק"ס הביא מקור לכך משבועות (דף כט:) דאמר שמואל כל העונה אמן אחר השבועה כמוציא שבועה מפיו דמי, יעו"ש, ואע"ג דמצינו מושבע מפי אחרים בשבועת העדות ושבועת הפקדון על ידי כפירה בלבד בלי עניית אמן, יש לומר דאין למילף משם, דרק לענין חיוב קרבן שבועה מהני קבלת השבועה על ידי כפירה בלבד, אבל לדין שבועה שהיא בירור בעינן שיוציא שבועה מפיו, או שיענה אמן דכמוציאה מפיו דמי.

פרק ו

בו תתיישב ראית הש"ך מההיא רעיא דאף שבועת היסת צריכה נקיטת חפץ, ויחקור היכא שכנגדו חשוד על השבועה אם מעיקרא חלה השבועה על החשוד רק משום שאינו יכול לישבע תיקנו חכמים דשכנגדו ישבע ויטול או דמעיקרא חל דין שבועת הנוטלין על התובע.

[ח'מ"ס' פ"ז סעי' י"ג] כתב המחבר וז"ל: ועוד יש ביניהם דבשל תורה צריך נקיטת חפץ והוא הדין לכל שבועה של דבריהם חוץ משבועת היסת שאינו צריך נקיטת חפץ, וברמ"א הוסיף: הגה ואם השביעוהו בשבועה שצריכה נקיטת חפץ בלא חפץ או שפסקו בשבועת היסת לישבע בנקיטת חפץ ולא רצה לישבע ושלם הוי טעות בדבר משנה וחוזר עכ"ל, יעו"ש.

ובש"ך סקל"ח הביא מחלוקת הראשונים לענין שבועת היסת אם צריכה נקיטת חפץ, והביא הראיה מפרק קמא דבבא מציעא (דף ה.) ההוא רעיא דהווי מסרי ליה כל יומא חיותא בסהדי יומא חד מסרו ליה בלא סהדי לסוף אמר להו לא היו דברים מעולם אתו סהדי אסהידו ביה דאכל תרתי מינייהו אמר רבי זירא אם איתא לדברי חייא קמייתא משתבע אשאר אמר ליה אביי אם איתא משתבע והא גזלן הוא אמר ליה שכנגדו קאמינא השתא נמי דליתא לדברי חייא נחייביה מדרב נחמן דתנן מנה לי בידך אין לך בידי פטור ואמר רב נחמן משביעין אותו שבועת היסת דרב נחמן תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן, יעו"ש, ומשמע מהתם דלא שאני שבועת היסת מאילו היה נשבע מדברי חייא קמייתא, ומשמע דתרוייהו בנקיטת חפץ, והביא שגם הבעל העיטור עמד על ראייה זו, יעו"ש.

ובקצות החושן סק"ז כתב ליישב ראיתו לפי מה שכתב המחבר שם סעיף י"ב וז"ל: אע"פ שהנשבעים ונוטלים אינם יכולים להפך שבועה על שכנגדם שלא מדעת הנתבע אם יאמר התובע אי אפשרי בתקנה זו שתקנו לי חכמים אלא הריני כשאר התובעים וישבע לי הנתבע היסת שומעין לו ואם יחזור הנתבע ויהפך השבועה על התובע שומעין לו ואם לא ירצה לישבע נפטר הנתבע עכ"ל, יעו"ש, ואם כן הוא הדין נמי הכא בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל יכול התובע לומר הריני כשאר התובעים ולפטור הנתבע משבועת התורה מדברי חייא קמייתא ולא ישאר עליו אלא שבועת היסת ושכנגדו ישבע ויטול לפי ההוה אמינא דעבדינן תקנתא לתקנתא, ונמצא דלעולם נשבע התובע שבועת היסת, ושפיר איכא למימר דאין נקיטת חפץ בשבועת היסת, עד כאן תוכן דבריו, וכן כתב בחידושי רעק"א.

ודבר זה תלוי בהא דיש להסתפק בדינא דכשהנתבע חשוד שכנגדו נשבע ונוטל אם הך תקנה היא כעין שאר הנשבעים ונוטלים, ובמקום שהנתבע חשוד לא חל עליו חיוב שבועה אלא חל דין שבועת הנוטלין על התובע, או אם עדיין חל חיוב שבועה על הנתבע, אלא דכיון דבמציאות אינו יכול לישבע לקיים חיובו, תיקנו רבנן דכנגדו יכול לישבע, וס"ל להקצות החושן דעדיין מוטל חיוב השבועה על הנתבע, ורק דבההשבעה בפועל

נשבע התובע, ומשום הכי כל זמן שלא נשבע עדיין, יכול התובע למחול להנתבע שבועת התורה ולתבוע ממנו רק שבועת היסת, וכשיבא לישבע בפועל נמצא שבועתו שבועת היסת בלי נקיטת חפץ, לפי מאי דסלקא דעתין דתקנתא לתקנתא עבדינן. אבל הבעל העיטור והש"ך ס"ל דתקנתא היא דלא חל חיוב שבועה כלל על החשוד, אלא חל דין שבועת הנוטלין על שכנגדו, ואם כן אינו יכול לטעון הריני כשאר התובעים, דכיון דכל דין שבועה חל גבי ידידה, אינו יכול למחול לעצמו שבועה חמורה ולישבע שבועה קלה, ואם כן שפיר יש להוכיח דגם בשבועת היסת איכא נקיטת חפץ כיון דבגמרא משמע דאין הפרש בין זו לזו.

עוד נפקא מינה איכא בספק זה לענין עד המסייע לחשוד אם כנגדו נשבע ונוטל, דאם מתחלה חלה השבועה על שכנגדו והוי כשאר שבועת הנוטלין, אם כן אין עד אחד המעיד כנגדו מעכבו מליטול בשבועה, אבל אם עיקר דין השבועה לעולם הוא אצל הנתבע, ורק כיון דבמציאות אינו יכול לישבע תיקנו חכמים דכנגדו נשבע ונוטל, אם כן אם יש להחשוד עד המסייעו, הרי העד פוטרו מן חיוב השבועה ושוב אין שכנגדו נשבע ונוטל.

פרק ז

בו ידון במה שכתב הש"ך דאם נתחייב הנתבע שבועת היסט ותפס התובע יכול התובע לומר קים לי כהנך פוסקים דהיסת צריך נקיטת חפץ ולא אחזיר עד שתשבע בנקיטת חפץ, ובמה שדחה הקצות החושן דאין לו על הנכסים כלום דבשבועת היסט לא נחתין לנכסיה.

[ח"מ סי' פ"ז סעי' י"ג] כתב המחבר וז"ל: ועוד יש ביניהם דבשל תורה צריך נקיטת חפץ והוא הדין לכל שבועה של דבריהם חוץ משבועת היסט שאינו צריך נקיטת חפץ, וברמ"א הוסיף: הגה ואם השביעוהו בשבועה שצריכה נקיטת חפץ בלא חפץ או שפסקו בשבועת היסט לישבע בנקיטת חפץ ולא רצה לישבע ושלם הוי טעות בדבר משנה וחוזר עכ"ל, יעו"ש, והש"ך בסק"ח הביא מחלוקת הפוסקים אם בשבועת היסט בעינן נקיטת חפץ, ומסיק דאף אם קיימא לן דלא בעינן נקיטת חפץ מכל מקום אם חייבו הדין לישבע בנקיטת חפץ והוא לא רצה לישבע ושלם אין זה חשיב כמו טעה בדבר משנה אלא כטעה בשיקול הדעת ואינו חוזר, יעו"ש.

שוב כתב וז"ל: וגדולה מזה נראה לי דאם תפס התובע אפילו תפס בעדים בענין דלית ליה מיגו נהי דמחויב להחזיר מה שתפס מכל מקום כיון שהוא מוחזק יכול לומר קים לי כהנך פוסקים דמחייבי נקיטת חפץ בהיסת ולא אחזיר לך מה שתפסתי עד שתשבע לי בנקיטת חפץ וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ותמה עליו בקצות החושן סק"ח היאך תועיל לו תפיסתו במקום שבועת היסט, והלא קיימא לן בשבועות (דף מא.) דבשבועת היסט לא נחתין לנכסיה אלא מנדין אותו, ואם כן בודאי צריך להחזיר מה שתפס, יעו"ש.

ונראה דהנה למאן דאמר בשבועת היסט נחתין לנכסיה, לאו היינו מדין עצם השבועה, אלא מדין כפיית בית דין, דבית דין כופים אותו לישבע על ידי הא דנחתין לנכסיה, ולדידן דקיימא לן דלא נחתין לנכסיה אין בית דין כופים על ידי כך אלא על ידי נידוי בעלמא, אולם היכא דתפס השני גם לדידן אית לן לכפות על ידי כך אלא על שישבע שבועת היסט, ודוקא בית דין עצמם אינם מוציאים נכסים מדין כפיה, אבל היכא שכבר תפס והוציא אין למחות בכך אלא כפינן ליה על ידי כך שישבע היסט, וחידוש הוא לדינא דמהני תפיסה לכולי עלמא מדין נחתין לנכסיה, ונמצא לפי זה דהיכא דנשבע היסט בלי נקיטת חפץ, וזה תפס וטען דקים ליה דבעינן נקיטת חפץ, שפיר איכא ספק אם צריך להחזיר הנכסים אם לאו.

פרק ח

בו יחולק בין הנשבעין ונוטלין שדינן ליטול הוא רק על ידי שבועה ובין אלו שנוטלין מעיקר הדין רק שחכמים תיקנו שישבעו, ויתיישבו דברי הרמב"ם שפסק שהנשבעין ונוטלין נשבעין מפרוטה ומעלה ופסק שבשבועת הנוטלין צריך הנתבע שיכפור בשתי מעין.

[רמב"ם פ"ג טוען ונטען הל"ו והל"ז] כתב הרמב"ם וז"ל: העיד עליו עד אחד אפילו לא כפר אלא פרוטה הרי זה נשבע שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה וכו', וכן בשבועת השומרים אפילו הפקיד אצלו פרוטה וכו' וכל פחות מפרוטה אינו ממון ואין בית דין נזקקין לו וכן כל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוטה ומעלה הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינן צריכין טענת שתי כסף ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואחר כך ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול שהרי הנשבעין בטענת ספק צריך שיהיה ביניהם כפירת שתי מעין ואחר כך ישבע מספק עכ"ל, יעו"ש. והשיג עליו הראב"ד וז"ל: א"א ומה יעשה השכיר העני שהשכיר עצמו במעה או בפונדיון ילך בפחי נפש אבל הדמיון שדימה והלימוד שלמד מן הנשבעין בטענת ספק שהצריכו להם כפירת שתי כסף אינו דמיון כלל שזה נשבע להפטר ועל כרחו הוא נשבע וזה שנשבע ליטול מדעתו הוא נשבע כדי ליטול ואפילו על פרוטה ואולי אפילו היה שכרו פחות מפרוטה עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה קושיתו על הרמב"ם עצומה, שהרמב"ם רצה להוכיח דגם בשבועה דרבנן בעינן טענת שתי כסף משבועת השותפין דמן התורה ליכא שבועה, כדאיתא בשבועות (דף מח:), וכן פירש הרמב"ם פ"ט שלוחין ושותפין הל"ב, יעו"ש, אכן מכל מקום איך נדמה לזה דין הנשבעין ונוטלין, דהתם אין לחייבו שבועה על פחות משתי כסף, אבל בנשבע ונוטל מנלן דאינו יכול לישבע וליטול גם בפרוטה בלבד.

עוד קשה על הרמב"ם דנראה כסותר עצמו מיניה וביה, דבהל"ו כתב דכל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוטה ומעלה, ובהל"ז פסק דבעינן שתי כסף, ועיין בלחם משנה שעמד בזה ונדחק ליישב דברי הרמב"ם.

עוד עיימ"ש הרמב"ם בפ"א שכירות הל"ט וז"ל: אפילו היה שכרו פרוטה אחת ובעל הבית אומר נתתיה לא יטול אלא בשבועה וכן כל הנשבע ונוטל אפילו לא יטעון אלא פרוטה אחת לא יטול אותה אלא בשבועה כעין של תורה עכ"ל, יעו"ש, וגם דבריו שם תמוהים וסותרים למה שכתב בהלכות טוען ונטען, ויעו"ש במגיד משנה שעמד בדבריו וכתב דדברי הרמב"ם שם אזלי כשיטת רבותיו, אי נמי דמחלק בין שכיר לשאר נשבע ונוטל, וזה עולה לפי מה שכתב האורים ותומים בסי' פ"ט סעיף ב' דשאני שכיר דנשבע ונוטל אפילו בפרוטה שלא ילך בפחי נפש, יעו"ש, אבל עדיין קשה לפי זה מה שכתב הרמב"ם דכן הוא הדין בכל נשבע ונוטל, גם מה שכתב דהרמב"ם אזיל שם בשיטת רבותיו, וכן כתב הכסף משנה שם, גם על זה הקשה הש"ך בסי' פ"ט סק"ב דעדיין מה נאמר בשיטת הטור שפסק כהרמב"ם דבעינן שתי כסף דמסתברא כותיה,

וגבי שכיר פסק נמי כהרמב"ם דסגי בפרוטה בלבד, יעו"ש.

