

אדמו"ר מרן רבי יצחק מאיר אלתר זצ"ל

אדמו"ר מגור

בעל "חרושי הרי"מ"

אוצר החכמה

השמטות לשו"ת הרי"מ

אוצר החכמה

אוצר החכמה

1234567

הכל תלוי במזל אפילו ס"ת שבהיכל, החידושים שלפנינו נדפסו פעם אחת בלבד

1234567

בשו"ת הרי"מ מהדורה שניה וורשא תרמ"ב. מהדורה זו יצאה לאור ע"י נכדו בעל
ה"שפתי צדיק" זצ"ל, חמש עשרה שנה לאחר שנדפסה המהדורה הראשונה ביוזפוף
תרכ"ז. בסוף הספר הרפיס רמ"מ שמונה עשר דפים של השמטות וחידושים מכתב ידו
של מרן החידושי הרי"מ, על חושן משפט, מסכתות פסחים, ב"מ, עבודה זרה, ועוד.

אלא שמלבד יודעי ספר בודדים, לא ניתנה לציבור הלומדים אפשרות לעיין בספר. כל
מהדורות הצילום שיצאו לאור, צילמו את המהדורה הראשונה, בלא לדעת על
ההשמטות שבמהדורה השניה. כך נזנחה תורתו של מרן אדמו"ר זצ"ל בקרן זוית, בלא
שימשמשו בה ידי הלומדים והמעיינים.

ר' משה ז"ל, השתדל כמה פעמים לעורר על ענין זה, אך משום מה לא יצא הדבר
לפועל, והנה עתה מגלגלין זכות ע"י זכאי, להרפיס תורת אמת זו, בספר הזכרון שיוצא
לכבודו ולזכותו.

*

חידושים אלו מלאים בראשי תיבות, אשר רבים מהם אינם מצויים, השתדלנו לפענח,
לפסק, להגיה, ולציין מראי מקומות, זכות מרן זצ"ל תעמוד לנו שלא יצא מתחת ידנו
דבר שאינו מתוקן.

[בחידושים אלו מופיעה התיבה "נהי" בכתב משונה "ניהו", הנגרם מההברה
האשכנזית. אך כיון ובשאר חידושי מרן אדמו"ר נדפס "נהי", על כן שינינו להרפיס
כבשאר ספריו. כידוע, במחצית השקל הכתיב תמיד "ניהו", ולא נתברר לנו האם כך
יצא מתחת ידי המחבר, או שיד "הבחור הזעזער" באמצע].

הלא דבר הוא, שבחידושי הגה"צ ר"מ זקליקובסקי זצ"ל שנדפסו מכתב יד בספר זה,
מובאים חידושים רבים מ"השמטות" אלו. גם סמוך לסיום עריכת הספר, נתגלה
חידושו של הגר"מ זמבא, הדין ב"השמטות" אלו, וזכינו לצרפו לספר זה.

מסכת שבועות

[דף מ"ג ע"ב] תוס' ד"ה מי נשבע תחילה מ"ש בקונטרס ולעולם אסיפא קאי כו' נראה ט"ס כו' ע"ש.

ולפע"ד ליישב הגירסא לפי מאי שמקשין העולם אהא דקאמר לעיל אהייא אילימא אסיפא ותיפוק לי' דשבועה גבי מלוה כו', הא יוכל להיות דקאי גם אסיפא, לפי המבואר בח"מ סי' ע"ב דאם חזר המלוה והפקיד המשכון אצל הלוח אין הלוח עליו רק שומר חנם, ואם נאבד הפסיד המלוה ע"ש. א"כ י"ל דה"ק מי נשבע מי שהפקדון אצלו דמיירי שהמלוה הפקידו אצל הלוח ונאבד בידו דשבועה גבי מלוה היא שהוא מודה במקצת רק מחשש שמא יוציא כו' נשבע הלוח.

ונראה לפע"ד ליישב דבאמת קשה לכאורה לפי מאי דמסיק דקאי אסיפא דרישא היכא דהלוח מודה במקצת דנשבע המלוה ונוטל, לפי מאי שכתבו הפוסקים הטעם דהא דמודה במקצת אינו נאמן במיגו דכופר הכל מטעם דאין אדם מעיז אף דאמרינן בכל מקום מיגו דהעזה. וכתבו הטעם משום דהוי מיגו דהעזה לאפטורי רק משבועה אבל מיגו דהעזה לאפטורי ממון שפיר אמרינן, א"כ קשה דיהיה הלוח נאמן במיגו דכופר הכל, דהכא הוא לאפטורי ממון [דהא ע"כ איירי היכא דיכול לכפור דאל"ה הוי הילך להרמב"ם ז"ל] כיון שאנו מחייבין אותו עכשיו ממון ע"י שבועת המלוה, ובשלמא בכ"מ גבי חשוד דקי"ל

שכנגדו נשבע ונוטל, לא קשה דהא החשוד נאמן במ"מ במיגו דכופר הכל, די"ל כמ"ש הפוסקים דגבי חשוד לא אמרינן מיגו עיין שם, מה שאין כן דאינו חשוד בוודאי, רק דחיישינן שמא יוציא, קשה שפיר כנ"ל. אך י"ל לפי מאי שאמרו היכא שעשה לו זה שכנגדו טובה שהלוה לו אינו יכול להעיז נגדו, א"כ ממילא א"ש הכא דאין הלוח נאמן נגד המלוה במיגו דכופר הכל אף דהוי מיגו דהעזה לאפטורי ממון מ"מ אינו יכול להעיז נגדו כיון שעשה לו טובה שהלוהו.

ולפ"ז ממילא מיושב קושיית העולם הנ"ל דלוקי דלעולם אסיפא קאי וכגון שהמלוה חזר והפקידו אצל הלוח שאין המלוה יוכל ליטעם מטעם שמא יוציא הלה כו' ונשבע הלוח ונוטל המותר, דאז שפיר המלוה נאמן במיגו דכופר הכל דהוי לאפטורי ממון והכא לא שייך שעשה לו טובה כמובן.

ולפ"ז ממילא מיושב הגירסא הנ"ל ולעולם אסיפא כו' דלפי האמת דמוקי רב אשי דה"ק מי נשבע תחילה כו' שפיר י"ל דקאי אסיפא וחזר והפקידו כנ"ל דשפיר אין המלוה נאמן במיגו דהוי לאפטורי משבועה וא"ש דכיון דמסקינן שאין הכוונה שישלם רק דזה נשבע תחילה שוב איכא לאוקמי שפיר בחזר והפקידו כנ"ל, ואעפ"כ אין המלוה נאמן במיגו אף דלא הוי מידי דכפירה דשוב הוי מיגו דהעזה לאפטורי משבועה דלא אמרינן כנ"ל.

עוד יש ליישב דהנה הרמב"ן ז"ל הקשה
איך חייב הלוח שבועה כשמודה מקצת הא
אם היה ידוע שהמשכון עדיין תחת יד
המלוה ולא נאבד, לא היה הלוח צריך
לשלם לו כלום עד שיחזיר לו משכונו וא"כ
כל זמן שלא נשבע שאינו ברשותו אינו
מודה במקצת כלל דשמא ישנו בידו וכתב
הר"ן דאף אחר שנשבע ג"כ פטור דהא
בשעת הודאה לא היה רק גורם לממון ושוב
יצאה הודאה מפיו בפטור וגם אח"כ אינו
חייב כנ"ל ולכך כתב הר"ן ז"ל דאינו תלוי
זה בזה כלל דאף שלא נאבד המשכון מ"מ
הלוח חייב לשלם לו המותר משיווי
המשכון ולכך גם בלא השבועה הוי מודה
במקצת ע"ש. וממילא מיושב הנ"ל דאי
נימא דאיירי בחזר והפקידו, א"כ קשה
קושיית הרמב"ן דעכשיו אין המלוה מודה
מקצת דאף שצריך המלוה לשלם היינו
כשנאבד המשכון וכן הלוח צריך לישבע
שאינו ברשותו ושלא פשע מדאורייתא כיון
שפטור כשאר שומרין וא"כ כל זמן שלא
נשבע אין המלוה חייב לו כלום וכאן ודאי
תלוי זה בזה דאם לא נאבד אינו חייב דכל
התשלומין הוא רק בשביל שנאבד וא"כ
בשעת ההודאה לא היה רק גורם לממון
וממילא גם אחר שנשבע פטור דיצאה
הודאה מפיו בפטור כנ"ל וליכא לאוקמי
מתני' כלל בחזר והפקידו כו', לאביי דאמר
שמא יאמר אחר שבועה מצאתי כו'.

ואף דלכאורה י"ל להיפך כמ"ש הר"ן ז"ל
גבי חבלה ע"ש דאדרבה כאן החיוב הוא גם
קודם השבועה ואעפ"כ אינו חייב א"כ היה

הודאה רק שהיה פטור והוי יצאה הודאה
מפיו בפטור משא"כ כאן דאין החיוב כלל
עד אחר השבועה ואז נעשה ההודאה ולא
יצאה מעולם הודאה מפיו לפטור. אך ז"א
דדוקא בהעדאת עדים כתב הר"ן שפיר שזה
הוא הבירור וכל זמן שלא נשבע לא נתברר
ונעשה ההעדאת עדים אח"כ, משא"כ
בהודאה שפיר גם כאן יצאה מפיו לפטור,
דאל"ה לא היה מקשה על הרמב"ן כלום
ע"ש.

