

פרק כל הנשבעין

ז כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ואלו נשבעין ונוטלין ובגמ' ילפינן לה מולקח בעליו ולא ישלם ויל"ע ביסוד המיעוט האם בא למעט דהוי ס"ד דכל מו"מ יהא נוטל וע"ז אתי מיעוטא דאינו נוטל או דאתא למעט דגם כה"ג דנוטל א"צ שבועה **וברמב"ן כתב** מנלן פי' לאו שבועת השומרין מיבעיא ליה דודאי דשומר נשבע כתב ושבועה דע"א מסתברא דלא מיבעיא ליה דאי נשבע ונוטל נמצאת מוציא ממון בעדותו ורחמנא אמר לכל עון ולכל חטאת אינו קם א"נ הואיל ונאמרו שבועת בתורה ופרט הכתוב באחד מהן שנשבעין ולא משלמין אף כלן כן ומבואר דדינא דמתני' וכן המיעוטא הוא כפשוטו דהוי ס"ד דבכל שבועת התורה הדין הוא דנשבע ונוטל דהשבועה הוי על התובע וע"ז אתי תנא דמתני' וכן הילפותא בגמ' דהדין הוא דהנתבע נשבע **וכן בר"ן** כתב סד"א אמינא כיון דממונא אית ליה גביה ואידך עביד לאשתמוטי ישבע ויטול וכן בע"א ס"ד אמינא וכו' אלא ישבע התובע ויהא שבועתו במקום ע"א ולפי"ז לכא' י"ל דכל הדין דנתחדש הוא דאינו נוטל אלא הדין עם הנתבע ולא דאיכא מיעוטא דאין הנוטל נשבע אלא עיקר הילפותא דאינו נוטל ובמילא אינו נשבע

ובגמ' בכתובת פז' גבי הפוגמת כתובתה דמבואר התם דצריכה לישבע סבר רמב"ח למימר שבועה דאורייתא דק אטעין 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 ומבואר בגמ' דילפינן מדין ולקח בעליו ולא ישלם גם במקום דבלא"ה דינו ליטול דאין התובע נשבע ויל"ע איך ילפינן הנך ב' דינים אהדדי מדינא דולקח בעליו

עוד העירו מלשון רש"י במתני' דכתב לא חיבה התורה לישבע וליטול דלכא' אין הביאור דלא חיבה אלא דלית ליה זכות לישבע וליטול ולכא' י"ל דס"ל דמתני' אתי למיעוטא דבמקום דנוטל אינו נשבע דלא חיבה התורה לישבע וליטול וס"ל לרש"י דגדר השבועה הוא גם בנוטל דהוי חיוב ולא רק דהוי זכות ליטול ויל"ע דמיפך שבועה **כתב הראב"ן דהדין מיפך בשבועה הוי דין** דאורייתא דהתורה לא אמר ולקח בעליו ולא ישלם הנתבע אלא להקל עליו ואם הוא רוצה להחמיר על עצמו ולומר לתובע השבע וטול הרשות בידו עכ"ל ואם דינא דמיפך בשבועה הוי דאורייתא א"כ מבואר דשיך בזה בעצם שבועה מדאורייתא גם ליטול וצ"ע א"כ מ"ט בפוגמת אינה נשבעת אם שיך שבועה גם ליטול

ובקצה"ח ריש סי' צד' נתספק שם אם בגלגול שבועה איכא מדאורייתא ליטול אם מגלגלין שבועה ליטול ולכא' ביאור הספק הוא אם בנוטל הביאור הוא רק דאינו חייב וע"כ ע"י גלגול שפיר חייב כמו בקרקעות ושטרות ועבדים או דהוי חסרון בגוף מעשה השבועה עי"ש **ובאור שמח ובנחל יצחק** הביאו דהוי ספק הירושלמי בזה

ובתוס' ד"ה כל הנשבעין הקשו תימה דלא חשיב ההיא וכל הני דתנן לקמן בפיקרין הפוגמת כתובתה וע"א מעידה שהיא פרועה וי"ל דלא חשיב אלא הנהו שאין כנגדן ראויין לישבע **וברמב"ן** **וברשב"א** תירצו וי"ל משום דלא דמו אהדדי דהנך מדינא נוטלין בלא שבועה ורבנן הוא דאחמור עליהו שלא ליטול אלא בשבועה אבל הני אדרבה הקילו רבנן בהו ואמרו ליטול בשבועה אע"ג דמידנא מפסדא להו לגמרי עי"ש עוד ברמב"ן וברשב"א **וביאר בחידושי ר' אריה לייב** דהביאור בדברי הראשונים הוא דחלוקים בדינם דהתם הדין הוא דחיבו חז"ל שבועה והטילו עליו שבועה משא"כ הכא גדר הדברים הוא לא דהטילו חז"ל עליו שבועה אלא אדרבה נתנו לא זכות ליטול ע"י שבועה ואין הביאור דמחויב שבועה הכא אלא דאית ליה זכות ליטול בשבועה וזהו דינא דמתני' עי"ש ומצאנו כמה חילוקים **א' בדברי הראב"ד דכתב בפ"ב ה"ה** דכתב שם הרמב"ם דבכל הנשבעין ונוטלין אם הוא חשוד נשבע כנגדו היסט ונפטר ובראב"ד שם כתב א"א איני מודה בזה אלא נוטל בלא שבועה שאין פוסלין שטר מקיים מפני שבועה דרבנן ומבואר דחלוקים ההדדי דבפוגם אם הוא חשוד כיון דליכא מתוך נוטל משא"כ בכל הנך דמתני' אע"ג דליכא מתוך מ"מ כל זכותם ליטול הוי דוקא בשבועה וע"כ כיון דהוא חשוד ואינו נשבע אינו נוטל גם בלא דין מתוך ודו"ק **וכן בשיטת**

הרי"ף בכתובת דחידש דאם תפס ואינו רוצה לישבע הדין הוא דלא מפקינן מיניה גבי פוגמת כתובתה וביאר הש"ך בסי' פז' ס"ק כה' דכ"ז רק בכה"ג דנוטל מן הדין וכן לענין קים לי ג"כ כתב שם **בקצה"ח ס"ק יד'** דרק היכן דנוטל מן הדין יכול לטעון קי"ל לענין מיפק

ובדעת התוס' י"ל בב' אופנים או דס"ל דגם חשוד נוטל מן הדין או דס"ל דגם בשכיר נוטל מן הדין והביאור דבגמ' מקשינן וליתב ליה בלא שבועה ובתוס' שם ביארו משום דחשיב כאיני יודע עם פרעתיך וכתבו דרבנן מיהא חשבי ליה כודאי שכח ולפי"ז י"ל דס"ל להתוס' דבאמת איכא ב' תקנות דבאמת מדרבנן חשבינן ליה לודאי שכח וא"כ דינו ליטול מדרבנן גם בלא שבועה והא דהצריכו שבועה הוי דין חדש דהצריכו רבנן שבועה והוי כמו בכל פוגמת דהוי מחויב שבועה מדרבנן אע"ג דבאמת דינו ליטול גם בלא השבועה

והרמב"ם פ"ג ה"ז כתב הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינן צריכין טענת שתי כסף ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואח"כ ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול שהרי כל הנשבעין בטענת ספק צריך שיהיה ביניהם כפירת שתי מעין ואח"כ ישבע מספק **ובראב"ד** כתב אבל הלימוד שלמד אין לו דמיון וכו' שזה נשבע ליפטר ועל כרחו הוא נשבא וזה שנשבע ליטול מדעתו הוא נשבע כדי ליטול ואפי' על פרוטה ואולי אפילו היה שכרו פחות מפרוטה והנה ביסוד חידושו של הראב"ד דאפשר דנשבעין גם על פחות משו"פ כתב **בחידושי רא"ל** דהביאור כיון דהוי דין חדש דזהו זכותו ליטול ע"י השבועה ע"כ הוי גם על פחות משו"פ וכתב דצ"ל דהוי בכה"ג דבי"ד נזקקין גם בפחות משו"פ כגון דבתחילת הדין הוי יותר משו"פ דגומרין גם בפחות ומ"מ אע"ג דאין משבעין על פחות משו"פ מ"מ הכא אינו חיוב שבועה אלא דזהו זכותו ליטול הממון ע"י שבועה

ובפי"א מהלכות שכירות ה"ט כתב הרמב"ם אילו היה שכרו פרוטה אחת ובעל הבית אומר נתתיה לא יטול אלא בשבועה ובמ"מ שם כתב ודע שרבנו נחלק על רבותיו בדין הנשבעין והנוטלין ודעתו שהם צריכים כפירת שתי כסף וא"כ מ"ש כאן הוא או כדעת רבותיו או שהוא מחלק בין השכיר לשאר הנשבעין ונוטלין והטעם מפני שהשכיר אל שכרו נושא נפשו ואין ראוי שיפזיזו אם אינו שתי כסף ומ"מ אם היה כונתו לחלק היה לו לבאר שם ולוי סמן עמשכ"כ וצ"ע עכ"ל

ובש"ך פ"ט ס"ק ב' כתב לבאר דבעי דהכפירה תהיה שתי כסף אמנם השבועה הוי אפי' על פרוטה דהדין דשתי מעין הוי הוי בכפירה דוקא אבל השבועה כאן הוי אפי' על פרוטה ודיק זאות מלשון הרמב"ם וכן הביא מדברי הר"י עי"ש בקציצה בשתי מעין ובפרעון כפר בפרוטה דנשבע על הפרעון כיון דכל הכפירה יחדו הוי שתי מעין **ובתומים** שם כתב לבאר דברי הרמב"ם באופ"א דאם כל הנידון הוי פחות משתי מעין בזה תיקנו חז"ל שבועה אפי' פחות משתי מעין כדי דלא ילך בפחי נפש אמנם בכה"ג דהעסק ביניהם הוי יותר משתי מעין ורק דעל חלק מודים ועל חלק כופר בזה כיון דהוי העסק ביניהם על יותר משתי כסף בעי דהכפירה תהיה דוקא שתי כסף

ובכס"מ שם בהלכות שכירות כתב ולכך נראה לי שלא בא רבינו פה ללמדנו על כמה נשבע ונוטל שזה בהלכות טוען יתבאר אלא בא ללמדנו שלא נאמר כיון שפרוטה דבר מועט הוא בין שכיר בין שאר נשבעין ונוטלין יטלו בלא שבועה קמ"ל דאין נוטלין בלא שבועה ומש"כ אלא בשבועה דמשמע דבשבועה מיהא נוטלין אפשר לומר דהינו לעינן אם נתחייב שבועה ממקום אחר וגלגל עליו בעל דינו גם זאת דאז יטול אע"פ שאינו אלא שוה פרוטה וכו' עי"ש **וביאר שם בחידושי רא"ל** דהחידוש דאתי לאשמועין הוא דלא נאמר כיון דליכא שבועה בפחות משני כסף א"כ אדרבה יטול בלא שבועה וע"ז קמ"ל דלא והביאור הוא כנ"ל דכל זכותו ליטול הוי דוקא בשבועה, ובמקום דאיכא גלגול שבועה א"כ גם בפחות משני כסף נוטל דכל הדין דפחות משני כסף אין נשבעין וע"כ אינם נוטלין אמנם במקום דנשבעין א"כ שוב הדין הוא גם דנוטלין עי"ש

ובאבן האזל בפ"ג מהלכות טוען ביאר דדברי הרמב"ם דכתב דבעי שתי כסף הוי רק בהנך דמתני' דאין דינם ליטול וע"כ בזה בעי שתי כסף ובלא"ה לא תיקנו דיטלו ודינם דמפסידים בכה"ג דהוי פחות משתי כסף משא"כ הנך דמדינא צריכים ליטול גם בלא שבועה א"כ בזה אדרבה אם נצריכם שתי כסף

יהא חומרא וזה לא מצאנו בדינא דשתי כסף דשם נאמר רק קולא, וע"כ בהנך הדין הוא דנשבעין ונוטלין גם בפחות משתי כסף ומש"כ הרמב"ם בהלכות שכירות דגם בשכיר הדין הוא דנשבע בפרוטה אע"ג דהוא מהנך דתיקנו להם ליטול ואינו נוטל מדינא משום דס"ל להרמב"ם דעשהו מדרבנן כשכח וע"כ דינו ליטול גם בלא שבועה כיון דנחשב לשכח וע"כ דין שבועתו הוא דהוא מחויב שבועה לאחר הא דעשהו כשכח וע"כ חיבו אותו גם בפחות משתי כסף כמו כל הנך דנוטלין מדינא עי"ש

נגזל כיצד ר"י אומר עד שתהא שם מקצת הודאה ולכא' צ"ב לר"י דמירי בכה"ג דהודה במקצת לכא' תיפול"ל דהוי חשוד ומ"ט בעי לתקנתא כלל הרי כיון דמודה במקצת א"כ הוי חשוד ושוב הוי בכלל דין חשוד דכנגדו נשבע ונוטל

ובתוס' לקמן דף מז' הקשו זאת לכא' לר"י כיון דמירי בכה"ג דהעדים ראו דהוציא כלים א"כ ר"י נמי מודה דהוי מו"ב ותימצו התוס' דמירי בכה"ג דאומר החזרתי וע"כ ליכא מו"מ

אמנם צ"ב מ"מ על ר"י דבעי מודה במקצת וא"כ לכא' למאי בעי תקנת נגזל ובש"ך ס' צ' ס"ק תירץ ב' תירוצים א' די"ל דמודה בכלי מסוים דהוי הילך וא"כ ליכא בזה שבועת מוב"מ א"נ דכיון דטוען דהוא שלו א"כ אינו חשוד בכה"ג כיון דטוען דדידיה לקח אע"ג דחייב להחזיר מ"מ אינו נעשה חשוד

אמנם יל"ע דרש"י במתני' כתב עד שתהא שם מקצת הודאה לר"י לא תיקנו שבועה ליטול אלא במקום שיש שבועה על הנתבע והפכוה חכמים על התובע באלו השניות כאן ומשמע מרש"י דליכא שבועה רק במקום דאיכא שבועה דאורייתא הפכוה דהוי כעין מיפך ויל"ע

והרמב"ם בפ"ה ה"ב כתב דדמי קרקע הוי כקרקע ואין נשבעין עליהם ובראב"ד שם כתב פליג וכתב אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעות ממון וכמי שאמר לו חבלת בי שתיים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת ובקצה"ח כתב כן לישב דעת הרמב"ם דס"ל כהר"ן דכמו דהילך סגי לר"י ה"ה דמי קרקע נמי עוד כתב שם לישב דדוקא עבד כנעני הוקש לקרקע ולא בן חורין

וכתב הקצה"ח דמהראב"ד דס"ל כמדויק מרש"י דבעי דוקא שבועה דאורייתא לר"י כדי לעשות מיפך ובלא"ה לא תיקנו שבועה, וכן מדברי התוס' בב'ה דף מה' ע"ב ג"כ הוכיח דכתבו שם דע"כ מירי דלא פרע לו דא"כ לר"י לא הוי מוב"מ ומבואר דס"ל דבעי חיוב שבועה גמור אליבא דר"י

בפשוטו רגילים לבאר ע"פ דיסוד דין שבועת הנוטלין חלוקה ביסודה מדין שבועת הנפטרין דלא בעינן ביה מחייב אלא דכל זכות נטילתו הוי דוקא ע"י שבועה

והביאו לזה כמה ראיות

א' רא"ל הביא ראיה דע"כ ליכא מיפך כיון דכל זכות נטילתו הוי דוקא ע"י שבועה ע"כ לא אמרינן בזה מיפך

אמנם יש לדחות דכונת הרי"ף דכה"ג דנטל לית ליה כוח להפוך דאת השבועה לחבירו ורק בנפטר יכול להופכו דלא יטול וביאור הדבר דבמיפך תרויהו שוין וזהו דכותו להפוך את השבועה על חבירו כיון דתרויהו שוין

ב' עוד ראיה משיטת הרמב"ם דס"ל דכל דינא דשבועת הנוטלין הוי דוקא בכה"ג דאיכא שתי כסף ובלא שתי כסף אינו נשבע ונטל וצ"ב דלכא' כיון דאינו מחויב שבועה מ"מ יטול בלא שבועה

ג' עוד הביא ראיה מדברי הראב"ד דכתב דאפשר דנשבעין אף בפחות משו"פ והביאור הוא דפחות משו"פ אין משביעין עליו בתורת חיוב אבל כאן אין יסוד השבועה חיוב

ובאמת יש מקום לחלק דיהא הדבר תלוי בהנך דנוטלין מן הדין כגון פוגם דבזה י"ל דהוי חיוב שבועה משא"כ בהנך דנוטלין מן התקנה י"ל דאינם נוטלים כלל בלא שבועה וכמו דכתבו האחרונים לענין הרי"ף דכתב דמהני תפיסה בשבועה דרבנן גם בשבועת הנוטלין וכתבו האחרונים דכ"ז הוי דוקא בשבועת פוגמת דנוטלת מעיקר הדין משא"כ בשכיר פשיטא דלא מהני שבועה

ד' עוד יש להביא ראיה מדברי הרא"ש דכתב על דברי הגאונים דכתבו דכה"ג דאית ליה משכון דנאמן ליטול כדי דמיו דמ"מ בעי שבועה וכתב הרא"ש דיסוד הדבר הוא משום דצריך דוקא שבועה ליטול ולא מהני מיגו אפי' להנך שיטות דמהני מיגו לאפטורי משבועה, ומדברי הרא"ש לכא' מבואר דגם הנך דנוטלים מעיקר הדין מ"מ רבנן תלו את נטילתם בשבועה דוקא

[ולכא' מהא דכתב הרי"ף דמהני תפיסה ליכא ראיה דהוי רק חיוב שבועה בעלמא דאל"ה מ"ט מהני תפיסה כיון דמדרבנן ביטלו את כוח הנטילה בלא שבועה ד"ל דאע"ג דרבנן ביטלו את כוח הנטילה מ"מ הוי רק גזל מדבריהם דאין מוציאין אותו מידו

אמנם יש להביא כמה ראיות לא כך

א' משיטת הרמב"ם גופיה דכתב דבעינן שתי כסף

ב' מהא דכתב הראשונים דעד המסיע פטור משבועת הנוטלין ולכא' אם היה דין דכל הדין נטילה ידיה הוי בשבועה א"כ מאי שייך בזה דינא דעד המסיע פטור משבועה [ובאמת להלכה] הדברים תמוהים ביותר מ"ש מיגו מע"א בהלכה]

ג' עוד יש להביא ראיה מהא דאמרינן בגמ' לקמן דהפוגם שטרו גובים היתומים בלא שבועה ולכא' אם הוי תקנתא דרבנן דלא יגבו בלא שבועה א"כ מ"ט הם גובין דלכא' ודאי בשבועת יתומים ליכא בירור לענין הממון [אמנם בזה י"ל דאכתי כל מאי דמצאנו זהו רק לענין פוגמת ולא לענין שכירות דלא תיקנו וי"ל דברי הירושלמי בב' אופנים א' דכונת הירושלמי דגם דיסוד דין שבועת היתומים הוי תקנה דיהא סגי בשבועה דלא פקדנו אבא ובשכיר לא תיקנו רק בהנך דנוטלים מדינא ולפי"ז ליכא ראיה ב' עוד י"ל דכונת הירושלמי דלא תיקנו כלל דיטול גם בשבועה גמורה וכמו דכתב הנה"ה פט"ס ק"ד בכונת הירושלמי דגם בכה"ג דטוענין ברי ג"כ הדין הוא דאינם נוטלים דלא תיקנו כלל דין נטילה ליורשים ודו"ק ויל"ע עוד בזה

ואפשר דזהו פלוגתא דהב"ש עם הקצה"ח דהב"ש כתב דכל הדין הוא רק בשמא ומ"מ בעינן בירושלמי טעם דלא תיקנו ובקצה"ח הקשה דע"ז לא בעי דפשיטא דאין אדם מוריש שבועה לבניו בכה"ג דצריך לישבע וליטול ולכא' זהו כנות הקצה"ח דכה"ג ליכא צד כלל דבנו יטול אמנם לכא' י"ל דס"ל לב"ש דגם כה"ג שייך דישבע ויטול ויל"ע

