

במשנה שבועת הדיינים וכו' יש להקדים למתני שבשני הפרקים הקודמים [שבועת העדות ושבועת הפקדון] נשנו שתי פרשיות שבועה שיש להן שם שבועה בפני עצמם לענין איסורן ועונשן, שעונש שבועת הפקדון ועונש שבועת העדות אינן כעונש שבועת ביטוי בעלמא. ובאלו אף בנשבע במזיד מביא קרבן שדין שבוה"ע ושבועת הפקדון מפקיע דין לאו ומלקות דשבועת ביטוי. ודע עוד שאין חיוב לאדם ליטע שבועת הפקדון או שבועת העדות אלא דאם תבעו וכפר ונשבע לשקר חייב קרבן, אבל 'שבועת הדיינים' אינה חפצא דשבועה עם לאו ועונש לעצמו שהדין המוטל על ב"ד להשביע הנתבע אינו שייך לעצם פרשת שבועה והשבועה בעצמה שבועת ביטוי בעלמא הוא. או שבועת הפקדון באונפים מסויימים שלא מצינו בתורה פרשה מיוחדת לשבועת הדיינים אלא חיוב לב"ד להשביעו כדכתיב ונקרב בעל הבית וגו'.

וכן מבואר במאירי במתני שהקדים לביאור המשנה וכתב דלעיל נתארו ארבעה מיני שבועות וכעת באה המשנה לבאר אימתי משבעים הדיינים את בעלי הדין העומדים לפניהם עיי"ש בכ"ד.

וברמב"ם איתא [בפי"א משבועות ה"כ] 'דבר ברור וגלוי שכל הנשבע שבועת הדיינים או שבועת היסת בשקר שהוא חייב משום שבועת הפקדון **עכ"ל** ומדבריו מבואר דלאו היינו שבועת ביטוי בעלמא אלא חומר שבועת הפקדון יש עליו **וכן שם בהי"ד** כתב שאפשר להשביעו בכל לשון וכו' 'שבועת הדיינים היא שבועת הפקדון בעצמה' אמנם אין הכרח מהרמב"ם לפרש דחייבים להשביעו באופן שיתחייב משום שבועת הפקדון אלא דינא נקט שכאשר נשבע שבועת הדיינים עובר משום שבועת הפקדון. ועכ"פ מבואר שאין שבועת הדיינים פרשת שבועה לעצמה. **ומש"כ הרמב"ם** דהיא שבועת הפקדון אזיל לשיטתו שסובר דא"צ יחוד כלי וכל אדם הכופר בממון לחברו ונשבע הוי זה שבועת הפקדון, ונמצא אם כן שכאשר הבי"ד משביעים בכל תביעת ממון הוי שבועת הנשבע שבועת הפקדון, אבל רוב הראשונים סוברים דליכא שבועת הפקדון אלא בפקדון בעין או בהלוואה אם יחד לו כלי אבל לא בממון שאינו מסויים ולדידהו באופן שנשבע על מלוה אינה שבועת הפקדון אלא שבועת ביטוי בעלמא.

אך ראה בתוס' שכתבו דהא דלא נקט נוהגת באנשים ובנשים משום דפשיטא וכו', ודבריהם תמוהים דמה שייך נוהגת בנשים הרי מדין שבועה בעלמא היא עוברת ואשה חייבת בשבועת ביטוי, **וכן בדבריהם להלן** [בד"ה לאתפוש חפצא] וכמו שיתבאר להלן במקומו, **וכן בדבריהם להלן** [בדף לט ע"א ד"ה ואלון] הקשו מדוע לא תני במתני' דואלו נאמרים בכל לשון שבועת ביטוי ושבועת הדיינים, משמע קצת דשבועת הדיינים לאו היינו שבועת ביטוי אלא שם שבועה לעצמה. וצ"ע.

ויש בזה שייכות למחלוקת הראשונים בדין קפץ ונשבע, **דבשו"ע** [בסי' פז סט"ז] הובאה מחלוקת ראשונים באופן שנשבע אדם לחברו מרצונו בלא שחייבוהו דיינים ואח"כ נתחייב שבועה בב"ד אי מהני שבועתו הראשונה לפטרו או לאו [ויתבאר הענין עצמו בהמשך הסוגיא] ולהנך ראשונים דסברי דמהני השבועה הרי מפורש שמועיל לפטרו אפילו שבועת ביטוי בעלמא ואף שנשבע קודם שנתחייב כלל, עיי"ש. והסוברים דלא מהני שבועתו אין ללמוד מדבריהם דשבועת הדיינים פרשת חיוב שבועה לעצמו היא אלא דאינו נפטר מחיובו ליטע עד שישבע מפי בית דין כמו שיתבאר להלן מדבריהם.

ובמש"כ הרמב"ם דשבועת הדיינים היא שבועת הפקדון בעצמה, בפשוטו כוונתו דכל הנשבע בב"ד על ידי חיוב דיינים עובר משום שבועת הפקדון, **ודברי הרמב"ם אלו הם לשיטתו** דשבועת הפקדון הוא אף בלא יחוד כלי אלא כשל שתובע אדם את חברו ממון ומשביעו [וכ"ש אם חייבוהו ב"ד ונשבע] ונשבע לשקר עבר משום שבועת הפקדון, **אבל לדעת רוב הראשונים** אין שבועת הפקדון אלא בכופר בפקדון דוקא או בהלוואה אם יחד לו כלי אבל לא בשאר תביעת ממון ולדידהו הנשבע שבועת הדיינים לשקר עובר משום שבועת ביטוי בעלמא.

מתני שבועת הדיינים וכו' לשון המשנה צ"ב דמשמע שדין שבועת הדיינים הוא שיהיה טענה שתי כסף והודאה בפרוטה, והרי דין זה נאמר דווקא בשבועת מוב"מ ולא בשאר שבועות דאורייתא [ע"א ושבועת השומרים] **וראה ברש"י, ועיין בר"ן שפירש דבריו** דכוונת המשנה היא ששבועת הדיינים שבאה בדין מוב"מ דינה ההם כמבואר במשנה אבל אה"נ שאר שבועות אף הן נחשבות כשבועת הדיינים ואין דינן מפורש במשנה. **ועוד פירש הר"ן**

¹ ומש"כ רש"י בגטין הו"ד להלן בפנים ששבועת הדיינים ענשה מרובה ובנקי"ח וכו' אין כוונתו לומר דזו פרשת שבועה חדשה אלא דשבועת הדיינים כך עבדינן לה שמשביעים אותו באופנים האלו בשבועה חמורה.

דשבוועת השומרים נקראת שבוועת הפיקדון ושבוועת ע"א אינה מוזכרת בקרא להדיא ולכן שובעת מוב"מ היא הנקראת 'שבוועת הדיינים', וכ"ה ברמב"ן ובריטב"א. ומכ"ד הראשונים נראה שאין נקרא שבוועת הדיינים אלא השבוועה המחוייבת מן התורה, וגם נראה ש'שבוועת הדיינים' הוא כינוי בעלמא לשבוועת אלו ואין בזה נ"מ לדינא במה שנחשבת השבוועה ל'שבוועת הדיינים'.

ועיין ברמב"ם בפ"א משבוועות שכתב וזה קיצור לשונו: שבוועה זו שמשיעין הדיינים למי שנתחייב שבוועה היא הנקראת שבוועת הדיינים בין שהיה חייב בשבוועה זו מן התורה בין שהיה חייב בה מדברי סופרים וכו' שלשה מיני שבוועות הן שחייבין בהן מן התורה ואלו הן וכו' ויש שם שבוועה אחרת והיא תקנת חכמי הגמרא והיא הנקראת שבוועת הסת ואע"פ שבית דין משיעין אותה היום אינה נקראת שבוועת הדיינים וכו' ושבוועת הדיינים בין שהיתה של תורה או של דברי סופרים בין על טענת ודאי בין על טענת ספק כך היא הנשבע אחוז ספר תורה בזרועו והוא עומד ונשבע בשם או בכינוי וכו' אין בין שבוועת הסת לשבוועת הדיינים אלא נקיטת חפץ וכו'.

למדנו מדבריו: (א) שכל השבוועות בין דאורייתא או דרבנן לבד משבוועת היסת הן שבוועת הדיינים, (ב) שדין נקיטת חפץ הוא דין מסויים בשבוועת הדיינים, והאריך הרמב"ם לבאר בכל שבוועה שאף היא נקראת שבוועת הדיינים ומשמע מכ"ד שיש בזה נ"מ וכמש"כ הרמב"ם דבהיסת ליכא נקיטת חפץ אלא בשבוועת הדיינים, ובשו"ע [סי' פז ס"ח] כתב כדברי הרמב"ם דכל השבוועות מד"ס אף הן שבוועת הדיינים לבד מהיסת ויעויין בהגהת הגר"א [בסק"א] שכתב דנ"מ לענין נקיטת חפץ ומבואר כנ"ל. וצ"ב מהו שם זה של שבוועת הדיינים שמחייב נקיטת חפץ.

ויעויין בסוגיא בגטין [דף לה ע"א] דאיתא התם בגמ' דאלמנה חייבת לישבע שלא קבלה מכתובתה והתקינה להשביעה חוץ לבי"ד, וביאר שם רש"י החילוק בין שבוועה בבי"ד או חוצה לו וכתב 'חוץ לבי"ד משיעין אותה שבוועת הדיינים של תורה היא ונקט ס"ת בידה או תפילין ומשיעין לה בשם או בכינוי וכו' ועונשה מרובה וחוץ לבי"ד שבוועה דרבנן כללית ארור ולא נקט מידי ואין עונשה כל כך עב"ל. הרי מבואר דהסדר דשבוועת הדיינים מחייב להשביעה בבי"ד דוקא ובשם ובנקיטת חפץ וכמשמעות דברי הרמב"ם.

ובשו"ע [סי' פז ס"ח] כתב דשבוועה דרבנן נמי שבוועת הדיינים היא וכדברי הרמב"ם, ויעיין שם בהגהת הגר"א שכתב דהנ"מ לענין נקיטת חפץ וכתב הגר"א דכ"ז הוא כמשביעים אותה בבי"ד אבל מחוץ לבי"ד אף שבוועת המשנה לא בעי נקיטת חפץ וציין לדברי רש"י הנ"ל.

והנה נחלקו ראשונים בדין קפץ ונשבע, בסוגיא בגטין [דף לד] דלדעת רש"י שם מי שקפץ ונשבע בבי"ד קודם שחייבוהו בי"ד מהני לו שבוועתו ליפטר מחיובו, אבל לדעת הר"ח שם [הו"ד בראשונים שם] לא מהני שובעת קפיצה כדי ליפטר. והובאה מחלוקת זו בשו"ע [בסי' פז סט"ז] ובתשובת הרשב"א דן באופן ששנים נתעצמו בדין והחרימו כ"א על חברו שלא יאמר אלא טענות של אמת ואח"כ נתחייב האחד לחברו שבוועת היסת ודן הרשב"א שם דלדעת רש"י אפשר שאינו צריך לישבע שכבר נפטר בשבוועתו הראשונה, וכן יש נידון כזה במרדכי כאן בשני שותפים שקודם שנשתתפו נשבעו זל"ז שלא ימעלו בכספי השותפות דזה פוטרם משבוועת השותפים שנתחייבו בה אח"כ.

ובדעת הסוברים דלא מהני שבוועה דקפץ עיין בשלטי גבורים בשם הרי"א ז' [דף יח ע"ב בדפי הרי"ף] שכתב דהטעם הוא משום דבעינן שישבע בפני בית דין ועל פי ב"ד, ובראשונים בגטין משמע קצת הטעם שאין התובע חייב לקבל שבוועת הנתבע אלא כשהשביעוהו בי"ד אבל בשבוועה בעלמא לא נפטר הנתבע מתובעו, והדבר צ"ב דענין הבירור דשבוועה הרי הוא קיים כך או כך ומאי נ"מ אם נשבע מכח חיוב בי"ד או לאו וצל"ע.

בגמ' כמאן כרחב"א יל"ע בדברי הגמ' דהנה למסקנא ילפינן מהתם דין נקיטת חפץ ואף שבעלמא שבוועה חלה אף בלא נק"ח מ"מ הוי דין מסויים בשבוועת הדיינים דבעי נקי"ח וילפינן לה מאברהם, וקשה מדוע לא תירצה הגמ' כן גם לגבי שם דלעולם אתיא כרבנן דרחב"א אך גם לדידהו איכא דין בשבוועת הדיינים דבעינן שם וילפינן לה משבוועה דאברהם וצ"ע. וראה עוד להלן.

בגמ' לאתפוש חפצא דין ואיסור שבוועה בעלמא נאמר גם בשבוועה בלא נקיטת חפץ אלא דבשבוועת הדיינים בעינן בה נקיטת חפץ, וראה בתוס' שהקשו דבשבוועת ביטוי עדות ופקדון כשהוא מושבע מפי אחרים דהוי דומיא דשבוועת הדיינים ליבעי נק"ח, ויעויין ברא"ש שתירץ שדין נק"ח תקנת חכמים היא כדי להטיל אימה על הנשבע.

ולמדנו מדבריו דלהתוס' נקיטת חפץ דאורייתא היא, ויל"ע מהיכן ילפינן לה ואמנם בשבועה דאברהם מפורש נק"ח בפסוק אבל מנא לן דבעינן הכא דומיא דשבועה זו דוקא, וצ"ע.

עוד קשה בגוף דברי התוס' במש"כ דבכל הנך כשהוא מושבע מפי אחרים וכו' ותימא מדוע דוקא כשהוא מושבע מפי אחרים נבעי נק"ח, ועוד דבשבועת הדיינים אינו דין דבלא נק"ח אין איסור שבועה אלא דבעינן שיעשו בי"ד השבועה כסדר הזה ומאי שייכות יש לזה עם שבועת ביטוי בעלמא דלבעי נק"ח, וצ"ע.

ובמש"כ התוס' במושבע מפי אחרים דומיא דשבועת הדיינים וכו' דבריהם תמוהים לכאורה, ויש להקדים לזה הקדמה קטנה בכללי שבועת עצמו ואחרים: בסוגיות לעיל מבואר דמושבע מפי עצמו היינו כאשר נשבע לבדו את נוסח השבועה או כשענה אמן על שבועת אחר שכל העונה אמן אחר שבועה כאילו הוציא שבועה מפיו, ומושבע מפי אחרים היינו כשכפר בתביעת האחר והשביעו התובע ושתק. והנה בשבועת העדות ובשבועת הפקדון איתא במתני' לעיל דמהני בהו בין מושבע מפי עצמו ובין מושבע מפי אחרים, וילפינן לה מקראי התם, ושבועת ביטוי לא מהני בה מושבע מפי אחרים, כדמבואר להדיא בגמ' לעיל [ספ כט סוע"ב], ובשבועת הדיינים נחלקו בזה התומים והקצות בסי' צו סק"ג אי מהני בה מושבע מפי אחרים.

ודברי התוס' אינם מובנים כלל: א) במש"כ בשבועת ביטוי כשהוא מושבע מפי אחרים יהני בה נק"ח, והרי לא מהני בה כלל מושבע מפי אחרים. **ב)** במש"כ דבהני דומיא דשבועת הדיינים, וזה הרי פשוט דבשבועת הדיינים מהני מפי עצמו ואדרבה דין מושבע מפי אחרים אין לו מקור בגמ' גבי שבוה"ד, ובמושבע מפי עצמו בעינן נק"ח והיאך כתבו דמושבע מפי אחרים הוי דומיא דשבועה"ד. **ג)** עוד קשה דבשבועת אליעזר עבד אברהם גופא היה מושבע מפי עצמו כדכתיב להדיא בקרא וישבע לו וגו'.

וכתב הרש"ש דמש"כ התוס' מושבע מפי אחרים אין כוונתם לדין מושבע מפי אחרים המוזכר במשניות דלעיל אלא כוונתם דשבועה שאחרים תובעים אותו דמא דשבוה"ד תיבעי נק"ח, ואמנם **בסבא צ"ב** דהיכן מצאנו חילוק כזה לומר דכשאחרים תובעים אותו יצטרך נק"ח וכשנשבע בעצמו לא, ועוד בשבועת ביטוי מה שייך שתובעים אותו והרי אינו מחוייב לישבע כלל לחברו. [ואף בשבועת העדות אינו חייב לישבע ורק בשבועת הפקדון פעמים שחייב לישבע] **וצ"ע**. **וכן בשבועת אליעזר עצמה** לכאורה מרצונו נשבע שלא היה אברהם יכול להכריחו לישבע לו, וצ"ע.

