הַגִּישׁוּ עֲצֶמוֹתֵיכֶם

מהלכות טוען ונטען

מאת
רפאל שטרן
על פי לימוד משותף בבית ועד לתורה גבעת שמואל

בית ועד לתורה - גבעת שמואל
תמוז תשע״א

הזכויות שמורות
--לא מיועד למכירה--

לעילוי נשמות

אמו״ר הרב משה ב״ר אשר ישעי׳ה וחוה לאה
שטרן ז״ל
נלב״ע י״א טבת תשע״א

אמו״ר נחמה שטרן (בת ר׳ בן ציון ורחל יהודה)
נבל״ע כ׳ סיון תשע״א

ת.נ.צ.ב.ה

בס״ד

הגישו עצומותיכם – טענות בריאות וחזקות שלכם (רש״י, ישעיהו מא, כא)

הלכות ׳טוען ונטען׳ (תובע ונתבע שכל אחד מהם ׳טוען׳ טענות כנגד חבירו כמו מִטען שעל גבי הבהמה [ספר התשבי ערך ׳טען׳]. וע״פ רש״י בירמיהו יד יט, ׳טען׳ הוא לשון דקירה, ונמצא שטוען ונטען הינם כשני בעלי מלחמה הדוקרים זה את זה [ועיין בראשית מה יז ובמפרשים שם]. וכן יש לפרש מלשון הטעיה, שבעלי הדין מטעים זה את זה - עיין מחברת מנחם ערך ׳טע׳. ולשון נטען משמשת גם כביטוי לחשוד על הדבר [משנה יבמות ב׳, ח׳, ועיין משנה אבות א׳ ח׳]) עוסקות בבירור טענות הצדדים בבואם להתדיין זה כנגד זה. כדי להכריע בין טענותיהם של בעלי הדינים (כאשר אין לאחד הצדדים עדים המוכיחים את טענתו), קיימים כללים והלכות שחלקם דין תורה (כגון שבועת מודה במקצת) וחלקם תקנת חכמים (כגון, שבועת היסת בכופר הכל). בנוסף, יש לברר מה מותר ומה אסור לטעון בבית דין והאם אדם יכול לטעון טענות שקר כדי שטענותיו יתקבלו בבית דין כאשר טענת האמת שבפיו אינה יכולה להתקבל בבית דין וכו׳ - על ענינים אלו ואחרים החיבור שלפנינו.

* * *

בית ועד לתורה בגבעת שמואל שם לעצמו מטרה לעורר ולחדד את העיון והישום של הלכות הנוגעות לחיי המסחר והכלכלה. לשם כך מתקיים לימוד בחבורה מידי יום ששי ולאחריו שיעור לליבון הלימוד.

תודתנו נתונה לגבאי ומתפללי בית הכנסת רמת הדקלים בגבעת שמואל, ובראשם ר׳ ישראל פרידר אשר מאפשרים את הלימוד מתוך מאור פנים. ולקהל הלומדים ולנשותיהן המאפשרות לבעליהן לבוא ולעסוק בתורה, ונזכה יחדיו לשנים רבות של ״ללמוד וללמד לשמור ולעשות״.

אלון וולקן
רפאל שטרן

תוכן עניינים מקוצר (תוכן מפורט בסוף)

כופר הכל (להד"ם) בהלואה 6
כופר הכל בפקדון (להד"ם, טענת גניבה) 16
כופר הכל בנזיקין / טענת פטור בנזיקין – על מי חובת הראיה 33
טענת 'פרעתי' בהלואה ובנזיקין 51
השהיית שטר פרוע בתוך ביתו 58
טענת פרעתי כאשר המלוה מחזיק בשטר ההלואה 71
טענת 'החזרתי פקדון' כששטר ההפקדה ביד המפקיד 78
גזל בעדים וטוען שהשיב 90
מודה במקצת בהלואה ובפקדון 100
שבועת היסת בכופר הכל 113
שבועת היסת בטענת ספק / מהותה של שבועת היסת 124
מקום השבועה / האם חובת שבועה היא דוקא בית דין 138
שבועה ביום הכניסה בפני י' ובבהכנ"ס/ המנהג כיום ותקנת הגאונים ביחס לשבועה 151
האם יש מצוה להישבע שבועת אמת בבית דין 165
האם מוטל על אדם להימנע מלהישבע שבועת אמת 178
תובע המערים / נתבע שאינו נשבע שבועת אמת 190
תובע שיש עד אחד לטובתו 207
תגובת נתבע לעדות עד אחד / האם מותר לדיין להודיע לנתבע שעד אחד אינו מחייבו ממון 221
עד המסייע לנתבע 231
טענת שמא של התובע ועד אחד מעיד לטובתו 240
טענות שאינן אמיתיות - שינוי סכום התביעה 251
האם מותר לטעון טענות שאינן אמיתיות 266
זיוף ראיות כדי להוכיח טענות אמיתיות 279
שינוי בטענות ובתביעות כדי להגיע לידי פשרה (ופשרה טובה) 285
ברר דבריך 296
חובת גילוי תביעות וטענות לפני הדיון 315
כתיבת ומסירת הטענות (שנאמרו בב"ד) והשטרות לצד שכנגדו 331
כפיית אדם למסור ראיות לטובת חבירו (העלמת ראיות) 347
אדם שיש לו ראיה לטובתו ואינו רוצה לגלותה 366

בעל דין שאמר שיש לו ראיות (יותר מהנדרש) ולא הביאם 375
הודאה שלא ממין הטענה האם פוטרת משבועת מודה במקצת 386
הודאה שלא ממין הטענה / פטור אף מדמי השעורים 393
הודאה ממין הטענה – מה היא 407
סכום הכסף המחייב שבועת מודה במקצת – הפער בין התובע לנתבע 419
הודאה בפרוטה ושווי הפרוטה 427
שינוי ערך מטבע האם משפיע על שיעורי תורה 435
דברים שאין נשבעין עליהם – קרקעות, עבדים ושטרות 448
שבועה בדבר שאינו במידה ובמנין ובמשקל 454
טענת הילך 463
הערמה להיפטר משבועה באמצעות הילך / הודאה שלא ממין הטענה / הודאה שלא במידה 477
הפה שאסר הוא הפה שהתיר / מיגו 485
"הפה שאסר..." בעדים, באדם על עצמו / תוך כדי דיבור 500
כח המיגו / מיגו למי שלא חשב לטעון טענה חילופית 516
האם מיגו מועיל לאדם שמנצל את דין מיגו כדי לעורר אמינות / כוחו של מיגו (אמת, נראה כאמת,
רוב, היכולת לטעון) 530
כוחו של המיגו בירור האמת או כח הטענה/כח המוחזקות 540
מיגו בבדמי / מיגו כשסבור שאומר אמת 548
ברי ושמא 555
ברי ושמא – שומר שאינו יודע האם פשע או לא 566
ברי ושמא – טוב וגרוע 581

כּוֹפֵר הַכֹּל (לְהד"ם) בְּהַלְוָאָה

הקדמה / הגדרת המקרה

א. תובע טוען שהלוה לחבירו[1] והנתבע כופר הכל[2] ואומר לא היו דברים מעולם. לשני הצדדים אין ראיה לדבריהם (לא עדים, לא שטר וכדו').

לטובתו של הנתבע עומדת החזקה "אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו"[3], שפירושה שאילו היה חייב לאדם זה, לא היה מעיז לומר לו בעזות מצח שלא היו דברים מעולם. ואילו לטובתו של התובע עומדת החזקה "אין אדם תובע אלא אם כן יש לו", שפירושה שאדם אינו מזמין את חבירו לדין אא"כ יש לו עילה לתובעו[4], ויש מקום לדון חזקתו של מי גוברת (עיין שבועות דף מ: - ולקמן עמ' 114).

לטובת הנתבע עומד גם הכלל של "המוציא מחבירו עליו הראיה"[5] (עיין ב"ק מו: במקורו של כלל זה[6])[7] שמלמד שאין להוציא ממון ללא ראיה מצידו של התובע. ועל פי דין תורה 'כופר הכל' פטור ואינו מחוייב שבועה לאמת את טענתו. ובפשטות, כיון שלשני הצדדים יש חזקות (כנ"ל) ואין הכרעה בין החזקות, לא יוכל התובע להוציא ממון מהנתבע, כיון שהמוציא מחבירו עליו הראיה. ואפילו

---

[1] לקמן נדון בכופר הכל בהלואה, ובעמ' 12 ואילך נדון בדין כופר הכל בפקדון. ויש לדון גם בכופר הכל בנזיקין, לקמן עמ' 29.

[2] הלשון "כופר" אין בה משום הבעת דעה על טענתו של הנתבע, אלא היא ביאור של דבריו ואין להסיק שהלשון "כופר" מעוררת מחשבה שמא טענתו אינה נכונה.

[3] אמנם, חזקה זו תקפה רק במקרה בו הנתבע עומד מול התובע, אבל אם מול הנתבע עומד בנו של המלוה, יכול המלוה להעיז פניו כנגדו, וממילא לטענת הנתבע שלא היו דברים מעולם אין סיוע מכח חזקה זו, עיין לקמן במחלוקת רש"י ותוס' בהערה 28.

[4] יש לעיין האם החזקות הללו תקפות רק בבית דין או גם שני אנשים שמתווכחים ביניהם ורוצים להכריע על פי דין בלא שיזדקקו לבית דין, ג"כ יש להם חזקות אלו (כגון, האם החזקה שאין אדם מעיז בפני בע"ח כוחה רק במעמד בית דין ולא מחוץ לבית דין). ועיין עמ' 52.

[5] וכן יש מקום להוסיף את הכלל "חזקה כל דבר שתחת יד אדם שלו הוא". אמנם יש הסוברים שיסוד חזקה הוא הוא בכלל של המע"ה, עיין א"ת בתחילת ערך "חזקת מטלטלים".

[6] ועי"ש בדף מו. בשיטתו של סומכוס.

[7]

אם ננקוט שהחזקה של התובע (״אין אדם תובע אא״כ יש לו״) תוקפה גדול מחזקתו של הנתבע (״אין אדם מעיז פניו בפני בעל חוב״), אין בכוחו של התובע להוציא ממון על פי חזקה זו, כיון שאי אפשר להוציא ממון ללא ראיה, שהרי המוציא מחבירו עליו הראיה[8].

<u>כופר הכל מנלן דפטור</u>

ב. מודה במקצת חייב שבועה מן התורה ואם לא ישבע יתחייב לשלם (גמ׳ ב״ק דף קו:, עיין לקמן בעמ׳ 100 ואילך). אבל בכופר הכל לא מצאנו שתורה חייבה אותו להישבע לאמת את דבריו.

אמנם תוס׳ בב״מ דף ג. ד״ה ״מפני״ הקשה:

ואם תאמר כופר הכל מנלן דפטור[9]...

יש לעיין מה הוא הבסיס לשאלת תוס׳:

- אחר שתורה גילתה שקיים חיוב שבועה במודה במקצת, נסיק מכך שבכל ויכוח בין תובע לנתבע חייב הנתבע להישבע כדי לפטור עצמו מתשלום.
- קיימת סברא סברא בסיסית האומרת שיש לחייב כופר הכל בשבועה (אפילו אם תורה לא היתה מגלה חיוב שבועה במודה במקצת).

לקמן (אות ג׳) נדון בעיקר דין שבועה של תורה, ולאחר מכן ננסה לישב את שאלתנו (אות ד׳).

ג. בשלשה מקרים חייבה תורה חיוב שבועה כדי להכריע בתביעות שבין שני

[8] ושמא, אפילו אם לנתבע לא תהיה חזקה כלל, לא יוכל התובע להוציא מהנתבע כיון שאין לו ראיה להוכחת דבריו.
[9] מנלן שפטור משבועה.

צדדים[10]:

- מודה במקצת (שמות כ״ב, ח׳, ב״ק דף קו:).
- שבועה כנגד עד אחד שמעיד לטובת התובע (דברים י״ט, ט״ו, שבועות דף מ.).
- שבועת השומרים (שמות כ״ב, שבועות דף לו:)[11].

[12]אם התורה לא היתה מטילה חובת שבועה במקרים אלו, מסתבר שבית דין לא היו מנסים לברר את האמת באמצעות שבועה, כיון ששבועה היא טענת צד אחד בלבד ואין הוכחה ששבועתו אמת, והצד שכנגד יכול לטעון שאין הוא מאמין לשבועתו של חבירו. אמנם, במקרים הנ״ל תורה חידשה ששבועה תברר בין הצדדים.

אילו תורה לא היתה מטילה חובת שבועה במקרים הנ״ל, יש לעיין האם הנתבע היה פטור או היתה עליו חובה לשלם לתובע.

בפשטות, גם אם היה מקום להסתפק מה דינו של שומר (שמא נחייבו לשלם שהרי מודה שקיבל חפץ לשמור וחובתו לשמור ועתה הוא לא משיב את החפץ בטענת אונס וכדו׳[13]) או במקרה של עד אחד (שמא נחייבו לשלם שהרי עד אחד מעיד נגדו), במקרה של מודה במקצת מסתבר שהסברה הפשוטה היא לפטור

---

[10] עיין שו״ע חו״מ סימן פ״ז סעיף ז׳. ועיין רמ״א חו״מ סימן ט״ו סעיף ד׳: ״ויכול אפילו להשביע במקום שאינו חייב שבועה מצד הדין, אם עושה כדי לברר האמת״, ועי״ש בפת״ש ס״ק ח׳. ובש״ך סימן ע״ה סוף ס״ק ס״ג ובסימן פ״ז סוס״ק ל״ח כתב שיכולים להשביע שבועת היסת בנקיטת חפץ בשבועה שאין בה חיוב של נקיטת חפץ. ועיין יבי״א חלק ד׳ חו״מ סימן ג׳, שציין למחלוקת בדבר.

11 בשערי ישר, שער א׳, פרק ה׳ ד״ה ״ועפ״ז נלענ״ד דאפשר״ – עמ׳ י״ג כתב, שקיים חילוק בין שבועת השומרים לבין שאר שבועות: ״ענין השבועה בשומרים שהוא חיוב השלמת שמירתו היינו מלבד הספק שמא פשע בשמירתו ונתחייב כבר לשלם איכא עליו חיוב שבועה להפיס דעתו של בעה״ב, היינו דשאני שבועה זו מכל ספק חיוב, דבשאר ספק חיוב אם יודע בעצמו שאינו חייב הוא פטור באמת ויכול לעשות כל טצדקי להיפטר מבית דין באופנים המותרים, ובשומר אינו כן אף שיודע שלא פשע עדיין הוא חייב מדין תורה או לישבע להפיס דעתו של בעה״ב או לשלם...״ – ועיין לקמן הערה 119.

[12] בשבועות התורה, נשבע המחזיק ונפטר, ואם לא ישבע יוציאו מידו (עיין שבועות מא.). אמנם ישנם שבועות דרבנן בהם נשבע ונוטל. ויש לעיין האם קודם ישבע ויטול או יטול וישבע. עיין ש״ך חו״מ סימן קל״ה ס״ק א׳ וערוה״ש בסעיף א׳ ובחידושי הרי״מ חו״מ סימן ק״ג ס״ק ג׳.

[13] אמנם יכולה להיות גם כפירה בכל, והיינו שהנתבע אומר שכלל לא קיבל חפץ לשמור.

אותו מתשלום, כיון שלשני הצדדים אין שום ראיה ואין סיבה לקבל את דברי התובע יותר מדברי הנתבע, ולכן לולי חידשה תורה דין שבועה במודה במקצת, מסתבר שהיה פטור לגמרי (ועיין אות א')[14].

ד. על פי האמור באות ג', נראה לפשוט את השאלה שהועלתה באות ב'. לולי חידשה תורה שבועה במודה במקצת, לא היה עולה על הדעת לחייב שבועה בכופר הכל. כיון שאילו לא חידשה תורה את חובת השבועה, מסתבר שכופר הכל היה פטור לגמרי (וכנ"ל בסוף אות ג'), רק מחמת שתורה חידשה שבועה במודה במקצת יש מקום לדון האם גם על כופר הכל מוטלת חובת שבועה, ולדברינו זו היא כוונת תוס' בקושייתו באות ב' – ועיין לקמן בדברי הראשונים, מה הוא הדמיון בין מודה במקצת לבין כופר הכל.

<u>מדוע היה מקום לחייב כופר הכל בשבועה</u>

ה. על פי האמור לעיל, אחר שתורה חידשה שבועת מודה במקצת, יש לעיין האם נלמד מכאן שגם כופר הכל חייב שבועה. בדברי הראשונים מצאנו מספר שיטות כיצד היה מקום ללמוד חיוב שבועה בכופר הכל מדין שבועת מודה במקצת – לקמן נציין לחלק מהן.

ו. מרדכי ב"ק אות קל"ח:

> ותימה מאין פשוט לנו כל כך דכופר הכל פטור, אדרבה ליחייב מק"ו, ומה מודה במקצת דהוא כמשיב אבדה חייב, כופר הכל לא כל שכן[15].

---

[14] בקרקעות בהם הדין שאין נשבעין, פטור הנתבע הן בשומרים, הן במודה במקצת והן בכופר כנגד עד אחד – רמב"ם פרק ה' מהלכות טוען ונטען הלכה א'. ושמא מכאן ראיה מה הדין לולי דין שבועה. ושמא, דברי הרמב"ם הם אחר שתורה מיעטה אותם משבועה, אבל אין להביא מכאן ראיה מה היה הדין לולי חידשה תורה את עצם הדין של שבועה.

[15] ראשונים נוספים הזכירו את ה"כל שכן", אולם לא פירטו מה הוא. עיין שטמ"ק ב"מ דף ג. ד"ה "מפני מה" בשם מורנו הרב ושם בד"ה "כתוב בתוספות" – בשם הגליון. ועי"ש שיש הסוברים שהשאלה מדוע כופר הכל פטור, היא חלק מכוונת דברי רבה בגמ' בב"מ דף ג. – לקמן אות ט'.

כלומר, אם מודה במקצת שמודה בחלק מטענות התובע והיה מקום להחשיבו כ׳משיב אבידה״ כיון שלולי הודאתו לא היתה לתובע אפשרות לקבל כלום (ולכן מסתבר שהוא דובר אמת בכפירתו), חייבתו תורה שבועה (על חלק התביעה שבו הוא כופר)[16], כל שכן כופר הכל, שאינו מודה בכלום ואין בדבריו שום הוכחה לצדקת דבריו, שיש לחייבו שבועה על כפירתו[17].

ז. חידושי הרמב״ן ב״מ דף ג. :

ואיכא למידק מנ״ל לרבה דכופר בכל פטור מדאורייתא הא איכא למימר מדמודה מקצת חייב כופר בכל חייב...

הרמב״ן אינו נזקק ל׳כל שכן׳ שהזכיר המרדכי. לשיטתו, כיון שתורה גילתה חיוב שבועה במודה במקצת נוכל להחיל חיוב זה גם בשאר תביעות ולכן כופר הכל לכאורה יתחייב בשבועה (כפי שבכל דיני התורה אנו למדים מדין אחד על חבירו אף ללא ׳כל שכן׳)[18].