ולכא' בדברי הקצה"ח חזינן את יסוד הדבר דהוי ב' דינים דגבי שבועת שכיר פשיטא דאין נוטלין בלא שבועה וע"כ לא שייך ביורישן דיטלו ולענין פוגם נוטלין גם בלא שבועה דהתם הוי תקנה נפרדת

ד' עוד ראייה גדולה דהש"ך כתב בס' פז' ס"ק ל' דלשיטת רש"י דבשבועת הנוטלין שייך מיפך א"כ גם בהנך שבועת דאינם מעיקר הדין כגון שכיר גם שייך בזה מיפך ומבואר דהוי חיוב שבועה ודו"ק

וע"כ דאין גזר הדבר כפשוטו דדין נטילתו הוי בשבועה אלא רק דנתנתו לו חכמים דין נטילה וחיוב שבועה ותלו חז"ל את דין נטילתו בדין קיום חיוב השבועה דיטול רק אם יקים את חיוב שבועתו אבל יסוד דין השבועה הוא אינו סתם שבועה גרידא כדי ליטול אלא חיוב שבועה [וע"כ מהני בזה עד המסיע וכן דבעי שתי כסף דוקא דודאי הוי שבועה המחויבת

]והנה לכא' צ"ב מ"ט חלוק ע"א מדין מיגו דע"א מהני בתורת עד המסיע, ואפשר דחלוקים ביסודם דדין עד המסיע דנתחדש דפוסט משבועה יסוד דינו דאית בכוח העד כוח ככוח השבועה דילפינן זאת מק"ו דמהני לפטור משבועה משא"כ מיגו גם אם מהני לפטור משבועה אין ההגדרה דחשיב דמעמיד שבועה אלא דאית ביה כוח ליפטר מן השבועה ויל"ע עוד בזה

והשביעית משמטת את השבועה ובגמ' ילפינן לה מדכתיב וזה דבר השמיטה שמוט אפי' דיבור משמט **והרמב"ם בפ"ט ה"ו** הביא פסוק אחר שנ' לא יגוש מ"מ לא לשלם ולא לישבע **ובר"ן הקשה** ואיכא למידק שבועת מו"מ דמלוה פשיטא דכיון דממון אין כאן שבועה אין כאן ונ"ל דהכא בשתבע קודם שביעית והודה במקצת וכפר במקצת ואותו מקצת שכפר אין שביעית משמטת שכל ממון שכפר בו קודם שביעית אע"פ שעברה שביעית עליו אינו משמט והכי איתא בירושלמי מלוה ונעשית כפרנית אינה משמטת וכ"כ הרמב"ם בפ"י משמיטה ונמצא שאותו שכפר אין שביעית משמטת אותו וכו' קמ"ל דשביעית משמטת שבועה זו כיון שהשמיטה אותו מקצת שהודה בו נמצא שאינו אלא כופר בכל ואף השבועה שבאה מחמת אותו מקצת של הודאה נשמטה **ובמנחת חינוך** הקשה ולא זכיתי להבין דלא מצינו במורה במקצת ונתחייב שבועה ואח"כ שילם חלק ההודאה או מחל דלא יתחייב שבועה דהוי ליה ככופר הכל דזה אינו רק בשעת הודאה שאמר הילך והא כופר הכל בשעת התביעה אבל אם הודה במקצת ולא אמר הילך בשעת התביעה אפילו שילם המקצת לא מצינו שיפטר מהשבועה עוד צ"ע דלכא' דברי הר"ן הוי דוקא במו"מ אבל בע"א לכא' לא יאה שביעית משמטת כיון דכפר א"כ חייב בו שבועה **ובחידושי הגר"ח הלוי ביאר** דגם הר"ן מודה דיסוד הפטור הוא דשביעית משמטת את השבועה ורק דהקשה הר"ן כיון דאין החוב נפקע א"כ שוב יחזור ויתבענו שוב לאחר שביעית ויתחייב שבועה מחדש וע"ז תירץ הר"ן דעכשיו הוי כופר הכל כיון דהחלק שהודה נפקע בשביעית [ועי"ש דביאר דלמה כתב הר"ן מדין כופר הכל ולא מדין דקדמה הודאה לתביעה עי"ש] ויעו"ש עוד מש"כ ביסוד הדברים דשביעית משמטת השבועה

ובראב"ד בפ"ט הלכות שמיטה ה"ח השיג על דברי הרמב"ם דכתב דאין שביעית משמטת מלוה כפרנית והקשה דא"כ קשיא מתני' אמאי והשביעית משמטת את השבועה והרי זה עומד בכפירתו , ומבואר בשיטת הראב"ד לכא' דהחוב עצמו נשמט וצ"ע א"כ קושית הר"ן ויועין שם בדברי **הגר"ח** דכתב וז"ל דהגזה"כ דשביעית משמטת את השבועה בא להשמיטנו דבמקום שהלוח נתחייב שבועה אז גם עצם החוב נשמט אע"פ שעמד בכפירת חובו והא דכפרנית אינה משמטת הינו דוקא היכא דלא נתחייב שבועה

והנה ביסוד הדין דהשביעית משמטת את השבועה ביאר הגר"ח משמע דהביאור בדעת הרמב"ם דהשביעית משמטת את השבועה הוא מדינא דהשבועה חשיב לנגישת החוב וע"כ הוי בכלל לא יגוש ולדבריו הוי דין מיוחד ד, **שביעית משמטת את השבועה** אמנם מדברי הר"ן לכא' היה נראה דהביאור באופ"א דיעוין בלשון הר"ן דכתב ש, **כיון שהממון נשמט אף הדבור של שבועה שבא מכוחו נשמט**, ולכא' הביאור הוא דהחלק הנשמט נשמט לגמרי דגם כוח התביעה נשמט וע"כ חשיב לכופר הכל די"ל דלעולם בכל תביעה גם החלק של ההודאה לא פקע ממנה עצם השם תביעה משא"כ בשביעית אע"ג דהוי אח"כ חשיב דנשמט ממנו כוח התביעה לגמרי וע"כ חשיב לכופר הכל

וברק"א הביא בשם הרשב"א דכתב לישב כגון אם הלוח ערב שביעית ונשבע לו לפרוע כשיגיע זמן פרעון והגיעה שמיטה משמטת את המלוה ולוי שאמרה תורה שהיא משמטת את השבועה הינו אומרים שיהא חייב לפרעו מחמת שבועתו אע"ג שמלוה מוחיב לומר שמטע איני יאה להו חייב לומר לו אע"פ כן מחמת שנשבע לפרעו **אמנם יעוין בתשו' המיוחסת סי' רנו** דכתב שם דגם כה"ג שביעית משמטת כיון דהפקר ב"ד הפקר ולא נשבע זה לפרוע אלא כ"ז שהוא חייב שאילו מחל ו זה חובו אין חיוב שבועה חל עליו וההרי זה יכול להתיר שבועות שלא ע"פ חכם בכענין זה שהרי כאלו התקבל חובו דאפקעתא דמלכתא הוא ועי"ש דכתב עוד טעמים

ביסוד תקנת שבועת שכיר

ובגמ' **אמרינן גבי שכיר עקרוה רבנן לשבועה מבהעה"ב ושדיוה אשכיר ונחלקו** הראשונים האם חיוב שבועה הוי גבי בהעה"ב מדרבנן דתיקנו חיוב על הבעה"ב ואח"כ עקרו ממנו והטילו שבועה על השכיר או דמעיקרא תיקנו את החיוב על השכיר ומאי דאמרינן דרבנן עקרוה הכונה דהיה צריך להיות החיוב על הבעה"ב אבל בפועל לא הטילו עליו השבועה כלל אלא על השכיר **דיעוין בר"י מיגא"ש** כאן דכתב להוכיח דהשבועה דהכא הוי שבועת המשנה ובנק"ח ולא שבועת היסת והביא כמו דקציצה דבעי שבועה בגמ' דף מו' דאמר שמואל לצדדין דמבואר דבעי שבועה המשנה ה"ה הכא וכת'

דהך שבועה גופה דתקינן לה אבעל הבית גבי קציצה היא דאי לא דבעל הבית טריד בפועליו הוא הוי להו דנתתי ולא נטלתי ודינא דקציצה חדא מילתא והוה מחיבי בכולהו שבועה כעין דאורייתא אבעל הבית בתקנתא השתא וכו' עקרוה רבנן להך שבועה דתקנתא מבעל הבית ושדיוהא אשכיר ומבואר בדבריו דבאמת הוי קודם תקנתא דבהעה"ב ישבע ואח"כ משום דטרוד עקרוה הא שבועה והטילו על השכיר וגבי קציצה נשאר הדין דהוי על בהעה"ב

וכן דעת המלחמות בסוף פירקין

דבחדש צריך לישבע הבעה"ב שבועת המשנה כיון דתיקנו רבנן שבועה על בהעה"ב ורק דנטלו השבועה ממנו משום דטרוד והטילו על השכיר אבל בכה"ג דאין השכיר יכול לישבע הדר דינא דבהעה"ב נשבע ונפטר ומבואר בדבריהם דבאמת היה קודם תקנה על בהעה"ב והעבירו את השבועה על השכיר ונפק"מ א' דיש מקומות דלא העבירו בקציצה ב' בחשוד דאינו יכול לישבע א"כ בכה"ג נשאר התקנה על הבעה"ב וצריך לישבע שבועת המשנה בנק"ח או דנשבע רק היסת גרידא **ג' עוד נפק"מ יעין בש"ך ס' קח'** ביתומי השכיר דהדין הוא דאינם נשבעים ונוטלים האם ישבע הבעה"ב שבועת המשנה או שבועת היסת

אמנם דעת הבעה"מ בסוף פירקין דלא הטילו שבועה על בהעה"ב כלל וע"כ בכה"ג דהשכיר חשוד דאינו יכול לישבע א"צ הבעה"ב לישבע אלא שבועת היסת כיון דליכא כלל תקנתא גבי בהעה"ב דיצטרך לישבע דכל הדין שבועה הוי רק על השכיר ועין בש"ך ס' פט' ס"ק ג' דהוכיח דכן דעת הרמב"ם והראב"ד דא"צ לישבע אלא שבועת היסת ומבואר בדבריהם דחז"ל הטילו ישר את השבועה על השכיר

ובגמ' אמרינן דמשום כדי חיו ע"כ תיקנו ואח"כ אמרינן בגמ' בעה"ב טרוד בפועליו ויל"ע אם לאחר דאמרינן בגמ' הטעם דטרוד בפועליו בעינן נמי לטעם דכדי חיו ולדברי הר"י מיגא"ש לכא' מבואר דגם במקום דליכא טרוד בפועליו כגון בקציצה מ"מ איכא תקנתא כדי חיו לענין לתת את השבועה על בהעה"ב ולדבריו לכא' ע"כ הטעם דכדי חיו נשאר דמשום כדי חיו תיקנו שבועה על הבעה"ב ומשום דטרוד העבירו את השבועה לשכיר שישבע ויטול אמנם צ"ע א"כ מאי מקשינן בגמ' וליתב ליה בלא שבועה וע"כ צ"ל דקושית הגמ' כדביאר הר"ן דיתקנו משום כדי חיו דיטול בלא שבועה

ובתוס' בד"ה וניתב ליה בלא שבועה כתבו ו"ל דנהי דרבי יהודה לא חשיב לגמרי כאיני ידוע רבנן מיהא חשבי ליה כודאי שכח ולכא' מבואר בתוס' דהחשיבו רבנן את הבעה"ב לודאי שכח ולפי"ז לכא' א"צ להגיע לכדי חיו של שכיר וסגי לכא' בטעם דטרוד בפועליו וכן לכא' מבואר ג"כ במהרש"א בע"ב בד"ה אי הכי ביאר בדעת התוס' דקושית הגמ' אי הכי בקציצה נמי דאם הטעם משום כדי חיו ניחא דבקציצה לא שייך כדי חיו

וכן מבואר בתוס' רא"ש במתני' דהקשה קושית הראשונים מ"ט לא מנינן במתני' כל הנך פוגמת וכו' ותירץ תירוצ' הראשונים דלא מנינן הנך דנטלי מדינא והקשה א"כ מ"ט מנינן שכיר דגם נוטל מדינא ותירץ דמ"מ הוא חידוש וכו' וקמ"ל מתני' דבעל הבית טרוד בפועליו

[והנה בתוס' לא כתבו דהוי ברי ושמא מדינא אמנם בתוס' רא"ש משמע דהוי מדינא וצ"ע א"כ מאי אמרינן בגמ' דף מו' דהוי תקנתא לתקנתא לא עבדינן אליבא דר"י דלכא' אם ס"ל דהוי כשמא א"כ אינו תקנתא לתקנתא אלא רק חדא תקנה דישבע וצ"ע]

ובש"ך הביא דהתוס' בדף מו' ד"ה ורבנן דכתב אבל הכא מעיקרא מתקנינן ליה על השכיר פליגי על הרמב"ן ולהנ"ל י"ל דלהתוס' לא ס"ל כהרמב"ן מחמת תרתי א' דס"ל להתוס' דלאחר דאמרינן בגמ' טעמא דטרוד בפועליו שוב ליכא כלל לטעמא דכדי חיו אלא אדרבה י"ל דלהתוס' כיון דנחשב לשמא א"כ ודאי דהדין עם השכיר דצריך ליטול וא"כ לעולם לא הוי השבועה על בהעה"ב ב' וכן עוד יש לדון דגם כיון דמבואר דנחשב לשמא א"כ י"ל דאינו יכול כלל לישבע ג"כ כיון דחשיב לשמא שוב אינו יכול לישבע [ויל"ע אם שבועת היסת יכול לישבע או דילמא יפטר ג"כ משבועת היסת אמנם לכא' לא מצאנו שיטה הפוסרת מהיסת וצ"ב

וברמ"א ס' פט' כתב אבל אין יורשי השכיר נשבעין ונוטלין ומקור הדברים הוא מהרשב"א בשם הירושלמי ולכא' בפשיטות הטעם דכדי חיו תיקנו רק לשכיר ולא ליורשיו ולכא' צ"ע דהו

ניחא לטעם הראשונים אמנם לדעת התוס' דחשיב הבעה"ב בשמא א"כ מ"ט לא ישבעו היתומים והיה
אפ"ל דהירושלמי מירי דוקא בכה"ג דהיתומים שמא אמנם יעוין בנתה"מ ס"ק ד' וכן בתומים דכתבו
דגם כה"ג דהוי היתומים ברי ג"כ לא ישבעו ווצ"ע דלדברי הראשונים ניחא אמנם לדברי התוס' לכא'
אם היתומים ברי והבעה"ב שמא לכא' צריכים ליטול גם אם ליכא טעמא דכדי חייו וצ"ע

גמ' אי הכי אפי' קצץ נמי וכתב הר"ן דבשלמא אם הטעם הוא משום כדי חייו ניחא די"ל דבקציצה אינו אלא דבר מועט ששכרם של פועלים הוא ידוע וליכא למיחש לכדי חייו אלא אי מאמרת משום דטרוד הוא אפי' קצץ נמי וכן ביאר במהרש"א בדעת התוס' **וצ"ב בדברי הר"ן** דפירש לפני זה דברי הגמ' וליתב ליה בלא שבועה דקושית הגמ' דמחמת כדי חייו יתקנו שיתן לו בלא שבועה ומבואר דגם ליתב ליה בלא שבועה הוי מחמת כדי חייו וא"כ צ"ב מאי קושית הגמ' אי הכי אפי' קצץ נמי **[עוד הקשו דהר"ן לקמן דף מט'** כתב דהטעם דאין מגלגלין בשבועת שכיר כתב כיון דכל השבועה הוי רק להפיס דעתו של בהעה"ב ומשמע דצריך ליטול בלא שבועה מן הדין ובמתני' דידן כתב הר"ן דשכיר הוי מהנטלין שלא מן הדין וצ"ב]

ובתוס' ד"ה וניתב ליה בלא שבועה וכו' וי"ל דנהי דר"י לא חשיב לגמרי כאיני יודע אם פרעתיך רבנן מיהא חשבי ליה כודאי שכח **ובתומים ס"ק י'** הקשה דלכא' צ"ע דהכא מבואר דהפלגותא בין רבנן לר"י אם כופר הכל איכא תקנת שכיר תליא אם חשיב ודאי או ספק דטעם דר"י הוי משום דלא הוי ודאי שכח ובסוף הסוגיא לקמן דף מו' מבואר טעמא אחרינא בר"י דטעם ר"י משום דלא עבדין תקנתא לתקנתא ומבואר טעמא אחרינא בפלוגתא דרבנן ור"י אם עבדין תקנתא לתקנתא או לאו ועי"ש מאי שכתב דלמסקנת הסוגיא אינו ודאי שכח עי"ש וצ"ע

ובתוס' ד"ה אפי' קצץ נמי כתבו וי"ל דהתם אינו מודה מידי אבל הכא שמודה במקצת הו"ל כמנה לי בידך והלה אומר איך לך בידי אלא נ' ונ' לא ידענא **והקשה הרעק"א בתנינא קמ'** הרי שמואל ורב לית להו מתוך כמבואר לקמן מז' וא"כ מ"ט הוצרכו בגמ' לקמן דף מו' לתרץ על שלחו מבי רב לשמואל דמידכר דכיר הרי גם בלא מדכר דכיר הרי לית ליה מתוך **ותירץ הרעק"א** דאע"ג דלא ס"ל מתוך מ"מ כיון דאיכא תקנה מדרבנן דשכנגדו ע"כ צריך להיות דכה"ג דאינו יכול לישבע דשכנגדו יצטרך לישבע מחמת תקנת חשוד דתקנת חז"ל היתה כל שאינו יכול לישבע שישבע כנגדו ויטול כמו חשוד **והנה מבואר מדברי הרעק"א** חידוש גדול דיסוד הדין דשכנגדו אינו מחמת דין מתוך אלא דהוי דין דרבנן חדש גם בלא דין מתוך ועוד מבואר דכל הדין דאמרי רב ושמואל דלא אמרינן מתוך הוא דוקא בכה"ג דשכנגדו אינו יכול לישבע כגון בשניהם חשודים ובלא"ה מודו גם רב ושמואל דאיכא דין שכנגדו גם בלא מתוך גם בכל חמישים ידענא וחמישים לא ידענא **ועינין בראשונים** במשנה דהקשו מ"ט מנו במתני' חשוד הרי התם נוטל מן הדין ותירצו דאפשר אליבא דר"י דס"ל יחלוקו ולכא' מבואר כנ"ל דאע"ג דליכא מתוך מ"מ איכא לתקנת שכנגדו דחשוד **ובקה"י** כתב די"ל דהכא גבי שכיר חשיב כחשוד כיון דתלינן דטועה א"כ מה לי חשוד לישבע מחמת שקר או חשוד לשקר מחמת טעותא סוף סוף השבועה חשודה

גמ' אמר ליה רבא מאי מעליותא א"כ שבועת השומרין דחייב רחנא היכא משכחת לה מתוך וכו' ובביאור סוגית הגמ' מצאנו בראשונים כמה דרכים

א' בר"י מיגא"ש כתב דהנידון בגמ' הוי אם אמרינן מיגו לאפטורי משבועה או לאו, ועי"ש בדבריו דכתב דלענין ליטול פשיטא לגמ' דלא אמרינן מיגו לאפטורי בשבועה גם להו"א וכל הנידון הוא רק לענין להחזיק אם אמרינן ביה מיגו לאפטור משבועה וע"ז מסקינן בגמ' דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה

