

פרק שבועת הפקדון

דף לו ע"ב

א) רש"י ד"ה בפני "ואח"כ הודה". כתב התו"ט דמה שלא פירש"י דאח"כ באו עדים משום דרבה פוטר בכה"ג דהכופר בממון שיש עליו עדים פטור. אמנם הקשה על הרע"ב שפי' כן דהרי להלכה אתותב רבה וא"כ משכח"ל גם בעדים, ותירץ התו"ט דאם יש עדים צריך לומר דמה שאין לו קרקע דאל"כ הוי שעבוד קרקעות, אבל בהודה אין חייב קרקע. [וצ"ע מאי נ"מ בביאת העדים, הרי צריך לדון איך היה אם לא היו באים עדים והיה מודה במקום לכפור אם הוי הודאה בשעבוד קרקעות, דהרי תביעת התובע היתה שיודה ולא שיביא עדים שהוא חייב ומה בכך שאח"כ באו עדים. ועי' ברש"י וב? שהקשו דבלא הודאה אין קרבן. ועי' תוס' ב"מ ג' ב' ד"ה אשם].

ובמש"כ רש"י דכתיב וכחש בעמיתו כ"ש, מהרש"ל פה דבא לומר שא"צ תביעה [כדאיתא לעי' ל"א א'] ומהרש"א פי' דמדרשא זו ילפינן שא"צ ב"ד. [וברש"י ל"א א' כתב מקור אחר דהא ונשבע על שקר בין בב"ד בין שלא בב"ד משמע] ועי' ברש"י משכ"ב.

ב) וחייב על זדון השבועה. מבואר כריתות ט' א' דילפינן לה תחטא תחטא משבועת העדות.

ואינו חייב על שגגתה גרידתא. כתבו הראשונים דאנוס הוא, והיינו מדין האדם בשבועה. ועי' ברא"ש בשטמ"ק ב"ק ד"ה א' שכתב דמהאדם בשבועה לא פטרינן אלא מקרבן, אבל הפטור מחומש נלדמ קרא דב"ק שם "על גזילו הוא מוסיד חומש ולא על גזל אביו" ומוקמינן לה שהיתה דסקיא של אביו מופקדת ביד אחרים ואל משלם חומש דכי אשתבע בקושטא אשתבע דהא לא הוי ידע.

והחילוק בין קרבן לחומש ראיתי בספר ענפי ארז ב"ק שפירש ע"פ דברי מרן הגר"י שויבאו להלן אות ז' דחייב קרבן על השבועה וחייב חומש על הגזילה ולכן פטורי דשבועה לא פוטרים מחומש. אמנם יעוי' בתוס' כ"ו א' שכתבו דבהאדם בשבועה פטור גם מעונש וגם מקרבן ובאריטב"א מבאר דסברא הוא דמחמת אונס פטור לגמרי. וא"כ צ"ב למה על חומש לא נפטור. וי"ל כמו שנתבאר פרק שבועת העדות אות מ"ב דהגדר דהתורה חייבה בשבועה רק על הדיבור ועל שעת הדיבור ולא על מה שהיה לו להעלות בדעתו, ולגבי חומש רבא על הגזילה ליכא להך גזה"כ.

וי"ל עוד בדעת הרא"ש ע"פ מה שמוכח ברא"ש סוכה פ"ג סי' ל' דגזלן באונס חייב [שכתב דמתנה ע"מ להחזיר ונאנס החפץ הו"ל גזלן למפרע] ולכן סד"א דכאן יהיה חייב אפי' באונס.

ג) ומה חייב על זדונה אשם בכסף שקלים. עיקר ברמב"ן שהעתיק סוגית הגמ' כריתות כ"ב א' המקור לדין זה.

ד) אמר לו תן לי פקדוני וכו'. לעיל ל"ב א' מבואר דאמר לאו דוקא וא"צ תביעה. והובא שם באות נד דעת הר"י מיגש דנהי דא"צ שיתבע בפני מ"מ צריך לכה"פ רץ אחריו. ועי' בתו"ט כאן דנהי דא"צ שיתבע, מ"מ בעינן שהשבועה תהיה דוקא בפני חבירו וכדכתיב וכחש בעמיתו, ומדייק כן מהרמב"ם פ"ז שכתב דבעינן שלוחו, והנה הכס"מ דסגי בשליח בלא הרשאה ושאינו בזה שבועת העדות משבועת הפקדון, אמנם התו"ט נוקט דבעינן הרשאה - שהשבועה תהיה דוקא בפני מורשה ולא בפני שליח סתם.

ובאבי עזרי כתב בדעת הרמב"ם שמה שמצריך שלוחו הוא כדי שתהיה תביעה וכשי' הר"י מיגש דאף בשבועת הפקדון צריך תביעה (אלא דשאני משבועת העדות דהכא סגי ברץ אחריו וכמשנ"ת בפרקין דלעיל דף ל"ב א').

ה) משלם בשת ופגם ע"פ עצמו. מכאן הקשה המ"מ על הרמב"ם (! מחובל ופ"א מטוני"ט) דנזק הוי קנס ואין משלם ע"פ עצמו, ובאו"ש ואבהא"ז מחלקים דבעלמא דאין אדם עומד למכירה התשלום הוא קנס אבל אשה שיכולה למימסר נפשה למנוול ומוכה שחין בתשלום בזה הוי הפגם ממון. (ולגבי בשת כתב הרמב"ם דבזמן שהוא מודה הוי דבשת בגוף הודאתו ומחייב את עצמו, ולכאוי קשה דא"כ למה כשכופר יש ע"ז קרבן והוי עדיין לא נתחייב ואטו חייב ע"ז שלא גרם לעצמו להתחייב, וביאר האבן האזל דהכא גם הבשת הוא ממון מה"ט גופא דכשמוסרת עצמה למנוול ומוכה שחין לוקחת תשלום גם עבור הבושת).

ו) אמר לו עבדו הפלת את שני וכו'. משמע במשנה שהפטור משום דאי מודה מיפטר. וצ"ע דעבד הוקש לקרקע ופטור על שבועתו, א"כ תיפול"ל מה"ט. וכע"ז הקשו תוס' כתובות מ"ב א' ד"ה הפלת על הברייתא דשם, ותירצו דהך ברייתא ס"ל דחייב על עבדים, (ובאחיזר הבין דבריהם דלכו"ע חייב בעבדים והקשה ע"ז מהסוגיא להלן ל"ז ב'), אמנם במשנתנו א"א לתרץ כן דיעוי' להלן ל"ז ב' בגמ' דדנה איך סברה מתניתין בעבדים ע"ש. ובקצוה"ח סי' צ"ה סק"ח הקשה זאת על הרמב"ם שסובר דאין נשבעים על העבדים ובכ"ז כתב דטעם הפטור משום דהוי קנס. ותירץ דהרמב"ם סובר דב"ח לא הוקש לקרקע וא"כ כאן הוי תביעת בן חורין [ועפ"ז תמה מה קושית התוס' בכתובות, ובאחיזר חאבהע"ז סי' ל' מיישב דדעת תוס' דאזלין בתר הכפירה וכיון שלפי טענת כפירתו הוי עבד מקרי כפירת עבד] ויש לדון עוד דהתביעה למ"ד צריך גט שחרור הוא שישחרר, ולא הוי תביעת עבד אלא תביעת שחרור.

והנה בב"ק מ"ק איכא מ"ד דבמודה בלי של עבד נהי דלא משלם קנס ע"פ עצמו מ"מ משלם דמים. ובירושלמי פריך א"כ במשנתנו למה חייב קרבן שבועה על המית שורך את עבדי הרי אם יודה חייב, ותירץ דמיירי במוכה שחין שאין לו שו"פ. [ע"י מנ"ח מ' נ"א שהניח קושיא זו בצ"ע]. אמנם סתימת הרמב"ם ל"מ כן, ותירץ באחיזר דהרמב"ם לשיטתו (פ"ה ה"ב מטוני"ט) דדמי קרקע כקרקע וה"נ רמי עבד כעבד ואין ע"ז קרבן שבועה, משא"כ הקנס ל' של עבד לא מקרי דמי עבד אלא שפיר חשיב כשאר חוב שחייב עליו קרבן שבועה וע"ש בארוכה.

ז) ע"י ברש"ש שהקשה למה לא תנן במתני' דחייב גם חומש. והנה בב"ק ק"ח בעי טען טענת אבד ונשבע וחזר וטט"א מהו ובתוס' כתבו נראה דל"ג ודהודה דאם הודה מיד הוי ברשותו להתחייב באונסין משעה שנשבע לשקר ומה שטען שוב אבד אינו כופר כלום אלא נראה דל"ג אבד. ומיהו תימא מאי קמבעיא ליה לר"פ הא מתניתין (דידן) היא השביעה עליו ה' פעמים חייב על כאו"א.

אמנם הרמב"ם פ"ז הט"ו גורס והודה, ומשה"ק התוס' דהרי חייב באונסין ואין כאן כפירה תירץ האו"ש (פ"ח משבועות) דכופר את גוף השור ומודה רק בדמים (וני"מ שאם יתייקר השור לפי כפירתו השבח שלו) ולכאוי ילה"ע כפי מה יחשבו את החומש. הרי לא כפר בדמי השור.

ובאבי עזרי הביא בשם הגרי"ז והגר"א קוטלר שביארו בדעת הרמב"ם דהוא מיישב קושית התוס' ממתני', והיינו דבמשנה לא מיירי בהודה וחייב אפי' אם לא הודה בינתיים (וכמש"כ הרמב"ם פ"ז ה"ט משבועות) אבל רק חמש אשמות, ואילו חומש חייב רק אחד, ובהט"ו מיירי בשהודה ואז חייב גם חמשה חומשין והחילוק בין חומש לאדם שהחומש בא על ה"גזל" והיינו שע"י השבועה הוי

גזילה, אבל האשם בא על ה"שבועת שקר", ולפי כשלא הודה הן אמנם דחייב על כל שבועה ושבועה אשם, אבל חומש ש"ש לחייבו אלא אחד דאין כאן אלא גזילה אחת, והרי הגזילה שע"י השבועה היא ע"י הכפירה האלימה של השבועה ואם יש כפירה אחת עם כמה שבועות אין כאן אלא גזילה אחת, לכן אינו חייב אלא בהודה בינתיים, דאז כלתה כפירתו הראשונה והוי גזילה חדשה ומתחייב על כל שבועה ושבועה (ועי' לעיל אות ב').