אמנם עכשיו לר"א דזה נשבע כו' וע"כ
איירי במאמינו כמ"ש תוס' רק דאף
שמאמינו צריך לישבע שאינו ברשותו
כשלא יוכל הוא לישבע משום חשש דשמא
יוציא הלה כו' צריך לישבע גם שמאמינו
כמבואר בש"ע ע"ש וא"כ שפיר יש
לאוקמי בחזר והפקידו, ואעפ"כ לא קשה
קושיית הרמב"ן הנ"ל, דהא באמת מאמינו
ואינו צריך כלל לישבע שאינו ברשותו רק
כיון שהוא נשבע ושייך שמא יוציא כו'
צריך לישבע כנ"ל. וא"כ איך נימא דאין
המלוה מודה במקצת ולא יצטרך לישבע
משום דאינו הודאה שיצטרך הלוח לישבע
שאינו ברשותו, זה אינו דהא אם נאמר
דאין המלוה מודה במקצת ולא ישבע א"כ
שוב הוי הודאה דאין הלוח צריך כלל
לישבע דשוב מועיל הנאמנות שאינו
ברשותו והוי מודה מקצת וצריך לישבע
ולכך שוב חייב גם הלוח לישבע אף
שמאמינו משום שמא יוציא כו' ואיכא
לאוקמי שפיר עכשיו בחזר והפקידו ואמר
השתא דאמר רב אשי כו'.

הוא

הוא

עוד י"ל דלכאורה קשה בסיפא דלוח תובע המלוח ומלוח אומר סלע היה שוה הוי כופר הכל ופטור ואמאי הא קי"ל בב' שהוציאו שט"ח כו' זה גובה וזה גובה והיכא דאיכא לוח בינונית כו' שיש נפקותא זה גובה כו' וא"כ המלוח חייב ללוח בעד המשכון שנאבד ולוח חייב למלוח החוב וא"כ אם יש לא' בינונית כו' ודאי דזה גובה וזה גובה כנ"ל וא"כ על התביעה שהלוח תובע למלוח בעד המשכון על זה הוי המלוח מודה מקצת שתבעו ב' סלעים ומודה לו סלע ואף שיש לו בידו כנגדו מ"מ הא זה גובה כו', ולהפוסקים דמשכון לא חשיב הילך יתחייב שפיר שבועה כנ"ל. ודוחק לומר דאיירי דאין נפקותא כו', ועוד דזה עצמו הוא הנ"מ כנ"ל, אך זה אינו דשוב אינו הודאה כיון דאמרינן הפוכי מטרת כו' אבל כשיש לזה עידיה כו' שפיר קשה כנ"ל.

אך לא קשה דאף שכתב הר"ן ז"ל סוף כתובות דאין המלוח יכול ליקח בע"כ החוב של עצמו בתורת גוביינא משום דשטרות לאו בני גוביינא נינהו ע"ש מ"מ היינו שאין המלוח יכול ליקח בע"כ של לוח אבל הלוח ודאי דיכול ליתן להמלוח החוב שמגיע לו אצל המלוח בתורת פרעון דפרעון בע"כ הוי פרעון, רק התם כיון דדיניה בבינונית אינו יכול ליתן לו השעבוד של זיבורית ע"ש. משא"כ כאן שפיר נותן לו המלוח החוב שיש לו על הלוח נותן לו לפירעון עבור מה שחייב בעד המשכון ושוב לא הוי מודה במקצת ולכך פטור כנ"ל דלא הוי הודאה.

אמנם לכאורה קשה ברישא כשהמלוח תובע ללוח שהלוח אומר סלע הלוייתי וג' דינרים היה שוה קשה דהוי מודה במקצת וחייב כנ"ל, ולכאורה הא כיון דקי"ל דבעינן דוקא כפירת שתי כסף ואל"ה פטור, וא"כ הא אין כאן כפירה כלל דהחוב שתבעו ההלוואה מודה לגמרי, שמודה ג"כ סלע הלוייתי. ומה שתבעו בידו כנגדו זה הוא חוב אחר דזה גובה וזה גובה וא"כ על התביעה אין כאן כפירה כלל.

ואף שתפסו בתורת תפיסה שיכול לתפוס זה החוב שחייב לו בעבור מה שחייב לו כנגדו, מ"מ זה דוחק לומר דזה מיקרי כפירה מה שאינו צריך לשלם לו בשביל תפיסה. ועוד דהא חזינן דקי"ל בתובעו חוב ק' זהובים שחייב לשלם לו מיד שהגיע זמנו, והלוח מודה שחמשים חייב לשלם לו מיד וחמשים אחר שנה, קי"ל סי' פ"ז דלא הוי מודה במקצת דזה לא מיקרי כפירה כיון שהגוף החוב הודה לגמרי, ואף שזה עצמו הוא שוה ממון הזמן, והוי כפירה, כמו דאמרינן ריש מכות מעידין אנו שחייב לעשר שנים שחייבים לשלם דמיקרי הפסד ממון הרווחת הזמן ע"ש, מ"מ לענין שבועה פטור, דבעינן כפירת גוף הממון, דהא שטרות אימעוטי משום דהוי רק גורם לממון אף ששוה ממון הרבה, ולכך פטור גם בהנ"ל דלא הוי רק כפירת גורם לממון כו'.

ובב"ק פ' הגוזל אמר רבה הזורק מטבע של חברו לים הגדול פטור דאמר הא מנח קמך, ואף דבעי למיתב זווי לבר אמוראה

למשיקלי

למשיקלי מ"מ כתב הרש"ל שם דפטור גם מהאי זוזא דבעי למיתב כו' משום דהא גוף המטבע שלו יוכל ליקח רק שצריך להוציא ממון על זה שיוכל ליקחנו ועל זה הוא רק גורם ע"ש. וא"כ גם כאן שמודה הלוח סלע הלוייתי כו' וגוף החוב יכול ליקח ממנו רק שתופסו בתורת תפיסה עד שישלם לו עבור המשכון וצריך להוציא מעות לגבות זה החוב היינו שצריך לשלם לו חוב שלו ואז יגבה וזה הוי רק כפירת גורם לממון, וכמו שם, בזמן, אף שאומר שאינו צריך לשלם לו עכשיו לא הוי כפירה כנ"ל, וגם כאן מודה שחייב רק שלא יצטרך ליתן לו עד שישלם הוא שלו, וזה הוי גורם כמו שם בבר אמורא כו' וממילא למה יתחייב הלוח שבועת מודה במקצת הא אין כאן כפירה כלל.

וכאן לא שייך שנותנו לו לפרעון כו' כנ"ל, דאדרבה כאן לא יתנו לו לפרעון ולא יתחייב שבועה, והמלוה אינו יכול ליקח בע"כ את החוב שלו לפרעון דהא הוי מילי, ושטרות לאו בני גוביינא נינהו כמ"ש הר"ן ז"ל שם וקשה כנ"ל דלמה יהיה הלוח חייב שבועה כנ"ל.

אמנם י"ל דהא דבאמת בכל דוכתי כשטוען יש לי בידך כנגדו יכול לתפוס ופטור, ואף דקי"ל זה גובה וזה גובה וא"כ יגבה המלוה מקודם החוב שמודה ואח"כ יתבע הוא אותו וממילא לא יוכל לגבות, דלהוציא אינו נאמן דהא קי"ל נזקקין לתובע תחילה. אך באמת הטעם משום

שיכול ליתן לו החוב זה לפרעון ושוב אינו צריך לשלם לו דפרעון בע"כ הוי פרעון ולא שייך זה גובה כו' כיון דראוי לפרעון. וכ"כ להדיא בשלטי גבורים פ' הפרה דאל"ה לא היה מועיל רק בשביל שנותנו לו לפרעון ע"ש. וא"כ ממילא מיושב כאן דשפיר חייב הלוח שבועה, דממ"נ אם יאמר שאינו נותנו לו בתורת פרעון א"כ צריך לשלם להמלוה דזה גובה כו' ונזקקין לתובע כו' ושוב לא יוכל להוציא אח"כ מן המלוה כלום דלא יהיה נאמן להוציא, וע"כ שיאמר שנותנו לו לפירעון א"כ שוב הוי שפיר מודה במקצת וחייב שבועה דהוי שפיר כפירה כנ"ל.

ואף דלכאורה עדיין קשה דבשעה שמודה יכול לומר דאינו נותנו לפרעון, וא"ל דא"כ יצטרך לשלם, זה אינו, דאחר ההודאה יוכל ליתנו אז לפרעון אחר הודאה ואינו צריך לשלם ואעפ"כ לא יתחייב שבועה דהא כשהודה יצאה הודאה מפיו בפטור ושוב אינו מתחייב אח"כ וכמ"ש הר"ן ז"ל. אך זה אינו, דלא דמי, דבשלמא במ"ש הר"ן אותו הכפירה עצמה שכופר עכשיו היתה גם מקודם והי' פטור עליו ושוב אינו מתחייב עליו וכן בבית מלא כו' מה שהנחת אתה נוטל, פטור אף דאח"כ הוא דבר שבמנין מ"מ הא אותו דבר עצמו כבר הודה ונפטור הוי יצאה הודאה כו' אבל כאן אז כשהודה ולא נתנו לו לפרעון לא היה כפירה כלל רק אח"כ כשנותנו לו לפרעון נעשה הכפירה, ועל כפירה זו מעולם לא יצאה כלל לפטור מפיו ושפיר נתחייב אח"כ כנ"ל.