וברא"ש הקשה על דברי הר"י מיגא"ש ודבריו אינם מובנים לי כיון דמיגו דאורייתא הוא מה לי ממון מה לי שבועה אטו שבועה לאו ממון דזימנין דלא בעי אישתבועי וקיהיב ממונא **והקשה בקצה"ח ס' פב' יד'** הרי גם לענין העזה לכא' קימ"ל דלענין ממון אמרינן מיגו דהעזה ולא לענין שבועה וא"כ תיקשי קושית הרא"ש דגם שבועה חשיב ממון ועי"ש מאי דתירץ **[עוד י"ל דברי הרא"ש דס"ל כדברי התוס' דלא אמרינן מיגו דהעזה גם לענין ממון וכמו דמחלקים התוס' כמבואר לקמן וליכא חילוק בין ממון לשבועה ודו"ק]**

ובר"י מיגא"ש כתב בתוך ולית הילכתא הכי אלא אפילו הפקיד אצל חבירו בשטר נמי יכול לטעון החזרתו לך מיגו דאי בעי אמר נאנסו דהכי אפסיקא הילכתא בפרק המפקיד וכיון שכן אישתכח דאפילו נתבע דמחייב שבועה לאיפטורי נפשיה ולא קא שקיל מידי בשבועה דיליה לא מיפטור

ובביאור הוכחה ידידה לכא' צ"ע דהתם מבואר דהחזרתי נאמן מיגו דנאנסו אמנם שפיר י"ל דדוקא בשבועה וכמש"כ התוס' בד"ה בשטר בשם ר"ת וא"כ כיון דנאמן דוקא בשבועה א"כ שוב לא שייך לומר החזרתי במיגו דנאנסו וצ"ע

ולכא' ביאר הדברים כמש"כ הרעק"א בביאר דברי התוס' בתירוץ הב' דהא דמיאנו בתירוץ דר"ת משום דס"ל להו כשיטת הש"ך ריש סי' קצא' דנאמן

ב' ובתוס' ד"ה מתוך כתבו דהכא אין זה מגו טוב דאין אדם מעיז לכפור הכל אבל נאנסו דאין חבירו מכיר בשקרו נוח לו לטעון מ"מ פריך לשמואל דאית ליה כי האי מיגו וכו' **ומבואר בתוס' דהנידון הוא אם אמרינן מיגו דהעזה** [ומדברי התוס' משמע דגם בממון הוא נידון הגמ' אם אמרינן מיגו דהעזה או לאו דכתבו והשתא נחא דפריך אדשמואל טפי ולא פריך אמאי דאמרינן מיגו בכל התורה **וביאר בש"ך סי' פב' בכללי מיגו ו' וכ"כ בחזו"א חו"מ סי' ה'** דאע"ג דבעלמא אמרינן מצאנו בגמ' דאמרינן מיגו דהעזה גבי הנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעי בב"ב לו' ס"ל להתוס' דלא חשיב התם העזה דהעזה הוא דוקא בכה"ג דעשה לו טובה או דהלוה לו או דהפקיד אצלו משא"כ כל שעשה לו שום טובה לא חשיב כלל העזה [ובחזו"א כתב כל שנהגו ריעות אהדדי] ולפי"ז לשיטת התוס' לא אמרינן מיגו דהעזה לעולם לא לענין ממון ולא לענין שבועה

ובקצה"ח הביא בשם אחיו לבאר דברי התוס' דהעזה הוא רק במקום דכופר יותר ממון וכן דהוי יותר העזה דרך ע"י תרויהו חשיב העזה משא"כ בכה"ג דאינו כופר יותר ממון ואע"ג דהוי העזה לא חשיב העזה וע"כ הנהו עיזי דאכלי חושלא כיון דאינו יותר בממון לא חשיב להעזה עי"ש ודו"ק

ג' ובר"ן כתב דהנידון האם אמרינן מיגו דהעזה לאפטורי משבועה או לאו וע"ז מקשינן בגמ' דכיון דאמרי גבי שכיר דמהני מיגו דהעזה לאפטורי משבועה ע"ז מקשינן בגמ' דא"כ גם גבי שומרים נימא קן וע"כ דלא אמרינן מיגו דהעזה

עוד הקשו הרמב"ן והר"ן דהגאונים כתבו אליבא דאמת דשבועת השומרים הוא בכל גוני דלא מהני מיגו גרוע ומ"מ לענין שכיר אמרינן גם מיגו גרוע ואע"ג דבגמ' אמרינן דסתרי ההדדי וברמב"ן כתב דקשיא ומ"מ הכי קימ"ל ובר"ן כתב דהכא גבי תקנת שכיר כיון דהוי תקנה בעלמא ע"כ אמרינן ביה מיגו גרוע

ובשו"ע ריש סי' רצו' כתב דשומר נשבע אפי' שלא בעדים משום דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה והרמ"א כתב ויש אומרינן דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה ולכא' הוא הנך ב' דעות אם כהר"י מיגא"ש או כהר"ן **ובביאור הגר"א סי' ע"ב ס"ק פו'** הקשה שם על הרמ"א דכיון דקימ"ל כדברי הגאונים דכה"ג דמחזיק משכון דמוטל צריך לישבע בנק"ח א"כ ע"כ דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה אפי' בכה"ג דהוי מיגו טוב וכתב דמ"ש הש"ך בשם הרא"ש דשאני התם דאינו טוען על גופו של משכון אבל ליתא דמ"מ כיון שי"ל מגו ליהמניה במיגו דאפי' במקום שאינו נמאן כלל נאמן במגו כ"ש כה"ג אלא שא"א מגו לאפטוריה משבועה ועי"ש דביאר מ"ט הוצרכו הרא"ש לומר דאינו טוען על גופו של משכון עי"ש [אמנם צ"ב דבר"י מיגא"ש מבואר דגם למאן דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה מ"מ לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה בשבועות המוטלין וצ"ב

אמר ר"נ אמר שמואל ל"ש אלא ששכרו בעדים והנה בגמ' מירי בכה"ג דהוא כופר הכל דלא שכרו בעדים נאמן הבעה"ב **ובכה"ג דהוי מוב"מ יעוין בטור דהביא בזה ב' דעות בשם ר"י** כתב דדוקא בכופר הכל אבל מוב"מ ליכא מיגו דלא יהא נאמן במגו דאי בעי אמר לא שכרתיך מעולם דהוי העזה הילכך אם טואן ברי שפרעו נשבע השכיר ומוטל וכו' **אבל הרמב"ם** כתב שאין חילוק שכתב שכרו שלא בעדים נאמן לומר נתתי לך שכרך וישבע בעל הבית היסת שנתן או שבועת התורה אם מודה במקצת **ובביאור המח'** הוא בפשטות דדעת הרמב"ם דאע"ג דהוי מיגו דהעזה ולא מהני לאפטורי משבועה

מ"מ מהני להחשיבו כטענת ברי כנגד השכיר דלא ישבע השכיר ויטול וכו"כ **בנתה"מ ס"ק ז' בביאור דעת הרמב"ם ובביאור דעת הר"י** כתב שם דס"ל כדברי הר"ן דהוי ב' תקנות תקנה ראשונה דהטילו השבועה על הבעה"ב ותקנה ב' דהעבירו השבועה מהבעה"ב לשכיר ולפי"ז מאי דמהני המיגו דלא שכרתיך זהו לענין התקנה הראשונה דאין הבעה"ב צריך לישבע שבועת התקנה כיון דע"י המיגו חשיב לברי ושוב א"צ לישבע ובמילא אין מקום לתקנה השניה ולפי"ז כ"ז זהו רק בכופר הכל משא"כ במודה במקצת לא מהני המיגו כיון דהוא מחויב שבועה מחמת דין מוב"מ ושוב כיון דהוא חייב שבועה שוב אמרין דטרוד והופכים השבועה על שכנגדו **אמנם לכא' צ"ב דדברי ר"י** הם דברי התוס' בע"א ודעת התוס' דלא הוי ב' תקנות ודו"ק **ולכא' הביאור הפשוט הוא** דדעת ר"י זהו דעת התוס' דלא אמרין מיגו דהעזה גם לענין ממון וע"כ לא מהני המיגו כלל דהוי מיגו דהעזה דלא מהני גם לענין ממון ודו"ק

גמ' אומן אומר שתיים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת ישבע בעה"ב איני והא תני וכו' והנה בביאור הס"ד דהגמ' דלכא' אם הוא מודה במקצת מ"ט לא יצטרך שבועה מ"ש מכל מוב"מ הבעה"מ כתב דמירי במוב"מ כפשוטו והס"ד דגמ' דבתביעת שכירות ליכא בזה דין מוב"מ דדוקא בהלואה ובפקדון איכא ובמלחמות כתב בדעת הר"ף בב' אופנים או דעבדין תקנתא לבהעה"ב או דהביאור הוא דכיון דהוא טרוד א"כ אין מוסרין לו שבועה והא דאין הופכים את השבועה משום דבקציצה ליכא משום כדי חיו **אמנם הר"י מיגא"ש** כתב דדברי הגמ' הוי בכה"ג דליכא דין מוב"מ גם בכה"ג דהוא כופר הכל דטעון הילך גם בזה אמרין דאיכא תקנת שבועה על בהעה"ב משום כדי חיו דשכיר

והנה הר"י מיגא"ש כתב כ"ז לדברי רבנן אמנם יל"ע לר"י דאמרין דבדאורייתא עבדו רבנן תקנתא לשכיר ובדרבנן הוי תקנתא לתקנתא אם בעינן דוקא מוב"מ גמור או לאו ומדברי הר"י מיגא"ש משמע דבעי מוב"מ גמור להפוכי דאל"ה הוי תקנתא לתקנתא דלא עבדין [ולפי"ז צ"ע מ"ט לא תירצו הגמ' הסתירה דתריהו הוי לר"י וחלוק אם מוב"מ גמור או לאו וצ"ל דהגמ' הוי קודם דאמרין דהחסרון משום תקנתא לתקנתא] **אמנם במלחמות משמע דדברי ר"י** הוי גם בכה"ג דאינו מוב"מ גמור ג"כ איכא בזה תקנת שכיר דהוי כעין דאורייתא ובכה"ג אמרין דכולה חדא תקנתא עי"ש ודו"ק

וברמב"ם פ"ה ה"ב מטו"נ כתב דהחופר בורות שיחין ומערות נידון כקרקע ובראב"ד שם כתב אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעות ממון וכמי שאמר לו חבלת בי שתיים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת **ובדעת הרמב"ם כתב בקצה"ח** לישב בב' אופנים א' דס"ל כשיטת הר"ן דאפי' בהילך מחיב ר"י וה"ה גבי עבד ב' ועוד כתב דס"ל להרמב"ם דדוקא עב"כ הוקש לקרקע וקצה"ח ס' תיח' ס"ק א' כתב דבדעת התוס' ג"כ מבואר דכל דברי ר"י הוי דוקא אם הוא מודה במקצת גמור

גמ' אלא אמר רבא הא קמיפלגי ר"י סבר בדאורייתא עבדו ליה תקנתא לשכיר ובדרבנן הוי תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדין **ולכא' צ"ב בדברי הגמ' א' דלכא' פליגי בתרתי א' אם עבדין** תקנתא לתקנתא ב' אם קציצה מידכר דכירי או לאו **ב' עוד צ"ב דלדברי הראשונים** דהוי ב' תקנות דקודם נתיקנה על בהעה"ב ואח"כ על השכיר א"כ צ"ב מ"ט בכופר הכל לר"י לא יצטרך הבהעה"ב לישבע [ואפשר דאה"נ דנשבע וכל מאי דמבואר במתני' דאינו נוטל לר"י בלא מוב"מ אבל לישבע אה"נ דבעי שבועה **ג' עוד צ"ב קושית התומים** דהבאנו לעיל דלעיל מבואר בתוס' דר"י ורבנן פליגי אם ודאי שכח או דחשיב לספק שכח והכא אמרין דפליגי האם עבדין תקנתא לתקנתא

[ואפשר די"ל בדעת התוס' ולומר דהדברים תליא אהדדי דרבנן ס"ל דהתקנתא דרבנן הוי לאחשובי כודאי שכח וע"כ כיון דחשיב לודאי שכח ע"כ ליכא חסרון דתקנתא לתקנתא [וי"ל או דהוי טעם לתקן אפי' תקנתא לתקנתא כיון דהוי כודאי שכח או די"ל דלא הוי כלל תקנתא לתקנתא דהתקנה דשכח הוי

לטובת השכיר ותקנת השבועה הוי לבהעה"ב וי"ל דבכה"ג לא שייך כלל חסרון דתקנתא לתקנתא ולר"י גדר התקנתא היה דהוי ספק שכח וע"כ כיון דהוי ספק ע"כ איכא בזה חסרון דתקנתא לתקנתא ולפי"ז י"ל דגם המח' לענין קציצה הוי לשיטתם די"ל דהביאור בקציצה דמידכר דכירי הביאור הוא ג"כ דהוי רק ספק ולרבנן י"ל דכיון דכל הגדר התקנה הוי רק במקום דחשוב לודאי שכח א"כ י"ל דקציצה מידכר דכירי והביאור הוא דאינו ודאי וע"כ ליכא תקנה בכה"ג ולר"י דס"ל דגדר התקנה הוא דספק א"כ י"ל דגם בקציצה בעינן לתיקוני כיון דהתקנה הוי על ספק וע"כ תיקנו בקציצה להפוך השבועה ורק בקציצה תיקנו דהתם ליכא משום תקנתא לתקנתא דהוי רק חדא תקנה להופכה ודו"ק]

מיתבי וכו' כל זמן שטלית ביד אומן על בהעה"ב להביא ראיה והנה הראשונים נחלקו דהרמב"ן והר"ן דיקו דאומן נוטל גם בלא שבועה מדבסיפא איתא דנוטל האומן בשבועה והכא לא כתיב שבועה ע"כ דנוטל גם בלא שבועה והקשו מכאן על דברי הר"ף דכתב בשם הגאונים דמי שמחזיק משכון דנאמן לטעון על החוב עד כדי דמי המשכון במיגו דטעין דהמשכון ידידה נאמ"מ נשבע שבועה חמורה מפני שאינו נשבע על גופו של משכון והקשו דמ"ש מאומן הכא דמבואר דלא בעי שבועה ונאמרו בזה כמה תירוצים **א' הרמב"ן** תירץ דדאומן עדיף ולא מיבעי למאן דאמר אומן קונה בשבח כלי כיון דכטעון על גופו של משכון אלא אפי' למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי כיון דודאי אית ליה עליה אגרא ואאגריה תפיס כטוען על גופו של כלי דמי דמקנה קני ליה כלי עד דהיב ליה אגריה ושקיל ליה ואיהו גופיה הימניה לאומן אאגריה כי מסר ליה כלי והר"ן השיג עליו דמשכון קני ליה טפי מאומן מדרב יצחק אפי' משכנו בשעת הלואתו **ב' והר"ן** תירץ דכל דינא דהגאונים זהו רק אם בא לגבות את החוב אבל אם מחזיק את המשכון בזה א"צ שבועה ובאמת דינא שוה דאומן התופס בחפץ ומלואה התופס את המשכון דבתרייהו יכול להחזיק ולא לישבע שבועת המשנה ורק אם בא לגבות בזה צריך לישבע שבועת המשנה **ג' עוד תירץ הר"ן** דחלוק אומן דחזין בגמ' דהוי יהיבין ליה בלא שבועה אם לאו הטענה כי היכי דפיס על בהעה"ב וא"כ כיון דהוא תפיס א"כ הבעה"ב מפויס עי"ש **ד' וברשב"א** כתב דכל כה"ג דנוטל מחמת תקנת חז"ל א"כ אם אית ליה מיגו מעלין ליה חד דרגא משא"כ בכה"ג דנוטל רק מחמת המיגו בזה צריך לישבע **ובש"ך פט' ס"ק י'** ג"כ כתב כעין זה דכל דטענתיה דאומן עדיפא טפי בזה א"צ לישבע **ובקצה"ח שם ס"ק יא'** כתב דכל כה"ג דנוטל גם בלא מיגו א"כ מהני המיגו לאפטורי משבועה משא"כ במקום דבעי את המיגו ליטול לא מהני ליה לאפטורי משבועה **ובביאור הגר"א ע"ב ס"ק פו'** כתב דכ"ז הוי רק לפי הסוגיא דלעיל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה משא"כ למסקנא דקימ"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה א"כ א"צ לישבע **[אמנם צ"ב שם בדבריו דזהו ניחא לענין שאר הראיות אמנם לענין מתני' צ"ב]** **ה' עין בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק כא'** דכתב שם דכה"ג דהמיגו בא לממון מהני גם לאפטורי משבועה וע"כ כתב דחלוק אומן ממשכון דאומן אם היה לו עדים דנתן לו בתורת אומנות אינו נאמן וע"כ אתי המיגו לעצם הממון משא"כ משכון אם היה עדים על עצם המשכון היה נאמן עד דמיו ורק דהיה צריך לישבע ע"כ חשיב דהמיגו הוא על השבועה גרידא ולא על הממון

והרמב"ם והשו"ע ס' ה' כתבו דנשבע האומן בנקיטת חפץ ולכא' קשה קושית הראשונים דמ"ש רישא מסיפא דמדבסיפא איתא דנשבע ונוטל א"כ ברישא אינו נשבע ונוטל ונאמרו כמה ביאורים **א' הרשב"א** כתב די"ל דכל הנפק"מ בין הרישא לסיפא הוי רק דבסיפא הוי רק בזמנו וברישא הוי לעולם כיון דתפיס המשכון א"כ נאמן גם לאחר זמנו **ב' ולפי דברי הש"ך לכא'** הביאור דהבריתא הוי דוקא לר"י ולפי"ז הרמב"ם הוי לדידן דקימ"ל כרבנן א"כ צריך לישבע וכן ביאר הקצה"ח לטעם הר"ן דכיון דבעי שבועה רק כדי לפיסו א"כ לר"י הוא מפויס כיון דנוטל מן הדין משא"כ לדידן אליבא דרבנן א"כ לא שייך פיוס וע"כ צריך לישבע **ג' ובנתה"מ כתב** ע"פ דברי התומים דכל דברי הגאונים זהו רק כשהלואה ברי אבל אם הלואה שמא אינו צריך לישבע כיון דבברי ושמא אמרינן מיגו להוציא א"כ א"ש נמי דכל הבריתא הוי דוקא לר"י דגם לענין קציצה חשיב לשמא משא"כ לרבנן דהוי ברי בעי שבועה עי"ש

בטוענו כלים הניטלין תחת כנפיו וכתבו בתוס' והכירו העדים במקצתן וכתבו התוס' ומתוך כך היה נראה דאין הלכה כר' חייא דאמר מהני לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים שיש לו נ' שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים **ובר"י מיגא"ש** תירץ וז"ל הנ"מ היכא דאמרי עדים שיש אצלו חמישים אוד דבר שהוא ממון ודאי אבל הכא כיון שאין מעידים אלא עד דבר שהוא טמון תחת כנפיו לא הוה הנתבע מתחייב בכאן שבועה בעדותן שהרי אין מעידין,, עדות ברורה שיש אצלו ממון ממש לפי שאפשר לומר שמא עפר וכו'] והנה לדברי הר"י מיגא"ש מירי הכא אפי' בכה"ג דלא ראו דודאי דגזלו במקצת **ובסמ"ע ובש"ך ס"ק ב'** כתבו דלדברי התוס' דוקא בכה"ג דודאי ראו מקצת כלים אבל אם י"ל דהוי עפר ליכא בזה תקנת נגזל עי"ש וגם מש"כ השו"ע לשון ואינם יודעים מה הם י"ל דמ"מ מירי בגזלו כלים [וצ"ב דבשו"ע סי' שפח' גבי מזיק מבואר דאפי' אם אין אנו יודעים די"ל דהוי עפר מ"מ איכא בזה דינא דתקנת מזיק וצ"ב]