ומצאנו בזה ידיעה נפלאה, דיעויין בר"ן בנדרים [דף ב ע"א] שנתקשה בסתירת הסוגיות בשבועה בעלמא אי בעינן בה שם דבכמה מקומות בגמ' משמע דשבועה חלה [לרבנן דרחב"א] בלא שם וכינוי כלל, ואילו בסוגיא בפרק שבועת העדות גבי שבועת סוטה משמע דבעינן שם או כינוי, **ותירץ בשם ר"ת** דבמושבע מפי אחרים בעינן שם או כינוי אבל נשבע מפ"ע לא. **ותמה עליו הר"ן** וכתב דפה קדוש היאך יאמר ד"ז הרי סוטה עונה אמן אחר שבועת הכהן וקיי"ל דכל העונה אמן אחר שבועה כמציא שבועה מפיו דמי הרי נשבעת מפי עצמה היא ומ"מ בעי שם. **וכתב הב"ח** [בסי' רלז] שאין כוונת ר"ת לדין מושבע מפי אחרים גמור אלא דכל שהשבועה באה לו על ידי אחרים הוי מושבע מפי אחרים לענין זה.

ויעויין בתוס' ישנים בנדרים שם שכתב להדיא כן וז"ל שם היינו בשבועה הבאה לו על ידי אחרים שמשיעין אותו על ידי ערעור שיש להם עליו כדכתי' קרא [דה"ב לו יג] יאשר השביעו באלהים בעינן שיוציא השם מפיו אבל בשבועה שנשבע הוא בעצמו ודאי מועיל שם כנוי. **עכ"ל**. והדברים מתאימים למאוד עם דברי התוס' דידן ששבועה שבאה לו על ידי ערעור של אחרים ואינו נשבע אותה ברצונו בה בעינן שם וכן נקיטת חפץ, והבינו התוס' דזו הילפותא משבועה דאברהם לשבועת הדיינים דוקא משום שאליעזר נשבע שלא מרצונו אלא על ידי שתבע ממנו אברהם ולכן הקשו דנילף מהכא לכל שבועה שמשיעין אותו שלא ברצונו.²

אך לא נתפרש לן טעם הדברים מדוע בשבועה זו בעינן שם ונק"ח, ואולי י"ל שהרי כל שבועה ענינה הוא שבועה בשם [כמש"כ החינוך והרמב"ן עה"ת והוא מפורש בקרא דלא תשבעו בשמי וגו' ולא תשא וגו' דלהסוברים דשבועת ביטוי חייב בלא שם בהכרח הכוונה דענין השבועה הוא בשם אף בלא הזכרה] ולכן בנשבע מרצונו

² ולעיל כד פרכינן דאתיא כרחב"א ולא כרבנן היינו נמי גבי שבועת אחרים דבה בעינן שם לרחב"א וכינוי לרבנן אבל בשאר שבועות ודאי לא בעינן לא שם ולא כינוי.

מאליו מתפרש שכוונתו בשם אבל שלא מרצונו אם אין השבועה מפורשת אינו מועיל, וכן ענין נק"ח להתוס' נראה דאינו כדי לאיים עליו אלא לברר יותר שנשבע בשם [כמושי"ת להלן] ולכן בהנהו בעינן נק"ח.

ויעויין ברא"ש שכתב דנק"ח מדרבנן כדי לאיים עליו, וכתב דלפי זה מיושבת קושית התוס'. **ונראה ביאור הדברים** דלהתוס' לא היה נוח כלל לפרש דנק"ח הוא דין על הבי"ד להטיל על הנתבע דמהיכי תיתי לומר כן ואי מאליעזר באנו ללמוד הרי אין שם בי"ד ולא נתבע והיך נילף מהתם דין נקיטת חפץ על בית דין ולכן היה פשוט להתוס' דהוא דין בעיקר השבועה שאינה חלה בלא נקיטת חפץ אלא דזה לא יתכן לומר דכל שבועה צריכה נק"ח, ולכן הניחו דשאני שבועת הדיינים שהיא מפי אחרים ועל זה הוקשה להו דכל שבועה כה"ג וכו'. **ובאמת לכן כתב הרא"ש דהוי דרבנן** דאז נוח דאף שאין מקור לדין זה דבעינן חפץ תקנת חכמים היא ואסמכוה האקרא דאליעזר.

בגדר דין נקיטת חפץ עיין ברא"ש שהקשה מדוע לא ילפינן מהתם דבעינן שם המיוחד כמו דילפינן דין נק"ח, והיכי ילפינן לחצאין.³ **ותירץ הרא"ש בשני אופנים:** (א) דסברי רבנן דכיון דכתיב בקרא 'אלוקי השמים' הוי כינוי נמי. (ב) דדין נקיטת חפץ תקנת חכמים הוא כדי להטיל אימה על הנשבע והא דילפינן מהתם אסמכתא בעלמא היא, **וכתב הרא"ש** דלתי' זה מיושבת קושית התוס' דלעיל מדוע לא בעינן במושבע מפי אחרים בשאר שבועות נק"ח. **וכדברי הרא"ש בתירוץ השני** כתבו הרמב"ן ושאר שנקיטת חפץ היא כדי לאיים על הנשבע, אמנם לא הוזכר ברמב"ן להדיא שהיא תקנת חכמים אך הריטב"א כתב כן בפירוש כהרא"ש וכן משמעות הראשונים. **וביאר ופירשו הראשונים** דאין שבועתו בחפץ שמחזיק אלא בשם והחפץ הוא להטיל אימה בלבד.

אך משמע מדברי הרא"ש דלתירוץ הראשון דין נק"ח הוא דאורייתא וכן דעת התוס' שהקשו משבועת ביטוי וכו', **וכן מפורש בספר לקט יושר** [לתלמיד התרה"ד, ח"ב עמ' ל] **שכתב שהדבר תלוי בתירוץ הרא"ש והתוס'.**⁴ **וכן גם דעת הקרית ספר** [בפ"א משבועות] שכתב דנקיטת חפץ דאורייתא היא. **ולכאורה נראה דלתירוץ הראשון של הרא"ש וכן להתוס' דין נקיטת חפץ אינו כדי לאיים עליו בלחוד אלא מעיקר דין השבועה ושהשבועה חלה ע"י החפצא דמצוה, וכמושי"ת.**⁵

וכן מבואר ברש"י בגטין [דף לה ע"א] שכתב שם שבאלמנה התקינו להשביעה חוץ לבי"ד דשבועה בבי"ד חמירה שהיא בשם ונק"ח וענשה מרובה אבל חוץ לבי"ד בארור ובלא נק"ח ואין ענשה כל כך, הרי מפורש דשבועה בנק"ח חמורה לענין עונש השבועה וזה מתאים עם השיטה הנ"ל דנק"ח אינה איום בלבד אלא חומר בחפצא דמעשה השבועה כשהוא בנק"ח.

ויעויין בסוגיא בנדרים [דף כב ע"ב] שהובאה שם בראשונים שיטת גאונים, ששבועה בנקיטת חפץ א"א להתירה בשאלת חכם, **והרמב"ן והר"ן שם** דחו שיטה זו וכתבו דנקיטת חפץ אינה אלא בשבועת הדיינים וכדי לאיים עליו. **ואפשר** שהגאונים הנ"ל סברי כתי' הראשון של התוס' וסברי דהוא מעיקר השבועה וחומר הוא בשבועה שיש בה נק"ח. **ומשמע מדברי הגאונים שם** דע"י נקיטת חפץ הוי השבועה יותר חמירה שיש כאן טפי תליה בשם

³ לשון הרא"ש בקושיתו קאי ארבנן דרחב"א מדוע לא ילפי מהתם שם, ומשמע קצת מדבריו דלרחב"א באמת מהתם ילפינן דבעינן שם, וכן יש לדקדק מדברי הגמ' גופא דקאמר כמאן כרחב"א והיינו דמימרא דרב דבעינן דומיא דאברהם אתיא כרחב"א גופיה. אך תמוה דבגמ' לעיל בדף לה ע"ב מבואר דרחב"א יליף לה מקראי אחרוני עיי"ש, רצ"ע.

⁴ וכתב שם נ"מ לדינא בזה דאם הוא תקנת חכמים צריך להחזיק הס"ת בידיו ממש כי כך תקנו כדי להרבות עליו אימה, אבל להצד דהוא דאורייתא סגי שניח ידו תחתיו דומיא דאליעזר.

⁵ ובלקט יושר כתב שם נ"מ בזה, דלהצד דהוי דאורייתא אין צריך שיחזיק הספר בידו אלא סגי במה שיניח ידו תחת הספר דומיא דאליעזר שהניח ידו תחת ירך אדוניו, אבל לתי' השני דהרא"ש בעינן שיחזיק הספר בידו כדי להטיל עליו אימה ולא הוי דומיא דאליעזר לגמרי.

ויש לדון עוד נ"מ בזה, באופן דמושבע מפי אחרים [כגון בשבועת הפקדון וכן בשבועת הדיינים אי מהני בה מושבע מפי אחרים עיין בקצה"ח סי' צו סק"ג] דלהצד דהוא להטיל אימה צריך הנתבע להחזיק הספר בידו דעיקר הטלת אימה הוא עליו במה שמחזיק בידו הספר, אבל להצד דהוא מעיקר השבועה מסתבר שהאומר נוסח השבועה ששבועה ידידה חלה על הנתבע הוא שיחזיק הספר.

⁶ עיין במאירי שהביאם וכן בתשובת הריטב"א סי' מג וע"ע במרדכי בשבועות פ"ג סי' תשנח ובאוצה"ג שם בנדרים

במה שמחזיק בידו חפץ דמצוה, וצל"ע. ונראה שלכן טרחו הראשונים בסוגיין לפרש ולבאר שהשבועה היא בשם ולא בחפץ שמחזיק ואין החפץ אלא כדי לאיים עליו וכ"ז כתבו לאפוקי מהסברא הנ"ל.

בגמ' נעשה כמי שטעה בדבר משנה וכו' **ראה בראשונים** שהביאו דברי הרי"ף שלמד מכאן דמי שנתחייב לחברו שבועת היסט ונשבע בלא נק"ח כדין שבועת היסט ואח"כ נתחייב על אותו הממון שבועת התורה חייב לישבע שנית, וכמו דחזינן בגמ' דכיון שנעשה כטועה בדבר משנה חוזר ונשבע כיון ששבועה הראשונה לא הועילה לו. **ועיין ברמב"ן** שכתב בשם הרי"ף דאע"ג דבההיא שעתא לא נתחייב עדיין שבועה דאורייתא מ"מ צריך לחזור ולישבע, והדברים צ"ב דאדרבה מה שלא נתחייב הוא סיבה לחייבו כעת ולא לפטרו בשבועה הראשונה שלא היתה בשעת חיוב, אך כפה"נ דבא לאפוקי שלא נאמר דמה שחוזר ונשבע בסוגיין הוא משום שבשעה שנתחייב נשבע שלא כדין ובלא נק"ח ולכן חוזר אבל כשנשבע כדין באותה שעה ס"ד שלא יחזור בשביל נק"ח וקמ"ל דמ"מ כיון שסו"ס כעת חייב בנק"ח ולא נתקיים החיוב הזה כראוי חוזר.

ומכ"ד הרי"ף מבואר שאלמלי היה נ"מ לדינא בין היסט לשבועה דאורייתא וכגון אם היה נשבע בתחילה בנק"ח ודאי שלא צריך לחזור ולישבע, **והנה נחלקו ראשונים בגטין** [בדף לה ע"א] כדין קפץ ונשבע קודם שנתחייב, דעת רש"י שם דמהני לפטרו משבועה, ודעת הר"ח המובאת בראשונים שם שצריך לחזור ולישבע. **ולכאורה מדברי הרי"ף מוכח** דמהני בקופצת שלא חייב הכא אלא משום שהיה בלא נק"ח, אך אינו דומה דהתם נשבע שלא מכח חיוב ביד כלל ועיי"ש ברמב"ן בטעמו של הר"ח משום שכשנשבע בראשונה לא נשבע ע"ד ב"ד וצ"ב כוונתו עכ"פ הכא לא שייך האי טעמא.

ויעויין בנתיב"מ [סי' פז סקט"ז] בשם התומים שהקשה דהא קי"ל דחשוד על שבועה קלה חשוד נמי על שבועה חמורה ואם כן מה תועלת יש במה שנחזור ונשביעהו, ממ"נ אם שיקר בשבועתו ראשונה ישקר גם בשניה ואם אמת דיבר למה נשביענו שוב. ועיי"ש מש"כ בזה הנתיבות שם ובחזו"א חו"מ סי' י סק"ט.

בדין שם וכינוי בשבועת הדיינים נחלקו הראשונים בשבועת ביטוי ושאר שבועות לדעת רבנן דרב אידי, דעת כמה ראשונים דבעינן שם או כינוי ושבועה בלא שם לא חלה, אבל הרי"ן [בנדרים דף ב ע"א] וכן הרשב"א בתשובה כתבו דשבועה חלה בלא שם ובלא כינוי כלל. **ויש לעיין לדברי הרשב"א והרי"ן** אם בשבועת הדיינים בעינן בה שם וכינוי, דלכאורה היה נראה דלא שנא דכיון דהשבועה חלה עליו בלי שם ומאברהם לא למדנו שם אלא נק"ח אם כן לא בעינן שם.

ואולם יעויין ברשב"א בסוגיין שמשמע מדבריו להדיא דבעינן שם וכינוי בשבועת הדיינים, **ויעויין בריטב"א** שכתב כן להדיא וכתב דקרוב לומר שאם נשבע בלא שם חוזר אלא שלא הוזכר כן בגמ', **ומוכח מדבריו** דבעלמא חלה שבועה אף בלא שם שאל"כ פשיטא דחוזר וע"כ דהוא דין מסויים בשבועת הדיינים וכ"מ מלשונם.

ובפשוטו כוונתם דתקנו הכא שם כמו שתקנו נק"ח [וכ"ה להדיא בריטב"א בנדרים שיובא להלן] אך קשה דאם כן מנא לה להגמ' כלל דבעינן נק"ח, הרי בתחילה סברה הגמ' לפרש מימרא דרב דבעינן שם המיוחד [וכפשוטו לשונו של רב] ודחתה הגמ' דכמאן כרב חנינא וכו' והיה לה להגמ' לתרץ דאיתא כרבנן ונ"מ דבעינן שם או כינוי ומדוע נקטה הגמ' דנ"מ לנק"ח, וצ"ע.

וביותר יש לתמוה בדברי הריטב"א בנדרים שם שנקט דשבועה חלה בלא שם והקשה דבסוגיין איתא דנשבע בלא שם או כינוי חוזר, ותירץ דהוא חומר בשבועת הדיינים דבעינן בה שם או כינוי כדי לאיים עליו כמו שהחמירו בה לענין נק"ח. **ודבריו מופלאים** דהיכן מצא בסוגיין מקור דבנשבע בלא שם חוזר, ואדרבה בגמ' משמע להיפך כמש"כ, וגם סותר לדבריו בסוגיין שכתב דקרוב לומר שחוזר אלא שלא הוזכר כן בגמ', וצ"ע.

ויעויין ברש"י בגטין [דף לה ע"א] שכתב דשבועה דאורייתא בבי"ד בעינן שם או כינוי ונק"ח כדכתיב גבי אברהם ואשביעך בה', ומשמע להדיא דדין שם עצמו ילפינן מאברהם וזה כהריטב"א ונגד משמעות סוגיין, וצ"ע.

בגמ' אמר רב נחמן וכו' הקדמה לסוגית הגמ': דע כי שלש מיני שבועות הן: שבועת התורה: והן שבועת מודה במקצת ע"א ושבועת השומרים. שבועת המשנה: והן כל השבועות מתקנת חכמים המנויות במשניות בכמה

⁷ העתקנו דבריו כפי הגרסה במהדור' מוה"ק, ובריטב"א המודפס סביב להלכות הרמב"ן הגרסה חסרה.

מקומות, ורובן שבועות נוטלים כשבועות שכיר ונגזל וכן פוגמת כתובתה וכו' ויש מהם שבועות נפטרים מדרבנן כמו בעה"ב שנטל פירות מחנוני לקמן בריש כל הנשבעים וכן שכיר כשנחלק עם בעה"ב כמה קצץ לו נשבע ונפטר. **ושבועת היסט:** נתקנה על כל תובע ונתבע בטענת ברי אף בכופר הכל כדמבואר בסוגיין.