ח. מדברי רבה בב״מ דף ג. (לקמן עמ׳ 100) מוכח שיש לדחות את ה״כל שכן״ (שהזכיר המרדכי)[19]. כיון שמדברי רבה עולה, שדוקא מודה במקצת מעורר חשד שמחייב אותו להישבע (כיון שיתכן שהודאתו במקצת מלמדת על כך שבאמת הוא חייב הכל, וכיון שאדם אינו מעיז פניו בפני בעל חובו הודה במקצת וכפר בשאר הממון שאין בידו לשלמו עתה, וכשיהיו בידו מעות ישלם לתובע) אבל כופר הכל מסתבר שדבריו אמת, כיון שאדם אינו מעיז פניו בפני בעל חובו וכיון

[16] גמ׳ ב״מ דף ג.: ״דאמר רבה, מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע (עיין שבועות דף לט: ב״ק דף קו: ועוד. והלימוד הוא מהפסוק ״כי הוא זה״, ועיין ב״מ דף ה. ועוד, ועיין שערי שבועות ד׳, ועיין מרדכי ב״ק אות קל״ח שהקשה והרי לא דרשינן טעמא דקרא, ותירץ שבדבר תמוה דרשינן), חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי בכוליה בעי דנכפריה, והא דלא כפריה, משום דאין אדם מעיז פניו, והאי בכוליה בעי דלודי ליה, והאי דלא אודי אשתמוטי הוא דקא מישתמט מיניה, סבר עד דהוו לי זוזי ופרענא ליה, ואמר רחמנא, רמי שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכוליה״ – ועיין בפירוט בעמ׳ 52 ואילך.

[17] ולכאורה כיון שהוא כופר הכל ממילא נעשה חשוד על הממון ולא נוכל לחייבו שבועה (עיין דברי רבה בב״מ דף ג.), אמנם אין לנו ודאות שהוא משקר שהרי יתכן שכפירתו היא אמת ולכן ניתן לחייבו להישבע.

[18] ולכאורה מדוע הרמב״ן אינו מודה ל׳כל שכן׳ ? היה מקום לומר שהרמב״ן סובר שמשיב אבדה אף הוא חייב שבועה מן התורה ורק חכמים הם אלו שפטרוהו (עיין בדברי הראשונים בב״מ דף ג.), ובדוחק היה מקום לומר, שאף הרמב״ן מכוון ל׳כל שכן׳ רק קיצר בדבריו.

[19] עיין הערה 16.

שכפר מסתבר שאמר אמת, ואם כן אין מקום לחייבו שבועה. לדברינו, יתכן שהרמב"ן (באות ז') לא הזכיר בדבריו את ה'כל שכן', כיון שאפשר לדחות את ה'כל שכן' (כנ"ל). אולם הן הרמב"ן והן המרדכי סברו שניתן ללמוד חיוב שבועה ממודה במקצת לגבי כופר הכל, ויש לבאר את טעמם.

ט. נראה לבאר, שאכן יש מקום לשאול את השאלה הן מגדרי 'כל שכן' והן ללא ה'כל שכן'. ומדקדוק לשון הראשונים בב"מ דף ג. עולה ששאלתם הכוללת את ה'כל שכן' היא חלק מדברי רבה עצמו[20], וכך מפורש בשטמ"ק שם ד"ה "מפני מה" בשם מורנו הרב[21]:

> מפני מה אמרה תורה (מודה מקצת הטענה ישבע). איכא לפרושי דהכי קא קשיא ליה מפני מה אמרה תורה וכו' ואלו בכופר הכל אמרינן דפטור ואמאי להוי נמי חייב כמודה במקצת וכל שכן הוא, והיינו דמשני[22] חזקה אין אדם מעיז ומשום הכי פטור משבועה[23].

כלומר, רבה עצמו מקשה מדוע מודה במקצת ישבע, ואילו כופר הכל פטור, והרי היה מקום לחייב את הכופר בכל בשבועה מכח 'כל שכן' (ולעיל באות ו' ביאר המרדכי מה הוא ה'כל שכן'). ורבה מבאר בדבריו מדוע אין מקום ל'כל שכן'[24]. אבל על פי דרך זו לכאורה תמוה מדוע המרדכי מקשה את קושית ה'כל שכן' והרי היא כלולה בדברי רבה, ושמא הוא פירש את דברי רבה באופן אחר, וצ"ע.

אמנם אף אחר תירוצו של רבה שאין מקום ל'כל שכן' (וכנ"ל אות ח') יש מקום לשאול כקושית הרמב"ן שסו"ס נלמד מדין מודה במקצת לדינו של כופר הכל, שיש לחייב שבועה בכל מקרה שיש דין ודברים בין תובע ונתבע (שאין להם

---

[20] עיין הערה 16.

[21] בשטמ"ק מהד' מוסד הרב קוק נכתב ש'מורנו הרב' הוא הרדב"ז.

[22] דמשני – רבה.

[23] כלומר כיון שחזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, מוכח שכופר הכל אומר אמת.

[24] כנ"ל בהערה 16. שמודה במקצת נשבע כיון שטענתו אינה טענה מעוררת אמון שהרי איננו כ'משיב אבדה' כפי שחשבנו בתחילה, אלא הוא רצה לכפור בכל, ונמנע מחמת שלא רצה להעיז פניו בפני בעל חובו, והודה במקצת.ולכן לא נוכל ללמוד 'כל שכן' לגבי כופר הכל, אבל לכאורה נוכל להשוות בין דינו של מודה במקצת לדינו של כופר הכל, ולחייב את שניהם שבועה, וכדלקמן.

ראיות)[25].

<u>מדוע כופר הכל פטור משבועה</u>

י. על פי דברינו לעיל, יש להשיב על שתי שאלות:

- מדוע ה'כל שכן' (אות ו') אינו תקף בכופר הכל.
- אפילו אם נאמר שה'כל שכן' אינו תקף, יש לברר מדוע לא נוכל ללמוד חיוב שבועה מדין מודה במקצת לדין כופר הכל (עיין לעיל אות ה').

רש"י ב"ק דף קז. ד"ה "כדרבה":

> אין אדם מעיז פניו בפני זה שעושה לו טובה, הלכך היכא דכפר הכל פטור משבועה, דאי לאו קושטא בהדיה לא הוה מצי למכפר ביה[26].

תשובתו של רש"י עונה על שתי השאלות. בכופר הכל קיימת חזקה שלא היה כופר הכל אילו לא היה דובר אמת, ולכן אין צורך להטיל עליו שבועה (עיין לקמן עמ' 20 ואילך). לעומת זאת תורה הטילה שבועה על מודה במקצת כיון שאין לדבריו סיוע של חזקה[27]. כלומר, אין ללמוד מדין מודה במקצת לדין כופר הכל, כיון שיש חילוק בין שני המקרים, חילוק שבכוחו שלמנוע את הצורך בשבועה בכופר הכל.

אמנם, תוס' בב"מ דף ג. ד"ה "מפני" חולק על שיטת רש"י[28]:

---

[25] עיין בדברי המרדכי שם, ושטמ"ק ב"מ דף ד. ד"ה "כתוב בתוספות" בשם הגליון, וקצ"ע אמנם ניתן לישב בדוחק.

[26] וע"ע רש"י ב"מ דף ג. וגיטין דף נא:.

[27] עיין הערה 16.

[28] עי"ש שדוחה את שיטת רש"י כיון שמצינו שכופר הכל פטור גם כאשר הוא מעיז (כגון, שהנתבע כופר מול טענה של בנו של התובע, ועי"ש ובתוס' בב"ק דף קז. ד"ה "עירוב". ולשיטת רש"י בפקדון בו לא שייך הטעם של "אין אדם מעיז פניו בפני זה שעושה לו טובה" – מוטל חיוב שבועה אף הכופר הכל, אמנם עיין בתוס' ב"מ דף ג. ד"ה "מפני" שכתב "דאין אדם מעיז פניו לכפור הכל הואיל וחבירו מכיר בשקרו", כלומר גם בפקדון הנפקד לא יכפור בפני המפקיד ויאמר שלא היו דברים מעולם, ועיין בהערה 56.

ויש לומר, דמ׳כי הוא זה׳ משמע דגזירת הכתוב הוא, דדוקא מודה במקצת הטענה חייב ולא כופר הכל[29].

מדברי תוס׳ עולה (שבניגוד לרש״י שסובר שקיים טעם שמונע ללמוד חיוב שבועה בכופר הכל מחיוב שבועה של מודה במקצת), שרק דיוק מלשון הכתוב במודה במקצת הוא זה שמוביל למסקנה שאין לחייב כופר הכל בשבועה. ויש לעיין מה הוא הדיוק ממנו מדייק תוס׳ שאין להסיק מדין מודה במקצת לדין כופר הכל, בניגוד למקרים רבים התורה כותבת חיוב בדין אחד ואנו מסיקים ממנו לדין אחר. ונראה שתוס׳ דייק דבריו מלשון התורה בדין מודה במקצת, בספר שמות פרק כ״ב פס׳ ז׳-ח׳:

...וְנִקְרַב בַּעַל הַבַּיִת אֶל הָאֱלֹהִים[30]... אֲשֶׁר יֹאמַר כִּי הוּא זֶה עַד הָאֱלֹהִים יָבֹא דְּבַר שְׁנֵיהֶם...

בביאור הלימוד כתב הריטב״א במסכת שבועות בדף לט:, שהנתבע אומר שהוא מודה שמכלל סך התביעה של התובע הוא מודה שרק ׳הוא זה׳ והיינו רק על חלק הוא מודה ומסכים עם התובע, ועל כך חייבה אותו תורה שבועה (שיתקרב לדיינים וישבע בפניהם)[31].

ונראה, שתוס׳ סובר שכיון שהלימוד של חיוב שבועת מודה במקצת איננו מפסוק

---

[29] וכ״כ בתוס׳ גיטין דף נא: ד״ה ״מפני״, וכ״כ בחידושי הריטב״א בדף ג. ובשטמ״ק כאן בד״ה ״מפני״ בסוף דבריו בשם מורנו הרב (הרדב״ד) ועי״ש בתוס׳ שתחילה רצה לתרץ שכופר הכל לא יתחייב שבועה מפני שאינו מעיז פניו, וכנ״ל הערה 28.

[30] הדיינים.

[31] בשערי שבועות שער ד׳ כתב: ״כי הוא זה, זה יש לך בידי ממה שאתה תובע ולא יותר״. ובשפתי חכמים שמות פרק כב פס׳ ז׳ כתב: ״משמע, שאמר לו לבעל הבית, אין לך בידי כי אם זה״. ואמנם בגמ׳ בב״מ דף ה. שיטת אבוה דר׳ אפטוריקי שניתן ללמוד דין אחד מה״הוא״ ודין אחר מ״זה״. וכשיטתו נקט בתוס׳ בגיטין דף נא: ד״ה ״מפני״. ועיין בסוגיית הגמ׳ במסכת שבועות דף לט: ששיטת רב היא שכיון שבפסוק נאמרו שני מיעוטים ״הוא״ ו״זה״, ניתן ללמוד שחיוב שבועה קיים רק במודה במקצת הטענה במין הטענה, אבל במודה שלא ממין הטענה (טענו חיטים והודה לו בשעורים), פטור. ושמואל שם דורש את הפסוק ״כתיב הוא וכתיב זה דאי כפר במקצת ואודי במקצת חייב״, אולם אף הוא מודה שכדי לחייב שבועת מודה במקצת יש צורך בהודאה ממין הטענה, ונראה שלמסקנה מודה לדברי רב, עי״ש ברש״י ״לרב פרכינן..״. ועיין בעמ׳ 52 ואילך בדין הודאה ממין הטענה.

מפורש הדן בשבועת מודה במקצת, אלא מדקדוק לשון הפסוק שבעיקרו דן על דיני פקדון ולא (רק) על דיני הלואה (עיין ב"ק קו: - קז.), לא ניתן להרחיב את הלימוד לדין כופר הכל (אע"פ שעל פי סברא היה מקום להקיש מדינו של מודה במקצת לדין כופר הכל), ורק מודה במקצת ישבע.

ועוד, שאילו תורה היתה סוברת שיש להישבע בכופר הכל, התורה לא היתה מצמצמת את חיוב השבועה לדין מודה במקצת והיתה כותבת את חיוב השבועה באופן סתמי וממילא היינו מחייבים שבועה הן בכופר הכל והן במודה במקצת, וכיון שתורה דייקה וצמצמה את חיוב השבועה דוקא למודה במקצת, מוכח שאין ללמוד מכאן חיוב שבועה בכופר הכל.

ונראה שרש"י אינו מסכים לשיטת התוס' שהרי הוא סובר שאין לחייב כופר הכל בשבועה מכח סברא, משמע שלולי הסברא אכן היינו למדים חיוב שבועה בכופר הכל מחיוב שבועה של מודה במקצת, ורק הסברא מונעת לימוד זה.

יא. הן לרש"י והן לתוס', כופר הכל פטור משבועה או מחמת הסברא (רש"י) או מכך שהפסוק דן רק על מודה במקצת (תוס'), כלומר אין צורך ללימוד חיצוני כדי לפטור כופר הכל משבועה. אמנם הרמב"ן בחידושיו לב"מ דף ג. נזקק ללימוד מפורש:

> ואיכא למידק מנ"ל לרבה דכופר בכל פטור מדאורייתא, הא איכא למימר מדמודה מקצת חייב כופר בכל חייב...
> ואיכא דמפרקי נפקא לן מדכתיב 'לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת' - לכל עון הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה[32]. במאי, אי במודה מקצת איהו גופיה חיובי מיחייב בלא עד, אלא בכופר בכל וש"מ כופר בכל פטור[33]...

[32] כלומר עד אחד אינו מחייב ממון אלא שבועה – עיין אות ג'.

[33] ועי"ש שדחה את דעת המערערים על שיטה זו. ובשיטה זו נקט גם המרדכי בב"ק אות קל"ח בשם ר' משה מפונטיזא, ושם כתב בשם ר' משה משאנץ: "וה"ר משה משאנץ תירץ, דידעינין מטענו חטין והודה לו בשעורים דפטור, כ"ש כופר הכל".

מדברי הרמב"ן מוכח שלולי ההוכחה מדין עד אחד, היה מקום ללמוד מדינו של מודה במקצת שחייב שבועה לדינו של כופר הכל שיתחייב שבועה, ורק מכח הפסוק בדין עד אחד מוכח שאין ללמוד כך[34].

<u>סיכום</u>

יב. העולה מהאמור לעיל:

- כופר הכל שטוען לא היו דברים מעולם פטור משבועת התורה (אות ב').
- אילו תורה לא היתה מחדשת חיוב שבועה כדרך להכרעת דין לא היה מקום לחייבו שבועה, והנתבע היה נפטר (אות ג').
- היה מקום לחייב כופר הכל בשבועה או בקל וחומר ממודה במקצת או מדמיון לדין מודה במקצת (אות ה' ואילך).
- כופר הכל פטור משבועה כיון שטענתו מתקבלת ואינו צריך לחזקה על ידי שבועה (שיטת רש"י – אות י') או מפני שגזירת הכתוב לחייב שבועה רק במודה במקצת (שיטת תוס' באות י') או מהוכחה מדין עד אחד (שיטת הרמב"ן - אות יא).
- עיין עמ' 114 ואילך שבכל מקרה בו התובע טוען טענת ברי, חכמים חייבו את הנתבע שבועת היסת.

[34] ועי"ש ברמב"ן שהציע פירוש נוסף. ועיין באוצר מפרשי התלמוד בב"מ דף ג. בביאורו על דברי התוס' שציין לשיטות נוספות לביאור טעם הפטור של כופר הכל משבועה.

כּוֹפֵר הַכֹּל בְּפִקָּדוֹן (לְהַד"ם, שְׁעֻנַּת גְּנֵיבָה)

הַקְדָּמָה

א. כנגד דרישה של פרעון הלואה או השבת פקדון יכול הנתבע להשיב מספר טענות כדי לפטור את עצמו, כגון:

- לא היו דברים מעולם (לא לויתי[35], לא קיבלתי פקדון[36]).
- פרעתי את ההלואה או החזרתי את הפקדון.
- להודות בעצם החיוב ולטעון שפטור כיון שנגנב או נאנס ממנו על פי הלכות שומרים שבתורה (טענה שיכולה להתקבל רק בשומר אבל לוה חייב לשלם בכל מקרה) - לקמן אות ד'.

ב. לקמן נדון בדינו של כופר הכל בפקדון, הן בטענת לא היו דברים מעולם והן בטענה שפטור כיון שהחפץ נגנב ממנו (שומר חינם) או נאנס (שומר שכר).

פְּסוּקֵי הַתּוֹרָה

ג. שמות פרק כ"ב – הלכות שומר חינם:

כִּי יִתֵּן אִישׁ אֶל רֵעֵהוּ כֶּסֶף אוֹ כֵלִים לִשְׁמֹר וְגֻנַּב מִבֵּית הָאִישׁ אִם יִמָּצֵא הַגַּנָּב יְשַׁלֵּם שְׁנָיִם: אִם לֹא יִמָּצֵא הַגַּנָּב וְנִקְרַב בַּעַל הַבַּיִת אֶל הָאֱלֹהִים[37], אִם לֹא שָׁלַח יָדוֹ בִּמְלֶאכֶת רֵעֵהוּ[38].

---

[35] עיין בעמ' הקודם.

[36] עיין הערה 45.

[37] כלומר, יתחייב שבועה עיין ב"ק מא:, ובפשטות השבועה היא בפני הדיינים שהם 'אלהים' הנזכר בפסוק, ועיין לקמן עמ' 52.

[38] אלהים בפסוק הינו חול ולא קודש - הדיינים.

עַל כָּל דְּבַר פֶּשַׁע עַל שׁוֹר עַל חֲמוֹר עַל שֶׂה עַל שַׂלְמָה עַל כָּל אֲבֵדָה אֲשֶׁר יֹאמַר כִּי הוּא זֶה[39] עַד הָאֱלֹהִים[40] יָבֹא דְּבַר שְׁנֵיהֶם אֲשֶׁר יַרְשִׁיעֻן אֱלֹהִים יְשַׁלֵּם שְׁנַיִם לְרֵעֵהוּ.

על פי לשון הפסוקים שומר חינם רוצה לפטור עצמו בטענה שהחפץ שהופקד אצלו נגנב, והדין הוא שעליו להישבע שלא שלח ידו בחפץ הפקדון ועל ידי כך יפטר מלשלם את דמי החפץ.

בהמשך, התורה מסייגת את השבועה רק למקרה של מודה במקצת (׳כי הוא זה׳). ובגמ׳ בב״ק (אות ה׳ ואילך) נחלקו אמוראים האם חיוב שבועה רק בהודאה במקצת הינו דין בדיני שומרים (כפשט הכתוב) או ששומר נשבע בכל טענה (אף אם טען שהכל נגנב ממנו) וחיוב שבועה שמוטל רק בהודאה במקצת הינו רק במקרה של הלואה (אות ה׳ ואילך).

המשך פסוקי התורה – דין שומר שכר:

כִּי יִתֵּן אִישׁ אֶל רֵעֵהוּ חֲמוֹר אוֹ שׁוֹר אוֹ שֶׂה וְכָל בְּהֵמָה לִשְׁמֹר וּמֵת אוֹ נִשְׁבַּר אוֹ נִשְׁבָּה אֵין רֹאֶה׃ שְׁבֻעַת ה׳ תִּהְיֶה בֵּין שְׁנֵיהֶם אִם לֹא שָׁלַח יָדוֹ בִּמְלֶאכֶת רֵעֵהוּ וְלָקַח בְּעָלָיו וְלֹא יְשַׁלֵּם׃ וְאִם גָּנֹב יִגָּנֵב מֵעִמּוֹ יְשַׁלֵּם לִבְעָלָיו...

שומר שכר שטוען שהחפץ שקיבל נאנס, חייב שבועה שלא שלח ידו בחפץ הפקדון ונפטר. אבל, אם נגנב ממנו החפץ אותו קיבל לשמור, חייב לשלם.

ד. מפשט הפסוקים עולה, שהשומר מודה שקיבל חפץ לשמור והוא טוען שאין עליו חובת השבה (שומר חינם טוען טענת גניבה, שומר שכר טוען טענת אונס), אולם לא שמענו מה דינו של מי שאומר שכלל לא קיבל חפץ לשמור, או מודה שקיבל לשמור רק חלק ממה שטען התובע (עיין לקמן שנחלקו המפרשים מה היא שיטת

[39] ׳כי הוא זה׳ – דין מודה במקצת.
[40] הדיינים.