והנה נחלקו הראשונים אם בכל כה"ג דנגזל נהפך לחשוד מחמת דהוי גזלן דהטור הביא ב' דעות בכה"ג דגזלו ואינו אמוד בהנך דברים דליכא בזה תקנת נגזל אם הנגזל נשבע היסת או לאו **דרב האי כתב דנשבע היסת ורבינו ישעיה כתב דהוי חשוד** וע"כ אינו נשבע היסת **וברי"ף וברמב"ם** ג"כ משמע דהוי חשוד דכתבו דהא דאין הגזלן נשבע משום דהוי חשוד עי"ש והנה לדברי הר"י מיגא"ש לכא' בכה"ג די"ל דהוי עפר לכא' ודאי דלא יפסל כיון דאפשר דלא גזלו כלל והנה לכא' יל"ע להנך שיטות דהוי חשוד א"כ לכא' לר"י דכל דינא דנגזל הוי רק בכה"ג דהוא מוב"מ א"כ לכא' א"צ לתקנת נגזל דתיפו"ל דהוי בכלל חשוד דאיכא דין שכנגדו וי"ל דמירי בכה"ג דליכא שבועת מוב"מ כגון הילך אמנם כ"ז ניחא דדוקא לדברי הר"ן והר"י מיגא"ש דלא בעינן שבועת מוב"מ אליבא דר"י אלא רק דיהא הודאה במקצת אמנם להנך ראשונים דהביא **הקצה"ח סי' צה'** דמשמע דבעינן דוקא מודב"מ גמור ע"כ צ"ל דס"ל דע"י נגזל לא הוי חשוד ודו"ק

והרמב"ם בפ"ד ה"ה כתב היה עד אחד מעידו שנכנס ונטל כלים תחת כנפיו ואינו ידוע מה הן והא אומר לא גזלתי כלום או שאומר בחובי נטלתי הואיל ואי העד יודע מה היה תחת כנפיו הרי זה נשבע בנק"ח שלא גזל שאינו מוחזק בגזלות אלא בשני עדים **ובסמ"ע ס"ק יג'** דלא דמי האי לנסכא דר"א דאמר ביה דה"ל מחויב לישבע וכו' דשאני התם אלו היה שני עדים שראו שחטף החפץ מיד חבירו היה צריך לישלם וקימ"ל דכל מקום משא"כ בנדון זה דאפ"א אם ראו שני עדים שהוציא כלים מ"מ אין בעה"ב נאמן להוציא מידו בעדותן לבד אם לא שישבע תחלה ונתה"מ ס"ק ה' הקשה דכ"ז ניחא לדעת הסמ"ע דס"ל דגם בנכנס למשכנו נאמן לומר לקוח הוא בידי אבל לדעת הש"ך דס"ל דבנכנס למשכנו אינו נאמן לקוח א"כ לכא' נאמן בהעה"ב גם בלא שבועה ולכא' י"ל בדעת הרמב"ם דכתב,, שאינו מוחזק בגזלות אלא בשני עדים" ולכא' נראה בדבריו דיסוד דין תקנת נגזל הוא דוקא בכה"ג דהוחזק בגזלות וע"כ בע"א אע"ג דאיכא דין מתוך וע"כ אינו נאמן על מאי דחזין דמשכ"מ לא הוחזק בגזלות וע"כ אין בזה דין תקנת נגזל ורק מאי דחזין יהא הדין דנטל ולפי"ז צ"ל דמש"כ הרמב"ם ונשבע בנק"ח הוא דדוקא על מאי דלא חזין דנטל ובטור כתב דנשבע שבועת היסת ובב"י כתב דמש"כ הרמב"ם בנק"ח קאי רק על לא גזלתי משא"כ אם יטעון בחובי נטלתי שם לא יצטרך שבועה בנק"ח חפץ עי"ש [אמנם צ"ב למאי דביארנו א"כ מ"ט נשבע בנק"ח אם שבועתו הוי על מאי דלא נטל וצ"ל ע"פ מש"כ הרמב"ם בה"ז דבאין הבעה"ב לפנינו אין הנגזל נשבע כיון דהוא חשוד ומבואר ברמב"ם דבעצם הוי טעם להשביעו ואין אנו משביעין אותו מחמת דהוי חשוד וא"כ י"ל דהכא דאינו חשוד א"כ אנו משביעין אותו

וברמב"ם ה"ז כתב היה שם שכיר או לקיטו של בעה"ב אינם נשבעים ונטלים ואי הנגזל יכול לישבע וכו' ואין העדים וכו' ואין משביעין את הגזלן מפני שהוא חשוד והנה צ"ב דברי הרמב"ם דמ"ט רצה לחיבו שבועה את הנגזל **וברק"א על השו"ע ה' ז'** כתב דכונת הרמב"ם הוא דיהא חייב שבועת היסת וכונת הרמב"ם דיהא ברי ע"י אחר ע"י השכירו ולקיטו והקשה על לשון השו"ע דכתב אם לא היה שם בהעה"ב ובזה הקשה דמהכ"ל דיצטרך לישבע [ועוד צ"ב דבלשון הרמב"ם גופיה ג"כ לא משמע דכונתו על היסת] **ויעוין בלשון הרי"ף בשער הראשון** דכתב ומפני מה אין חבירו נשבע שלא נטל כלום מביתו של חבירו ונפטר חדא מפני שהוא גזלן ועוד וכו' ומבואר דבעצם גם תקנת נגזל אם היה שייך לחיבו שבועה את הנגזל היה סגי בהכי ולא היה דין דנשבע ונטל וכל הטעם דאיכא דין דנשבע ונטל הוי רק מחמת דא"א לתת שבועה לנגזל ודו"ק

היו עדים מעידים אותו שנכנס למשכנו והנה דעת הטור דגם בנכנס למשכנו אם טוען לקחתי נאמן בטענתו ורק אם הטמין ואינו עשוי למכור כליו ורק בכה"ג אינו נאמן וכתב **הסמ"ע ס"ק ה' וס"ק לו'** מדברי השו"ע דכל דברי הטור הוא רק בכה"ג דטוען לקוחים אמנם אם יטעון דשלי היתה מעולם בזה אינו נאמן כיון דנכנס לגזול את חברו והקשה הש"ך דא"כ לעולם יהא נאמן לטעון דשלו מעולם או בחובו במיגו דלקוחים **ובש"ך ס"ק ז'** כתב דליכא חילוק דכל כה"ג דנאמן לטעון לקוחים שוב נאמן לטעון דשלי היתה מעולם וע"כ לדברי הטור כל כה"ג דיהא נאמן לטעון לקוחים יהא נאמן לטעון ג"כ דשלו היתה מעולם ודיק נמי דדעת השו"ע והרמב"ם פליגי וס"ל דכה"ג דנכנס לגזול שוב אינו נאמן לטעון לקחתי אפי' בליכא כל הני ריעותת דאמרינן בגמ' דכיון דנכנס למשכנו א"כ לעולם אינו יכול לטעון לקחתי [ובזה פליגי על הטור] ובנתה"מ ס"ק ג' כתב לחלק דיהא תלוי אם טוען שלי יהא לו מיגו דלקוח [להטור] או מיגו דהחזרתי לכו"ע אמנם אם יטעון דתפס בחובו שוב יהא בזה תקנת נגזל דאע"ג דיהא נאמן על מאי דלקח מ"מ אית ליה דין גזלן כיון דתפס בחובו וא"כ אע"ג דנאמן על הכלים דנטל מ"מ על הכלים דטוען דלא נטל יהא בהם תקנת גזלן ודו"ק

ברי"ף כתב בשער הראשון דכה"ג דהעדים מעידים דנטל ואין אנו יודעים מה הוא והוא אומר לא נטלתי ישבע בהעה"ב שכך וכו' ומפני מה אין חברו נשבע שלא נטל כלום מביתו של חברו חדא שהוא גזלן ועוד לפי שאין מקבלין להכחיש את העדים והנה צ"ב בדבריו דלכא' אם כתב דנפסל לגזלן ע"כ צ"ל דאיכא בעדותם עדות ג"כ על חיוב ממון וא"כ לכא' צ"ב מ"ט ליכא חיובא מדינא דמודב"מ וי"ל דאיכא חסרון דדבר שבמדה כה"ג וע"כ ליכא בזה דינא דמודב"מ אמנם צ"ב דבשער השני כתב דמירי דלא ידיענן כמה נטל ולכא' אם כלי אחד או שנים ולכא' התם צ"ב דא"כ מ"ט בעינן כלל לדינא דתקנת נגזל תיפול"ל משום כיון דנפסל הוא גזלן ואית ביה דין מתוך ולכא' י"ל דמירי בהילך אמנם צ"ב דא"כ מ"ט לר"י סגי ונצטרך לומר דר"י מודה דהילך חשיב למודב"מ כמש"כ הר"ן בסוגין לעיל אמנם צ"ב דא"כ באופן הא' ג"כ לכא' גם בדבר שבמדה לכא' ג"כ מ"ט לר"י ליכא בזה תקנת נגזל דלכא' דבר שבמדה לא גרע מהילך [דדבר שבמדה הוא רק גזיה"כ]

ולכא' נראה לתרץ די"ל דכל כה"ג דלא ראה יש לו מיגו דהיה יכול לטעון החזרתי דהרי לא ראה וכיון דיכול לטעון החזרתי א"כ אית ליה מיגו דהיה יכול לטעון לקחתי והחזרתי וע"כ לענין שבועת מודב"מ אית ליה מיגו אמנם לענין תקנת נגזל מבואר בש"ך ס"ק ג' דכל כה"ג דהוחזק גנב במקצת שוב גם מיגו לא מהני ליה וע"כ בעינן לתקנת נגזל [אמנם צ"ע למאן דס"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה]

[הסמ"ע כתב דגם כה"ג דאית ליה מיגו דלקוחים מ"מ אינו נאמן לומר שלי היא מעולם דלא מהני מיגו נגד חזקה מה שתחת יד אדם שלו, והקשה הש"ך דמ"ש מלא ראה דנאמן במיגו דהחזרתי ובנתה"מ כתב לישב דכל מאי דמהני זהו רק לענין מאי דראה אמנם כיון דאית ליה דין גזלן א"כ אם טוען לא נטלתי איכא לשבועת שכנגדו [[ולכא' י"ל בדעת הסמ"ע דכה"ג דראה הוא נגד חזקה משא"כ בלא ראה י"ל דאינו נידון כגזלן]]

הרמב"ם כתב היה עד אחד מעידו שנכנס ונטל כלים תחת כנפיו ואינו יודע מה הן והוא אומר לא גזלתי כלום או שאמר בחובי נטלתי הואיל ואין העד יודע מה היה תחת כנפיו הרי זה נשבע בנק"ח שלא גזל שאינו מוחזק בגזלות אלא בשני עדים ובסמ"ע הקשה מ"ט לא נימא דהוי כנסכא דר"א ותירץ דהכא גם אם הוי ב' עדים מ"מ אינו נאמן דוקא בשבועה וע"כ ליכא בזה מתוך ובש"ך הביא תירוץ זה והקשה הנתה"מ דכ"ז ניחא הסמ"ע לשיטתו דנאמן לטעון לקוחין אמנם להש"ך דאינו נאמן לטעון לקוחים א"כ לכא' צריך להיות כנסכא דר"א ולכא' נראה לומר דאע"ג דאמרינן דליכא

ולא אמרן אלא בדברים העשויין להשאל ולהשכיר אבל דברים שאין עשויין להשאל ולהשכיר נאמן וכו' והנה נחלקו רש"י והתוס' דלרש"י כל החילוקים נאמרו בכלים העשויין להשאל ולהשכיר משא"כ בכלים שאין עשויין להשאל ולהשכיר לעולם נאמן הלוקח כמ"ש רש"י ואין נראין דברי האומר השאלתים עוד כתב רש"י דהא דנאמן הלוקח הוי בשבועה ויל"ע איזה שבועה היא דלכא' שבועת הנוטלין דהגאונים חידשו לכא' ליכא הכא כיון דהוי ברשותו וא"כ הוא המוחזק בדבר, ואם נימא דכונתו היסת צ"ע דלכא' פשיטא דישיב היסת וכן מלשוננו קצת משמע דנאמנותו הוי ע"י שבועה ויל"ע

ב' ושיטת התוס' דאדרבה כל דברי הגמ' הוי דוקא בדברים שאינם עושים להשאל ולהשכיר אבל בדברים העשויין להשאל ולהשכיר לעולם הוי בחזקת המ"ק וכן דעת הרמב"ם ואפי' בכה"ג דהוציאן מגולים לעולם נאמן הבעה"ב [וברמב"ן הביא דעת הר"ח לחלק דגם בדברים העשויין להשאל ולהשכיר דנאמן הבעה"ב הוי דוקא בטמונין ולא במגולין דבמגולין נאמן המחזיק וע"ש דחלק עליו]

ברמב"ם פ"ט ה"ד כתב דבדברים העשויין להשאל ולהשכיר דנאמן נוטל בלא שבועה ורק שבועת היסת צריך ובראב"ד שם כתב אני איני אומר כן אלא כל נוטל נשבע בנקיטת חפץ חוץ מראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא בעין שנאמר בו אינו נאמן לומר לקוחים הם בידי הואיל והעדים מעידים על הענין ההוא **וכונת הראב"ד** דהוי נוטל ובעי שבועה ורק בכה"ג דהעדים מעידים על נטילתו החפץ דכה"ג אינו נחשב מוציא כיון דהנידון הוא על השעה דנטלו ודו"ק

ושיטת הראב"ד דגם אם נאמן בטענתו דהוי ידידה מ"מ במציאות הוי נוטל וע"כ איכא בזה שבועת הנוטלין דכל נוטל בעי שבועה **ובדעת הרמב"ם י"ל** בב' אופנים א' י"ל דכיון דהממון הוי ידידה שוב ליכא בזה כלל שבועת הנוטלין דכל דין שבועת הנוטלים הוא רק בכה"ג דנוטל ממון וכמש"כ הרמב"ם בפ"ג ממלוה גבי משכון ומפני מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח דכיון דלוקח ממון ע"כ צריך לישבע משא"כ הכא דנאמן דהוי ידידה לא חשיב כלל נוטל אמנם צ"ע **דברמב"ם פ"ה מהלכות גניבה הי"ב** מבואר דאם בהעה"ב טוען גנבים בהוחזק לגנב מ"מ בעי שבועה בנק"ח אע"ג דגם שם אינו נוטל ובש"ך ס"ק כג' כתב דט"ס ברמב"ם או דמירי בכה"ג דאינו ידוע כמה נטל אמנם הסמ"ע כתב דע"כ צ"ל דחלוקים הם להרמב"ם אם טוען גנבים או דטוען שאולים ע"ש אמנם י"ל בדברי הרמב"ם החילוק באופ"א דאם טוען שאולים י"ל דהוי בחזקתו דלא חשיב למוציא וכמש"כ הרמב"ם דהוי כדן הקרקעות דעומדים בחזקת המ"ק משא"כ בכה"ג דטוען גנבים שוב אינו בחזקת המ"ק וע"כ בעי שבועה בנק"ח ודו"ק

ובכה"ג דטוען גנבים בדברים העשויין להשאל ולהשכיר אם נאמן בהעה"ב או לאו בתוס' ד"ה בקונטרס גרס כתב ר"ת אבל בדברים העשויין להשאל ולהשכיר אינו נאמן אפי' איכא כולוהו לטיבותא ואפי' אומר בהעה"ב גנבין הן דהא גודרות אין להם חזקה אפילו זה אומר גנבים דבדברים העשויים להשאל ולהשכיר יניהו [והנה בדעת ר"ת יל"ע אם כונתו דהוי מדין מיגו או די"ל דגם בלא מיגו כיון דהוי כלים העשויין להשאל ולהשכיר לעולם חזין דהוי ברשות הבעה"ב וי"ל דנאמן בעצם בטענת גנבים ולא רק משום מיגו ויל"ע] [בראב"ד פ"ה מהלכות גניבה הי"ב משמע דאפי' בדברים שאין עשויין להשאל ולהשכיר כל מקום דהבעה"ב נאמן לומר שאולין נאמר לומר גנבים אמנם צ"ב דבגמ' ודאי מבואר דרק אם טוען שאולין נאמן וצ"ע

ובר"ן כאן כתב אבל טוען גנבים אינו נאמן דכיון שהוא טוען גנבים אזלא לה חזקת האי דעשויין להשאל דהני מאני שהרי בעל הבית מודה שלא באו לידו בתורת שאלה וכ"ת להימניה במיגו וכו' אלא כלל גדול היא דאחזקי איניש בגנבי לא מחזקין אפי' איכא מיגו ומבואר בר"ן דאינו נאמן משום דלא מחזקין בגנבי ע"כ לא אמרינן בזה מיגו [והנה יל"ע מהו לשון הר"ן בתחילת דבריו דאזלא לה חזקת האי דעשויין להשאל ולהשכיר לכא' י"ל בפשיטות משום דלא מהני מיגו לאחזקי איניש בגנבי ולכא' נראה דכונתו די"ל בתרתי א' די"ל דיהא נאמן גם בלי אמיגו כיון די"ל דבדברים העשויים להשאל

ולהשכיר הוי בחזקת המ"ק וע"כ יהא נאמן לטעון גנבים ולא שייך בזה לומר דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן כיון דהוא מוחזק וע"ז כתב דכשאינו טוען אזלא לה ב' אמנם אכתי י"ל דגם אם אזלא לה מ"מ יהא נאמן במיגו וע"ז כתב דלא מהני מיגו לאחזוקי בגנבי וכן הוא לכא' דעת הרמב"ם שם פ"ה מגניבה דאם אין אדם זה מוחזק בגניבה אין בעל הבית נאמן אלא נשבע זה שהכלים בידו שבועת היסת ומשמע דהוי לעולם אפי' בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר

ובתוס' ד"ה וספרא הקשו מ"ט גבי המכיר כליו לא יהא הבעה"ב נאמן בכלים העשויין להשאיל ולהשכיר דהוי ידידה במיגו דהיה יכול לטעון דהשאילם וכתבו התוס' ב' תירוצים א' דמירי בכה"ג דאינו רגיל דאינו יכול לטעון שאולים ב' והר"ר דודי תירץ דהוי מיגו להוציא

ובדעת ר"ת דהבאנו לעיל דס"ל דבדברים העשויין להשאיל ולהשכיר נאמן לומר גנבים כתב בסמ"ע ס"ק לד' דהא דלא חשיב מיגו להוציא משום דהעדים ראו דלקחו ממנו ע"כ לא הוי מיגו להוציא ובנתה"מ שם ס"ק ח' כתב דכ"ז י"ל לתירוץ הב' בתוס' אמנם לפי התירוץ הא' בתוס' דגם בכה"ג דנמצאו בבית אחר מ"מ נאמן לומר גנבים במיגו דהשאילתם וצ"ב מ"ט לא הוי מיגו להוציא וכתב הנתה"מ דצ"ל דבדברים העשויין להשאיל ולהשכיר הוי בחזקת הבעה"ב אפי' הן ברשות אחר בחזקת מ"ק קימי ולא הוי מיגו להוציא

והנה בכה"ג דמוחזק בגניבה כתב הר"ן דבכה"ג יכול הבעה"ב לטעון גנב אמנם לכא' איכא פלוגתא דהרמב"ם כתב גנב שהוחזק והתפרסם דנכנס לתוך בית חבירו ועדם מעידים שיצא וכלים וכו' וטען ואמר לקוחין הן בידי ובעל הבית אומר גנבים הם אם היה בעה"ב שאין דרכו למכור את כליו ואתום כלים אין דרך בה"א להטמינם ואין דרך אותו המוחזק להצניע כלים תחת כנפיו הרי בעל הבית נאמן ונשבע בנק"ח ונוטל כליו ומבואר ברמב"ם דהא דנאמן לטעון גנבים הוי רק בכה"ג דאיכא להנך ריעותת דגמ' אמנם בכה"ג דליכא ריעותת אינו נאמן אמנם בש"ך כתב ס"ק כב' כתב דמדברי הר"ן משמע דלעולם כל כה"ג דנאמן הבעה"ב לטעון שאולים נאמן לטעון גנבים דאית ליה מיגו כיון דאינו מחזיקו בגנבי כיון דבלא"ה הוא גנב ע"ש ולכא' י"ל דיסוד המח' הוא האם הטענה דאחזוקי אינשי בגנבי הוי ראייה וע"כ בכה"ג דהוי גנב ליכא ראייה אמנם בדעת הרמב"ם י"ל דיסוד הדבר דאחזוקי אינשי בגנבי הינו דלא מחזיקין בגניבה סתם וע"כ הוי לעולם בחזקת המ"ק וע"כ י"ל דגם בגנב הוי בחזקתו ורק בכה"ג דראינו אותו נוטל שם אינו בחזקתו כיון דהוי גנב וא"כ נטילתו הוי נטילתו גניבה וע"כ הוי בחזקת המ"ק אמנם בכה"ג דלא ראינו נטילה עם דררא לגזילה שוב הוי בחזקתו [אמנם בכה"ג דלא ראינו כלל נטילה בזה גם הש"ך מודה דאין הבע"ב נאמן מטעמא אחרינא דהוי מיגו להוציא ע"ש]