ודע כי שבועה זו שונה משאר השבועות כי כל השבועות האחרות מדרבנן תקנום חכמי המשנה, אבל שבועת היסט לא היתה בזמן המשנה וחכמי התלמוד תקנוה. **וכך מבואר להדיא בגמ' בקידושין** [דף מג ע"ב והשתא דתקון רבנן וכו'] וכן כתבו הראשונים במקומות רבים. [וכ"ה ברמב"ם פ"א משבועות ובשו"ע סי' פז]

אך יעויין ברש"י לקמן [דף מז ע"א ד"ה אלא בהא וכו'] שמוכח מדבריו שכבר בזמן המשנה חל חיוב היסט, והתוס' שם שללו פירושו מה"ט דבזמן המשנה עדיין לא נתקנה, וראה ברש"י להלן [דף מח ע"ב ד"ה הא שאר וכו'] שכתב להדיא כן שבזמן המשנה עדיין לא היתה כי בזמנו של רב נחמן תקנוה וצ"ע.

ולדעת רוב הראשונים גם חלוקה שבועת היסט במהותה משאר שבועות, שאר שבועות המשנה הן בכל טכסיסי שבועה דאורייתא ונשבעים אותן בשם ובנקיטת חפץ אבל שבועת היסט אינה אלא בקללת ארור ובלא נקיטת חפץ. **אך יש הסוברים דגם בהיסת בעינן נק"ח**, ויתבאר להלן בהמשך הסוגיא.

והרמב"ם כתב דשבועת התורה ושבועות המשנה נקראות 'שבועת הדיינים' אבל שבועת היסט אע"פ שהדיינים משביעים אותה אינה נקראת שבועת הדיינים ולכן אינה בנקיטת חפץ עיי"ש.

בגמ' מאי טעמא חזקה וכו' יל"ע מדוע הוי החזקה סיבה לשבועה ובפשוטו היה נראה דע"י החזקה מתעורר ספק שמא יש ממש בטענת התובע ולכן משביעים אותו, אך קשה דאם כן מאי פריך אדרבה חזקה וכו' הרי הוי חזקה נגד חזקה ומכלל ספק לא יצאנו, ובהכרח צ"ל דהחזקה א"א תובע הוי ראייה לתובע ומכח הראייה תובעים שבועה מהנתבע והחזקה שכנגדה מבטלת.

בגמ' מאי טעמא וכו' אשתמוטי וכו' משמע מסוגית הגמ' דהיכא דליכא אשתמוטי ליכא נמי שבועת היסט דחזקה א"א מעיז פניו פוטרנו, **אך יעויין בתוס' בב"מ** שכתבו דלא פלוג רבנן ותקנו להשביעו גם כשתובעו ואומר חפץ זה שבידך שלי הוא והלה כופרו וכן בקרקעות דליכא בהו אשתמוטי. **וכן כתב המרדכי בסוגיין, וכן פסק השו"ע** [בסי' פז סק"א] שנשבעים היסט בחפצים ובקרקעות, **אך יעויין בהגהת הגר"א שם** [בסק"א] שהטעם משום דשייך בזה אשתמוטי, ולפי זה במקום דליכא אשתמוטי אינו נשבע. **וכן נראה מדברי התוס' הנ"ל שם בתירוצם השני. עיי"ש.**⁸

ויעויין בתומים [סי' פט סק"ה] שהקשה בחשוד התובע מדוע משביעים היסט על תביעתו הרי ליה החזקה דא"א תובע אא"כ יש לו, וכתב דיש ליישב בדוחק דלא פלוג רבנן, **ותמוה** מהו הדוחק בזה הרי כבר כתבו התוס' דלא פלוג, ואפשר שהבין התומים דלא פלוג חכמים לחייב שבועה מחמת הדררא אף שיש להנתבע חזקה א"א מעיז פניו אבל לא אמרינן לא פלוג לחייבו גם כשאין דררא כלל מתביעת התובע דאז אין סיבה כלל להשביעו.

וקי"ל דאין נשבעין היסט על טענת שמא ודין זה הוא הסכמת כל הפוסקים ראשונים ואחרונים אך לא מצאנו שהוזכר דהטעם משום דליכא חזקה א"א תובע וראה בשו"ת הרשב"א [ח"ב סי' סח] שהאריך בדין זה ולא הזכיר מאומה מהטעם הפשוט דבשמא ליכא חזקה ומשמע מזה דאי מצד הא היינו משביעים דלא פלוג אלא דקי"ל דאין שבועה בטענת שמא אלא בשותפין וכו"ב. **וע"ע ברמ"א** [בסי' עה סי"ז] שכתב דבשמא במקום שיש רגליים לדבר משביעים אות והיסת עיי"ש.

ויעויין בחת"ס שהקשה מדוע תקנו חכמים שבועה זו מטעם דחזקה א"א תובע הרי התורה סו"ס לא חייבתו שבועה מטעם זה ולמה חייבו כאן יותר ממה שחייבה תורה. **והביא בשם השטמ"ק בב"מ** דבימי רב נחמן רבו המשתמטים וכופרים בדינם ולכן תקנוה. **ועיי"ש בחת"ס שהאריך בזה.**

⁸ ויש לציין בזה מחלוקת הראשונים בב"ב גבי טענינן, שהתוס' כתבו שם [בדף לג ע"א] דיתומים אף דטענינן להו אין משביעים היסט אבל הרא"ש חולק, ומוכח מהרא"ש לכאורה דאין צריך לטעם דחזקה שהרי בטענינן לא שייך, והתוס' אפשר דפליגי בזה וסברי כתירוצם האחר בב"מ, או דס"ל דטענינן נידון כטענת שמא.

ובחי' רבי ראובן [ב"מ סי' א] כתב דשבועת היסת חלוקה משאר שבועות שאינה עומדת על דררא וסיבת חיוב אלא למרות שטענתו טובה ונאמנת לגמרי תקנו חכמים שבועה להסיתו להודות. [וראה להלן נ"מ בזה] ולפי זה אפשר שמדאורייתא אין גדר שבועה כזה כלל אלא בשלילת נאמנותו וחכמים תקנו שאף הנאמן בטענתו יצטרך לישבע, והוא גדר חיוב שבועה מחודש דליכא בדאורייתא.

ולמד הגר"ר בן משתי ראיות: האחת היא שיטת הריטב"א המובאת בש"ך דאף דבעלמא מהני מגו לאפטורי משבועה מ"מ לא מהני לאפטורי משבועת היסת [ולהלן יתבאר שכך מוכח גם מדברי התוס' בב"ק] וכתב שטעמו הוא לפי שהמגו מאלם טענתו להיות טענה טובה אבל בהיסת גם טענה טובה מחייבת שבועה.

ועוד ביאר בזה שיטת הבעה"ת דאף דבעלמא עד המסייע פוטר משבועה מ"מ אינו פוטר משבועת היסת וביאר כנ"ל דעד המסייע מסלק הריעותא שיש בטענת הנתבע אבל בהיסת נשבע גם בלא ריעותא.

ויל"ע בכ"ז דהרי נתבאר לעיל דלתי' האחד בתוס' וכן לדברי הגר"א הרי לדינא טעם שבועת היסת משום חזקה א"א תובע, וכשיש חזקה אלימא כנגדה אין שבועה ואם כן מדוע לא יועיל כמו"כ מגו וע"א לפטור, וצ"ע.

בגמ' רב חביבא מתני אסיפא וכו' עיין בחי' הרע"א שהקשה שהרי יש לו מגו שיכול היה לכפור ולומר להד"ם ואז לא היה נשבע היסת כלל. **ותירץ הרע"א** דהכא מיירי אסיפא דמתני' שכבר אתמול הודה לו שיש לו מנה בידו ועתה אמר פרעתי וכבר אינו יכול לומר להד"ם, ולומר מגו שאתמול היה כופר זה הוי מגו למפרע ולא אמרינן. **ולפי זה יוצא דללישנא בתרא** היכא שתבעו והשיבו הלה לויית ופרעתי אינו נשבע.

ונחלקו בדין זה שני תירוצי התוס' בב"ק [דף קיח ע"א] שכתבו שם התוס' שדעת ר"ת להלכה דאין להשביעו אלא בטענת פרעתי וכלישנא בתרא, **וכתבו** דאף היכא שיש לו מגו דלהד"ם משביעים אותו דהא איכא דררא דממונא, **והתוס' שם נחלקו עליו** וכתבו דמשמע פשט ההלכה דלא מקרי דררא אלא היכא שאינו יכול לכפור.

וכ"ד התוס' צ"ב דמש"כ ר"ת דנשבע משום דאיכא דררא דממונא תמוה מאוד הרי סו"ס אית ליה מגו מעליא ושיטת התוס' עצמם בכל מקום דמגו מהני לאפטורי משבועה דאורייתא וכ"ש משבועת היסת בעלמא. ואף התוס' שדחו דבריו דחו ליכא הכא דררא דממונא ומשמע דמודו לר"ת דאם היה נחשב דררא היה נשבע וצ"ע.

ויעויין בש"ך [בסי' צה סק"ז] שכתב בשם הריטב"א בתשובה דאף דמהני בעלמא מגו לאפטורי משבועה מ"מ לא מהני לאפטורי משבועת היסת וז"ל הריטב"א שם וכיון דמדינא פטור וחייבהו רבנן כי אית ליה מגו נמי חייב דל"מ מגו ידיה טפי מטענת חזרה עצמה **עכ"ל ולפי זה נוחא היטב גם דברי התוס' הנ"ל** דסבר ר"ת דמגו לא מהני לאפטורי מהיסת כהריטב"א ולכן חייב לישבע דכשמודה שלוה יש כאן דררא דממונא.⁹ **אך הדברים צ"ב מסברא** מדוע לא מהני מגו לפטור משבועת היסת אע"ג דמהני לפטור אף משבועת התורה.

ובחי' רבי ראובן [הנ"ל בב"מ סי' א] פירש דברי הריטב"א על פי היסוד שכתב דשבועת היסת אין גדרה שחכמים שללו נאמנותו בלא שבועה כשאר שבועות אלא נאמן הוא לגמרי בטענתו כמקודם אלא שתקנו חכמים לחייבו חיוב שבועה בעלמא כדי להסיתו להודות ולכן לא יועיל לו מגו שהמגו מהפך מי שאינו נאמן להיות נאמן אבל כאן גם הנאמן חייב לישבע. **ועיי"ש עוד שכתב** לבאר בזה שיטות הסוברים דאף דעד המסייע נאמן לפטור מחיוב שבועה בעלמא מ"מ משבועת היסת אינו פוטר וביאר הטעם כנ"ל.

ויש לפרש בזה גם דברי התוס' הנ"ל דזהו טעמו של ר"ת דבכל מקום שיש דררא תקנו חכמים שבועה ולא יועיל לו מגו, **והתוס' שנחלקו עליו** סברי בזה סברא אחרת דכיון שהיה יכול להכחיש והוא הודה והתיר ואמר פרעתי אין כאן כלל דררא דממונא לחייבו שבועה דהמגו מסלק הדררא לגמרי, ודוק.

ויש לדון בזה בהמשך הסוגיא בנ"מ בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן.

בגמ' מאי איכא בין שבועה דאורייתא וכו' ראה לעיל שכתבנו דשלש מיני שבועות הן: שבועת התורה [מוב"מ שומרים וע"א] שבועות המשנה השונות, ושבועת היסת. ונחלקו הראשונים בטכסיסי השבועות: **דעת רוב הראשונים** וכ"ה ברמב"ם וטוש"ע דכל השבועות בנק"ח לבד מהיסת, **דעת רש"י בכתובות** [דף פו ריש ע"א] דכל

⁹ **ולפלא על הרע"א** שהוכיח מקושיא זו דלא אמרינן מגו למפרע ואמנם ציין לדברי הש"ך, אך לא הזכיר דבתוס' עצמם מפורש כן, ואם כן לדידהו ליכא ראייה מסוגיין דמגו למפרע לא אמרינן.

שבועה דרבנן בלא שם ובלא נק"ח. [ועיי"ש בתוס' שהקשו בסתירת דברי רש"י מגטין] ודעת התוס' בסוגיין משמע דבכל שבועה איכא נקיטת חפץ. והתוס' הוכיחו מדלא קאמר נ"מ הכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן לגבי נק"ח משמע דבטכסיסי השבועה כל השבועות שוות. ואולם יעויין בר"י מיגאש וברמב"ן ושאר שדחו ראייה זו וכתבו דסוגיא דידן עוסקת בדיני השבועה ולא בטכסיסי השבועה, דהיינו שהסוגיא דנה בחומר החיוב ובגדריו בדאורייתא ובדרבנן ולא בצורת מעשה השבועה היאך תקנוהו.

שם בנ"מ יש לדון בכוונת הגמ' כאן האם הנך נ"מ היא כלפי היסט בלבד ושאר שבועות המשנה דומות לשבועת התורה ממש לגבי שלשת הנ"מ המבוארים בגמ' להלן, או שהחילוק הוא בין שבועת התורה לבין כל השבועות שתקנו חכמים במשנתנו וכן היסט דמייא לשבועות אלו לגבי שלשת הנ"מ הנ"ל.

ויעויין בתוס' בסוגיין שהביאו הגמ' בכתובות [דף פו ע"א] גבי תובע בשטר שע"א מעידו שהוא פרוע שחייב לישבע שבועת נוטלין דרבנן ואמרינן התם דאי פיקח הוא מיייתי לה לידי שבועה דאורייתא. [נע"י שישלם לו בפני עדים וישוב ויתבענו] וכתבו התוס' דהנ"מ בזה הוא כלפי הדינים המבוארים בסוגיא דהיינו דמדרבנן מצי למיפך שבועה וגם לא תקנו שכנגדו משא"כ בדאורייתא. למדנו מדבריהם שהחילוק המבואר בגמ' מתיחס לכל שבועה דרבנן באשר היא ולא להיסת בלחוד.

וראה ברש"י שפירש דשבועה דרבנן הא דרב נחמן, ובפשוטו מבואר מזה דשבועת המשנה דינה כדאורייתא לגבי הנך נ"מ וחולק על התוס' בשורש הדבר וסובר דשבועת המשנה כשל תורה היא לכל דבר. אך יעויין ברמב"ן ובשאר שהביאו דברי רש"י ופירשו דטעמו משום דשבועת הנוטלים לא שייך היפוך, [וכמו שיבואר דבריהם להלן] ומשמע מזה דבשורש הדבר כל השבועות דרבנן היה ראוי שיהיה בהן היפוך כהיסת אלא דבנוטלים לא מפכינן ולפי זה יוצא דשבועה שאינה של נוטלים כיון שהיא מדרבנן מפכינן, וצ"ע דאם כן דברי רב נחמן לאו דוקא בשבועת היסט אלא אף בשאר שבועות המשנה דנפטרים, וצ"ע.

יורע שכל הנידון בזה שייך רק בשבועות שהתובע טוען ברי דכשהוא טוען שמא לא שייך היפוך כלל, אבל כמה שבועות יש מדרבנן שמוטלות על הנתבע והתובע טוען ברי ובהם הנידון האם מפכינן בהו או לאי?

ונמצא אם כן שמבואר מדברי הראשונים הרמב"ן והתוס' וכן הר"ף וכל רבותינו הראשונים שדנו בשבועת נוטלים אי מפכינן או לא [דבעיקר הדין ראוי להפוך בכל שבועה דרבנן דומיא דהיסת ולא נסתפקו אלא בשבועת נוטלים וכמו שיתבאר קמן פלוגתיהו בזה, ולפי זה נידון הגמ' הוא מאי איכא בין דאורייתא לכל שבועה דרבנן.

אבל יעויין ברמב"ם [בפ"א מטוען ונטען ה"ן] שכתב דאין הופכים אלא שבועת היסט בלבד אבל שבועת התורה או דרבנן כעין של תורה לא מפכינן, ומבואר מזה שדעתו דפשוט הגמ' מאי איכא וכו' היינו בין שבועת היסט לבין שאר שבועות, [ועיין במ"מ שם שפירש דרק בשבועת היסט אפשר להפוך דהיא שבועה קלה, ומבואר כנ"ל] וכו' בחי' הר"י מיגאש בסוגיין שכתב דבנוטלים לא נשבעים מתרי טעמי, חדא כהר"ף ועוד דטכסיס דאורייתא הוא, ולכאורה כוונתו כהמ"מ שרק בשבועה קלה תקנו להפוך ולא בשבועה חמורה בנק"ח.

אך יעויין בלח"מ שם שהקשה דאם כן בהכרח דגם שאר הנ"מ המבוארות בגמ' הן רק כלפי היסט דשאלת הגמ' מאי איכא וכו' היינו בין היסט לשאר שבועות, וקשה שהרמב"ם עצמו פסק [שם בה"ה] דבכל שבועות דרבנן אין יורדים לנכסיו. וכן יש להקשות מהנ"מ המבוארת בגמ' כלפי שכנגדו שכתב הרמב"ם להדיא [בפ"ב ה"ן] דבדרבנן ליכא תקנת שכנגדו אף בשבועת המשנה, ועיי"ש בלח"מ מש"כ בזה.