והש"ך שם דייק עוד בדברי הרמב"ם שהאריך בלשונו וכתב ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואחר כך ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול, ולמה לא כתב בקיצור ואני אומר דצריכין טענת שתי כסף, ועוד פלפל בענין זה הרבה, והעלה בישוב דברי הרמב"ם דלעולם בעינן כפירת שתי כסף, מכל מקום עצם השבועה יכולה להיות על פרוטה בלבד, ומשום הכי האריך בלשונו לפרש דרך הכפירה צריכה להיות בשתי כסף, אבל כל הנשבעין ונוטלין נשבעין אפילו בפרוטה, עד כאן תוכן דבריו, יעו"ש, וכונתו בזה יש לומר דצריך הנתבע לכפור בטענת שתי כסף, ומכל מקום יכול התובע לומר אני איני רוצה ליטול בשבועה אלא פרוטה בלבד, אי נמי כדברי הנהניבות המשפט סק"א דכונת הש"ך היא שהשכיר תובע שקצץ עמו שתי כסף ובעל הבית כופר בזה וטוען שלא קצץ אלא פרוטה, ועל אותה פרוטה טוען פרעתי, דהשכיר נשבע ונוטל אותה פרוטה, הואיל וכפר בשתי כסף דקציצה, יעו"ש, וקצת קשה פירוש זה דכיון דאין דין נשבע ונוטל אלא לגבי טענת פרעתי דטרוד בפועליו, ולא לגבי טענת כפירה על הקציצה, אם כן למה תועיל כפירת הקציצה לקיים דין שתי כסף הנצרך לשבועת הנוטלין, ובין כך ובין כך קשה לשון הרמב"ם והמחבר שכתבו אפילו היה שכרו פרוטה אחת. והנה דין שבועת הנוטלין משכחת לה על שני אופנים, חדא בכהאי גוונא דאין השבועה נצרכת לעצם הנטילה, כגון דמן הדין יכול התובע ליטול אף בלי שבועה, אלא דמכל מקום תיקנו לו חכמים שלא יטול אלא בשבועה, ועוד מצינו שבועת הנוטלין בכהאי גוונא דמן הדין אין התובע יכול ליטול כלל, וחכמים תיקנו לו נטילה על ידי שבועה, ועיין בסי' פ"ז סעיף ו' שכתב הרמ"א דעד המסייע פוטר מן השבועה גם בשבועת הנוטלין, יעו"ש, ובפתחי תשובה סק"ז הביא בשם תשובות חוט השני לחלק בין הני דדינן ליטול אף בלי שבועה אלא דתיקנו להם חכמים שבועה, כגון פוגם שטר ועד אחד מעיד שהוא פרוע ונפרע שלא בפניו ולוה שטען אישתבע לי דלא פרעתיך כנגד השטר, שהטילו חכמים עליהם שבועה שלא מן הדין, בזה נאמר עד המסייע פוטר, אבל באותם שלא היה להם ליטול מדין תורה אף בשבועה אלא שחכמים הקילו עליהם ליטול בשבועה, כגון שכיר נגזל ונחבל, בכל אלו אין עד המסייע מועיל לפוטרו, דאם אינו נשבע היאך יטול, ועיימש"נ בענין זה בשי"ט פי"א, וכה"ג חילק גם הש"ך בסי' פ"ב סקי"ג, יעו"ש.

ובאמת אין דין השכיר ליטול אלא בשבועה, ואע"ג דאיתא בגמרא ריש פרק כל הנשבעין (דף מה.) אלא בעל הבית טרוד בפועליו הוא וליתב ליה בלא שבועה ומשני כדי להפיס דעתו של בעל הבית, ומשמע דבאמת דינו ליטול בלי שבועה, ואינו נשבע אלא להפיס דעתו של בעל הבית, וגם פוגמת כתובתה נשבעת ונוטלת כדי להפיס דעתו של בעל, כדאיתא בכתובות (דף פז:), והתם דינה ליטול אף בלי שבועה, ופירשו התוס' שם בשבועות דהא דסלקא דעתין דנתיב ליה בלא שבועה הוא משום דכיון דבעל הבית טרוד בפועליו הוה ליה כאומר איני יודע אם פרעתיך, דנקטינן אן דודאי שכח, אולם גם זה דינא דרבנן הוא, דהיאך אפשר לומר בודאי ששכח, אלא תקנת חכמים היא

דנקטינן דודאי שכח, ובלי תקנה זו לא היה אפשר להוציא ממנו הואיל וטוען פרעתי, ולכן פריך דכיון דתיקנו רבנן דלעולם חשבינן ליה כודאי שכח, אם כן למה לי שוב שבועה, והלא על ידי הך תקנה גרידא יכול להוציא, ומשני דכדי להפיס דעתו תיקנו שבועה, וסוף סוף חדא תקנה איכא, תקנה זו דנקטינן ליה כודאי שכח ותקנה זו שצריך לישבע להפיס דעתו תרוייהו בחדא תקנה נכללו, דהיכא דנשבע להפיס דעתו שוב נקטינן דודאי שכח ומוציא, ונמצא דשאני שכיר מפוגמת כתובתה שדינה ליטול מן התורה על ידי שטר הכתובה, דשכיר לעולם דינו ליטול רק מתקנת חכמים, ובכלל תקנה זו שצריך לישבע להפיס דעתו, ושפיר כתב הפתחי תשובה דשכיר אין דינו ליטול בלי שבועה.

ולפי חילוק זה אולי נוכל ליישב כל הסתירות שבדברי הרמב"ם ולסלק מעליו קושיות הראב"ד, דבאמת צדקו דברי הראב"ד דבנשבע ונוטל שנשבע מדעתו למה לא נניחנו לישבע וליטול אפילו בפרוטה בלבד, וגם הרמב"ם מסכים לכך, והיינו מה שכתב בהל"ו דכל הנשבעין ונוטלין נשבעין ונוטלין מפרוטה ומעלה.

אלא דכל זה הוא בהני נשבעין ונוטלין שכל דינם ליטול הוא רק על ידי שבועה, בהני אין לחלק בין אם יש כאן כפירת שתי כסף או לא, אבל באלו שדינם ליטול אף בלי שבועה, ורק דתיקנו חכמים חיוב שבועה צדדית מאיזה טעם, בהני שבועות נידון בהם כהני שבועות שנשבע על כרחו ובעינן כפירת שתי כסף, ובפחות משתי כסף ליכא חיוב שבועה, ונוטל אף בלי שבועה הואיל ודינם ליטול מעיקר הדין, וכי היכי דעד המסייע מסלק עיכוב חיוב שבועה מן הנטילה, כמו כן נמי מסתלק עיכוב חיוב שבועה מן הנטילה על ידי מה שאין בכפירה שתי כסף.

וזהו מה שכתב הרמב"ם בהל"ז, דרבותיו הורו דאין דין שתי כסף בשבועות הנוטלין, ועל זה פליג הרמב"ם דרק בכפירת שתי מעין יכול לחייבו שבועת המשנה, אמנם זה פשוט דאם רוצה לישבע מדעתו, כגון היכא דכל דין נטילתו נוסד על השבועה, בודאי יכול לישבע וליטול אפילו בפרוטה בלבד, וכסברת הראב"ד.

ודין השכיר הוא דאין לו דין נטילה אלא על ידי שבועה, ושפיר כתב הרמב"ם בהלכות שכירות דשכיר נשבע ונוטל אפילו פרוטה, דבלאו הכי אי אפשר לו ליטול, וכן כל הנשבעין ונוטלין יכולין לישבע וליטול אפילו בפרוטה, אלא דבהני נשבעין ונוטלין כגון פוגם שטרו וכיוצא בו לעולם לא משכחת שבועה זו, שהרי דינו ליטול מעיקר הדין, ורק דהנתבע יכול לחייבו שבועה צדדית בעל כרחו, ואינו נשבע בעל כרחו אלא בכפירת שתי כסף, ונמצא דלעולם נוטל בלא שבועה כל היכא דליכא כפירת שתי כסף, ואין כונת הרמב"ם שבפחות מכפירת שתי כסף אינו יכול לישבע וליטול, אלא כונתו לומר דבפחות מכפירת שתי כסף נוטל בלא שבועה, כמש"נ.

מה שאין כן בשכיר שנשבע מדעתו, הואיל ובלי השבועה אין לו דין נטילה, אז ודאי אין בו דין שתי כסף, וכל מקום שרוצה לישבע יוכל ליטול, ולעולם לא ילך לו בפחי נפש, ועיימש"נ בשט"ז פ"ה ליישב דברי הרמב"ם בדרך אחרת.

פרק ט

בו יתיישבו קושיות התוס' על פירוש רש"י דלא טענו משקל ואע"פ שזה כסף וזה נחושת ממין הטענה היא דכולהו מטבע ניהו, דאם אינן טבועות חסרה טענת שתי כסף ועוד מה בין זה לעבד גדול ועבד קטן ומנורה גדולה ומנורה קטנה דאמרינן מה שטענו לא הודה לו.

[שבועות לט:] הטענה שתי כסף אמר רב כפירת טענה שתי כסף ושמואל אמר טענה עצמה שתי כסף וכו' תנן שתי כסף יש לי בידך אין לך בידי אלא פרוטה פטור מאי טעמא לאו משום דחסרה לה טענה ותיובתא דשמואל אמר לך שמואל מי סברת שוה קתני דוקא קתני מה שטענו לא הודה לו וכו' אלא מדסיפא דוקא רישא נמי דוקא לימא תיהוי תיובתא דרב אמר לך רב כולה מתניתין שוה וליטרא זהב שאני תדע דקא תני סיפא דינר זהב לי בידך אין לך בידי אלא דינר כסף וכו' חייב שהכל מין מטבע אחת הן אי אמרת בשלמא שוה משום הכי חייב אלא אי אמרת דוקא אמאי חייב אמר רבי אלעזר בשטענו בדינר מטבעות, יעו"ש, וכתב רש"י (דף מ.) בד"ה דינר מטבעות וז"ל: טבועה במטבע צורה ולא טענו משקל וזה הודה לו מטבע ואע"פ שזו כסף וזו נחושת ממין הטענה היא דכולהו מטבע ניהו עכ"ל.

וכתבו התוס' בד"ה בטוענו וז"ל: פירש בקונטרס טבוע במטבע צורה ולא טענו משקל וזה הודה לו מטבע ואע"פ שזה כסף וזה נחושת ממין הטענה היא דכולהו מטבע ניהו וקשה דלעיל (דף לט:) גבי שתי כסף יש לי בידך אין לך בידי אלא פרוטה מסקינן לשמואל דפטור משום דמה שטענו לא הודה לו וכי תימא דאיירי בשאינן טבועים אם כן חסרה לה טענה דאין כאן שוה שתי מעות דחסר מה שצריך ליתן כדי להטביעה וזה דוחק לומר שאין שוה פרוטה באותו חסרון וכו' ועוד דאפילו עבד גדול ועבד קטן חשיב מה שטענו לא הודה לו בפרק השואל (בבא מציעא דף ק.) ומנורה גדולה ומנורה קטנה אמרינן נמי לקמן (דף מג.) דמה שטענו לא הודה לו אע"פ שצורתם שוה וכו' עכ"ל, יעו"ש.

ובמה שכתבו התוס' דאם בסוגיא דלעיל מיירי בשאינן טבועים אם כן חסרה לה טענה דחסר מה שצריך ליתן להטביעה, ודוחק לומר דהיינו רק פחות משה פרוטה, צריכים לעיין דאף אילו היה הך חסרון רק פחות משה פרוטה לא היו מתיישבים לפי זה דברי רש"י, דהרי בעינן טענת שתי כסף וליכא, ומה לי אם החסרון הוי יותר מפרוטה או פחות משה פרוטה, סוף סוף הרי ליכא טענת שתי כסף, וכי אם אכל כזית נבלה פחות משהו לוקה עליו, וצריך לומר דשאני שיעור טענת שתי כסף מכל השיעורים, דשתי כסף בעינן משום חשיבות הטענה, ואם חסר ממנה משהו לא הוגרעה חשיבותה, וצריך עיון.

ובישוב דברי רש"י יש לומר דס"ל דלא דמי דין המטבע לדין עבד ומנורה, דעבד ומנורה תשמישם באים מגוף הדבר, ואם כן מנורה גדולה ומנורה קטנה, אע"פ שצורתם שוים, לאו חדא תשמיש להו, דזו יש לה תשמיש של מנורה גדולה וזו של

מנורה קטנה, ולא הוי הודאה ממין הטענה, אבל עיקר חשיבות ותשמיש של מטבע לא הוי בגוף הדבר אלא במה שיוצאת בהוצאה ויכול לקנות על ידה, ואם כן אע"פ שאין צורתן שוות, מכל מקום חדא תשמיש לתרוייהו, ושפיר הוה ליה הודאה ממין הטענה, ולא דמי לשיטת הרמב"ן דאף נסכא ומטבע הוה ליה הודאה ממין הטענה, והיינו טעמא משום דמטבע אין לה תורת כלי, כמש"נ בשי"ט פ"י, דלשיטת רש"י שפיר הוה ליה מטבע כלי, ונסכא ומטבע לא הוי הודאה ממין הטענה, אלא דכיון דאין תשמיש המטבע בגופה אלא במה יוצאה בהוצאה, אם כן כולו מטבע חדא נינהו, ושפיר הוה ליה ממין הטענה, כמש"נ.

ובמה שהקשו התוס' מסוגיא דלעיל אולי יש לומר דהתם מיירי בנסכא שלא הוטבעה, כמו שכתבו התוס', ואי משום הא דחסר בשיעור שתי כסף משום מה שצריך ליתן כדי להטביעה, יש לומר דמיירי שיש בנסכא יותר משיעור כסף שבשתי מעי כסף, אלא דשוה הך נסכא שתי כסף אע"פ שיש בה כסף יותר דהא צריך לשלם בעד ההטבעה, וזה משוה שווי הנסכא עם שתי כסף טבועין.

פרק י

בו יבואר דפליגי הרמב"ן והרא"ש לשיטתייהו דלהרא"ש מטבע הוי כלי ולכן בטענו מטבע גדולה והודה לו בקטנה אין ההודאה ממין הטענה כיון דאי אפשר לגוררה, ולהרמב"ן מטבע אינו כלי רק חומר שאין ההפסד מצוי בו ולכן גדולה וקטנה הוי שפיר ממין הטענה.

[שבועות מ.] כתב הרא"ש וז"ל: הכי גרסינן דינר זהב זהב יש לי בידך אין לך בידי אלא דינר כסף פטור וכו' ושמעינן מינה דמאן דתבע לחבריה דוקא כגון ליטרא זהב או דינר זהב ואודי ליה בשוה דאמר ליה שוה שתי כסף יש לך בידי לא אמרינן שוה שתי כסף זהב קאמר והוי הודאה ממין הטענה וכו' וכל זה דקדק הרמב"ן ז"ל ומה שכתב אם תבעו ליטרא זהב או דינר זהב זהב והשיב לו שוה שתי כסף לי בידך לא אמרינן שוה שתי כסף זהב קאמר והוי הודאה ממין הטענה משמע מתוך דבריו אם אמר בפירוש שוה שתי כסף זהב הוי הודאה ממין הטענה וחייב והא ליתא דהטוען לחבירו דינר זהב זהב יש לי בידך אין יכול להשיבו שום טענה שיתחייב עליה שבועה אם לא שטענו דינר זהב מטבעות כפר"ח אפילו אם הודה לו במטבע שהוא חצי דינר זהב פטור דהוי כמו מנורה גדולה וקטנה ולא דמי למנורה בת עשר ליטרין ובת חמש ליטרין דהתם יכול לגוררה אבל מטבע טבוע אינו יכול לגוררה כל שכן אם הודה לו בזהב שאין טבוע שוה שתי כסף דלא הוי הודאה ממין הטענה וכו' עכ"ל.