ובזה מיושב ממילא הנ"ל, דליכא למימר דאיירי בחזר והפקידו דא"כ קשה ברישא כשהלוה מודה במקצת למה יתחייב שבועה הא קשה כנ"ל דלא הוי כפירה רק גורם לממון כו', וא"ל "דממ"נ אם נותנו לפרעון או לא"כ כנ"ל, זה אינו, דאי איירי בחזר והפקידו א"כ שפיר יכול הלוה לומר שאינו נותנו לו לפרעון, וא"ל דא"כ ישלם לו, זה אינו, דעכשיו שפיר ישלם לו כל חובו דפרעון בע"כ מועיל כנ"ל, ואח"כ יחזור ויתבענו על החיוב של המשכון ויהיה המלוה מודה במקצת שאומר שקל היה שוה כו' ויתחייב שבועה וממילא הא אינו יכול לישבע דשמא ישבע ויוציא הלה את הפקדון כיון דאיירי בחזר והפקידו כנ"ל והוא להיפוך ויתחייב ממילא לשלם לו הכל וממילא לא יתחייב רק שבועה דרבנן, וכיון דאיירי ביש עדים שנגנבה שייך שמא יוציא כו' דא"צ לישבע שאינו ברשותו וקשה כנ"ל למה יתחייב שבועות מודה במקצת מדאורייתא כנ"ל, ולכך ליכא לאוקמי מתני' בחזר והפקידו כנ"ל.

אמנם השתא דאמר ר"א זה נשבע וזה נשבע ואינו צריך לשלם משום שמא יוציא הלה כו', א"כ שפיר יש לאוקמי בחזר והפקידו כנ"ל, ואעפ"כ לא קשה למה חייב הלוה שבועה, די"ל שפיר ממ"נ כנ"ל, וא"ל שלא יתנו לו לפרעון ויחזור ויתבענו, דזה אינו, דכשיחזיר ויתבענו להמלוה לא יתחייב כלל לשלם רק לישבע שבועות מודה מקצת, דלא שייך שמא יוציא הלה, כיון דנשבע תחילה שאינו ברשותו כנ"ל,

וכתב רש"י ז"ל שפיר לעולם אסיפא קאי, השתא דאמר ר"א זה נשבע כו'.

או י"ל דלא קשה הנ"ל, דהא קשה למה זה גובה וזה גובה הא משועבד לעצמו משום שעבודא דר' נתן שהוא חייב לו והוא חייב לו וכמו אם היה אחר חייב לו כמו דאמר בפסחים פ' כל שעה ע"ש. אך התם אית לי' נכסי' ולא שייך שעבודא דר' נתן כנ"ל. אך הש"ך ז"ל כתב באית ליה פסידא שייך דר' נתן גם באית ליה נכסי ע"ש. וא"כ כאן כיון שהמלוה כופר שקל היה שוה ואית ליה פסידא ללוה, א"כ משועבד לעצמו מדר' נתן דכשיתבע מהמלוה לא יוכל לגבות ממנו והוי פסידא, וכיון דמשועבד לעצמו שפיר הוי כפירה שכופר שאינו משועבד כלל להמלוה על זה. אמנם אי איירי בחזר והפקידו דכשיחזור ויתבע המלוה ג"כ יתחייב לשלם משום שמא יוציא הלוה את הפקדון כנ"ל, וא"כ שוב לית ליה פסידא, וממילא לא שייך שיעבודא דר' נתן כיון דאית ליה נכסי כנ"ל, ולכך ליכא לאוקמי בחזר והפקידו, דא"כ אין הלוה משועבד לעצמו ולא היה מודה מקצת כנ"ל, אך עכשיו דאמר ר"א זה נשבע כו' ואינו משלם, א"כ שפיר אית ליה פסידא ללוה דלא יוכל לגבות מהמלוה ומשועבד לעצמו כנ"ל, ואיכא לאוקמי שפיר בחזר והפקידו ולעולם אסיפא קאי כנ"ל.

עוד י"ל דאף דזה גובה כו' מ"מ הוי כאן שפיר כפירה וחייב הלוה שפיר דכאן לא שייך זה גובה כו' דהא לשמואל אבד קתא

אבד אלפא זווי דסבר וקיבל כל זמן שאינו מחזיר לו המשכון אינו צריך להחזיר מעותיו כלל, וא"כ ממילא כיון שאבד המשכון אין הלוה צריך כלל לשלם לו, ולא שייך זה גובה וזה גובה דהא אין הלוה מחוייב כלל כל זמן שאינו מחזיר המשכון והוי שפיר כפירה שאינו חייב כלל כנ"ל. ואף דמתני' איירי בפירש לרש"י ז"ל, מ"מ הא נגד המשכון חשיב כלא פירש כמ"ש תוס', וכן להיפוך לתוס' בלא פירש נגד המשכון הוי כפירש, ואינו מחוייב כלל לשלם מה שנגד המשכון והוי כפירה כנ"ל וחייב שבועה.

ובזה יש ליישב קושיית תוס' על רש"י ז"ל אבל נסכא לא דמידי דחזי לפרעון לקחו רק לבטחון כו' והקשו מאי פריך ממתני' הא מתני' במידי דחזי לפרעון כו'. ולמ"ש א"ש דהא זה הוי אינו ברור שלא לקחו למשכנו במידי דחזי לפרעון כנ"ל, וא"כ פריך ממ"נ למה חייב הלוה שבועות מודה במקצת, אי קבלו לשם משכון כדשמואל א"כ הא קבילתי ואינו חייב לו כלום והוא כופר הכל. ואי לא קבלו רק לבטחון, א"כ שוב שייך זה גובה וזה גובה וג"כ אינו חייב שבועה, דהא ליכא כפירה כנ"ל, דאף שאבד המשכון מ"מ הוא חייב דמי ההלואה כיון שלא לקחו רק להיות בטוח, לא שכשיאבד לא ישלם לו כנ"ל, וממ"נ אינו חייב שבועה כנ"ל, ומשני בפירש וכנגד המשכון הוי כלא פירש ושפיר חייב שבועה דנגד המשכון הוי כפירה דלא שייך זה גובה כנ"ל.

ובפשיטות י"ל דלא מצי לאוקמי בחזר והפקידו דא"כ קשה כשהלוה כופר הכל למה פטור, לישתבע ע"י גלגול כמה הי' שוה דהא צריך לישבע מדאורי' שאינו ברשותו. וא"ל במאמינו כדמשני, דקשה קושיית הש"ס להימני' נמי כמה היה שוה דלא שייך לא קים ליה, דאדרבה דהלוה ודאי קים לי'. ועוד מ"ש מלוה דמהימן ללוה ולא ללוה למלוה דאדרבה לזה מקיים ליה במלוה תומת ישרים כו' כדאמר התם בבבא מציעא.

הח"מ 1234567

עוד נראה לקיים הגי' דלכאורה למר ב"ר אשי דבדאורייתא נמי מפכינן שבועה, י"ל אסיפא דשבועה גבי מלוה והיה יכול להפך אלוה שישבע ויטול ואמר במשנה דכאן אינו יכול להפך, רק ע"כ ישבע מלוה, או ישלם בלי שבועות שכנגדו, משום שמא יוציא כנ"ל, אך י"ל למאי דקי"ל במחוייב שבועה ויש גלגול עליו מספק אף שמהפך גוף השבועה מ"מ צריך לישבע הגלגול שאין הלה יודע ע"ש בש"ע, וא"כ לס"ד אי נימא דלא כר"ה דא"צ לישבע שאינו ברשותו כשמשלם היינו משום דהוי כופר הכל ואין חייב מה"ת דמש"ה פריך אר"ה ממתני' למידק דלא כר"ה, אבל כשהמלוה מודה במקצת וחייב שבועת התורה, א"כ ע"י גלגול צריך לישבע שבועה שאינו ברשותו, מן התורה שמא עיניו כו' די"ל דזה לכ"ע, וא"כ פריך שפיר ת"ל דשבועה גבי מלוה דמודה במקצת ושוב אף שמהפך אלוה יהי' נשאר חיוב שבועה שאינו ברשותו אמלוה דזה אינו יכול להפך, ושוב

ספר לרבי משה ליפשיץ זצ"ל הזכרון תקנ

לישבע קודם, ודוחק גדול, בפרט דתוס' לא יוכל להפך, ולכך ע"כ אסיפא דרישא, אבל השתא דאמר ר"א זה נשבע כו', שפיר י"ל אסיפא ולענין שאם מהפך השבועה כמה שוה, אלוה, ושבועה שאינו ברשותו עדיין על המלוה, צריך למלוה לישבע תחלה שאינה ברשותו שמא יוציא כו'.

ולמ"ש אתי שפיר דמייתי לאפוקי פי' הנ"ל משום דס"ל אי דלא מפכינן, או דס"ל כנ"ל שע"י גלגול נשבע שאינו ברשותו אף שמשלם וחשיב כפירת ממון ובלא גלגול אינו נשבע ולא מיירי במאמינו ולכך כשהמלוה כופר הכל פטור לגמרי כנ"ל, וממילא אינו יכול לפרש בהיפך כנ"ל, רק ארישא דשקלוה כו' שמא יוציא כו', ואמר אח"כ והשתא דאמר ר"א כו' ה"ק מי כו' תחלה כו', ויכולין באמת לפרש אסיפא ושוב מוכח מרב ור"י דס"ל בדאורייתא לא מפכינן כנ"ל, ולכך מפרשים ארישא כנ"ל.

ומי'ושב דהרבה גאונים פסקו כמר ב"ר אשי במיפך שבועה כנ"ל. ומיושב לע"ד דלפי' הפשוט תמוה למה צריך לטעם שמא יוציא, והא גם להר"ן כיון שאין ב"ד נזקקין שיתחייב לשלם אם המשכון בידו, ממילא צריך לישבע תחלה שאינו ברשותו וכ"ש לרמב"ן שאינו מודה במקצת כל שלא נשבע שאינו ברשותו, וכן לשמואל ודאי קשה. וצ"ל דוקא במאמינו דמצד עצמו פטור, רק משום שמא יוציא חייב לישבע, והוי ס"ד דסגי בחיוב שיש עליו ומסתמא ישבע, או כיון דידוע דצריך לישבע שאינו ברשותו שוב אינו מטמינו, וקמ"ל דצריך

ח"מ סימן פ"ו

מוכח מהא דהקדן שלו שיתנו למלוה של המלוה.