אך יעויין בר"ן כאן שפירש דודאי שאלת הגמ' היא מה ההבדל בין שבועה דאורייתא ממש לבין היסט [וכדמבואר להדיא ברש"י] ולא שאלה הגמ' מה ההבדל בין דאורייתא לדרבנן דההבדל ביניהן מבואר דמדאורייתא נשבעים ולא משלמים ובדרבנן אף נוטל נשבע, ולכן הגמ' לא דנה כלל לגבי שבועות המשנה, וכן

¹⁰ ודעת ששבועות המשנה רובן שבועת הנוטלים ושאר שבועות ששינו במשנתנו התובע בהן שמא ואם כן כמעט לא משכחת לה הנידון האם מפכינן שבועה דרבנן בשבועת המשנה בנפטריין, ואין דין כזה מפורש במשנה לבד מדין חנווני שנתן פירות בריש כל הנשבעין [אך עיין בתוס' דף מח ע"א ותליא בשיטות שם בתוס' ועיין בש"ך בסי' פז סקל"א כמה ציורים דמשכח"ל שבועת המשנה בנפטרים כשהתובע טוען ברי. אמנם הראשונים בסוגיין לא הזכירו כלל נידון זה וכן הרמב"ם לא כתבו מפורש ורק מדיוק דבריהם ניתן ללמוד כמש"נ באורך בפנים, אך עיין בריטב"א בדף מח ששם באו הדברים בפירוש.

מפורש גם ברמב"ן בסוגיין עיין בכ"ד ודוק. **ולפי זה מתפרש** דבאמת יכול הדין שיהיה חלוק דלגבי חלק מהנ"מ המבוארות בגמ' [בין דאורייתא להיסת] שאר שבועות שוות להיסת ולגבי חלק מהן הן שוות לשבועת התורה ואין סתירה כלל בדברי הרמב"ם.¹¹

ולפי דברי הר"ן אפשר שכל מחלוקת ושיטות הראשונים אינן נוגעות כלל לפשט הגמ' דהסוגיא ודאי עוסקת בשבועת היסת בלחוד אלא שכיון שלא נתפרש בסוגיין דין שבועת המשנה נחלקו הראשונים לדינא בזה, **אבל הש"ך** [בסי' פז סק"ל] כתב דשיטת הסוברים שאפשר להפוך בשבועת נוטלים [וכמושי"ת להלן] היא משום שהם הבינו פשט הגמ' מאי איכא וכו' היינו בין כל השבועות דרבנן לשבועת התורה ואם כן מוכח בגמ' דכל שבועה דרבנן מפכינן ודוק.

ולדינא גבי היפוך נראה שנחלקו ראשונים: הראשונים בסוגיין משמע מדבריהם דפליגי גבי היפוך וסברי דשאר שבועות דרבנן שוות להיסת, וכ"ש להתוס' דסברי דאף שבועת נוטלים מפכינן, **אבל הרמב"ם** מבואר מדבריו דרק בהיסת מפכינן, **וכך מפורש בריטב"א לקמן** [בדף מח ע"ב ד"ה מתני' וכו'] שהביא שם דברי הרמב"ם דאין היפוך בשבועות דרבנן ונחלק עליו וכתב דמפכינן, עיי"ש.

בדין היפוך בשבועת נוטלים: נחלקו רבותינו הראשונים בשבועת נוטלין אי מצי התובע למיפך שבועה. **התוס' בסוגיין** כתבו גבי הך שבועות המבוארות בסוגיא בכתובות [פוגמת וע"א מעידה שהיא פרועה] שיכול התובע להפוך את השבועה על הנתבע, **וכן כתב רש"י בכתובות שם** והביאוהו התוס' כאן. **אך יעויין ברי"ף בסוגיא בכתובות שם** שכתב דרק נתבע יכול להפוך על התובע משום דאמר ליה לית לך גבאי מידי אי בעית שבע ושקול, אבל התובע אינו יכול להפוך על הנתבע לפי שהנתבע אינו רוצה לישבע ואומר לו אע"ג דטבא היא לדידי לא ניחא ליה בה רצונך הישבע וטול, **וכתב הרי"ף דמאי** להאומר אי אפשרי בתקנת חכמים ששומעים לו. **והדברים צריכים ביאור** מה שייך זה לאומר אי אפשרי, הרי תקנת ההיפוך לא לטובת הנתבע נתקנה אלא לטובת התובע המחוייב שבועה ויכול להפכה, **ועיין ברמב"ן בסוגיין** שכתב שטעמו של הרי"ף אינו מבורר, שמא זו כוונת הרמב"ן. **והרמב"ן עצמו בסוגיין פירש הדברים** וכתב דק"ו הוא ומה בעלמא כאשר הנתבע מחוייב שבועה יכול להפכה על התובע ולהכריחו להשבע ק"ו היכא שהיא מוטלת מעיקר הדין על התובע שחייב לישבע כדי ליטול.

[וכוונתו מבוארת דבאמת יש לשאול בכל היפוך למה לא יהפוך התובע בחזרה השבועה על הנתבע, והתשובה מבוארת כי שניהם אינם רוצים לישבע ואי אפשר להכריח האחד מהם לישבע ולכן יאמר הנתבע איני משלם בלא שיתקיים הדין שבועה וכיון שהוא המוחזק יכול להכריח התובע לישבע ואע"ג דמעיקר הדין הרי הוא הנתבע היה חייב לישבע, ואם כן כ"ש דכאשר החיוב מעיקרו הוא על התובע יוכל הנתבע להכריחו לישבע כי מאי אולמיה דהתובע להכריחו לישבע יותר משבועת נפטרים שאינו יכול להכריחו לישבע ואדרבה הכא גרע כחו של התובע ודוק]

וכתב הרמב"ן דמסבירא זו קשה ע"ד רש"י הסובר דאפשר להפך בשבועת נוטלים, **וביאר הרמב"ן בדעת רש"י** דיסוד החילוק בין שבועה דאורייתא שאין מהפכים לדרבנן שמהפכים הוא דב דאורייתא החיוב הוא מוחלט על הנתבע שבע או שלים ולכן אינו יכול להפוך אבל בדרבנן אין החיוב גמור עליו אלא שהטילו שבועה ביניהם, ולכן יכול הנתבע להופכה, **ולפי זה כתב דלא** אמר רש"י שאפשר לתובע להפוך אלא באותם שבועות שמעיקר הדין היה התובע נוטל בלא שבועה וחכמים החמירו עליו לישבע כגון ע"א נגד התובע או פוגם שטרו, אבל באלו שנוטלים ע"י השבועה מתקנת חכמים [כגון נגזל נחבל וכדו'] אינו יכול להפוך ואם אינו רוצה לישבע לא יטול. **ועיין בר"ן** שהרחיב וביאר דברי הרמב"ן בזה. **והדברים צריכים ביאור ופירוש.**

אבל הריטב"א כתב בשם רש"י דכל שבועת נוטלין אפשר להפכה ומשמע אף אלו שמן הדין אינו נוטל כלל. **וכן כתב הש"ך בדעת רש"י ותוס'** [בסי' פז סק"ל] וביאר דמקור דבריהם הוא מדקאמר בגמ' מאי איכא וכו' משמע דבכל שבועה דרבנן מפכינן. [ולפלא על הש"ך שרש"י עצמו כתב מאי איכא וכו' שבועת היסת וכו' וצ"ע] **ובטעם הדבר**

¹¹ אלא שלפי זה צ"ל עוד דגם בטעם החילוק בין שבועה דאורייתא לדרבנן יש הבדל כלפי כל דין המוזכר בגמ' שהמ"מ כתב דהטעם גבי היפוך הוא משום דהיסת היא שבועה קלה וכמובן דא"א לומר טעם זה כלפי נחתין ושכנגדו דגם בשבועה חמורה אינם, אלא בהם הטעם הוא אחר, ועיי"ש בלח"מ שהקשה עוד על המ"מ דאם הטעם הוא משום דהיסת שבועה קלה מאי פריכא בגמ' לרבי יוסי דסובר דנחתין לנכסיו בגזל דדבריהם הא שאני הכא שהיא שבועה קלה, ולהאמור לק"מ.

כתב הש"ך וז"ל וטעם הדבר נ"ל דאף שהיה מן הדין שאף בשבועה לא יטלו מ"מ כיון שחכמי המשנה תיקנו לו שיטלו א"כ הרי חכמים עשו לטובתו שיטלו בשבועתו בעל כרחו של נתבע, א"כ מכל שכן שעשו לטובתו שיוכל להפך השבועה על הנתבע בעל כרחו של נתבע, ודבר נכון הוא דוק ותשכח. כך נ"ל לדעת רש"י ותוספות וסיעתם דלעיל וכן משמע בשערי הרי"ף שער י"ז להדיא ע"ש. **עכ"ל**. ועיי"ש בשערי שבועות שציין הש"ך.

ונמצא ששלש שיטות בדבר: (א) שיטת הרי"ף והראשונים דאין שבועת נוטלים נהפכת כלל. (ב) **שיטת רש"י לפירוש הרמב"ן** שרק אלו שהיו נוטלים מן הדין בלא שבועה יכולים להפוך. (ג) **שיטת רש"י לפי הריטב"א והש"ך** דכל נוטל יכול להפוך שבועתו. **ושיטה רביעית להר"י מייגאש והרמב"ם** שסוברים דעיקר הנידון אין לו מקום לפי שהכלל בדברבנן מפכינן נאמר רק על היסט ולא על שאר שבועות המשנה וממילא אין הנוטל הופך שבועה.

ובטעם החילוק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן מצינו שלש שיטות: האחת היא שיטת הרמב"ן הנ"ל משום דשבועה דרבנן אין החיוב מוחלט על הנתבע 'ורפיא בידיהו' והשנית היא שיטת השערי שבועות והש"ך דכיון שתקנו השבועה לנתבע לטובתו כללו בזה גם שיוכל להפוך שאף זה טובתו שיבחר אופן השבועה כרצונו. **והשלישית היא שיטת הרמב"ם** אליבא דהמ"מ דשבועת היסט כיון שהיא שבועה קלה אפשר להפכה [ועדיין צ"ב מדוע כשהיא קלה מתהפכת טפי ואפשר שזה הולך על דרכו של הרמב"ן אלא שלמדו דרך בשבועת היסט אין החיוב מוחלט]

בנמ' ולמר בר רב אשי וכו' נחלקו הראשונים אי הלכה כמרבר"א או לא, ראה בתוס' ובראשונים ויעויין ברשב"א שהקשה למרבר"א דאם כן מדוע בעלמא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כגון בנסכא דר"א ובחמשינ ידענא, יהפך הנתבע שבועתו על התובע. וכתב דלמרבר"א עצמו י"ל דסבר כרב ושמואל דלא אמרינן מתוך, אך אי קיי"ל כמרבר"א קשיא, ונראה שבא להוכיח מזה דלא קיי"ל כוותיה. **ולהראשונים דסברי דהלכתא כמרבר"א** באמת קשה טובא קושית הרשב"א, וצ"ע.¹²

תוד"ה ולמר בר רב אשי וכו' דברי התוס' **מאוד צריכים ביאור** שלמדו בק"ו מאומר אשתבע לי, והרי התם לא שייך כלל בדין היפוך שבועה שאין הנתבע חייב שבועה כלל ומה נלמוד מהתם. **ולהלן כתבו התוס'** דלהצד ששם התובע יכול להפוך על הנתבע אין ראיה מהתם ודבריהם צ"ב. **ונחלקו בזה המהרש"א והרע"א:** **עיון במהרש"א** מש"כ לבאר בדברי התוס', ונראה מדברי המהרש"א דמהתם באנו ללמוד לדין מיפך דכמו שהתם המחוייב ממון יכול להפוך כ"ש הכא שהמחוייב שבועה הופך ולזה חילקו התוס' דהיפוך זה דהתם הוא היפוך קל שהרי התובע יוכל להפך בחזרה, ואם כן דיו לבא מן הדין להיות כנידון ואף לדין נילף היפוך כזה, והיפוך כזה אם באנו ללמוד למקום שחל על הנתבע חיוב שבועה אין בו שום תועלת כי התובע יתפטר בחזרה.

אבל הרע"א השיג עליו וביאר דברי התוס' ונראה מדבריו שהבין שהתוס' לא באו ללמוד משם כלל דין היפוך אלא דלמ"ד דלא מפכינן בדאורייתא הוקשה להו דלכא"פ יוכל הנתבע להשביע התובע כמו באשתבע לי דלא פרעתיך, ולזה תירו בפשיטות דאי בדין זה יכול התובע להפוך אם כן אין לנתבע מחוייב שבועה שום תועלת במה שישביענו כי התובע יהפוך השבועה עליו בחזרה ולא הרויח כלום.

ונראה שנחלקו המהרש"א והרע"א אך שייך במחוייב ממון היפוך שבועה שהמהרש"א תפס דברי התוס' כפשוטם שאם מחוייב ממון יכול להפוך כ"ש מחוייב שבועה, ותמוה מה שייך היפוך בזה הרי לא חל עליו כלל חיוב שבועה, ונראה מזה שהמהרש"א למד דהיפוך לאו היינו שהחיוב שמוטל עליו מטיל על התובע אלא דכיון שחייבנוהו שבועה בדין יש לו זכות לדרוש שבועה מהתובע ואם כן יש לדמות דגם בחיוב ממון אפשר שהוא כן וזה דין אשתבע לי להבנת התוס' בקושייתם.

¹² ובריש ב"מ נחלקו הרא"ש וברמב"ן בדין עד המסייע, אשר שיטת הרמב"ן היא דאם עד המסייע פוטר משבועה אף במקום מתוך פוטר את הנתבע מלשלם, והרא"ש חלק עליו וכתב דזה אינו דכיון שאינו יכול לישבע חל עליו חיוב ממון והעד אינו יכול לפטור מחיוב ממון. ועיין בחי' הגר"ר שם שביאר מחלוקתם בדין מתוך האם הוא בדין שבע או שלם כמו באינו רוצה כך גם באינו יכול ועדיין חיוב שבועה חל עליו או שהוא דין מחודש שחל עליו חיוב ממון. וכתב שם הגר"ר דהרא"ש והרמב"ן אזלו לשיטתייהו במה שנחלקו במק"א במי שנתחייב בדין מתוך אם אפשר לגלגל עליו שבועה אחרת כדעת הרמב"ן והרא"ש כתב דאי אפשר והיינו לטעמייהו כי להרא"ש מתוך הוי חיוב ממון וא"א לגלגל מחיוב ממון ועיי"ש עוד בזה.

ולפי זה יש לדון גם הכא דלהצד דמתוך הוי חיוב ממון גם אינו יכול להפוך השבועה כי כבר חל עליו חיוב ממון. אך הרשב"א שהקשה סבר דמתוך חיובו הוא בגדר שבע או שלם ואפשר להפוך השבועה ופשוט.

ומצינו בדין היפוך דכאשר הנתבע חייב שבועה קלה בלא נק"ח הופך על התובע שבועה קלה וכאשר נתחייב בשבועה חמורה בנק"ח אזי אם מהני בה היפוך מטיל על התובע שבועה חמורה. **כ"ב הש"ך** [בסי' פז סקל"א] **וכן מבואר מדברי התרה"ד** [בח"ב סי' לב]

וקשה דנוכל לעשות בזה ק"ו כמו שכתבו התוס' דאם המחוייב שבועה חמורה שהוא קרוב לחיוב ממון טפי מכריח התובע לנקיטת חפץ כ"ש שהנשבע שבועה קלה יוכל לעשות כן, ולהכריחו לישבע בנק"ח, ולדרך הרע"א לא קשה דאי אפשר להפוך לעולם יותר ממה שיש אצל הנתבע ומה שבאו התוס' ללמוד מהתם אינו דין היפוך כלל, אלא שבועה שתקנו חכמים על התובע ולת' התוס' אין משם קושיא כלל וממחוייב שבועה חמורה לק"מ דהם מדין היפוך הוא, אך להבנת המהרש"א נראה דהקושיא חזקה, וצ"ע.

ובעיקר דברי הגאונים שהביאו התוס' צ"ב דהיאך ס"ד ללמוד מדין אשתבע לי הרי בהכרח דהוא דין מסויים בשטר דרך התם מצינו שהנתבע יכול לומר אשתבע לי דלא פרעתיך ולא במקומות אחרים ועל כרחין דחז"ל תקנו התם שבועה כמש"כ התוס' דהתם איכא חשש פירעון והיכי מצינו למילף מהתם, **וצ"ע**. **וע"ע בתשובת רבי גרשום** [סי' לא] שהיא מקור הראיה שהובאה בתוס' מדין אשתבע לי. וצ"ע.