הרי"ף כתב בשער העשירי אם ראו שנטל מחבירו שלא בפניו ואמר לקוחין הן בידי אינו נאמן דאי לא תימא הכי קשיא הא דרשב"ל דאמר הגודרות אין להם חזקה דכיון דגדרות נינהו אמר האי לא זבנינהו אלא אשכחינהו אשכח להו אבראי ותפיס להו וכו' ואי ס"ד דמאן דתפיס מידי דלחבריה קמי סהדי ואמר לקוחות הוא בידי נאמן הגודרות אמאי אין להם חזקה השתא מידי דודאי לא באנפי מרי תפסינהו ואמר לקוח הוא בידי נאמן הגודרות דספיקא נינהו דאי כאלמימר דלאמ באפי מירהו תפסינהו לא כ"ש

ולכא' צ"ב מאי ראייה מיתי מגודרות דלכא' בגודרות י"ל דאתו מאליהו וע"כ הוי ברשותו גם בלי לגוזלם ומאי ראייה מהכא דתפס מחבירו ולכא' כיון דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן א"כ צ"ל דע"כ הוי לקוח בידו ומאי ראייה ובלשון השו"ע שהרי העדים ראו מה גזל ולכא' הוי טעמא אחרינא דכיון דהוי בחזקת הראשון א"כ י"ל דדינין על אותה שעה וע"כ הוי גזילה כיון דזהו שעת הנידון [אמנם מהא דהביא הרי"ף ראייה מגודרות לכא' צ"ב]

גמ' וליתני שבועת ביטוי כי קתני שבועה דכי קאמ משתבע בשקרא קא משתבע אבל שבועת ביטוי דאיכא למימר דבקושטא קא משתבע לא קתני ונחלקו הראשונים ברש"י ובתוס' דלרש"י אינו נפסל דאינו חשוד להוציא מפיו שבועת שקר והתוס' כתבו דגם נפסל ורק דלא קתני לה עוד

מצאנו מח' בראשונים האם איכא קיום שבועה במחויב שבועה ע"י שבועה דלהבא דבשו"ע סי' פז' ס' טז' הביא דעת הרשב"א דכתב שנים שנתעצמו בדין ונשבעו שלא יטענו אלא האמת ואח"כ נתחייב אחד מהם שבועה לחבירו יש אומרים שאינו נפטר בשבועה הראשונה ומקור דבריו יעו"ש בסוגיא דהביא דברי הגמ' דידן דלא נפסל לשבועה וברמ"א כתב וי"א דאם נשבע תחלה בנק"ח וכדין שבועה א"צ לחזור ולישבע אלא מזכירין לו אותה שבועה וזהו מדברי המהר"ם דכתב דכל החסרון הוא רק מחמת נק"ח אבל לא מחמת גוף השבועה

[ויל"ע דברמ"א שם מצוין בשם תשו' הרא"ש ויל"ע דהרא"ש כאן הביא גם דברי הר"ת ויל"ע אם שייך לומר דיפסל ומ"מ לא יהני לשבועה ויל"ע

אמר לחנוני תן לי בדינר פירות ונתן לו אמר לו וכו' ישבע בעל הבית שנתן לו את הדינר ובביאור מתני' מצאנו כמה דרכים

א' רש"י כתב דברי שא ישבע בעל הבית היסת ולכא' לדברי רש"י דינא דמתני' בעצם דאזלין בתר המוחזק ורק אע"ג דבעלמא ליכא שבועה מ"מ הכא צריך לישבע שבועת היסת מדינא דמתני' ויסוד השבועה הוא מדין שבועת הנפטרים ור"י פליג ברישא וס"ל דא"צ לישבע דכיון משום דאין דרך החנוני המוכר פירות ליתן פירות קודם דיתן לו ע"כ א"צ לישבע

ובבהע"מ ג"כ פירש דהשבועה במתני' היא שבועת הנפטרים אמנם כתב דכל יסוד השבועה היא ברישא דוקא כיון דנמצא עדין בחנות ע"כ נשבע בעל הבית לרבנן וכן בסיפא נשבע חנוני דדוקא בכה"ג דהם צבורין ומונחין ע"ג קרקע אבל אם הוי ברשות חנוני לגמרי בזה ליכא שבועה [והש"ך כתב דבזה רש"י פליג וס"ל דלרבנן איכא שבועה ג"כ אם הוי ברשות חנוני לגמרי מ"מ צריך לישבע]

ב' ובתוס' דף מח' ביאר דהשבועה דמתני' היא שבועת הנוטלין וברישא מיירי דמדד לכלי בעל הבית ועדין הוא ברשות חנוני ובסיפא נתן בעה"ב דינר בחנות ועדין לא נטלו חנוני והוי חידוש דנוטלים בשבועה וטעמא דנשבעין ונוטלין הוא משום שיעצא קצת מחזקתם ור"י פליג ברישא וס"ל דנוטל בלא שבועה כיון דאינו מודד בלא נטילת הממון ע"כ הוא נוטל בלא שבועה

והרי"ף והרמב"ם ג"כ פירשו דהשבועה כאן הוי מדין שבועת הנוטלין אמנם ביארו דמיירי דעומד ברה"ר ולא ברשות שניהם ועוד כתבו דר"י פליג בסיפא וס"ל כיון דאין דרך החנוני להוציא פירותיו לרה"ר ע"כ דינא הוא דנוטל הבעה"ב גם בסיפא [ודלא כהתוס' דביאר דפליג ברישא]

והנה הש"ך פליג על דברי הרי"ף וכתב דבדינן הוי ספיקא דדינא אמנם כתב דלכא' אזלין בתר מ"ק דהינו החנוני דגם אם עומד ברה"ר מ"מ איכא ביה חזקת מ"ק וע"כ משאירים ביד המ"ק והקצה"ח פליג וכתב דכיון דמודה לו שמכרו א"כ אדרבה הוי ברשות לוקח דכל הספק הוא רק על הפירות ולא על הממון וע"כ הוי ברשות הבעה"ב דהינו הקונה [ולכא' צ"ב קצת דלדבריו דבר"ן כתב דשבועת המשנה הוי מדין שבועת הנוטלין ולדבריו הוי נפטרים]. עוד ביאר שם בקצה"ח דכ"ז הוי דוקא אם הפירות מונחין ברה"ר משא"כ אם הם מונחין ברשות חנוני הדין הוא דהחנוני נאמן כיון דאית ליה מיגו דהיה יכול לומר דלא מכר לו משא"כ אם החפץ הוא ברה"ר הוי מיגו להוציא ומיגו להוציא לא אמרינן

ובנתה"מ פליג וכתב דאע"ג דהספק הוא בתשלום מ"מ כ"ז דלא שילם הוי ברשות מ"ק דכיון דלא שילם א"כ לא קנה גוף החפץ דכל כה"ג דאמר לו שיפרע לו מיד עבור המקח ולא פרע לו הוי כעיל ונפק אזוזי דלא קנה וכתב דאפי' אם איכא עדים דעשה קנין מ"מ כיון דאיכא ספק בתשלום א"כ הוי בחזקת המ"ק

ובנחל יצחק הביא דתליא בב' תירוצים בדברי הרשב"א קה' אם דוקא אם התנה או גם בלא התנאה
וכתב שם דנפק"מ בדינא דהאחרונים גם אם מכר לו חפץ ולא שילם לו אם יקדום לבע"ח אחר דלדברי
הנתה"מ ודאי קודם כיון דחשיב כגזל

אמנם צ"ב בסיפא דמתני' דדינא הוא דחנוני נשבע דלכא' התם לכא' הוי מחנוני מוחזק מדין מ"ק וא"כ
לכא' אינו שבועת הנוטלין אלא שבוע הנפטרין וצ"ב [ובאמת ברי"ף לא כתב על סיפא דהוי שבועת
הנוטלין דרק ברישא כתב דהוי שבועת הנוטלין

בס"ד

סוגית נגזל – דברים העשויין להשאיל ולהשכיר

ד' כי תצא

גמ' היו שניהם חשודין – סוגית מתוך נסכא דר"א – מתוך בלא הו"ל למידע
יורשים – ומתוך בגלגול

א' נצבים

שניהם חשודין – תוס' ב"מ דף ה' – חשוד בשומרים – סוגית אין אדם מוריש
שבועה לבניו

עשי"ת

חנוני על פנקסו- שבועת אפוטפוסין ואריסין – גלגול שבועה

בעז"ה סוגיא דמתוך דף מז'

הנה מבואר בגמ' דמאן דס"ל מתוך לא ס"ל דבשניהם חשודין מפסיד התובע
ומאן דלא ס"ל מתוך ס"ל דרק התובע מפסיד ועין בביאור הגר"א דמאן דס"ל
מתוך ס"ל דלעולם מפסיד הנתבע ומאן דלא ס"ל מתוך לעולם מפסיד התובע
ולכא' נראה ביאור דבריהם דיעוין בר"י מיגא"ש דביאר דהמח' היא אם פרח
שבועה או לא ולכא' נראה דהשאלה היא דמאן דס"ל מתוך ס"ל
דהדין שבועה קיים גם בכה"ג דאינו נשבע וע"כ כיון דהדין שבועה קים ע"כ זהו
גופא הוי טעם דאים אינו נשבע נוטלים ממנו את הממון דהדין שבועה אומר דלא
ניזול בתר מוחזקתו בממון אלא צריך לישבע וא"כ דין זהו גופא את הדין מתוך
משא"כ המ"ד דלא ס"ל מתוך ס"ל דחויב שבועה הוא רק השבועה גרידא וליכא
דין ממון נוסף מלבד השבועה וע"כ גם בתובע התם הוי איפכא
דכה"ג דאינו נשבע התובע דמאן דס"ל מתוך לכא' עדין איכא דין ממון להעדיף
את תביעת התובע ומאן דלא ס"ל מתוך ס"ל דכל הדין הוא רק שבועה גרידא
ויל"ע עוד בזה

יל"ע א' פלוגתא הקצה"ח והנתה"מ אם שיר מתוך

ב' יל"ע בדברי הט"ז דס"ל דכל מתוך הוי דוקא כשהתובע ברי יל"ע מהו הצירוף
דלכא' הרי לולי הדין שבועה הרי לא היה נוטל

ג' להנך שיטת דבגלגול לא אמרינן מתוך לכא' צ"ב אם המתוך הוא מחמת
החיוב שבועה מ"ט בגלגול ליכא מתוך

ד' צ"ב דברי הנמקו"י דבגלגול בעינן ברי ומבואר דלעולם לא בעינן ברי ורק
בגלגול וצ"ב

א' במקור דין מתוך בפשטות הוא כמבואר בדברי הגמ' משבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, וכ"כ התוס' בב"ק דף מו' אמנם התוס' בב"ד דף לד' כתבו דהוי מסברא

ב' והנה גם לרב ושמאל דלית להו מתוך לכא' ס"ל ג"כ דנחתין לנכסיה וע"כ ס"ל ג"כ דבכל שבועה איכא חיוב תשלומין דנחתין לנכסיה כמבואר בדף מא' ובביאור המח' דרב ושמאל על רב אבא י"ל בב' אופנים א' עין ברבינו יונה בב"ב דביאר דפליגי דכיון דאינו יכול לישבע אין עליו חיוב שבועה ולפ"ד לכא' לא פליגי בגדר השבועה ורק פליגי בכה"ג דאינו יכול לישבע וכ"כ בחזו"א סי' ט' ב' הרעק"א בשו"ת תניא ס' קמ' ונו' ביאר דברי התוס' בב"ק מה' דדנו שם אם שיך חיוב שבועה בקנס או לאו כתב שם בתוך דבריו דפליגי דלרבי אבא גדר השבועה הוא בעיקרו חיוב ממון והשבועה הוי פטור משא"כ לרב ושמאל דלא ס"ל מתוך ודאי דהחיוב הוא שבועה גרידא ולא שיך בקנס

ג' בלא הו"ל למידע שיטת התוס' בב"ק דף מו' דכה"ג דלא הו"ל למידע לא אמרין מתוך דזהו גופא המיעוט דנתמעת ביורשין כיון דלא הו"ל למידע וכ"כ הרא"ש סוף פרק הכונס בב"ק וכן שיטת הראב"ד הלכות שאלה ופקדון פ"ה ה"ו ופי"ג ה"ד ממלוה עי"ש ויעוין עוד בלשון התוס' שם דכתבו אלא הינו טעמא דבאב חייב בלא ידענא דהו"ל למידע אם היה חיבו לו מנה וכו' אבל יורשים לא הו"ל למידע במילי דאובהו וכן הוא ג"כ לשון הרא"ש שם דנראה טענה שלו ברמאות וכן הוא ג"כ בראב"ד דהתם הו"ל למידע ואיערומי הוא דקא מערים עי"ש

[והנה לכא' י"ל דאם הטעם דריע טענתיה לכא' זהו שיך דוקא באיני יודע אמנם גבי נסכא שם לכא' הוי מתוך מטעמא אחרינא, ולכא' א"כ לכא' צ"ב מ"ט הנידון דאיני יודע אם אמרין מתוך שיך לסברא דנימא מתוך גבי נסכא וצ"ב ואפשר דהתם הוי דין נוסף ויל"ע

והרמב"ם שם פליג וס"ל דגם בלא הו"ל למידע איכא דין מתוך ועין בש"ך סי' עב' ס"ק נא דכתב שם בדעת הרמב"ם דהוי גזיה"כ בעלמא לפטור יורשין ואינו תלוי בהו"ל למידע

עוד כתב ב' חידושים א' דהא דפטורין היתומים הוי מדין טענינן דדילמא היא אבהוון היה קים היה נשבע ואח"כ כתב שם דהוי גזיה"כ

עוד כתב שם הש"ך דגם לדברי הרמב"ם בכה"ג דהתובע יודע דהנתבע אינו יודע לא אמרין מתוך כיון דאינו יכול להשביעו כיון דמודה דאינו יודע לא שיך דישיבענו עי"ש

ד' הנה בקצה"ח סט' ז' דן אם האב נתחייב שבועה ולא נשבע עדין ומת האב בכה"ג אמרין מתוך גבי יתומים או לאו וכתב דלדעת התוס' דהפטור הוא משום דלא הו"ל למידע וע"כ לא ריע טענתיה א"כ ה"נ הכא לא ריע טענתיה משא"כ לדעת הרמב"ם דהוי פטור דהיתומים א"כ זהו רק בזמן חלות השבועה עוד כתב הקצה"ח דנפק"מ אם בתחילה יכול לישבע ואח"כ נעשה חשוד דלהתוס' לא ריע טענתיה ויהיה פטור ולהרמב"ם יהא חייב ובנתה"מ סי' עב' ס"ק כה' נקט שם ג"כ דאפי' אם האב נתחייב שבועה ואח"כ נשטתה פטור ובמשובב שם כתב דתליא במח' התוס' והרמב"ם

ובחזו"א ס' ה' ס"ק יז' כתב דאפי' למאן דלא ס"ל מתוך מ"מ לאחר שנתחייב שבועה שוב חייב שבועה או ממון ובלא"ה יהא חייב דכל יסוד הפטור בלא הו"ל למידע הוא רק במחייב דהשבועה וכ"כ הנתה"מ גופיה בס' קח' ד' להוכיח מהא דדנו התוס' בסוגיא דיהא מתוך על בני המלוה ולכא' צ"ב הרי גבי יתומים לא אמרין מתוך ומ"ש לדון מתוך וכתב דע"כ מבואר דאם חל מתוך על האב שוב גם היתומים חייבים שבועה וע"כ זהו הטעם דאיכא מתוך בסוגין על בני המלוה עי"ש

ה' הקצה"ח קלד' ס"ק ב' כתב דגם בנסכא דרב אבא דאמרין מתוך מ"מ לענין יורשים יהו נאמנים ולא אמרין בהו מתוך כיון דאיכא גזיה"כ דלא בין היורשים או בכה"ג דהיה אביהם חשוד וכן בנתה"מ שם פליג על הקצה"ח מטעמא אחרינא דכל מאי דשיך פטור יורשין הוי רק לענין ירושה דידהו ואנו באים לחיבם מדין שיעבוד נכסים ובזה אמרין ולא ביורשים אמנם כשאנו דנים בממון אם הוי דאביהם או דאחר בזה לא שיך פטורא דולא מן היורשים עי"ש והנה

לכא' צ"ב כמו דהקשנו לעיל דלכא' אם התוס' כתבו דכל הטעם דפטור יורשים הוי דריע טענתיה א"כ לכא' לענין מתוך שם ע"כ לא שייך לנידון דריע טענתיה דהתם הוי מטעמא אחרינא ויל"ע

ד' נחלקו הראשונים בב"מ דף צז' אם אמרינן בגלגול שבועה מתוך שאיל"מ או לאו דיעוין ברא"ש דכתב שם לישב הקושיא מ"ט צריכים לעסק שבועה ביניהם תיפול"ל מדין גלגול דצריך לישבע שמתה כדרכה עי"ש [והנה מבואר בשיטת הרא"ש דבעצם חיוב השבועה אינו מחיב מתוך דשיך חיוב שבועה גם בלא מתוך וצ"ב א"כ מ"ט ומנלן דבעלמא איכא מתוך

והנמקו"י שם נחלק עליו וכתב דודאי גם בגלגול אמרינן מתוך ורק בגלגול בשמא לא אמרינן מתוך וצ"ב הדברים דאם בעלמא אמרינן מתוך גם בשמא וגם בגלגול אמרינן מתוך מ"ט בגלגול בשמא לא אמרינן מתוך וצ"ב

ה' הנה בעינן מתוך אם צריך טענת ברי או לאו הרמב"ם כתב דאם השומר חשוד דאינו יכול לישבע אין בזה דין מתוך כיון דאין התובע יודע וכתב בחזו"א סי' ט' ובאו"ש דדעת הרמב"ם דדין מתוך בעינן דוקא טענת ברי ובלא טענת ברי לא אמרינן מתוך ובחידושי הגרש"ר בב"מ הביא כן בשם בעה"ת ג"כ דמתוך בעינן טענת ברי דוקא

והרמ"ה והר"י פליגי על דעת הרמב"ם וס"ל דאמרינן בכה"ג מתוך ובקצה"ח סי' צב' ס"ק ז' כתב דמוכח מדבריהם דגם בשמא אמרינן מתוך וכתב דליכא ראייה מהרמב"ם דהתם הוא משום דאינו יכול התובע לישבע עי"ש

ו' הרא"ש בתשובה הובא בשו"ע סי' צד' דמי שמחויב שבועה ואינו יכול לישבע שדינו לשלם פטור הוא שאין שאין כאן גלגול שבועה ובלשון הטור שהיר לא נתחייב לו מעולם שבועה אלא חייב לשלם לו ובאו"ת הוכיח דהרמב"ן פליג עליו

ז' הרא"ש בריש בב"מ כתב דאע"ג דבעד המסיע פוטר משבועה מ"מ בכה"ג דהוי מתוך דאינו יודע אינו פוטר כיון דחייב ממון ואין ע"א פוטר ממון וברמב"ן פליג עליו וכתב דאם עד המסיע היה פוטר משבועה היה ג"כ פטור בכה"ג דמתוך ועין בחידושי ר' ראובן דפליגי לשיטתיהו בגדר מתוך אם הוה חיוב חדש או לאו