ועוד דהא גם שכבר לוח ללוי קודם שלוח מראובן שייך דר' נתן דהלוה מעות שלו. ולא ראיתי מי שביאר ד' רש"י ז"ל שהעתיקו רק לשונו.

ונראה לע"ד דאשם היינו ההפסד כמ"ש הרמב"ן תיבת אשם ששם כדכ' ואשמה

א.

ראובן כו' בש"ס [כתובות י"ט ע"א] אמר ר' נתן מנין לנושה כו' ונתן לאשר אשם לו כו' פירש"י לאשר הלוהו לא נאמר רק אשם לו שהקדן שלו כו' ע"ש כדאמר בבבא קמא [ק"י ע"א].

ואיני יודע פרושו הא לוח קני דקי"ל מלוה [להוצאה ניתנה] כו' והמעות שלו, ואיך

הנפש כו' ע"ש. והפי' לאשר אשם לו, היינו שכפירתו הפסידתו, והוא מלוה הראשון, דאם הי' משלם למלוה שלו הי' המלוה גובה ממנו וכשכפר ואין לו יותר למלוה רק חוב זה, נפסד מלוה ראשון שאין לו מה לגבות אמרה תורה ונתן כו' אשם לו שההפסד הי' לו ולא נאמר אשר הלוהו כנ"ל, וממילא היינו למלוה א' כנ"ל. וא"כ למ"ש מוכח מלישנא דקרא גופיה דלא שייך דר"נ רק בלית ליה נכסי' שההפסד שלו, משא"כ אית לי' גכסי בין כך ובין כך יגבה, וההפסד בכפירה למלוה שלו כנ"ל. ומ"ש רש"י ז"ל "כדאמר בבבא קמא שהקרבן שלו", היינו דמפרש האשם הקרבן, משום שחומש הוא ריוח כו' ואשם קרבן שהוא הפסד ומוכח שפיר כנ"ל.

ומיושב בזה ד' רמב"ם ז"ל פ"ג מה' עבדים בהענקה שפסק דאין גובה. ותמה בלח"מ דא"כ איך אמר בש"ס [קידושין ט"ו ע"א] דר"א ס"ל לו ולא לבע"ח דאית לי' דר' נתן ורבנן ס"ל בעלמא דלא כר"נ, ואין צריך "ולא לבע"ח", ולרמב"ם ז"ל גם אי דלא כר"נ דצריך למעט שלא יגבה גם שקיבל ההענקה ע"ש.

ולמ"ש אתי שפיר דכ' ונתן כו' למי שההפסד שלו, וילפינן בכל חוב כן לר"נ, א"כ אין סברא דגלי קרא בחיוב הענקה דלא יתן למי שההפסד שלו, ולמה, ויותר אמרינן דגלי "ולא לבע"ח" שאין בע"ח גובה אף אם יתן לו, וממילא אין ההפסד והריוח של הבע"ח רק דעבד, וחייב ליתן

לו ולא יגבה בע"ח ממנו כמ"ש רמב"ם, משא"כ אי בעלמא דלא כר"נ, אף דאם יתן לו יוכל בע"ח לגבות לא שייך לומר דמיעט קרא תעניק לו ולא לבע"ח, דאין שייכות לומר לאדון מיעוט זה לו לא לבע"ח, הא הוא א"צ לעולם ליתן לבע"ח אף בשאר חיוב אי דלא כר"נ, והול"ל המיעוט גבי העבד. ואי כר"נ, שפיר, דאם היה בע"ח גובה ממנו הי' האדון צריך ליתן לבע"ח, ומיעט דלא יתן לב"ח, והיינו שאין בע"ח גובה כנ"ל.

ובסמ"ע מפרש שהקרבן שלו היינו שכשיתן לו יהי' הקרבן של מלוה ראשון ע"ש. ואינו מובן דהא יהיה שפיר של המלוה שלו, דקי"ל מכאן ולהבא גובה, וכ"ש במטלטלין דיוכל להקנות ולמכור גם מה"ת בפרט אי שיעבודא לאו דאורייתא, אף בקרקע שיתן לו לא יהי' נעשה של מלוה ראשון עד שיגבה, וכשימסור קודם או יתן לא יגבה מה"ת, א"כ גם עליו אין חיוב רק באופן זה ולמה לא יועיל מחילה, הא גם אם הי' משלם בקרקע והי' חוזר ומקנה לו הקרקע לא הי' גובה דשיעבודא לאו דאורייתא.

וצ"ל לסמ"ע כיון דעכ"פ ד"ת אינו רשאי להפסיד מלוה שלו ולמכור או ליתן, דגרם היוזק אסור מה"ת, שוב חשיב למי שהקרבן שלו היינו שמוטל עליו לשלם מה"ת משום מצוה דפריעת בע"ח, ויש לזה מיד חיוב עליו לשלם מטעם פריעת בע"ח, ושוב אין יכול זה למחול לפי' הנ"ל.

ולשני פי' הנ"ל א"ש פ"ב דפסחים [ל"א ע"א] מ"ש תוס' ביתומים דבמטלטלין לא שייך דר"ג, למ"ש אין ההפסד דמלוה ראשון דבין כך ובין כך לא גבי מיתמי מטלטלין, ולפי' סמ"ע ג"כ כיון דאם משלם מטלטלין ליתומים לא יתחייבו ליתן לו אינו למי שהקרן שלו דאינו ראוי להיות שלו כשישלם למלוה שלו, וכמו להרמב"ם בהענקה, כמ"ש דשייך גם לסמ"ע כנ"ל.

ולפי' סמ"ע ג"כ דוקא בלית ליה נכסי שייך עכ"פ שראוי להיות שלו כשישלם ועומד לכך דחיוב לשלם למלוה שלו, אבל אית ליה נכסי דגם שיתן למלוה שלו יהי' הברירה בידו ליתן איזה קרקע שירצה דהכי קי"ל, א"כ אינו חשיב כלל שהקרן שלו, דהא אפילו בשותפין ואחין שחלקו קי"ל לקוחות הן דאין ברירה שיהי' חשיב למפרע שלו, מכ"ש כאן דבידו ליתן איזה שירצה א"כ אף שיתן קרקע זו שגבה לא יחשב שלו למפרע, היינו שיחשב עומד להיות שלו כיון דאין ברירה, וממילא גם אצל הלוח השני לא שייך לאשר אשם לו כנ"ל.

וא"כ מ"ש ש"ך ס"ק ה' ומהרש"ל ז"ל הובא בש"ך, מאחר דשיעבודא דר' נתן מדאורייתא מקרא כו' מה חילוק בין אית ליה נכסי ע"ש. ולמ"ש אין שום לימוד רק בכלל נכסי, וכשיש לשניהם בינונית או זבורית כנ"ל נראה פשוט דלא שייך לשני הפירושים כנ"ל, רק כשללוה ראשון זבורית ולו בינונית, דלפי' א' ג"כ לא שייך דעכ"פ אין הפסד למלוה ראשון. רק לפי' הסמ"ע

דעכ"פ כשיתן הבינונית למלוה שלו ראוי שיתנם למלוה הראשון, י"ל דחשיב אשם לו כנ"ל וגובה מדר"ג וע"ז צריך הטעם דאין נפרעין כו' דחשיב משועבדים, וי"ל דמהני מחילה לכ"ע דמה"ת בזיבורית, ואין שיעבודא דר' נתן רק מדרבנן והוי כמכר שטר חוב, ויש לדחות. ב.

ל"ש אם נתחייב לו אח"כ. ש"ך, דלא כאור זרוע והג' אשרי דמחלק בכך ע"ש.

וי"ל דהחולקים רק בכתב דאקני, אבל בלא"ה אפשר דמודים, דהא לא עדיף מגבה הקרקע המשועבדים לו, לאביי דלמפרע גובה והי' מוכרו קודם שגבה דהי' חשיב לאביי נגד מלוה ראשון דאקנה קנה ומכר ולא הי' גובה, דכשנגבה הי' של הלוקח. אך י"ל גם לאביי דאינו גובה רק הראשון מחמת שיעבודא דר"ג. אך מ"מ נראה דס"ל דיליף מדר"ג רק דשיעבוד שיש למלוה אף שאינו שלו חשיב כשלו ומשתעבד למלוה כמו קרקע שלו עכ"פ דהוי דאקני, ומהני מחילה ללוה כמו דאקני קני ומכר.

ואפשר לישב בזה פלוגתא דש"ס קדושין ט"ו בהענקה לו ולא לבע"ח כו' אית ליה דר' נתן דתני' היה נושה כו' ע"ש דתמהו והא קי"ל כר"ג ודלא כר"א. ולהג"ל י"ל דמאן דלית ליה דר"ג היינו דס"ל דמה"ת דאקני לא משתעבד, רק מדרבנן כמ"ש הרבה פוסקים, וא"כ כה"ג דהענקה לכ"ע אינו אלא לבסוף ואין חיוב קודם וא"צ למעט "לא לבע"ח" דחיוב זה מאוחר, והוי דאקני ומה"ת לא משתעבד (אף) ומר אית

ליה דר"נ דאמר מנין לנושה כו' דפשטא דלישנא שאח"כ נושה בשני ומ"מ משתעבד מקרא דונתן כו' דגוזה"כ דמשועבד לראשון אף שנעשה שיעבודו אח"כ ועדיף מדאקני ואיצטריך למעט בהענקה לא לבע"ח אף שמאוחר, משא"כ ת"ק דר"א לית ליה דר"נ רק במוקדם ממילא בכלל כל השיעבודים. ופסקו א"ו והג"א שפיר כת"ק דר"א בחוב מאוחר ומחל לו אפשר דיכול לומר קים לי, צירוף א"ו והג"א והפ' דר"נ יכולים למחול כנ"ל, והיינו בלא כתב דאקני, ואפשר גם בכתב.