ול"ע למרבר"א מדוע מפכינן שבועה ומה שורש מחלוקתו עם הסוגיא דלעיל, ועוד יש לעיין אם הוא דין דאורייתא או תקנת חכמים, **ולדרך המהרש"א** שהתוס' דימו דין היפוך לדין אשתבע לי לגמרי משמע דהוא דרבנן וכן משמעות לשון התוס' בתו"ד למה הוצרכו לתקן וכו' ואינו מוכרח.

ויעויין בראב"ן כאן שכתב וז"ל בדאורייתא לא מפכינן דאין ב"ד מתקינין לעקור דבר מן התורה והתורה אמרה ולקח בעליו ולא ישלם מי שעליו לשלם הוא נשבע הלכך מה שמחייבתו תורה יעשה וכו' ומרבר"א דאמר בדאורייתא נמי מפכינן דהתורה לא אמרה ולקח בעליו השבועה ולא ישלם הנתבע אלא להקל עליו ואם הוא רוצה להחמיר על עצמו ולומר לתובע השבע וטול הרשות בידו ועוד דמדאורייתא נמי הממע"ה וכו' **עכ"ל** הרי מבואר דהדין דאורייתא וטעמו הוא דלכתחילה לא הטילה תורה שבועה על הנתבע אלא נתנה לו הברירה לישבע או להפוך, אך הטעם השני שכתב דמדאורייתא נמי הממע"ה צ"ב דסו"ס הרי חל עליו דין לישבע או לשלם ומה שייך כאן הממע"ה, וצ"ע. **וכן מפורש בתשובת רבינו גרשום** [סי' לא] דמדאורייתא הוא, והקשה שם שהרי כל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים, ותיירץ דמהך קרא למדנו דמעיקר הדין חלה השבועה על הנתבע שאל"כ יהיו הרמאים תובעים ונשבעים לשקר ונוטלים, אך אם רצה הנתבע להפכה על התובע הרשות בידו מן התורה.

בגמ' בדרבנן לא נחתין לנכסיה וכו' צ"ב בדין זה דאטו כל תקנת חכמים בדיני הממונות לא נחתין לנכסי הנתבע, והרי תקנו משיכה, ותקנו שעבוד למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, ותקנו כתובה ותקנו ראיות ופסולי ראיות ולהרמב"ם כל שטר ראיה דרבנן הוא ובודאי נחתין לנכסיה.

ויעויין בקצה"ח בסי' פט סק"א שהביא שם דברי הש"ך [בספר תקפו כהן] שכתב הש"ך דכל הנשבעים ונוטלים שמדאורייתא אין דינם ליטול כלל כמו נגזל וכדו' אם נשבע התובע ולא רצה הנתבע ליתן אין יורדים לנכסיו, **ותמה עליו הקצות** כעין דברינו דלעיל שהרי כמה תקנות תקנו חכמים כגון משיכה ויורדים לנכסיו דהפקר ב"ד הפקר 'ודוקא שבועה שתיקנו חז"ל בזה אין יורדין לנכסיו וכו' אבל בתקנת ממון הפקר ב"ד הפקר' **ועדיין הדברים צ"ב** מדוע דוקא בתקנת שבועה ליכא להכלל דהפקר ב"ד הפקר ואין יורדים לנכסיו.¹³

וראה בתוס' ששהקשו דדוקא התם משום דהוי גזל מפני דרכי שלום, ונראה שאין קושייתם שייכת להאמור לעיל אלא שהבינו התוס' דאינו דומה התם לשאר גזל דדבריהם שלא תקנו אלא דהוי דרכי שלום ושמא על זה לא נחתין לנכסיה, **ועיין בתורת חיים** שתירץ קושית התוס' וכתב דאף **שטעם התקנה** הוא מפני דרכי שלום אבל כשתקנו לקטן זכות גמורה תקנו לו והוי גזל דדבריהם. וטעמא דרבי יוסי משום דגזל דדבריהם נמי חמור לירד לנכסיו. אך עיין ברש"י בב"מ [דף יב ע"א ד"ה ונפקא מינה וכו'] ובגטין [דף נט ע"ב ד"ה גזל] שמשמע דסברת הרבי

¹³ ואפשר לומר דהדין 'שלם' כשאינו רוצה לישבע אינו מחמת שנקבע הברור שאין הממון שלו כי אין כאן ראיה ברורה אלא הוא דין גזילה"כ בדין שבועה דכאשר אינו רוצה לישבע חייב לשלם, וכן בדרבנן הוא תקנה שחייב לשלם אף בלא ראיה ובוזה הוי גזל דרבנן כי מן הדין אין הממון של התובע כלל שלא זכה בו בשום ראיה ומ"מ משלם מכח תקנת השבועה ודוק.

יוסי היא דמפני דרכי שלום החמירו לעשותו כגזל גמור, ולרבנן לא החמירו כ"כ, ולפי זה קשה דמה שייך פלוגתייהו לשבועה, וצ"ע.

שם בגמ' עיין בקצה"ח [סי' פז סק"ב] בשם המהר"ם רקנאטי שנסתפק בשבועת היסט היכא דלא רצה הנתבע לישבע – דלא נחתינן לנכסיה – ותפס התובע אי מפקינן מידיה. וכתב הקצות להכריע דמקפינן מידיה דכיון שהבי"ד אין להם כח לירד לנכסיו אף הוא למצי למעבד דינא לנפשיה ולירד לנכסיו.

ואולם יעויין במאירי בסוגיין שכתב דאי תפס לא מפקינן מיניה, וכן כתב הראב"ן, ועיין בשטמ"ק בב"מ נדף ה"א ד"ה לא עבדינן וכו' שכתב בשם תשובת הרי"ף שאם היה הנתבע חשוד ואינו יכול לישבע ותפס התובע לא מקפינן מיניה. ולמדנו מדבריו דאם לא רצה לישבע כ"ש דלא מפקינן מינה אלא אפילו כשהוא חשוד ואינו יכול לישבע מהני תפיסת התובע. אמנם דין זה צ"ב טובא שהרי אין הנתבע יכול לישבע ואין כאן דין כפיה על השבועה כלל והיאך יתפוס התובע וצ"ע, ודוק.

ובשבועת נוטלים כתב הרי"ף בכתובות דף פז דאם הנוטל לא רצה לישבע ותפס משל הנתבע אין מוציאים מידו, וביארו דבריו דהרי מן הדין הממון שלו וכשהוא אינו רוצה לישבע הרי הוא כמסרב בתקנת חכמים שאין יורדים לנכסיו וכשתפס את שלו תפס, אך יעויין בר"ן כאן בסוף הסוגיא שחולק על הרי"ף וכתב דלא מהני תפיסתו כיון שתפס שלא כדין. ושם פלוגתייהו כפלוגתת הקצה"ח והראשונים שהובאו לעיל [אי באופן שהממון מגיע לו אלא שאין לו רשות לתפוס אי מהני התפיסה או דעקרין לתפיסתו ודוק היטב]

בגמ' איכא בינייהו שכנגדו חשוד על השבועה וכו' תקנתא לתקנתא מתבאר מדברי הראשונים [ראה בר"י מלוניל כאן ובעוד מקומות] דהיינו שאין מחמירים עליו שתי פעמים דכיון דמן הדין נפטר וחכמים החמירו עליו לחייבו שבועה לא רצו להחמיר שנית עליו ולומר שיטול התובע בשבועתו.

ויעויין ברא"ש ושאר בכתובות [נדף פז] שהביאו את דברי הרי"ף בתשובה שכתב דהפוגמת כתובה והיא חשודה [שמן הדין נוטלת בלא שבועה דליכא מתוך בשבועה דרבנן וכיון שאינה יכולה לישבע פקע דין שבועתה וחוזרת לדינה מן התורה ליטול בלא שבועה] תקנו חכמים שכנגדה נשבע ונפטר ואף דלא עבדינן תקנתא לתקנתא כ"ז הוא לאפוקי ממון מהנתבע כגון הכא שהיה התובע אמור לישבע וליטול אבל התם עבדינן תקנתא לתקנתא כדי שלא תגבה ונשבע הבעל ונפטר מחיובו.

ובפשוטו שייך דין זה רק בתקנת חכמים דדין שכנגדו הוא תקנה ולא תקנו חכמים תקנה על תקנה, אך יש לדון בזה מדברי הראשונים, דיעויין בקצה"ח [סי' צב סק"י] שהביא שם דברי המוהרש"ך שכתב בשם התוס' בב"מ נדף ג ע"ב ד"ה כי היכי דלודין דשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, ותמה עליו הקצות שמדברי המוהרש"ך נראה שדין מתוך הוא תקנת חכמים וזה אינו שהרי מפורש בגמ' להלן בדף מז שהוא דין דאורייתא ומוכחין לה מקרא דשבועת ה' תהיה ביניהם ולא בין היורשים, ואמנם בתו' שם איתא דשבועה דרבנן ליכא דין מתוך אבל לא כתבו הטעם משום דתקנתא לתקנתא ל"ע.

אך קושית הקצות תמוה דלא על המוהרש"ך תלונתו אלא על דברי התוס', דיעויין בתוס' בגטין נדף נא ע"א ד"ה ובכוליה וכו' שכתבו להדיא 'דשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דתקנתא לתקנתא לא עבדינן כדאמרינן גבי ההוא רעיא כבבא מציעא וכו' עכ"ל וברור שהמוהרש"ך פירש דברי התוס' בב"מ על פי דבריהם המפורשים בגטין. אלא שבאמת הדברים מוקשים שהרי מתוך דין דאורייתא הוא ומ"ש בזה תקנתא לתקנתא לא עבדינן, ועכ"ל דכיון שדין מתוך הוא תוספת חומר בשבועה לא נאמר דין זה בשבועה דרבנן ולא העמידו חכמים תקנתם לומר שגם במקום שעיקר תועלת השבועה אינה [כשאינו יכול לישבע] שיגרום לו דין השבועה לשלם במוחלט ואף זה בכלל תקנתא לתקנתא.

ומקור לזה מדברי התרה"ד [בסי' שכו] שכתב דשבועה דרבנן לא עבדינן גלגול שבועה דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, והרי דין גלגול ודאי מן התורה הוא ומסוטה גמרינן לה אך כוונתו כנ"ל דדין גלגול הוא תוספת ניהוג חומר בדין השבועה וליכא זה בשבועה דרבנן.

בדין מתוך בשבועה דרבנן נחלקו אמוראי לקמן [בדף מז ע"א] בשבועה דאורייתא היכא שאין הנתבע יכול לישבע, לדעת רב ושמואל פקעה השבועה לגמרי, ולדעת רבי אבא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם. וקיי"ל

לדינא כרבי אבא. ובשבועה דרבנן כתבו התוס' [הו"ד לעיל] דלא אמרינן מתוך וכן הסכמת כל הראשונים כולם. והקשה הקצה"ח [בסי' צב סק"י] דאם כן כד מקשינן בסוגיין מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן ה"ל להגמ' למנקט דין מתוך דליכא בשבועה דרבנן. ועיי"ש בקצה"ח שמכח קושיא זו חידש דבאמת איכא מתוך בשבועה דרבנן אלא דכמעט לא משכח"ל לדינא.¹⁴

בגדר דין תקנת שכנגדו הקדמה לדין שכנגדו: ראה במשנה בריש כל הנשבעים דאיתא שם 'החשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל היו שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה', ובגמ' שם בדף מז ע"א נחלקו אמוראי אי למקומה היינו שפקע החיוב שבועה לגמרי מהחשוד או דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ומחלוקת זו בפשט המשנה היא שורש המחלוקת הכללית בכל שבועה דאורייתא אי אמרינן מתושאי"ל משלם עיי"ש בסוגיא, ודין זה דממי שאינו יכול לישבע שנחלקו בו משכח"ל בשלשה אופנים: א) באומר איני יודע שאינו יכול לישבע שבועה דאורייתא [כגון חמשינ ידענא וחמשינ לא ידענא או מי שהעיד ע"א נגדו והשיב שאינו יודע] ב) בגוונא דנסכא דרבי אבא [שאינו מכחיש העד אך חייב לישבע נגדו] ג) בחשוד דאיכא דין מתוך כאשר גם התובע חשוד. אך חלוק דין החשוד משני הדינים האחרים, דבשאר האופנים שאינו יכול לישבע ליכא שבועת שכנגדו אלא הדין דכשאינן הנתבע יכול לישבע משלם למ"ד דאמרינן מתוך ורק בחשוד ליכא דין מתוך אלא באופן ששניהם חשודים, ולהלכה קיי"ל כן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ויעויין בתוס' בב"מ [דף ה ע"א ד"ה שכנגדו וכו'] שנתקשו אמאי בהנך אמרינן מתוך שאי"ל משלם ואילו בחשוד תקנו שכנגדו נשבע ונוטל ומ"ש זמ"ז, **ותירצו התוס' וז"ל** וי"ל הכא אי אמרי' משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו ועוד דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו ולכך לא ישלם עכ"ל. ונקטו רוב האחרונים בהבנת דבריהם שנחלקו שני תירוצי התוס' בדינו של החשוד מהתורה, דלהתי' הראשון איכא דין מתוך בחשוד דבר תורה וחכמים תקנו לו שכנגדו מטעם דלא שבקת חיי, אבל להתי' השני ליכא כלל דין מתוך בחשוד וכמו שיתבאר בהרחבה להלן.

ונמצא לפי זה דלהתי' הראשון תקנת שכנגדו היתה לטובת החשוד כדי שלא יפסיד, **ולהתי' השני** תקנת מתוך היא כדי שלא יפסיד התובע. **ויעויין בבית הלוי** [ח"ג סי' לח אות ג] שכתב דלפי זה נראה דבמקום דליכא מתוך ליכא תקנת שכנגדו דמהיכי תיתי לומר שתקנוהו. **וכתב בזה נ"מ** בשבועת גלגול בחשוד להסוברים דבגלגול ליכא מתוך, דכה"ג לא יהיה דין שכנגדו דלמ"ד דאמרינן מתוך לא נתקן שכנגדו אלא להציל החשוד דמהיכי תיתי לומר שיש שתי תקנות בדבר ואם כן היכא דאין מתוך אין שכנגדו.

ומעתה יל"ע בסוגיין דאמרינן דליכא דין שכנגדו בשבועה דרבנן משום דתקנתא לתקנתא, והשתא להתי' הראשון אמאי ס"ד כלל דנימא שכנגדו הרי הכא אין צורך לתקן להחשוד כלל דברבנן ליכא מתוך ומעיקר הדין הוא פטור לגמרי ולא שייך כלל טעם דלא שבקת חיי דאדרבה החשוד מרויח טפי משאר בני אדם שהוא פטור לגמרי מהשבועה ומדוע ס"ד לתקן כלל מתוך. **וביותר קשה ע"ד הרי"ף הנ"ל** שכתב לדינא דבשבועת פוגמת איכא דין שכנגדו והא מהיכי תיתי הרי לא מצינו תקנת שכנגדו אלא במקום מתוך ולא בשבועה דרבנן דליכא בה כלל דין מתוך, וצ"ע.

הרחבת דברים בדברי התוס' בב"מ ובתקנת שכנגדו שם בתוס' וי"ל וכו' ראה בביה"ל הנ"ל שביאר דבריהם דכוונתם דבאמת מדאורייתא איכא מתוך וחכמים תקנו שכנגדו לטובת החשוד משום לא שבקת וכו' **וכן כתב גם בקצה"ח בסי' עה סק"י וכתב הביה"ל** דכל זה הוא למ"ד דאמרינן מתוך אבל להנהיג תנאי ואמוראי דלית להו דין מתושאי"ל משלם ומדאורייתא פקעה השבועה הרי התקנה לטובת הנתבע **וחקר הביה"ל** לפי התירוץ הראשון דהתקנה לטובת החשוד היאך יהיה הדין באופן דליכא מתוך אי תקנו שכנגדו גם באופן דהוא לחובתו של

¹⁴ ביאר הקצות דדין מתוך מהתורה משכח"ל בחשוד ובאינו יודע ובנסכא דר"א, ובאיני יודע בשבועה דרבנן מצי לישבע דשבועה דאורייתא היא שאי אפשר לישבע בה שאינו יודע אבל דרבנן אפשר, , ובחשוד ליכא מתוך [עיי"ש בדבריו הטעם לזה וכפד"ג כוונתו להתי' השני של התוס' בב"מ שיובא להלן וראה בקצה"ח בסי' עה סק"א וראה להלן] ומשכחת לה בציור דנסכא דר"א כאשר העד מעיד נגד התובע וחידש הקצות דבזה באמת איכא דין מתוך. ולא הובן לן מה הרויח הקצות בכל זה הרי יסוד תירוצו הוא דחלוקה שבועה דרבנן מדאורייתא דבשבועה דרבנן מצי לישבע איני יודע ולכן ליכא מתוך ואם כן הדרא קשיא לדוכתה מדוע לא נקטה הגמ' נ"מ זו דברבנן יכול לישבע איני יודע משא"כ בשבועת התורה וצ"ע.