וסברת הרא"ש דמטבע טבוע אי אפשר לגוררה כמו מנורה בת עשר ליטרין דלקמן (דף מג.) מיוסדת על מה דס"ל דמטבע שוה למנורה, וכמו דמנורה הוי כלי מסוים ורק על ידי גרירה הוי מנורה קלה בכלל מנורה כבדה וממין הטענה, כמו כן נמי הוי מטבע כלי מסוים, וכיון דאי אפשר לגוררה אין מטבע קטנה בכלל הגדולה להיות ממין הטענה, וכל שכן דנסכא בעלמא לא הוי ממין הטענה דמטבע טבוע.

אבל בסברת הרמב"ן יש לומר דגבי מטבע העיקר הוא מה שיוצאה בהוצאה, והטיבוע לא הוי אלא אמצעי שעל ידי כך תצא בקל בהוצאה, והעיקר הוא חומר הזהב, וגם מטבע קטנה או נסכא הוי הודאה ממין הטענה, ולא איצטריך שתהא אפשר לגוררה, אלא דמי לכור תבואה לי בידך והלה מודה בלתך תבואה, שהרי יש כאן הודאה במקצת החומר שתבע ממנו, ואין זה נוגע לנידון הסוגיא לענין שוה ודוקא, דאם רוצה מטבע זהב בדוקא הרשות בידו, וכל דין הרמב"ן הוא בנוגע להודאה ממין הטענה.

והנה עיין בבבא מציעא בפרק הזהב (דף מה:) איתמר רב ולוי חד אמר מטבע נעשה חליפין וחד אמר אין מטבע נעשה חליפין, והקשו התוס' וז"ל: ואם תאמר ולרב נחמן דאמר לקמן (דף מז.) דכלי דוקא בעי וכי פליג ארב ולוי ויש לומר דמטבע מיקרי שפיר כלי שראוי לשקול בו משקולת ועוד דראוי לתלותו בצואר בתו וכו' ויש אומרים שחשוב כלי לפי שיוצא בהוצאה וקונין בו כל דבר וכו' עכ"ל, יעו"ש, והרא"ש שם הביא תירוץ הראשון של התוס' בשם ר"ת, יעו"ש.

אולם עיין ברמב"ן שם שכתב וז"ל: אלא שמע מינה דכל מטבע כלי הוא לענין חליפין דאתרבי מלקיים כל דבר ולא הוציאו אלא פירות שעומדין לאכילה ומרקיבין וחסרין והולכין ואין דעתו של אדם עליהם אלא על הכלים שאין ההפסד מצוי בהם וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שכתב הרמב"ן דבאמת לא הוי כלי, ורק לענין חליפין הוה ליה כלי, דלענין חליפין כל שאין ההפסד מצוי בו חשיב כלי, ולא איצטריך להני שינוי שכתבו התוס', דאינהו ס"ל דבעינן כלי ממש, וכמו שכתב רש"י בפרק קמא דבבא מציעא (דף ז.) בד"ה דכמאן דפסיק דמי דדיני כלי דחליפין כדיני כלי לטומאה, ומשום הכי דחקו לאשכוחי תשמיש כלי למטבע, ועיימש"נ בש"ב פיי"ט.

ואזלי הרמב"ן והרא"ש בסוגיין לשיטתייהו דהתם, דהרא"ש ס"ל דמטבע הוי כלי, ואם כן דומה דינו לדין המנורה דבעינן אפשר לגוררה, ומטבע טבוע אי אפשר לגוררה, אבל הרמב"ן ס"ל דמטבע לא הוי כלי אלא חומר שאין ההפסד מצוי בו, ויש בו חשיבות שיוצאה בהוצאה מפני הצורה, אבל עדיין חומר הוי, ואם הודה במטבע קטנה של זהב שפיר הוה ליה הודאה ממין הטענה.

פרק יא

בו יבואר מה שחילק הרי"ף דדוקא בנשבעין ונפטריין יכול מי שהשבועה מוטלת עליו להפוך את השבועה על שכנגדו מה שאין כן בנשבעין ונוטליין אין התובע יכול להפוך השבועה על הנתבע שיכול הנתבע לומר אי אפשרי בתקנה זו אף על גב שהיא לטובתי.

[שבועות מא.] מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן איכא בינייהו מיפך

שבועה בדאורייתא לא מפכינן שבועה בדרבנן מפכינן ולמר בר רב אשי דאמר

בדאורייתא נמי מפכינן שבועה מאי איכא וכו', יעו"ש.

וכתב הר"ן וז"ל: כתב הרי"ף ז"ל בפרק הכותב (דף פח.) דכי מפכינן דוקא מנתבע

לתובע אבל בשבועת הנשבעין ונוטליין השנויות שם ובפרקא דלקמן שהם מוטלות על

התובע אע"פ שהם מדבריהם לא מפכינן שבועה מתובע לנתבע וכתב הרב ז"ל שם

דטעמא דמלתא משום דמנתבע לתובע מפכינן שבועה דאמר ליה אנת לית לך גבאי ולא

מידי אנת אי ניחא לך אשתבע ושקול אבל מתובע עליה דנתבע יכול למימר ליה אי

ניחא לך אשתבע ושקול ואי לא ניחא לך ובעית להפוכי עלי שבועה אע"ג דטבא לדידי

לאשתבועי ומפטר אנא לא ניחא לי בהך תקנתא דומיא דמאי דאמרינן (כתובות דף פג.)

האומר אי אפשרי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וצריכים לעיין דאם כן הוא דבנשבעין ונוטליין ליכא היפוך שבועה דיכול הנתבע

לומר לתובע אנא לא ניחא לי בהך תקנתא דאי אפשרי בתקנת חכמים ואם תשבע תיטול

ואי לא לא, למה לא נימא הכי נמי בנשבעין ונפטריין, דיאמר לו התובע לנתבע אנא לא

ניחא לי בהך תקנתא דאי אפשרי בתקנת חכמים אלא אם תשבע תיפטר כדיןך ואי לא

לא.

ועוד קשה דהיאך יכול זה הנתבע שנהפכה עליו שבועת הנוטליין לומר אי אפשרי

בתקנת חכמים, וכי תקנתא דידיה היא זו, והלא היפוך שבועה הוי זכות המהפך, דהא

הרשות בידו אם להפוך אם לא, והיאך יוכל זה שנהפכה עליו השבועה בזכות המהפך

לומר אי אפשרי בתקנת חכמים.

ונראה דהרי"ף לא הביא דינא דהאומר אי אפשרי בתקנת חכמים אלא לדוגמא

בעלמא, ולא כתב אלא דהוי דומיא דהתם, ועיקר יסוד דינא דאי אפשרי בתקנת חכמים

הוי דאין בכח תקנת חכמים לשנות דינו של אדם לטובתו היכא דהוי כנגד רצונו,

דלעולם יכול לומר אנא ניחא בדיני כמות שהוא מעיקר הדין ואין רצוני בהשתנות הדין

שתבא לי על ידי תקנת חכמים אע"ג דהוי לטובתי.

וכן בדין, סברת החילוק שבין היפוך שבועה מנתבע לתובע לבין היפוך שבועה

מתובע לנתבע בשבועת הנוטליין נמי הכי הוה, והיינו דאין כח בתקנת היפוך שבועה

לשנות עצם דינו של זה שנהפכה עליו השבועה, וצריכים אנו לדון על דינו אילו לא היה

זה המהפך נשבע כלל והיאך שנשתנה דינו על ידי שנהפכה עליו שבועה.

והשתא בנשבעין ונפטריין, הרי אילו לא היה נשבע עיקר הדין הוא שהתובע נוטל

בלא שבועה, ועל ידי שמהפך עליו שבועתו לא נשתנה עצם דין התובע, דעדיין דינו

ליטול, ורק שהטיל עליו חיוב לברר נטילתו על ידי שבועה, ואין חיוב שבועה זו אלא מדין צדדי בלבד, ואינה משנה עצם דין התובע להיות נוטל במקום שאין הנתבע נשבע. מה שאין כן בנשבעין ונוטלין הרי כל דין התובע ליטול הוי רק על ידי שבועה בלבד, ולא מיבעיא בהנשבעין ונוטלין כגון שכיר ונגזל שאין להם שום צד כלל ליטול בלא שבועה, אלא אפילו בהנשבעין ונוטלין כגון פוגמת כתובתה שלולי תקנת השבועה היו נוטלין בלא שבועה, מכל מקום השתא דתיקנו רבנן שבועה בנטילה זו אין להם דין נטילה בלי השבועה, וממילא פטור הנתבע אם אין התובע נשבע, שהרי אין כאן סבת חיוב כלל, ואם אתה מטיל עליו שבועה על ידי היפוך שבועה לא שייך לומר שאין זה אלא בירור צדדי בעלמא, שהרי פטורו מבורר כיון דליכא דין נטילה ממנו בלי שבועת הנוטלין, אלא על ידי ההיפוך שבועה נעשה הנתבע מן הנשבעים ונפטרים שדינם או לישבע או לשלם, והרי זה השתנות בעצם דינו של הנתבע, דמתחלה לא היתה סבת החיוב כנגדו כלל בלי שבועת התובע, והשתא חל עליו דין או השבע או שלם, ואין הכי נמי דהשתנות זו היא לתועלתו, דמתחלה היה מוכרח לשלם כל זמן שהתובע נשבע, והשתא יכול לפטור עצמו על ידי שבועה, מכל מקום דינא הוא דיכול לומר אנא ניחא לי בדיני כמות שהוא מעיקר הדין, דומיא דההיא דהאומר אי אפשרי בתקנת חכמים, ולא דמיא להא דנשבעים ונפטרים מהפכים שבועה, דהתם דין התובע ליטול אם לא נשבע הנפטר, ועל ידי שהוטל עליו חיוב שבועה לברר דבריו לא נשתנה עצם דינו לגבי הממון.

פרק יב

בו יובא מה שפירש רש"י בההוה אמינא דלרבי אליעזר בן יעקב חייב שבועה על טענת עצמו וקטן הבא בטענת אביו לא גרע מטענת עצמו, ויתיישב למה צריכים לטענת קטן תיפוק ליה שחייב שבועה על טענת עצמו גרידא, ויבואר דבטענת עצמו איכא טענה וכפירה.

[שבועות מב.] אבל נשבעין לקטן ולהקדש והא אמרת רישא אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן אמר רב בבא בטענת אביו ורבי אליעזר בן יעקב היא דתניא רבי אליעזר בן יעקב אומר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כיצד אמר לו מנה לאביך ביד ויהאכלתיו פרס הרי זה נשבע וזהו שנשבע על טענת עצמו וחכמים אומרים אינו אלא כמשיב אבידה ופטור ורבי אליעזר בן יעקב לית ליה משיב אבידה פטור אמר רב בשטענו קטן קטן והאמרת אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן לעולם גדול ואמאי קרו ליה קטן דלגבי מילי דאבוה קטן הוא אי הכי טענת עצמו טענת אחרים היא וכו' אלא בדרבה קמיפלגי דאמר רבה מפני מה אמרה תורה וכו', יעו"ש.

וכתב רש"י בד"ה והאכלתיו פרס וז"ל: והחזרתי לו חצי והחציו בידו חייב לישבע על השאר וקטן הבא בטענת אביו לא גרע מטענת עצמו דהכא עכ"ל, יעו"ש.

ולקמן כתב רש"י בד"ה אלא בדרבה קמיפלגי וז"ל: ולעולם בטוענו קטן ומשום דאין טענתו חשובה במקום אחר דכתיב כי יתן איש קרי ליה הכא טענת עצמו עכ"ל, יעו"ש.

הרי שלמד רש"י דבמסקנא יישב סתירת בבות המשנה דהא דקאמר אין נשבעין על טענת קטן מיירי שבא בטענת עצמו, והא דקאמר נשבעין לקטן מיירי בבא בטענת אביו, ומביא סמך לזה מרבי אליעזר בן יעקב דקאמר דקטן הבא בטענת אביו מחייב שבועה, אבל מתחלה היה ס"ל להגמרא דרבי אליעזר בן יעקב מיירי בלי תביעה כלל, אלא טענת עצמו בלבד, ומכל מקום מביא סמך מדברי רבי אליעזר בן יעקב דקטן הבא בטענת אביו לא גרע מטענת עצמו, ולמד רש"י כן דמשמע ליה דאיכא סמך מיד שהביא דברי רבי אליעזר בן יעקב, ואין הסמך תלוי בכל השקלא וטריא דסוגיין, ומכל מקום למסקנת הגמרא לא קאי הסמך של ההוה אמינא, והוצרך לפרש הסמך לפי המסקנא. אלא דבעצם דברי רש"י דקטן הבא בטענת אביו לא גרע מטענת עצמו צריכים לעיין, דהשתא דאתית להכי דאף בטענת עצמו חייב שבועה אם כן למה צריך לטענת קטן כלל, תיפוק ליה דחייב שבועה על ידי טענת עצמו גרידא.

ונראה דלפי ההוה אמינא דנשבע על טענת עצמו אין זה לומר דיכול להתחייב שבועה על כפירתו גרידא בלי טענה כלל, אלא ודאי ליכא חיוב שבועה אלא היכא דכפר בטענה, ורק דאותה טענה יכולה לבא מן הנתבע עצמו, והיינו דהיכא דהודה שמנה לאביו בידו הרי ההודאה עצמה מחייבתו בעניה, דאם מנה לאביו בידו ילך וישלם להיתומים, ועל זה באה כפירתו שהאכילו פרס, ונמצא דאיכא טענה הבאה מהודאתו וכפירה על הטענה, מה שאין כן כשתבעו קטן הבא בטענת אביו, דאז אין הטענה באה

מן הנתבע אלא מן הקטן התובע, ומן הנתבע ליכא אלא כפירה בלבד, ואם כן ליכא למימר דכל קטן הבא בטענת אביו יחייב שבועה מדין טענת עצמו, דהתם ליכא טענת עצמו, כמש"נ, אלא דמכל מקום איכא סברא דאם טענת עצמו מחייבתו שבועה, לא גרע ממנה טענת קטן הבא בטענת אביו.

פרק יג

בו יבואר דלהרשב"א שהובא בהר"ן כשכפר במקצת קרקעות ובמקצתן שהודה לו חפר בהן בורות שיחין ומערות גם הודאתו על הקרקעות אין בו דין הילך כיון שעדיין לא השיבן לו כשהן מתוקנין ויש בזה פטור קרקעות משבועה גם מחמת הודאתו על הקרקעות.