והיבא דקנה לזה שני ומכר, אם קנה אחר הלוואה שלו לא היה גובה, רק שקנה קודם שלוה, והא נגד הראשון הוי דאקני קנה ומכר, דעכ"פ לא נשתעבד בשעת הלוואה, וצ"ל כיון דנגד השני משועבד, שוב משועבד מגזה"כ לראשון, א"כ כשהשני

מלוה בשטר וראשון בע"פ, ג"כ הדין כן דגבי מלקוחות של השני וכן מפורש בש"ע ס"ה, ומ"מ לא דמי, דשם לא שייך פסידא דלקוחות וגם מלוה על פה גבי, דשעבודא דאורייתא, משא"כ בקנה אח"כ מ"מ אין חילוק דלא מצינו בפוסקים שיחלקו בכך, הגם שבשיטה מקובצת כתובות פ"ב בשם ה"ר יעקב כו' כיון דשעבודא דאורייתא לא מצי מחיל כו' אבל הלוה כל שיש לו משועבד כו' ואפילו חובותיו הלכך חוב שלו כקרקע כשם שאין יכול למכור קרקעותיו, כן אין יכול למחול חובותיו ע"ש. וא"כ בלא כתב דאקני כו' הוי כשמחל דאקני קנה ומכר כנ"ל, מ"מ נראה דהפוסקים לא ס"ל כנ"ל, רק כשלוה נשתעבד לראשון ונשתעבד נכסיו שיש לו כנ"ל. ועיין לעיל סי' פ"ה בש"ך ס"ק כ"ב.

אוצר החכמה

סימן פ"ז

דקמ"ל גם בחפץ שלם שמודה מחצה וכופר חצי שלי לקוח וכה"ג שהמיגו צריך לו לממון ג"כ שעשוי לו להשאל וע"כ היה צריך לסעון על כל החפץ להד"מ או החזרתי, ויועיל המיגו לפטרו משבועה כמ"ש יש פוסקים דהא דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה דוקא כשאין צורך להמיגו לממון ע"ש, וקמ"ל דלא, דכן פסק בש"ע סי' ע"ב במשכון, גם דצריך המיגו לממון לא מהני לאפטורי משבועה כנ"ל.

[ס"א] התובע לחבירו ממון או חפץ שהי' יכול להחזיק בו בטענת להד"מ כו' או לקוח כו' אם הוא מודה במקצת חייב שבועה מה"ת וכן כו' ועד אחד מכחישו ואפילו א' שחייב כו'.

א.

שהיה כו' אין הלשון מובן. ואפשר דקאי על מה שמודה דדוקא שהי' יכול לכפור, אולם ב"י ושאר פוסקים פירשו על מה שכופר א"כ הול"ל שיכול להחזיק. ואפשר

הרא"ש לא יקום כו' בין לפטור ע"ש, לא מק"ו הנ"ל.

ב.

סעיף א. אינו יודע שחייב לו כו'.

סתם כאן, משמע אף שאינו יודע אם הלוהו רק עד אחד מעיד. ובסי' ע"ה [ס"ק י"ז] כ' נטלת משלי כו' ובטור ורי"ף פ' כל הנשבעין אית ליה חד כו' דשקלת דלא באנפאי ע"ש. וי"ל דוקא ב"שמא טוב" דלא הו"ל למידע, אבל "שמא גרוע" אינו יודע אם הלוהו או נפרע וכה"ג כיון דלר"ה ור"י ברי עדיף להוציא ממון, גם לדין פוטר משבועה עכ"פ, והא בנקיט שטרא ואינו יודע אם נפרע, לא גבי, דברי עדיף אף דבעד אחד לא מהני מה"ת אף להשביע, אך מ"מ אינו מוכרח לסעם הנ"ל דלענין שבועה הוא כשנים, ולא מהני חזקה וראי' נגד העד.

וכן מוכח מהפוסקים הרא"ש ור"ן שדחו דברי רי"ן מיג"ש דדייק שאמר טענת מלוה וע"א כו' דבעי טענת ברי. שהרי"ף חולק מדאמר חד סהדי כו' דפתחת דלא באנפי ע"ש. ואם היה לחלק כה"ג, אין שום הוכחה דפליגי כלל, ד"טענת מלוה" שפיר בעי לאפוקי "מסופק אם הלוה", דהול"ל, והרי"ף כ' שפיר כיון דלא הול"ל שלא בפניו, וא"כ מוכח דלא ס"ל חילוק הנ"ל, מ"מ קשה מנ"ל באמת לעשות מחלוקת בין הרי"ף ור"י מיג"ש תלמידו, הא י"ל שפיר כנ"ל.

ולשון הרא"ש [שבועות פ"ו אות ה'] יש מדקדקין טענת מלוה כו' אבל לא בשמא

גם משמע מטור וש"ע דאף שהוא דבר שאין עשוי להשאל דמהני הראי' שלקוח נגד החזקת מרא קמא ויש לו מיגו ג"כ דנשאר החזקה לפטור משבועה, או כשטוען שהחפץ שלו מעולם ואין עדים כלל שהי' של התובע דבלא החזקה נאמן שהוא שלו. ושוב הראי' איך בא לידו לפטרו משבועה ושייך ק"ו של הרא"ש שכתב בעד המסייע כמו שמועיל סיוע לשון השטר לפטרו משבועה, וכן עד אחד אף שאינו מועיל נגד חזקת מרא קמא, ק"ו שתועיל חזקה זו דכל שביד אדם שלו לפטרו משבועה, מ"מ חייב שבועה כשמודה במקצת.

ואף שתובע שני חפצים א' עשוי להשאל וא' אין עשוי, ומודה בחפץ שעשוי וכופר במה שאינו עשוי דלא איתרע כלל הראי' דהיאך בא לידו על חפץ שטוען שהיא שלו, אעפ"כ חייב שבועה, וכה"ג משמע בכמה דוכתי דאין החזקות מועילים לפטור משבועת מודה במקצת ועד אחד, דחשיב איכא לברורי וכמו מיגו דלא מהני.

ואף דא"כ נסתר ק"ו של הרא"ש ריש ב"מ אם עד אחד מחייב שבועה כ"ש שפוטר, מ"מ י"ל דהרא"ש לטעמי' שכ' שבועות ריש פ' כל הנשבעין לדחות דברי הפוסקים במיגו לפטורי משבועה דמה חילוק בין ממון ע"ש. ומסתמא גם רבו הכי ס"ל, ומשא"כ לדין דרוב הפוסקים דמיגו דהעזה בממון אמרי', ולפטור משבועה לא אמרינן והוא כנ"ל, והא דפסקינן מ"מ דעד מסייע פוטר, הוא משאר טעמים שכ'

כגון נטלת משלי, וע"ז כתב וכן היה אומר רבנו אפרים כו' והרי כו' אבל הרי"ף חולק כו'. ואף שכתוב קרא, ומתני' דייק הכי כל [מקום] ששנים [מחייבים אותו ממון] כו' מ"מ סוף הלשון שאומר נטלת שלא בפני או בטענו קטן מנה לאבא כו' ע"ש דמשמע להדיא דוקא בלא הוי ליה למידע, דשנים לממון לא הוצרך לפרש נטלת כו', ודאי אף שאינו זוכר אם הלוח או נפרע, ושני עדים מעידים נאמנים לחייב, ומשמע דנקטי' משום ע"א לשבועה. מ"מ צ"ע דהראיות שמביא הרא"ש שייכים גם באינו יודע אם הלוחו ע"ש.

והיה נראה דהגם דהש"ך ז"ל סי' ע"ה דחה ד' גידולי תרומה דאין יכול לומר קים לי דאין משביעין בספק על פי עד, מ"מ אפשר בהול"ל כנ"ל מצי אמר קים לי. וגם אם נאמר מסתימת הפוסקים דגם בזה משביעין די"ל לשבועה אין לומר קים לי במיעוט נגד רוב, דלא שייך אין הולכין, מ"מ בטוען נתבע איני יודע, יכול לומר קים לי, דלא אמרינן משום שאינו יכול לישבע משלם בטוען ספק בהוי ליה לתובע לידע, ואף דלא שייך ברי עדיף, מ"מ אם היה טוען ברי היה פטור, שוב אינו משלם. ועוד י"ל לכ"ע דעכ"פ הוי כלא הול"ל דלא אמרינן מתוך לרוב הפוסקים דאין ריעותא מה שאינו יודע כיון דגם התובע איני יודע מה שהוא ליה לידע, ונראה דאין יכול להוציא בהנ"ל.

ג.

וכן כו'. כ' ש"ך ס"ק א' דלא חשיב

העדאת עדים כו' משום דהתחיל או חפץ כו' והי' מוחזק כפרן כו' ונוטל כו'. וקשה הא כיון שמודה מקצת חפץ הילך הוא, וע"כ שנאבד וא"כ לא הוא חשוד. וקצת יש להסתפק במודה חצי חפץ כיון דקי"ל אין ברירה ולקוחות הן בחלקו, א"כ לא יהיה לתובע כלל אותו מחצה שהוא שלו, וכיון שיש דין חלוקה ומחוייב לחלוק א"כ הוי חיוב עליו ליתן לו מה שהוא שלו א"כ לאו הילך הוא, והוי רק במשכון.