החשוד וכתב שם דנ"מ בגלגול להסוברים דאין מתוך בגלגול, וכתב דמסתברא דליכא תקנת שכנגדו דהרי לתי' זה תקנו שכנגדו לטובת החשוד מהיכי תיתי שיהיו שתי תקנות.

והדברים תמוהים טובא א) ממה שדנה הגמ' לומר שכנגדו בדרבנן וכו"ל לעיל. והוא פלא גדול. ב) דאף אם יש מתוך בשבועה דרבנן אינו מובן תירוץ הגמ' דתקנתא לתקנתא לא עבדינן דענין תקנתא לתקנתא הוא כשניהם לנגד הנתבע דאז לא מחמירין חומרא בתר חומרא [ועיין בראשונים בכתובות בדף פז דמבואר כן הגדר בתקנתא לתקנתא] אבל הכא הרי התקנה השניה היא לטובתו ובאה למעט בכח התקנה הראשונה דאילו התקנה השניה היה משלם ותקנו חכמים לטובתו שישבע התובע קודם שיטול ול"ש תקנתא לתקנתא [וראה עוד בנדון זה להלן בגמ' דתקנתא לתקנתא ג] וגוף החידוש שחידש דכשאיין מתוך אין שכנגדו נסתר מדברי הראשונים בכתובות שהובאו לעיל, דיעויין ברא"ש בכתובות דף פח ע"א בשם הרי"ף והר"ד בכל הראשונים שם דבשבעת המשנה אמרינן תקנתא לתקנתא והיכא שהתובע פוגם שטרו והוא חשוד מפכין השבועה ונשבע הנתבע ושם כתוב מפורש דליכא מתוך בשבועה זו עיי"ש ואם כן הרי בהכרח דהתקנה פעמים לטובת התובע כגון בדאיכא מתוך ופעמים לטובת הנתבע כגון בשבועת המשנה, וכמובן דזה קשה מאוד בסברא וכמו שכתב הביה"ל וצ"ע.

[אך אפשר בזה דבאמת תקנת שכנגדו לא באה לטובת התובע ולא לטובת הנתבע אלא לקיום דין השבועה דחזינן בכמה מקומות דדין שכנגדו הוא מפרשת היפוך שבועה שתקנו חכמים להפוך את שבועת הנתבע בעצמה, ולכן כיון שבחשוד ראו שאי אפשר לקיים דין השבועה תקנו שתתהפך השבועה על שכנגדו וממילא ליכא דין מתוך כיון שאפשר בשבועה, והתוס' שהקשו כוונתם להקשות מדוע תקנו הכא להפוך השבועה הרי יש לה קיום על ידי שישלם הנתבע דיסוד דין מתוך הוא מדין שבע או שלים וכשאינו יכול לישבע משלם ולכן כיון שמתקיים דין שבועה על ידי השלם למה להפוך השבועה וכמו דמצינו בהנך דנסכא וחמשיין ידענא שמתקיים דין השבועה בתשלומין [והסבר זה מדוקדק מאוד בקושייתם וגם בתירוץיהם ודוק] ולזה תירצו דהכא לא רצו חכמים להעמיד השבועה עליו באופן שיצטרך לשלם מהנך תרי טעמי, ולכן הפכוה, ודוק.¹⁵

שם בתוס' ועוד וכו' ראה בביה"ל שהובא לעיל שפירש בכוונת התוס' דלהתירוץ הזה ליכא מתוך כלל בחשוד מחמת האי טעמא דהוא ברצון וכו', וכן מבואר מדברי הנתיבות **דיעויין בנתיב"מ** בסי' עב סקכ"ה שלמד מדברי התוס' דידן דאילם שאינו יכול לישבע פטור דדמיא לחשוד ועדיפא מיניה. **וכן פירש הקצות** [בסי' עה סקי"א] בדבריהם.

אך קשה לדרך זו טובא דהא מבואר בגמ' להלן בפ"ז להדיא דבשניהם חשודים אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ואם כן מבואר להדיא דבחשוד איכא מתוך, **ואדרבה מקור ושורש המחלוקת** אי אמרינן מתוך בכל שבועה הוא בדין דשניהם חשודים. **ועיין בקצה"ח** סי' עה סקי"א שאף מדבריו נראה דלהאי תי' של התוס' ליכא מתוך בחשוד וקצת נראה מדבריו שם דדין מתוך בשניהם חשודים הוא מדרבנן [ולפי"ז התוס' תי' דליכא מתוך מדאורייתא ולכן נשבע שכנגדו ושניהם חשודים תקנו חכמים מתוך] **אבל יעויין בחזו"א** סי' י סקט"ו שכתב להוכיח מהגמ' בשבועות דדין מתוך בחשוד הוא דאורייתא וראיתו חזקה דכל המקור בגמ' שם דלרב ושמואל ליכא כלל דין מתוך הוא ממה שסוברים דליכא מתוך בשניהם חשודים ואם דין אחר ומדרבנן הוא מנא להש"ס דפליגי בעיקר דין מתוך.

ולכן פירש החזו"א בכוונת התוס' דהך סברא דהוא ישבע ברצון הוא טעם למה תקנו חכמים שכנגדו ולפי"ד שווים שני תירוצי התוס' דאיכא דין מתוך בחשוד. **אשר לפי"ז** לשני תירוצי התוס' איכא דין מתוך בחשוד מן התורה ובשני התירוצים ביארו שני טעמים מדוע תקנו חכמים שכנגדו.

וכדרך זו מוכח מדברי הרשב"א [בחידושו לב"מ דף לו ע"א] שכתב שם וז"ל דבחשוד על השבועה בלחוד הוא דתקנו לישבע שכנגדו משום דנתבע רוצה לישבע אלא שאין אנו מניחין אותו ואין מוסרין לו שבועה, ועוד דאי לא לא שבקת חיי לכל

¹⁵ אך לדרך זו נמצא שלא באו התוס' לבאר טעם עיקר תקנת שכנגדו אלא רק למ"ד דמתוך מדוע לא השיאור חכמים השבועה אצל הנתבע כיון שלא פקעה, אך באמת קשה לרב ושמואל דלית להו מתוך מדוע תקנו חכמים שכנגדו דוקא בחשוד ולא בנסכא ובאיני יודע, ואמנם גם בלא דברינו יש להקשות כן, לדרכינו שטעם התקנה הוא לקיים דין השבועה קשה טפי, דלא נוכל למצוא טעם בסברא למה תקנו דוקא כן כיון שעיקר התקנה היתה לקיומי דין שבועה בעלמא, וצ"ע. והעירונו לבאר בזה על דרכם של התוס' בתי' השני, דכאשר אי אפשר לקיים דין שבועה בעלמא לא תקנו שכנגדו אבל כאשר הבי"ד הם שמונעים מהנתבע לישבע מפסידים בזה לתובע צריכים לתקן שכנגדו.

חשוד, הא באומר חמשיין ידענא וחמשיין לא ידענא דהוא מודה והתורה חייבתו שבועה, כשאנו יכול לישבע משלם בלא שבועת שכנגדו **עכ"ל**. וכ"ה להדיא גם בתשובת הרשב"א [ח"ב סי' קי] עיי"ש. וע"ע ברשב"א בריש כל הנשבעים ובתשו' ח"א סי' תתקכד ובב"ב דף לד ודוק ועייין בהגהת אשרי כאן. **ועייין בתוס' בב"מ** בדף צח ריש ע"א שנקטו בפשיטות דאיכא מתוך בחשוד, והביה"ל כתב דקאי התם להתי' הראשון כאן אך להחזו"א ניחא בפשיטות, **אלא דלפי זה** חוזרות גם על התי' השני של תוס' כל הקושיות שהקשינו להתי' הראשון.

בגדר תקנת שכנגדו יש לחקור בדין שבועת שכנגדו האם היא בגדר היפוך שבועה שחכמים הפכו את שבועת הנתבע על התובע אוא שהטילו על התובע שבועה חדשה שהנוטל מהחשוד תקנו לו לישבע, **ועייין בפנ"י בב"מ** [בסוגיא דההוא רעיא] שכתב שם שאם היה תקנת שכנגדו בשבועת היסת היה התובע נשבע בנק"ח מק"ו דמה הנתבע המחוייב שבועה חמורה יכול להשביע התובע בנק"ח נתבע שאין ריעותא כנגדו ואין לתובע עליו אלא היסת כ"ש שלא יגבה התובע אלא בשבועה חמורה, **אבל השי"ך והקצה"ח** [בסי' עה סקי"ז] **והעיטור** [הו"ד שם] כולם נקטו בפשיטות דבהיפוך נשבע התובע כשבועת הנתבע ואם הנתבע חייב שבועה קלה אף התובע נוטל בשבועה קלה. **וכן כתב הגר"א** [סי' פז סקמ"ו] ודבריהם צ"ב דסו"ס טענת הפנ"י חזקה מאוד הגע עצמך הרי שתבע את חברו וכפ לו הכל והוא חשוד יטול התובע בשבועה קלה ואם יביא התובע עד אחד לטובתו יוחמר דינו לנקיטת חפץ.. **ונראה דבזה פליגי** דלהפנ"י הוא תקנת חכמים להשביע התובע ולכן הסברא נותנת דכל שבועת שכנגדו בחד טכסיסא היא, **אבל החולקים** נקטו דהוא גדר דהיפוך שבועה וממילא שבועת התובע כשבועת הנתבע כמו בדין היפוך דלעיל.

ויעייין בחזו"א [ב"מ סי' י סקט"ו] שכתב דשכנגדו אינו היפוך אלא תקנת שבועה על התובע, אך לכאורה תליא בהנידון הנ"ל. **ויש להוכיח עוד** דשבועת שכנגדו היפוך היא מדברי התוס' בב"מ [דף צח ריש ע"א] שכתבו שם לצדד דאף דשבועה דרבנן ליכא דין מתוך שאי"ל משלם אבל בשבועת שכנגדו איכא להאי דינא לפי שהיא באה משבועת הנתבע שהיא דאורייתא, ואי נימא דשבועה חדשה יש כאן אין הבנה לדבריהם, ומוכח דהיא מדין היפוך.

בגמ'

בגמ' המלוה את חברו וכו' יש לברר בשורש הסוגיא מדוע כשהלווה לו בעדים חייב לפרעו בעדים למ"דף וכן **בשאמר לו א"ת** אלא בעדים דבזה לכו"ע מעיקר הדין צריך לפרעו בעדים [אלא הנידון הוא האם יכול לומר לו פרעתוך בפני פו"פ והלכו למדה"י וכן אם נאמן לומר פרעתוך ביני לבינך במגו, אבל בשורש הדבר אין חולק שהתנאית מלוה מועילת] **ומדוע וכיצד** שוללת התנאית זו את נאמנות הלווה. **ויש להוסיף עוד** דבגמ' להלן [בסוע"ב] מפורש דאם אכן קיבל המלוה את המעות מהלווה אף בינו לבינו חל הפירעון, **ונמצא אם כן** שהדין דצריך לפרעו בעדים למ"ד וכן תועלת ההתנאית לכו"ע היא כלפי **נאמנות** הלווה דאם צריך לפרעו בעדים אזי אינו נאמן לומר פרעתי ודין זה צריך ביאור.

ומצינו בזה מחלוקת ראשונים ושתי שיטות יסודיות בענין: דעת רוב הראשונים דבאמת חלה כאן התנאית המחייבת את הלווה לפרוע בעדים, וכמשי"ת להלן מדברי הראשונים בזה. **אבל הר"ן** נחלק בזה על הראשונים וסובר דבאמת אין מעיקר הדין צריך לפרוע בעדים אלא כיון שהלווה בעדים או התנה עמו לפרוע בעדים הרי דרך הלווים בכזה"ג לקיים תנאם ולפרוע בעדים ואם טען ואמר שפרע שלא בעדים טענה גרועה היא ואינו נאמן בה, דחיישינן לשיקרא.

ולדרך הראשונים צריך ביאור מדוע חייב הלווה לפרוע בעדים ולמה אינו נאמן בטענתו שפרע לו בינו לבינו, **ומפורש ברמב"ן** [בד"ה אל תפרעני] שמהני התנאית זו מפני שהלווה קיבל על עצמו לפרוע בעדים **וכ"ה בריטב"א** [נדפס בדף מ ע"ב על המשנה] שכתב כן וכתב דאחר הלוואה מהני משום דבההיא הנאה גמר ושעביד נפשיה, ומשמע מדבריו דבעינן מעשה קנין על זה. **אך אי אפשר לפרש הדברים** שיש כאן התחייבות שלא יועיל הפירעון בינו לבינו, שהרי הדבר פשוט וברור בכל הסוגיא שאם אכן פרע לו הרי פקע החוב וכ"ה להדיא בגמ' להלן בסוע"ב, וכל הנידון בסוגיא הוא האם הלווה **נאמן** לטעון פרעתי, וכיון שכן צריך ביאור מהי התחייבות זו שקיבל עליו.

וראה ברא"ש שכתב דהימניה לזה למלוה [ונכתב שם שמה"ט אין המלוה צריך שבועה] **וכן מבואר מדברי הרמב"ן** שכתב דמגו לא מהני לומר פרעתוך ביני לבינך במגו דפרעתוך בפני פו"פ. [למ"ד דנאמן בזה] משום דבטליה להימנותיה מדקביל עליה שלא לפרוע אלא בעדים, הרי מבואר דהתנאי הוא כלפי נאמנות הלווה בטענת פרוע. **וכן מוכח מדברי הרשב"א** שכתב אף הוא דלא מהני מגו שאל"כ למה הועיל תנאו הרי לעולם יהיה נאמן במגו, **ועיין בדברי הרשב"א בתשובה** [במיוחסות סי' צז] שביאר הטעם בזה דכיון שהתנה עמו כך כבר קבל על עצמו שלא יהא נאמן. ואף במקום מגו כזה הרי מפורש שהתנאי ביניהם שלא יהיה נאמן הלווה.

וכן משמעות הסוגיא להלן דבגמ' להלן איתא שיכול להתנות לו אל תפרעני אלא פבני פלוני ופלוני אלו דוקא, ושם מפורשים הדברים בתוס' וברי"ף ובשא"ר שעדים אחרים אינם נאמנים להעיד על הפירעון כיון שבקבלת הלווה לפרוע בפני אלו פסל עליו כל עדים אחרים שבעולם. ומסתברא דדין זה שרשו האחד הוא עם עיקר הדין דאל תפרעני אלא בעדים.

ועיקר הדין שיכול הלווה להתנות שלא יהיה נאמן או שיהיה המלווה נאמן נגדו כתבו ראשונים בטעמו משום דכל תנאי שבממון קיים [כ"כ הר"י מייגאש להלן בסוגיא וכ"כ הרא"ש בסנהדרין בדף כז וכ"כ הרשב"א במיוחסות סי' צז, ועוד] והענין בזה שהתורה נתנה כח לאדם לקבוע דיני הנאמנות במשפטי הממון כרצונו, ושייך דין זה לסוגיא דנאמן עלי אבא שמבואר בראשונים שהוא מדין הודאת בע"ד שבכלל פרשת הודאת בע"ד נתחדש שיש בכח האדם לשנות דיני הנאמנות כרצונו לקבל עליו נאמנים ולפסול עליו אחרים וכן לפסול נאמנות עצמו ולהאמין לבעל דינו ודבריו קיימים ואכמ"ל כאן בשורש דין זה.

ולפי זה נמצא לכאורה שאין התנאיתם בגוף מעשה הפירעון כלל כיצד יהיה או יחול אלא התנאיתם היא בכח הנאמנות של הלווה והמלווה בטענת פרוע ובטענת לא פרעתי, ומה דאיתא בגמ' דצריך לפרעו בעדים היינו דאם לא פרעו בעדים אינו נאמן, ובזה מתבאר היטב מה דלא מהני לרב אסי טענת פרעתוך בפני פו"פ אף שהפירעון לדבריו נעשה בפני עדים ובאופן הראוי אבל סו"ס שלל מעצמו את הנאמנות לטענת פרוע כל זמן שלא יביא עדי הפירעון לבי"ד.