ח' הרשב"א דף מא' למר בר רב אשי דס"ל מיפך א"כ לעולם לא משכת ליה מתוך דיהפוך השבועה על שכנגדו למאן דס"ל מתוך וכתב ואפ' את"ל דלא מר מר ברא רב אשי אלא במקום שיכול הנתבע לפטור את עצמו בשבועתו וכו' אבל במקום שאינו יכול לישבע לפטור את עצמו כנסכא וכו' אין זה נכון דכיון דבעלמא יכול להפך מפני שאמר אין שקלי ודידי שקלי אמאמ לא יהפך כדי להנצל ושללא יטולעי"ש ולכא' תליא בהנ"ל בדברי הרא"ש והרמב"ן דלכא' להרא"ש י"ל דאם יהא מתוך א"כ לא שייך בזה ג"כ מיפך דחייב ממון

ט' בקצה"ח סי' צ"ב ס"ק י' כתב דהא דבדאורייתא אמרינן מתוך ובדרבנן לא אמרינן מתוך הוא משום דבדאורייתא ליכא שבועת איני יודע משא"כ בדרבנן איכא לשבועת איני יודע וע"כ ליכא בזה מתוך אמנם הר"ן בסוגין כתב דאיכא גם בדאורייתא שבועת איני יודע עי"ש וכ"כ הריטב"א בשם הרא"ה כאן בסוגין דצריך לישבע דאינו יודע [אמנם י"ל גם בדברי הראשונים דאין כונתם דשבועת איני יודע מהני להכחיש העד אלא דכנותם דעכ"פ צריך לישבע דאינו יודע] [אמנם עוד יש לדון דהרי גם בכה"ג דאית ליה מיגו דאינו יודע כגון דיכול לטעון פרעתי מבואר דאמרינן ביה מתוך ומבואר דאינו משום דאינו נאמן בטענת איני יודע אלא דלא סגי בטענת איני יודע] ועין בחזו"א ט' ס"ק ג'

בביאור הוכחת הגמ' מדינא דרב אבא

א' בתוס' מבואר דפליג דלרבי אבא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע בין לזה ובין מלוה משלם ורב ושמואל ס"ל דכשאינו יכול לישבע בין לזה ובין מלוה מפסיד

ב' ברא"ש מבואר דלרבי אבא דס"ל דאמרינן מתוך א"כ לא שייך לומר דגבי יתומים יהיו מפסיד מחמת אי שבועתם כיון דצריכים ליטול מן הדין וע"כ צריך להיות דתחזור השבועה לבני המלוה ומתוך שאינם יכולים לישבע משלמים ודו"ק

ג' בר"ן בפשט הראשון מבואר דרבי אבא מוכח דלא ס"ל כרב ושמואל דודאי לא נימא דיפסיד התובע כיון דאינו יכול לישבע כיון דהתם השבועה רק להחמיר וע"כ לא יטילו עליו שבועה וזהו לכו"ע ורק גבי יתומים שם כיון דכבר חלה שבועה ע"כ

הנה לכא' יל"ע ביסוד המח' דרב אבא ורב ושמואל ולכא' הרי גם רב ושמואל מודים דאיכא חייב ממון דהרי מבואר בגמ' לעיל דף מב' דנחתינתן לנכסיה ויעוין ברבינו יונה בב"ב דף לד' דכתב ורבתינו שבבבל ס"ל ד"ל דין שבוע כך הוא במקום שאפשר לישבע בשבועה שחיבה תורה, ואו יושבע או ישלם אבל במקום שא"א לישבע כגון שהוא חשוד וכו' לא יחול שם חיוב שבועה לומר דהו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ומבואר דפליגי אם באינו יכול איכא חיוב שבועה או לאו דלכו"ע ס"ל דיסוד דין שבועה מחייב או השבע או שלים ורק דפליגי אם באינו יכול איכא חיוב שבועה או לאו

ולכא' יש לחקור ביסוד הדין דמתוך דבפשוטו הוי מחמת דחיוב השבועה או השבע או שלים אמנם י"ל באופ"א דאין הביאור הוא דחיוב השבועה הוי הטעם לתשלום אלא דהוי דין חדש

א' דהתוס' בב"ק כתבו דדין מתוך הוי רק היכא דריע טענתיה וצ"ע דלכא' הרי החיוב שבועה לכא' הוי בכל גוניה גם היכא דלא ריע טענתיה [דלכא' כונת הראשונים שם דעיקר רק על מתוך דדין מתוך הוי מחמת דאינו נשבע וע"כ דזהו כונת הראשונים דהרי כל ע"א המעיד ג"כ הדין הוא דהאב חייב והיורשים פטורים ולענין חיוב השבועה לא ריע כלל טענתיה דהאב יותר מהבנים וע"כ דכונתם התוס' לענין המתוך דמהא דלא נשבע הוי ריע טענתיה וע"כ אמרינן מתוך]

ולכא' מבואר דדין מתוך הוי חיוב נפרד ובעי ג"כ ריע טענתיה

ב' עוד לכא' מבואר בדברי האו"ש וכן הט"ז בדברי הרמב"ם דבשומר חשוד ליכא דין מתוך ומבואר דדין מתוך בעינן לטענת ברי דוקא ואע"ג דלענין חיוב השבועה גופיה לא בעינן את הברי מ"מ לענין המתוך בעינן דוקא את הברי עי"ש

ג' עוד יש להביא ראיה מדברי הרא"ש דהביא ר' ראובן דבג' מקומות כתב דדין מתוך חלוק א' לענין עד המסיע דס"ל דכה"ג דחל דין מתוך שוב ליכא פטורא דעד המסיע והרמב"ן נחלק עליו ב' לענין גלגול בכה"ג דהוי דין מתוך כתב דא"א לגלגל משום דין מתוך ולשון הטור כיון דאינו מחויב שבועה כלל והרמב"ן פליג ג' עוד כתב הרא"ש דלענין גלגול אין דין מתוך והראשונים פליגי גם בזה

ולכא' מבואר מכל הנך דברי הרא"ש דלענין מתוך איכא חיוב חדש דנחדש בפשטות מהקרא דשובעת

ולכא' לפי"ז י"ל דכיון דחזינן דהמתוך הוי חיוב חדש ס"ל לרב אבא דלעולם הוי המתוך על הנתבע כיון דהוי חיוב חדש ואינו מחמת אי השבועה אלא דיחד אם הדין שבועה איכא דין נוסף על אינו יכול לישבע וס"ל להתוס' דאפשר לחלק דלעולם יהא על הנתבע אע"ג דהחיוב שבועה גופיה הוי על התובע

אמנם אכתי צ"ב בדברי רב ושמואל דס"ל להיפך דלעולם מתוך מפסיד וצ"ב מ"ט מפסיד דהרי הנתבע אינו מפסיד במתוך וא"כ מ"ט התובע מפסיד ולכא' י"ל בב' אופנים א' דס"ל דלענין נוטל איכא הלכה דמפסיד אע"ג דלענין נתבע אינו משלם מ"מ איכא הלכה דמפסיד אמנם צ"ב דמנלן ב' עוד י"ל דבאמת הוי משום טעם אחרינא כיון דכל הנוטל הוי רק מחמת השבועה וע"כ כיון דאינו יכול לישבע אינו נוטל בלא שבועה

ב'

אמנם בדברי שאר הראשונים ודאי מבואר דלא כהתוס' אלא דודאי אמרינן דדין מתוך הוי מחמת דאינו נשבע ע"כ משלם א' מהא דהקשו הכא אדרבה דע"כ מפסיד וביארו את דברי הגמ' באופ"א עי"ש בדבריהם ב' וכן הוא בדברי הרבינו יונה דהבאנו לעיל דס"ל ג' וכן הוא לכא' לפי התוס' בב"ב דס"ל דדין מתוך הוי מסברא א"כ ס"ל דדין מתוך הוי מחמת עצם הדין כלשונם דכך הו' דין,, או ישבע או ישלם" ומבואר דליכא דין חדש במתוך ודו"ק

ג' בר"ן מבואר דהמח' היא תליא בלשון דכיון דאמרינן דחזרה שבועה למקומה א"כ למאן דס"ל מתוך ע"כ דזהו מקומה ומאן דאמר לסיני ע"כ דלא ס"ל מתוך דא"כ אין זה מקומה [ועי"ש דלכא' נראה גם בדבריו דע"כ דדינא דרב ושמואל ידיענן בפירוש דס"ל דחזרה לסיני ורק דע"כ דלית להו מתוך זהו הוכחת הגמ'

אמנם לכא' צ"ב בדברי הר"ן דא"כ לכא' פליגי בתרתי א' אמרינן מתוך בכה"ג דאין הנתבע יכול לישבע ב' אם תובע דאינו יכול לישבע מפסיד וצ"ב גוף המח' דלכא' הוי איפכא בסברות ועכ"פ צ"ב דפליגי בב' פלוגת וצ"ב [ובשלמא לפי התוס' י"ל דכו"ע ס"ל כרב ושמואל דכל נוטל מפסיד אם אינו יכול לקיים שבועתו וטעם דרב אבא הוא משום דכיון דס"ל מתוך א"כ שוב במילא לא שייך דינא דרק ושמואל אמנם לדברי הר"ן צ"ב דלכא' הוי ב' פלוגת

ולמאי דנתבאר אפשר די"ל דרב ושמואל ס"ל דגם כה"ג דאינו יכול לישבע איכא דין שבועה ורק דמ"מ ליכא משום החיוב שבועה חיוב ממון וע"כ לא אמרינן מתוך וע"כ ס"ל דכשאינו יכול לישבע מפסיד בנוטל כיון דלית ליה זכות ליטול אלא בשבועה משא"כ לרב אבא בכל כה"ג דאינו יכול לישבע ליכא כלל חיוב וע"כ אין מפסיד הנוטל כיון דאינו מחויב שבועה ולהנ"ל הוי איפכא ממאי דביארו הראשונים התוס' שאנ"ץ והרבינו יונה דלרב אבא לעולם הו' מחויב וע"כ אמרינן מתוך ולרב ושמואל אם אינו יכול אינו חייב ולהנ"ל הוי איפכא דלרב אבא אינו מחויב ורק איכא דין חדש דמתוך דמחיבו ממון ולרב ושמואל הוי מחויב גם אם אינו יכול ורק דאין השבועה מחיבו ממון וצ"ע

נסכא דרב אבא בב"ב לד'

נסכא בלא ראה בב' עדים ובע"א

ובמ"מ פ"ד הי"ד כתב על דברי הרמב"ם דהביא דין נסכא כתב ונראה מדבר הרב' שהגזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים **וכ"כ ברבינו יונה** דבגזילה אינו נאמן לומר החזרתי דרך הלואה כיון דלפורעו קאי נאמן לומר פרעתי אבל גזלן אינו הרי אינו גוזל ע"מ לשלם אמנם הראשונים בסוגיא דידן **עין ברמב"ן כאן ובשבוט** דכתב דבלא ראה נאמן לומר ידי חטפי במיגו דהחזרתי וכ"כ גם הר"ן וס"ל דגם גזלן נאמן לומר החזרתי

ובסמ"ע ס' עה' ס"ל ל"ג ובש"ך ס"ק מ' נחלקו ג"כ בזה האם בלא ראה נאמן במיגו דהחזרתי לדעת הריב"ם דהסמ"ע כתב בדברי הריב"ם בתוס' מבואר דלא מהני גם מיגו דהחזרתי וכתב שם דכיון דע"א מעיד על ההלואה וזה אינו מכחישו הוי מיגו במקום ע"א וכמו דמיגו במקום עדים לא אמרינן ה"ה מיגו במקום ע"א נמי לא אמרינן עי"ש ובש"ך השיג עליו דודאי נאמן במיגו דהחזרתי דאפי' בשני עדים מבואר בראשונים דנאמן וכוונת התוס' היא רק לומר דע"א הוא כמו שנים וע"כ כמו דשנים מעידים על החטיפה אינו נאמן ה"ה ע"א עי"ש

מ"ט אינו נאמן במיגו

ב' בתוס' כתבו דכך הוא דינו כיון דאיכא אחד המחיבו שבועה מן התורה כן הוא הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם וצ"ב דאכתי מ"ט אינו נאמן לומר דהוי ידידה במיגו,

וברמב"ן כתב ויש שפירשו טעם הדבר מפני שהתורה האמינה עד אחד עד שישבע הלה להכחישו וכל זמן שלא נשבע הרי העד נאמן וכמי שחטף בפנינו דמי לפיכך אינו נאמן לומר דיד חטפי אפילו בשבועה וכיון שאינו יכול לישבע משלם

ובאמרי ברוך סי' עה' ביאר דדברי התוס' והרמב"ן הם ב' דרכים דלדעת הרמב"ן היסוד הוא משום דע"א הוי כב' והוי דין דוקא בע"א דהרי הוא כשנים וע"כ לית ליה מיגו אמנם אם יהא מיגו דמהני במקום ב' עדים יהני ג"כ הכא דכל יסוד דבריהם הוא רק דע"א הוא כב' **ובדעת הריב"ם** כתב דאינו משום ע"א אלא בכל מתשאל"מ אמרינן דלא מהני מיגו דכך דינא דאו ישבע או ישלם ועי"ש דהוכיח זאת מהא דבשטמ"ק ביאר דהחזרתי מיגו דנאנסו חלוק דהתם אינו מחויב שבועה כ"ז דלא טען נאנסו ומבואר דהוי דין בכל מתשאל"מ ולא דוקא דין בע"א והנה לכא' צ"ב ג"כ דבסוגיא דידן מיתי דינא דרב אבא לכל דין מתוך ומבואר דאינו דין דוקא בע"א [אמנם י"ל דחלוק לתרתי דלענין המיגו דינין ליה כב' אמנם החיוב תשלום תליא במתוך דוקא דלולי דין מתוך אע"ג דהוי כב' מ"מ זהו רק לענין חיוב השבועה אבל לענין הממון ליכא לחיבו אלא רק משום דין מתוך וצ"ב]

והנה דברי הרמב"ן צ"ב דמאי אכפת לן דע"א הרי הוא כב' והרי גם בב' נאמן במיגו כגון בלא ראה וא"כ אפי' אם נימא דע"א הוי כב' מ"מ הרי גם בב' גופיה הדין הוא דאם איכא מיגו לומר דדידי חטפי נאמן וא"כ לכא' אפי' נאמר דע"א הרי הוא כב' מ"מ הרי גם בב' גופיה מהני מיגו [ואפי' להנך שיטות דהבאנו לעיל דבלא ראה ליכא מיגו הוא רק משום דס"ל דצריך להחזיר לו בעדים אמנם בלא"ה אם הוי מיגו לכו"ע לכא' מהני מיגו]

ולכא' נראה דעתם לומר דמ"מ כיון דאם היה ב' עדים לא היה כאן מיגו א"כ גם בע"א חזין זאת כמו דליכא מיגו דלעולם דינין להעד כמו דאיכא קמן ב' עדים כ"ז דלא נשבע והדברים צ"ב

ובאחרונים ביארו עין בחידושי הגר"ח סטנסייל דבאמת לא אמרינן מיגו נגד חזקה מה שתחת יד אדם שלו וכמבואר ברמב"ם פ"א ממלוה ה"ד והטעם דכה"ג דליכא עדים נאמן לומר אין חטפי וידיי חטפי משום דכיון דליכא עדים שוב אית ליה חזקה מה שתחת יד אדם שלו משא"כ אם יש עדים קמן א"כ חזקה מה שתחת יד אדם שלו הוי אצל הראשון ולפי"ז זהו מש"כ הראשונים דאינו נאמן במיגו הוא משום דכיון דיש ע"א דחטף א"כ הוא בחזקת שחטף וע"כ כיון דהוי בחזקת שחטף מחמת

העד א"כ שוב הוי מיגו נגד חזקה מה שתחת יד אדם שלו עי"ש
צ"ב עדין דהרי מיגו דהחזרתי מבואר בראשונים דמהני ולכא' צ"ב דהוי מיגו נגד חזקה מה שתחת יד
אדם שלו ועי"ש בהגר"ח דכתב בהגה דכיון דיכול להיות שהחזיר ורק ע"י הודאתו אומר לנו זהו
חטיפה הראשונה ושוב חשיב דאית ליה חזקה מה שתחת יד אדם שלו וצ"ב

**[ובסמ"ע דהבאנו לעיל כתב דהוי מיגו במקום עדים ואפשר די"ל דבריו דע"י החזקה משתחיא"ש א"כ
בכה"ג דאיכא ב' עדים קמן א"כ חזין לגזלן וע"כ גם בע"א חזין לגזלן ושוב אינו נאמן במיגו לומר דהוי
דידיה דהוי מיגו במקום עדים דע"י החזקה חשיב דהעדים מעידים דלאו דידיה משא"כ בכה"ג
דלא ראה א"כ לא חשיב דאיכא עדים קמן דהוא גזלן דאדרבה העדים אינם רואים כלל את הדבר א"כ
לא חשיב דעדים מעידים דחייב וע"כ מהני מיגו ויל"ע**

ובקוב"ש כתב בביאור דברי התוס' ע"פ יסודו דמיגו הוי כוח הטענה והכא כ"ז דלא נשבע להכחיש את
העד לא חשיב דאית ביה כוח לטעון דלא חטף דכ"ז דלא נשבע כנגד העד א"כ לית בכוחו לטעון לא
חטפי וע"כ ליכא מיגו וכתב דחלוק מהחזרתי דנאמן במיגו דנאנסו דהתם אינו מחויב
שבועה כ"ז דלא טעם נאנסו וע"כ חשיב שפיר דאית ליה כוח לטעון

וכיון דאמר מיחטף חטפה הוה ליה כגזלן וצ"ב לשון הגמ' מהו הו"ל כגזלן וברש"י דף לב' כתב והוה
האי גברא אצל שבועה זו כגזלן אצל כל שבועת שאינו יכול לישבע עליהן אף זה בשבועה זו אינו יכול
לישבע שהרי מודה בה וברשב"ם בב"ב הוסיף דהא לית ליה למימר לישבע דדיה חטף שאין זו
שבועה המוטלת עליו וצ"ב מ"ט נקטו הו"ל כגזלן וכן צ"ב מש"כ דהרי אין זה שבועה המוטלת
עליו הרי כל החזרתי מיגו דנאנסו מבואר בגמ' דנשבע דהחזרתי אע"ג דאין זו שבועה המוטלת עליו
ולכא' צ"ל דכונת הרשב"ם מ"ט לא יקים את הכחשת העד ע"י דישבע דדידיה חטף וע"ז כתב דאין זהו
שבועה המוטלת עליו דהכחשת העד צריכה להיות בשבועה המוטלת עליו

בתוס' ד"ה הוי מחויב שבועה וא"ת ורב אבא היכי מפיק לה בפ' כל הנשבעין מדכתיב שבועות ה'
התם ודאי ליכא מיגו אבל הכא דיאכא מיגו מנ"ל והנה דברי התוס' תמוהים ביותר דלכא' מהתם יליף
רק עצם דין מתוך ומאי דלא מהני מיגו זהו כמו דנתבאר דדין מתוך הוי טעם דלא לומר מיגו
וביותר דהתוס' תירצו דהוי מסברא ואכתי צ"ב מ"ט לא מהני מיגו וע"כ דהמתוך הוי טעם דלא נימא
מיגו

ומבואר בדברי התוס' דחלוק אם ילפינן דין מיגו מחמת הקרא דבזה אכתי אין המתוך טעם דלא נימא
מיגו משא"כ אם מתוך הוי מסברא בזה המתוך הוי טעם ג"כ דלא נימא מיגו והדברים צ"ב