וע"ע בחי' הראב"ד ב"ק ק"ח א' שהקשה למה לא נפטר בט"ג וחזר וט"א משום דיצא ידי בעלים בשבועה הראשונה [וע"ש ברש"י שהקשה זאת והוכיח דבחומש לא נפטר ע"י שיצא ידי בעלים, והוכיח כן ממשנתנו] ותירץ דהתם מיירי באופן שהוכחש בעדים על כפירתו הראשונה ע"ש. וצ"ע מה יענה על משנתנו, ובע"כ דגם הוא מוקים להמשנה רק באשם ולא בחומש משום שיצא ידי בעלים והסברא היא כדברי הגר"י, דסברת "יצא ידי בעלים בשבועה הראשונה" מבאר הראב"ד דהוא משום שתו אין לו להתובע תביעה על הנתבע לברר, שהרי ברר לו בשבועה שהיא הבירור היותר גדול שיכול לברר, וכל שאין תביעה אין חיוב שבועת הפקדון. [לא מבעי לדעת הר"י מיגש אות ד' דבעינן תביעה ממש, אלא אף להחולקים דא"צ תביעה בפועל מ"מ צריך שיהא לו מה לתבוע אם ירצה, וכלשון הגמ' לעיל ל"ד א' שכן תביעה וכפירה] וכ"ז שייך לגבי חומש שהוא חיוב על גזל הממון, אבל אשם שבא על הקרבן חייב אף בלא הודאה.

נמצא לדעת הרמב"ם והראב"ד משנתנו מיירי רק בדין אשם, (בהן כתיב על כאו"א), ויתכן לפ"ז דכל המשנה מיירי רק בחיובים שבאים מדין שבועה, ולא בחיוב חומש הבא משום גזילה [ואשר השבועה רק היכי תימצי לחייבו], לכן לא תנן חומש. ומיושבת קושית הרש"ש.

ח) אמנם רש"י הנ"ל ב"ק ק"ח א' ותוס' שם וכן ברש"י ב"ק ק"ו א' מבארים משנתנו בין על חומש ובין על אשם. ועי"ע בחינוך מצוה קכט שמבואר שהקרבן והחומש שניהם באים על הגזילה, שכתב שם דמה שחייבה תורה חומש ואשם כדי שלא יזלזלו באיסור גזילה ויאמרו דניתק לעשה דהשבה ויגזלו וישלמו, ולכן הצריכה תורה כפרה ללמד תועים בינה. והקשה המנ"ח הרי הקרבן בא על השבועה שאינה בחזרה ואיך מוכיח הקרבן על חומרת עבירת גזל. וצ"ל בישוב קושיתו דהקרבן בא על הגזל והשבועה רק היכי תימצי לגזל.

ובב"מ מ"ח א' מבואר דבעינן יחוד כלי בהלואה ועושק, וע"ש הרמב"ן ושאר ראשונים שנחלקו אם ר"ל דבלי"ז לא חייב אשם, או דרך פטור מהשבת הכלי בעין אבל חייב אשם, ובזכר יצחק סי' י"ג כתב דהנידון משום דחיוב שבועת הפקדון הוא על הגזילה, וחוב י"ל דאינו נגזל דאין דבר בעין שניתן להיגזל, והכופר במלוה אינו גזלן, לכן צריך יחוד כלי, והסוברים דא"צ יחוד כלי סוברים דמלוה נגזלת. [בענין גזילת מלוה, עי' רש"י סנהדרין ב' א' גזילות כופר בפקדון דמשלח בו יד הוי גזלן וכו' אבל לזה לא שילם לא מקרי גזלן דמלוה להוצאה ניתנה, ועי' רש"י גיטין ל"ו ב' "לאמר רבנן דתשטמט ונמצא הלואה גזלן על פיהם". ועי' ירושלמי פ"י ה"א דשביעית מלוה ונעשית כפרנית ולפי גירסת הגר"א מבואר דנעשה גזלן וצריך לשלם עידית, ועי' ח"י ר' שמואל סנהדרין סי' א' בזה] ועי"ע פרק שבועת העדות אות פ"ח משכ"ב.

ויש לעיין דלדברי הגר"י כל מה שצריך יחוד (להסוברים דמיירי לגבי עיקר חיוב שבועת הפקדון) הוא רק לחומש שבא על הגזילה ולא לאשם, ואילו רש"י מפרש דקאי על האשם. אמנם י"ל דרש"י לשיטתו שלא מחלק בין חומש לאשם ועי'.

ובתוס' הרא"ש לעיל ל"ג א' מחלק בין שבועת העדות לשבועת הפקדון לגבי אם יש עדים מזומנים להעיד, דבשבועת העדות פטור דחיובם על ההפסד, אבל בשבועת הפקדון חייב החיוב על השבועת שקר. ולדברי הגרי"ז לכאוי' בחומש יהיה פטור משום דזה בא על הגזל (ועי' אות ב' ראה מהרא"ש בב"ק שמחלק כהגרי"ז).

דף ל"ז ע"א

ט) הזיד בשבועת הפקדון והתרו בו מהו. עי' בראשונים למה לא מבעי ליה בשבועת העדות (ועי' משכ"ב האו"ש פ"א משבועות). ורש"י כתב דמי יודע שהם יודעים לו עדות, ומהרש"א הביא שהאב"ן לב הקשה הא משכ"ל שעדים שיודעים שהללו ראו את העדות מעידין בהם, ותירץ מהרש"א דבכה"ג פטור דיש עדים מזומנים להעיד. [וכה"ג פטור אף למאי דלא קיי"ל כרבה, הואיל ומזומנים לפנינו, וכמש"כ תוס' לעיל ל"ג א']. אמנם הקשה המהרש"א דא"כ גם בשבועת הפקדון לא משכ"ל, דאם המתרים יודעים הוי עדים בפנינו ואם אינם יודעים הוי התראת ספק לרש"י. וסיים המהרש"א דיש ליישב. ובתומים סי' צ"ב סק"א תירץ דמש"כ תוס' דבעינן "עדים קמן" היינו בב"ד, וא"כ בזה חלוק עדות מפקדון דבפקדון אי"צ ב"ד משא"כ בעדות, והדברים צ"ב הרי השבועה אי"צ ב"ד גם בעדות (ורק הכפירה צריכה ב"ד כמש"כ תוס' ל"א ב', ואמנם לפי הרש"ש שם שנויא קמא בתוס' לא ס"ל כן). [וראיתי בקונטרס ישוב הדעת למו"ר הגר"ח ק שליט"א בספר שיח השדה, שכיון לדברי התומים והוסיף דבע"כ העדים המתרים נמצאים גם בשעת הכפירה על השבועה גרידתא אף בלא הכפירה בב"ד עכ"פ במושבע מפי עצמו, והחזו"א חו"מ סי' ו' סק"ב כתב אפי' במושבע מפי אחרים, ע"ש וצ"ע].

י) והתוס' פירשו דבשבועת העדות יכולין לומר שכחתי. וצ"ע למה בשבועת הפקדון אי"א לומר שכחתי, ובתומים סי' צ"ב סק"א כתב דרק בעדות דלא רמי עליה יכול לומר שכחתי, אבל בפקדון של חבירו רמיא ליה למדבר ול"ש ביה שכחה כלל. [ודברי הקצה"ח סי' כ"ח סק"ח אינם שייכים לכאן, דהוא מיירי לענין פסול עדות, אבל לענין מלקות מודה שצריך בירור גמור ודו"ק].

אמנם ראיתי בריטב"א שכתב וז"ל אבל בפקדון שבאו כשהפקיד לו והוא בא לישבע שלא הפקיד לו כלל יכולין הם לומר לו שלא ישבע דבשקרא ודאי משתבע. ולכאוי' משמעות לשונו שהוא צריך לשמוע לעדים ויש לו ידיעה ע"פ דבריהם. [ויל"ע דא"כ גם בשבועת העדות משכ"ל אם נשבע שלא ידע מעולם עדות, ועי' בתוס' לעיל כ"ה כ' וברע"א כרמב"ם פ"א משבועות שמדייק דנחלקו תוס' והר"ן ריש פרק שבוה"ע אם כשנשבעים שלא ידעו מעולם הוי גם שבועת ביטוי וגם שבוה"ע או דהוי רק שבועת העדות, ולשיטת תוס' דהוי רק שבועת העדות קשה כנ"ל].

יא) ובמש"כ התוס' דיכולין לומר שכחנו, בברכת הזבח כריתות י"ב הביא קושית מהו ליב זונץ ז"ל (הוא אבי אמו של התומים שהיה אז יניק וחכים ונעשה אח"כ לאילן רב והאי עיני גולה בתורתו והיה גאון מפורסם ויצא שמו בכל הארץ, כ"כ התומים צ"ב א') דבגמ' בכריתו שם אמרינן דעדים שאמרו לעדים אחרים בשקר נשבעתם על עדות פטורים מקרבן שבועה שיכולים לומר לא להעיד נתכוונו. [ע"ש בשטמ"ק אות ב' בשם תוס' הרא"ש שתמה ע"ז איזה כוונה צריך, ועי' בתו"י שם שמכאן אמר רבי וכן דן הלכה למעשה שעדים ששמעו הדבר מפי מעלי מעשה אך לא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לשום עדות אין בעדותן כלום אם באים אח"כ לפני ב"ד. ועי' בחזו"א (שם) שכתב נראה דכוונתם (של תו"י) באומרים ידענו בנפשנו שאיננו רשאים להעיד דהוי עלינו מילתא דלא

רמיא והטעות מצויה כה"ג] וקשה למה לא אמרו דיכולים לומר שכחנו. [וכמוש"כ קשה על תוס' למה לא אמרו כדהתם, ומיהו אכתי משכח"ל בהוזמנו להעיד, לכן פירשו תוס' דיכולים לומר שכחנו, אבל על הגמ' שם קשה] ועי' משכ"ב התומים (צ"ב א') והקצה"ח (כ"ח ח').

ועי' בחזו"א (ליקוטים סי' כ"ד לדף לז) שהקשו דכיון שהתיר עצמו למלקות (עי' סנהדרין פ"א ב' וברש"י דגם במלקות בעינן דיתיר עצמו למיתה ועי' ברמב"ם פ"ב מסנהדרין ה"ב ובלח"מ, ושם פ"ח ה"ה ובתומים סי' ל"ח כתב דא"צ יתיר למלקות, ותמה עליו בערול"נ סנהדרין ע"א, ועי' באחיעזר ח"ד סי' ע"ז מה שתירץ, ועי' באמרי בינה (פסח סי' י') שמדייק מהרמב"ם פ"ב ה"ב דשבועות שא"צ יתיר במלקות וצ"ע]. א"כ איך יכול לומר שכחתי, ויתיר דיכול לומר להכעיס התרתי עצמי. [ולכאוי"ל דהוי ע"פ עצמו ואין לוקה דאאמע"ר, אך יש לדחות דמיירי שלאחר זמן אמר כן].