ומדברי כמה מרבותינו ראה דרך אחרת בכ"ז **דיעויין בהמשך הסוגיא** [בסוע"ב] דאיתא התם דכשהמלוה מודה שקבל הפירעון שלא בעדים כפי שהתנה אך טוען שכיון שנעשה הפירעון שלא כפי התנאי לא קבלם אלא בתורת פקדון ואיתא בגמ' שאין טענתו טענה וחל הפירעון ואם נאנסו המעות באחריות המלווה הם, **וראה ברש"י שם**

שפירש הטעם לפי שקבלם בשתיקה ודברים שבלב אינם דברים ולכך לא אמרינן שקבלם בתורת פקדון, ומבואר מדברי רש"י שאלמלי היה המלוה אומר בשעת הפרעון שאינו חפץ בפרעון כזה ומוכן לקבלם רק בתורת פקדון טענתו טענה, והרע"א בגהש"ס תמה ע"ד רש"י דהיאך יכול לומר כן, וכוונתו דהרי קיי"ל דפירעון בעל כרחו שמיא פרעון ולעולם אין המלוה יכול לסרב לקבל המעות בתורת פרעון ומ"ש הכא.

ויעויין בסמ"ע [בסי' ע סקי"ח] שעמד אף הוא בקושית הרע"א וכתב וז"ל ולא דמי למ"ש הטור והמחבר לקמן סימן ק"כ דאפילו אם אמר המלוה בפירוש לא אקבלם בתורת פרעון והוא השליך המעות בפניו בתורת פרעון נפטר ממנו הלזה בזה, דשאני הכא דיכול המלוה לומר כל זמן שאין העדים לפנינו הרי הוא כאילו לא הגיע זמנם עכ"ל. ולמדנו יסוד גדול מדבריו דתנאי דאל תפרעני אינו תנאי בנאמנות אלא בצורת מעשה הפירעון בעצמו שיכול להתנות עמו שיהיה הפירעון בעדים ואינו חפץ בפרעון שלא בעדים.

ולדרך זו נראה שמהלך הסוגיא הוא דהתנאי הוא בעצם הפרעון ומה שאינו נאמן לומר פרעתין ביני לבינך הוא משום דבעלמא אין החוב עומד לפרעון כזה אלא דאם עשה כן והמלוה קיבל חל הפרעון, אך אינו נאמן לטעון כן לפי שהוא בא לחדש נתינת ממון ואינו נאמן בזה ודמיא לטענת מחילה שאינו נאמן בה שהיא טענה גרועה אף זו טענה גרועה לומר שנתן למלוה באופן שאינו פרעון והמלוה נתרצה לקבל.

ויעויין בט"ז שם שתמה ע"ד הסמ"ע דפרעון בע"כ שמיא פרעון ואין למלוה זכות להתנגד לקבלת הפירעון ומה שהתנה שלא יפרענו אלא בעדים היינו כדי להיות בטוח בפרעונו אבל אם כעת נותן לו המעות ומקבל הפירעון היאך יכול לסרב לקבלם, ועיי"ש שנדחק בדברי רש"י לפרשם באופן אחר.

ולמדנו מזה שנחלקו רבותינו בגדר התנאי דא"ת אלא בעדים, אשר דעת הרע"א והט"ז היא שהתנאי אינו בצורת הפירעון עצמו אלא שלא יוכל הלזה לומר פרעתין, ודעת הסמ"ע וכ"ה פשטות דברי רש"י שהוא תנאי בגוף צורת הפירעון.

ולכאורה יש לפרש כן גם בדעת הר"י מיגאש והרשב"א, דהנה נחלקו הראשונים בסוגיין בגוונא שהתנה המלוה אחר ההלוואה שלא יפרענו אלא בעדים שמפורש הדין במשנה דמהני התנאות, דעת הרמב"ן והרא"ש דלא מהני התנאה זו אלא כשהסכים הלזה להתנאה וקיבל על עצמו את הדבר, ואולם שיטת הר"י מיגאש דמהני התנאי אף בעל כרחו של לזה, ועיי"ש שכתב הטעם לכך משום דלא שעבדו המלוה אלא התראה בעלמא היא, והדבר מאוד צ"ב היאך מהני התראה זו לחייב הלזה בעל כרחו, ויעויין בריטב"א [לעיל בדף מ] שהביא מחלוקת הר"י מיגאש והרמב"ן, וכתב בשם הרשב"א שהכריע כהרי"מ בהלוואה וכהרמב"ן בפקדון, וטעם הדין בהלוואה משום דעבד לוה לאיש מלוה, ותמה עליו הריטב"א דמהיכן יש למלוה הכח להוסיף עבדות על עבדותו שיצטרך לפרעו בעדים.

וראה בחי' הרשב"א לעיל [בדף מ על המשנה] שביאר שיטתו וכתב דמלכתחילה ע"מ כן הלזהו שיוכל להתנות עמו דעבד לוה לאיש מלוה.

ומדברי הרשב"א והר"י מיגאש נראה מוכח דדין צריך לפרעו בעדים אינו חסרון נאמנות של הלזה בלחוד אלא דין בצורת הפירעון עצמה שאין הלזה יכול לפרוע שלא בעדים דאל"כ היאך יכול לעשות כן בע"כ ומה שייך כלל לדין עבד לוה לומר שלא יהיה הלזה נאמן, אטו נשתעבד לו שלא להיות נאמן בדבריו. והיאך נאמר שכאשר הלזה לו בסתמא [ואף בלא עדים כלל] נשתעבד לו הלה שלא להיות נאמן בטענת פירעון אם יתרה בו המלוה בפני עדים, אטו חלק משעבודו של לוה הוא שלא יהיה נאמן בטענותיו.

ומזה היה נראה שהרי"מ סובר כהסמ"ע דפירעון שלא בעדים אינו פרעון כדינו ולכן יכול להתנות עמו אף אחר ההלוואה את כללי הפירעון כיצד יפרע לו דנשתעבד לו משעת הלוואה שיהיה הפירעון באופן הטוב למלוה. ולפי זה לכאורה היא מחלוקת ראשונים, דלדעת הר"י מיגאש הוא תנאי במעשה הפירעון ולדעת הרמב"ן והרא"ש הוא תנאי בנאמנות הלזה.

אלא שהדברים מוקשים מאוד: חדא דאם התנאי הוא במעשה הפירעון איזו סברא יש לומר דלא יהיה נאמן לומר פרעתין בפני פו"פ והלכו למדינת הים, ועוד להראשונים שאינו נאמן במגו – והרשב"א מכללם – אין סברא לומר

שלא יהיה נאמן דסו"ס אף אם טענתו מחודשת הרי אית ליה מגו, ו**ביותר קשה** בסבתירת דברי הרשב"א שהסכם עם הרי"מ והוא עצמו כתב להדיא בתשובה דלא מהני מגו כי קבל על עצמו שלא להיות נאמן.

ולכאורה צריך לדחוק בדעת הרי"מ והרשב"א דבכלל תנאי ההלוואה שיהיה כח הנאמנות למלוה ולא ללווה כי רוצה המלוה להבטיח את פרעון חובו והלווה מחוייב לזה משעת ההלוואה אך עדיין קשה דברי רש"י והסמ"ע דמדבריהם מוכח דהוי תנאי בעצם הפירעון וצ"ע.

שיטת הר"ן עיין בכ"ד הר"ן בסוגיין אשר שיטתו היא דבאמת אין ללווה כלל דין אמיתי לפרוע בעדים לא מצד עצם הפירעון ולא בשלילת נאמנותו, אך כיון שהתרה המלוה בלוה או שהלוה לו בעדים דנעשה כמי שהתרה חזקה על הלוה שלא יפרע אלא בעדים לפי שרואה שאין המלוה מאמינו אף הוא חושד במלוה שיתבענו שנית. **ובאומר פרעתיך בפני פו"פ הביא הר"ן את מחלוקת הראשונים** אם נאמן או לא, **ולא פירש הר"ן** מדוע אינו נאמן, ולכאורה לשיטתו בהסבר הסוגיא אין הדבר מובן דאיזו ריעותא יש כאן כשאומר פרעתיך בפני פו"פ שלא נאמן לדבריו, וצ"ע. **וכשאומר** פרעתיך ביני לבינך כתב הר"ן דלשמואל נאמן במגו ולרב אסי אף אי נאמן לומר פעתך בפני פו"פ אבל מגו לא מהני דס"ל לרב אסי דהוי כמגו במק"ע.

[ומדברי הר"ן משמע דללישנא קמא מהני מגו אף לרב אסי אלא דליכא מגו לפי שאינו נאמן לומר פרעתיך בפני פו"פ ואך ללישנא בתרא כתב הר"ן דאפשר דמהני לר"א פרעתיך בפני פו"פ ובמגו הוא דפליגי ואפשר דכשלא התנה מפורש לא ניחא ליה להר"ן לפרש דאיכא אנ"ס גמור כ"כ שאין המגו מועיל נגדו, ודוק]

ויל"ע בשיטת הר"ן שהרי קי"ל שאסור לאדם להלוות לחברו בלא עדים ואם כן במה שהעמיד עדים אין שום ראייה שאינו מאמין ללווה די"ל דעושה כן משום דמחוייב על פי דין, וצ"ע.

בגמ' אמר אביי ראה בתוס' שכתבו דאביי לית ליה סברת כל האומר לא לויתי היכא דאיכא עדים דפרע אבל בדליכא עדים על פירעון מודה, **והדברים צריכים ביאור** דממ"נ אם הודאה יש כאן אף נגד עדים תועיל ואי לא אף בדליכא עדים יוכל לומר פרעתי, וצ"ע.

ויעיין בר"י מיגאש שגס בגמ' בדברי אביי 'אנן אמאן נסמוך' וכ"ה גרסת הרי"ף ועוד ראשונים, ועיי"ש שפירש בדברי אביי דאלמלי שהיו העדים מעידים על פירעון היה חייב אבל השתאמאן נסמוך אי אהני עדים הא אמרי דפרעי, ולכאורה אזלי דבריו כשיטת התוס' דמודה אביי בדין האומר לא לויתי אך במקום עדים לית ליה. אך מלשונו ומלשון הגמ' לגרסתו נראה לפרש באופ"א, דסברת אביי היא שיש כאן ממ"נ דאם אתה מאמין לעדים האמינם לגמרי ואם אתה מאמין לו האמינהו לגמרי ואי אפשר ליטול העדות לחצאים, שמא משום סברת הפה שאסר הוא הפה שהתיר או משום דאם הם משקרים בפירעון אף בהלוואה פסולים הם [ונקושת הריטב"א לרבא, -ראה להלן-] **ולפי זה** היכא דשתי כתי עדים מעידות האחת על הלוואה והשניה על הפירעון מודה אביי דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי שנקבל הכת המעידה על ההלוואה לבדה ולא נקבל את השניה.

בגמ' אמר ליה רבא כל האומר לא לויתי וכו' ראה ברש"י שפירש דההודאה היא בכלל אמירתו שהרי אם לא לזה גם לא פרע, וכ"ה במאירי ובעוד ראשונים. **ועיין בר"י מיגאש** לעיל בדף לד שכתב שם 'וכיון דקאמר מעיקרא לא היו דברים מעולם ממילא שמעת מינה דלא פרע ליה מידי דמאן דלא לזה היכי פרע.

ועיין בחי' הרע"א במועתק מתשובה [קמא סי' קמט] שדן שם בגדר ההודאה דהאומר לא לויתי, והביא שם דברי הנמו"י בב"מ שכתב דהאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי מדלא פטר נפשיה בקושטא, ומשמע מדבריו דההודאה היא מכח ההוכחה מדלא אמר פרעתי, ודחה הרע"א וכתב דהנמו"י לא אמר כן אלא בפקדון אבל לא בעיקר הדין דכל האומר לא לויתי עיי"ש באורך. **ואמנם עיקר הצד** דההודאה היא מכח ההוכחה אינו מובן דאם הוכחה יש כאן אבל הודאה אין כאן והיאך תיחשב ראייה מדלא אמר כהודאת בעל דין ולהכחיש עדים שפרע, וצ"ע.

ויעיין בחי' הריטב"א בב"מ [החדשים, בדף ג ע"ב] שכתב שם וז"ל תני רבי חייא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים שיש לו חמשים. פירוש שיועדים בודאי שלוח ולא פרע, כגון שלא זז ממנו, א"נ שהוא תוך זמן למאן דאמר דלא פרע איניש בגו זימניה, א"נ כגון שטען הוא שלא לזה ובאו עדים שהלוהו ואנן סהדי דכיון שכן לא פרעו דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי (ב"ב ו' א'), ובזה דומה למשנתנו יותר כדאמרינן ותנא תונא דמתניתין נמי ליכא עדות ברורה אלא דאנן סהדי וכו' **עכ"ל. הרי הדברים מפורשים** שלא הודאה גמורה יש כאן אלא אנ"ס שאינו כעדות

ברורה שלא פרע. וזה פלא גדול שהרי העדים מעידים שפרע והיאך נכחיש עדים בלא עדות ברורה, וצ"ע. ועוד קשה דאם באמת יש כאן אנ"ס ובירור ואנו נוקטים לאמת שלא פרע אם כן נמצא שהעדים הללו עדי שקר הם והיאך אתה גובה על פיהם, והריטב"א עצמו בסוגיין הקשה כזאת ותירץ דאנו מאמינים להם שפרע אלא שהוא נתחייב על סמך הודאתו ראה בדבריו להלן אך לדרך הריטב"א בב"מ הוא פלא גדול, וצ"ע.

ומ"מ משמעות דברי רוב הראשונים שההודאה שבכאן היא הודאה גמורה שאם לא לזה לא פרע. ויעויין בתשובת הרע"א שם שנסתפק היכא שמעידים העדים שפרע ואינם יודעים אם לזה או לא, דלכאורה יש לומר גם בזה דהאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, אך כתב הרע"א דהכא שאני שהרי אין לנו ידיעה אמיתית על ההלואה אלא מכח מה שיודעים העדים שפרע דמזה ידעין על ההלואה, והשתא ממ"נ אם פרע הרי א"א לגבות ממנו ואם לא נקבל שפרע אם כן מהיכי תיתי שלוח, ול"ד לעדים דעלמא שאנו מקבלים אמירתם שלוח ואין מקבלים אמירתם שפרע, אבל כה"ג הרי אי אפשר לחלק.

ועיי"ש עוד שהקשו לרע"א [בעל התפארת יעקב] דאם כן אף גבי נתבע עצמו נימא כן דהרי הוא לא אמר שלא פרע אלא שלא לזה ואם איננו מקבלים אמירתו שלא לזה מהיכי תיתי לן שלא פרע. והשיבו הרע"א שזו שגגה גדולה שמה שהוא יודע בעצמו שלא פרע אינו מכח ידיעתו שלא לזה אלא ידיעה עצמית היא ולכן באמירתו שלא לזה כלולים שני הדברים אך כל אחד מהם עומד לעצמו וגם אם לא נקבל את מה שאומר שלא לזה אבל נקבל מה שאומר שלא פרע.

ויש כאן מחלוקת עמוקה בין הרע"א להתפארת יעקב בהבנת גדר ההודאה באומר לא לויתי שהרע"א הבין שיש כאן כאילו אמירה מפורשת שלו שלא פרע כיון שכל מי שלא לזה אינו פורע נולד מזה אמירה בפ"ע שלא פרע. אך בעל התפא"י הבין שכיון דמי שלא לזה לא פורע הרי אנו תופסים המציאות הנולדת מעדותו אף שאין מקבלים את העדות עצמה, ולכן השווה דין זה לאמירת עדים שפרע, אלא שלכאורה אין שום סברא לומר כן דסו"ס אחר דידעין שלוח אין כאן שום הודאה שלא פרע, וכן בעדים אם נקבל דבריהם שפרע הרי לא יתכן לגבות ממנו שנית.