רש״י בענין זה – אות ז׳ ואילך).

עוד נראה לדייק מלשון הפסוקים, שבשומר שכר התורה כלל לא הזכירה דין מודה במקצת, ולכן אף אם נאמר שדין מודה במקצת הינו דין בטוען טענת גנב בפקדון (בשומר חינם)[41] ותורה מחייבת שבועת הפקדון בשומר חינם רק במקרה של מודה במקצת (חלק נגנב, וחלק הוא מודה ששלח ידו ועליו לשלם), ולא במקרה שבו הוא טוען שהכל נגנב ממנו. כל זה נכון לגבי שומר חינם שבו חילקה תורה בין הודאה במקצת לכפירה בכל, אבל שומר שכר שטוען טענת אונס, חייב שבועה אם הוא טוען שהחפץ נאנס ממנו, גם במקרה בו טענתו היא ביחס לכל החפץ ולא רק לחלקו[42].

שִׁיטַת ר׳ חִייָא בַּר אַבָּא בְּשֵׁם ר׳ יוֹחָנָן

ה. גמ׳ ב״ק דף ק״ו: :

ואמר ר׳ חייא בר אבא א״ר יוחנן, הטוען טענת גנב[43] בפקדון, אינו חייב[44] עד שיכפור במקצת ויודה במקצת (רש״י: היינו הודה במקצת ובפרשת טוען טענת גנב כתיב). מאי טעמא, דאמר קרא, 'כי הוא זה'[45].

ר׳ חייא מדייק את דבריו מלשון הפסוק (אות ג׳). לדבריו דין מודה במקצת נאמר בשומר חינם שטוען טענת גנבה ביחס למקצת הפקדון אבל הוא כופר ביחס

---

[41] עיין אות ה׳.

[42] ועיין הערה 79.

[43] טענת גנב – שגנבו ממנו את החפץ שקיבל כפקדון.

[44] אינו חייב – אינו חייב שבועה וכ״כ בשטמ״ק בשם הרא״ש. ועיין בחידושי האור שמח בב״ב דף קז. (הו״ד בקובץ מפרשים ב״ק חלק ב׳) שחידש ש׳אינו חייב׳ פירושו שהשומר אינו מתחייב לשלם תשלומי כפל (אם שיקר בדבריו), אם טען טענת אונס כלפי בעל הבית, אבל שבועה לעולם חייב, ועי״ש.

[45] עיין הערה 31 כיצד מוכח מהפסוק שמדובר בהודאה במקצת.
ועיין רש״י שמות כב פס׳ ח׳ שכתב את דרשתו של ר׳ חייא בר אבא, ועיין ברמב״ן שם שכתב שאלו ״דברי יחידים״, והעיקר הוא שטוען טענת גנב חייב שבועה אף אם הוא טוען שהכל נגנב ממנו ופטורו של מודה במקצת הוא דוקא בהלואה (עיין לקמן אות ו׳ ואילך). אבל אם הוא טוען שלא היו דברים מעולם, ומעולם לא הפקידו אצלו פטור משבועה. אבל אם מודה במקצת ואומר שחלק הפקידו בידו חייב שבועה ״וזה לדברי הכל״. למרות ש ״הרב עצמו (רש״י) אינו אומר כן בפירושיו בגמרא״, כיון שרש״י בפירושו לגמ׳ סובר שכופר הכל חייב שבועה בפקדון – עיין לקמן אות ז׳ ואילך, ובהערה 66.

לשאר הפקדון, הכפירה איננה כפירה לגבי עצם קבלת חלק מהפקדון, אלא כפירה ביחס לחיוב (וטענתו היא שהוא פטור כיון שנגנב ממנו)[46].

ומדבריו נסיק שבמקרה של כופר הכל, והיינו שטוען שהכל נגנב ממנו פטור משבועה[47]. אבל דינו של כופר הכל שטוען לא היו דברים מעולם, כלל לא הוזכר בפרשת גנבה וכנ"ל.

עוד נראה לדייק מדברי ר' חייא בר אבא, שאע"פ שהוא מדייק מלשון הפסוקים ששומר חינם שטוען טענת גנב בפקדון מתחייב שבועה רק בהודאה במקצת ופטור בכופר הכל, דיוקו תקף רק לטענת גנבה בשומר חינם. אבל שומר שכר שטוען שחפץ הפקדון נאנס ממנו מתחייב שבועה אף בכופר הכל (הכל נאנס), כיון שבדינו של שומר שכר לא חילקה תורה בין מודה במקצת לבין כופר הכל (עיין לעיל באות ג').

<u>שִׁיטַת ר' חִיָּיא בַּר יוֹסֵף</u>

ו. המשך סוגיית הגמ' בב"ק דף קו: - קז. :

[46] על פי שיטת ר' חייא, מה דינו של שומר המודה במקצת ביחס לגוף הפקדון דהיינו שמודה שקיבל לשמור אבל לא את כל הכמות אותה תובע המפקיד ? על פי פשט דבריו, במקרה זה תורה לא הטילה עליו שבועה כלל (כפי שלשיטתו מודה במקצת בהלואה שכופר בחלק מהסכום שתובע המלוה ואומר שמעולם לא לוה לא מוטלת עליו שבועה). ולכאורה על פי שיטתו שומר שיאמר שחלק הוא מודה וחלק נגנב יהיה פטור משבועה במיגו שהיה אומר שחלק לא קיבל כלל ? ויש לומר, שמיגו הינו טענה לפטור מממון אבל מיגו לאפטורי משבועה (דהיינו שהמיגו יפטור משבועה) לא אמרינן, ועיין רמב"ם פרק ב' מהלכות שכירות הלכה ח', ועיין הערות הערות 87, 111, 289.

[47] ר' חייא נוקט: "טוען טענת גנב... עד שיכפור במקצת" והכפירה איננה ביחס לעצם קבלת השמירה אלא ביחס לחיוב (שפטור כיון שנגנב), ומכאן ש"כפירה בכל" הינה כפירה על כל החיוב, והיינו שטוען שהכל נגנב ממנו. ועוד, שפסוקי התורה דנים על טענת גניבה ולא על כפירה על עצם קבלת הפקדון.

ופליגא דר׳ חייא בר יוסף. דאמר ר׳ חייא בר יוסף, עירוב פרשיות כתוב כאן (פסוק שהוא מפרשה אחרת נתערב בזו שאינו מקומו[48], דהאי ׳כי הוא זה׳ ב׳אם כסף תלוה׳[49] הוה ליה למכתביה דהתם קאי, דאילו בהך פרשתא דפקדון, בלא הודאה במקצת מחייב), וכי כתיב ׳כי הוא זה׳[50] אַמְלָוֶה הוא דכתיב.

ומאי שנא מְלָוֶה (דעקרינן לקרא מדוכתיה ומוקמינן ליה עלה).

כדרבה, דאמר רבה, מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו[51].

והאי[52] בכולי בעי דנכפריה, והאי דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו, ובכולי בעי דלודי ליה[53],

והאי דכפר ליה במקצת סבר, אי מודינא ליה בכוליה תבע לי בכוליה, אישתמיט לי[54] מיהא השתא, אדהוו לי זוזי ופרענא[55].

הלכך רמא רחמנא שבועה עילויה כי היכי דלודי ליה בכוליה (אין אדם מעיז פניו בפני זה שעושה לו טובה[56], הלכך היכא דכפר הכל פטור משבועה דאי לאו קושטא בהדיה לא הוה מצי למכפר ביה. והיכא דמודה מקצת בכולה בעי למכפריה והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז[57])[58].

---

[48] עוד יש להציע ש׳עירוב׳ פירושו צירוף, והיינו שנצטרפה כאן הלכה מדין אחר, וכן מצאנו ״עירוב חצרות״ שפירושו צירף חצרות וכדו׳ – עיין במאמרו של פרופ׳ שטיינפלד, סיני כרך עמ׳ עמ׳ ר״ח.

[49] והיינו בפרשת הלואה, שנאמרה אחר דיני שומרים (שמות פרק כ״ב).

[50] שדינו שחייב שבועה רק בהודה במקצת – עיין הערה 31 כיצד מוכח מהפסוק שמדובר בהודאה במקצת.

[51] וכיון שקיימת חזקה זו לכאורה הוא דובר אמת, ולכן כופר הכל שמעיז, דבריו מתקבלים – עיין רש״י בהמשך. ולכאורה גם מודה במקצת, כיון שהעיז יש לקבל את דבריו ביחס לחלק בו כפר. אלא, שיש לחשוד שכפירתו במקצת איננה מלמדת על כך שהוא דובר אמת, אלא ההיפך, וכמבואר בהמשך הדברים.

[52] ״והאי״ – וזה האדם המודה במקצת, לא תקפה לגביו החזקה שאין אדם מעיז.

[53] המילה ״בעי״ יש לה מספר משמעויות (רצה, שאל, צריך). ופירוש דברי רבא הוא: ״והאי (וזה, המודה במקצת) בכולי בעי דנכפריה (בכל רצה לכפור) , והאי דלא כפריה (והסיבה שלא כפר) משום דאין אדם מעיז פניו, ובכולי בעי דלודי ליה (ובכל היה צריך להודות למלוה שהרי כך היא האמת או שבכל רצה להודות)...״.

[54] בגמ׳ בב״מ דף ג: - הגירסא שונה במקצת, עי״ש.

[55] הלוה אומר לעצמו, אשתמט עכשו, עד שיהיה לי כסף, ואז אפרע לו, ולכן הוא מודה במקצת – בסכום שיש בידו לשלם עתה (ועיין לקמן עמ׳ 52 ואילך, שעתה אין לו יותר את החזקה שאינו מעיז פניו בפני בעל חובו). ויש לעיין מה הדין בלוה שהודה במקצת והתברר שאין לו לשלם אף את המקצת שהודה, או שידוע שיש לו לשלם אף את כל הסכום, עיין לקמן עמ׳ 52 ואילך

[56] ולשיטתו, בהלואה מגוי בריבית או מישראל על צד היתר עיסקא, שהמלוה אינו מלוה כדי לעשות חסד עם הלוה אלא כדי להרויח את שכרו בתשלום הריבית יתכן שהלוה יעיז פניו. ועוד יש לעיין במציאות בה הלוה אינו עומד מול המלוה אלא מול פקיד של גוף גדול וכו׳ – ועיין הערה 28.

[57] ועיין הערה 28.

[58] עיין הערה 16.

[59]וגבי מלוה הוא דאיכא למימר הכי, אבל גבי פקדון (דאין כאן טובה[60]) מעיז ומעיז (הלכך אפי׳ כפר בכוליה רמיא רחמנא שבועה עליה).

אליבא דר׳ חייא בר יוסף, דין מודה במקצת נאמר לגבי הלואה. בהלואה חילקה תורה בין מודה במקצת שחייב שבועה ובין כופר הכל שפטור משבועה[61]. אבל בפקדון ש׳מעיז ומעיז׳ (ולכן אין אמון בטענתו) חייב שבועה (אפילו) בכופר הכל (ועיין לקמן באות ז׳ מדוע בפקדון אדם מעיז פניו).

חיובו של כופר הכל להישבע כשהוא כופר בכל, הינו אליבא דר׳ חייא בר יוסף, והגמ׳ הביאה את שיטתו כניגוד לשיטת ר׳ חייא בר אבא בשם ר׳ יוחנן (אות ה׳) שסובר שהטוען טענת גנב בפקדון נשבע רק אם מודה בחלק מהפקדון אבל אם טוען טענת גנב לגבי כל הפקדון לא מוטלת עליו חובת שבועה. ומכאן, שאף דברי ר׳ חייא בר יוסף שמחייב שבועה בכופר הכל, הינם באותו מקרה, והיינו במקרה בו הנתבע מודה שהוא קיבל חפץ לשמור, אבל כופר בחיובו לשלם כיון שטוען שהחפץ כולו נגנב ממנו ובמקרה זה מוטלת עליו חובה שבועה (וכפי שדייקנו לעיל באות ד׳ כך עולה מפשט פסוקי התורה). אבל במקרה בו הנתבע טוען שמעולם לא קיבל חפץ לשמור (כלומר כופר בעצם היותו שומר), לא שמענו שקיימת עליו חובת שבועה – ועיין לקמן בשיטת רש״י.

שִׁיטַת רַשִׁ״י בְּבֵיאוּר דִּבְרֵי ר׳ חִייָא בַּר יוֹסֵף

---

[59] מכאן ואילך (שוב) דברי ר׳ חייא בר יוסף.

[60] שהרי הנפקד הוא זה שעושה חסד עם המפקיד ושומר לו את ממונו בחינם, לכן מרשה לעצמו להעיז פניו להכחיש, ויש לחייבו שבועה כדי שיודה שבאמת קיבל פקדון ופשע בו (או שהשבועה תברר שהצדק עימו). אולם במקרה של שואל, יש מקום לומר שאין לחייבו להישבע אם יטען שמתה מחמת מלאכה (או שיכפור בעצם קבלת הפקדון), כיון ששואל קיבל טובה מהמשאיל ולא היה מעיז לשקר, וממילא טענתו טענת אמת. אמנם בשומר שכר יש מקום להסתפק האם השומר קיבל טובה מבעל הפקדון שנותן לו שכר עבור השמירה או שכיון שהוא טורח בשמירת החפץ, ומוטלת עליו אחריות לתשלום במקרה של גניבה לא ניתן להגדיר את מעשהו של בעל החפץ כטובה ביחס לשומר. אמנם החת״ס בחידושיו למסכת שבועות דף מה: כתב שאף שומר שכר מקבל טובה מבעל החפץ: ״והיותר נלע״ד בכוונת רש״י ז״ל דהנה נ״ל מה שפרש״י בסוגיא דעירוב פרשיות דבפקדון חייב כופר בכל דיכול להעיז כיון שלא עשה לו טובה היינו ש״ח דוקא, משא״כ ש״ש שפיר עשה לו טובה במה ששכרו ונותן לו שכר, וכדמות ראיה מש״ס דב״מ פ׳ ע״ב בההיא הנאה דשבק כ״ע ואוגיר ליה כו׳ ע״ש. ומכ״ש לשואל שעשה לו טובה מודה רש״י בכל אלו דפטור כופר בכל ובזה מתורצים כל קושית תוס׳ [ב״ק דף קז. ד״ה ״עירוב״] דלשם מכמה משניות שמוכח שגם בפקדון בעי מודה מקצת. והא״ש דכל הני מצי איירי בשארי שומרים דלאו ש״ח...״.

[61] ואכמ״ל בביאור דינו של רבה, עיין בדין מודה במקצת בעמ׳ 52 ואילך.

ז. רבה (לעיל אות ו׳) מחלק בין כופר הכל בהלואה (שמסתבר שטען אמת, כיון שלא היה מעיז פניו בפני בעל חובו) לבין כופר הכל בפקדון שהוא ׳מעיז ומעיז׳[62].

כפי שהוכחנו לעיל (אות ד׳) דין שבועת הפקדון בשומרים, נאמר בתורה במקרה בו השומר מודה שקיבל חפץ לשמור אלא שהוא כופר בחיובו לשלם כיון שהחפץ נגנב ממנו (או שומר שכר שטוען שהחפץ נאנס), ואף סוגיית הגמ׳ דנה על מקרה זה (אות ו׳). לעומת זאת נתבע שטוען שכלל לא קיבל חפץ לשמור, לא נתבאר דינו במפורש.

רש״י (לעיל אות ו׳) מבאר שבהלואה הנתבע לא יעיז פניו בפני מי שעשה לו טובה ולעומת זאת בפקדון (שבו התובע לא עשה שום טובה לנתבע) הנתבע יעיז פניו ובסוף דבריו כתב רש״י:

הלכך אפילו כפר בכוליה, רמיא רחמנא שבועה עליה.

כנ״ל, חיוב שבועה שנאמר בתורה ובגמ׳ לגבי שומרים, הינו מי בכופר שכופר בחיובו לשלם (אבל הוא מודה שקיבל חפץ לשמור), ומכאן שרש״י ודאי דן על מקרה זה.

אמנם, סברתו של רש״י כוללת גם מקרה של כופר הכל, שטוען שלא היו דברים מעולם, וכלל לא קיבל חפץ לשמור (שהרי גם אם האמת היא שהוא קיבל חפץ לשמור, תהיה לו את החוצפה להעיז פניו בפני המפקיד, כיון שהמפקיד לא עשה לו שום טובה) ואף במקרה זה יש להטיל עליו שבועה כדי לברר את האמת[63].

ח. תוס׳ בב״ק דף קז. ד״ה ״עירוב״ מקשה על שיטת רש״י שסובר שכופר הכל

[62] עיין הערה 60.
[63] עיין הערה 932.

בפקדון חייב שבועה[64], ואחת מראיותיו היא:

> ועוד דבכמה משניות משמע דלא מתחייב בפקדון אלא במודה מקצת... ובהניזקין (גיטין דף נא. ושם) גבי שני כיסין קשורים מצאת לי דמחייבינן מודה מקצת ופטרינן כופר הכל אע"ג שלא עשה לו שום טובה.

שומר אבידה דינו כשומר[65]. במקרה של מציאת שני כיסין, טוען המאבד כלפי חבירו שהוא איבד שני כיסין והמוצא אומר שהוא מצא כיס אחד, והדין הוא שכיון שהמוצא מודה במקצת מוטלת עליו שבועה ככל מודה במקצת. אבל אם הנתבע כופר בכל, וטוען שהוא לא מצא שום כיס, פטור לגמרי משבועה. ומוכח מכאן שכופר הכל בפקדון פטור משבועה, ומוכח שלא כשיטת רש"י שסובר שכופר הכל בפקדון שאומר שלא היו דברים מעולם חייב שבועה.

מקושייתו של תוס' על רש"י, מוכח שתוס' הבין שרש"י מחייב שבועת הפקדון אף במקרה בו הנתבע כופר הכל ואומר שכלל לא קיבל חפץ לשמור[66].

ט. לולי דברי תוס' היה מקום לומר, שאע"פ שסברתו של רש"י מקיפה גם מקרה בו הנתבע כופר הכל, אין בכח הסברא לחייב שבועה במקרה זה. ורק במקרה בו חייבה תורה שבועה במפורש והיינו בנתבע שמודה שקיבל חפץ לשמור אבל הוא כופר בחיוב תשלומין (כיון שטוען שהכל נגנב ממנו), מוטלת עליו שבועה אם כפר בכל.

ועוד, שיש מקום לומר שבמקרה בו הנתבע טוען שכלל לא קיבל חפץ לשמור אין להטיל עליו שבועה, כיון שאם נטיל שבועה במקרה זה, יבואו אינשי דלא מעלי, ויתבעו תביעות סרק את חבריהם (בטענה שהפקידו אצלם חפצים), וכיון שישנם

---

[64] וכך הקשה גם בתוס' בגיטין דף נא: ד"ה "אין" ותוס' בכתובות דף יח. ד"ה "חזקה".

[65] ונחלקו רבה ורב יוסף האם דינו כשומר חינם או כשומר שכר – ב"מ דף כט., ועוד.

[66] ובפני יהושע בב"ק פז. כתב שכך הבין הטור בחו"מ סימן פ"ז את שיטת רש"י. ועיין בהערה 45 שאף הרמב"ן בפירושו לתורה, הבין ששיטת רש"י היא שכופר הכל בפקדון שטוען להד"ם חייב שבועה – אולם הרמב"ן עצמו חולק עליו

אנשים שאינם רוצים להישבע אפילו שבועת אמת, יוציאו מהם תשלום שלא מגיע להם. ולכן רק במקרה בו יש בסיס לתביעה, והיינו, שהנתבע מודה שקיבל חפץ לשמור אלא שטוען טענת פטור (גניבה), נחייב את הנתבע לשלם אבל במקרה של כופר הכל שאומר שכלל לא קיבל חפץ לשמור, אין לחייבו שבועה. אמנם סברא זו היא סברא חיצונית שיש לעיין האם היא תקפה בחיובי שבועה של תורה. ועיין לקמן בשיטתו של הפני יהושע.