[**שבועות מב:**] ואלו דברים שאין נשבעין עליהן וכו' והקרקעות וכו' רבי מאיר אומר יש דברים שהן כקרקע ואינן כקרקע ואין חכמים מודים לו כיצד עשר גפנים טעונות מסרתי לך והלה אומר אינן אלא חמש רבי מאיר מחייב שבועה וחכמים אומרים כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע, יעו"ש, ומבואר בגמרא דבענבין העומדים להבצר עסקינן ופליגי אם כבצורות דמיין אם לא, יעו"ש.

וכתב הר"ן וז"ל: ואם תאמר והא הילך הוא יש לומר משכחת לה בשבצרון ואם תאמר אמאי פטרי רבנן מטעמא דהמחובר לקרקע הרי הוא כקרקע שהרי אע"פ שהתחלת החיוב במחובר לקרקע היה כיון שעכשיו אינו חייב לו אלא דמיהן של ענבים אין כאן שבועת קרקעות אלא שבועת מטלטלין יש לומר דמהא שמעינן דכיון דעיקר הפקדון הוא במחובר לקרקע אע"ג שלאחר הפקדון בצרן הנפקד הרי הוא כתובע קרקע והכי נמי מוכח בריש מציעא (דף ה.) דמקשה התם ולמאן דאמר הילך פטור קרקע אמאי איצטריך למעוטי הא כל קרקע הילך הוא אמר לך כי איצטריך קרא היכא דחפר בה שיחין ומערות אע"פ שאינו חייב לו אלא בדמי הזיקו דינו כתובע קרקע כיון שהיא נמשכת מחמת קרקע והיא מגוף קרקע וכמו שכתבתי למעלה וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות טוען ונטען וכו' אבל הרשב"א ז"ל כתב דתביעת תשלומי נזקי קרקע וכן תשלומי ענבים שבצרון אינה תביעת קרקע ונשבעין עליה ואם תאמר משנתינו משכחת לה כגון שבצר חמש מהן וחמש אחרות טעונות עדיין זה אומר עשרה גפנים אלו יש לי בידך ונראית שבצרת חמש מהן והלה אומר חמש בצורות אלו מסרת בידי וטעונות היו ובצרתים ובעינא לשלומי לך וחמש טעונות אלו לא היו דברים מעולם ושלי הן וכו' ודכותה נמי איכא לפרושי בההיא דפרק קמא דמציעא כגון שזה אומר שני כורי עפר גזלת ממני וחפרת באחד מהן בורות שיחין ומערות ובעית לשלומי לי והלה אומר כור עפר זה גזלתי וחפרתי בו בעינא לשלומי לך וזה שלא חפרתי שלי הוא דאי לא דפטר רחמנא את הקרקעות מן השבועה היה חייב דמודה מקצת הוא ואין כאן הילך שהרי הוא מודה שחפר בו בורות שיחין ומערות והזיקו ובעי לשלומי ליה אבל השתא דפטר רחמנא קרקעות משבועה פטור דהוה ליה כמודה מקצת קרקעות וכל המטלטלין שזה תובע דהיינו דמי החפירה וכופר במקצת קרקעות ופטור עכ"ל, יעו"ש.

וצריכים לעיין במה שכתב הרשב"א ליישב סוגיא דפרק קמא דבבא מציעא לפי מאי דס"ל דדמי קרקע חשיב כמטלטלין ולא כקרקע, דאם כונתו לומר דמשכחת לה בכהאי גונא שהודאתו הוי בקרקע שחפר בה בורות וכפירתו בקרקע שלימה, ואין הכי נמי דעל הקרקע שהודה הוי הילך, מכל מקום הרי הודה נמי חיוב דמי מזיק דהוי

מטלטלין, וכפר בקרקע שלימה, ומשום הכי בעינן מיעוט על קרקעות שלא ליחייב שבועת מודה במקצת בכהאי גוונא שהודה במטלטלין וכפר בקרקעות, זה אינו, שהרי היינו גופא תירוץ השני של הגמרא שם, דאיצטריך קרא להיכא דהודה בכלים וכפר בקרקעות, ומאי שנא לישנא בתרא מלישנא קמא, ודוחק גדול לומר דמהדר לאשכוחי גונא דאיכא נמי הודאה בקרקעות אע"ג דדין הודאה המחייבת השבועה הוי על ידי דמי ההיזק דהוי מטלטלין, עוד יש לדקדק בלשון הרשב"א שכתב בסוף הדיבור דטעם הפטור הוא משום דהוה ליה כמודה מקצת קרקעות וכל מטלטלין וכופר בקרקעות, וקשה דכיון דעל הקרקעות הוה ליה הילך אם כן נסתלק חלק זה מן הנידון שלפנינו, ואם כן למה הזכיר הודאת הקרקע בנוגע השבועה.

ולכן נראה דבלישנא קמא בעי לאשכוחי גונא דאיכא פטור שבועה גם מצד ההודאה בקרקעות, ואלא דקשה דהא כל הודאת קרקעות הוה ליה הילך ובלאו הכי ליכא שבועה, ויש לומר דמייירי כגון שחפר בהו בורות ועדיין מוטל עליו להשלים הנזק, וממילא לא הוי הילך גם על גוף הקרקע, שהרי עדיין אינו מושב לגמרי, שהרי צריך להשלימו בדמים, ומייירי נמי שכפר בקרקעות, דאם הכפירה היתה במטלטלין אם כן איכא הודאה וכפירה מצד מטלטלין בלבד וחייב שבועה, ועיין במגיד משנה פ"ה טוען ונטען הל"ב שפירש כן ודייק כדבריו מלשון רש"י בבבא מציעא, יעו"ש.

פרק יז

בו יובא שיטת הראב"ד דבתבע הניזק לתקן היזק קרקע לא שייך שבועת התורה דאין נשבעין על הקרקעות ובתבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעות ממון ושייך חיוב שבועת התורה, ויבואר מה שכתב המשנה למלך שאם העפר בעין יכול לתובעו למלאות החפירות.

[רמב"ם פ"ה טוען ונטען הל"ב] כתב הרמב"ם וז"ל: וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידו והרי הוא חייב לשלם בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת או שהיה שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום הרי זה נשבע היסט על הכל עכ"ל, יעו"ש. והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעות ממון וכמי שאמר לו חבלת בי שתיים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת עכ"ל, יעו"ש. ונחלקו הרמב"ם והראב"ד בדין דמי קרקע אם כקרקע דמי או כמטלטלין דמי, דהרמב"ם ס"ל דכקרקע דמי, וכתב המגיד משנה דהרמב"ם הוציא את דינו מסוגיא דפרק קמא דבבא מציעא (דף ה.) דפריך התם למאן דאמר הילך פטור למה איצטריך למעט קרקעות תיפוק ליה דהוה ליה הילך דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה, ומשני דאיצטריך להיכא דחפר בה בורות שיחין ומערות, יעו"ש, הרי דדמי היזק קרקע חשיבי כקרקע, וכן הוכיח הר"ן בשבועות (דף מב:), ועיימש"נ בשי"ט פי"ג, והראב"ד ס"ל דמייירי כגון שתבעו למלאות החפירות, אבל בתבעו ממון לא חשיבי דמי היזק קרקע אלא כמטלטלין.

והמגיד משנה הקשה על הראב"ד וז"ל: ובהשגות א"א נראין דברים שתבעו למלאות החפירות וכו' ואין החילוק שכתב הרב ז"ל נראה נכון שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו הילכך מה לי תובעו למלאות מה לי תובעו בדמים כאן וכאן תביעתו דמים הבאין מחמת קרקע הן וכו' עכ"ל, יעו"ש.

וכתב המשנה למלך בישוב הקושיא וז"ל: מה שכתב הרב המגיד ז"ל שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות כו' אם עפר קרקעו הוא בעינא ועדיין קיים אפשר שביד התובע להכריח לנתבע למלאות החפירות ולא אמרינן שישלם דמי נזקו אלא לומר דאינו חייב לקנות עפר אחר למלאות החפירה וכו' עכ"ל, יעו"ש, והנה יסוד קושית המגיד משנה הוא דחייב תשלומין לא הוי אלא בדמים, ואם כן צריך עיון. בסברת המשנה למלך, דלמה יכול לתבוע ממנו למלאות החפירות היכא דהעפר בעין. ונראה פשוט בכונת המשנה למלך דבדאי אינו יכול לתבוע ממנו שהוא בעצמו ימלא החפירות עם העפר שהוציא מהן, אלא כונתו לומר שיכול לתבוע ממנו שישלם דמי ההוצאה של מילוי החפירות עם העפר שיצא מהן, ונפקא מינה היכא דהוצאה זו

שצריך לשכור פועלים למלאות החפירות עולה יותר כסף ממה שפחתה השדה משוויותה על ידי חפירת הבורות שיחין ומערות, וס"ל להראב"ד דאם בעל השדה תובע ממנו שיוציא ההוצאות לתקן השדה ולהחזירה להמצב הראשון אין המזיק יכול לפטור עצמו בתשלומי דמי נזק בלבד, והיכא דתבע ממנו שיתקן השדה אין תשלומין אלו נחשבין כמטלטלין, ורק בדמי נזק ס"ל להראב"ד דהוה ליה כמטלטלין, דאין התשלומין שייכין להקרקע אלא להפסד ממון של הבעלים, אבל היכא דמשלם הוצאת תיקון הקרקע גם הראב"ד מודה דדמי קרקע כאלו חשיבי כקרקע ולא כמטלטלין, ואלא דהוקשה לו להמגיד משנה מאיזה דין יכול לתבוע תיקון הקרקע, ולמה לא יוכל המזיק ליפטר על ידי תשלומי נזק בלבד, ועל זה תירץ המשנה למלך דמיירי שהעפר עדיין בעין, וכי היכי דמצינו בגנב דכל זמן שהחפץ בעין חייב בהשבה ואינו יכול לפטור עצמו בדמים בלבד, הוא הדין נמי במזיק, דכל זמן שיכול לסלק מעשה ההיזק ולהחזיר החפץ למצבו הראשון חייב לעשות כן ואינו נפטר בתשלומין בעלמא, ואם אותו העפר עדיין בעין הרי הוחזר למצבו ונסתלק המעשה כאילו לא היה, אבל עפר אחר לא הוי אלא תיקון, ויכול המזיק ליפטר בדמי נזק בעלמא.

פרק טו

בו יבואר בארוכה סברת הרמב"ן והרא"ש ליישב שיטת הר"י מגאש שכתב דהיכא דאמר מלוה אנא לא ידענא כמה היה שוה המשכון אבל זאת ידענא שהיה שוה יותר מדמי ההלואה שהיה לי עליו ואין יודע כמה הוה ליה מחויב שבועה ואין יכול לישבע ומשלם.

[שבועות מב:] אין נשבעין אלא על דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין כיצד בית מלא

מסרתי לך וכיס מלא מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל

פטור זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון חייב, יעו"ש.

ועיימ"ש הרא"ש על הא דתנן לקמן (דף מג.) המלוה את חבירו על המשכון ואבד

המשכון וכו' סלע הלויטני עליו ושתים היה שוה והלה אומר לא כי אלא סלע הלויטניך

עליו וסלע היה שוה פטור סלע הלויטני עליו ושתים היה שוה והלה אומר לא כי אלא

סלע הלויטניך עליו וחמשה דינרים היה שוה חייב, יעו"ש, וכתב הרא"ש וז"ל: כתב ה"ר

יוסף הלוי ז"ל היכא דאמר מלוה אנא לא ידענא כמה היה שוה אבל ידענא שהיה שוה

יותר ממה שהיה לי עליו ואין יודע כמה הוה ליה מחויב שבועה ואין יכול לישבע

ומשלם כדאמר בפרק דלקמן (דף מז:) מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא

חמשים והשאר איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכו' ויש מקשים על דבריו

דכיון דלא ידע כמה היה שוה לא מיחייב שבועה דהא לא מודה בדבר שבמדה ומשקל

ומנין והוה כההיא דתנן אלא מה שהנחת אתה נוטל והיכי דמי מחויב שבועה ואינו

יכול לישבע כגון מנה לי בידך ואמר ליה חמשים ידענא וחמשים לא ידענא וכו' והרמב"ן

תירץ ודבריו אין מובנים וכו' עכ"ל הרא"ש, יעו"ש, ואחר כך כתב הרא"ש הישוב הנכון

לפי דעתו על שיטת הר"י מגא"ש, ודבריו יובאו בהמשך הדברים.

ותירוצו של הרמב"ן מפורש בחידושו וז"ל: ואחד מרבתי שמעתי מקשה כיון

דהאי אמר לא ידענא כמה הוה שוה לא מחויב שבועה הוא דהא לא מודה בדבר

שבמדה ושבמשקל ושבמנין וכו' ותמהני שאף רבינו הגדול ז"ל כך היה דעתיה לפי

שמצינו בכתב הרב המחבר ר"מ ז"ל בהלכות שאלה ופקדון המפקיד פירות אצל חבירו

שאינן מדודין וערבן עם פירותיו ולא מדדן הרי זה פושע בעל הפקדון אומר כך וכך היה

והשומר אינו יודע משלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא

חייב ונמצא מחויב שבועה שאינו יכול לישבע וכזה הורו ר' יוסף הלוי ז"ל ורבו ז"ל

נמתי לו דילמא שאני התם דאמר ברי לי שלא הנחת אצלי אלא אותו סך שהנחת בבית

ואיני יודע כמה הוא פטור דהאי לאו דבר שבמדה הוא שהרי הודה במה שבבית ואין

אנו יודעין כמה הוא אבל טענו בית זה מלא הפקדתי אצלך והלה אומר יודע אני

שהפקדתי פירות ואיני יודע כמה היו אין בכלל הודאה זו אלא פחות שבממון והיינו

פרוטה שהרי מכל מקום מודה הוא שהפקיד אצלו ממון ועל כרחו הרי הודה בפרוטה

ואינו יודע על השאר הילכך מחויב שבועה הוא שבכל מה שאדם אומר איני יודע רואין

אותו כאילו כפר בו ואמר ברי לי שאין לך בידי וכל שאילו אמר כן חייב שבועה אף

עכשיו שאמר איני יודע מחויב שבועה הוא ואינו יכול לישבע ומשלם וכו' עכ"ל, יעו"ש. ובש"ך סי' ע"ב סק"נ האריך בביאור דברי הרמב"ן, וכונת דבריו הכי היא, דהנה שיטת הר"י מגאש היא דאם הודה אחד לחבירו שחייב לו ממון אלא שאינו יודע כמה הוא חייב לו חשבינן ליה כמודה במקצת, שהרי יש בכלל זה על כל פנים הודאה ודאית על פרוטה, ועל השאר הוא מסופק, וטענת שמא חשובה ככפירה, והוה ליה מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם, והוקשה להם להראשונים דאם כן הוא הדין בטוען מה שהנחת טול נימא הכי, שהרי מודה הוא שבדאי יש לו אצלו על כל פנים שוה פרוטה, ועל השאר אינו יודע, והרי זה כטוען חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ומתוך שאינו יכול ישבע משלם.