והנה התומים סי' ל"ח כתב דבעדים זוממים ל"ש שיתיר עצמו למיתה, דאם מודה שמשקר ואומר ע"מ כן אין מקבלין עדותו, ואם אומר שאמת הוא מעיד אלא שאומר שאם תמצי לומר שהוא משקר מקבל הוא על עצמו ע"מ שימות זה לא מקרי מתיר עצמו למיתה ע"ש. ובאבי עזרי (פ"ב מסנהדרין) הקשה עליו מסוגיין דא"כ לא משכח"ל התראה שאם מודה שמשקר אין כאן כפירה, ואמנם התומים לשיטתו לק"מ דהוא סובר שם דבמלקות א"צ יתיר עצמו למיתה, ובאבי עזרי הוכיח מכאן שגם כשמקבל ע"ע שאם שקר אמר ילקה זה ג"כ מיקרי מתיר עצמו.

יב) ויסוד הספק בסוגיא, יש כאן ג' צדדים, או דלוקה, או מביא קרבן, או תרוייהו. והנה הצד הפשוט דמייתי תרוייהו דמה יפטרנו. וצריך להבין הצדדים האחרים.

ובריטב"א כתב: או דילמא הא והא עבדינא פירוש דלגבי קרבן שהוא לגבוה לא דרשינן ואי אתה מחייבו שתי רשעיות. וע"ע תוס' פסחים כ"ט א' דהמועל בחמץ בפסח פטור לרנבה"ק משום קלב"מ, והקשה ריב"א אמאי פטורין הכא מקרבן מעילה משום דקלב"מ הא אמר בהמצניע המוציא אוכלין בכלי שגג באוכלין והזיד בכלי חייב על האוכלין חטאת ועל הכלי סקילה אלמא קלב"מ לא פטר מקרבן. ויתיר כיון דפטר מקרבן וחומש פטר נמי מקרבן שאין אשם מעילות בא אלא כשיש קרבן וחומש.

ועי' בקה"י סי' כ"ח שביאר בדברי הריטב"א הנ"ל דאין כוונתו דכיון דקרבן לכפרה אתי אינו נפטר ע"י קלב"מ, דא"כ יקשה דנימא קלב"מ איפכא דכיון דמוכרח להביא קרבן יפטר ממלקות דהא א"א לחייבו אלא משום רשעה אחת, אלא בע"כ כוונתו דקרבן לא מקרי כלל "רשעה" כיון דאינו מסור לב"ד ואין בו דין קלב"מ לא לפטור ולא להיפטר.

אולם המחנה לוי הקשה דכמו שכתבו התוס' בפסחים דע"י שנפטר מחומש אין אשם מעילות, כמו"כ נימא כאן דהחומש יפקע ע"י הקלב"מ וממילא יפטר מאשם גזילות. ובקה"י תירץ דהחומש כיון שאינו מעכב לא פוטר מקרבן, והתוס' בפסחים פטרו רק מחמת שפטור מהקרבן, אבל כאן הרי נתחייב בקרבן עוד קודם השבועה ואין ע"ז קלב"מ ושפיר מחייב אשם [ול"ד למקום שאין סיבת חיוב על קרבן, דאז נחלקו תנאי אם חייב אשם, עי' ב"ק ס"ה ב' ובתוס' הרא"ש בשטמ"ק ק"ה א']. ויש להעיר בדבריו דאמנם מדין פקדון נתחייב קודם, אבל הקרבן המיוחד שנתחייב ע"י השבועה כדן גזלן ע"ז יש קלב"מ ודילמא בשלא חייב מדין גזלן אין קרבן. [וראיה שיש חיוב מחודש, עי' ביש"ש פרק הגוזל עצים סי' נ' שע"י השבועה יש לו קנייני גזילה].

ובחי' הר"ן (הישן) שבת צ"ד כתב דהא דליכא שם קלב"מ בשגג באוכלין והזיד בכלי משום דקלב"מ לא אמרינן אלא בגוף אחר כאן שורף גדיש של חבירו, משא"כ כאן שחייב על הכלי ועל האוכלין וכל גוף מחייבו לחוד. והדברים תמוהים דהרי מבואר כתובות ב' באכל תרומה שלו וקרא שיראין של חבריו דיש קלב"מ, וכן בכתובות ל"ה ב' בהכה חבירו וקרע שיראין מבואר דיש קלב"מ אף דהו' ב' גופין, ובדף ל"ח א' מבואר במיתה וממון אף בשני מעשים. [ועי' בדו"ח כתובות ד"ח א' שדן אם יש כדי רשעתו בשני מעשים נפרדים - ול"ד לדף ל"ה דבהדי דמחיה קרע שיראין שהיה במעשה אחד, ובמיתה וממון מבואר להדיא שם בדף ל"ח דפטורין].

ואולי הר"ן דן רק מדין "כדי רשעתו" וסבר דגם מיתה וקרבן שייך ללמוד מכדי רשעתו [וכפשטא דסוגיא במכות י"ג ב' דמייתי על מיתה וממון קרא דכדי רשעתו, אך עי' בריטב"א שם] וס"ל דבזה פטור רק באותו גוף דזה מיקרי שתי רשעיות על אותו דבר ולא בשני גופין דאז הו' תרי חיובין נפרדין, ולפ"ז י"ל דהסוגיא דדף ל' ב' מיירי במיתה ביד"ש שדינה כמיתה וממון שפטורה מדין לא יהיה אסון ושם א"צ גוף אחדף וכן בדף ל"ה ב' י"ל דמיירי לר"ל דיליף רשע ודמי לממון ומיתה [שהרי פטור אף על שוגג] אבל הגמ' בשבת צ"ד לאוקימתא דרב ששת י"ל דס"ל כר' יוחנן דלא הוקש מלקות למיתה ופטורא דכדי רשעתו רק כשמזיד ומשום דאין מענישין בפועל ב' עונשים וזה רק בגוף אחד.

עכ"פ לדברי הר"ן קשיא מסוגין למה אין קלב"מ הרי כאן הו' חד גופא, ואפ"ל עפ"ד המהר"ם בב"ק ד' דאם שני החיובים הו' עונש על אותה עבירה אין קלב"מ. והר"ן מיירי בשני גופין ולכן דן משום קלב"מ אבל כאן ל"ש כלל לדון קלב"מ דאדרבה כאן חייבה תורה שני עונשים על אותה עבירה. [אלא דדברי מהר"ם קשין ממכות ד' ב' ומכות י"ג ב', ועי' במש"כ בשיעורי ר"ש מכות אות ר"י ליישב].

יג) ולכאוי' היה מקום לבאר דהצד שרק לוקה או רק מביא קרבן הוא משום קלב"מ [ובא גופא מסקפ"ל אם כסברות הנ"ל באות י"ב או לא] וכן משמע קצת מלשון הריטב"א שרק להצד דעבדין תרוייהו פי' דאין קלב"מ, אולם זה דוחק ולא נהירא.

וראייתי בחזו"א (חוי"מ סי' ו' סק"ב) שפירש הצד דמביא קרבן משום דהתורה נתקה כאן ממלקות לקרבן. ולענ"ד אולי אפשר לפרש עוד, דעיי' שמביא קרבן מתכפר ושוב אין על מה להלקותו [ואמנם תשובה בעלמא לא מהני בחייבי רשעה המסורה לב"ד, אבל בקרבן היה מקום לומר דיפטר].

והצד דלוקה ואינו מביא קרבן נראה משום דלא חייבה התורה גם עונש וגם כפרה על אותו הדבר ולכן יש רק עונש ולא כפרה, ולשון מהרש"א דלא מצינו דלעביד בה הני תרתי קרבן ומלקות.

והנה בתוס' הקשו משפחה חרופה דלוקה ומביא קרבן, והקשו כן רק על הצד דלוקה ואין מביא קרבן, וצ"ע למה לא הקשו כן על צד קמא דמביא קרבן ואינו לוקה. ונראה ע"ז התירוץ פשוט דשאני התם דגלי קרא, משא"כ כאן או דהוי ניתוק כמש"כ החזו"א או דאחר שנתכפר אין על מה להלקותו. והתם גזה"כ הוא דאין ניתוק ולא כפרה. משא"כ להצד השני דלא יתכן עונש וכפרה כאחד, ע"ז שפיר הקשו הרי משכח"ל עונש וכפרה כאחד וא"כ הכא נמי יהיה כך וכמו שכתב מהרש"א. [ולפ"מ שמסקי התוס' דשם היא לוקה והוא מביא קרבן, עי' במהרש"א שאין להקשות מ"ש התם, דשאני התם דגלי קרא]. ומבואר לפ"ז דהצד דלוקה ולא מביא קרבן והצד דמביא קרבן ואל לוקה, משתי סברות נפרדות הן ודו"ק.

יד) ובתוד"ה מאי, הביא הגירסא בספרי דפריך לא אם אמרת בשבועת העדות שכן אין לוקה ומשלם תאמר בנזיר שלוקה והואיל ולוקה לא יביא קרבן, ובחי' רמב"ן הקשה אדרבה כיון דנזיר חמור דלוקה יביא גם קרבן. ותיריך דסברת הפירכא דלא עבדינן תרתי אלא רק חדא, ואם לוקה לא ישלם. וצ"ע הרי אין כלל פסוק לא בשבועה ולא בנזיר, א"כ אם ילפינן נזיר משבועת הפקדון נימא דגם בנזיר יביא קרבן ולא ילקה. והוא פליאה עצומה.

ולפמשי"כ לעיל נראה דהסברא שקרבן יפטור את המלקות הוא רק משום ניתוק או דכיון דנתכפר שוב אין על מה לתת מלקות, וא"כ בנזיר ל"ש זאת כיון דהקרבן בא כי היכי דתיחול עליה נזירות טהרה, משא"כ להיפך שייך שהמלקות יפטור מהקרבן, דנראה דאין הנידון על הקרבן, דכיון דאתא לטהרה ל"ש כלל לחלק בזה בין שוגג למזיד, וכמו שלא צריך פסוק על טמא מת שיצטרך הזאה אם נטמא באונס, אלא הנידון היה שלא "יסתור נזירותו" בשוגג ובאונס, וזה כעין עונש, וע"ז הנידון דהמלקות יפטור מזה וממילא לא יביא קרבן. [ועצם הסתירה לא פוטרת ממלקות כמו קרבן והסברא ברורה].

טו) והא דלא מבעי ליה בשאר חטאות ובשועת ביטוי, בפשטות לא משכח"ל דאין חטאת באה אלא על שוגג. אמנם בחזו"א (שם) העיד דמשכח"ל בביטוי בשגג בקרבן והזיד בלאו דחייב קרבן, ובכה"ג אם התרו בו יהיה הנידון כדהכא. ותיריך החזו"א דכיון דשגג בקרבן חשיב שוגג ואינו לוקה, ושמעינן מכאן דהזיד בלאו ושגג בכרת לר' יוחנן שבת ס"ט א' דחייב חטאת אף אם התרו בו למלקות פטור דחשיב שוגג, וכן בהזיד בלאו ובכרת ושגג בקרבן למונבז שם וצ"ע, עכ"ד.