אך ריש ב"מ גבי כולה שלי דחשיב לי' בש"ס הילך, ודוחק לומר משום דשם דרבנן ובדרבנן יש ברירה, דהא אמר בשלמא אי מדאורייתא איתא כוותי' ע"ש. ויש לדחות דמ"מ דרבנן. ועוד משום אנן סהדי מאי דתפיס ידי' ושוב הוי הילך מה שתפיס, משא"כ באינו תפיס רק מצד פקדון דכל היכא דאיתא כו' שייך כנ"ל כיון דלקוחות.

גם יש לעיין כה"ג חצי חפץ הו"ל דבר שאינו מסויים, ומשמע מתוס' ורא"ש ריש מרובה דממעט אינו מסויים כמו חצי רמון וחצי אגוז מכפל ומשבועה וע"ש רש"ל ויש"ש דכולהו בין מכפל בין משבועה אימעוט. ותוס' פ' הוהב [מ"ז ד"ה לאפוקי] כ' דסוגרא דתפיס בי' ג' כו' חשיב מסויים כיון דכפסיק דמי, ע"ש. מבואר דאפילו כלי וטלית חשוב מחצה אינו מסויים כשאינו מבורר איזה, וא"כ יפטר משבועה להנ"ל.

ד.

וע"א מכחישו חייב שבועה מה"ת. קשיא

ספר לרבי משה ליפשיץ זצ"ל הזכרון תקט

ריבית וכה"ג, ומתוך דבריו ניכר שמחוייב מקצת אפ"ה א"צ לישבע כדין מודה במקצת, שאין המתחייב מתוך כו' בפירוש "אשר יאמר כי הוא זה" כתיב ע"ש. ואף שאומר בפנינו חשיב יותר מהעדאת עדים דר"ח, והיה נחא אליבא דאבוה דר' אפטוריקי על הודאת פיו כו', משא"כ לדקי"ל כר"ח.

וע"כ הטעם פשוט דבכופר הכל שייך חזקה אין אדם מעיז ופטור וצריך להיות אחד משנים או שמודה במקצת דליכא חזקה או בכה"ג ועדים על מקצת דאיתרע החזקה דהעיו על מה שוודאי חייב. משא"כ בהג"ל שכופר הכל בטעותו שחושב שריבית כו' או שטועה בחשבון דשייך חזקה אין אדם מעיז שלדבריו כופר הכל ולא איתרע כלל דאדרבה ראי' שכל טענתו אמת ושפיר פטור, והיינו דמפרש רשב"א אשר יאמר כי הוא זה שיהי' לפי דבריו מודה במקצת, משא"כ כופר הכל לפי דבריו חזקה [אין אדם מעיז] כנ"ל.

וא"כ בזה שפיר דברי רש"י ז"ל דבפקדון לא שייך אין אדם מעיז, ושוב אף שכופר הכל לפי דבריו מ"מ כיון דמבורר עפ"י טענתו שטועה וחייב מקצת, חייב שבועה כמו בדד"ח ואינו פטור משום חזקה, דבפקדון מעיז, ומדויק היטב לשון הש"ס יותר מלשיטת תוספ' דאמר עירוב פרשיות כו' וכי כתיב כופר הכל זה במלוה הוא דכתיב, אבל פקדון מעיז וכדרכה כו' וגבי מלוה הוא דאין לומר הכי אבל פקדון מעיז כו' שגדחקו תוס' הרבה טענה דשייכי כו'

לי לר"ח דס"ל ב' כיתי עדים המכחישינן פסולין כיון דחד פסול ואינו יודע איזהו, וכן עד נגד עד לחכמי בריסק בש"ך ע"ש, א"כ בנשבע להכחיש עד יהי' ג"כ פסולין הנשבע והעד לכל עדות ושבועה, דחד ודאי פסול או הנשבע שקר או המעיד שקר, ומה חילוק בין שניהם מטעם עדות או בין מדבר אחר, עכ"פ חד פסול ואינו יודע מי. ואין זה דרכו שהתורה אמרה לישבע נגד העד ויהי' פסולין, והא גם על חשש שמא ישבע ויוציא כו' ויפסלנו חששו לרש"י והגאונים, ואיך יהי' תמיד כן.

וגם לדידן דקי"ל כר"ה עכ"פ בצירוף הן פסולין תמיד, וגם זה לא מצינו בפוסקים. וכן בחנוני עכ"פ דקי"ל דלא כבן ננס ושניהם נשבעין כו' ולקמן בש"ע ג"כ וג"כ לר"ח יהיה שניהם פסולין תמיד, ולדידן לצירוף עדות כנ"ל.

ה.

בין פקדון כו' ובטור לאפוקי מדעת רש"י דבפקדון מעיז גם כופר הכל חייב כ"כ סמ"ע, דתוס' דחו דבריו דכמה משניות דכופר הכל פטור ע"ש. ואין לחשוב על רש"י דלא ידע הנך משניות. ולע"ד ליישב בפשיטות דוודאי נהי שלא שייך אין אדם מעיז בפקדון, מ"מ א"א ללמוד כופר הכל מן מודה במקצת כמ"ש תוס' פ"ק דב"מ שע"י טענה וכפירה כו' שהיא טענה חשובה ודררא כו' משא"כ כופר הכל.

אולם הרשב"א כ' הובא ב"י בכופר הכל שאינו חייב כלום, משום שנתן עבורו

ולמה לא אמר הש"ס כפשטי' הא ודאי כשאין תובע יודע, ליכא העזה.

ולרש"י ז"ל כנ"ל מיושב דכי כתיב "יאמר כי הוא זה" דמינה משתמע דצריך שיהיה מודה לפי דבריו, משא"כ כופר לפי דבריו אף דבאמת חייב לפי דבריו ע"פ דין, זה קאי רק אמלוה דשייך אין אדם מעיו, אבל פקדון מעיו שלא עשה לו טובה ולא שייך חזקה הנ"ל, וא"צ שיאמר "כי הוא זה", רק כשמחויב מקצת אף שכופר הכל חייב. משא"כ כופר הכל גמור, גם לרש"י פטור בפקדון ככל המשניות.

והמעייין בלשון רש"י ז"ל יראה שמדויק בלשונו כמ"ש בעז"ה וכן בלשון הגמ' כנ"ל, ומה"ט לא חשיב עיקור פרשה רק עירוב, דגוף הדין של "כי הוא זה" קאי גם אפקדון דבעי' שיהי' חייב מקצת, גם מ"ד "יאמר כי הוא זה" משום מלוה הוא דכתיב כנ"ל.

והיה אפשר לפסוק כן דמתוס' אין ראה דלא כנ"ל, די"ל דלא ס"ל כרשב"א רק דחשיב מודה במקצת כה"ג שחייב ע"י הודאתו אף שטועה וסבור שכופר הכל, וגם הרבה פוסקים חולקין ארשב"א, וא"כ בפקדון כה"ג יש לומר דלכ"ע חייב, מ"מ יכול לומר קים לי דפטור משבועה כו'.

עוד י"ל בד' רש"י ז"ל למ"ש הש"ך דבטוען ברי שפשעת וכה"ג, אין שבועת שומרין ע"ש. והוא משום אין אדם מעיו, ועכ"פ יש דררא דממונא המחייבו שבועה דמה"ט חייבתו תורה שבועה אף על טענת ספק, ורק בטוען ברי יהי' פטור משום אין

אדם מעיו, וע"ז כ' רש"י ז"ל דפקדון שלא עשה טובה מעיו, ושפיר חייב כופר הכל כזה שיש דררא דממונא אינו פטור משום אין אדם מעיו כנ"ל, ודוקא במלוה שייך החזקה, ופי' הלשון כתבתי במקום אחר.

והילך כו' שמוכן כו' לשון רש"י פ"ק דב"מ לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהן, וקשה ממ"נ, בפקדון לא שייך לא הוציא, ומלוה קי"ל להוצאה גם שלא הוציא הם שלו.

וב"י כ' וז"ל הר"ן והילך פירש"י כו' משמע דאי אמר הילך מעות אחרים תחתיהם אע"ג דנקט להו בב"ד ובעי למתבינהו לאו הילך הוא, ולפי דעות הללו הילך לא משכחת אלא בפקדון ע"ש.

ונראה דר"ן מפרש דברי רש"י בפקדון וכיון דטעין מעות, מנה לי בידך, מיירי במעות מותרין דרשאי להשתמש בהן וקי"ל כר"ג דוקא הוציא כו' אבל כשלא הוציא פטור באונסין שלא נתרצה להיות כלוה רק כשיוציאן. ושפיר כ' רש"י לא הוצאתים וממילא הן שלך בכל מקום שהם שאינו רוצה להוציאם רק להחזירם לו והוי כשאר פקדון דברשותי' כל היכא דאיתא, דלא קנאן מעולם, ובפקדון גמור מודה רש"י דבסתם הוי הילך, רק הר"ן דייק מדלא פירש"י במלוה ורוצה ליתן ש"מ דס"ל לרש"י דמלוה לעולם לאו הילך הוא דבמה נפטר, ואף דקי"ל פרעון בע"כ מהני, דוקא כשנותן לו בע"כ כ"כ ב"י, וע"ע לעיל סי' ע"ד. ובגמ' הלשון ואמר חמשים והילך,

ספר לרבי משה ליפשיץ זצ"ל הזכרון תקיא

התם [בקדושין מ"ז מברייטא] היה לו לאוקמי כנ"ל, אך נראה דאף שהגיע זמן פרעון מ"מ הקנין הוא עד שיחזירם דכך הוא ההלוואה שיהיה שלו להוציאם עד שיגיע זמן וישלם לו, ולכך כ"ז שהיא אינה משלמת לא יהיב לה מידי, אבל כשמסתלק מזכות זה ואינו רוצה להוציאן והגיע זמן פרעון י"ל דא"צ קנין חדש, רק מוחזר ונעשה ממילא של המלוה כיון שהי' רק זכות להוציאן מהני סילוק כיון שנשלם הזמן. וי"ל דחשיב הילך, וכמו למ"ד קנין פירות כקנין הגוף, ומ"מ א"צ קנין חדש כשנשלם הזמן וגם מהני סילוק ומחילה גם תוך הזמן.