וונראה לר"י דר' אבא לא הוי טעמא מקרא אלא מסברא וצ"ב דהתוס' בב"ק דף מו' כתבו דטעם
דמתוך הוא משום דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים וכו' וע"כ צריך ליתן טעם אלא
משום דהו"ל למידע עוד צ"ב לפי דברי התוס' בב"ק דכל הטעם דהאב אמרנין מתוך הוא
מחמת הא דהו"ל למידע ועין ברא"ש ובראב"ד דריע טענתיא א"כ לכא' בנסכא לא שייך זה דודאי לא
ריע טענתיא ויל"ע

ובדין חשוד על השבועה דאמרינן שכנגדו נשבע ונוטל נחלקו הראשונים האם בחשוד איכא דין דמתוך כמו באיני יודע וכמו נסכא דר' אבא כיון דאינו יכול לישבע שוב דינו דמש לם מדאורייתא דכל הדין בחשוד הוא רק ש,,כנגדו" דבאמת יכול לישבע וע"כ ליכא בזה מתוך מדאורייתא ורק רבנן תיקנו דישבע שכנגדו דהנה הראשונים הקשו במתני' מ"ט לא מנינן הנך דסוף מתני' מכלל הנשבעין ונוטלין **ותירצו הרמב"ן והרשב"א** וי"א כי קתני הני דמדינא לית להו ורבנן הוא דאמור נשבעין ונוטלין אבל אינך מדאורייתא בלא שבועה שקלי ורבנן אחמרי עליהו ואין זה מספיק לכשנגדו חשוד על השבועה דמדינא בלא שבועה שקיל משום דה"ל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם כדר' אבא וכ"כ הרשב"א, וכ"כ ג"כ הר"ן בסוגין בביאור הוכחת הגמ' דרב אבא ס"ל דחזרה למקומה דכתבו דדין שכנגדו הוי תקנתא בעלמא ומעיקר הדין הוא מתוך

אמנם יעוין בריטב"א כאן דהביא הך תירוץ ולא הקשה מחשוד כיון דיק בחידושי הגרא"ל ובכתבות כתב **דף פח' כתב להדיא** וז"ל אבל שכיר ונגזל ושכנגדו חשוד על השבועה שאין דינם מן התורה ליטול אפי' בשבועה דרבנן ורבנן עשו להם תקנה לישבע וליטול עי"ש

ובפשטות הדבר נקטו האחרונים עין בקצה"ח ס' עה' ס"ק יא' ובב"ח סי' צב דתליא בב' תירוצי התוס' בב"מ דהקשו מ"ט וא"ת מ"ש דבכחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך וי"ל הכא אי אמרי' משלם לא שבקת חי דכל העולם יביאהו לידי שבועה ועוד דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם

וברש"ש ובהגרא"ל ועוד אחרונים הקשה דצ"ע לומר דליכא בחשוד דין מתוך דאמרינן הכא בגמ' דלמ"ד דחזרה שבועה למחויב לה ומשלם מטעם מתוך **ובחזו"א** הקשה באופ"א דבגמ' דידן אמרינן דרו"ש לית להו דר' אבא דאמר מתוך ואם הוי רק מתקנה ולא מעיקר הדין א"כ י"ל דגם ר' אבא אע"ג דס"ל בעלמא מתוך מ"מ מודה הכא דלא אמרינן מתוך ומפסידים כיון דאינם נוטלים מעיקר הדין אלא רק מחמת התקנה שכנגדו וע"כ י"ל דודאי בעי שבועה ובלא"ה אינם נוטלים כלום

והחזו"א והנודב"י כתבו דודאי לב' תירוצי התוס' איכא מתוך בחשוד ומש"כ דברצון ישבע הוי רק טעם דע"כ תיקנו חז"ל שכנגדו ישבע משום דהוא ברצון ישבע ע"כ תיקנו דיוכל התובע לישבע וכן מבואר האי סברא בדברי הרשב"א בב"ב דף לד שכתב ומתוך שאיל"מ וכו' ולא צריך לישבע שכנגדו ולא דמי לחשוד דשכנגדו נשבע דהתם הוא דאיהו בעי לאישתבועי מאי דחיבתו תורה ועוד אי לא תימא הכי לא שבקת ומבואר דב' התירוצים הוי חדא דהוי רק טעם דע"כ תיקנו שבועה על הנוטל

ובאו"ת ס"ק י' כתב דלב' תירוצי התוס' ודאי בחשוד ליכא דין מתוך מדאורייתא וכתב דלא גרע מלא הו"ל למידע כיון דרוצה לישבע וכתב דס"ל להתוס' דרק מדרבנן אית ליה דינא דמתוך בחשוד דהוי דין דרבנן וקושית התוס' הוי דמ"מ כיון דמ"מ מדרבנן הוא נידון במתוך א"כ מ"ט תיקנו חז"ל דישבע שכנגדו דמ"ט לא יהא כמו כל מתוך דא"צ שכנגדו לישבע וע"ז תירצו התוס' ב' אופנים א' כיון דלא שבקת ב' דברצון ישבע וכונם דחז"ל תיקנו שבועה לחלק בין כה"ג דהדין מתוך הוי מדאורייתא לכה"ג דהוי דין מתוך רק מדרבנן

ובחידושי הגרש"ר בב"מ ס' ז' כתב לישב מהסוגיא דשבועות דמבואר להדיא דאיכא דין דמתוך בחשוד וכתב די"ל דכ"ז הוי מדרבנן דמדאורייתא הוי שבועתו שבועה והא דמבואר בגמ' דהוי מתוך הינו מחמת הדין דרבנן דתיקנו חז"ל מתוך והינו כדברי התומים **ולפי דברי האו"ת והגרש"ר** איכא ביאור חדש בדין שכנגדו דחשוד דבאמת הוי משום מתוך אמנם הוי רק דין מתוך מדרבנן ולא דין מתוך מדאורייתא **ולפי"ז** לכא' מבואר ג' צדדים בביאור שכנגדו א' כמבואר בראשונים דבאמת הוי דין מתוך ורק דחז"ל תיקנו שבועת על הנוטל **ב' כמש"כ** הקצה"ח דבאמת אינו נוטל כלל מן הדין והוי רק תקנת שכנגדו משום קנס דנתנו זכות לחשוד לישבע וליטול **ג'** דעת האו"ת דהוי דין מתוך רק מדרבנן ותיקנו חז"ל דין שבועה ג"כ משום דלא שבקת או להבדיל מדרבנן לדאורייתא

ובתוס' בב"מ דף ו' ד"ה ותקנתא כתבו ומתוך שאינו יכול לא שייך הכא כדפרישית לעיל בביאור דבריהם איכא בב' אופני א' כונתם לתירוץ הב' דליכא בחשוד מתוך **ב' בתוס' הרא"ש** ובתוס' רבינו פרץ כתבו דכונתם דבשבועה דרבנן ליכא דין מתוך ולפי"ז אדרבה מבואר דבחשוד איכא דין מתוך וכן הביא הקצה"ח בשם האחרונים דכונת התוס' לדף ג' ע"ב ד"ה ובכולי בעי דלודי ליה דליכא מתוך בשבועה דרבנן [אמנם אם דין שכנגדו הוי מחמת מתוך א"כ לכא' צ"ע דזהו לכא' קושית הגמ' ומאי הקשו טפי התוס' ועיי"ש בחזו"א דנתקשה בזה] [ובגוף הדבר ג"כ צ"ב דמ"ט בשבועה דרבנן ליכא מתוך דהרי בגמ' בדף מא' מבואר בפשטות דדינא דשבע או שלים איכא בשבועה דרבנן ורק דלא נחתין לנכסיה ולר"י דגזל מדבריהם נחתין ה"ה נחתין וא"כ לכא' כמו דאיכא שבע או שלים צ"ב מ"ט ליכא מתוך וצ"ב אמנם למאי דנתבאר דדינא דמתוך אינו מחמת השבע או שלים והוי דין נוסף א"כ י"ל דשפיר הוי תקנתא נוספת **ובקצה"ח ס' עה'** כתב להוכיח דליכא מתוך בחשוד מדאמרינן בגמ' דחשוד במתוך אין דין שכנגדו משום דהוי תקנה ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ואם נימא דבחשוד איכא דין מתוך א"כ לא הוי תקנתא לתקנתא

הרמב"ם כתב פ"ב מטו"נ היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב שכנגדו אינו יכול לישבע וליטול ובטור ס' צב' הביא בשם הרמ"ה דנוטל גם בלא שבועה משום דין מתוך כיון דאין השומר יכול לישבע ובב"ח שם ביאר דפליגי בזה גופא דלדעת הרמ"ה איכא בחשוד דין מתוך וע"כ אע"ג 'אינו יכול לישבע משלם' והרמב"ם ס"ל דליכא דין מתוך וע"כ בלא שבועה אינו נוטל עי"ש ובביאור **הגר"א ס"ק כא'** כתב דמדינא דאורייתא א"י ליטול שכנגדו בלא שבועה דא"ל תקנת חכמים ובמקום דאפשר אפשר א"כ מאי אמרו שם ל"ב דחיש מאן כו' מי ימר וכו' **ובביאור הוכחת הגר"א כתב הגרש"ר** דאם מדאורייתא נוטל בלא שבועה מדין מתוך א"כ שוב לא הוי טעם מי ימר דמשתבע וכוונתו קושית הרשב"א דף לא' דלמ"ד דס"ל דמשחק בקוביא איכא שבועה דאורייתא וא"כ חזין דאזלינן בתר דאורייתא וא"כ כיון דאיכא דין מתוך מדאורייתא א"כ צריך להיות קרבן שבוה"ע

עוד אפשר לפרש הוכחת הגר"א ע"פ דברי המאירי דהנה בגמ' שם אמרינן דהכל מודים בעד מיתה דאיכא קרבן שבוה"ע והקשה שם במאירי הרי צריכה לישבע מדין הנפרעת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה ותירץ שם ואני אומר שבדבר זה אין לומר מי ימר דמשתבעת שלא נתנה כתובה לגבות מחים והדבר קרוב לזדאי שלא נפרעה ולא באה השבועה אלא מצד נכסי היתומים אבל החוב הרי הוא כדבר ברור ולכא' י"ל דבריו דכל מי ימר דמשתבעת הוי רק אם עצם דין הממון תלוי בשבועה בזה אמרינן מי ימר דמשתבעת משא"כ בכה"ג דאין עצם הממון תלוי בשבועה בזה לא אמרינן מי ימר דמשתבעת וע"כ י"ל דזהו ג"כ כונת הגר"א דאם מצד עצם הדין הוא נוטל מדין מתוך ורק איכא דין שכנגדו א"כ אין השבועה עיכוב בעצם הממון וע"כ בזה ליכא מי ימר דמשתבעת [אמנם יש לפרש את המח' בין הרמב"ם לרמ"ה באופ"א כמש"כ הט"ז אם בעינן במתוך טענת ברי ודו"ק]

אם חשוד הוי מדינא דאורייתא או דרבנן בתוס' בב"ק דף קח' ד"ה תרי כפילי כתבו ומחמת מה דנעשה פסול בשבועה שניה משנה שנמצא שקרן בראשונה אין לפוטרו משום דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל כדמוכח בשבעות דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה ומשמע התם דמדרבנן הוא וכיון דמדאורייתא שבועתו שבועה מחייב כפל ופשטות מבואר דדין חשוד הוי רק דרבנן וכונתם להוכיח ממתני' דס"ל דהוי נוטלים שלא מן הדין וע"כ כיון דמדאורייתא יכול לישבע [וס"ל דאיכא מתוך בחשוד וע"כ אם היה פסול מדאורייתא המתוך הוי דאורייתא ודו"ק]

ובחידושי הגר"ל ובחידושי הגרש"ר בב"מ ס' ז' ובחז"א ט' ד' כתבו דכונת דבריהם דאם נשבע הוי שבועתו שבועה מדאורייתא ורק דאין נותנים לו לישבע מדאורייתא ורק מדרבנן אמרינן דגם אם נשבע אין שבועתו שבועה ומבואר בדבריהם דנקטו דאיכא ב' דינים דמדאורייתא אין מוסרים ומדרבנן הוי דינא ג"כ דאין שבועתם שבועה [ולכא' צ"ל דכונתם דהדין דרבנן הוי בגוף הדין דשכנגדו דהוי תקנה מדרבנן דאין שבועתו שבועה אמנם כתב החזו"א דאפי' אם נימא דאם השביעו אותו ב"ד הוי בטעות וחזור וא"כ חשיב כקפץ ונשבע דליכא כפל בקפץ ונשבע עי"ש

אם דין חשוד הוי דינא בעצם או דרך איכא הילכתא דאין מוסרין שבועה לחשוד

הנה לכא' יל"ע אם דינא דחזרה שבועה לסיני הוי דין בחיוב דחזרה שבועה לסיני או דהוי רק דין דלא אמרינן מתוך ונראה להוכיח כמה ראיות כמו הצד הא'

א' דהנה יועין ברשב"א דכתב דס"ל לרב ושמואל דזוזי היכא דקימא קימי ולא עוד אלא במקום שהוא נוטל בלא שבועה אלא דמתן התקנה חייב שבועה כמת לזה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דיאן בני מלוה יכולין לישבע דזוזי היכא דקימי ליקום וכ"ש בשני חשודים וכו' ומבואר דתרויהו הוי חד דינא דזוזי היכא דקימי ליקום

ולכא' מבואר דהוי דין חדש דזוזי היכא דקימי ליקום וכן יש דביארו בדברי רש"י דכתב אבל ב"ד אין נזקקין לא לשבועה ולא לפרעון ומשמעות רש"י דהוי דין דאין נזקקין לזה

ב' ובדברי הר"י מיגא"ש מבואר באופ"א דכתב דהמ"ד דחזרה שבועה לסיני ס"ל דכמו דלא נתחייב שבועה מעולם דמי וכתב זאות הן בתורת טעם דלא אמרינן מתוך לענין נפטר והן לענין דבשבועת הנוטלין אינו נוטל ולכא' צ"ע וצ"ל דלענין נפטר כיון דלא נתחייב שבועה א"כ הוא פטור משא"כ לענין נוטל ס"ל להר"י מיגא"ש דתליא עכ"פ בחיוב שבועתו דאינו תלוי בשבועה בפועל אבל עכ"פ תלוי בחיוב שבועה ובלא דיהא חיוב שבועה בזה לא תיקנו לו רבנן נטילה [ויל"ע בכה"ג דנוטלין מן הדין וצ"ל דגם התם הגבילו חז"ל את הנטילה בשבועה וס"ל לר"י מיגא"ש דתליא בחיוב השבועה ולא בשבועה] ולדברי הר"י מיגא"ש למדנו יסוד חדש בחזרה שבועה לסיני דחשיב כאילו לא נתחייב מעולם ולדבריו אדרבה לרבי אבא דס"ל מתוך ליכא חידוש כלל דזהו יסוד דינא דמתוך דמחויב שבועה וע"כ משלם וכן ה"ה דנוטל גם בלא שבועה דסגי ליטול ע"י חיוב שבועתו גרידא [ולכא' צ"ל דהביאור הוא לדבריו דאין הנטילה מחמת דין השבועה אלא דאיכא תנאי בנטילת הממון דיהא עליו חיוב שבועה ודו"ק]

והנה בדברי הר"ת וכן בדברי הרמב"ן מבואר דאין מתוך אלא מפסיד וצ"ע

נחלקו התוס' והראשונים דהנה בתוס' לשיטת הר"ת מבואר דהוכחת הגמ' דמתוך מפסיד הינו מהא דאינו נוטל החצי, והוכחת הגמ' דלא אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאם אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם א"כ צריך גם הנתבע להפסיד החצי, ומבואר בדברי התוס' דבאמת כל אחד צריך להפסיד החצי אם הוא אמרין מתוך מפסיד ומתוך משלם, ורק רב אבא ס"ל דמתוך אינו מפסיד התובע ומאידך גיסא מתוך הנתבע מפסיד וע"כ אמרין דחזרה שבועה למחויב לה ורב ושמואל סברי להפך דמתוך מפסיד וע"כ אינו נוטל ומתוך אינו משלם וע"כ מפסיד התובע הכל ור"נ לענין שניהם חשודין ס"ל דאמרין מתוך מפסיד ומתוך ס"ל דמשלם וע"כ עבדין יחלקו ודו"ק

ומבואר בשיטת התוס' דכה"ג דשניהם חשודין אמרין מתוך על מחצה לכל אחד דכ"א חשיב לגורם על מחצה דע"כ ליכא שבועה וע"כ דינין מתוך על מחצה לכא"א

ובשיטת הראשונים הרמב"ן מבואר לכא' דלא כהתוס' דאם הוא אמרין מתוך על הנתבע שוב לא שייך לדון דהא מתוך על התובע דודאי אם תרויהו אינם יכולים לישבע שוב המתוך הוא הנתבע לחודיה ולא על התובע ובביאור דברי ר"נ כתב הרמב"ן אדרבה דס"ל דליכא מתוך וע"כ כיון דתרויהו אינם יכולים לישבע ע"כ כל אחד מפסיד החצי, ור"ש ס"ל דאמרין מתוך שאינו יכול התובע מפסיד וזהו הטעם דמפסיד התובע הכל ומבואר ברמב"ן דדינא דר"נ יחלקו אינו תליא במתוך אלא גם בלא מתוך אמרין יחלקו ולכא' הוא מדין תקנת שכנגדו גבי חשוד דתיקנו דמפסיד

ונראה לבאר שורש המח' בין התוס' והראשונים בביאור דין שכנגדו די"ל דהנה יש לחקור בדין תקנת שכנגדו די"ל דבאמת נוטל מן הדין וכל מאי דמחויב שבועה הוא רק דהחמירו חז"ל דלא יטול מהחשוד בלא שבועה אמנם באמת סיבת נטילתו הוא מחמת גוף הדין דמתוך וי"ל דבדין שכנגדו הפקיעו חז"ל את הדין מתוך ושוב כל נטילתו הוא רק מחמת הדין שבועה דחל עליו ומהראשונים מבואר כמו הצד הא' דהנה במתני' יועין דכתבו שם דמבואר רק הנך דאינם נוטלים מן הדין והקשו משכנגדו ומבואר דשכנגדו סתם נטילתו הוא מחמת הדין אמנם התוס' שם לא תירץ כדברי הראשונים וי"ל דהוא מאי טעמא דס"ל דבאמת חשוד חשיב כנוטל שלא מן הדין ואפי' אם נימא דאיכא בחשוד מתוך מדאורייתא מ"מ י"ל דהגדר בשכנגדו דהפקיעו חז"ל את הדין מתוך ושוב נוטל רק מחמת דין שכנגדו

וסמך גדול לזה דהנה הקשו האחרונים דאמאי אמרין בגמ' דבשבועה דרבנן לא אמרין מתוך כיון דתקנתא לתקנתא לא עבדין ולכא' אם דינא דנוטל הוא מחמת מתוך והשבועה הוא רק כדי דלא יטול בלא שבועה לכא' לא שייך בזה תקנתא לתקנתא ולהנ"ל א"ש די"ל דבאמת הגדר בשכנגדו אין הביאור הוא דהוי סתם חובת שבועה אלא דתיקנו דבאמת אין דין מתוך ואיכא רק דין שכנגדו

ולפי"ז י"ל דהרמב"ן ס"ל דכל דין שכנגדו הוא רק בעצם דתיקנו דלא יטול בלא שבועה אמנם ודאי דיסוד דין נטילתו הוא מחמת המתוך דאיכא על הנתבע וע"כ ס"ל דבשניהם חשודין אם הוא אמרין דין מתוך על הנתבע שוב אין מקום כלל לומר מתוך על התובע כיון דכל חיוב השבועה דהתובע הוא רק על הדין מתוך דאיכא על הנתבע משא"כ התוס' ס"ל דיסוד דין החיוב שבועה דהשכנגדו אינו מחמת המתוך דהנתבע דבאמת בכל שכנגדו ביטלו את הדין מתוך וחשיב כנוטל שלא מן הדין וע"כ ס"ל להתוס' דבאמת יש מקום לדון דבתרויהו אינם יכולים לישבע דכ"א יפסיד מחצה ודו"ק