י. פני יהושע ב"ק דף קז. :

לכאורה נראה לפרש דמה שכתב רש"י אפילו כפר בכוליה (חייב שבועה) לא נתכוון כלל על כופר בכל דפקדון בטענת להד"מ או החזרתי שיהא חייב שבועה[67], כיון שמצינו כמה משניות סותרים זה כמ"ש התוספות ובהכי ריהטא כל סוגית הש"ס וחלילה לומר שנעלם כל זה מרש"י אשר עיניו משוטטות בכל בפירושיו.
ועוד דממקומו הוא מוכרע דמהיכא תיתי נאמר לחייב שבועה דאורייתא בלהד"מ דפקדון, דנהי שנתן רש"י טעם דכיון שלא עשה לו טובה מעיז ומעיז מ"מ אין לנו לחייב שבועה דאורייתא מסברא כיון דלא רמיזא שבועה זו באורייתא דהא שבועת התורה דשומרים בנאנסו[68] הוא דכתיב ולא בכפירה דלהד"מ ומה לנו להתחכם על גזרת המלך... אף אם נאמר שיש סברא לחייבו שבועה מ"מ כיון דלא כתיב בהדיא באורייתא לא שייך לחייבו שבועה דאורייתא...

דברי הפני יהושע הינם פשט הפסוקים (לעיל אות ג') ופשט סוגיית הגמ' (לעיל אות ו'). ויש לעיין מדוע תוס' העלה בדעתו שרש"י מחייב שבועת כופר הכל, אף במקרה בו הנתבע טוען שמעולם לא קיבל חפץ לשמור, והרי כדי לחייב שבועה מן התורה יש צורך שתורה תחייבו, ואילו בפסוקי התורה לא נאמר חיוב במקרה זה. ועוד שתוס' עצמו סובר שאין לחייב שבועה כי אם במקום בו יש גזרת הכתוב

[67] פירוש, רש"י לא התכוון לחייב שבועה מי שכופר בעצם קבלת הפקדון או מי שטוען שהחזרתי את הפקדון – ובמקרים אלו אף רש"י מודה שפטור משבועה (עיין משנה שבועות דף לח:).
[68] בנאנסו בשומר שכר, ובנגנבו בשומר חינם – לעיל אות ג'. וצ"ע מדוע נזקק הפנ"י להזכיר דין אונס כאשר פשט דברי ר' חייא בר אבא הינם בשומר חינם שהרי 'כי הוא זה' נאמר בשומר חינם.

של חיוב שבועה, וכנ"ל עמ' 13'.

מסתבר, שאף תוס' מודה שפסוקי התורה וסוגיית הגמ' הינם במקרה שהנתבע כופר בחיובו לשלם כיון שנגנב ממנו, אולם כיון שמדברי רש"י מוכח שהוא דן על שבועה לא רק על פי המפורש בתורה, אלא דן על סברות השבועה (כנ"ל בדבריו באות ו'- ז'[69]), סבר תוס' שרש"י לשיטתו סובר שניתן להקיש מחיוב שבועה המפורש בתורה לגבי מקרים אחרים שאינם מפורשים בתורה.

אמנם הפני יהושע סובר, שאף שרש"י נותן טעם בחיובי השבועה, כח הסברא הוא לפרש את הכתוב אבל אין בכח הסברא לחדש חיוב שבועה במקום בו תורה לא חייבה אותו.

<u>סִיכּוּם שִׁיטַת רַשַׁ"ִי</u>

יא. העולה מהאמור לעיל:

- שיטת ר' חייא בר אבא ששומר חינם שטוען טענת גנבה פטור משבועה, אלא אם הודה במקצת. וניתן לדייק מדבריו ששומר שכר שטוען טענת אונס חייב שבועה בכל מקרה, ונתבע שטוען להד"ם, פטור משבועה (אות ה').
- שיטת ר' חייא בר יוסף, ששומר חינם שטוען שכל הפקדון (או חלקו) נגנב ממנו חייב שבועה, כיון שמעיז פניו (אות ו').
- לשיטת תוס', רש"י סובר שכופר הכל בפקדון שטוען שמעולם לא קיבל חפץ לשמור, חייב שבועת התורה (אות ח'). ואילו הפני יהושע סובר שבמקרה זה פטור (מן התורה) אף ללא שבועה (אות י').
- ועיין בעמ' 114 שבכל מקרה בו התובע טוען טענת ברי, חייב הנתבע להישבע שבועת היסת מכח תקנת חכמים.

יב. טבלת סיכום:

[69] ועיין עמ' 7' ואילך.

	הלואה	פקדון (שומר)
להד"ם	פטור משבועת התורה[70]	מחלוקת האם לשיטת רש"י חייב שבועה[71], ולשיטת הריב"א והשו"ע פטור[72]
החזרתי	פטור משבועת התורה[73]	לשיטת הפנ"י, רש"י פוטר משבועה[74] וכך נפסק להלכה[75].
טענת גניבה בשומר חינם	טענת גניבה איננה פוטרת בהלואה	לר"ח בר אבא חייב שבועה רק אם מודה במקצת ולר"ח בר יוסף תמיד חייב שבועה, וכך הלכה[76].

[70] עמ' 2' ואילך.
[71] אות ז' ואילך, וכנ"ל אות יא.
[72] לקמן אות יג, טו.
[73] משנה שבועות דף לח:, עיין שו"ע חו"מ סימן ע"ח סעיף ג' ועוד.
[74] עיין עמ' 20.
[75] שו"ע סימן רצ"ו סעיף ב'.
[76] לקמן אות טו.

שִׁיטַת הריב"א בְּתוֹס'

יג. תוס' ב"ק דף קז. ד"ה "עירוב"[77]:

> ונראה כפירוש ריב"א דמפרש כי כתיב 'כי הוא זה' אמלוה הוא דכתיב, והלכך בפקדון נמי לא מוקמינן ליה אלא בטענה דשייכא במלוה דהיינו בכפירה והודאה, אבל טענת נאנסו לא[78].

לשיטת ריב"א העובדה שתורה כתבה את דין 'מודה במקצת בהלואה' בתוך פרשת פקדון[79] (לעיל אות ג'), באה ללמד הלכה גם בדיני פקדון. שאף שומר שמודה במקצת וכופר במקצת לגבי עצם הפקדון (כלומר, שמודה שקיבל פקדון אבל טוען שקיבל חפץ אחד ולא שני חפצים [כפי שטוען המפקיד]), חייב שבועה כמו מודה במקצת בהלואה[80], ושבועה זו איננה שבועת השומרים אלא שבועת מודה במקצת בפקדון (כדברי השו"ע בסימן רצ"ו סעיף ד' – לקמן אות טו).

העובדה שקיים דין מודה במקצת לגבי עצם קבלת הפקדון, איננה חידוש של הריב"א. יסוד הדין הוא במשנה במסכת שבועות דף מב: ובסוגיית הגמ' שם בדף מג.[81] – חידושו של הריב"א הוא בכך שהוא מבאר את היחס בין הלואה לבין פקדון, ומדין הלואה שנאמר בו דין מודה במקצת אנו למדים גם לדין הפקדון.

---

[77] עי"ש בשיטת ר"ת, שמבאר ששיטת ר' חייא בר יוסף היא שמודה במקצת נאמר הן במלוה והן בפקדון – עי"ש.

[78] טענת אונס לא שייכת בהלואה, כיון שלוה תמיד חייב לשלם, ולכן שומר שיטען טענת אונס ישבע. אבל הודאה במקצת וכפירה במקצת שייכת בהלואה ובפקדון, ולכן על פקדון לא ישבע אא"כ היתה הודאה במקצת.
ובטענת נאנסו לא קיים חילוק בין מודה במקצת לבין כופר הכל (שטוען שאינו חייב לשלם כי הכל נאנס) ותמיד ישבע. ולכאורה צ"ע מדוע נקט הריב"א דין אונס ולא דין גניבה, שהרי דין אונס נאמר בפרשת שומר שכר (לעיל אות ג'), ושם כלל לא הוזכר בתורה דין הודאה במקצת, ואילו בפרשת שומר חינם תורה הזכירה דין גניבה ודין מודה במקצת, והיה לכאורה מקום לחדש ששומר הטוען טענת גניבה אין חילוק אם טענתו היא ביחס לכל או ביחס למחצה. אמנם להלכה ודאי אין חילוק ובין בגניבה ובין באונס הדין הוא שנשבע בין אם טענתו היא ביחס לכל ובין אם טענתו היא ביחס לחלק מהפקדון.

[79] וההוכחה לכך ש'כי הוא זה' הינו דין בדיני הלואה ולא דין בדיני פקדון, הינה בדברי רבה – לעיל אות ו'.

[80] שמסתבר שקיים גם בשומר שכר (שטוען טענת אונס) למרות ש'כי הוא זה' נאמר בשומר חינם, כיון שיסוד החיוב הוא על פי דין 'מודה במקצת'.

[81] במשנה במסכת שבועות דף מב: נאמר: "זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון, (שבועת מודה במקצת), ובגמ' בדף מג. נאמר: "אמר לו כור תבואה יש לי בידך, והלה אומר אין לך בידי אלא לתך – חייב. מנורה בת עשר ליטרין יש לי בידך, אין לך בידי אלא בת חמש ליטרין, חייב".

אבל אם השומר טוען שהחפץ נגנב ממנו (או נאנס ממנו), הובה עליו להישבע בין אם הוא טוען טענת גניבה ביחס לחלק מהפקדון ובין אם הוא טוען טענת גניבה או אונס ביחס לכל הפקדון, כיון שבשבועת השומרים לא מצאנו חילוק בין הטוען שנגנב ממנו הכל ובין הטוען שנגנב ממנו חלק מהפקדון.

ואם הנתבע טוען שמעולם לא קיבל חפץ לשמור, הרי הוא כופר הכל בעצם החיוב, שלגביו לא נתחדשה פרשת שומרים והרי הוא פטור משבועה, כפי שכופר הכל במלוה פטור משבועה.

יד. על פי הסברו של תוס׳ בשיטת רש״י (לעיל אות ח׳), קיימת מחלוקת בין רש״י לריב״א. רש״י מחייב שבועה אפילו אם הנתבע טוען שמעולם לא קיבל חפץ לשמור. אבל לשיטת הפני יהושע (לעיל אות י׳) שיטת הריב״א היא למעשה שיטת רש״י, שעליה הוסיף הריב״א את דינו של מודה במקצת לגבי עצם קבלת הפקדון, שמוטלת עליו חובת שבועה[82] (וכנ״ל, עצם דינו של ריב״א לגבי מודה במקצת בעצם קבלת הפקדון, כבר נאמר בגמ׳ במסכת שבועות וממילא אף רש״י מודה לדבריו).

<u>פסקי השו״ע</u>

טו. שו״ע חו״מ סימן פ״ז סעיף א׳:

הכופר בכל... פטור משבועת התורה בין במלוה ובין בפקדון[83], אבל חייב שבועת היסת[84].

הסיבה שבמקרה זה פטור משבועה, כיון שלתובע אין ראיה שמסר חפץ לשמור,

---

[82] ועיין בפני יהושע שם, שעמד על כך.

[83] סמ״ע ס״ק ה׳: ״כן כתב לאפוקי מדעת רש״י שכתב הטור, בשמו בס״ט דדוקא במלוה שעשה טובה עם הלוה הוא דפטור, משום חזקה דאין אדם מעיז פניו בפני ב״ח שעשה עימו טובה בהלואתו משא״כ בפקדון דאין המפקיד עשה טובה עם הנפקד במה שהפקיד בידו, קמ״ל דאין חילוק״.

[84] לגבי שבועת היסת עיין עמ׳ 52.

ולטענת הנתבע הוא כלל לא נכנס לפרשת השומרים, וממילא לא חלה עליו שבועת השומרים, והרי הוא ככל כופר הכל שפטור משבועת התורה[85].

שו"ע חו"מ רצ"ה סעיף ג'[86]:

ואין אחד מהשומרים צריך להודאה במקצת ולא לכפירה במקצת[87].

כלומר, כאשר הנתבע מודה שהוא שומר, אבל טוען טענת פטור (גניבה בשומר חינם, אונס בשומר שכר), עליו להישבע על טענתו בכל מקרה (בין שהודה במקצת ואמר שפשע בחלק מהפקדון ובחלק השני אומר שאירע אונס, בין שכופר בחיובו כיון שאומר שהכל נגנב או נאנס).

שו"ע חו"מ סימן רצ"ו סעיף ד':

הודה במקצת, כיצד, מאה סאה הפקדתי אצלך, והשומר אומר, לא הפקדת אצלי אלא חמשים, נשבע שבועת התורה, מפני שהודה במקצת, לא משום שבועת השומרים[88].

---

[85] עיין כס"מ פרק ב' מהלכות שכירות הלכה י"א במחלוקתו עם המ"מ שם. וכתב שם הכס"מ: "בשטוען שלא נעשה לו שומר כלל אין כאן מקום לשבועה דאורייתא כלל".

[86] ומקורו ברמב"ם פרק ב' משכירות הלכה ח'.

[87] ש"ך סימן ע"ב ס"ק קכ"ט: "וכולם סוברים כרבי חייא בר יוסף דאין אחד מהשומרים צריך הודאה במקצת, וכמו שכתבו הטור והמחבר בכמה דוכתי, ובפרט לקמן סוף סימן רצ"ה".
ומקור דברי השו"ע ברמב"ם פרק ב' מהלכות שכירות הלכה ח': "...אחד המפקיד או המשאיל או המשכיר את חבירו בעדים או שלא בעדים דין אחד יש להן כיון שהודה זה מפי עצמו ששמר לו או ששאל ממנו הרי זה נשבע שבועת השומרין שאין אומרים מיגו לפוטרו משבועה אלא לפוטרו מלשלם". כלומר לכאורה לטוען שנאבד או נגנב יש מיגו שהיה אומר להד"ם וטענתו היתה מתקבלת וא"כ יועיל המיגו לפוטרו משבועת השומרים, ועל כך משיב הרמב"ם שמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. ובטעם הדבר כתב בחידושי העילוי ממי'ציט סימן ס"ה – שבכל מיגו הטענה שנאמרת מתקבל לא כטענת ודאי אלא כטענת ספק, ומספק א"א להוציא ממון, אבל כאשר תורה חייבה שבועה זאת אומרת שניתן להפוך את טענתו מטענת ספק לטענת ודאי, ולכן משביעים אתו ולא יועיל המיגו לפוטרו משבועה, ועיין הערות 46, 111.

[88] עיין הערה 81. וכתבו שם ראשונים (חידושי הרשב"א סוף דף מג. ד"ה "הא דתנן", עי"ש בהערות לגבי שיטת תוס') שחייב שבועה רק אם החלק עליו הוא מודה אינו בידו כגון שהתבואה הרקיבה ברשותו ובפשיעתו, ומודה שעליו לשלם על כך, אבל אם השאר בעין, פטור משבועה כיון שמודה במקצת האומר הילך פטור משבועה (עיין עמ' 52) והו"ד במ"מ פ"ו מהלכות שאלה הלכה ה' ובב"י חו"מ סימן רצ"ו, וע"ע שו"ע סימן פ"ז סעיף ב'.
ועיין תוי"ט שבועות פרק ו' משנה ו' בקושייתו על הרמב"ם ובמלוא הרועים על המשניות ובתוס' רעק"א שם וביד המלך על הרמב"ם בפ"ב משכירות הלכה ח'.

כאשר השומר מודה על קבלת מקצת חפצים, לא ניתן לחייבו מדין שבועת השומרים, כיון ששבועת השומרים שנאמרה בתורה (לעיל אות ג׳) הינה חיוב המוטל על שומר המודה שקיבל חפץ לשמור רק שיש לו טענת הפוטרת אותו מלשלם (גניבה, אונס) אבל במקרה בו השומר כופר בעצם קבלת החפץ, זו פרשת כופר הכל או מודה במקצת.

<u>מתי נתבע נכלל בפרשת השומרים</u>

טז. כפי שנתבאר לעיל, כדי שחיוב שבועת השומרים יחול על הנתבע, יש צורך שמעיקרא הוא יכלל בכלל השומרים, אבל אם טענתו היא שהוא אינו שומר על רכושו של התובע, לא ניתן להטיל עליו שבועת השומרים. לקמן נדון מה הוא הגבול של ׳פרשת השומרים׳.

רמב״ם פרק ב׳ מהלכות שכירות הלכה י״א / שו״ע חו״מ סימן רצו סעיף ז׳[89]:

> טען שהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך[90] ולא נעשיתי לו שומר. נשבע היסת שלא קבלו אלא בדרך זו וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד ולא אבדו בידים ולא בגרם שגרם לו שיהיה חייב לשלם.

כלומר, כדי להיכלל בפשרת השומרים, יש צורך שהנתבע יהיה בגדר ׳שומר׳ והעובדה שהוא מודה שהחפץ היה בסביבתו עדיין לא מחייבת אותו בשבועת השומרים של תורה כיון שסו״ס לא קיבל שמירה על החפץ.

יז. דין תורה הוא שמי שקיבל קרקעות, עבדים, שטרות והקדשות לשמירה אינו חייב בחיובי שומרים לגביהם[91] ולכן אם נאנסו ממנו השטרות פטור משבועה ופטור

[89] הנוסח לקמן הינו כלשון הרמב״ם והובא בשו״ע שינויים קלים.

[90] עיין שו״ע חו״מ רצ״א סעיף ב׳, שאם אמר ׳הנח לפני׳ נתחייב בשמירה אבל ׳הנח לפניך׳ אינו לשון קבלת שמירה.

[91] אא״כ נעשה קנין מיוחד על כך – שו״ע חו״מ סימן ס״ו סוף סעיף מ׳.

מלשלם[92]. אמנם נחלקו הרמב"ם והראב"ד (פרק ב' מהלכות שכירות הלכה ג'[93]), לגבי פשיעה בשטרות, ומחלוקת זו הובאה בשו"ע חו"מ סימן ס"ו סעיף מ':

> אם היה שומר שכר עליהם, ונגנבו או אבדו, אפילו בפשיעה, פטור מלשלם, אבל מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי. (וכל שכן ששומר חנם פטור מפשיעה). ויש מחייבים בפשיעה. והסברא הראשונה היא עיקר, דפטורים על שטרות אפילו בפשיעה, אבל אם הזיק בידים, כגון שהשליכו לנהר או כדומה, חייב.

על פי האמור לעיל, שומר שמודה שקיבל שטרות לשמור, לשיטה הראשונה שבשו"ע הוא לא נכלל בפרשת שומרים (ואפילו חיוב פשיעה לא מוטל עליו). ועל פי השיטה השניה בשו"ע, הוא נכלל בפרשת שומרים רק ביחס לפשיעה[94]. ומכאן, שאם השומר יודה שקיבל שטרות לשמור אבל יטען לגביהם טענת פטור, יהיה פטור משבועה על פי הדעה הראשונה כיון שהוא אינו נכלל בפרשת השומרים אבל על פי השיטה השניה בשו"ע עליו להישבע, כיון שהוא נכלל בפרשת השומרים (ועיין בהשגת הראב"ד על הרמב"ם בפרק ב' משכירות הלכה ג').

<u>סיכום</u>

יח. העולה מהאמור לעיל:

- עיין בסיכום באות יא – יב.
- לשיטת הריב"א והשו"ע, טענת להד"מ אינה מחייבת שבועה, טענת גניבה או אונס מחייבת שבועה בין אם טענתו על הכל ובין אם טענתו רק על חלק.

---

[92] ב"מ דף נז:

[93] עיין הערה 125.