ומ"מ קשה דא"כ היה לחלק בקדושין בשדיך ואמרה הן כמו גזל דידה. ואפשר לומר למאי דפסק סי' ע"ד דכשאומר הנה מעותיך צרורים בבית טול כו' נפטר מאחריות וחשיב פרעון א"כ יחשב הילך ג"כ לפטור משבועה דאין חיוב עוד. וי"ל דכמו בשותפין דאמר גם בזווי איכא טבין כו', וא"כ עכ"פ עד שילך לביתו לראות אם טובים ויקבלם הם עדיין באחריות הלואה והוי הודאה, וא"כ מה"ט י"ל דכשהן מעות עצמן שלואה א"כ אין צריך לראות, ומיד שאומר שהם בעין טול אותן, נפטר וחשיב הילך.

ז.

שמוכך בידו כו', ומ"מ צריך לומר הילך היינו טול מעותיך, ומשמע דצ"ל תוך כדי דיבור להודאה, הילך, וכיון שנפטר בזה אין כאן הודאה דאינו חייב כלום, ואף

משמע דע"י אמירתו הוי כנתינה, וכן לשון הגמ' כיון דאמר ליה הילך כמו דנקיט ליה בידיה וכו', ומ"מ בנותן ממש בע"כ או לפני ב"ד כשאינו רוצה לקבל י"ל גם במלוה הוי הילך כיון דנפטר בזה לא הוי מודה במקצת גם לרש"י והר"ן לא הוכיח מרש"י רק על מוכן ליתן כנ"ל.

ובהג"א כתב מדברי רש"י דגם במלוה דוקא אותן מעות שהלוה ע"ש. ואינו מובן דהא קי"ל מלוה להוצאה ניתנה אף שלא הוציא.

ולכאורה י"ל כיון דאומר הילך ולא כו' והן שלך בכל מקום שהן כמ"ש רש"י, וא"כ עכ"פ הוא סובר שהן של מלוה ומוחזר לו והוי כופר הכל, ושוב אף שבאמת ע"פ דין לא קנאם, ולא הוי הילך, הוי כהאי דרשב"א שטועה בחשבון או בדין וסובר שכופר הכל, ובאמת מבורר מטענתו שמודה ומ"מ פטור דבעינן "אשר יאמר כי הוא זה" כמ"ש לעיל ס"ק ה' ופטור.

ומ"מ בעינן דבר שדרך לסעות, מ"מ יותר נראה בדברי הג"א דהחילוק אי מלוה ברשות בעלים לחזרה הוי כמו מעות מותרין בפקדון דלא קנה עד שיוציא, ולמ"ד להוצאה ניתנה היינו שקונה מיד כדי להוציא, ואין יכול הלואה לחזור בו וחשוב מעכשיו דאפילו קנה על מנת להקנות חשוב קנין, אבל מ"מ כיון דהקנין רק להוציא, אם הגיע זמן פרעון ולא הוציאן עדיין אין לו זכות עוד בהן.

והגם דא"כ הי' חילוק בקדושין ג"כ כנ"ל, דהגיע זמן תהי' מקודשת וא"כ מה פריך

שהתובע אינו רוצה לקבל עד שיתן לו הכל, וכשהגיע זמן פרעון כ' רמ"א סי' ע"ד דאינו יכול לכופו לקבל מקצת, מ"מ הא לפי כפירתו שאינו חייב רק זה שמודה פורע הכל, ואף שלפי דברי תובע הוי מקצת, מ"מ הוי כפירת שבועה שהגם שלפי דברי תובע לא הוי הילך וחייב שבועה, מ"מ לפי דברי נתבע הילך הוא כנ"ל.

וא"כ מ"ש ב"י גבי ב' כלים כו' ונפחת מדמיו כו' שכ' אבל תימה דאף בלא עדים ובלא הודאת הנתבע למה לא יועיל טענתו שנפחת כו' כדי לסתור טענת הילך. ותמוה כנ"ל, כיון שלפי דברי הנתבע הילך ופטור למה יתחייב, הא אין כאן הודאה כנ"ל.

ונראה דהא פ' הזהב [מ"ט ע"א] גבי שקול זוּזך מחלוקת הפוסקים דכיון דצריך לקבל מי שפרע לא הי' צריך לקבל המעות קודם שקיבל מי שפרע, וממילא עדיין באחריותו, ע"ש. א"כ לכאורה גם בזה דשהודה במקצת ויש חיוב שבועה עליו שכיון דחצי אין צריך לקבל בזמן פרעון אף שלפי דברי הנתבע צריך לקבל, מ"מ כל שלא נשבע אין צריך, ושוב עדיין באחריות הלוח, א"כ לאו הילך הוא. וע"כ צ"ל דגם זה תלי' בהך כיון דהילך פטור א"כ לדברי נתבע שאינו חייב יותר צריך לקבל ופטור מאחריות א"כ אינו מתחיל חיוב עליו כלל והוי הילך כנ"ל.

אמנם לכאורה זה קודם דתיקנו היסת אבל השתא עכ"פ אף אי הוי הילך צריך לישבע, א"כ הוי דומיא דמי שפרע שכל שלא

נשבע אין צריך לקבל ושוב יהי' חייב שבועה דאורייתא. ולע"ד אפשר זה טעם של הגאונים שפ' דהילך חייב, ותוס' ורי"ף דחו דבריהם מהש"ס, ולהנ"ל י"ל דר"ש קודם היסת כנ"ל, משא"כ עכשיו.

אולם דקי"ל כהפוסקים דפטור, הטעם הוא בשלמא קיבלו מש"פ כל שלא קיבל המקח חשיב והמעות א"צ לקבל שעדיין אינו שלו כל שלא נתבטל המקח גם לדברי החוזר, משא"כ כאן דלפ"ד נתבע יודע התובע שאינו חייב יותר ובחנם רוצה להשביעו היסת וצריך באמת לקבלו, ולכך מיושב הב"י דשם שבועת שומרין מספק, ואף לפ"ד נתבע שלא נשתמש כו' יכול להשביע מספק שלא שלח יד, דמודה שנפתח רק לא נשתמש וע"ז סיים שגם לפ"ד כל שלא נשבע אין צריך לקבל ולא הילך ע"ש, ומ"מ דחה, ועיין מ"ש לקמן.

אך א"כ בטענת הוגד לי להפוסקים דחשיב ברי לחייב שבועה, דשוב א"צ לקבל עד שישבע שאינו יודע האמת לא יחשב הילך אף שמוכן כנ"ל. וי"ל החילוק דשם במקח כל שלא קיבל מש"פ המקח קיים ואין המעות שלו שיקבלם, משא"כ השבועה על המותר אינו שייך למעות שמודה, אך אי א"צ לקבל בהגיע זמן חצי רק כל מה שחייב, א"כ שייך ג"כ כנ"ל דכל שלא נשבע והוגד לו ע"פ עד שמגיע יותר וא"צ לקבל שזה חצי חיוב כל שלא נשבע כנ"ל.

ח.

שמוכן בידו כו' ופיקדון אף שהוא בביתו חשיב הילך ע"ש.

ספר הזכרון לרבי משה ליפשיץ זצ"ל

תקני

עוד נראה עיקר דבגניבה החיוב מיד לשלם משעת גניבה או החפץ או דמיו, ומה"ט פ"ב דכתובות גנב בשבת פטור כו' חשיב ממון החיוב אחריות והוי כפירה, דאף דקי"ל דלא כר"ש דדבר הגורם לממון לאו כממון ורק בחמץ גלי קרא כו' וע"כ הטעם כנ"ל, דפקדון ושומר שכר וכה"ג קי"ל כר"פ דמשעת פשיעה ואונס הוא שיחייב א"כ קודם שנאבד אין חיוב כלל רק גורם כנ"ל, משא"כ גנב וגזול כבר נתחייב כנ"ל, ומה"ט חשיב כפירה ג"כ ולכך לא הוזכר בברייתא כשתבעו שומר שכר אתה והוא אומר שומר חנם אני ע"ש, וממילא לא חשיב הודאה כלל החיוב אחריות דהא אינו חייב כלל עכשיו רק מודה דאפשר שיהיה חייב כשיתחייב, וגורם לאו כממון כנ"ל, ושפיר פטור.

וא"כ מטעמים הנ"ל במלוה שפיר אף דכשאומר מעותיך צרורין בבית טול, הדין דפטור מ"מ חייב באחריות עד זמן שילך לביתו ושוב החיוב אחריות הוי ממון דהא כבר נתחייב, וצריך דוקא מוכן עכשיו דלא שייך אלו יגנב כנ"ל, וכן קיימא באגם דהוי הילך לפוסקים הנ"ל, מ"מ פשע ויצאה לאגם לא הוי הילך דבשעת פשיעה חייב באונסין דקי"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ושייך כנ"ל ודוקא קיימא באגם מקום המשתמר כראוי.