הרמב"ם פ"ב מטו"נ כתב היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב שכנגדו אינו יכול להשבע וליטול שהרי אינו ודאי שאכלו לפיכך אם טעם בעל הפקדו בפני נשבע ונוטל ובביאור דבריו נחלקו האחרונים דאיכא ב' אופנים א' דעת הט"ז דס"ל להרמב"ם דכל מתוך בעינן ג"כ ברי ובאמת דברי הט"ז צ"ב טובא דהנה כל שומר שמסר לשומר בפשטות מבואר דחייב מחמת הטעם דאיהו לא מיהמן לי בשבועה ומבואר דהטעם דחייב הוא מחמת דאינו יכול לישבע ואע"ג דאין הבעה"ב טוען ברי מ"מ מבואר דחייב שבועה ואינו יכול לישבע אמרין בזה מתוך וצ"ע אמנם הנתה"מ

כתב דהטעם דבכל שומר הוא מחמת דהוי כאיני יודע אם פרעתין וי"ל דכ"ז זהו דוקא בשומר שמסר לשומר אמנם בכל שומר הוי כאיני יודע אם נתחייבתי [אמנם ברא"ש דשומר שמפסד לשומר דכתב דליכא בזה עד המסיע משום מתוך מבואר דס"ל דהטעם הוי משום מתוך] ב' ובב"ח ובקצה"ח כתבו דס"ל להרמב"ם דבחשוד ליכא דין מתוך והוי רק דין שכנגדו וע"כ ס"ל להרמב"ם דבלא שבועה אינו נוטל וכן הוא לכא' בביאור הגר"א דצין דבלא שבועה אינו נוטל והביא ראיה לזה מהגמ' דמי ימר עי"ש

והאחרונים הקשו דלכא' הכא בגמ' איכא סוגיא ערוכה דבחשוד אמרינן מתוך ולמאי דביארנו לעיל וי"ל דאע"ג דאיכא ודאי בחשוד מתוך י"ל דבתקנה שכנגדו איכא בזה הלכה דלא נימא מתוך וע"כ לעולם חשיב כנוטל שלא מן הדין

והרמב"ם כתב בפ"ב ה"ה דחשוד נתחייב החשוד שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להשבע וליטול אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר וכן פוגם שטרו ובראב"ד כתב איני מודה בזאת תאמר הא דרב ושמואל היא אמרינן הבו דלא להוסיף עלה ולכא' דברי הרמב"ם הם פלא גמור כיון דארינן בגמ' הבו דלא להוסיף עלה וא"כ לכא' גובין היורשין אע"ג דאינם יכולים לישבע מ"מ נוטלים בלא שבועה א"כ מ"ש חשוד

ונראה דס"ל להרמב"ם דיורשים גרע טפי וביאור הדבר דיורשין דינינן ליה כאינם מחויבים שבועה וע"כ כיון דאינם יכולים לישבע שוב אמרינן דאינם מפסידים בנטילתם משא"כ חשוד אדרבה כיון דמעיקר הדין יכול לישבע א"כ אמרינן איפכא דבאמת הוא כיון דהוא יכול לישבע ע"כ שוב אינו נוטל בלא שבועה דלעולם חשוד ד,ינינן ליה כיכול לישבע וע"כ כיון דחשיב ליכול א"כ שוב אינו נוטל בלא שבועה כיון דיכול לישבע ודו"ק

ואפי' לדברינו דבחשוד מדאורייתא איכא מתוך מ"מ י"ל דמדרבנן כיון דליכא מתוך א"כ דינינן ליה כיכול ורק דאיכא דין שכנגדו וע"כ כיון דחשיב ליכול שוב אינו נוטל בלא שבועה

אמנם באמת צ"ב מ"ט ליכא שכנגדו כמו בכל חשוד ובאמת כן הוא דעת הר"ף דהנתבע צריך לישבע שבועה חמורה מדין שכנגדו אמנם ברמב"ם משמע דהוי רק שבועת היסת ונראה דהטעם הוא דס"ל להרמב"ם דיסוד דין שכנגדו הוא מיפך וע"כ י"ל דבנוטל ליכא מיפך וע"כ הכא ג"כ ליכא מיפך [ואע"ג דהתם הטעם משום דאומר לו ממון גמור לי עליך והכא לא שייך האי טעמא מ"מ י"ל לאחר דחזינן דחשיב ליכול לישבע שוב י"ל דע"כ ליכא מיפך ודו"ק

חנוני על פנקסו

וכתב הר"ן דחלוק דין פועל מדין בעה"ב דדין פועל נוטל מחמת הדין וכל הטעם דחייב שבועה הוי רק מדין דהחנוני מכחישו, משא"כ שבועת החנוני הוי גם במקום דליכא מכחיש כדין המוציא הוצאת על נכסי אשתו דאפי' דליכא מכחיש מ"מ בעי שבועה

ובבהעה"מ כתב בסוף פירקין כל חשוד וכו' אם הוא מאותן הנוטלין מן הדין וכו' נוטל שלא בשבועה וה"ה לחנוני על פנקסו וכל מאי דדמי ליה ומבואר דס"ל להבהע"מ דדין החנוני ליטול מן הדין **ובבהעה"מ כתב** ח"ב האריך תשובת הר"י דכתב שם דכל דין השבועה במתני' הוי רק מדין הא דמכחישים ההדדי משא"כ בכה"ג דליתא תרויהו קמן נוטל גם בלא שבועה ואפי' החנוני וכתב דלא דמי לאיני יודע אם הלוחני משום דהתם איכא ברי גבי תובע וחזקת ממון גבי נתבע ואוקי ממנוא בחזקת מאריה עדיף טפי כי היכי דלא נפגע בספק גזילה ונעשה מעשה בידיה אבל הכא גבי חנוני איכא תרי אנפי חזקת שליח עושה שליחותו ובריא ומדחיא חזקת ממון מקמי תרתי עי"ש עוד כתב דאפי' שבועה ליכא ואע"ג דבא ליטול מבהעה"ב וא"כ לכא צריך להיות שבועת הנוטלין כמו כל נוטל ותירץ דגם ע"ז מהני מאי דאיכא תרתי גם ברי וגם חזקה דלא יצטרך שבועה מדין נוטל אלא רק מחמת ההכחשה **ובש"ך צא"י** כתב עוד עם דכל הטעם דברי ושמא לאו ברי עדיף הוא משום דאוקי ממנוא בחזקת מאריה וא"כ דוקא התם שיר לומר כן וכו' משא"כ הכא דס"ס האי ממנוא תיפוק משרותיה ולא קאי בחזקתיה [וכן לכא' גם מוכח בדעת הרמב"ם דהובא בסמוך דכתב דכה"ג דאין השני נוטל דינו דנוטל שלא בשבועה וכתב זאת הרמב"ם גם על החנוני דנוטל שלא בשבועה ומבואר דס"ל דגם החנוני הוי כהנך דנוטלים מן הדין]

בכה"ג דאינו החנוני נוטל אם צריכים שבועת הנוטלין או לאו

ובר"י מיגא"ש כתב הכא דאם אין החנוני נוטל כגון דנתן לו כבר א"כ הדין הוא דתרויהו משתבעים רק היסת דהחנוני כיון דאינו נוטל א"כ אין שבועתו אלא שבועת היסת, ולענין הפועלים אע"ג דהתם נוטלין מ"מ כיון דאין החנוני נוטל מבהעה"ב א"כ בכה"ג לא תיקנו חז"ל שבועת המשנה ואף לענין הפועלים אף דהם נוטלים מבהעה"ב מ"מ כיון דאין החנוני נוטל לא תיקנו חז"ל שבועה

ויעוין בסוגיא בקידושין דף מג' לענין שליח לפריעת הלואה דדינא שם כמו הכא דצריכים תרויהו לישבע גם השליח וגם המלוה וכתב שם הר"ף דשבועת השליח הוי רק שבועת היסת ושבועת המלוה הוי שבועת המשנה בנק"ח השליח לישבע שבועת המשנה **ובמלחמות כתב בביאור שיטת הרי"ף** דליכא שבועת המשנה דוקא בנוטלין ולא בנפטרין וע"כ סגי בשבועת היסת עי"ש **ומבואר דאיכא ג' דעות** א' דעת הר"י מיגא"ש תרויהו היסת בכה"ג דאינו נוטל ב' דעת הרי"ף דהשליח היסת והמלוה שבועת המשנה ג' דעת הבעה"מ דגם השליח נשבע שבועת המשנה

ובאחרונים הקשו דהשו"ע בצא"ס' ג' הביא ב' דעות אם צריך אם בכה"ג דאין החנוני נוטל אם צריך הפועל לישבע שבועת המשנה ובס' קכא' לענין שליח הביאר רק הדעה הראשונה דצריך המלוה לישבע שבועת המשנה ועין בנתה"מ צא"ד מש"כ לישב

וברמב"ם בפ"א מהלכות שלוחין כתב דהשליח נשבע היסת שנתן בעל חוב או הפועל נשבע הסת שלא לקח וישלם הלה לבעל חובו וכו' **וכתב הר"ן** דס"ל להרמב"ם דאין השבועה המוטלת על הפועל רק שבועת היסת ותמה עליו דהרי צריך לישבע מדין שבועת המשנה ובמ"מ כתב דהגירסא בדברי הרמב"ם דנשבע שבועת התורה ותמה על הר"ן עי"ש **ובביאור דעת הרמב"ם** עין בקה"י סי' מא' בקידושין דס"ל כשיטת הר"י מיגא"ש דאם החנוני אינו נוטל ליכא שבועת המשנה אלא רק שבועת היסת

אמנם צ"ע דהרמב"ם כתב בהלכות טוען פ"א ה"ו ואין לך שנשבע היסת ונוטל ויעוין באו"ש דכתב בפשיטות בשיטת הרמב"ם כהמ"מ דנשבע שבועת התורה וכתב שם דזהו מש"כ הרמב"ם לעיל ואין לך מי שנשבע היסת ונוטל דאתי לאפוקי מהשיטה הר"י מיגא"ש דכתב שנשבעים שבועת היסת

דליכא שבועת היסט דיטול **ועין עוד בר"י מיגא"ש** דהקשה אמאי איכא שבועת היסט הרי ליכא טענת ברי וכתב בזה ב' תירוצים א' **דלאפוקי ממונא** נשבעים היסט גם בשמא דרק לאוקמי ממונא צריכים ברי **ב' עוד כתב דאיכא שבועת היסט** מחמת דהוי ברי ע"י אחר ע"ש **ובש"ך ס' קכא ס"ק מז'** כתב דלשיטת הר"י מיגא"ש נשבעים היסט ע"כ צ"ל דקודם משלם ורק אח"כ נשבע היסט כיון דקימ"ל דליכא נוטל דנשבע היסט **[אמנם לכא' בתירוץ הא' לכא' מבואר להדיא בדברי הר"י מיגא"ש דנשבע ואח"כ נוטל דאל"ה לא הוי לאפוקי ממונא]** **ובחזו"א ס"ק טו'** פליג שם וכתב דודאי דנשבע מקודם ומש"כ הרמב"ם הוי לשיטתו אמנם ליכא שום טעם בעצם דליכא שבועת היסט בשבועת הנוטלים ע"ש

שיטת הרמב"ם דתליא בנטילת תרויהו ולא משום ההכחשה

וברמב"ם בפט"ז מהלכות מלוה ולוה כתב וז"ל ושבועה זו תקנת חכמים היא בנק"ח מפני,, שבאים שניהם ליטול" לפיכך אם מת החנוני נוטל שלא בשבועה שהרי אין בעל הבית מפסיד כלום ואינו משלם אלא תשלום אחד **וברשב"א בקידושין דף מג' ע"ב** הביא דהרמב"ן הקשה עליו דזהו ניחא לענין הפועלים דא"צ שבועה כיון דנטילתם הוי מן הדין אמנם החנוני כיון דאינו נוטל מן הדין א"כ ודאי דלעולם צריך שבועה **ועוד הקשה** דגם במת מ"מ אין היורשים נפסדים כיון דאמרינן בגמ' הבו דלא להוסיף עלה א"כ נוטלים היורשים אע"ג דאינם נשבעין ע"ש

ולכא' הרמב"ם פליג בתרתי א' דס"ל דהוא נוטל מן הדין גם החנוני וע"כ נוטל גם שלא בשבועה בכה"ג דאינו נוטל אלא תשלום אחד **ב'** ומאידך גיסא מש"כ דאין היתומים נוטלים אפי' יורשי הפועלים ולכא' צ"ב דכיון דס"ל דנטילתם הוי מן הדין וא"כ צ"ב מ"ט אין היתומים נוטלין **וי"ל דברי הרמב"ם בב' או דמירי דלא הכחישו ההדדי בב"ד דבכה"ג ודאי דל טענינן ליתמי להוציא עוד כתבו האחרונים בביאור דעת הרמב"ם בנתה"מ ס"ק ב' ובחזו"א ד"ל דכל כה"ג דמכחישי ההדדי י"ל דחשיב כאיכא ברי לבהעה"ב וע"כ א"א לחיבו דע"י הכחשתם ההדדי א"כ אית ליה טענת ברי ובדברי הנתה"מ מבואר דתליא אם אחד נוטל או שנים נוטלים דכל כה"ג דשניהם נוטלים זה גופא ה,, ברי ידיה דאינו חייב לתרויהו" משא"כ אם אין תרויהו נוטלים שוב לא חשיב דאית לבהעה"ב ברי ע"ש **[אמנם בדברי הר"י מיגא"ש]** דכתב דכה"ג דאין החנוני צריך להוציא מבהעה"ב אין נשבעים אלא היסט לכא' מבואר דגם כה"ג דתרויהו מכחישים ההדדי מ"מ נוטל מן הדין דכתבו דא"צ לישבע אלא היסט וא"כ מבואר דגם בכה"ג דאיכא הכחשה נוטל מן הדין וכן לכא' דעת הבעה"מ ג"כ דסתם דינו בחשוד ומשמע אפי' בכה"ג דמכחישים אותו ודו"ק **ומבואר דנחלקו הרמב"ם והר"י מיגא"ש** דאע"ג דלתרויהו נוטלים תרויהו מן הדין מ"מ לפי הרמב"ם זהו דוקא בכה"ג דאינם מכחישים דבכה"ג דמכחישים אינו מן הדין ולדברי הר"י מיגא"ש אפי' במכחישים ודו"ק**

והנה מבואר **בדעת הרמב"ם דהכל תליא מחמת דאינו משלם אלא תשלום אחד** ומבואר לכא' דאינו תליא בהכחשה [כמבואר בשאר הראשונים דתליא בהכחשה] אלא הכל תלוי אם משלם תשלום אחד או לא דאם דינו לשלם תשלום אחד א"כ בזה ליכא תקנת שבועה משא"כ אם צריך לשלם ב' תשלומים בזה איכא לתקנת המשנה דא"א לחיבו ב' חיובים בלא שבועה חמורה ודו"ק

ובחזו"א הקשה על דברי הרמב"ם משיטת בן ננס דס"ל דרק החנוני נוטל וא"כ כיון דרק הוא נוטל מ"ט בעי שבועה **[והחזו"א]** נקט שם דגם לדעת הרמב"ם העיקר תליא בהכחשה **ועין בש"ך ס"ק יא'** דכתב לבאר דברי הרמב"ם בב' אופנים א' דמירי בכה"ג דמכחישים ומ"מ בעי ג"כ דיהא ב' תשלומים **עוד כתב בש"ך שם די"ל** דדברי הרמב"ם מירי בכה"ג דלא הכחישו ומ"מ כיון דחנוני אינו נוטל מן הדין ע"כ צריך דלא יהא ב' תשלומים כדי דיטול בלא שבועה דכדי דיטול בלא שבועה בענין גם דלא יהא הכחשה וגם דלא יהא ב' תשלומים אמנם צ"ע הא גופא אם אינו נוטל מן הדין א"כ מ"ט דהוי רק תשלום אחד נוטל גם בלא שבועה וצ"ע

הר"ן כתב כאן במתני' בדברי בן ננס דהפועלים הוי איני יודע אם פרעתיך משא"כ החנוני הוי איני יודע אם נתחייבתי ולדבריו הוי ב' תקנות במתני' א' על החנוני דיטול ב' על הפועלים לחיבם שבועה

ובבהע"מ כתב דנוטל מן הדין וע"כ חשוד יהא הדין דנוטל בלא שבועה ובמלחמות פליג שם

ובטעם הבעה"מ לכא' הוא כמו דמצאנו בבעל התרומת או משום דברי ושמא בצירוף חזקת חיוב יותר או משום דאיכא חזקת חיוב ע"כ נוטל מן הדין ולדברי הבעל התרומת לכא' צריך לומר דיסוד התקנה הוי מחמת דמכחישים דכל כה"ג דמכחישים ההדדי זהו הטעם לחיוב השבועה ולפי"ז הוי חדא תקנה ואינו ב' תקנות

וברמב"ם לכא' איכא סתירה דמחד גיסא כתב דכה"ג דאינו ב' נוטלים נוטל בלא שבועה ולכא' מבואר דחשיב לנוטל מן הדין ומאידך גיסא מבואר בהרמב"ם דהיורשים אינם נוטלים וצ"ע אם נוטל מן הדין א"כ מ"ט אינם נוטלים וכן הקשה הרמב"ן על הרמב"ם אמנם יש לדחוק דכונתו בלא הכחישו ההדדי אמנם יש לדיק קצת אם דהרמב"ם תליא בנטילה אחת ומשמע לכא' דמירי גם בכהחשה

עוד צ"ע בדברי הרמב"ם בהלכות שותפין דכתב שם דהשליח נשבע היסת והמלוה איכא ב' נוסחאות ברמב"ם ברמב"ם אם נשבע היסת או לאו והר"ן גרס בדברי הרמב"ם היסת והקשה עליו ולכא' צ"ב מ"ש מאצלנו דכתב דצריך לישבע שבועה חמורה אמנם בזה י"ל כמו שכתב הר"י מיג"ש אצלנו דכל החיוב דהפועלים תליא רק מחמת הא דאיכא הכא ב' נטילות משא"כ בכה"ג דליכא הכא ב' נטילות ליכא בזה דינא דשבועת המשנה אלא רק היסת [אמנם צ"ב מהכא דכתב הרמב"ם דליכא היסת בנוטלין ולפי"ז מצאנו היסת בנוטלין ודו"ק

ולכא' י"ל דברי הר"י מיג"ש ש ביותר דהנה י"ל דמ"ש אם נוטל או לאו הרי מ"מ הבעה"ב מפסיד וצ"ב

עוד צ"ב מנין המקור לזה ברמב"ם דאם ליכא ב' נטילות ליכא שבועה דמתני' ולכא' י"ל ע"פ מה דביאר הנתה"מ דכתב לחלק בדברי הרמב"ם דכל כה"ג דמכחישים ההדדי שוב י"ל דאינו נוטל מן הדין וביאור הדבר הוא ע"פ התוס' דהקשו דגזל אחד מחמשה למ"ד דברי ושמא ברי עדיף מ"ט אינו חייב ותירצו דחשיב כברי ידיה דאינו חייב לכולם ולפי"ז י"ל דה"נ הכא חשיב כברי דאינו חייב לכולם וזהו גופא הוי טעם דכה"ג דשניהם נוטלים אינו נוטל מן הדין גם לענין הפועלים

ולפי"ז י"ל דזהו גופא הרמב"ם דהרמב"ם ס"ל דדינא דמתני' הוי נוטלים שלא מן הדין מחמת דאיכא הכחשה אמנם בכה"ג דנוטלים מן הדין בזה ליכא כלל לתקנה דבזה הוי כמו כל איני יודע עם פרעתיך דלא צריך שבועה דנוטל בלא שבועה ה"ה הכא נוטל בלא שבועה ודו"ק [ובאמת העירו על הש"ך דכתב בסי' צ"ב דחשוד נוטל בלא שבועה להנך שיטות דבנוטלים מן הדין נוטל חשוד בלא שבועה וצ"ע]