וצ"ע דאיתא בירושלמי (פ"ו ה"א דתרומות) א"ר אבהו בשם ר' יוחנן שוגג בחלב מזיד בקרבן מתירין בו ולוקה ומביא קרבן ומבואר דלא כחזו"א, וצ"ע מ"ש הכא דמספק"ל ומ"ש בירושלמי דשם פשיטא ליה דלוקה ומביא קרבן.

והנה הרמב"ם (פ"ז ה"ח) פסק בסוגיין דמביא קרבן ואינו לוקה, וכתב הלח"מ דזה מוכח מהוכחת הגמ' "תאמר בשבועת הפקדון דאינו לוקה" דמפרשינן או דמביא קרבן ואינו לוקה או דאינו לוקה לחודיה אלא גם מביא קרבן, ועכ"פ מוכח שמביא קרבן. ולפ"ז הקושיא למה בירושלמי פשוט שאין הקרבן פוטר את המלקות וכאן מבעיא ליה. ונראה דהטעם שהקרבן יפטור נתבאר לעיל בשם החזו"א דנתקיה רחמנא ממלקות, וא"כ י"ל דכל הניתוק שייך אם באמת חייבתו תורה על המזיד, אבל אם כל החיוב על השוגג לא מצינו ניתוק ממלקות לקרבן. ואין להקשות דלא מצינו שחייבה תורה אלא במזיד בלא התראה ומה מקור מזה למזיד והתראה שיש ניתוק, די"ל עפ"מ שכתב הרמב"ן בסוגיין וז"ל "וכיון דבאתרו ביה ליכא קרבן אפי' לא אתרו ביה נמי חיוב מלקות הוא דאיכא עליה אלא שהוא מחוסר התראה הילכך לא מייתי קרבן" (הרמב"ן מיירי בנזיר שנטמא) ומבואר דגם מזיד בלי התראה מרי מקום חיוב מלקות ודו"ק.

טז) ובעיקר מה שפסק הרמב"ם דחייב קרבן ולא מלקות [והובאו דברי הלח"מ בזה]. ראיתי בר"י מיגש טעם אחר לפסק [ומשמע מלשונו שלא גרס כגירסא דידן ולכן לא היה לו המקור כהלח"מ] וז"ל: וכיון דלא איפשיטא אע"ג דאיכא עדים ואתרו ביה קרבן מייתי מילקא לא לקי דלית לן לאפטורי מקרבן דכתיב בהדיא ולחיוביה מלקות מספיקא, והדברים צ"ב דהרי בין הקרבן ובין המלקות הם ספק ומ"ש דמספק מחייבין ליה בקרבן ופטרינן ממלקות.

ונראה כפמשנ"ת דהפטור של מלקות (להצד דפטור) הוא משום ניתוק. נמצא דאין כלל סיבת חיוב, ולכן מספק פטור, משא"כ הפטור מקרבן (להצד דפטור) הוא משום דלא אשכחן שחייבתו תורה

תרתי ונמצא דיש סיבה לחייבו אלא דבפועל אין נענש בתרתי והוי כודאי חיוב וספק פטור. [ועדיין צ"ב אם באסורים ודאי חיוב וספק פטור חייב, ואי"ז דומה לסוגיא דפסחים ט', וצ"ע].

ולכאוי יש לדון עוד בדעת הרמב"ם עפ"מ שפסק הש"ך בחו"מ סי' שלח דבזה"ז חייבי מלקות חייבים ממון, ובאבי עזרי תמה הרי חייבים הם ורק דאין ב"ד וכ"כ התרוה"כ שם [ולא מסתבר דס"ל כתוסי רי"ד ב"מ צ"א דאם א"א בפועל להעניש מלקות משלם], ולעני"ד י"ל דכיון דלא ילקוהו דאין האידנא ב"ד לא מקרי "יתיר עצמו למלקות" וכ"כ הקוב"ש כתובות אות צ' ובשיעורי ר"ש מכות או תקל"ח. [וצ"ע אם אפשר להעמיס כן בלשון הש"ך] ולפי הנחה זו גם כל בעיא דלא אפשריטא כיון שידוע שבפועל לא ילקוהו לא מקרי "יתיר עצמו למלקות" והוי לעולם כמזיד בלא התראה ודו"ק.

יז) בהוכחות הגמ' עי' בראשונים כמה גירסאות, ועי' בריטב"א מש"כ ע"ד התוס'.

יח) אמר להו (רבה) וכו' כפירת דברים הוא. וביסוד פלוגתת רבה ורב כהנא, הנה בגמ' בע"ב ר' יוחנן אמר הכופר בממון שיש עליו עדין חייב בשטר פטור. אר"פ מ"ט דר"י עדים עבידי דמייתי שטר הא מנח. א"ל רב הונא בריה דר"י שטרא נמי עביד דמירכס. ומשמע דהחולקים על רבה ס"ל דלא הוי כפירת דברים דגם בעדים אין בטחון שמא ימותו וכן בשטר. וכן מבואר ברמב"ם סוף פ"ח: "ואע"פ שכשיבואו העדים יתחייב לשלם ונמצא שלא הועילה לו כפירתו הרי הועילה דעתה ושמא לא יבואו העדים או יבואו ולא תתקיים עדותן או יפסלו ולפיכך חייב".

ובתוס' לעיל ל"ג א' מבואר דגם למאי דלא קי"ל כרבה מ"מ כ"ז כשאין העדים לפנינו אבל אם הם לפנינו פטור, וזה א"ש ע"פ סברא הנ"ל דבכה"ג אין חשש שימותו [ועי' בלח"מ פ"י הט"ו לגבי החשש שלא תתקיים עדותן ויפסלו].

אמנם מדברי הריטב"א והר"י מיגש לא משמע כן, שהם הקשו מ"ש כפירת דברים דרבה [בכופר בממון שיש עליו עדין] דמסקינן דחייב, ומ"ש באומר לויתי ולא לויתי בעדים דהתם קי"ל דפטור. וביארו בזה, ואעתיק לשון הריטב"א: "ומיהו רב כהנא סבר כר' יוחנן דלקמן שהכופר ונשבע בפקדון שיש עליו עדין חייב קרבן וכפירת ממון חשיבא דהא ממון גמור - שאילו הודה בו היה חייב גם בלא עדים - הוא כופר לו, ולא אמרו כפירת דברים אלא בדבר שאפי' הודה בו לא היה חייב, א"נ בשמודה בחיובו וכופר בדבר אחר וכו'. ומבואר דטעם החיוב משום דסו"ס הוא מצידו כפר ואע"ג דכשיבואו עדים ישלם מ"מ כפירה דהות הות. ולפ"ד הריטב"א [וכע"ז הר"י מיגש] אין מקום לחלק כדברי התוס' ל"ג א' בין עדים קמן לליתנייהו קמן, ובאמת הריטב"א דף ל"ג לא תירץ כתוסי' אלא כתב דגם בשבועת העדות תלוי בפלוגתת רבה ורב כהנא וסתם סוגיא דהתם כרבה. [ואמנם היה מקום לחלק דכאן החיוב משום דנעשה גזלן וסו"ס נעשה גזלן ברגע הכפירה, משא"כ בשבועת העדות החיוב משום ההפסד [וכמו שחילק הזכר יצחק סי' י"ד ומיישב בזה קושית תוס' לעיל ל"ג ב'] אמנם הכא בסוגין מיירי לגבי הקרבן, ובזה הובאת פלוגתא דהראשונים אם חיובה משום גזילה או משום שבועת שקר [נתבאר באריכות באות ז'-ח'] ויתכן דלכן לא חילק הריטב"א בזה, דס"ל דלגבי קרבן גם הכא אין החיוב משום גזילה.

יט) וברשב"א לעיל ל"ג א' מחלק באיכא עדים בין שבועת העדות לשבועת הפקדון, דבפקדון שחייב בכיחש כל דהו חייב אפי' דאיכא עדים, [ולשון הרשב"א שם בקושיתו דחייב אפי' בכפירת דברים] משא"כ בשבועת העדות אינו חייב אלא על הפסד הממון וביש עדים אין הפסד, ומשמע כדברי הריטב"א והר"י מיגש.

ובתוס' הרא"ש ל"ג א' כתב דשבועת העדות חיובה על ההפסד ושבועת הפקדון חיובה על השבועת שקר ולכן חייב אפי' דאיכא עדים, ומבואר ג"כ דאין החיוב משום שיתכן שיהיה ממון אלא דחיובו על השקר אפי' דהוי כפירת דברים. וזה ג"כ כריטב"א והר"י מיגש.

אלא דיש להעיר בדברי תוס' הרא"ש עפמ"ש"כ באות ב' דחלוק בזה דין החומש מדין האשם א"כ כל סברת הרא"ש רק לגבי אשם אבל החומש בא משום ההפסד, ויתכן דאה"נ גם למאי דאיתותב רבה היינו לגבי האשם אבל מחומש פטור וכמ"ש"כ באות ח' [ואולי י"ל להיפך דחומש ודאי חייב כיון דגזל רגע אחד עד שבאו העדים, וכל הנידון על האשם שלא תלוי בגזילה האם בעינן הפסד ממון או סגי בשקר על ממון ודו"ק].

ולפ"ד הראשונים דמאן דפליג ארבה ס"ל דסגי בכפירת דברים צ"ל דהגמ' בע"ב לדעת ר' יוחנן היא רק לטעמיה דמאן דמפרש החילוק בין מלוה ע"פ למלוה בשטר משום דעבידי דמייתי, וע"ז הקשו דגם שטר עביד דאירכס, אבל למסקנא חייב אפי' בלאו הני טעמי, וסגי בכפירת דברים [מסוג זה שבעצם כופר ממון רק דיתחייב ע"י העדים].

כ) בקושית רבה מכלל דכי לא אתרר ביה ואיכא עדים מחייב, הביא הרמב"ן קושית הרב אב ב"ד ז"ל דמשכח"ל שהתרו בו עדים שהיו קרובין למפקיד ורחוקים לנפקד וא"כ על החפץ אינם נאמנים אכל על השבועת שקר נאמנים. וכתב הרמב"ן דיתכן שכיון שמונח בעדותם שהפקדון של פלוני לא פלגינן דבורא דבפסול קורבא לא פלגינן אלא אמרינן עדות שבטלה [ורק במעיד על עצמו דאין ע"ז שם עד פלגינן] וזה תלוי בפלוגתת הראשונים במכות ק' א', ז' א'.

ועי' בריטב"א שהביא דעת הסוברים דפלגינן אפי' בקרובים, וכתב עוד דהכא א"צ כלל לפלגינן שאין תכלית עדותם על הממון אלא רק להתרות בו על העבירה ולסלקו מן השבועה, וכ"ש אם ההתראה היתה מחוץ לב"ד ע"ש. וכתב בקושית רבה היתה דמשמע דהבעיא היתה בסתמא ואפי' שיש עדים כשרים ג"כ חייב קרבן וע"ז הקשה רבה.