וש"ך ז"ל כ' כ"ש בביתו דנפקד ע"ש. לכאורה יש לחלק בין יחד מקום, דגם לענין חמץ ריש פסחים יחד לו בית חשיב ברשות המפקיד, ע"ש בתוס'. ובלא יחד לא

לכאורה כיון דהחיוב אחריות חשיב ממון לענין כפירה דאמר בש"ס ב"ק דף ק"ו בחמץ שגזל ועבר עליו הפסח נשבע עליו הוי כפירת ממון, כיון דאם יאבד יהיה חייב. וכן שורי גנבת כו' ש"ח אני עליו ע"ש, א"כ כ"ש לענין הודאה שיחשב הודאת ממון, וא"כ נהי דלענין גוף החפץ פקדון שמודה הילך הוא דכל היכא דאיתי ברשותא דמרי' הוא, מ"מ החיוב אחריות הוי חיוב ממון, שמודה שיש פקדון בידו שחייב אלו מיגנב בפשיעה או שומר שכר כו' וזה החיוב לאו הילך הוא.

ונראה לומר ב' טעמים, א' דדוקא התם תובעו ב' החיובים שגזל ותובעו או גוף הדבר אם ישנו, או תשלומין אם אינו בידו, וכשזה כופר שלא גנב א"כ כופר החיוב ממון שתובעו דהא כופר ואינו מחזיר לו החפץ, וע"ז תובעו ממון כשאינו מחזיר ושפיר חייב ק"ש, ולא מיבעיא בחמץ דאינו תובעו כלל גוף הדבר דאסור בהנאה רק ממון אם נאבד, רק גם בשורי גנבת ג"כ תובעו שניהם, ולכך כשמשיב ש"ח אני עליו מ"מ כל שאינו מחזיר לו, תובעו גם האחריות, וזה כופר האחריות ושמה נאבד וחשיב כפירה, משא"כ בזה שאינו נגנב ותובעו הפקדון ולהחזיר לו, א"כ אינו תובעו כלל חיוב האחריות דהא רוצה שיחזיר לו הפקדון, א"כ כשמודה הוי הילך כל מה שתבע מאותו מקצת ואף שעדיין חייב באחריותו, זה לא תבע כלל והוי כקדמה הודאה לתביעה לענין זה, וכמו בושט וקנס דתלי' במה דעיקר קא תבע.

חשיב כמונח ברשות מפקיד אף דלענין להקדיש ולמכור חשיב ברשותו, מ"מ לענין שיהי' קרוי בביתו יש חילוק כמ"ש הרא"ש כיון דהשאל ביתו לשמירת ממונו ע"ש. וכן בסוגיא דשליחות יד ע"ש. ולענין הילך שיהי' חשיב בנקיט לי' בידיה כלשון הגמ', י"ל החילוק כנ"ל. ונגד זה אין ראי' ממ"ש הש"ך מהא דבית מלא מסרתי לך כו' דשם יחד בית כו', רק מהא דרמב"ח דצריך כפירה והודאה יש ראי'.

אולם ראי' זו י"ל לשיטת פוסקים הנ"ל, דלמ"ד לא רצה לאוקמי בנאבד בפשיעה משום דכיון דלא ס"ל ערוב פרשיות וקרא דכי הוא זה אפקדון קאי משמע דמודה גוף החפץ שתובעו לא שנאבד, וא"כ ג"כ אין לומר דחשיב הודאה משום חיוב באחריות, שזה רק כמלוה יקרא בפקדון, וע"כ באיתא קמן שלא מחמת חיוב אחריות, ופריך הילך הוא, ועוד לדעת הגאונים דיצאו כלים למה שהן גם פחות מפרוטה, ב' מחטין, ועלה קאי "כי הוא זה" דמודה מחט, א"כ פריך שפיר הילך הוא דאין חיוב אחריות על פחות מש"פ, ונהי דנאנסה ע"כ שוה פרוטה, אבל כפירה והודאה דכ' בכלים הילך הוא אף דאינו קמן, ומשני דע"כ לרמי בר חמא ההודאה שוה פרוטה דחייב בפשיעה ושוב י"ל באמת גם דקיימא באגם ומשום חיוב באחריות כנ"ל.

ודוקא בחמץ לענין דרבי קרא גורם כו' יש חילוק, מ"מ משמעות הפוסקים דגם בלא יחד מקום הוי הילך בפקדון ע"ש בדברי רז"ה הובא בשמ"ק פ' השואל, ואף שחייב

באחריות מחלק שם בין כפירה להודאה. ויש לפרש כחילוק א' שכ' לעיל, וגם הם לא מיירי מצד הודאת ממון דחיוב אחריות, די"ל חיוב זה אינו שוה פרוטה, או דלא הוי דבר שבמדה כו' שיווי החיוב, רק דדעת ראב"ד דלא הוי הילך גוף הדבר שמודה כיון דאם יאבד כו', וצ"ל לדידי' אף דלא קי"ל כר"ש וגורם לאו כממון שיהי' חשיב גוף הדבר, מ"מ לא חשיב החזיר כולו.

וכן משמע דאף בפקדון או שומר שכר שהוא תוך זמן, ואין צריך לקבל ממנו כמ"ש סי' ע"ד מ"מ חשיב הילך מאחר שבידו ליקחנו עתה, ומ"מ בזה אפשר כשתבעו ב' חפצים על זמן לשמור ותובעו גם החיוב שמירה והאחריות עד הזמן ומודה לו חפץ א' לזמן, י"ל דחשיב הודאה החיוב לדבר שבמנין כיון שהוא מחצית מהחיוב שמירה שתובעו משנים ומודה אחד.

גם משמע דאפילו נאבד אחר הודאה שחייב באחריות, ג"כ אינו חייב שבועה דיצאה הודאה בפטור אף שלא חשיב הודאה והגם שכשיתבענו עכשיו יהי' מודה במקצת, מ"מ כבר נפטר משבועה על מקצת שכפר, מ"מ אינו מפורש גם בכל מקום שהי' כופר הכל ונפטר בב"ד משבועה דאורייתא ואח"כ הלוחו עוד אם יכול לתובעו עוד הפעם ויהי' מודה במקצת להתחייב שבועה דאורייתא.

ולא דמי למביא עד אחד אח"כ, דבזה לא הי' לו ראי' זו, ואלו הי' אז חייב וסותר הדין, משא"כ דהי' הדין כראוי אז נימא קם דינא ועיין מ"ש לקמן.

דהוי ספק, ומספק אין לחייב שבועה דאורייתא.

גם אפשר דאף בנודע שאבד קודם הודאה כיון דמצד דבריו שלא ידע שאבד הי' הילך, הוא כדין הרשב"א בנראה לב"ד שחייב והי' סבור שכופר הכל, אך לש"ך וסמ"ע כה"ג חייב ע"ש.

וכן אם הנאמנות כופר הכל חזקה אין אדם מעיז, א"כ הי' אז החזקה, עכ"פ בלא חזר ותבעו אין חיוב שבועה אף שנאבד, אולם במצאו שאבד, ואינו יודע אם קודם הודאתו או אח"כ יש להסתפק. וי"ל דפטור דמוקי אחזקה דמעיקרא נגד הרי אבד לפניך, הגם דבקדושין לא מוקמינן בנשתייר שוה פרוטה דוקא ע"ש, היינו

מסכת שבועות פ' כל הנשבעין חשן משפט סימן צ'

משמע כן שאינו יודע איזהו כלים ויכול להיות שאינם שוה פרוטה ואין כאן חיוב שבועה, אך כה"ג שם תקנת נגזל אין כאן, דבפחות מש"פ אף שאסור, מ"מ לא מיקרי גזלן שיהי' שייך תקנת נגזל, ולכך פי' תוס' שהכירו כו'.

אמנם הא לכאורה למה נקיט כלים במשנה, הוי' לי' למינקט חפצים וכה"ג, ולכך י"ל למאי דקי"ל ריש פ' שבועות הפקדון דיצאו כלים למאי שהן, ודעת הגאונים ז"ל דאף מחטין שאינן שוה פרוטה ג"כ הוי הודאה לחיוב שבועה והכי קי"ל בש"ע, וכן לענין גזילה הוי גזל כלי פחות משהו פרוטה ע"ש, וב"ד מוציאין כו'.

והנה נראה לכאורה דאף דיצאו כלים כו' והודאתו בכלי מחייב שבועה אף שאינו ש"פ, מ"מ כשהוא כופר ועדים מעידים על כלי פחות מש"פ אינו חייב שבועה מדר"ח קמיתא, דכיון שכופר אין הב"ד יכולין לחייבו ולהוציא ממנו ע"פ העדים אלא

נגזל כו'. ראוהו כו' ולמשכנו כו' ודלמא לא משכנו כו' אימא ומשכנו כו' וליחזי כו' בטענו כלים הניטלין תחת כנפיו כו'.

ותמורה למאי דק"ל כר"ח קמיתא חייב שבועה מהעדאת עדים והוא חשיד וממילא שכנגדו נשבע ונוטל ולמה לי תקנת נגזל. ובתוס' הקשו כן אר"י דסבר עד שיודה במקצת, ותמורה דגם לדין קשה למה לי' התקנה. ואף דיש נ"מ דשומר ואשתו של שומר נשבעין משא"כ בתורת חשיד, מ"מ הוא דוחק גדול דבשלמא כשכבר תיקנו תקנת נגזל שייך שתיקנו ג"כ בכלל שאף שלא היה בעליו שם רק שומר וכה"ג יהי' ג"כ בכלל התקנה, אבל שיהי' עיקר התקנה בשביל זה כשאין הבעלים בבית, הוא דוחק כיון דכשהבעלים שם אין צריך להתקנה דבל"ז משום חשיד יהי' הדין כן.

והנה תוס' פירשו שהכירו עדים מקצת כלים, והרמב"ם ז"ל מפרש שראו שהטמין כלים אבל לא ראו מה. ופשט לשון הש"ס