ועל זה תירץ הרמב"ן דהיכא שלא הגביל הודאתו כלל, אלא שטען איני יודע על כל הסכום, אז אמרינן שיש בכלל טענתו הודאה רק על פרוטה בלבד, שהרי זה יודע בודאי שהוא חייב לו פרוטה, ועל כל השאר הוא מסופק, אז נמצא שהודאתו על דבר מסוים היא, דהיינו פרוטה, ושפיר הוה ליה דבר שבמדה משקל או מנין, אבל היכא דטען מה שהנחת טול הרי הגביל הודאתו, שהרי כל מה שמונח בתוך ביתו הוי בכלל ההודאה, והשתא אין לומר שיש כאן הודאת פרוטה, דמנלן הא, דילמא יש בכלל סכום זה שהודה יותר מפרוטה, ונמצא שיש כאן הודאה מוגבלת שאין הסכום שלה ידוע, ובכהאי גוונא הוה ליה הודאה בדבר דלא הוי במדה משקל ומנין ופטור מן השבועה, מה שאין כן בכל מודה ואינו יודע כמה שלא הגביל טענתו כלל, אין לנו ממנו אלא השיעור הכי פחות, דהיינו פרוטה בלבד, ונמצא הודאתו על סכום קצוב וצריך לישבע, וכיון שאינו יכול צריך לשלם, ועיקר סברת הרמב"ן דבטוען מה שהנחת טול אין הודאתו נקבעת על ידי הסכום המובן מתוך דבריו אלא על ידי עצם הדבר שהודה בו דהוי דבר שאינו קצוב, עד כאן מה שנראה בתוכן דברי הש"ך.

ולכאורה נראה דאיכא קצת סמך לפירוש זה מעצם דברי הר"י מגאש שדייק מכאן דאם בעל הפקדון טוען כך וכך היה שוה ושומר אומר לא ידענא כמה היה שוה דהוה ליה כטוען חמשין ידענא חמשין לא ידענא, ומשמע שנתחדש לו מכאן דבכהאי גוונא חשיב מודה במקצת, שהרי כתב הרמב"ן וז"ל: ושמעינן ממתניתין דכל שומר שאבד הדבר שהיה מופקד אצלו וטוען כך וכך היה שוה נשבע כדין מודה במקצת וכו' וכתב עלה הרב ר' יוסף הלוי ז"ל וכיון שכן שמעינן ממילא דהיכא דאמר שומר לא ידענא כמה הוה שויה ובעל הפקדון אמר אנא ידענא דשוי כך וכך דמכל מקום הא מודה ליה הנתבע דמחייב ליה מידי ולא ידע כמה ניהו הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול ישבע דמשלם כו' עכ"ל, יעו"ש, ואם כן צריכים לעיין דמהו החידוש בכך שבכהאי גוונא חשיב מודה במקצת, והלא המפקיד תובע כך וכך והשומר מודה בפחות, ומאי שנא האי מכל שאר מודה במקצת.

אולם נראה דרצונו לומר דסלקא דעתך דאמינא דלא הוי מודה במקצת אלא היכא דאחד תובע כך וכך והנתבע מודה בחלק מן התביעה, אבל הכא הרי המפקיד תובע פקדונו או תשלומין בעד הפקדון, וגם השומר מודה שהוא חייב לשלם בעד אותו פקדון,

ורק שחולקים בשומת הפקדון, והיה אפשר לומר דאין זה אלא ספק צדדי בלבד, ואין זה קובע סתירה בהטענות עצמן, אלא דשמעינן מהכא דגם בכהאי גוונא הוה ליה מודה במקצת וסתירת הטענות, דהא סוף סוף זה תובע מאה וזה מודה חמשים, ונקבעת טענת הנתבע על ידי סכום החיוב היוצא מן טענתו ולא על ידי עצם טענתו שמודה להמלוה שצריך לשלם בעד הך הפקדון, ואם כן יש לומר דמכל מקום היכא שמודה בסכום מוגבל ורק שאין הסכום ידוע שפיר אמרינן דטענתו נקבעת על ידי כל הסכום שהודה, ולא על ידי הסכום הודאי הכי פחות היוצא מדבריו דהיינו פרוטה, ושפיר חשבינן ליה הודאה שאין בו דבר שבמדה משקל ומנין.

והרא"ש עצמו כתב ליישב שיטת הר"י מגאש באופן אחר וז"ל: ונראה דלא קשה דכיון שאומר יודע אני שהיה שוה יותר ממה שיש לי עליו הודה ששוה פרוטה יותר וכו' וכיון שהודה בסתם אין בכלל הודאה זו אלא פחות שבממון ואין יכולין להוציא ממנו אלא בפרוטה והוי כאילו הזכיר בפירוש שוה פרוטה יותר הלכך על כל השאר יאמר שאיני יודע ואילו כפר על השאר יש כאן כפירת שתי כסף וכיון שאמר אין יודע הוי מחויב שבועה שאין יכול לישבע ולא דמי לבית מלא מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל דהתם אין הנתבע משיב שמא אלא כך הוא אומר מה שאמרת שבית מלא הפקדת אצלי מזה לא נתתי לבי לידע אם היה ממש מלא אבל זה אני יודע בודאי שכמו שהנחת אתה נוטל וגם הטענה אינה כל כך בריאה שכן מורגל בלשון מלא שבית שהוא קרוב להיות מלא קורין אותו בית מלא פירות הלכך אין כאן הודאה כלום כיון שלא טען ולא השיב דבר שבמדה ומשקל ומנין שהרי לא טען עליו אלא חסרון פירותיו והלה אומר שלא חסרו עכ"ל, יעו"ש, ועיין בדברי הש"ך הנ"ל שהרבה להשיג על דברי הרא"ש.

ובנתיבות המשפט סי' פ"ח סק"ח הביא דברי הרא"ש וז"ל: והא דפטור באומר מה שהנחת אתה נוטל לפי שהכונה באומר מה שהנחת אתה נוטל היינו שלא שמתני על לב עכשיו לידע אם הוא מלא אך זאת אני יודע שאינו חסר כלל ואם הנחת מלא עדיין הוא מלא בודאי ואם כן אין הכפירה ידועה לפנינו דהרי אפשר שהוא מלא עדיין ואינו כופר כלל ודומה למי שתובע מאה מידות הפקדתי ועתה חסר ותובע חסרון פירותיו והלה טען אמת הפקדת פירות ואפשר שגם עכשיו יש מאה מידות דלא הוי הודאה במקצת כיון שבשעת הודאה ראשונה ליכא כפירה לפנינו וגזירת הכתוב היא שיהיה מודה במקצת דהיינו שיהיה כופר במקצת ומודה במקצת ומשום הכי כיון שבשעת הודאה ראשונה לא היה כופר במקצת לפני בית דין יצאה ההודאה ראשונה בפטור אף שיתברר אחר כך הכפירה וההודאה פטור וכו' עכ"ל, יעו"ש, ומה שכתב הנתיבות המשפט דאין הכפירה ידועה לפנינו מתאים עם מה שכתב הרא"ש שאין כאן הודאה כולם, דרצונו לומר שאין זו נחשבת הודאה הואיל ואין כאן כפירה ידועה.

אכן עדיין צריכים לעיין במה שכתב הרא"ש שלא טען עליו אלא החסרון והלה אומר שלא חסרו, דאם כן גם בטענו עד הזוי והלה מודה עד החלון הרי לא תבעו אלא החסרון שבין עד הזוי לעד החלון, והלה טוען שלא חסרו כלום, וכן בכל מודה במקצת

למה לא נימא הכי.

לכן נראה להרחיב קצת על דברי הנתיבות המשפט, דהנה המפקיד יכול להתדיין עם השומר מכח שתי תביעות, חדא היא התביעה על השבת עצם הדבר הנפקד אצלו, ועוד יכול לתבוע ממנו תשלומין בעד הפקדון אם חסר או נפסד, והכא שטוענו בית מלא הפקדתי אצלך הרי מתחלה תובע ממנו החזרת הפקדון, ואין כאן התדיינות כלל על תשלומי החסרון, שהרי עדיין לא נודע שחסר כלל, וכל התביעה היא החזרת כל הפקדון עצמו, ולענין החזרת הפקדון הרי ליכא ביניהם סתירה כלל, שהרי השומר אומר מה שהנחת אתה נוטל ושפיר יכול להיות שמה שאתה תובע עדיין מונח שם, ואין כאן כפירה והודאה כלל, ואע"פ שאחר כך נודע שחסר מן הפקדון, מכל מקום כך היא הגזירת הכתוב של דבר שבמדה דאזלין בתר שעת ההודאה, ומה שנתברר אחר כך דיש כאן כפירה והודאה אינו יכול לחייבו, אלא דמכל מקום כשנתברר שחסר מן הפקדון הרי נתחדשה תביעה חדשה על תשלומי החסרון שלא נידון עליה עדיין, ועל זה כתב הרא"ש דגם בתביעה זו אינו יכול לחייבו שבועה, שהרי לענין תביעת החסרון הוי השומר כופר הכל, הואיל וטוען שלא חסרו כלל, אבל היכא דטוענו עד הזיו והוא מודה עד החלון, אין הכי נמי דעל החסרון כפר בכל אבל מכל מקום על הבעין הרי הודה שצריך להחזירו, והרי כאן כפירה והודאה, מה שאין כן הכא שההודאה על הבעין נפסלה בשעתה, כמש"נ, ובכפירתו אחר כך הרי הוא כופר הכל.

ועל מה שכתב הרא"ש דגם הטענה אינה כל כך בריאה הקשה הש"ך דהא קיימא לן כרבא דגם בטענו דבר ידוע והודה בדבר שאינו ידוע אינו צריך לישבע, ויש ליישב קצת דלא כתב כן הרא"ש אלא לרוחא דמילתא להדגיש שאין כאן סתירת הטענות כלל הואיל והשומר טוען לא שמת ליב ואולי הנכון כדבריו, וגם מצד המפקיד ליכא תביעה ברורה כל כך, ונמצא שאין כאן התדיינות כלל, אבל אין הכי נמי דעל ידי הא גופא שטוען השומר לא שמת ליב נמי אמרינן דליכא סתירה בדבריהם כלל. היוצא לנו שיש מחלוקת יסודית בין הרמב"ן והרא"ש לענין פטור שבועה בדבר שאינו במדה, דלשיטת הרמב"ן אפילו אם כופר במקצת תביעת המפקיד, ורק דהודאתו מוגבלת ואינה ידועה, פטור מן השבועה, ולא חשבינן ליה כטוען פרוטה ידענא והשאר לא ידענא, שהרי ציין הודאתו, וכיון שאין הסכום ידוע נפסלה ההודאה מלחייבו שבועה, אבל הרא"ש ס"ל דבכהאי גוונא איכא חיוב שבועה הואיל וכפר במקצת, ואין מפרשין הודאתו על הסכום הכי פחות היוצא מדבריו שהיינו שוה פרוטה, וכל פטור שבועה של דבר שאינו במדה הוי רק היכא דליכא כפירה כלל, אז אמרינן דכיון דלפי טענתו יכול להיות שכל דברי התובע נכונים אין כאן סתירה והתדיינות כלל, ואע"ג דאחר כך נתברר ששפיר היה כאן חילוק בטענות, מכל מקום כיון שלא נודע בשעת ההודאה נפסלה ההודאה מלחייבו שבועה.

פרק טז

בו יבואר שמה שכתב הר"ן לענין עשר גפנים טעונות מסרתי לך והלה אומר אינן אלא חמש דמקרי דבר שבמדה דסגי בדבר שבמדה מצד אחד יתפרש לשני התירוצים שכתבו התוס' דבחסירה רק מעט מקרי אין ידוע חסרונה אי נמי דבעינן שיזכיר הנתבע מדה בהודאתו.

[שבועות מב:] תנן אין נשבעין אלא על דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין כיצד בית מלא מסרתי לך וכיס מלא מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל פטור זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון חייב, יעו"ש, ובגמ' (דף מג.) אמר אביי לא שנו אלא דאמר ליה בית סתם אבל אמר ליה בית זה מלא ידיעא טענתיה אמר ליה רבא אי הכי וכו' אלא אמר רבא לעולם אינו חייב עד שיטעננו בדבר שבמדה שבמשקל ושבמנין ויודה לו בדבר שבמדה שבמשקל ושבמנין, יעו"ש, ופירש"י וז"ל: ידיעא טענתיה דכיון דאמר ליה בית זה מלא וזה מחזירה לו חסירה נראה חסרונה והרי הוא כזה אומר עד החלון וזה עד הזיז עכ"ל, יעו"ש.

ועיין בתוס' בד"ה אלא אמר רבא וז"ל: ואם תאמר ואמאי לא חשיב בית זה מלא דבר שבמדה דכיון דאמר ליה בית זה מלא וזה מחזיר לו חסירה נראית חסרונה והרי הוא כזה אומר עד הגג וזה אומר עד הזיז ויש לומר דבשאיין חסירה אלא מעט מקריא מלאה ואין ידוע מה ביניהם אי נמי בעינן שיזכיר מדה בהודאתו עכ"ל, יעו"ש, ונחלקו שני תירוצי התוס' אם סגי בכך אם ידוע מה שביניהם ולא פליגי אביי ורבא בבית זה מלא אלא אם נראית חסרונה וידוע מה שביניהם או לא, או אם בעינן נמי שיזכיר מדה בהודאתו ולא סגי בידוע מה שביניהם.