[94] אמנם עיין פרק ב' משאלה הלכה ח' ופרק ב' משכירות הלכה ג', שלשיטת הרמב"ם הפושע כמזיק, ולכאורה גם לשיטתו הוא כלל לא נכלל בפרשת השומרים. אמנם נראה שלמרות שפושע כמזיק, אדם המזיק עצמו אינו מחוייב בפשיעה, וא"כ חיובו של השומר בפשיעה כדין מזיק, נובע רק מחמת שקיבל על עצמו לשמור, וצ"ע, ועיין עמ' 36.

ואם מודה שקיבל לשמור מקצת ממה שטען התובע הרי הוא בכלל מודה במקצת (אות יג, טו).

- המודה שחפץ של התובע היה במקומו אבל אומר שלא קיבל חיובי שמירה אינו נכלל בפרשת השומרים (אות טז).
- שטרות וכו׳ שאין בהם חיובי שמירה, מחלוקת האם יש בהם חובת שבועה (אות יז).
- הדיון לעיל הינו לגבי מי שקיבל חפץ לשמור, שפטור בשבועה בטענת אונס וכו׳. עיין לקמן עמ׳ 45 במקרה של ממונו שהזיק, האם הראיה שהשמירה היתה כראוי, מוטלת על המזיק או על הניזק.

יט. טבלת סיכום (עיין בטבלה באות יב, לקמן הסיכום להלכה):

	הלואה	פקדון (שומר)
להד״ם	פטור מלשלם ופטור משבועת התורה[95],[96]	
החזרתי	פטור מלשלם ופטור משבועת התורה[97],[98].	
טענת ׳פטור׳ (בכל או בחלק[99])	בהלואה אין טענת פטור	חייב שבועה[100].
מודה במקצת[101]	חייב שבועת התורה[102]	

האמור בטבלה הינו ללא חיוב שבועת היסת, שבכל המקרים שפטור משבועת התורה, הטילו חכמים שבועת היסת – עיין עמ׳ 114. ועיין בטבלה בעמ׳ 89.

---

[95] עמ׳ 2׳ ואילך.
[96] לגבי פקדון - לעיל אות יג, טו.
[97] עיין שו״ע חו״מ סימן ע״ח סעיף א, ג׳, סימן פ״ב סעיף א׳, ועוד.
[98] לגבי פקדון - שו״ע סימן רצ״ו סעיף ב׳.
[99] טענת גניבה בשומר חינם, טענת אונס בשומר שכר.
[100] אות טו.
[101] תובע אומר שהלוה לו מאה והלוה אומר חמישים, מפקיד אומר שהפקיד שתי פרות ושומר אומר פרה אחת.
[102] אות יג, טו.

כופר הכל בנזיקין / טענת פטור בנזיקין – על מי חובת הראיה

הקדמה

א. בדיני נזיקין יש לדון הן על אדם המזיק והן על ממונו שהזיק. לגבי אדם המזיק הדיון הוא על פעולתו (שאסור להזיק)[103] ועליו לשלם על היזקו. לעומת זאת אם ממונו של אדם הזיק (כגון, בהמתו שהזיקה) התביעה כלפי האדם היא חובת השמירה[104]. ובשני המקרים יש לדון מה הדין במקרה בו מתעוררים ויכוחים בין המזיק לניזק.

ב. בדין ודברים בין מזיק לניזק יכולה להיות מציאות של 'כופר הכל' ומציאות של 'מודה במקצת':

- שמעון אומר שראובן הזיקו וראובן אומר להד"ם – דינו כמו כופר הכל בהלואה ופקדון – שפטור משבועת התורה ופטור מלשלם (לעיל עמ' 32).
- שמעון אומר שראובן הזיק לו את רכושו ושמעון מודה שהזיק לו חלק מרכושו – דינו ככל מודה במקצת שחייב שבועה (לעיל עמ' 32).

יש לדון במקרה בו שמעון מודה שהזיק לראובן אבל טוען 'טענת פטור'. כגון, שההיזק היה באונס גמור[105] או ששמר על בהמתו כראוי והיא יצאה והזיקה באונס, על מי מוטלת חובת הראיה. האם המזיק צריך להוכיח שלא היה אונס ואם לא הוכיח זאת חייב לשלם. או שאם המזיק טוען שהזיק באונס, הוא פטור

---

[103] אכמ"ל ביסוד האיסור להזיק.

[104] אמנם אף לגבי אדם נאמר "אדם שמירת גופו עליו" ונראה שזה הוא חיוב נוסף. וכגון במקרה של הוזקו זה בזה, שאז החיוב אינו על הפעולה אלא על כך שלא שמר את עצמו שלא יגיע לידי היזק (הגרז"נ גולדברג שליט"א).

[105] אדם המזיק חייב אפילו באונס. אמנם שיטת השו"ע בחו"מ סימן שע"ח סעיף א'- ב' שבאונס גמור פטור מלשלם ולכן הנופל מן הגג ברוח שאינה מצויה חייב לשלם, כיון שלא נחשב אונס גמור. אבל שיטת הרמב"ן (חידושי הרמב"ן ב"מ דף פב:) היא שאדם המזיק חייב אפילו באונס גמור (חוץ ממקרה בו הניזק פשע בעצמו, כגון שהניח את כליו ליד אדם ישן, והישן התהפך בשנתו ושברם).

מלשלם עד שהניזק יוכיח שלא היה אונס.

<u>מזיק שמודה שהזיק וטוען שפטור מחמת אונס</u>

ג. מזיק הטוען טענת פטור (מודה שהזיק אבל טוען שהיה אנוס – לעיל אות ב'), דומה לשומר הטוען טענת פטור (גניבה או אבידה). בפרשת שומרים הטילה תורה חיוב שבועה על השומר כדי שיאמת את טענת הפטור שלו, ואם לא ישבע ישלם. אבל בנזיקין תורה לא חידשה חיוב שבועה, ולכן יש לעיין מה דינו[106].

יתכן לומר שדוקא על שומר מוטלת חובת שבועה כיון שהוא מעיקרא התחייב להשיב לבעלים את החפץ, ואם אינו משיב עליו לפייס את בעל הבית בשבועה[107], אבל מזיק שמעיקרא לא היה לו חיוב כלפי בעל הבית נאמן לומר שהוא אנוס אף ללא שבועה.

ולאידך גיסא, היה מקום לומר שדוקא שומר שמעיקרא בעל הבית האמין בו ונתן לו חפץ לשמור, תועיל שבועה לפוטרו מתשלומין, אבל מזיק שמעיקרא לא היה לו שיח ושיג עם הניזק, אינו יכול לפטור עצמו בשבועה, ואם לא יוכיח על ידי עדים שהיה אנוס, חובה עליו לשלם.

יתכן גם להציע חילוק בדיני נזיקין עצמם. אם מדובר על בהמתו שהזיקה והוא טוען ששמרה כראוי (ולכן הוא אנוס ופטור), יתכן שטענתו תתקבל כיון שתורה הרשתה לאדם לגדל בהמות ולשומרן, כלומר תורה האמינה לו שישמור, ובכלל זאת האמינה לו תורה גם כשהוא אומר ששמר כראוי[108]. אבל באדם המזיק עצמו יתכן שאם הוא יטען טענת אונס טענתו לא תתקבל כי יש עליו חיוב שלא להזיק, וצ"ע.

---

[106] לולי חידשה תורה חיוב שבועה בשומר הטוען טענת פטור, היה מקום לומר שדינו דומה למזיק הטוען טענת פטור.

[107] ב"מ דף לה: וברש"י שם (אמנם, עיין באוצר מפרשי התלמוד ב"מ חלק ב' עמ' תקעה, שציין לדבריו אחרונים רבים שבגמ' זו לא מדובר בשבועת השומרים שחיובה מן התורה), ועיין הערה 119 בשם השערי ישר.

[108] סברת הפני יהושע בב"ק דף נו: - לקמן עמ' 42.

עוד היה מקום לומר, שהמזיק נאמן במיגו שהיה אומר לא היו דברים מעולם[109], אולם יתכן שמיגו זה אינו טוב, כיון שהוא לא היה מעיז לומר שקר (שלא היו דברים מעולם), בפני הניזק שראהו מזיק אותו או את רכושו[110], שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו[111], [112].

– ועיין לקמן האם נוכל לפשוט את הספק מסוגיות הגמרא[113].

---

[109] במקרה בו אין ראיה נוספת לכך שהוא זה שהזיק, שאם יש עדים שראו שהזיק, אין לו מיגו שהיה יכול לומר לא הזקתי ולהד"ם.

[110] אבל אם הניזק לא היה במקום, והמזיק עצמו הוא זה שהודה שהזיק, לכאורה יש לו מיגו שהיה אומר להד"ם.

[111] עיין הערות 46 87, שם הובאו דברי הרמב"ם שכתב ששומר אינו נאמן במיגו, כי מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, אבל בנידון שלפנינו שאין חובת שבועה לכאורה יועיל לו מיגו. אמנם 'מיגו דהעזה' לא אמרינן והיינו שלא נותנים נאמנות לאדם מכח 'מיגו' אם הטענה שהיה יכול לטעון, אינה נוחה לו כיון שלא היה רוצה לטעון אותה כיון שיש בה 'העזה' שמסתבר שלא היה רוצה להעיז פניו בפני מי שמכיר בשקרו, כפי שמצאנו במודה במקצת שאין לו מיגו כיון שלא היה מעיז פניו בפני בעל חובו - וכנ"ל בעמ טו. ונחלקו רש"י ותוס' האם אדם אינו מעיז פניו בפני בעל חובו שעשה לו טובה (רש"י) או בפני כל מי שהוא מכיר בשקרו (תוס') – עיין הערה 28. ואמנם עיין בכללי מיגו לש"ך בסו"ס פ"ב אות ז' שהאריך לבאר שניתן לומר מיגו דהעזה.

[112] אם נבוא לדון מדין ברי ושמא לכאורה ידו של המזיק על העליונה. שהרי התובע הוא שמא (שאינו יודע כיצד אירע הנזק) ואילו המזיק טוען טענת ברי שהוא היה אנוס פטור, ובמקרה בו התובע טוען תביעת שמא אין לחייב את הניזק לשלם, אמנם, בנידון שלפנינו אין מחלוקת על כך שהיה מעשה נזק והשאלה היא האם יש לו טענת פטור, ועוד שהברי של המזיק הוא ברי גרוע, שהרי הניזק אינו יכול להכחישו וממילא הוא יכול לטעון ברי ללא חשש (עיין כתובות יב: ובתוס' שם).

[113] (כאשר הדין הוא קים ליה בדרבה מיניה אין לחייב ממון כיון שמתחייב מיתה או מלקות שחמורים מממון. אבל במקרה בו יש ספק האם חייב מיתה (ולכן אינו נהרג) יש לעיין האם ניתן לחייב את המזיק תשלומים. והאחרונים נחלקו בדבר, עיין קובץ שיעורים כתובות דף כט. אות פ"ד ובשיעורי הגאון ר' דוד פוברסקי ב"ק עמ' י"ט שציין למג"א סימן רע"ח ס"ק א'. ולכאורה מי שסובר שבספק קים ליה בדרבה מיניה חייב לשלם, יאמר שאדם המזיק שקיים ספק האם ניתן לפטור אותו על מעשה נזק שעשה כיון שהוא טוען שהוא אנוס, גם הוא חייב לשלם. ושמא ניתן לדחות ראיה זו, כיון שבקלבד"מ ברור שקיים חיוב תשלומין רק יש סיבה חיצונית הפוטרת, ואילו במקרה בו קיים ספק האם יש לפטור את המזיק מחמת אונס, הספק הוא האם מקרה זה הינו מקרה המחייב תשלומין, וצ"ע).

לכאורה היה ניתן להביא ראיה שמזיק נאמן לפטור את עצמו בטענת פטור, מדינו של מטמא טהרות שאומר שוגג הייתי שהוא נאמן (גיטין דף נג.) ואילו היה מזיד היה חייב. אולם נראה שאין ראיה, כיון שלמ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק, חכמים פטרו את השוגג כדי שיודיע לבעלים שטימא, ואם לא היה נאמן לא היה מודיע, נמצא שאין להביא ראיה מדינו של המטמא, כיון שלגביו יש תקנה מיוחדת לפוטרו. ועוד, שמטמא טהרות מתחייב מלקות ולא ממון וא"כ לא נוכל להביא ראיה מחיוב מלקות לחיוב ממון (ולכאורה נוכל להוכיח הוכחה נגדית, שדוקא מטמא נאמן לומר שוגג הייתי כדי שיודיע לבעלים, אבל סתם מזיק שטוען אנוס הייתי, חייב להביא ראיה, אולם יתכן לומר שהנאמנות לומר שוגג או אנוס איננה חלק מהתקנה והתקנה היא לפטור את השוגג, והנאמנות היא מעיקר הדין) ולמ"ד היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק וחכמים קנסו תשלומים במזיד (כדי שלא ילך ויטמא טהרותיו של חבירו , גיטין נג.) ולא קנסו בשגגה, לא נאמר בגמ' האם הוא נאמן לומר שוגג הייתי - ועיין אגודת אזוב חלק א' סימן שכתב "דאף דאינו מברר ששוגג היה - פטור", עי"ש (וציין שם לפני יהושע בגיטין נד: שחולק על הרא"ש שם בחילוקים בענין נאמנות באיסורין חילוק י"א).

אייתי ראיה דממחית

ד. **בגמ׳ ב״ק דף צט: מובאת שיטת רבב״ח בשם ר׳ יוחנן. טבח (שוחט) אומן (מומחה) ששחט (בחינם) ולא הצליח בשחיטתו וניבל את התרנגול פטור מלשלם. אולם אם מתעוררת מחלוקת בין בעל התרנגול לבין הטבח האם הוא זכאי להיפטר מחמת היותו מומחה, אמר ר׳ יוחנן לטבח:**

זיל אייתי ראיה דממחית לתרנגולים ואפטרך

כלומר, במקרה בו הנזק ברור, וקיימת מחלוקת האם יש למזיק טענת פטור (כגון אונס), חייב המזיק להוכיח שהוא פטור, שאם לא כן יתחייב לשלם[114].

ה. **חידושי הראב״ד ב״ק דף צט:**

וקשיא לן, איהו טענת בריא אמר דמומחה הוא, והמוציא מחברו עליו הראיה ?

ואיכא למימר, שההוא טבחא הוה, ואי מומחה הוא מידע ידיע, ודמיא להא דאמרינן, הא יש ראיה, יביא ראיה ויפטר[115].

כלומר, מומחיות לשחיטה איננה דבר שאינו ידוע לרבים, כיון שאדם הופך להיות ׳מומחה׳ לשחיטה רק אם שחט מספר רב של פעמים והוסמך על ידי רבותיו. לכן

---

[114] אמנם קיים חילוק בין המקרים. כיון שבמקרה של טבח, הטבח לא אמור להוכיח מה היה גוף המעשה (אונס או לא), עליו להוכיח שהוא מומחה וממילא ניבולו נחשב אונס. לעומת זאת במקרה בו אדם הזיק וטוען טענת אונס, עליו להוכיח שבמקרה המסויים עליו מוסב הויכוח הוא היה אנוס. אולם למרות החילוק בין המקרים נראה שלכאורה ניתן להסיק מהנידון של טבח למזיק שטוען שהיה אנוס, כיון שהטבח ודאי טוען שהוא אנוס, ואע״פ כן מוטל עליו להוכיח את חפותו, רק שבניגוד למזיק שעליו להוכיח שהוא היה אנוס במקרה עליו מוסב הויכוח, טבח יכול להביא ראיה כללית שהוא מומחה, אבל עצם נטל הראיה מוטל על הטבח ועל המזיק.

[115] גמ׳ ב״מ דף פג.: ״דתניא, איסי בן יהודה אומר, ׳אין ראה שבעת ה׳ תהיה בין שניהם׳, הא יש רואה, יביא ראיה ויפטר״. כלומר, שומר שטוען שהחפץ נגנב או נאנס ממנו, יכול לפטור עצמו בשבועה, אבל אם יש לו ראיה (עדים), יביא את עדיו ויעידו ויפטר משבועה. ומבואר שם בגמ׳ שבמקום בו ׳יש ראיה׳ והיינו שמסתבר שיש לשומר ראיה בעדים (שהדבר אירע במקום בו מצויים אנשים רבים, ומסתבר שראו את האונס), הוא אינו יכול לפטור עצמו בשבועה וחובה עליו להביא עדים. וכך נפסק להלכה בשו״ע חו״מ סימן רצ״ד סעיף ב׳, עי״ש ברמ״א.

מומחיות לשחיטה הינה דבר שחייב להיות ידוע לכל. ולפיכך, אם אין בכוחו להביא עדים על מומחיותו עליו לשלם[116].

אמנם, מדברי הראב"ד שדימה את דינו של הטבח האומן לדברי הגמ' 'הא אם יש ראיה יביא ראיה ויפטר[117]'. מוכח, שסובר שהטבח איננו בגדרי אדם המזיק אלא בגדרי שומר[118], שהרי דין 'יביא ראיה' אותו מזכיר הראב"ד הינו דין בדיני שומרים, ולפיכך אילו היה מדובר בדבר שאין רבים יודעים ממנו, היה נפטר בשבועה, ואילו לא היה נשבע היה חייב לשלם[119].

וכיון שטבח חיובו מדין שומר, לא נוכל להוכיח מדין הטבח לדינו של אדם המזיק שטוען שהזיק באונס, האם נטל הראיה שהיה אנוס מוטל עליו או על הניזק - עיין לעיל אות ג' שאי אפשר להוכיח מדין שומר לדין מזיק[120].

אבל מדברי השו"ע בחו"מ סימן ש"ו סעיף ז' נראה שלמד מדינו של טבח (שהוא כשומר) לדינו של אדם המזיק:

---

[116] עיין שו"ת בית הלוי חלק ג' סימן כ' (וע"כ נראה יותר) שכתב מעצמו כדברי הראב"ד. ועיין בהערות המו"ל לחידושי הראב"ד, שדן האם מדין שומר נוכל להוכיח גם לשאר דיני נזיקין.

[117] עיין הערה 115.

[118] וטעם הדבר הוא, שהטבח קיבל את הבהמה לרשותו כדי לשחוט אותה, וממילא נחשב כשומר.

[119] עיין חידושי רעק"א בסוגייתנו (ובשו"ת רעק"א תנינא סימן ק"ג אות טז), שכתב ג"כ שטבח דינו כשומר, והורחבו הדברים בשערי ישר שער א' פרק ה' : בטבח אומן שקלקל דצריך להביא ראיה שהוא מומחה... ולא אמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם, עיין ש"ך יו"ד סימן א' ס"ק ד' ובפמ"ג שם שנאר בצ"ע. ועל פי מש"כ י"ל דטבח שאני מכל ספק מזיק, דחיובו של טבח הוא משום שומר כמבואר בגמ' שם. ובחינם הוי שומר חינם ובשכר הוי כשומר שכר ומשום הכי חייב יותר מאדם המזיק. ובמקום אחר ביארתי ענין השבועה בשומרים שהוא חיוב השלמת שמירתו היינו מלבד הספק שמא פשע בשמירתו ונתחייב כבר לשלם איכא עליו חיוב שבועה להפיס דעתו של בעה"ב, היינו דשאני שבועה זו מכל ספק חיוב, דבשאר ספק חיוב אם יודע בעצמו שאינו חייב הוא פטור באמת ויכול לעשות כל טצדקי להפטר מבית דין באופנים המותרים, ובשומר אינו כן אף שיודע שלא פשע עדיין הוא חייב מדין תורה או לישבע להפיס דעתו של בעה"ב או לשלם...".