והגרע"א הקשה דמשכח"ל באופן שהעדים ראו ההפקדה והיו אז פסולי עדות ועתה בזמן השבועה נתרחקו, דלהעיד על הממון הוו פסולי עדות, אבל להעיד על השבועה כתב הגרע"א דנראה לו דא"י תחילתו בפסול, דהגם שמה שאומרים ששיקר בשבועה - ידיעתם ששיקר הוא מכח ידיעת ההפקדה שהיתה בזמן פסלותם - מ"מ עיקר עדותם היא על שבועת השקר שנשבע כשהיו כשרים וזהו "המעשה" שעליו מעידים, ומה שידעתם שהוא שקר מכח ידיעת פסולת אי"ז פוסל את העדות. והניח בצ"ע לדינא אם כה"ג יש תחב"פ.

[והנה בעיקר ספיקו נראה לענ"ד דהיא פלוגתא דקמאי, עי' ברמב"ן במלחמות כתובות ח' ב' בדפי הרי"ף שהמעידים על כת"י עדים ע"פ מה שראו בקטנות אי"ז תחב"פ, ואפי' אם אינם מכירים החתימות אלא ראו בקטנותם שחתם על שטר זה ומעידין בגדלותם אי"ז תחב"פ דעיקר ה"מעשה" הוא על השטר שלפנינו שהוא כשר וזה מעידים בגדלות ומה שהידיעה ע"פ זמן הקטנות אי"ז פוסל, וזה ממש כדברי הגרע"א.

אמנם בחי' הריבט"א כתובות כ"ח א' מבואר דכה"ג הוי תחב"פ ע"ש, ומבואר שספיקו של הגרע"א תליא באשלי רברבי].

והנה בדבר קושית הגרע"א לכאוי' הוא ממש כעין קושית הראשונים, ולהסוברים דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ה"נ כאן כיון שכלול בעדותם הממון תתבטל גם עדות השבועה,

ולהסוברים דכשרחוק לנפקד וקרוב למפקיד העדות כשרה, ה"נ כאן [לפי סברת הגרע"א דכלפי השבועה אין תחב"פ] תהיה עדותן כשרה [משום פלגין, ולדעת הריטב"א אף בלא דין פלגין] ונתרץ כמו שתירץ הריטב"א דלרבה היה משמע ובסתמא מיירי.

ובגליון הש"ס בע"ב הקשה הגרע"א דמשכח"ל בהיו כשרים בשעת פקדון ופסולים בשעת שבועה וחזרו ונתכשרו, ונמצא דבשעת שבועה לא היו עדים והאידנא איכא עדים ואפשר להלקותו ע"פ עדים אחרים שיעידו שנשבע בצירוף העדים של הפקדון דעל ידם נדע שהיה שקר, וכתב הגרע"א דכל קושייתו לדעת תוס' בריש העמוד שא"צ שהמתרים ידעו שיש איסור אבל לדעת רש"י ל"ק דאם עדי הפקדון פסולים בזמן שבועה ל"ש התראה [ועי' ברע"א החדש תשובת הבי"מ של הגרע"א בענין זה] ולדברי הריטב"א ג"ז ל"ק דקושיית רבה היתה משום דהוי משמע לו שאף בסתמא קמיירי ומחייב קרבן.

כא) פרט למודה לאחד מן האחין או לאחד מן השותפין ומוקמינן דאמרי ליה מתרוינן יזפת ואמר להו לא מחד מנייכו יזפי דהו"ל כפירת דברים בעלמא. ולכאוי' צ"ע אטו משום דמודה לשני הוי כפירת דברים והרי מתנה הוא לשני שהודה לו, וכלפי זה שכפר לו הוי כפירה. ובריטב"א כתב שאין כאן כפירת הפסד ממון לגבי תובע כיון דתרוייהו מודו אהדדי דמתרוייהו יזיף. ולאפוקי היכא דשמעון אומר לו ממני ומראובן זה יזפת וראובן אומר ממני לחוד יזף והנתבע ג"כ אומר מראובן יזיפנא דהשתא אע"ג דגבי נתבע ליכא כפירת ממון כיון דלגבי שמעון איכא כפירת ממון מחייב קרבן על כפירתו. ומבואר דכיון דע"י הודאת ראובן יקבל שמעון את חלקו לכן הוי כפירת דברים.

וברשב"א כתב דכיון דשותפין נינהו כל חד וחד כבעל הממון ומינה איכא למשמע דתרי שותפי או תרי אחי דהלוו כ"א כבעל כל הממון ויכול לתבוע כל החוב ואין הלוח יכול לומר לאו בע"ד ידידי את עכ"ל. ומבואר דכיון דבאמת יכול לפרוע כל החוב לאחד מן הדין, ממילא אי"ז כפירה שהרי זהו דינא לשלם לאחד. ויש מקום לומר דלפ"ז אפי' אם ראובן מכחיש ואומר ממני לחוד יזיף ג"כ פטור הואיל ומחזיר כדין שזכות ראובן לתבוע הכל, ודלא כריטב"א, [ואולי הריטב"א הצריך שני תנאים גם שיהא זכות תביעה על הכל וגם שיודה ראובן שישלם אח"כ לשמעון]. ועי' באבי עזרי [פ"ח משבועות] שכתב סברא זו בדעת הרמב"ם - שרק כיון שיכול לתבוע הכל לכן הוי כפירת דברים דאל"כ הוי כמודה לאחד מן השוק - ונתכוון לדעת הרשב"א כאן.

כב) ובירושלמי [הביאווה הראשונים כאן] איתא פרט למכחש באחד מן האחין או באחד מן השותפין, אר"י הוה אמר שנים שלוו מאחד אע"ג דלא כתבן ארבאין ואחראין זל"ז ערבאין ואחראין זל"ז. ומפרש הרמב"ן דהפטור במכחש באחד מן האחין משום דמיירי בשתבע רק אחד, וסובר הירושלמי שא"א לאחד לחוד לתבוע אלא רק שניהם. [הטעם כתב הש"ך סי' ע"ז סקכ"ה שמא לאו שותפין הן. והחזו"א חו"מ סי' כ' הקשה דכאן משמע דידעינן שהם שותפין ולכן מפרש דתלינן שנתנו בתורת שלישות שתהא יד שניהם בממון]. ולכן אין תביעתו תביעה, ופטור. והקשה הרמב"ן הרי א"צ תביעה בשבועת הפקדון [ולדברי הר"י מיגש דף ל"ד דצריך תביעה כל דהו כמשנ"ת בדברינו בדף ל"ב א' מיושב, ומוכח דהרמב"ן חולק על הר"י מיגש] ותירץ דכיון שנשבע שאין לו בידו כלום וזה אמת שכ"ז שלא בא חבירו אינו חייב לו כלום לכן פטור, דלאחד לחוד אין כלום. ומזה למד הירושלמי דה"ה בשני לוין האומדנא שהלוח לשניהם הכל לכן שניהם חייבים. [אמנם הביא הרמב"ן דעות אם זה חיוב מעיקר הדין שכ"א חייב הכל, או כ"א חייב חצי וערב לשני על חצי ואכמ"ל].

אולם הביא הרמב"ן שהרב אב"ד מפרש הירושלמי להיפך, דמזה שמכחש באחד פטור דהוי כפירת דברים ש"מ שחבירו יכול לתבוע כל החוב ולכן הראשון פטור, [ומזה למדים שכ"א יכול לתבוע כל החוב כך בשני לוין כ"א חייב לפרוע כל החוב].

אמנם הקשה הרמב"ן (והובא ברא"ש) דודאי אם אחד מהם יכול לתבוע הכל כיון שקדם זה ותבע נפטר הלה משניהם בשבועה, דכיון שתבעו זה ונשבע הלה לא הפקדת לי אין חבירו יכול לתבוע אלא בחלקו [נראה דה"פ, דודאי מיירי כאן בשותפין, וכחזו"א דלעיל ולא כש"ך, אלא דיש לכ"א זכות תביעה על הכל, ובחלקו של ראשון כיון שהראשון יכול לתבוע גם מחמתו כבר יצא יד"ח הדין וא"צ לדון עמו שוב, דכלפי התביעה של "נפקד" הראשון תבע בשם שניהם אבל בחלקו יכול לבוא מדין "בעלים" ולתבוע חלקו מלבד הזכות בתורת נפקד, ואמנם אין שני הלכות אלו יוצאות מפה אחד, דכאן הביאו הראשונים דין זה בשם הרב אב"ד, והוא בעל האשכול, ובב"ק הוא בחי' הראב"ד בעל ההשגות חתנו של האשכול, ואפי' בחלקו נמי אם תבעו ונתחייב לו שבועה בראשונה אינו חוזר ונשבע ונפטר בראשונה דאמרינן שבועה לאחד שבועה למאה.

וראיתי באבי עזרי [פ"ח משבועות] שביאר כוונת קושית הרמב"ן דאף שזה ודאי שעל חיוב שבועת הפקדון לא בעינן שיהא מחויב שבועה דאפי' כופר הכל ואפי' קפץ ונשבע חייב, וא"כ מה בכך שהשני יכול לתבוע מ"מ גם הוא יכול לתבוע ויש כאן כפירת ממון כלפי השני ואף שאם יתבע השני וישבע יתחייב, מ"מ זה גם בתובע אחד שאם נשבע לו חמש פעמים חייב חמש וכדתנן במתניי.

ותירץ האבי עזרי ע"פ מה שאמר הגר"ז דיסוד החיוב חומש הוא מחמת הגזל ממון שיש כאן, א"כ כיון שהשני יכול ג"כ לתבוע ויתכן שיודע לשני א"כ לא נסתימה הגזילה ואין הכפירה נשלמת עד שיודה לכל מי שיכול לתבוע, שמא יודה לתובע השני עכ"ד.

ונראה דהרמב"ן ג"כ נחית לזה אלא קושיתו דכלפי החצי של התובע הראשון לא חסר כלל תביעה ואין השני יכול לתבוע כיון שהראשון תבע בשם שניהם ומצד דין "נפקד" כבר נסתימה התביעה. והוסיף הרמב"ן דשבועה אינו חייב לשני, ונראה לבאר כוונתו עפ"מ ש"כ בחי' הראב"ד ב"ק ק"ח דאין חיוב חומש אם כבר נשבע קודם כיון דאין לבעלים תביעה עליו [ונתבאר באות ז'] וא"כ גם הכא אין לשני תביעת שבועה שכבר נשבע לראשון ואמנם בדעת הראב"ד י"ל דנהי דאין לשני תביעת שבועה, מ"מ כיון שיכול לתבוע הממון בלא שבועה חסר בכפירה שכפר כ"ז שלא כפר לשני, ואה"נ דגם אם ישבע לשני בזא"ז יהיה פטור דכבר יצא ידי בעלים בשבועה הראשונה כמש"כ הראב"ד בב"ק.