ואולם יש ראיות להבנת התפארת יעקב בזה, **דיעויין בסוגיא בב"ב** [דף לא סו"ע] דמי שישב בשדה כמה שנים ובא מערער נגדו והשיבו הנתבע ששדה זו של אבותיו היא מעולם אם הביא המערער עדים שהיא שלו מפסיד המוחזק, ויעויין בעליות דרבינו יונה [שם ד"ה וזה אומר] שנתקשה מדוע לא נטען ליה אנן שאבותיו שלו לקחו מאבות המערער, וכתב רבינו יונה דנכשאמר של אבותי ולא של אבותיך נעשה כאומר שלא לקחו אבותי מאבותיך מעולם, ועיי"ש בר"ן ובנמו"י שכתבו דהוא הוא הודאת בע"ד, ותמוה מאור שהרי היורשים לעולם אינם יכולים לידע אם קנה אביהם והיאך תיחשב זאת כהודאה לדעת הרע"א הרי אין כאן ידיעה עצמית שלהם שלא קנה אלא שאם ננקוט לאמת שהיה של אביהם מעולם ממילא לא קנה אבל משהוכחו דבריהם בזה תו ליכא הודאה, ודוק

ויעויין ברמ"א [בסי' קח ס"א] שמשמע מדבריו כן גבי דינא דהאומר לא לויתי גופא, שכתב הרמ"א שם שיתומים שאמרו בטענת ברי לא לזה אבינו לא טענינן להם פרעתי דכל האומר לא לויתי וכו' והרי אין היתומים יכולים לידע אם פרע אביהם אם לאו. [נא"כ לא זה דם מתוך ידו כל ימי חייו אך הרי ודאי שלא כלול בהודאתם שלא לזה שגם לא זה דם מתוך ידו ופשוט]

יעויין בחי' הריטב"א שהקשה היאך אנו גובים ממנו על סמך עדים הללו, הרי ממ"נ, אם אמת כדבריהם שלוח ופרע א"א לגבות ואם משקרים הם באמרם פרע אם כן נפסלו הם לעדות והיאך נסמוך על אמירתם שלוח.¹⁶ **ותירץ הריטב"א** דודאי העדים כשרים הם 'אלא דכיון שהוא כמודה על עצמו שלא פרע הוא ניזוק בנכסיו ופוסלם עליו

¹⁶ מש"כ הריטב"א שהם פסולים לעדות צ"ב, שהרי אף אם אמירתם שפרע היא שקר נפסלו אז אבל לא למפרע כשאמרו שלוח שהרי אמירת לוח קודמת לאמירת פרע, ואמנם הדבר תלוי במחלוקת אחרונים נודעת בסוגיא בב"ק דף עג גבי עדים שהעידו על גניבה וטביחה והוזמו על הגניבה, עיין בקצה"ח סי' נב סק"א ובנתיחה"מ שם ובמשובב נתיבות. ומדברי הריטב"א דידן מוכח כהקצות, וכן מוכח גם מדברי הרמב"ן בכתובות דף יט, אך בתור"פ ובמהרש"א בב"ק שם מוכח שאינם נפסלים למפרע וכהנתיבות, ואכ"מ.

לפי שהודאת בעל דין לחובתו חשיבא לחיוביה כנגד מאה עדים שיעידו לזכותו וכו' **עכ"ל**. והדברים צריכים פירוש דסו"ס אם כלפיו אנו נוקטים שהדבר אמת שלוח ולא פרע נמצא שהעדים שיקרו וממ"נ אין כאן עדות, וצ"ע.¹⁷

ויש לעיין בה לאידך גיסא שהמלוה הזה שאומר לא נפרעתי אף הוא מודה שהעדים פסולים שלדבריו הרי שקרו באמרם פרעתי, והוא היאך יגבה בעדים הפסולים לו. **ומצאנו באו"ש שעמד בזה** [בפכ"ב מעדות ה"א] שנסתפק שם בשתי כתי עדים המכחישות זו את זו דקיי"ל ששתי הכתות כשרות לעדות אחרת, וחקר האו"ש באופן שכת אחת מהם יש לה דו"ד בבי"ד ובאה השניה ומעידה לטובתה באותו ענין האם נאמר שכיון שלדבריהם הרי פסולים הם ששקרו בעדותם ראשונה שוב לא יוכלו להשתמש בעדותם, **וכתב האו"ש** די"ל דאינו כן דכיון דלגבי בי"ד כשרים הם והכת הראשונה אומרת דאף שאז שיקרו אבל בעדותם זו ידוע לנו שאמת הם אומרים נוכל לקבל עדותם, **והוכיח כן מסוגיין** שהמלוה יכול לגבות על פי עדים הללו שמעידים שלוח ופרע. **אלא שהדברים אינם מובנים לן בסברא** שהרי סו"ס פסולי עדות הם ופסול הגוף הוא ומה מועיל מה שקיי"ל ליה להבע"ד שאמת הם דוברים ושמא ס"ל דכל פסולו של עד שקר הוא בגדר חשש משקר ואינו פסול הגוף, וצ"ע.¹⁸

¹⁷ ולומר שאנו יודעים שפרע ומ"מ מתחייב על פיו אם כן מוכח מכאן דהודאת בע"ד התחייבות היא וזה תימה, גם אם כן היה הדבר לא היה הריטב"א צריך להוסיף שהוא פוסל את העדים עליו שהרי התחייבות יש כאן, והקצה"ח הוכיח מסוגיין דהודאה אינה התחייבות שהרי הכא אינו רוצה להתחייב, ועוד דמדברי אב"י מוכח להדיא שהודאה נאמנות היא ואטו בזה פליגי אב"י ורבא.

¹⁸ **ויעיין בתוס' בב"ב** [דף קכח ריש ע"ב] גבי שטר שהלוח טוען שפרעו מחצה והעדים מעידים שפרעו כולו, דמבואר שם בגמ' שדינו של המלוה לגבות חצי הנותר וכדברי העדים וחייב הנתבע לישבע שבועת מודה במקצת על המחצה שנפטר בה. והקשו התוס' מדוע נאמן בשבועה על החצי השני הרי המלוה מחזיק שטר בידו, ותיירצו שהעדים מעידים שהשטר פרוע בטל השטר והוי כמלוה על פה. והקשו שהרי העדים לדבריו של הלוח פסולים והיאך יוכל להשתמש בעדותם לטובתו, ותיירצו דיש לו הפה שאסר עיי"ש. **הרי מבואר מדבריהם** דכיון דלדבריו הם פסולים אין לו רשות להשתמש בעדותם לטובתו. **וצ"ע מ"ש ממלוה דהכא. ועיי"ש בחי' הרי"י מיגאש** שחולק על סברת התוס' וס"ל דכיון דגבי בי"ד כשרים הם הרי השטר בחזקתו עיי"ש.

בגמ' ההוא דאמר ליה וכו' סטראי נינהו וכו' יעויין בקוב"ש בכתובות [אות שה] שביאר דנחלקו ראשונים בהבנת סוגית הגמ' בכתובות שם מהי טענת המלוה באמרו סטראי, יעויין בר"ן בכתובות [דף מב ע"ב בדפי הרי"ף] שכתב וז"ל ומהא שמעי' שמי שנושה בחבירו שני חובות ופרע לו הלוה סתם אינו יכול לומר שיהיו לפרעון חוב פלוני שמחמתו נתנם לו אדרבה הרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פלוני לקחתי דאי לא תימא הכי כי מהימני למימר סטראי נינהו מאי הוי אכתי יכול הוה אבימי לומר שמחמת אותו חוב שבשטר שלחם והיה להם לחזור שטרו אלא ודאי יד המלוה על העליונה ולא עוד אלא אפילו אמר לו לזה בשעת פרעון הא לך מעות אלו בשביל חוב פלוני ומלוה קבל ושתק יכול מלוה לומר אח"כ שבשביל מלוה על פה או בשביל חוב אחר תפסם **עכ"ל**. **הנה מבואר** שהבין הר"ן שאין הכחשה ביניהם אודות מאורע הפירעון ולכו"ע נתנו הלוה בשביל המלוה שבשטר אלא שהמלוה תופסם בשביל המלוה ע"פ, וממילא הוכיח [מהסוגיא בכתובות שם דמבואר דבמקום מגו נאמן המלוה וכדאיתא נמי כאן בסוף הסוגיא] שהמלוה רשאי לתפוס.

ואולם יעויין ברא"ש בסוגיין שתמה מדוע אין המלוה נאמן בטענת סטראי היכא דלית ליה מגו ומאי שנא סטראי מטענת להד"ם גופא שהוא נאמן בה, **ותירץ הרא"ש** שסטראי טענה גרועה היא שיותר ברצון אדם פורע מלוה בשטר ממה שהוא פורע מלוה ע"פ, וכ"כ הרא"ש גם שם בכתובות. **ולפי' הר"ן** אין מקום כלל לתירוצו של הרא"ש שהרי להר"ן באמת הלוה התכוין לפרוע המלוה בשטר אלא שהמלוה הוא שתפסה עבור המלוה ע"פ. **ומוכרח** שהרא"ש הבין שטענותיהם הם בהכחשת מאורע הפירעון עצמו, שטוען המלוה אתה עצמך נתת לי המעות עבור מלוה בע"פ והלוה טוען לא כי אלא עבור המלוה בשטר נתתם לך ומעולם לא לויתי ממך ע"פ.

ומדברי ראשונים יש ראיות לכאן ולכאן: ראה ברש"י בכתובות שכתב וז"ל סטראי נינהו מצד אחר היינו נושים בו מלוה ע"פ ומחמת אותה מלוה נחזיק בהם. **עכ"ל ולשונו מורה להדיא בהר"ן דלהרא"ש** ה"ל ומחמת אותה מלוה נתנה לנו. **אך יעויין בר"ח כאן** שכתב סטראי נינהו פ' מצד אחר היו לי עליך ופרעת אותי אבל מזה השטר לא פרעתי כלום. **ומשמע כהרא"ש, וכן לשון הרמב"ם** ש'פרעת' בשביל מלוה אחר אך בטוש"ע ש'קיבלתים' בשביל מלוה אחר, [והטוש"ע הביא דברי הר"ן להלכה]

ויעויין בקוב"ש שם שתמה לדעת הרא"ש דמדפי' כה"ג על כרחין דלא מהני תפיסת המלוה וביד הלוה להחליט איזה חוב יפרע במעות הללו. ומדוע לא תועיל תפיסה הרי אפילו מרשות הלוה עצמו יכול המלוה לתפוס.

אכן לכאורה שיטת הרא"ש פשוטה ואדרבה שיטת הר"ן צ"ב, שהרי המלוה לא תפס מרשות הלוה אלא לאחר שהעמיד הלוה מעות הללו לפירעון, והרי פירעון בעל כרחו שמיה פירעון, אלמא אין הפירעון תלוי בזכות ודעת המלוה אלא כל שהעמיד לו הלוה את המעות לפירעון נפטר מחובו והשתא כשהעמיד לו מעות כנגד המלוה בשטר היאך יוכל לתפסם ולהעמיד חוב המלוה שבשטר הרי הלוה פרעו והעמיד לו מעות ומה שהוא נטלם לדבר אחר לא יפקיע העמדת הלוה וצ"ע ודוק.

והרא"ש הקשה מדוע אינו נאמן בסטראי כמו בלהד"ם ותירץ דטענה גרועה היא, והנה להר"ן הרי ליתא לתירוצו של הרא"ש שאין טענת המלוה שהלוה הוא שנתנם לו עבור מלוה ע"פ וכנ"ל, וצ"ב מה יענה על קושית הרא"ש, **אך פשוט דלהר"ן לק"מ**, דבאמת עיקר קושית הרא"ש תמוה מאוד, דהרי טענת להד"ם נאמן בה המלוה כי אין הלוה נאמן לטעון פרוע נגד שטר דשטרך בידי מאי בעי, אבל כשיש מעשה פירעון לפנינו והספק הוא אם יש חוב אחר הרי בזה אין שום ראיה נגד טענת הלוה והוא המוחזק ומדוע יהיה המלוה נאמן.

אך נראה שהרא"ש הקשה לשיטתו דכשטוען הלוה נתתם לך כנגד מלוה שבשטר נשאלנו מדוע השאיר השטר ביד מלוה והרי זה ממש כטענת להד"ם שאינו נאמן בה נגד השטר כך טענת פרעתי זו היא נגד השטר, ולזה תי' הרא"ש דסטראי טענה גרועה.

אבל להר"ן פשוט וברור דטענת סטראי גריעא טובא להוציא בה ממון. **ובאמת קשה להר"ן מ"ט דמ"ד דגבינן בהך** שטרא הרי הפירעון לפנינו והחוב האחר הוא לכל היותר ספק [ואף ספק ממש אינו שאין כאן אלא טענת מלוה] והיאך הוא מוציא ממנו ממון בטענת סטראי **וזה פלא**. **ויש לפרשו** עפ"י הרמב"ן בב"ב [דף לב ע"ב, ויבאו דבריו להלן] שאנו רואים כאן כאילו יש שני נידונים, דקודם יש דין ודברים ביניהם על מעות שקיבל אם רשאי להחזיקם בעד חוב אחר או לא ורק אח"כ דנים על החוב אם נפרע, וכיון שכן המלוה נאמן בטענת סטראי להך מ"ד משום שהוא מוחזק וטענתו טובה וממילא משזכה במעות והן בחזקתו לא איתרע שטרא ודוק.

אך ביותר קשה להר"ן היאך יתכן כלל דלהך מ"ד נאמן לתפוס מעות בטענת סטראי, הרי יסוד מוסד הוא שאין אדם החוטף מחברו בפני עדים נאמן לטעון מאומה וזה דין נסכא דר"א, ואמנם יעויין בקוב"ש שכתב דהכא ליכא לדין נסכא נכי לא שייך חזקה משת"י אדם שלו על טענת חוב, אך גם לדבריו הדין ברור בלא שום ספק ואם אי אתה אומר כן כל החוטף נסכא יהיה נאמן במגו דיכול לומר שתפסם בשביל חובו, וכן הדין מפורש גבי הנהו עיזי דאכלו חושלא [ב"ב דף לו] שאינו נאמן לטעון שתופסם בעבור חוב אלא מכח מגו דלקוח, וכ"ה בדברי כל הראשונים בכתובות דף טז ע"ב על הגמ' שם זמנין דתפסה מאתיים וכו' וזה דין פשוט טובא בכל מקום, והקוב"ש ביאר לדרכו דהטעם משום דאין לו כח לעורר ספק על החוב וממילא אינו נאמן על המעות, **אך באמת ברשב"א מפורש** דגם בזה שייך דין נסכא דר"א, עיין בדבריו בכתובות דף טז ע"ב, ואכ"מ. וכך או כך הדין עצמו ברור.

ולכאורה נראה ברור דלהר"ן דוקא סוגיא דהתם מיירי בטענת תפיסה, וכן הרי משמעות הסוגיא דהתם להדיא שכנתן להם השליח את המעות ביקש את השטר הרי שנתן להם לשם מלוה שבשטר, ובני חוזאי עיכבו המעות עבור מלוה דסטראי ומיאנו ליתן השטר, **אבל בסוגיא דהכא מוכח להדיא** דאינו משום תפיסה, שהרי מבואר בגמ' דבאופן שהלוה לו עבור השוורים ושילם לו ביושבו על השוורים ליכא למ"ד דלא איתרע שטרא, **ואם מהני תפיסה** מה נ"מ כיצד שילם לו הרי ברור שהלוה רצה לשלם עבור השטר ורק המלוה הוא שתפס, ולכן נראה ברור דסוגיא דהכא לא מיירי בתפיסה אלא בטענת סטראי גמורה שטוען שלכתחילה שלח לו הלוה המעות עבור חוב דסטראי.

ובזה ניחא מאוד דדוקא בסוגיין פליגי אי איתרע שטרא, וכן לכמה ראשונים אף למ"ד דאיתרע שטרא גובה בשבועה או עכ"פ לא קרענין לשטרא, אבל התם מחוייבים הבי חוזאי להחזיר השטר ללוה או לקרעו [כמשמעות הסוגיא שם שהשליח תבע מהם השטר והשיבו רבי אבהו דכיון שיש להם מגו אין טענתו טענה אלמא בלא מגו מחזירים השטר ללוה] וגם אין התם חולק אי איתרע שטרא או לא, כי לכו"ע אינו נאמן בטענת תפיסה שאין אדם יכול לתפוס משל חברו לעולם בפני עדים בין בטענת לקוח בין בטענת מלוה.

אך להרא"ש נראה ששתי הסוגיות מיירי בחד גוונא, שם שם בסוגיא פירש הרא"ש להדיא דאין נאמנים בני חוזאי משום דסטראי טענה גרועה שיותר ברצון וכו' וכן כתב שם גם הרא"ש בתוספותיו, **ועיין בריטב"א שם** שפירש דמיירי שפרע לו סתם ולא פירש והמלוה טוען שנפרע על החוב שבע"פ, ופירש הריטב"א בסוגיין דלוה שפורע בסתמא על דעת המלוה הוא פורע שיקח לאיזה חוב שירצה, **וכן יש לפרש גם לדעת הרא"ש**.

אך זה צ"ב דלהדיא משמע התם דהשליח תבע השטר מיד ובני חוזאי לא רצו ליתן לו וכן להלן שם בגמ' דחויבו של השליח ללוה תלוי אם הזהירו הלוה ליקח השטר, הרי משמע להדיא שפרע בפירוש עבור המלוה שבשטר וצ"ע בסוגיא שם בכ"ז. **ועוד קשה דלפיו"ז** צ"ל דדינא דרבי אבהו התם תלוי בפלוגתא אמוראי דהכא, גם קשה כנ"ל דמשמע התם דבליכא מגו מחזירים השטר ללוה והכא הרא"ש עצמו הכריע דאף למ"ד דאיתרע שטרא לא מגבינן ביה ולא מקרענין ליה. **וצ"ע**.