[120] ועיין בהערות לחידושי הראב"ד ובזריחת השני לב"ק, שכתבו שיש מקום לתרץ את קושיית הראב"ד, שאף שהכלל הוא המע"ה, כאן שהחיוב ברור ורק והמזיק רוצה לפטור את עצמו, עליו להביא ראיה, ועי"ש ובראשונים בשטמ"ק. ובשו"ת בית הלוי חלק ג' סימן כ'.

> טבח שעושה בחנם וניבל וכן שולחני שאמר יפה ונמצא רע[121], וכן כל כיוצ״ב עליהם להביא ראיה שהם מומחים, ואם לא הביאו ראיה, משלמין.

חיובו של שולחני הינו מדין גרמי בנזיקין והשו״ע מדמה את דינו לדין הטבח, משמע שהן בשומרים והן בנזיקין, מי שטוען טענת פטור (אונס) חייב לברר את דבריו. וכדברי השו״ע כתב גם הש״ך בסימן כ״ה ס״ק י״ג (אות ב׳) בדינו של דיין שרוצה לפטור עצמו בטענה שהוא מומחה:

> ונראה דכל היכא דפטור מתשלומין משום מומחה, אינו פטור עד שהוא מברר שהוא מומחה, ולאו כל כמיניה לומר מומחה אני, ולא שייך לומר כאן המע״ה, דאדרבה עליו לברר שהוא מומחה, וכדאמרינן בהגוזל [צ״ט ע״ב] זיל אייתי ראיה דמומחה את ואפטרך[122]...

כלומר, דיין שחיובו מדיני נזיקין, לא יוכל לפטור את עצמו עד שיוכיח שהוא מומחה.

אבל יתכן שאין ראיה מדינם של שולחני ודיין לשאר דיני של נזיקין, כיון שמומחיותו של שולחני או של דיין הינה דבר מפורסם, ואם לא יוכל להוכיח את מומחיותו הדבר יעורר חשד, אבל לא נוכל להסיק מכאן למקרה רגיל של נזק, וצ״ע.

<u>סַפָּק שְׁאֵילָה בְּבַעֲלִים</u>

ו. **רמב״ם פרק ב׳ מהלכות שאלה הלכה א׳, ח׳:**

---

[121] שולחני הינו מומחה למטבעות, ואמר על מטבע שהיא ׳כשרה׳ וידע שבעקבות קביעתו יקבל ראובן מטבע זו כפרעון חוב, ואחר שראובן קיבל התברר שהשולחני טעה – דינו של השולחני הינו בדיני הנזיקין (׳דינא דגרמי׳).

[122] ראיה זו הובאה במאמרו של הרב מרדכי אילן זצ״ל, בחוברת כנס תורה שבעל פה י״ח עמ׳ ע״ב. אולם הוא לא חילק בין סוגי נזיקין שונים כדברינו לקמן.

השואל בבעלים[123] אפילו נגנב או אבד בפשיעה פטור שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם...

(הלכה ח׳) שאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהן וכן השותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן ה״ז ספק אם היא שאלה בבעלים אם אינה, לפיכך אם מתה אינו משלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם.

פשע בה הרי זה משלם[124].

הרמב״ם לכאורה סותר את עצמו, לגבי מיתת הבהמה פסק שכיון שמדובר בספק (ספק שאילה בבעלים) אין לחייב את השואל. אבל בפשיעה חייב השואל, למרות שהפטור של שמירה בבעלים נאמר גם בפושע (כפי שכתב הוא עצמו בהלכה א׳), ובביאור דברי הרמב״ם כתב המגיד משנה:

אע״פ שפשיעה בבעלים פטורה, ובדין זה הדבר ספק אם הוא בבעלים אם לא, דעתו ז״ל שהפושע הוא כמזיק כמ״ש בביאור פ״ב מהלכות שכירות[125] וכיון שהוא כמזיק ואין שם ראייה ברורה לפטרו חייב לשלם[126].

---

[123] כלומר, ששאל את הבעלים לעשות עימו מלאכה ואת הבהמה או חפץ אחר של הבעלים לצורך מלאכתו.

[124] עיין הערה 94. ובשו״ע חו״מ סימן שמ״ו סעיף י״א כתב לגבי המקרה של ספק פשיעה בבעלים ״יש מחייבים ויש פוטרים״.

[125] רמב״ם פרק ב׳ מהלכות שכירות הלכה ג׳: ״יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן שאם היה ש״ח על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה, וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין פטור מלשלם באלו, אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון״. ועיין בשו״ע לעיל בעמ׳ 27.

[126] באבן האזל פרק ט״ו הלכות פסולי המוקדשין הלכה ז׳ כתב שטעם החיוב הוא שאין ספק מוציא מידי ודאי, כלומר הוא ודאי הזיק, וספק האם יש לו פטור של שמירה בבעלים, ולכן חייב לשלם. אבל הוא לא ביאר מדוע בפשיעה משלם. ובקובץ שיעורים לב״ב סימן תרנח כתב: ״וברמב״ם פ״ב מהל׳ שאלה לענין שאלה ספק בבעלים עיי״ש דפטור מספיקא ומ״מ אם פשע חייב, ועי״ש במ״מ, ושמא טעם החילוק דכל היכא דישנה לסיבת החיוב בודאי אלא דספק שמא יש כנגדה סיבה הפוטרת, כגון גבי בקרא וספסירא דהבקרא ודאי פשע אלא שרוצה לפטור עצמו שמא הספסירא ג״כ פשע, בזה אמרינן אין ספק פטור מוציא מידי ודאי חיוב, וכן לענין פשיעה בבעלים דסיבת החיוב ודאית שפשע, אלא דדין בבעלים הוא דבר הפוטר, ואין לומר דאם היה בבעלים אין כאן סיבה המחייבת כלל, דכיון דפושע ה״ה כמזיק סובר הרמב״ם דסיבת החיוב ישנה בזה, אלא שכנגדה יש סיבה הפוטרת, אבל לענין גו״א או אונסין אם הוא בבעלים אין כאן סיבת החיוב כלל״, ועי״ש באות תרנט.

ואולי הטעם הוא שבעל הבית האמין לשומר, ולכן במקרה של ספק, פטור. אבל בפושע שדינו כמזיק לא ניתן לומר שהאמינו לגבי הפשיעה שהרי אדם אינו מאמין למזיק ולכן מספק ישלם. אולם יש לדחות, כיון שאף שהפושע כמזיק, סו״ס אם לא היה מקבל חיובי שמירה לא היה מקום לחייבו על פשיעה זו וצ״ע.

על פי שיטת המגיד משנה בביאור שיטת הרמב"ם[127], אם מתעורר ספק הלכתי האם שומר פטור מלשלם, השומר פטור מלשלם, אבל אם קיים ספק הלכתי האם יש לפטור פושע שהוא כמזיק חייב לשלם למרות הספק.

ולכאורה, נוכל להסיק מדבריו שבכל מקרה בו מזיק טוען טענת פטור (טענת אונס) ואינו יכול להוכיח את טענתו, עליו לשלם כל עוד לא הוכיח את דבריו[128]. וכן כתב בקובץ שעורים חלק א', ב"ק דף צו: אות קי"ט:

[והא דחייב בספק מומחה[129], אולי אפשר לומר דגם מטעם מזיק גרידא יש לחייבו בספק אנוס, כמ"ש במ"מ מהל' שאלה גבי לספק פשיעה בבעלים...].

אולם נראה שלכאורה ניתן לחלוק על הראיה (ואף הקובץ שיעורים כתב את דבריו בלשון 'אולי'), כיון שאע"פ שפושע כמזיק, ברור הדבר שחיובו של אדם בפשיעה (כגון, הפקדון שהיה בחצר והשומר לא הכניסו לביתו והפקדון התקלקל בגשם), נובע מהיותו שומר, ולולי היה מקבל חיובי שמירה לא היה ניתן לחייבו על הנזק שאירע מחמת השמירה. ולכן למרות שחיובו של שומר בפשיעה הינו כמו מזיק, ודינו הוא שכל עוד שלא הוכיח שיש סיבה לפוטרו עליו לשלם, אין ללמוד מדינו של פושע שהוא כמזיק לדינו של אדם המזיק הטוען טענת פטור של אונס, וכפי שביארנו לעיל אות ג' שקיים חילוק בין אדם המזיק לבין שומר[130].

<u>שִׁיטַת הָרַשַׁב"א – סַפֵּק נְזִיקִין לְהַחְמִיר</u>

---

[127] וכדבריו כתב בבאר הגולה חו"מ סימן שמ"ו אות ק', ר' ובסמ"ע שם ס"ק יח. ועיין בערוה"ש שם סעיף י"א.

[128] ועיין שו"ת רעק"א תנינא סימן ק"ג אות ט"ז ובחידושי רעק"א לב"ק דף צט: שדימה בין דין הטבח לדין ספק שמירה בבעלים. אולם כתב שיש לחלק, כיון שבפשיעה בבעלים הוא ודאי הזיק (פשע) רק שקיימת גזירת הכתוב לפוטרו, והספק הוא האם נכלל בגזירת הכתוב, לעומת זאת בטבח השאלה היא האם הוא בכלל מזיק או לא.

[129] עי"ש בדינו של אומן.

[130] וע"ע בקצות סימן ש"מ תחילת ס"ק ד', לגבי ספק שמירה בבעלים.

ז. חידושי הרשב"א ב"ק דף ב': ד"ה "אבל במחוברת":

אבל במחוברת אימא כולה מועדת היא[131] כו'. קשיא ליה אדרבא אימא כולה תמה היא לשלם חצי נזק בלחוד דכל לאפוקי ממונא קולא לתובע וחומרא לנתבע[132] ?
וי"ל דאדרבה בנזיקין ספיקי דידהו להחמיר כאיסורין[133],[134].

קביעתו של הרשב"א שיש להחמיר בנזיקין ולחייב בספק נזיקין כמו באיסורין צריכה עיון מה טעמה. ואין לומר שכיון שבנזיקין נוסף לתשלום קיים גם איסור, ולכן יש להחמיר מחמת האיסור[135], כיון שגם בגזל ובגנבה קיים לאו, ואע"פ כן ספקם להקל, וממילא יש למצוא טעם המבדיל בין דיני נזיקין לשאר חיובי ממון שנאמרו בהם לאוין (עיין לקמן בשיטת החת"ס באות יא)

ח. תוס' כתובות דף נו. ד"ה "הרי":

דוקא כגון נזקין וערכין ופדיון הבן דמסברא לא הוה מחייבינן להו אם לא שחייבתו תורה בפירוש.

פדיון הבן וערכין הינם חיובים שחייבה תורה, שלולי תורה חידשה אותם לא היינו מחייבים אותם מעצמנו. אולם מסתבר שחיוב נזיקין היינו מחייבים אף לולי חיוב התורה (כשם שאומות העולם מחייבות תשלומי נזיקין), ומדוע תוס' סובר שלולי שחייבה תורה במפורש לא היינו מחייבים, וצ"ע.

ומכל מקום יתכן לדמות בין שיטת תוס' לשיטת הרשב"א. ועל פי שיטתם, חיוב

---

[131] עי"ש בסוגיית הגמ' שדנה האם דין קרן (שנאמר בו חילוק בין תם למועד) נאמר בקרן מחוברת (כמו קרן של שור) או בקרן תלושה (כמו צדקיה בן כנענה שעשה קרנים לעצמו). ותוכ"ד הדיון בגמ' נאמר שם שמא קרן מחוברת תהיה מועדת מתחילתה ולא יהיה בה כלל דין שור תם.

[132] פירוש, כיון שלגמ' יש ספק, היה לה לומר שמחמת הספק קרן מחוברת תהיה תמה ולא מועדת מתחילתה, כיון שבספק ממון הדין הוא המע"ה (קולא לנתבע). ומדוע הגמ' מעלה בדעתה שקרן מחוברת תהיה מועדת מתחילתה (ועי"ש מסקנת הגמ' שהוכיחה שקרן מחוברת היא הקרן עליה דיברה תורה וחילקה בין תם למועד).

[133] ועיין ב"ק דף ו: במחלוקת בספק אם אכלה שמינה או כחושה.

[134] ועי"ש תירוץ נוסף: "דלפחות מן התלושה א"א דק"ו הוא".

[135] ואכמ"ל מה הוא המקור לאיסור להזיק, ובתורה לא הוזכר איסור זה בפירוש. ועיין קהילות יעקב בתחילת מסכת ב"ק.

נזיקין הוא חיוב מחודש ולולי תורה חייבתו לא היינו מחייבים אותו, ולפיכך חיוב זה הינו ככל איסורין שבתורה, שיש להחמיר בספקו (לעומת ספק גזל, שאף לולי חידוש התורה מסתבר היה לחייבו, והרי הוא ככל דיני ממונות שבספק לא מוציאים ממון מהנתבע).

ט. על פי דברי הרשב״א יש לעיין האם נוכל להכריע מה דינו של מזיק הטוען שהיה אנוס ולכן יש לפוטרו. בפשטות, כיון שהרשב״א סובר שבספק נזיקין יש להחמיר, אף במקרה זה שלבית דין קיים ספק האם לחייבו לשלם – עליו לשלם ככל ספק איסור.

אולם יש מקום לחלק, כיון שבספק איסור האדם עצמו אינו יודע האם לפניו איסור או היתר ומכח הספק עליו להחמיר (ובספק מה היא קרן שחייבה תורה יש להחמיר ככל איסור). לעומת זאת במקרה שלפנינו המזיק טוען טענת ברי שהיה אנוס, וכיון שהוא עצמו סובר שהוא פטור, יתכן שלבית דין אין כח לחייבו לשלם.

כלומר, אילו החיוב לשלם היה מכח דיני ממונות, היה מקום לחייבו לשלם על פי הכרעת בית דין, אבל במקום שיסוד החיוב איננו בחיוב שלו כלפי חבירו אלא בחיוב שלו להימנע מאיסור, ואף בית דין יאמרו לו לשלם לא מכח התביעה שיש לחבירו אלא מכח חיובו לצאת מספק איסור, אם הוא עצמו סובר שלא עבר איסור, יתכן שאין עליו חובת תשלום.

י. קול סופר על המשנה[136], ב״ק פרק א׳ משנה א׳:

אי חיוב תשלומי נזיקין הוה כספק ממון לקולא כבכל נתבע, הוא הדין מי שתובע מחבירו תשלומי נזיקין אזלינן בכל ספק להקל.

[136] הרב חיים סופר בעל שו״ת תורת חיים, ציין לדבריו בזריחת השני ב״ק דף ג. (עי״ש שכתב ששיטת ר״ת כשיטת הרשב״א), ובב״ק דף ק:. וכן ציין שם לשערי תורה (הרב בנימין וואלף - תקפ״א), כלל ד׳ פרט ט״ו אות מ״ג שכתב: ״למדנו מרבינו זלה״ה לתירץ א׳ דין חדש, אף דקי״ל בכל מקום כשיש ספק חומרא לתובע וקולא לנתבע, מכל מקום בנזיקין כשיש ספק אזלינן לחומרא למזיק וא״כ הוא כשממונו הזיק כ״ש כשהוא עצמו הזיק״.

או נימא שתשלומי נזיקין שבא מכח פשיעות הגברא הוה ספק להחמיר עיין בחידושי רשב״א בדף ב...

כלומר, מדברי הרשב״א ניתן להסיק שבמקום בו יהיה לבית דין ספק בדיני נזיקין, הם יכריעו לחומרא ויחייבו את המזיק לשלם. וממילא אף בנידון שלפנינו שקיים לבית דין ספק האם הנזק אירע באונס כטענת המזיק או שלא היה אונס, בית דין יכריעו לחומרא.

והיה מקום לומר, שאף לשיטת הקול סופר שבספק תשלומי נזיקין חייב המזיק לשלם היינו רק במקרים בהם ברור לבית דין שהיתה פשיעה מצידו של האדם, והספק הוא באחד מפרטי התביעה, אבל במקרה בו הספק הוא האם יש ״פשיעות גברא״ כיון שהנתבע טוען שלא פשע והיה אנוס, שמא מודה הקול סופר שאין לחייב תשלום מספק.

אמנם עצם קביעתו של הקול סופר שיסוד דברי הרשב״א הם כיון שמעיקרא היתה ׳פשיעות גברא׳ אינם הכרחיים בדיוק לשון הרשב״א שהרי הרשב״א לא תלה את הדבר בפשיעה, וצ״ע.

יא. שו״ת חת״ס, יו״ד סימן רמ״א בביאור שיטת הרשב״א[137]:

[137] עי״ש בתחילת דבריו שציין לדברי הש״ך ביו״ד סימן קע״ז ס״ק ס״ח: ״היכא דאיכא ספיקא דדינא או מחלוקת בין הפוסקים אי הוי ריבית קצוצה או אבק ריבית כתבו בתשובת ר׳ אהרן ששון בסי׳ קס״ב בשם מהר״ש די מודינא דאזלינן לחומרא, משום דהוי ספק איסור דאורייתא. והוא חלק עליו דהוי ספק ממונא ולקולא דהמע״ה אם לא שרוב הפוסקים מסכימים שהוי ר״ק דהוי ספק איסור דאורייתא דאזלי׳ בתר רובא וכן נראה מדברי שאר אחרונים. ונ״ל שהב״ד יאמרו לו שהוא עושה איסור בדבר ויאיימו עליו וכן ראוי להחמיר לעצמו אבל אם אינו משגיח בכל זה אין כח ביד ב״ד להוציא ממנו כיון דהוי ספיקא דדינא. ולכאורה נ״ל ראיה ממאי דאמרינן בש״ס גבי מתנות כהונה ונתבאר לעיל סי׳ ס״א סעיף כ״ג וכן לקמן גבי בכור סי׳ ש״ה סי״ג וכן בכמה דוכתי דפטור משום המע״ה אע״ג דהוי מ״ע שבתורה וע״ל סי׳ רנ״ט ס״ק י״ד״.

> בניזקין מילתא אחריתי היא דעיקור ענין נזיקים היא גדר למ״ע ו׳נשמרתם מאד לנפשותיכם׳ ו׳אל תעמוד על דם ריעך׳ וכתיב ׳והיה עליך דמים׳, עיין מסכת מועד קטן דף ה׳ ע״א. ושיער הקב״ה בחכמתו שאם יתחייב התם כך והמועד כך ובור כך ורגל כך וכדומה, בזה נגדר הדבר וכל אחד ישמר נזקיו, ואם אנו מסופקים אם קרן מחובר די לו בשמירת תם או בשמירת מועד ספיקו להחמיר, וכן כל מה שאנו מסופקים בכוונת הקרא צריכים להחמיר מספק איסורא[138].
>
> אמנם שוב כל ספק שנולד אחר כך אם היה המעשה כך או כך או אם הלכה כפלוני או כפלוני בזה אזלינן לקולא לנתבע ככל ספק ממונא אף על גב דאית ביה איסורא כנ״ל. ואתי שפיר דברי הרשב״א הנ״ל בעזה״י.

על פי החת״ס ספק איסורין לחומרא כיון שיסוד דין איסורין הוא בסייג לנפשות, וזאת לגבי הגדרת המקרה ולכן סובר הרשב״א שספק נזיקין לחומרא. אבל בדין ודברים בנזיקין בין בעלי דינים או כמי להכריע הלכה, אף הרשב״א מודה שהדיון הוא ככל דיון בדיני ממונות.

ולשיטתו, במקרה בו המזיק טוען שהיה אנוס, ולבית דין יש ספק האם הוא צודק או לא, מסתבר שהכלל הוא המע״ה, וכל עוד הניזק לא יוכיח שהמזיק לא היה אנוס, המזיק פטור מלשלם.