והנה עיין בר"ן בפירוש המשנה דלעיל (דף מב:) גבי עשר גפנים טעונות מסרתי לך וז"ל: דאע"ג דתנן בסמוך דאין נשבעין אלא על דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין והכא לא ידיע טענייהו דגפנים כמה הוי אפילו הכי כיון דעשר וחמש מנין הוא דבר שבמנין מקרי דדבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין מצד אחד סגי וכו' עכ"ל, יעו"ש, הרי שלמד דלא בעינן נראה חסרונה וידוע מה שביניהם כלל, ולא בעינן אלא שיזכיר סכום קצוב, או של מדה או של משקל או של מנין, ואע"ג דלא נודע מה שביניהם על ידי הזכרת סכום זה, ועיין בלחם משנה פ"ד טוען ונטען הל"ב שלמד דכן היא באמת שיטת התוס' בתירוץ השני דלא בעינן כלל ידוע מה שביניהם, יעו"ש, וקשה לפי זה דלמה לא מהני לרבא בית זה מלא ולמה יוגרע מעד הזיז או עד החלון, ואיכא למימר דס"ל להר"ן כתירוץ השני של התוס', לפי ביאור הלחם משנה, דאין הכי נמי דנשבעים על טענת בית זה מלא, ולא פטר רבא אלא היכא דחסר מדה בהודאתו שאמר מה שהנחת אתה נוטל. אי נמי יש לומר דהר"ן ס"ל כתירוץ הראשון של התוס' דבבית זה מלא לא ידעינן בבירור אם מליאה לגמרי או אם חסירה מעט, וטעמא דפטור מן השבועה לא הוי משום דלא נראית חסרונה, דהא לשיטת הר"ן לא בעינן ידוע מה שביניהם, אלא דכיון דלעולם בבית זה מלא לא ידעינן אם חסרה מעט אם לאו אין זו מדה מעליא ופטור מן

השבועה מפני שלא הזכיר מדה.

פרק יז

בו יובא מחלוקת הראשונים אם חייב שבועת מודה במקצת במתחייב מתוך טענתו, ולהרמב"ם והרמב"ן גם המתחייב מתקנת כנגדו נשבע ונוטל בנחבל ונגזל בכלל זה, ולהריטב"א שאני התם שאין הגוביינא בשבועה אלא מן התקנה ועד שישבע לא תיקנו.

[שבועות מג.] המלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון אמר לו סלע הלוייתך עליו ושקל היה שוה והלה אומר לא כי אלא סלע הלוייתני עליו וסלע היה שוה פטור סלע הלוייתך עליו ושקל היה שוה והלה אומר לא כי אלא סלע הלוייתני עליו ושלשה דינרים היה שוה חייב וכו', יעו"ש.

והקשה הרמב"ן וז"ל: וקשה לי הך סיפא דרישא אמאי חייב שבועה דהא ודאי אי איתיה למשכון ברשותיה כל כמה דלא מהדר ליה לא מחייב ליה למלוה כלום וכיון שכן בכאן שאינו יודע אם אבד אם לאו אין כאן הודאה במקצת אלא הוה ליה כאומר מנה לי בידך והלה אומר חמשין ידענא [דלית לך] וחמשין לא ידענא דפטור וכו' ויש לומר כיון שהוא מודה לו בעיקר החיוב שאפילו ישנו לפקדון בידו מכל מקום הוא חייב לו באותו עודף שעל כדי דמיו ואם אבד נמי כדבריו הוא חייב לו בהן אע"פ שאם לא אבד אינו גובה ממנו עד שיחזיר לו כיון שהוא נאמן בשבועה בכך מודה מקצת הוא דתירתי מילי נינהו והודאה ידידה הודאה גמורה היא וכו' עכ"ל, יעו"ש, ויסוד הדברים הוא דבעצם הרי הלואה חייב לשלם הדינר שהודה בו, אלא דאיכא פטור צדדי שכל זמן שהמשכון ביד המלוה ואינו מחזירו אין הלואה צריך לשלם חובו כלל, ואם לא היה אפשר לברר הדבר והיה הלואה עומד בפטורו לא היה צריך לישבע, דכיון דלמעשה פטור מלשלם אין כאן הודאה המחייבת, אולם כיון שהמלוה נאמן בשבועה לומר שאין המשכון ברשותו ויתחייב הלואה שפיר יש כאן הודאה המחייבת הואיל והוא מודה על עצם החיוב.

הדר כתב הרמב"ן דבכהאי גוונא חשיבא הודאה גמורה ולא כמתחייב מתוך טענתו וז"ל: והודאה ידידה הודאה גמורה היא אבל אין אדם נעשה מודה מקצת בכופר בממון שחבירו נאמן עליו בשבועה כגון שטען עליו מנה לי בידך חמשין הלואה וחמשין דמי חבלה או גזילה כענין משנתנו דהנגזל והנחבל והלה כפר אע"פ שזה נשבע ונוטל מחצה אין חבירו נשבע ולא משלם על המחצה שהרי כפר ולא דמיא להא דלעיל דהא מודה מקצת הלואה ורחמנא הוא דרמא עליה להפיס דעתו של זה ודברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות גזילה נוטין למה שכתבתי ומיהו חמשין לית לך וחמשין לוייתני ואיני יודע אם פרעתיך מודה מקצת הוא עכ"ל, רצונו לומר דבטענת איני יודע אם פרעתיך לא חשיב כמתחייב מתוך טענתו אלא כהודאה גמורה, שהרי הודה על חיובו, ולא חשיב ספיקו של פרעון לפוטרו מן החזקת חיוב שהודה בה.

ודברי הרמב"ם הם בפ"ד גזלה ואבדה הל"ט וז"ל: אמר החוטף עשרים חטפתי ושלי הן והנגזל אומר מאה חטף הואיל ואין העד יודע מניין הרי משלם העשרים שהודה בהן שחטפן ונשבע שבועת התורה על השאר שהרי נתחייב במקצת ודעתי נוטה

בזה שישבע היסת שהרי לא הודה כלום אלא אמר שלי חטפתי עכ"ל, יעו"ש, והשוה הרמב"ן דין כנגדו נשבע ונוטל לדין נסכא דרבי אבא, דלדעת הרמב"ם דבטוען אין חטפתי וידי חטפתי, דמתחייב משום מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, לא חשיב כמודה במקצת ופטור מן השבועה, הוא הדין במתחייב משום כנגדו נשבע ונוטל לא הוי כמודה במקצת ופטור מן השבועה, ולדעת החולקים דכל שנתחייב במקצת נשבע על השאר, הוא הדין בנתחייב על ידי שכנגדו נשבע ונוטל דנשבע על השאר כדין מודה במקצת.

והנה עיין בפרק קמא דבבא מציעא (דף ג.) תני רבי חייא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו חמשים זוז נותן לו חמשים זוז וישבע על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מקל וחומר וכו', יעו"ש, ונחלקו הראשונים בהך דינא דרבי חייא היכי קאי, שיטת הרמב"ם בפ"ד טוען ונטען הל"י היא שהעדים מעידים שלוח ממנו החמשים ועדיין חייב לו, אבל אם מעידים רק שלוח ממנו ואינם יודעים אם כבר נפרע אם לא, אם כן אע"פ שזה נתחייב בהחמשים הואיל וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, מכל מקום אין זה אלא כמתחייב מתוך טענתו ופטור מן השבועה, והיינו לפי שיטתו דבמתחייב מתוך טענתו לא חשיבא כהודאה גמורה, אבל הריטב"א כתב דשפיר מיתוקמא אפילו כשהעדים מעידים רק על ההלואה בלבד, וכתב כן ליישב קושית הראשונים דהואיל וקיימא לן שעבודא דאורייתא ליפטר משום אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, ומכל מקום חזינן דס"ל דאף במתחייב מתוך טענתו הוה ליה כמודה במקצת, ועיימ"ש הסמ"ע בסי' פ"ז סק"ג ובש"ך שם סק"ב.

ובש"ך שם הביא בשם הרשב"א דהא דבמתחייב מתוך טענתו חייב שבועה היינו דוקא בעדים מעידים על הממון שכפר, אבל בעד אחד מעיד כנגדו והוא טוען חטפתי וידי חטפתי, שאינו יכול לישבע להכחיש את העד וממילא נתחייב, לא חשיב כמודה במקצת, והיינו טעמא משום דהעדאת עדים ילפינן מקל וחומר מהודאת פיו, אבל בעד אחד דליכא קל וחומר, וכמו שהוכיח הגר"א בסק"א מדברי התוס' בבא קמא (דף מו.) בד"ה דאפילו לא חשיב כמודה במקצת במתחייב מתוך טענתו, ולפי זה היה אפשר לומר דגם הריטב"א ס"ל כן, ולא כתב דבמתחייב מתוך טענתו הוי כמודה במקצת אלא בהעדאת עדים.

אמנם נראה דהריטב"א ס"ל כהך שיטה שהביא הרמב"ם דכל המתחייב מתוך טענתו הוי כמודה במקצת, דהנה עיימ"ש הריטב"א בסוגיין שהביא דהרי הרמב"ן והסכים נמי לדינו דבתובע הלואה וחבלה והלה כופר הכל דלא הוי כמודה במקצת על ידי הא דכנגדו נשבע ונוטל, וכתב טעמא וז"ל: ועוד דשאני התם שאין גוביינא שלו בשבועה אלא מן התקנה ועד שישבע לא תקנו כלום עכ"ל, יעו"ש, וסברא מחודשת היא זו דכל זכות נטילתו על ידי שבועה לא באה אלא בבת אחת עם השבועה, וכל זמן שלא נשבע לא תיקנו לו כלום, ואם הריטב"א ס"ל כהרמב"ם דכל המתחייב מתוך טענתו לא חשיב כמודה במקצת לא היה צריך לכך, דהא לא הודה בכלום, אלא מוכח דס"ל דכל

שנתחייב במקצת הוה ליה כמודה במקצת, אבל בכנגדו נשבע ונוטל לא נתחייב בכלום קודם השבועה.

אלא דקשה להנך דעות קושית הגר"א דליכא קל וחומר אלא בהעדאת עדים בלבד ולא בהני מחייבים האחרים, וצריך לומר דאין חיוב שבועה באלו בא מדין העדאת עדים אלא מדין הודאת עצמו, דכל שמתחייב מתוך טענתו חשיב כהודאת עצמו, והא דאיצטריך למילף העדאת עדים מקל וחומר, ולא מחייבין ליה בשבועה מדין מתחייב מתוך טענתו, צריך לומר דהתם כופר בכל, וכפי טענתו ליכא מחייב כלל, וכל המתחייב בא אך ורק על ידי העדאת עדם, לכן אין לחייבו משום הודאת עצמו כדין מתחייב מתוך טענתו, אלא מדין חדש של העדאת עדים דילפינן מקל וחומר דהודאת עצמו, אבל בטוען אין חטפתי ודידי חטפתי, הרי אילו היה אומר לא היו דברים מעולם היה נפטר בשבועה כנגד העד אחד, נמצא דטענתו גרמה לו חיובו.

אולם עדיין קשה מכנגדו נשבע ונוטל, דמשמע מהרמב"ן דלהנך דעות היה נחשב כמתחייב מתוך טענתו, לולי סברא מחודשת של הריטב"א, והלא התם כופר בכל, ולא טענתו גרמה חיובו אלא שבועת הכנגדו, וצריך עיון.

פרק יח

בו יבואר שרש"י הוכיח כשיטתו דבנשבעין על טענת שמא בעינן הודאה במקצת מהא דאמרין בגמרא והוא שיש טענה בינייהו שתי כסף כמאן כשמואל, ולהר"י מגאש והרמב"ם דאין צריך הודאה צריך לומר דקושית הגמרא היא רק ממשמעות הלשון.

[שבועות מח:] ואלו נשבעין שלא בטענת ברי אלא בטענת שמא השותפין והאריסין וכו' אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן והוא שיש טענה בינייהו שתי כסף כמאן כשמואל והתני רבי חייא לסיועיה לרב אימא כפירת טענה כרב, יעו"ש. וכתב רש"י וז"ל: שיש טענה ביניהם שתי כסף שזה טענו שמא עכבת משלי שתי כסף וזה מודה לו במקצת דקרובה היא לשבועה דאורייתא אלא שטענת שמא היא עכ"ל, יעו"ש, והיא שיטת רש"י דלשבועת השותפין בעינן הודאה במקצת, והר"י מגאש פליג וס"ל דאין צריך הודאה כלל, וכן פסק הרמב"ם בפ"ט שלוחין ושותפין הל"ב, ועיין בכסף משנה שם.

ונראה דרש"י הוכיח כדבריו מהא דפריך כמאן כשמואל והתני רבי חייא וכו', והחילוק בין רב ושמואל הוא דלשמואל סגי בטענת שתי כסף ולרב בעינן כפירת שתי כסף, ואם מיירי כאן בלי הודאה כלל אם כן אין שום נפקא מינה בין רב לשמואל, דטענה וכפירה חדא מילתא נינהו, ומוכח דבעינן הודאה במקצת ואם הטענה היא שתי כסף נמצאת הכפירה פחותה משתי כסף, והיינו דלא כרב, ושפיר פריך והתני רבי חייא לסיועיה לרב וכו', אבל הראשונים החולקים על פירש"י ס"ל דלא פריך אלא על דיוק הלשון, ואין הכי נמי דכאן אין נפקא מינה בין רב לשמואל, מכל מקום מלשון טענת שתי כסף ביניהם משמע דס"ל כשמואל, לכן מגיה מלשון לכפירת טענה, וכרב.

פרק יט

בו יבואר דנחלקו הראשונים בהא דשביעית משמטת את השבועה, אם משמטת השבועה עצמה או הממון שמחייב את שבועה, ומחלוקת הרמב"ם והראב"ד בפירוש הירושלמי מלוה ונעשית כפרנית אין השביעית משמטתו, והאיבעיא בירושלמי אם נגבית מבינונית.

[שבועות מט.] והשביעית משמטת את השבועה מנא הני מילי אמר רב גידל אמר רב דאמר קרא וזה דבר השמיטה ואפילו דיבור משמטת, יעו"ש, והביא הרמב"ם דין זה בפ"ט שמיטה ויובל הל"ו וז"ל: והשביעית משמטת את השבועה שנאמר לא יגוש מכל מקום לא לשלם ולא להשבע עכ"ל, יעו"ש, והרדב"ז והכסף משנה הביאו שם ילפותא דסוגיין שהיא דלא כילפותא דהרמב"ם, והרדב"ז דחק עצמו בכך וכתב דהרמב"ם לא הביא קרא דלא יגוש לילפותא אלא ללמדנו שאם נגש אותו עובר בלאו דלא יגוש, יעו"ש.