כג) ומדרישא כפירת דברים סיפא נמי כפירת דברים. ואע"פ שגם כופר בממון שיש עליו עדים הוי כפירת דברים [וא"כ מה ההוכחה שהסיפא מיירי באומר לויתי ולא לויתי בעדים, דילמא מיירי בממון שיש עליו עדים דמקרי ג"כ כפירת דברים] מ"מ לא דמי כפירת דברים דממון שיש עליו עדים לכפירת דברים דאחד מן האחין, דלאחד מן האחין סחר בגוף הכפירה [וכמו"כ באומר לא לויתי בעדים אין כאן כפירה] אבל ביש עליו עדים יש כאן כפירה רק דכפירתו לא מהניא ע"י שהעדים יכחשוהו.

דף ל"ז ע"א

כד) תוד"ה פרט, כוונתם דאם אומר פרעתי גם אם יבואו עדים שלוח לא יתחייב וא"כ הוי כפירה גמורה וחייב קרבן שבועה. כ"כ בתוס' הרא"ש [נוצ"ל דכוונתו רק על מלוה בעדים לא על מלוה בשטר].

ומה שהוצרכו תוס' לדין "כאומר לא פרעתי" משום דבלא"ה אם יבואו העדים יכול לטעון פרעתי ואין ברור שיחייבוהו העדים ממון ולא הוי כפירת דברים. [ואף ש"טענתו" לא לויתי תתבטל, מ"מ כיון שלא בטולה "כפירתו" דיכול לכפור מטענה אחרת צא מקרי כפירת דברים ועי' איה"ש].

דף ל"ז ע"ב

כה) שהיו קרובין בנשותיהם. נתבאר בדף ל"ג ע"ש.

ה"נ כדריבנא, עי' בגליון הש"ס, ומבואר שהיה לו צד דהגם שראית ההפקדה וזמן העדות הם בכשרות מ"מ היה צד לומר דכיון דעדותם נ"מ לחייבו על השבועה שהיתה בזמן שהיו קרובים הוי עי"ז פסולי עדות כדין תחב"פ (נראה דהוי"א זו תיתכן רק לדעת הרשב"א ב"ב מ"ג דגדר דין תחב"פ הוא כעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אבל לדעת הרשב"ם ב"ב קכ"ח דהוי גזה"כ "והוא עד או ראה" שיהא עד בשעת ראייה אין מקום לצד זה) ועי"ז הוכיח מסוגין דאין כזה פסול.

כו) בגמ' מדקאמר לוקה בכלל דאיכא עדים וקאמר על שגגתה אשם בכסף שקלים וכו'. ותמוה דיטמא מילי מילי קתני והחויב ע"פ עצמו. וביאר החזו"א (ח"מ סי' ו' סק"ב) דלרבה כשיש עדים אי"ז כלל שבועת הפקדון, וחויב המלקות מדין שבועת ביטוי ומזה ההוכחה דגם כשיש עדים ולוקה מקרי שבועת הפקדון [ועי"ש שביאר לשון הגמ'].

כז) היינו טעמיה דר"י משום דהוה שטר שעבוד קרקעות. והקשו תוס' דא"ה גם בעדים הוי"ל שעבוד קרקעות דהא ס"ל לר"י דשעבודא דאורייתא, ותירצו דמשכח"ל כשמחל. ובתו"ח הקשה דא"כ גם בשטר כה"ג אם מחל השעבוד קרקעות אין זה שעבוד קרקעות ומ"ש מלוה בעדים ממלוה בשטר. ותי' והיה התוס' בב"מ ד' ב' כתבו דאחר שהפקיעו רבנן את השעבוד במלוה ע"פ הוי כאילו מחל השעבוד, ולפ"ז כתב ב"מ ד' דגם כאן יסוד קושית תוס' לא היתה על ר' יוחנן גופיה, דודאי מדרבנן דכבר הפקיעו השעבוד שוב לא הוי שעבוד קרקעות, אלא קושיתם דמדאורייתא לא משכח"ל [ומקרא מפורש דחייב שבועת הפקדון במלוה "בתשומת יד" ושבועת העדות הוקשה לפקדון] ועי"ז תירצו דמדאורייתא משכח"ל במחל [ובדאורייתא באמת אין נ"מ בין מעי"פ למלוה בשטר] ורק אחר התקנה דרבנן יש נ"מ בין מלוה ע"פ למלוה בשטר. *

ובתוס' ב"מ שם הוסיפו דר' יוחנן מיירי שיש לו משעבדי ואין לו בנ"ח דאי אית ליה בנ"ח אפי' יש עליו עדים פטור, ואם אין לו אפי' משועבדים אפי' יש עליו שטר חייב.

והנה מש"כ התוס' דמיירי דאין לו קרקע בנ"ח משמע דאם יש לו קרקע כיון דיכול בפועל לגבות את הקרקע הוי תביעת קרקע, והקשה התרוה"כ [סי' פ"ח] דא"כ למה הקשו תוס' קושייתם רק למי"ד שעבודא דאורייתא והא גם למי"ד שעבודא דרבנן מיניה ידידה יכול לגבות וכמש"כ התוס' ב"ב קע"ה ב', [ובט"ז שם הוכיח מריש התוס' דכל שאין יכול בפועל לגבות מלקוחות לא הוי שעבוד קרקע וכדעת הרמב"ן בסוגיין, ותמה עי"ז התרוה"כ דא"כ למה הוצרכו תוס' לומר דמיירי

שאיין לו קרקע] ותירץ התורה"כ דלתוס' אם הגבית קרקע באה מכח שעבוד אז אפי' שאם ימכור יפקיעו חכמים את השעבוד מ"מ כ"ז שהקרקע ברשותו עדיין היא משועבדת [וצ"ל דדעת תוס' דלא הפקיעו את השעבוד עד שימכור, ונ"מ לדין קדימה מיניה ידידה] ומקרי שבועה על קרקע, אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא הגם שגובה מיניה ידידה מקרקע לא מקרי זאת תביעת קרקע הואיל ואין לו זכות בקרקע, אלא התביעה על גופו של לוח והוא משלם ממאי דאית ליה.

כח] וברמב"ן כאן הקשה דמ"ש מלוח בעדים ממלוח בשטר הא שעבודא דאורייתא ועוד למ"ד שעבודא דאורייתא היכי משכח"ל מוב"מ מתחייב שבועה, והביא בשם הר"י מיגש שכל שאין לו עדים כאן או שאומר שאבד השטר לא מקרי שעבוד קרקעות כיון שאין יכול לגבות בפועל, והרמב"ן מפקפק בזה דכיון דיתכן שיבואו העדים או שימצא השטר ויגבה מן הקרקע מיקרי שעבוד קרקעות. ואחרים מתרצים דמוב"מ מיירי בהלואה בלא עדים או שמתן, והא דבזה"ז אפי' בעדים, תירצו דכיון דרבנן תקנו שלא יגבה ממשעבדי לאו שעבוד קרקעות הוא כלל. והרמב"ן כתבו ע"ז "ואין דברים הללו נכונים כלל" והקשה הרמב"ן מדר"ח קמייטא דאיהו מדינא מחיים ולא מבתר תקנתא, ועוד דהא דשמעתין לא אפריקא דחיוב קרבן דאורייתא הוא. [וצ"ב דאם תירוצם הוא דרבנן הפקיעו השעבוד ע"י הפקר ב"ד א"כ מדאורייתא כבר חייב הוא, וכמש"כ תוס' ב"מ, ואם באמת לא הפקיעו השעבוד ורק מדרבנן הוא דחייבוהו שבועה דדנוהו כאילו פקע השעבוד, עדיין צ"ב דמאי גרע התקנה דרבנן מאין עדים שכיון שבפועל לא גובה לא הוי שעבוד קרקע].

עוד הביא הרמב"ן דיש מחלקים בין שטר שעיקרו בא על הקרקע וכמאן דתפיס להו דמי, משא"כ במלוח ע"פ הגם שהקרקע גם משועבדת מ"מ בשוה גם על המטלטלין, וכתב הרמב"ן דאין טעם זה מחוור. ועי' בחי' רח"ה הלכות שבועות שכתב בשיטה זו, וז"ל "ורק בשטר הוא דחשיב כפירת שע"ק משום דשטר יש בו דין הקנאת שעבוד ע"כ זהו דמשוי ליה גם לעצם החוב שיהא בכלל שע"ק, וגם דהשטר מועיל דאינו נגמר כפירת וגזילת החוב כי אם בצירוף כפירת גזילת השעבוד נכסים שבשטר".

והרמב"ן כתב דהטעם משום שכל מה שאדם טורף מן הלקוחות עיקר שעבודו עליו ועיקר טענתו הוא תובע, וכתב הרמב"ן דהכא מיייר בשאין העדים יודעים אם פרע ולהכי אין גובה מן הלקוחות ולכן מקרי כפירת מטלטלין.

וברא"ש נחלק על כל עיקר הנחת הרמב"ן דאם אין עומד לגבות מן הקרקע לא הוי שעבוד קרקעות, אלא סובר הרא"ש דכיון דשעבודא דאורייתא ואם יודה הלוקח חייב לשלם]כתב בתפארת שמואל דהיינו לדינא דאורייתא, א"נ אם ידע מעיקרא בשעת המקח לא הפקיעו השעבוד ולכאוי' יל"פ בפשיטות דהרא"ש קאי על דברי הרמב"ן באומר התובע שאיבד השטר, ובזה פשוט שאם יודה הלוקח שהיה שטר שחייב לשלם, וכ"מ לשון הרא"ש] א"כ הוי שעבוד קרקעות, וזו דעת התוס' הנ"ל בב"מ שהוכרחו לתרץ דמייירי כשמחל או שאין לו קרקע.

והנה הרא"ש כשהביא דברי הרמב"ן הביא השיטה הראשונה שאף באין העדים כאן או שאבד השטר חייב שבועה, וע"ז נחלק, ובנחל"ד ב"מ ד' כתב דדעה זו סוברת שהטעם דהוי שעבוד קרקע משום שעיקר סמיכת דעתו על הקרקע משום שא"א להבריחה ולכן זה שייך רק כשיש לו אפשרות לגבות בפועל, ובאמת כן מפורש ברמב"ן בהמשך דבריו שהבאנו לעיל "שעיקר שעבודו עליו ועיקר טענתו אותו הוא תובע", רק דהרמב"ן הקשה על שיטה זו משבועת העדות שיש עדים לפנינו וצ"ל

דאחרי שרבנן הפקיעו שוב מדאורייתא חייב [וכמשנ"ת לעיל, וקושית הרמב"ן צ"ב כנ"ל] ועכ"פ גם למסקנת הרמב"ן זהו הטעם דתלוי בסמיכות דעתו.