<u>שִׁיטַת הַפְּנֵי יְהוֹשֻׁעַ וְהַחָזוֹ״א – מַחֲלֹקֶת הָאִם שְׁמַר כְּרָאוּי / הַשְׁלָכָה לְאָדָם הַמַּזִּיק הָאוֹמֵר שֶׁהַזִּיק בְּאוֹנֵס</u>

יב. אדם שיש ברשותו בעל חי חייב לשומרו שלא יזיק, ואם שמרו כראוי ואע״פ כן הזיק, פטור כיון שהוא אנוס (עיין במשנה ב״ק תחילת פרק הכונס דף נה:) וכך

---

[138] עיין שו״ת דברי יציב חו״מ סימן ע׳ (וסימן ס״ט) שכתב שתשלומי ׳קנס׳ (ונזיקין נכללים בקנס) הינם מכח גזרת הכתוב, ובחיוב של גזרת הכתוב לא נאמר הכלל של המע״ה. ובליקוטים והשמטות סימן קל״ג כתב, שבנזיקין צריך המזיק כפרה, ובספק האם אדם צריך כפרה עליו לשלם, עי״ש.

הדין גם בשאר אבות הנזיקין שאם שמר כראוי ואע״פ כן אירע אונס, פטור מלשלם. אמנם יש לעיין מה הדין כשמתעוררת מחלוקת בין הצדדים האם שמר כראוי.

יג. **פני יהושע ב״ק דף נו:**

> [139]ולא מצינו בשום מקום שיצטרך המזיק לישבע ששמרו כראוי. אלא נראה דאדרבה ניזק מחויב להביא ראיה שלא שמרו המזיק כראוי. ואף אם נאמר דמכ״ש מצי הניזק למימר זה השני לא מהימן לי בטענתו ששמרו כראוי. מ״מ לא שייך הכא לומר כן, דדוקא בשומר שנמסר לידו בתורת שמירה מן הבעלים ואין רשאי למוסרה לאחר דמצי למימר ׳לא מהימן לי׳, אבל בניזק לא שייך כלל לומר ׳את מהימן לי׳, כיון דרחמנא הוא דרמי נטירותא דבהמה על כל מי שהיא מסורה בידו לשמור.

לשיטת הפני יהושע:

- מותר לאדם לגדל בהמה, ועליו מוטל לשומרה שלא תזיק.
- בחיוב השמירה שהטילה תורה על האדם על רכושו, נכללת נאמנות לומר ששמר כראוי.

הפני יהושע מחלק בין שומר שמקבל פקדון מהבעלים לבין חובת שמירה שהטילה תורה על בהמתו של אדם. בפקדון אסור לשומר לתת לאחר, כיון שיכול בעל הפקדון לומר שאדם אחר איננו נאמן לו. אבל אדם שיש לו בהמה, תורה נתנה לו נאמנות שהוא שומר, וכיון שכך הוא פטור באונס ונאמן לומר שנאנסה.

אולם לכאורה יש לעיין בדבריו, שהרי בפקדון (שהבעלים סמכו על השומר), השומר איננו נאמן ועליו להישבע, ואילו הבעלים (שתורה הטילה עליהם שמירה) שבהמתם יצאה והזיקה סובר הפני יהושע שהבעלים נאמן אפילו ללא שבועה,

[139] עיין עמ׳ 108.

ומדוע במקום בו האמין המפקיד נפטר רק בשבועה ובמקום בו האמינה תורה (מזיק שטוען ששמר על שלו כראוי) נפטר ללא שבועה ?

והיה מקום לומר, שרק בשומרים תורה חידשה שבועה להפיס דעתו של בעל הבית, וזה הוא חלק מהחיוב שקיבל על עצמו השומר בעת קבלת השמירה[140] ולכן חייב השומר להישבע, אבל בבהמת בעלים שיצאה והזיקה תורה לא חייבה שבועה ומוכח שהאמינה לו אף ללא שבועה.

יד. לשיטת הפני יהושע שתורה האמינה לאדם ששמר את בהמתו כראוי, מסתבר שאף אדם המזיק שאומר על עצמו ששמר עצמו כראוי[141] והנזק אירע באונס גמור יהיה פטור.

אמנם יש מקום לחלק ולומר שרק בדברים התלויים בשמירה נאמן אדם לומר ששמר כראוי, ואדם המזיק חיובו איננו נובע רק מחמת אי שמירה אלא על עצם פעולת ההיזק שהוא עצמו עשה, ואולי לגבי מקרה זה אין לו נאמנות, וצ״ע[142].

טו. חזו״א ב״ק סימן ז׳ ס״ק ז׳:

ויש לעיין בבעלים אומרים ששמרו כראוי אי על הבעלים לברר בעדים או על הניזק לברר שפשעו הבעלים.

ומשמע שעל הבעלים לברר כיון דההיזק לפנינו, חשיב המזיק כטוען דבר מחודש ועליו לברר, ולפי״ז גם השומר חייב לשלם עד שיברר ששמר כראוי אע״ג דשומר לעולם נאמן בשבועה שלא פשע, הכא מתחייב נגד הניזק מדין בעלים ואינו נאמן בשבועה

---

[140] עיין לעיל הערה 119 בשם השערי ישר

[141] ב״ק דף ד. ״אדם שמירת גופו עליו״.

[142] עיין הערה 141 שאדם חייב לשמור על גופו, אולם נראה שלא כל חיובי אדם המזיק נובעים רק מדיני שמירה, כיון שחובת שמירה מרחיבה חיוב גם למקרה בו אדם לא הזיק מכוחו אלא הוזקו בו, אבל במקרה בו אדם הזיק בכוחו חיובו נובע מעצם ההיזק ולא רק באי שמירה (כך שמעתי מהגרז״נ גולדברג שליט״א).

שם ס"ק י"ח בסופו:

ובעיקר הדין נראה דעל המזיק לברר דשמר ויצאת באונס דסתם בחזקת נזק של חיוב קיים, וזכר לדבר ממה שכתב הריטב"א בש"מ ב"מ דף עו: דאם פועלים חוזרים בדבר האבוד ואיכא טענה וכפירה ביניהם שהפועלים טוענים שאפשר למצוא פועלים לגמור המלאכה, ובעל הבית מכחישם על הפועלים לברר.

בדברי החזו"א נאמרו שני טעמים:

- "כיון דההיזק לפנינו חשיב המזיק כטוען דבר מחודש ועליו לברר".
- "דסתם בחזקת נזק של חיוב קיים"

כלומר אחר ש'ההיזק לפנינו', יש על הבעלים 'חזקת חיוב', וכיון שהוא רוצה להפקיע את עצמו מחזקה זו, עליו מוטל להוכיח. ומסתבר שלשיטתו הוא הדין באדם המזיק שטוען שהיה אנוס, שעליו להוכיח שהוא אנוס.

ונראה, שיש חילוק בין שני טעמיו של החזו"א, לגבי מקרים בנזיקין בהם רוב רובם של המקרים קורים באונס. שעל פי טעמו הראשון של החזו"א סו"ס ההיזק בפנינו ולכן יתחייב לשלם כל עוד לא יוכיח שהוא פטור, ואילו על פי טעמו השני של החזו"א יש לפוטרו כיון שאין לנזק זו חזקה שנעשה באיסור. ושמא אף לטעמו הראשון של החזו"א יש לפוטרו שאע"פ ש'היזק בפנינו' כיון שטענתו של המזיק איננה 'דבר מחודש' אין חובה עליו להוכיח שהיה אנוס, וצ"ע[143].

[143] ומהגרז"נ גולדברג שליט"א שמעתי, שבמקרה של שריפה בלוח חשמל, מסתברת טענת הבעלים שהשריפה אירעה באונס, ואינו צריך להוכיח את טענתו (פסקים, כת"י). ובכל הענין עיין בספר נזיקין לישראל, בנספח מאת הרב מרדכי אילן זצ"ל עמ' 395 ובגוף הספר בעמ' 171. ועיין גם ברכת שמואל ב"ק סימן ב'. בית זבול ב"ק סימן א'.

סיכום

טז. **העולה מהאמור לעיל בדינו של מזיק שטוען שיש לפוטרו כיון שהיה אנוס:**

- **שומר הטוען טענת פטור חייב להישבע ואם לא נשבע משלם, ויש להסתפק האם נוכל להוכיח מדיני שומרים לדיני נזיקין (אות ג').**
- **נראה שלא נוכל להביא ראיה מטבה שחייב להוכיח שהוא מומחה (אנוס), כיון שדינו של טבח כשל שומר, אולם השו"ע והש"ך דימו את דינו של שולחני ודיין לדינו של טבח ויש לעיין האם נוכל להסיק מדבריהם לכל דיני הנזיקין (אות ד' – ה').**
- **בספק שמירה בבעלים, הרמב"ם מחייב בפשיעה וביאר המ"מ שהטעם הוא כיון שהוא כמזיק, ומכאן לכאורה יש להוכיח שאם אין ראיה לפטור, חייב המזיק לשלם, אולם ניתן לדחות את הראיה כיון שפושע נכלל בדיני השומרים (אות ו').**
- **שיטת הרשב"א שספק נזיקין לחומרא (אות ז') ויש מי שהסיק מדבריו שאף בספק תביעת נזיקין יש לשלם (אות י'), אולם החת"ס ביאר שבמקרה בו יש תביעה בפנינו הרי זה ככל ספק ממון והמע"ה (אות יא).**
- **לשיטת הפני יהושע במחלוקת האם שמר כראוי על ממונו ונאנס בשמירה נאמן לומר ששמר כראוי (אות יג), ולשיטת החזו"א על הבעלים להוכיח ששמר כראוי, ונראה שהוא הדין באדם המזיק שטוען שנאנס (אות טו).**

נספח – תשובת החת"ס

יז. **לעיל באות יא הובאה תשובת החת"ס. לקמן חלק נוסף מתשובה זו:**

כ"ע מודים דבכל ספק ממונא, קולא לנתבע אע"פ שהוא איסור עושק וגזל ואונאה וריבי' וכדומה מ"מ הכל קולא.
וטעמא נראה לי, הנה בכל מצות עשה שבתורה שמכין אותו עד שתצא נפשו אין רשות לירד לנכסיו כדי שיניח תפילין או יעשה סוכה.

וני״ל הטעם, משום דלמא נפקא מיניה בנין דמעלי[144], וכבש״ס בבא קמא דף קי״ט ע״א[145] ואפילו מאן דפליג במסור, מודה בשאר איסורים[146].

אך באיסורים הנוגעים בממון כגון מצוה לפרוע חוב ולהשיב גזל ואונאה וריבית, עד שמכין עד שתצא נפשו, מוטב לירד לנכסיו ואי משום בנין דמעלי הלא זה הממון אינו שלהם ויתמי דאכלי דלאו דדהו ליזלו בתר שבקיהו[147].

אך כל זה בודאי, אבל בספק אף על גב בשאר ספק איסורא דאוריתא דלהחמיר נמי מכין אותו עד שיסיר מספק איסור. מ״מ הכא בספק ממון אין מכין אפילו בגופו דעל ידי יסורי גופו יתן הממון המסופק, ואולי נפקי מיניה בנין דמעלי ולדידהו לא הוה ספק איסורא דאינהו לא עבדי איסורא ולא מוטל עליהם מצות פריעת בעל חוב ולא השבת גזילה[148] וספק ממון דידהו קולא לנתבע, על כן ספק ממונא לקולא אף על פי דכל ממונא אית ביה איסורא.

כלומר, בחיוב ממון שיש בו איסור (גזל), הרכוש איננו שייך לחייב ואף יורשיו (שלגביהם לא קיים איסור) יחזיקו ממון שאינו שלהם, ולכן בית דין יורדים לנכסיו ומוצאים ממנו. אבל, במקרה של ספק בחיוב ממון שהוא גם ספק איסור (כגון ספק גזל), ספק האיסור קיים רק לגביו, ואילו לגבי יורשיו יש רק ספק ממון שלגביו הכלל המע״ה, ולכן בית דין לא יכפו את החייב (לא בכפית מלקות ולא בירידה לנכסיו) כיון שכלפי היורשים מדובר רק בספק ממון שמותר להם להשאירו בידם.

דברי החת״ס לכאורה צ״ע, מדוע יש להתחשב ביורשים, והרי המוריש איננו בעל

---

[144] שמא יצאו מן האדם בנים מעולים, ויוכלו לרשת את ממונו.

[145] שם בגמ׳ מחלוקת האם מותר לאבד ממונו של מסור (מוסר – מלשין ממון חבירו לאנסים), ואע״פ שמותר להורידו לבור א״כ לא יהא גופו חמור מנפשו, אע״פ כן יש אומרים שאין לרדת לנכסיו דילמא יהיה לו זרע מעליא, ואין להפסיד לבניו את ירושתם הראויה להם.

[146] עיין כתובות דף פו. וצ״ע, שלכאורה הטעם הוא שממונו לא שועבד לצורך קיום המצוה ואילו הוא עצמו שועבד לצורך כך.

[147] ב״מ דף ע.

[148] ואינם נחשבים כמחזיקים ממון שאינו שלהם, כיון שעל פי ה׳חזקה׳ הוא שלהם, רק ה׳ספק איסור׳ מחייב השבה, ואילו הם לא עברו שום איסור.

חוב כלפי היורשים שאם בית דין יוציאו ממנו הם ב׳ספק גזל׳ ביחס ליורשים, היורשים זוכים רק בממון שנותר אחר פטירתו של המוריש אבל המוריש איננו חייב דבר למוריש, וצ״ע.

טַעֲנַת 'פַּרְעַתִּי' בְּהַלְוָאָה וּבְנִזְקִין

הַקְדָּמָה

א. מלוה התובע את הלואתו והלוה טוען כנגדו 'פרעתי' מודה בדבריו שהוא לוה, וחלה עליו 'חזקת חיוב' רק שהוא טוען טענת פטור - 'פרעתי'. אם מדובר במקרה בו לא היו עדים והלוה היה יכול לטעון להד"ם, הרי שהלוה הטוען פרעתי יש לו מיגו שהיה אומר להד"ם[149], אבל אם הלוה אינו יכול לטעון להד"ם כיון שלמלוה יש עדים על עצם ההלואה, יש לעיין אם הטענתו שפרע תתקבל.

במקרה בו לוה טוען איני יודע אם לויתי, הוא פטור מלשלם, כיון שלא הכניס עצמו לכלל חיוב, אבל אם טענתו היא איני יודע אם פרעתי, חובה עליו לשלם כיון שמודה שיש לו 'חזקת חיוב' (עיין שו"ע חו"מ סימן ע"ה סעיף ט'). ומכאן שיש לעיין האם בכוחו של הלוה שטוען 'פרעתי' להפקיע ממנו את חזקת החיוב, כשאין לו מיגו של להד"ם.

פַּרְעַתִּי בְּתוֹךְ זְמַנִּי

ב. גמ' ב"ב דף ה. - ה: :

אמר ריש לקיש, הקובע זמן לחבירו, ואמר לו פרעתיך בתוך זמני אינו נאמן, ולואי שיפרע בזמנו[150].
אביי ורבא דאמרי תרוייהו, עביד איניש דפרע בגו זימניה, זימנין דמתרמו ליה זוזי, אמר, איזיל איפרעיה כי היכי דלא ליטרדן.

מדברי ריש לקיש ואביי רבא מוכח, שאילו טענת הלוה היתה שפרע במועד הפרעון, טענתו היתה מתקבלת. המחלוקת היא רק במקרה בו הלוה טוען שפרע

[149] ועיין במשנה בשבועות דף לח: שאפילו אמר שחייב ולמחרת אמר "החזרתיו לך" – פטור.
[150] עיין תוס' ד"ה ובא", שמדובר במקרה בו יש עדים על עצם ההלואה ומועד הפרעון, שאל"כ נאמן במיגו שלהד"ם.

בתוך הזמן, שסובר ריש לקיש, שכנגד טענת הלוה שפרע, עומדת החזקה שאין אדם פורע בתוך הזמן.

לכאורה יש לעיין בשיטתו של ריש לקיש, שהרי הוא עצמו מסיים 'ולואי שיפרע בזמנו', משמע שפרעון בזמן איננו דבר המובן מאליו וא"כ גם לוה שיטען שפרע בזמן, טענתו לא תתקבל, כיון שגם אחר הגעת הזמן אין חזקה שאדם פורע - עיין לקמן אות ד'.

<u>הַמַּלְוֶה אֶת חֲבֵירוֹ בְּעֵדִים הָאֲמוּר צָרִיךְ לְפוֹרְעוֹ בְּעֵדִים / גָּזְלָן שֶׁגָּזַל בְּעֵדִים וְאוֹמֵר שֶׁהֶחֱזִיר</u>

ג. גמ' שבועות דף מא. – מא[151]:

אמר רב יהודה אמר רב אסי, המלוה את חבירו בעדים, צריך לפורעו בעדים...
רב יוסף מתני הכי, אמר רב יהודה אמר רב אסי, המלוה את חבירו בעדים, אינו צריך לפורעו בעדים[152], ואם אמר אל תפרעני אלא בעדים, צריך לפורעו בעדים....

הצורך בעדים בשעת פרעון החוב איננו לעצם הפרעון אלא לראיה שהיה פרעון[153]. אם הלוה פרע שלא בפני עדים, והמלוה תובע ממנו שלמרות שכבר פרע לו, יפרע לו שוב בפני עדים, ודאי שאין ממש בטענתו, כיון שהוא קיבל את מעותיו, ואין לו זכות לתבוע יותר ממה שנתן[154]. ונמצא שהמחלוקת היא, האם לוה שטוען פרעתי נאמן במקרה בו העדים מעידים שהיתה הלואה, ואין ללוה מיגו שהיה אומר להד"ם.

---

[151] עי"ש במשנה בדף לח:.

[152] עיין לקמן עמ' 52 ששיטת רש"י היא שנאמן לומר שפרע, אבל אם יש עדים שסירב לפרוע, אביד את נאמנתו – והרא"ש חולק.

[153] כלומר מדובר על עדים שמטרתם ראיה ולא בעדי קיום, ובניגוד לקידושין שאם נעשו שלא פבני עדים אין להם משמעות כלל.

[154] ואם היה מקבל פעם נוספת בהסכמת הלוה היה עובר על איסור ריבית, ואם היה מוציא ממנו בעל כורחו (שהיה טוען שהלוה לא פרע, למרות שהאמת היא שפרע) היה נחשב גנב או גזלן.

ועל פי דברינו לעיל (אות א'), המחלוקת היא האם הלוה שיש לו 'חזקת חיוב' יכול להפקיע את עצמו מחזקה זו על ידי אמירת פרעתי.

ד. עליות דרבנו יונה, ב"ב דף לג: - לד. ד"ה "ההוא דחטף":

> דכיון דאיכא עדי חטיפה[155] אינו נאמן לומר החזרתי, דבהלואה הוא דאמר המלוה את חברו בעדים אין צריך לפורעו בעדים, דכיון דלפורעו קאי נאמן לומר שפרעו.
> אבל גזלן הרי אינו גוזל על מנת לשלם, לפיכך אינו נאמן לומר החזרתי וצריך לשלם בעדים...[156]

ללוה יש 'חזקת חיוב', אבל מעיקרא חזקה זו היתה מוגבלת לזמן, שהרי החוב עומד לפרעון וכוונת הלוה לפרוע את חובו, וכיון שכך לוה שטוען שקיים את חובתו לפרוע דבריו מתקבלים. לעומת זאת בגזל, אף שקיימת חובה על הגזלן להשיב את הגזילה, הוא עצמו גזל שלא על מנת להשיב, ולכן גזלן שטוען פרעתי, טענתו לא תתקבל – ועיין לקמן עמ' 90 ואילך.

ולשיטתו במקרה של פקדון, מסתבר גם כן ששומר שאמר 'החזרתי' נאמן שהרי מעיקרא קיבל לשמור לזמן ויש חזקת 'עומד ליפרע' בשמירה, וכ"ש מהלואה שבה הלוה נהנה מהכסף, ואילו שומר חינם שאין לו שום הנאה בחפץ שבידו מסתבר שטענתו שהחזיר ודאי תתקבל[157] - ועיין לקמן באות ו', ח', ובהרחבה בעמ' 78 ואילך.