עוד כתב הרמב"ם שם הל"ח וז"ל: הלוהו ותבעו וכפר בו והגיע השמיטה והוא בכפירתו והודה אחר שעברה שביעית או שבאו עליו עדים אחר השביעית אין השביעית משמטת עכ"ל, ומקורו מהירושלמי שביעית פ"י ה"א וגיטין פ"ה ה"א מלוה שהיא נעשית כפרנית אינה משמטת כפרנית שהיא נעשית מלוה משמטת, יעו"ש, ופירשו הקרבן העדה והפני משה דאם כפר במלוה וכשהגיע סוף שביעית שהיא שעת השמיטה עדיין עומד בכפירתו אינה משמטת, דלא קרינן ביה לא יגוש, דהא אין בידו לנגוש כשזה עומד בכפירתו, והיינו מלוה ונעשה כפרנית, אבל כפרנית ונעשית מלוה, כלומר שהודה או באו עדים קודם סוף שביעית, שפיר שייך בזה לא יגוש ומשמטת, יעו"ש. והשיגו הראב"ד וז"ל: א"א הנה הוא סובר טעמא דחזר והודה או באו עדים משמטת הא אם עמד בכפירתו אינו משמט כפשוטו של ירושלמי מלוה ונעשית כפרנית אינו משמט ואולי אינו כמו שהוא סובר דלאו בכפירה תליא מילתא אלא או שפטרורו בית דין בשבועתו ונשבע קודם שביעית וחזר והודה או באו עדים או שמא שהוא חוזר על מעשה בית דין הסמוך לו ואמר מלוה שנעשית כפרנית ובא לבית דין וחייבוהו וכתבו לו זכותו שיטרוף אינו משמט דהיינו מעשה בית דין אבל כפרנית ונעשה מלוה כלומר שהאריך אותו והמתין עליו לרגלו משמט שאם הוא פושט דברים כפשוטן מתניתין דשבועות קשיא והשביעית משמטת את השבועה והרי זה עומד בכפירתו דוק ותשכח כללו של דבר לא נמסר הגמרא אלא או לבעלי הקבלה או לבעלי הסברא נכונה עכ"ל, יעו"ש.

והרדב"ז כתב לתרץ קושיית הראב"ד על הירושלמי ממתניתין דשבועות וז"ל: ויש לתרץ דהא דתנן והשביעית משמטת את השבועה היינו שבא לבית דין וחייבוהו שבועה ולא הספיק לישבע עד שעברה שמיטה וקרינן ביה לא יגוש וזה דבר השמיטה ולא נקראת זו מלוה ונעשית כפרנית שהרי כבר נפסק דינה ונקראת מלוה שחייב עליה שבועה ולפיכך שביעית משמטת היא ושבועתה אבל הירושלמי איירי שתבעו וכפר

ועדיין לא חייבוהו שבועה ובשעה שיצאה השמיטה אין כאן מלוה אלא כפירה דמאן לימא לן שהיתה שם מלוה הלכך כשחזר והודה או שבאו עדים אז נעשית מלוה ולא נשמטה בשביעית, עכ"ל, יעו"ש, ולכאורה פשוט כדבריו דמלוה ונעשית כפרנית היינו היכא דליכא חיוב שבועה, אבל היכא דאיכא חיוב שבועה לא הועילה עדיין כפירתו, וקרינן ביה לא יגוש והשביעית משמטתו, ואדרבה קשה על הראב"ד דהיאך דימה כפרנית להיכא דאיכא חיוב שבועה.

והכסף משנה רצה לתרץ קושית הראב"ד על פי מה שכתב הר"ן בסוגיין וז"ל: ושביעית משמטת את השבועה וכו' ואיכא למידק שבועת מודה מקצת דמלוה פשיטא דכיון דממון אין כאן שבועה אין כאן ונראה לי דהכא בשתבע קודם שביעית והודה במקצת וכפר במקצת ואותו מקצת שכפר בו אין שביעית משמטתו שכל ממון שכפר בו קודם שביעית אע"פ שעברה שביעית עליו אינו משמט והכי איתא בפירוש בירושלמי במסכת שביעית מלוה ונעשה כפרנית אינה משמטת וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהלכות שמיטה ונמצא שאותו ממון שכפר בו לא נשמט בשביעית וסלקא דעתך אמינא כיון שתבע קודם שביעית והודה במקצת וכפר במקצת ותביעת אותו מקצת במקומה עומדת שלא נשמטה בשביעית ישבע עליה לאחר שביעית קא משמע לן דשביעית משמטת שבועה זו כיון דהשמיטה אותו מקצת שהודה בו נמצא שאינו אלא כופר בכל ואף השבועה שבאה מחמת אותו מקצת של הודאה נשמטה שכיון שהממון נשמט אף הדיבור של שבועה שבא מכחו נשמט עכ"ל הר"ן, יעו"ש, ולפי זה תירץ הכסף משנה קושית הראב"ד דנהי דהיכא דהודה במקצת וכפר במקצת אמרינן דאותה מקצת שכפר נעשית כפרנית ואינה משמטת, מכל מקום שבועתה שבאה מכח המקצת שהודה משמטת, דכיון שנשמט הממון נשמטו נמי כל חיובים המסתעפים ממנו.

אולם לפי דברי הר"ן יצא לנו חילוק בין שבועת מודה במקצת לשבועת עד אחד לגבי שמיטה, ואין השביעית משמטת אלא שבועת מודה במקצת שבאה מכח המקצת שהודה, וכיון שנשמט אותה מקצת נשמט גם החיוב שבועה הבא מכחה, כנ"ל, אבל שבועת עד אחד שאין בה ממון של הודאה שתשמטנו שביעית גם השבועה אינה נשמטת, ונמצא דהא דתנן השביעית משמטת את השבועה היינו דוקא שבועת מודה במקצת, ואף דאיכא לאוקמי מתניתין בכך, מכל מקום אם היה ס"ל להרמב"ם כהר"ן בזה היה לו לפרש ולחלק בין שבועת מודה במקצת לשבועת עד אחד, ומסתימת לשון הרמב"ם משמע דס"ל דהשביעית משמטת את השבועה בכל מקום.

ואיברא דמדברי הר"ן והראב"ד מבואר דהא דשביעית משמטת את השבועה היינו הממון שיש עליו חיוב שבועה או שגרם חיוב שבועה, אכן נראה דהרמב"ם למד דחיוב שבועה עצמו משמט, דכי היכי דשביעית משמטת חיוב ממון משמטת נמי חיוב שבועה, ולא הוי השבועה רק בירור בנידון הממון, אלא חיוב גמור הוא המוטל עליו ושייך לגבה תביעה מיוחדת, ואף במקום דאין השביעית משמטת את הממון משמטת השבועה, והיינו מה שכתב הרמב"ם שנאמר לא יגוש לא לשלם ולא להשבע, ואין כונתו בזה להביא ילפותא אחרת מהך דהובאה בגמרא, אלא רצונו לומר דשייך ענין לא יגוש

בין על תביעת ממון בין על תביעת שבועה מצד עצמה, וממילא איכא למילף מוזה דבר השמיטה אפילו דיבור משמטת דשביעית משמטת את השבועה מצד עצמה אף במקום דאינה משמטת את הממון, ומסולקת לפי זה קושית הראב"ד ממלוה ונעשית כפרנית, דאין הכי נמי דאין השביעית משמטת הממון שכפר במודה במקצת או כנגד עד אחד הואיל ונעשית כפרנית, מכל מקום משמטת את השבועה, דעדיין שייך בה לא יגוש. ומדויק כן נמי מלשון התוספתא, הובא ברדב"ז הל"ו, וכשם שהשביעית משמטת את המלוה כך משמטת את השבועה שנאמר וזה דבר השמיטה דבר שהשביעית משמטתו משמטת את שבועתו ודבר שאין השביעית משמטתו אין משמטת את שבועתו, יעו"ש, והשתא אם השמטת השבועה הוי בעיקר השמטת הממון בנוגע שבועה אם כן פשיטא דבעינן דבר שהשביעית משמטתו, ולמה איצטריך ילפותא לכך, אבל אם איכא השמטה מיוחדת לגבי השבועה עצמה, סלקא דעתך אמינא דבדין חדש זה לא בעינן בעל משה ידו, והשביעית משמטת כל חיוב שבועה שבעולם, לכן איצטריך למידרש וזה דבר השמיטה, דרק בדבר שהשביעית משמטתו איכא השמטה מיוחדת לגבי השבועה.

אבל הראב"ד למד דשביעית משמטת את השבועה היינו הממון שחייב עליו שבועה, ושפיר הוקשה לו מהירושלמי דמלוה ונעשית כפרנית אינו משמט, כנ"ל, אלא דעדיין קשה למה לא רצה לחלק דהירושלמי מייירי במקום דליכא שבועה דשוב אינו יכול לנוגשו, ומתניתין בדאיכא שבועה ועדיין קרינן ביה לא יגוש, וכדברי הרדב"ז כנ"ל. והנה הכי איתא בירושלמי שם בגיטין פ"ה ה"א פשיטא דא מילתא מלוה שהיא נעשית כפרנית אינה נשמטת כפרנית שהיא נעשה מלוה נשמטת רבי ירמיה בעי אף למידת הדין כן היא מלוה שהיא נעשית כפרנית אינו גובה כפרנית ונעשית מלוה גובה בבינונית, יעו"ש, ויש גמגום בהגירסא במלוה שהיא נעשית כפרנית, ובין הכי ובין הכי הכונה חדא היא, ובביאור דברי רבי ירמיה כתב הקרבן העדה וז"ל: אבל כפרנית שנעשית מלוה גובה בבינונית דסלקא דעתך אמינא דהוה ליה כשטר שנמחל שעבודו ודי לנו שיגבה מזיבורית כדינא דאורייתא עכ"ל, וכן פירש הפני משה, יעו"ש.

וקשה טובא דלמה תיסק אדעתך דהיכא דכפר במלוה נעשה כשטר שנמחל שעבודו, אדרבה לזה קנה השעבוד שאם יכפור יוכל לגבות ממנו, וגם למה נוקמי אדאורייתא לגבות מזיבורית, והלא תיקנו חכמים לבעל חוב בבינונית משום נעילת דלת, ושפיר אית כאן נעילת דלת, ועוד קשה וכי לא קאי רבי ירמיה גם לדברי רב סימאי שהובאו דבריו למעלה שם דבעל חוב מדאורייתא בבינונית, ובכלל קשה דמה ענין בעיא דרבי ירמיה לגבי מה שהקדים דמלוה ונעשית כפרנית אינה נשמטת דלא קרינן ביה לא יגוש, ומה ענין שמיטה אצל הגביה.

לכן נראה דטעמא דמלוה ונעשית כפרנית אינה נשמטת לאו היינו משום דלא קרינא ביה לא יגוש אלא משום דכיון שכפר בה פקע ממנה תורת מלוה ונעשה גזל, וכי היכי דשאר חיובים שזקפן עליו במלוה שביעית משמטתם, הכי נמי מלוה שנהפך לגזל אין השביעית משמטתו, אבל כפרנית ונעשית מלוה, דהיינו שהודה בו או שבאו עדים

קודם סוף שביעית, חזר הגזל להיות מלוה והשביעית משמטתו, והא מילתא פשיטא ליה להירושלמי, אבל לגבי גבית חוב שכפר בו מיבעי ליה, מי אמרינן דכיון שכפר בו נהפך המלוה לגזל, והרי גזל מן המזיקים ודינו בעידית ולא בבינונית, ואם כן מלוה ונעשית כפרנית גובה מן העידית, ואע"ג דכשבא המלוה לידי גביה כבר חזרה להיות מלוה, דהא לא שייך גביה אלא אם כן הודה בה או באו עדים ואז הוה ליה כפרנית ונעשית מלוה, מכל מקום כיון שכבר זכה המלוה שעבוד בעידית הלוח שוב לא פקע שעבודו כשחזר להיות מלוה, ולא דמי לשמיטה דאין דנין אלא על שעת השמיטה בסוף השביעית, או דלמא אמרינן דכיון דסוף סוף אי אפשר להממון לבא לידי גביה בפועל כשהוא בתורת גזל, דהרי כיון שהודה או שבאו עדים מיד חזר להיות מלוה, אם כן גם מתחלה לא קנה המלוה שעבוד בעידית אף בשעה שהיה על הממון תורת גזל, ואע"ג דכל זמן שעמד בכפירתו נהפך המלוה לגזל, מכל מקום כשבא לגבות אינו גובה אלא מן הבינונית.

ומשום הכי לא רצה הראב"ד לחלק כדברי הרדב"ז, דהירושלמי דמלוה ונעשית כפרנית אינה נשמטת מיירי כשאין עליו חיוב שבועה ומתניתין דשביעית משמטת את השבועה היינו כשכפירתו מחייבת שבועה, דאם על ידי כפירה גרידא במלוה נעשה גזל, אם כן גם במקום חיוב שבועה צריך להיות גזל מיד בכפירתו, דאם הכפירה היא המעשה גזילה אם כן השתא נקיט לה בתורת גזל, ונהי דאם לא ישבע יצטרך להחזיר גזילתו, השתא מיהא גזלן הוא, לכן דחק הראב"ד לאוקמי הירושלמי כגון שכפר ונשבע, ונמצא דהשבועה לשקר היא המעשה גזילה ולא כפירה בעלמא, ואם כן במתניתין שעדיין לא נשבע הוה ליה מלוה ולא גזל והשביעית משמטתו. ולפירוש השני של הראב"ד דמלוה ונעשית כפרנית היינו שבא לבית דין וחייבוהו והוי כמעשה בית דין ואינה משמטת, יש לפרש בעיית הירושלמי דמיבעי ליה למה מלוה ונעשה מעשה בית דין אינה נשמטת, אם היינו טעמא משום דכיון שנעשה מעשה בית דין יצא מתורת מלוה, והשתא הוי סתם חיוב להחזיר ממונו, ודמי למזיק, או דלמא היינו טעמא משום דכיון שנעשה מעשה בית דין הוי כגבוי, ושוב לא קרינא ביה לא יגוש, ובין כך ובין כך אין השביעית משמטתו, אבל נפקא מינה למקום גביתו, דאם הא דאין נשמטת הוא משום דכגבוי דמי אם כן עדיין מלוה הוי וגביתו מן הבינונית, אבל אם היינו טעמא משום דיצא מתורת מלוה אם כן דנין בו כמזיק וגביתו מן העידית. וכל זה לא איצטריך אלא לפי סברת הראב"ד דשביעית משמטת את השבועה היינו הממון המחייב את השבועה, כמש"נ, ואם כן שפיר הקשה מהירושלמי דאם בכפירה בעלמא נעשה גזל אם כן מלוה שכפר ונתחייב שבועה עליה אין נשמטת, אבל להרמב"ם דהשביעית משמטת השבועה עצמה, אם כן אע"ג דבכפירה גרידא נעשה גזל על הממון, עדיין שביעית משמטת את השבועה, כמש"נ.