ודעת הרא"ש ביאר הנחיל"ד שהוא סובר דלמ"ד שעבודא דאורייתא רק הקרקעות משתעבדים ולא המטלטלין [וכ"ה דעת הרמב"ם, אבל הרשב"א קידושין י"ד סובר דגם המטלטלין משתעבדים, ועי' בנחל"ד שהוא פלוגתת רש"י ותוס' סוף ב"ב] והגביה מהמטלטלין היא רק מדין מיניה ידידה, הלכך עיקר התביעה היא על הקרקעות שמשועבדות מכבר, ולכן אין נ"מ אם אבד השטר או לא. ובאופן שהשעבוד בשוה על הקרקע והמטלטלין ס"ל להרא"ש דלא הוי שעבוד קרקע, דמאי חזית למימר דהוי קרקע טפי ממטלטלין.

כט) ויל"ע בסוגין דהתובע אפי' אם יש לו שטר במק"א אין יכול לתבוע כלפי הקרקע שהרי כלפי זה לא תועיל הודאת הנתבע ולא יוכלו לגבות מקרקע גם אחר הודאתו ודמי לקנס שאין ע"ז קרבן שבועה, וא"כ כל הנידון לחייבו שבועה וכל הכפירה רק מצד המיניה ידידה ואמאי מקרי שעבוד קרקעות. אמנם צ"ל פשוט דהכפירה אינה על ה"שעבודים" אלא על "המלוה" והזכות תביעה, וכיון דהמלוה מוגדרת כקרקע פטור אע"פ שכל הנידון לחייבו הוא מחמת המטלטלין דעכ"פ מקרי כפירה בשעבוד קרקע.

ויעו"ע בחי' רח"ה הלכות אישות פט"ז במש"כ לחלק בין שבועת מוב"מ לשבועת הפקדון בדיון כפירת שעבוד קרקעות, דמוב"מ אפשר לתבוע על השעבוד מטלטלין בפנ"ע, אבל בשבועת הפקדון יסוד החיוב על הגזילה של החוב, ואם יודה בקרקע ויכפור רק במטלטלין עדיין לא גזל את החוב, נמצא דהשלמת הגזילה רק בצירוף הקרקע דאין ע"ז חיוב משום דהוי קרקע. ויל"ע לדברי הגרי"ז שהובאו ריש פרקין דאשם חייב אף כשאין גזילה א"כ למה לא יתחייב כאן אשם וי"ל.

ל) דרחמנא אמר מכל ולא הכל. עי' ברמב"ן בביאור שיטת רש"י לשיטת הרמב"ן בזה.

לא) תוד"ה מיעט. הנה התוס' נקטו דאם מזיק פטור [למאן דלא דאין דד"ג] ה"ה אם הגזילה אינה בעין דפטור, דלא עדיף חיוב גזלן מחיוב מזיק [ועד חי' רח"ה פ"ט מגזילה דחיוב אונסין הוא מלתא דמזיק], וכתבו דלגבי חומש שפיר י"ל דמתחייב כיון דאם הוא בעין חייב לאהדרינהו. ויל"ע עם כוונתם רק כשבאמת מחזיר את הבעין ומצטרף החומש לבעין, או גם אם נאנס מ"מ כשם שנתחדש חיוב חומש נתחדש גם חיוב קרן משום השבועה שזה אינו שייך לדיני מזיק, ובתוס' ר"פ מרובה מבואר דרק אם השטר בעין אז חייב. [התוס' שם מיירי לגבי כפל דגנב והכא לגבי חומש דכופר בפקדון].

ובסוף דבריהם הקשו תוס' על חיוב אונסין דגזלן דמיירי שאין החפץ בעין ותירצו דחייב למאן דדאין דינא דגרמי, והתוס' בב"ק דחו תירוץ זה [לגבי כפל] דהא דד"ג הוי רק מדרבנן והכא דרשינן מקראי, וצ"ל דתוס' סברי דהוי דאורייתא [עי' בש"ך סי' שפ"ו סק"א אריכות אם הוי דאורייתא או דרבנן].

והנה הברכ"ש [ב"ק סי' לג] הקשה על התוס' בב"ק דאפי' אי דיינינן דד"ג הרי החיוב הוא על הפסד החוב, וא"כ בשלמא בשורף שטר של חברו אפשר לחייבו מדד"ג על הפסד החוב שבא כתולדה משריפת השטר, אבל בגנב שחייב רק על החפץ שגנב א"כ החוב לא נגנב ומה שייך כאן דד"ג. [ואמנם עי' בתוס' ב"ק ע"א ב' דבחד תירוצא נקטו תוס' דדד"ג ודבר הגורם לממון חד הוא ואפשר לחייב על גזילה מדד"ג].

ובתוס' דידן כתבו א"נ כי פטרינן היינו כי קלינהו באתריהו אבל נטלן ושרפן חייב, והיינו דנהי דפטור מדין מזיק מ"מ חייב מדין גזלן [אם הגביה יש כאן קנין גזילה] וצ"ב הרי אין כאן גזילת המנה.

ובחי' הגר"ח על הש"ס [וכן הביא בשיעורי הגרש"ר ב"ק סי' כ' ששמע מהגרי"ז] מבאר דבשטר יש ב' שווים הא' המנה שבשטר, וזה באמת דבר נפרד מהשטר, ועוד איכא שווי כמה ששוה השטר עצמו להימכר בשוק בתור "ראיה", דגם לראיה יש שווה ומחיר, וא"כ י"ל דשווי זה כלול ומונח בגוף השטר וכשגונב השטר גנב את הראיה וע"ז דנו כאן לחייבו מדין גזלן.

ומה שתלו זאת התוס' בדד"ג [לתירוץ קמא] וכן בשורף שטר הוי פטור אפי' על שווי הראיה למאן דלא דאין דד"ג, וצ"ב הרי זה הפסד בידים ששרף ראיתו של חברו, י"ל דהרי אם ישלם המלוה החוב בלא השטר נמצא שלא יהיה שום הפסד מחמת חסרון הראיה, נמצא דההפסד של גניבת הראיה נשלם בצירוף הפסד החוב אשר הוא דד"ג, ולכן מאן דפטר דד"ג פוטר גם כאן דבלא החיוב של גרמי אין לחייב גם על השטר.

והנה הגרי"ז אמר ליישב בזה קושית תוס' דבגזילה כיון שגזל את הראיה לא איכפת לן במה שיכול הלה לשלם, דרק מזיק שיסודו הוא ההפסד לחברו בזה אמרינן שאם הלה ישלם החוב אי"ז מזיק אבל גזלן שיסוד חיובו מה שנטל מחברו א"כ חייב על גזילת הראיה וע"ז הנידון כאן אפי' למאן דלא דאין דד"ג. והא דנחשב זאת אין גופו ממון [אף שהראיה מונחת בגוף השטר] אמר הגרי"ז בשם הגר"ח כיון שכל שוויות השטר אינו מצד עצמו אלא שע"י אפשר לגבות ממון אחר חשוב זאת אין גופו ממון. וי"ל דזהו הביאור בתירוץ השני של תוס' דידן.

והתוס' בב"ק שסברי דאם אין השטר בעין לא חייב למאן דלא דאין דד"ג, ביאר הגרש"ר [ב"ק סי' כ'] דפלוגתת תוס' דשבועות אם תוס' בב"ק הוא האם החיוב תשלומין דגזלן הוא בגדר מזיק, או דהוא חלק ממצות והשיב, ועי' בחי' הגר"ח על הרמב"ם פ"ט מגזילה שכתב דחיובא דתשלומין בגזלן נלמד מקרא ד"ושלם" [ולא מקרא ד"והשיב" דמזה ילפינן השבת הגזילה בעין] וכתב הגר"ח דהחיוב ממון מזיק ע"ש ראיתו. וכן י"ל בדעת תוס' בב"ק. ואילו התוס' כאן י"ל דילפי לה לחיוב תשלומין ג"כ מוהשיב [וכ"ה בתוס' מכות ט"ז א', וברא"ש ב"ק י"א, וברא"ש ומלחמות ב"מ כ"ו וברש"י בב"ק ד' ב' ד"ה וגזל] וי"ל דהחיוב לא מדין מזיק [ועי' ברא"ש בשטמ"ק בב"ק ק"ד ב' שהחיוב מדין נהנה והוי מלוה שאין כתובה בתורה] ולכן חייב על השטר [ועי' מש"כ הגרש"ר עוד בזה].

[לב] כתבו התוס' בא"נ דהפטור בשורף שטרות היינו כי קלינהו אבל נטלן ושרפן חייב עכ"ל. וכוונתם דלכן בעינן לקרא למעט גזילת שטרות דאילו מדד"ג לא היה פטור בגזילה, ומשו"ה בעינן מעוטא לפוטרו. ולפ"ז להלכה בתר המיעוט הרי הוא פטור גם בגזילה. אמנם בפסקי תוס' מבואר להלכה דחייב בהגביה וגזל, וכ"ה ביש"ש פרק הגוזל סי' י"ט, ותמה הש"ך סי' שפ"ו סק"י"ג הרי אחר המיעוט ודאי דפטור.

ובשער משפט מיישב ע"פ המבואר בב"ק קט"ז דגם בגזול קרקע אם מחמת הגזילה נאנס חייב באונסין [כגון בנטלה מסיקין מחמתו] וע"ש בשטמ"ק דעות אם הוי קנסא דרבנן, או חיוב גמור דגם בגזילת קרקע יש חיוב באונס הבא מחמתו [ואכמ"ל בביאור זה] וא"כ הה"נ בשטר ששרפו הרי אבדו בידים מחמת ועי' הגזילה וודאי חייב. [ובדעת הש"ך י"ל דגדר הקנס להחשיבו כמזיק, וא"כ הרי מזיק שטר פטור למאן דלא דאין דד"ג].

ועכ"פ לפי החיוב אונסין הוא רק בנגרם ההיזק מחמת הגזילה אבל אם אין איבוד השטר מחמת הגזילה באמת פטור והיינו הא דממעטינן מקרא שטרות.

לג] תוד"ה מתניתין, משום דין שבעת הדיינים לדין שבועת הפקדון וכבר תמהו אחרונים דבשבעת הדיינים היסוד הוא "שאין מחייבים" שבועה על טענת קרקע, אבל כאן הרי מיירי בקפץ ונשבע ומנין שאם נשבע על קרקע אין חיוב. וכע"ז יש להקשות על רש"י ד"ה משום דהוה שמשוה הדינים [ועי' רש"י ורא"מ הורויץ ובשו"ת שמחת יו"ט סי' לז] והנה לשון רש"י ב"ק ק"ה א' "לפי שאין משלמין חומש על כפירת שעבוד קרקעות דחומש אמאי קאתי אשבועתא לאו שבועתא היא דקי"ל שבועות (דף מ"ב) אין נשבעין על הקרקעות" עכ"ל, ומבואר דשבועה על קרקע "לאו שבועתא היא" והיינו דאין המיעוט דקרקע לא "מחייבת" שבועה, אלא דאי"ז כלל שבועת ממון והוי כשבועת ביטוי ולפי"ז א"ש. ברם צ"ע הרי מצינו שבועה על קרקע בגלגול ואם נימא דעי' הגלגול חל ע"ז תורת שבועה א"כ בכה"ג שנשבע לשקר בגלגול שבועת הפקדון יהיה חייב חומש ואשם וזו לא שמענו ועי' מה שהאריך בזה האו"ש פ"ח מגזילה.

לד] בהא דדרשינן מכלל ופכט וכלל דאין חיוב אלא על דבר המטלטל וגופו ממון, הקשה הראב"ד בפירושו לתו"כ, דבתו"כ סוף ויקרא דריש מקרא אחרינא "וכחש פרט לאומר לחברו אכלתי היום ולא אכל, הלכתי לעיר פלונית והוא לא הלך ת"ל כי תחטא וכחש, לא אמרתי אלא כחש שקדמו חטא יצא כחש שלא קדמו חטא" וקשה מדוע בעינן תרי קרא. ותירץ באבי עזרי (פ"ד ה"ט) דבעינן חד קרא לחומש וחד לאשם, דהכלל ופרט וכלל מלמד על החומש והקרא דתו"כ מיירי על האשם. והנה באות ב' הובא כע"ז מתוס' הרא"ש ב"ק דבדין חד קרא לחומש וחד לאשם, אולם נראה דעדיין אי"ז סתירה לראב"ד, דהרא"ש מיירי מקרא דהאדם בשבועה שנאמר בשבועת ביטוי ומזה ילפינן על שבועת הפקדון, וא"כ א"א למילף מזה אלא על קרבן שישנו בביטוי, משא"כ חומש ליכא בביטוי. אבל הכא הכלל ופרט וכלל בהך פרשתא דשבועת הפקדון כתיב, וא"כ נקט הראב"ד דילפינן מינה על כל דיני הפרשה בין חומש ובין אשם. [וכן מוכח לפ"מ שהוכחנו באות ז' מדברי הראב"ד שגם הוא מחלק בין חומש לאשם ומ"מ נוקט כאן דסגי בחד קרא ובעי"כ כמשנ"ת.

דף ל"ח ע"א

לה) ר"א אומר לא לך ולא לך ולא לך שבועה חייב על כאו"א, ובמשנה הלשון ר"א אומר עד שיאמר שבועה באחרונה, וע"ש ברש"י שסגי בשבועה בסוף, אמנם הרמב"ן סובר שצריך שבועה בתחילה ובסוף, וגורם כאן כדברי ר"א לא לך ולא לך שבועה [היינו רק ב' פעמים לא לך] וזה קאי על סוף דברי ר"מ ור"י שאומר שבועה בתחילה וע"ז הוסיף ר"א שצריך שבועה גם בסוף.

לן] בפלוגתא דר"מ ור"י אליבא דשמואל פי' הרמב"ן דבלאו אי"ו סובר ר"מ דהוי פרטא וקיימא שבועה על כאו"א, דר"י סובר דהוי כללא דאי הוי פרט לא תחול השבועה אלא אקמא שהרי לא פירש שבועה על בתרא, ובאמר וא"ו פליגי בזה דלר"מ הוא"ו מושך את הלא לך הראשון והוי כלל, ור"י סובר דהוא"ו מושך את השבועה והוי כאומר בועה על כאו"א.

לז] מאי אפילו אפילו חיטה בכלל חיטין וכו'. ופרש"י אם טענו חיטה הוי כטוענו חטים. ופירש הריטב"א דהק' שאם תבע ראובן לחבירו תן לי חטה ושעורה וכוסמת שיש לי בידך והלה אומר שבועה שאין לך בידי חטין ושעורין וכוסמין לא אמרינן שלא יהא חייב כלל לפי שבאמת נשבע לו

כי הוא תובעו חטה אחת או שעורה אחת וזה נשבע שאין בידו שתים הא אחת חייב לו, שזה אינו כי הוא תובעו חטה כתובעו חטין. וקמ"ל דכך הוא לשון בני"א.

וצ"ב היכי מיירי, אם האמת שחייב לו רק חטה א"כ גם אם התובע התכוון לחטים אמאי חייב הרי באמת נשבע והתובע שיקר בתביעתו חטין. ואם האמת שחייב חטין אפי' כי טענו הלה חטה מאי הוי, והרי א"צ תביעה בשבועת הפקדון וכדאיתא לעיל ל"ב א' וא"כ יתחייב בקרבן שבועה מצד כפירתו, ובשלמא לדעת הר"י מיגש [אות ד'] דצריך תביעה גם בשבועת הפקדון [ונתבאר באות נד בפרק שבועת העדות דהיינו דב"ז לא הוי "כפירה" דיתכן דאין התובע מעוניין בכסף, ומ"מ א"צ תביעה ממש אלא סגי ברץ אחריו] א"כ א"ש. אבל מדברי הריטב"א בע"ב מוכח שאינו מפרש כר"י מיגש. ובסמוך יתבאר ע"ז תירוץ [אות לט].

והר"י מיגש מפרש [והובאו דבריו בראשונים] שאם תבע את חברו חטין ושעורין וכוסמין והלה נשבע שאינו חייב חטה ושעורה וכוסמת חייב על כאו"א, דסד"א דלא מחמת כוונת פרטי פרטן הנשבע אלא לדקדק לו שבועתו שאפי' חטה אחת ושעורה אחת אין לו בידו, קמ"ל דזה אינו שאין הפרש בין שיאמר חטה אין לך בידי או חטין שהכל לשון רבים הלכך לפרטי נתכוון.

ובתוי"ט פ"י דאם חטה משמע רק חטה אחת פטור משום דמיירי שאין בחטה שו"פ [ומיירי כשכפר ונשבע לשקר בלשון "חטה"] וקמ"ל דחייב דחיטה הכוונה לחיטין ויש בהן שו"פ. וכתב התוי"ט דמכאן מקור חיוב שבועת הפקדון על פחות משו"פ ותמה על הכס"מ [ספ"ז משבועות] שהביא מקור שאין חיוב בפחות משו"פ מר"ק, ולמה לא מייתי ממשנתנו, אמנם פשוט שע"פ פירושי הראשונים כאן אין מקור ממשנתנו לדין שו"פ, וצ"ע על התוי"ט שלא חש לפירוש הראשונים כאן.

[לח] הנה לר' יוחנן אין הכרח לומר בר"מ כפירושו של רב אחא בריה דרב איקא, דאפשר לפרש דר"מ בא לומר דחייב גם בלא וא"ו ורק לשמואל צריך לפרש דחטה מן חטין, אמנם ע"י בתוי"ט דמ"מ להאמת כולם מודים לפירושו של ר' אחא בריה דרב איקא.

עוד מבואר ברע"ב דרבנן פליגי וסברי דחטה לשון יחיד משמע, וצ"ע דמדברי הראשונים לא משמע כן שהקשו מאי קמ"ל ר"מ הרי מקרא מלא הוא והחטה והכוסמת לא נוכו [ותירצו דהרכא מיירי גבי לשון בני"א] ואילו רבנן היו חולקים ע"ז אין זה פשיטא.

דף לח ע"ב

לט] לדברי ר"ש קנס הוא תובע ולא בושט ופגם. והקשו הראשונים הא בשבועת הפקדון לא בעינן תביעה. ותירץ הרמב"ן דמסתמא אין הלה כופר אלא במה שתובעו חבירו בלבד. וכתב החזו"א (סי' כד) דלכאוי' צ"ב הרי בשבועתו נכלל שלא היה כלל המעשה וא"כ כופר גם הבושט ופגם, וביאר החזו"א דלענין שבועת הפקדון בעינן כוונת כפירת ממון ואותו הממון שלא כיון עליו אינו בכלל שבועת הפקדון. והביאור בזה דשבועת הפקדון היינו גזל וכמשנ"ת בריש פרקין דע"י השבועה גזל את הממון ומשו"ה על מה שאין כוונתו לגזול ורק נכלל ממילא בשבועתו נהי שיש כאן ש/בועת שקר מ"מ גזל אין כאן. [וצ"ב דא"כ למה לא יתחייב אשם אם נימא דלאשם א"צ גזילה].

ולשיטת הר"י מיגש דבעינן תביעה לשבועת הפקדון (כמשנ"ת באות ב') א"ש סוגין בפשיטות דאין כאן תביעה על הבושט ופגם (כ"כ באבי עזרי) ומדברי הראשונים שהקשו מוכח דנחלקו על הר"י מיגש.

ולעיל אות לו הקשינו על הריטב"א מאי איכפת לן שבתביעה טען חטה הרי הלה כפר בחיטים, ואולי יל"פ על דרכו של הריטב"א כאן, דכיון דרצה רק לסלק תביעת התובע ענה לו "חטים איני חייב" שלא ע"מ לכפור בחטין אלא בשביל שלא יתבענו חטה, ועל החיטה עצמה לא שיקר בשבועה שהרי התכוון לומר לא חטים אלא חטה ומשוי"ה פטור.

(מ) ורבנן סברי לא שביק מידי וכו'. עי' בריטב"א שבתחילה כתב שתובע רק את הממון ובסוף מסיק דתובע גם את הקנס.

ובחזו"א (סי' כד) דן דלפ"ז חייב גם בקרבן ביטוי על הקנס [ונמצא מתחייב חומש ואשם וחטאת עולה ויורד] דהא בקנס ובקרקע חייב משום בטוי כמש"כ הרמב"ם (פ"ז הלכה ב' ג') ואם הזיד על העולה ויורד לוקה משום בטוי ומביא אשם וחומש. ושוב מצדד דכיון ד"השקר" הוא אחד אף שיש בו גם נ"מ לקנס מ"מ אחר שעל השקר חייב חומש ואשם שוב א"א לחייבו שתים על שקר אחר שהרי כבר נענש על אותו השקר. [ול"ד למש"כ הר"ן ר"פ שבועת העדות דארכביה אתרי רבשי בנשבע שלא ידעתי עדות, דשם יש ב' שקרים שאינו יודע היום ושלא ידע קודם, אבל כאן יש שקר אחד עם שתי תוצאות].

ובמש"כ החזו"א דזה תלוי בסברות הריטב"א לא הבנתי דהרי כל החסרון כשאין תביעה הוא משום שאין כוונתו לגזול וזה חסרון רק בשבועת הפקדון ולא בשבועת בטוי, וכמו"כ צ"ע לצד הראשון של החזו"א למה לא חייב תמיד משום "ספור" השקר קרבן בטוי ובע"כ דכבר נענש הל השקר, א"כ מה בכך שיש נ"מ אחרת לקנס אטו בטוי בא על הנ"מ הרי בא על השקר.