פרק ב

בו יחקור בהא דיכול המלוה לומר לדידי שוה קרקע זו כנגד כל החוב אם הוא מדין לדידי שוה לי שיכול לקבוע שומא לעצמו, או משום דאם רוצה המלוה בכך קרקע שוה חמשים יכולה להיות תשלומין גמורין לחוב של מאה, ויתבאר דבזה תלוי מחלוקות סמ"ע והש"ך.

[ח"מ סי' קט"ו סעי' א'] כתב המחבר וז"ל: ואם רוצה הלוקח לסלקו יכול לסלקו בין מן השדה בין מן השבח וכו' עכ"ל, ובש"ך סק"כ וז"ל: כתב בית יוסף מחודש ב' וז"ל כתב בעל התרומות בשער ג' אם הלוקח או היתומים רוצים לסלקו בדמים ואינו שוה אלא פלג חובו והוא טוען לדידי שוה שיעור כל חובי יש אומרים שאינו יכול לומר כן והראב"ד כתב שיכול לומר כן וכו' וכבר כתבתי בסי' ק"ז שדעת רבינו בסי' ע"ב כדעת הראב"ד והרמב"ן ז"ל עד כאן לשון בית יוסף וכו' ולענין דינא נראה עיקר כהרמב"ן והראב"ד ובעל התרומות דכל זמן שאין הלוקח מסלקו בכל החוב יכול הבעל חוב לטרוף הקרקע ולומר היא שוה לי כשיעור כל החוב אעפ"י שמת הלוח ואין תועלת ללוח בכך שקרקע זו משועבדת לו עד כדי חובו וכו' ולפי זה אפילו בא הלוקח לסלק לבעל חוב קודם שעשו בית דין שומא והכרזה בשדה זו בשביל הלוח הדין כן ודלא כהסמ"ע סי' קי"ד ס"ק ד' ועיין מה שכתבתי שם עכ"ל הש"ך, יעו"ש.

והנה לעיל בסי' קי"ד מצינו שתי מחלוקות בענין זה בין הסמ"ע והש"ך, דיעו"ש בסעיף ג' אם רוצה הלוקח לסלק המלוה במעות הרשות בידו וישאר לו הקרקע ויחזור וישאל מהמוכר מה שפרע למלוה בשבילו עכ"ל המחבר, וכתב הסמ"ע בסק"ד וז"ל: עיין פרישה ודרישה שם כתבתי והוכחתי כלל דין זה דנחלק לשלשה דינים והוא דאם בא הלוקח לסלק המלוה קודם שעשו בית דין שומא והכרזה בשדה זו בשביל המלוה אזי יכול הלוקח לסלקו בדמי שווי השדה אפילו אינו עולה לדמי חובו של המלוה ואם כבר עשו שומא והכרזה בשביל המלוה אפילו אם עדיין לא גבהו המלוה אין הלוקח יכול לסלקו אלא אם כן יתן הלוקח כל דמי חובו ואם עשו שומא והכרזה וגם כבר גבהו המלוה והנה הוא כבר בידו בזה פליגי הרמב"ם ס"ל דגם בכהאי גוונא הלוקח יכול לסלקו דאמרינן שומא הדרא גם בלוקח והרא"ש חולק עליו וס"ל דלא אמרו שומא הדרא כי אם להלוה ויורשיו עכ"ל, יעו"ש.

וכתב הש"ך בסק"א וז"ל: עיין בסמ"ע סק"ד וכו' אבל לפי מה שפסקתי לקמן סי' קט"ו סוף סעיף א' כהרמב"ן והראב"ד ובעל התרומות וריב"ש אם כן אינו יכול לסלקו עד שיתן לו כל חובו עוד שם בסמ"ע ואם כבר עשו שומא והכרזה וכו' אלא אם כן יתן לו כל דמי חובו לא הבנתי דבריו ולא דמי לדלקמן סוף סעיף ז' דהתם אומר המלוה לא ישומו אבל כשכבר שמו למה יצטרך ליתן לו כל דמי חובו יתן לו כפי השומא עכ"ל, יעו"ש, הרי שנחלקו אם לוקח יכול לסלק למלוה קודם שומא והכרזה בדמי שווי השדה או אם צריך ליתן לו כל חובו.

ע"ע שם בסי' קי"ד סעיף ז' אם המלוה אומר אקבל הקרקע בכל חובי בלא שומת

בית דין והלוקח אומר לא כי אלא ישומו בית דין ואני אתן כפי שומתן אין שומעין ללוקח עכ"ל המחבר, יעו"ש, וכתב הסמ"ע בס"ק י"ט וז"ל: אין שומעין ללוקח הטעם משום שהוא פסידא דלוה דאם ישמעו להלוקח לא יפטר הלוה מהמלוה בהיתרון בכדי חובו מה שאין כן במלוה שבא לגבות מהיורשים דכתבו הטור והמחבר לעיל סי' ק"ט סעיף א' דאף אם ירצה המלוה לקבל השדה שהניח הלוה אבי היורשים בכל החוב דשומעין להיורשים שאומרים ניתן לך בשומת בית דין דהתם אין פסידא להלוה בזה שכבר מת ויורשי המת יהיה להן ריוח בהשומא שבאם יהיה להן מעות אחר זה יכולין לחזור ולפדותו באותה שומא מידי המלוה דהרי שומא הדרא להם וכו' עכ"ל, יעו"ש. והש"ך סק"ד פליג וז"ל: אין שומעין ללוקח בהרא"ש פרק מי שהיה נשוי מבואר הטעם משום תועלת הלוה שיפטר מחובו וכן מוכח בטור ומחבר ריש סי' ק"ט סוף ס"א וכו' אבל לפי מה שפסקתי לקמן סי' קט"ו סוף סעיף א' אם כן הכא אפילו מת הלוה ולא הניח נכסים אחרים כלל אין שומעין ללוקח וכן עיקר עכ"ל הש"ך, יעו"ש, הרי שנחלקו נמי אם לעולם אין שומעין ללוקח או רק היכא דיש בזה תועלת ללוה.

ובהקדם ביאור מחלוקת הש"ך והסמ"ע חזינן הכא דהא דיתומים יכולים להוציא הקרקע מרשות המלוה אחר הגביה מדין שומא הדרא תלוי בתורת הגביה, דאם נטל הקרקע בשוויה יכולים היתומים להוציאה בשוויה, אבל אם נטלה כנגד כל החוב אין היתומים יכולים להוציאה מידו אלא אם כן יתנו לו כל החוב, והיינו טעמא משום דיסוד דין שומא הדרא היינו דלעולם נשאר תורת גבית החוב על הקרקע, ומדין ועשית הישר והטוב, ואם ישלם לו המעות יסתלק החוב ותתבטל בעלות הבעל חוב מן הקרקע, וכמש"נ בשופרא דשעבודא שט"ו פל"א, ולכן אם נטלה בשביל מקצת החוב מהני סילוק הך מקצת בלבד להוציא הקרקע, אבל אם נטלה בשביל כל החוב אינו יכול להוציאה אלא על ידי סילוק כל החוב.

ובהך שיטה דיכול הבעל חוב לומר לדידי שוה שיעור כל חובי יש להסתפק אם היינו מדינא דלדידי שוה לי, וכההיא דפרק קמא דקדושין (דף ח.), ואף אם לא מהני לדידי שוה לקבוע דין ה' סלעים על סודר בנוגע לדין פדיון הבן, מכל מקום לגבי גבית חוב יכול המלוה לקבוע שומא לעצמו, ונקטינן לגבי דידיה דהך קרקע שוה כל חובו, והרי זה תשלומין מעליא על כל החוב, או דלמא אין זה שייך כלל לדין לדידי שוה לי ואין בזה שום קביעת שומא חדשה, אלא דדין הוא דקרקע שוה חמשים יכולה להיות תשלומין גמורין על חוב של מאה אם המלוה מסכים לכך, כי היכי דיכול למכור קרקע שוה מאה בחמשים זוז, אבל לצד הראשון אינו יכול לפרוע חוב בקרקע שאינה שוה אלא מקצת החוב, ועל כרחך צריך לקבוע שומא מיוחדת כנגד כל החוב, ואז יכול לסלק החוב על ידי הקרקע עם השומא.

ונראה דבהכי נחלקו הש"ך והסמ"ע, הש"ך ס"ל דקרקע שוה חמשים יכולה לסלק חוב של מאה בתורת פרעון בלי מחילה, אבל הסמ"ע ס"ל דזה לא שייך ואם נוטל בעל חוב הקרקע כנגד כל החוב על כרחך היינו על ידי קביעת שומא חדשה לגבי דידיה, ולכן ס"ל להש"ך דלעולם יכול לומר לדידי שוה הקרקע כנגד כל החוב אפילו קודם שומא

והכרזה ואין הלוקח יכול לסלקו בשווי השדה, שהרי כיון שהמלוה רוצה לקבל השדה בעד כל החוב על כרחך צריך הלוקח לסלק כל החוב, ולעולם יכול המלוה לומר כן אפילו קודם שומא והכרזה, אבל הסמ"ע ס"ל דמהני מדין שומא חדשה, כמש"נ, ובעינן לזה שבית דין יקבעו השומא ויכריזו עליה, ולכן קודם שומא והכרזה עדיין אין בכח השדה אלא לסלק כנגד שוויה מן החוב, ושפיר יכול הלוקח לסלק בעל חוב על ידי תשלומי שווי השדה, אבל לאחר שהוקבעה השומא החדשה על ידי שומא והכרזה יש בכח השדה לסלק כל החוב.

ונמצא עוד נפקא מינה בזה בין הש"ך והסמ"ע, דלדעת הש"ך אם המלוה אומר לדידי שוה כל החוב אין צריך עוד שומא, אבל להסמ"ע עדיין בעינן שומא והכרזה על הא גופא, ומובן לפי זה קושית הש"ך על הסמ"ע סק"ד, דלכאורה משמע שהסמ"ע מיירי היכא דהמלוה אמר לדידי שוה, וכמו שכתב הש"ך להדיא בדידן, כנ"ל, אלא דקשה מאי שנא דאחר שומא והכרזה צריך ליתן לו כל החוב, והלא אם המלוה אמר כן ליכא שומא, ואם איכא שומא על כרחך לא אמר כן, וישלם כפי השומא, ומשום הכי כתב הש"ך שלא הבין דבריו, אבל באמת לדעת הסמ"ע בעינן שומא גם באומר לדידי שוה, כמש"נ, דלזה גופא בעינן שומא, ושפיר כתב דאין הלוקח יכול לסלקו אלא אם כן נותן כל החוב.

ומובן לפי זה נמי שיטת הש"ך דלעולם יכול המלוה לומר לדידי שוה קרקע זו כנגד כל החוב, ואין יורש או לוקח יכולים לעכבו, וכתב הש"ך טעמא משום שקרקע זו משועבדת לו עד כדי חובו, כנ"ל, ומהו המכוון בכך, אכן לפי מה שנתבאר מבואר היטב, דלדעת הש"ך הרי יש בכח קרקע שוה חמשים לפרוע חוב של מאה, ונמצא דמיד אף קודם שיטעון המלוה לדידי שוה לי יש כאן האפשרות של תשלומי כל החוב על ידי קרקע זו, ואם כן כל זה נכלל בזכותי המלוה בשעבודו, שהרי הקרקע משועבדת לו עד כדי חובו, ויש לו נמי זכות ליטול הקרקע כנגד כל החוב, ואין כל אדם מעכב על ידו. אבל לדעת הסמ"ע אין בכח הקרקע לפרוע אלא כנגד השווי שלה, ואף דמהני אמירת לדידי שוה לי אין זה אלא על ידי קביעת שומא מיוחדת, כמש"נ, אבל השתא אין בכח הקרקע לפרוע אלא כנגד השווי, ואם כן אין בכלל זכותי השעבוד לגבות הקרקע כנגד כל החוב, וכי היכי דהמלוה יכול לקבוע שומא חדשה על הקרקע ולומר שרוצה ליטול הקרקע כנגד כל החוב, כמו כן יכול נמי הלוקח לומר אני רוצה ליתן לך הקרקע רק בשביל פרעון מקצת החוב ולא כולו, ונוח לו לעשות כן כדי שיוכל להוציא אחר כך על ידי שומא הדרא בפריעת רק המקצת, ובאמת הדין עמו אם הלוקח טוען כן, אלא דהיכא דיש בזה תועלת ללוה, אז אין הלוקח יכול לטעון כן משום זכותי הלוה, שהרי מכר לו השדה עם שיוור זה שיוכל הבעל חוב לגבות ממנו, ויש בזה נמי זכות שאם המלוה מסכים לקבל השדה בשביל כל החוב ויפטר הלוה מתשלומי השיוור, שלא יעכב הלוקח על ידו, אבל היכא דאין תועלת ללוה, אז יכול הלוקח לטעון מצד עצמו איני רוצה ליתן לך הקרקע לתשלומי כל החוב אלא לתשלומי המקצת בלבד, מה שאין כן לדעת הש"ך שאין צריכים כאן לשומא חדשה, אלא מיד מתחלה יש בכח הקרקע לסלק

כל החוב, אז זוכה המלוה מכח עצם שעבודו שיוכל ליטול הקרקע עד כדי חובו, ואין יורש או לוקח מעכב על ידו, כמש"נ.

עוד נראה להטעים קצת דברי הסמ"ע דאזיל כאן לשיטתו דסי' ק"צ, דהנה יסוד דברי הסמ"ע הוא דאין בכח קרקע לסלק אלא כנגד שוויה, כמש"נ, ומשום הכי הוצרך לפרש דהא דמהני לדידי שוה היינו מדין שומא מיוחדת, כמש"נ, וזה עולה יפה לפי שיטת הסמ"ע בסי' ק"צ סק"א גבי קנין כסף דבעינן כסף שווי ואין בכח פרוטה לקנות קרקע שוה מנה, יעו"ש ובט"ז דפליג עליו, ואם כן הוא הדין נמי הכא, אין בכח קרקע שוה חמשים לפרוע שעבוד של מאה, ועיימש"נ בשופרא דשטרא ש"י פ"ד.