ובהלואה, אע"פ שריש לקיש אמר "ולואי ויפרע בזמנו" (כנ"ל אות ב'), אם הלוה טוען שפרע, טענתו תתקבל שהרי אין להחזיק אדם כרשע שאינו מקיים את חובתו לפרוע בזמן, ואף שיש מיעוט אנשים שאינם פורעים בזמן, אין בכוחם להטיל דופי ברוב האנשים שחזקתם אנשים כשרים שפורעים את חובם בזמן (או שריש

---

[155] עדי חטיפה - עדים שראו שפלוני חטף (גזל) חפץ של פלוני.

[156] וכך כתב גם הרשב"א בכתובות דף יח. והמ"מ בפרק ד' מגזלה הלכה י"ד. ועיין בעמ' 52 ואילך בהרחבת הדברים.

[157] וכך גם בשומר שכר ושואל, רק שלגביהם אין "כל שכן" ביחס להלואה.

לקיש סובר כשיטה האומרת שהמלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים ואינו נאמן לומר פרעתי).

ה. דברות משה ב"ב סימן ד' עמ' ל"א:

> דכל הנאמנות לטענת פרעתי אף אחר זמנו, הוא רק מטעם 'דעומד ליפרע', דבלא זה כיון שידוע שהיה חייב, לא היה לן להאמינו כיון דהוא נגד 'חזקת החיוב'. שלא שייך לומר דהוא נגד 'חזקת הממון' כיון דהחזקה היא להוציא הממון, ואין להחשיבה חזקה נגד חזקה ושיהיה עוד במעלת מוחזק שעדיפא מכל החזקות, מאחר דעל זה היא החזקה דחייב להוציא ממנו. אבל מכיון שעומד ליפרע אין לנו ממילא 'חזקה שחייב' כדבארתי בחידושי בב"ב[158]...

כלומר 'חזקת החיוב' מתבטלת מול 'חזקת הפרעון' ולכן מתקבלת טענת פרעתי של הלוה.

ומכאן שיש לעיין מה הוא הנימוק של השיטה הסוברת שהלוה אינו נאמן לומר שפרע (אות ג'). יתכן, שלשיטה זו ההנחה היא שאע"פ שאדם חייב לפרוע בזמן, לא תמיד הוא עומד בהתחייבותו (וכדברי ריש לקיש 'ולואי ויפרע בזמנו' - לעיל אות ב'). אולם על פי הסבר זה המחלוקת היא בהערכת המציאות, האם אנשים עומדים בפרעון חובותיהם, או שהמחלוקת היא האם המיעוט שאינו פורע בזמנו בכוחו לערער את חזקת 'עומד ליפרע' – ועיין לקמן באות ז'.

ו. ספר התרומות, שער כ"ה חלק א' אות א':

> גרסינן בשבועות פרק שבועת הדיינין, אמר רב יהודה אמר רב אסי המלוה את חבירו בעדים א"צ לפרעו בעדים ויכול לטעון פרעתיך.

[158] שו"ת אג"מ חו"מ ח"א סימן ל"ג: "דנאמן לומר פרעתיך אף דהוא נגד חזקת חיוב משום דעומד לפרוע איתרע שוב החזקת חיוב".

פירוש שיכול הלוה לומר אע״פ שהמלוה לא האמין בי והלוה לי בפני עדים מפני שהיה לו לחושדני ברשע מפני שאני צריך לבריות[159], אבל אני היה לי להאמין בו שהייתי קורא עליו ׳תומת ישרים תנחם׳[160] ולא חשדתיו ופרעתיו בלא עדים, ולפיכך נשבע היסת ופטור[161].

יש לעיין האם ספר התרומות חולק על טעמו של רבינו יונה (׳דלפורעו קאי׳ – אות ד׳) או שהוא בא לענות על שאלה אחרת.

בפשטות, רבינו יונה סובר שנאמנותו של הלווה נובעת מחמת חזקת הפרעון ואילו ספר התרומות מקבל את דברי הלוה, כיון שלא היה עליו לחשוד במלוה. ולשיטת רבינו יונה בפקדון נאמן השומר לומר שהחזיר, ואילו על פי שיטת ספר התרומות השומר לא יהיה נאמן כיון שעליו לחשוד במפקיד כשם שהמפקיד חשד בו[162].

אבל, נראה להציע שאין מחלוקת בין רבינו יונה לבין ספר התרומות. רבינו יונה דן בשאלת מקור הנאמנות של הלוה לטעון פרעתי, ועל כך עונה רבינו יונה שיש ללוה חזקת פרעון, ואף ספר התרומות לא יחלוק על כך. ספר התרומות מעורר שאלה חדשה שעליה לא דן רבינו יונה. השאלה היא מדוע הלוה לא השיב בעדים כפי שעשה המלוה, ועל כך בא חילוקו של רבינו יונה, בין מלוה לבין לוה.

אמנם, אף לדברינו, לשיטת ספר התרומות, נפקד שקיבל חפץ בעדים עליו להשיב בעדים כיון שהיה לו לחשוד במלוה כשם הלוה חשד בו (ועיין אות ד׳), וצ״ע.

---

[159] וכדין הגמ׳ בב״מ דף עה:, שאין להלוות בלא עדים, כדי שהלוה לא יוכל לכפור (ברשעותו) ולומר להד״ם. אמנם בגמ׳ שם נימוק נוסף לחיוב להלוות בעדים, כדי שהמלוה שיתבע את הלוה והלוה יכפור לא יגרום קללה לעצמו שהשומעים יאמרו שהמלוה מעליל עלילות שוא על הנתבע ויקללו את המלוה. ועי״ש שטעם זה שייך גם בלוה תלמיד חכם, שמא מחמת היותו שקוע בתלמודו ישכח ויכפור. ויש לעיין האם דברי ספר התרומות תקפים אף לנימוק זה, ועיין הערה 173.

[160] עיין ב״מ דף לה. .

[161] עיין גדולי תרומה שם.

[162] לעומת הלואה בה יש למלוה סיבה לחשוד בלוה, בפקדון אין למלוה סיבה לחשוד בשומר, ואילו היה חושד בו לא היה מפקיד אצלו. ולכן, אם למרות זאת חשד בו והפקיד אצלו בעדים, מוטל על השומר להשיב לו בעדים.

ז. על פי דברי ספר התרומות, נראה שהשיטה הסוברת שהמלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים, טענתה היא שלוה שראה שהמלוה מקפיד להלוות בעדים מוטלת גם עליו חובה לפרוע בעדים, וכך מבואר בר״ן על הרי״ף במסכת שבועת דף כ: מדפי הרי״ף:

> טעמא דרב אסי בלישנא קמא, מפני ששמו חכמים דעתם של בריות שכל הלוה בעדים אינו פורע אלא בעדים שכיון שהוא רואה דאיהו לא מהימן למלוה שהרי אינו מלווהו אלא בעדים לוה נמי לא מהימן ליה וירא שמא יתבענו פעם אחרת אע״פ שמן הדין יכול לומר לו פרעתי דהמע״ה, אפ״ה אין עשוי לפורעו אלא בעדים שמכיון שהמלוה יכול לברר הלוואתו בעדים אף הלוה חושש שמא יוציא לעז עליו ואינו פורע אלא בעדים, הלכך כי אמר פרעתי בלא עדים שקורי משקר...
>
> ובלישנא בתרא אמר רב אסי המלוה חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים משום דס״ל דאין הלוה מתייירא שאם יפרענו בלא בעדים שיכפור לו מלוה פרעונו ויוציא לעז עליו שהכל יודעים שדרך בני אדם לפרוע בלא עדים ואע״פ שלוה בעדים...

<u>שִׁיטַת הריטב״א – גַּלִּי אַדַּעְתִּיהּ דְּלָא מֵיהֵמַן</u>

ח. חידושי הריטב״א, שבועות דף מא. :

> וטעמא דרב אסי בלישנא קמא משום דסבירא ליה דכיון שהקפיד להלוות לו בעדים הא גלי אדעתיה דלא מהימן ביה וכמאן דאמר ליה שלא יהא נאמן עליו אלא בעדים דמי, ולית הלכתא כוותיה...

מדברי הריטב״א נראה שלא כשיטת רבינו יונה (לעיל אות ד׳), כיון שרבינו יונה תולה את הנאמנות של הלוה בחזקת ׳עומד ליפרע׳ ואילו מדברי הריטב״א נראה שהמחלוקת (עיין אות ב׳) יסודה באומדן דעתו של המלוה. ועל פי השיטה הסוברת שאין חובה על הלוה לפרוע בעדים, הטעם לכך הוא, שמלוה שלא אמר ללוה שיפרע לו בעדים, גילה דעתו שהוא מאמין ללוה שיאמר לו שפרע, אף אם

הלוה לא יביא עדים על הפרעון[163], ונראה שכך הדין גם בפקדון (עיין אות ד׳, ו׳).

פְּסַק הַשו״ע וְסִיכּוּמָם

ט. שו״ע חו״מ סימן ע׳ סעיף א׳:

המלוה את חבירו בעדים, בלא קנין ובלא שטר, אין צריך לפרעו בעדים, אלא נאמן בשבועת היסת[164] לומר פרעתיך.

י. העולה מהאמור לעיל:

- לוה הטוען פרעתי, נאמן במיגו דלהד״ם אא״כ אם יש עדי ההלואה (אות א׳).
- בגמ׳ קיימת מחלוקת האם לוה נאמן לומר פרעתי כאשר יש עדים על ההלואה (אות ג׳) ולהלכה פסק השו״ע שנאמן (אות ח׳).
- נאמנתו של הלוה נובעת מכח חזקת ׳לפורעו קאי׳ שקיימת בכל הלואה (שיטת רבינו יונה באות ד׳ – ועיין לקמן בעמ׳ 90) או מכך שמלוה שלא דרש פרעון בעדים גילה דעתו שמאמין ללוה (שיטת הריטב״א – אות ח׳).
- למרות שהמלוה הלוה בעדים, לוה שפורע בלא עדים יכול לטעון שלא ראה סיבה לחשוד במלוה כיון שרק למלוה יש יסוד לחשוד בלוה שהוא רשע, או מפני שכולם יודעים שהלוואות נפרעות ללא עדים (אות ו׳, ז׳).
- בגזל, חייב הגזלן להשיב בעדים ואינו נאמן לומר שהחזיר, כיון שמעיקרא גזל שלא על מנת להשיב (אות ד׳).
- שומר שטוען שהשיב את הפקדון, נאמן על פי שיטת רבינו יונה והריטב״א (אות ד׳,ט׳) אבל לשיטת ספר התרומות נראה שאינו נאמן.

---

[163] ואע״פ שהמלוה הלוה בעדים, הוא נהג כך כיון שכך חייבו אותו חכמים – עיין הערה 159, ועיין לקמן בהערה 265.

[164] לגבי שבועת היסת – עיין עמ׳ 52. ויש לעיין האם הנאמנות נובעת מחמת תקנת שבועת היסת, או שאפילו קודם התקנה נאמן, רק שאחר שתוקנה שבועת היסת עליו להישבע, ועל פי דברי הראשונים לעיל נראה שהנאמנות היא מעיקר הדין ולא מחמת השבועה, רק חכמים תיקנו שישבע.

השהייתַ שטר פרוע בתוך ביתו

הקדמה

א. לעיל עסקנו בדינו של לוה שמודה שלוה אבל טוען שפרע את החוב ולהלכה נפסק שהוא נאמן (עמ׳ 57). לקמן (עמ׳ 71 ואילך) נדון האם טענת פרעתי של לוה, תתקבל גם אם שטר החוב מוחזק בידו של המלוה. במקרה זה טענת הפרעון של הלוה חלשה לעומת המקרה של הלואה בפני עדים. שהרי העדים אינם יודעים דבר על הפרעון, ואילו השטר שבידו של המלוה לכאורה מוכיח שההלואה לא נפרעה, כיון שהמלוה טוען שאילו ההלואה היתה נפרעת היה הלוה דורש ממנו את השטר (כדי שלא יוכל לגבות בו שנית) או שהלוה היה מחזיק בידו שובר (קבלה) ששילם את החוב.

ב. כדי לעמוד על כוחו של הלוה לטעון שפרע, למרות ששטר החוב בידו של המלוה, יש תחלה לדון האם קיימת חובה על המלוה להשיב את שטר ההלואה לידיו של הלוה בשעת פרעון ההלואה.

אל תשכן באהליך עולה

ג. גמ׳ כתובות דף יט. – יט: :

דא״ר כהנא, אסור לו לאדם שישהה שטר אמנה[165] בתוך ביתו, משום שנאמר (איוב י״א) אל תשכן באהליך עולה...
אמר רבי יהושע בן לוי, אסור לו לאדם שישהה שטר פרוע בתוך ביתו, משום שנאמר (איוב י״א) אל תשכן באהליך עולה[166]...

[165] שטר אמנה- הלוה לא לוה אבל מסר שטר ביד המלוה שאם יזדקק להלואה, כבר יהיה שטר ביד המלוה (שטר פסים – שטר בו אדם כותב שהוא חייב לחבירו, כדי שחבירו יוכל להראות כאדם עשיר שמלוה לאחרים ואחרים חייבים לו כסף).

[166] עיין הערה 195 שהשו״ע בסימן ס״א סעיף י״א כתב שהאיסור הוא לאו מדברי קבלה.

מאן דאמר שטר פרוע[167], כל שכן שטר אמנה[168].

ומאן דאמר שטר אמנה, אבל שטר פרוע לא[169], דזמנין דמשהי ליה אפשיטי דספרא[170] (רש״י: שעל הלוה ליתן שכר הסופר[171] ופעמים שאין לו ונותנו המלוה וחוזר וגובהו ממנו בשעת פרעון ומעכב השטר עליו).

הגמ׳ איננה מבארת מדוע ריב״ל מגדיר השהיית שטר פרוע ביד המלוה כעוולה[172]. מסתבר שהטעם הוא שמא יבואו המלוה או יורשיו לגבות בשטר זה או במזיד או בשגגה שישכחו שהשטר נפרע ויתבעו מהלוה לפרוע שוב[173]. ונראה מלשונו של ריב״ל, שחובת קריעת השטר או השבתו לידי הלווה אינה נובעת מכח דרישתו של הלוה לפרוע את השטר אלא איסור עצמי החל על המלוה, שאסור לו להשאיר בביתו שטר שיכול להביא אותו עצמו ליד מכשול של גביה חוזרת. ואפילו אם הלוה לא שילם למלוה את שכר הסופר (שהמלוה שילם מעיקרא) אסור למלוה להשאיר את שטר ההלואה בידו כאמצעי לחץ על הלוה (ורק לשיטת רב כהנא הדבר הותר, כפי שמבואר בסוגיא)[174].

הפוסקים כתבו שעל המלוה חל איסור להשהות שטר פרוע בביתו אפילו אם הלוה שותק (ש״ך סימן ס״א ס״ק ט״ז) ואפילו אם הלוה מסכים לכך (שו״ת התשב״ץ חלק א׳ סימן כ״ד, נתיבות סימן נ״ז ביאורים ב״ק א׳). ומסתבר שהטעם

---

[167] מאן דאמר שאסור להשהות בביתו שטר פרוע.

[168] שטר פרוע הינו שטר אמיתי שנפרע, אבל שטר אמנה אינו אמיתי. ולכן אם אסור להשהות שטר פרוע (שיסודו אמת) כל שכן שאסור להשהות שטר אמנה שאינו אמיתי כלל.

[169] ״לא״ – לא קיים איסור להשהותו בתוך ביתו למרות שהלוה פרע.

[170] גמ׳ ב״מ דף טז: ״גבי שטר חוב מאי איכא למימר, אם איתא דפרעיה איבעי ליה למיקרעיה לשטריה. אימור, אשתמוטי קא משתמיט ליה, דאמר ליה למחר יהבנא לך, דהשתא ליתיה גבאי. אי נמי אפשיטי דספרא זייר ליה״ (עיין בהערה הבאה). ועל פי הטעם של ההשתמטות, המלוה משאיר בידו את השטר בכוונת זדון לגבות שנית. ועיין בדברי הרשב״ם בעמ׳ 52, שמחזיק השטר יכול לטעון שאיבד את השטר.

[171] הסופר כתב את השטר ומגיע לו שכרו, החיוב לשלם לסופר מוטל על הלוה. במקרה שלפנינו המלוה שילם לסופר עבור השטר. ונמצא שבנוסף לדמי ההלואה חייב הלוה למלוה את שכר הסופר. בשעת הפרעון פרע הלוה את חובו אבל לא את שכר הסופר, והלוה מעכב בידו את שכר הסופר עד שהלוה ישלם לו את שכר הסופר.

[172] עיין ש״ך חו״מ סימן ס״א ס״ק ט״ז שהסתפק האם מלוה שנותן ללוה שובר (קבלה) עובר על הלאו של ׳אל תשכן באהלך עולה׳, ומסקנתו לאיסורא אא״כ כותב את השובר על השטר עצמו.

[173] מעין האיסור להלוות ללא עדים – עיין הערה 159. ומעין האיסור להשהות בביתו ספר שאינו מוגה (עיין בהמשך הסוגיא בכתובות בדף יט:).

[174] אמנם עיין הערה 194.

הוא כנ״ל, שמא המלוה יגבה בו שנית[175]. והנתיבות (הנ״ל) הוסיף טעם נוסף, שלא די בהסכמת הלוה, כיון שבשטר יש שיעבוד נכסים אף על נכסים שנמכרו על יד הלוה, ולכן אפילו אם הלוה מסכים, יכולים הלקוחות[176] להינזק ולכן אסור למלוה להשאיר את השטר בביתו[177].

ד. הגמ׳ אינה מבארת מה טעמו של רב כהנא המתיר למלוה להשאיר שטר פרוע בתוך ביתו. על פי מהלך הסוגיא נראה שרב כהנא סובר שאין ׳עוולה׳ בהשארת שטר פרוע בביתו של המלוה, ומסתבר שטעמו הוא שהלוה אינו חושד במלוה או יורשיו שיגבו בו שנית. אמנם רב כהנא לא ביאר האם במקרה בו הלוה ידרוש את שטר ההלואה חובה על המלוה להשיב לו, ואם לא ישיב עובר על איסור.

יתכן שמדברי רב כהנא אין לדייק, כיון שהסוגיא דנה על השאלה האם החזקת שטר פרוע בידו של המלוה הינה מעשה עוולה או לא (מכח החששות הנ״ל), אבל האם יש ללוה זכות לתבוע את השטר – רב כהנא לא גילה את דעתו (ועיין לקמן אות ו׳).

ה. הגמ׳ ביארה שלשיטת רב כהנא המלוה משאיר את השטר בידו משום ׳פשיטי דספרא׳. דהיינו, כדי לאלץ את הלוה להשיב לו את שכר הסופר שהוא מלוה על פה שהלוה המלוה ללוה עבור תשלום שכר הסופר שמוטל על הלוה, ולא היה ביד הלוה לשלמו בשעת ההלואה[178].

יתכן לבאר שכיון שהלוה לא קיים את חיובו לפרוע את דמי כתיבת השטר למלוה, אין עוולה בהשארת השטר בידו של המלוה כיון שכנגד חשש העוולה בהחזקת

---

[175] יל״ע האם לוה שסומך על המלוה ובשעת הפרעון אינו דורש ממנו את שטר ההלואה, עובר על איסור לפני עור ביחס למלוה. אמנם, מדובר בשב ואל תעשה, וכן בספק לפנ״ע וכו׳.

[176] שהם לא יודעים האם המוכר (הלוה) פרע את חובו למלוה.

[177] אמנם, על פי טעם זה, אם הלוה והלקוחות יסכימו להשאיר את השטר בידו של המלוה, הדבר מותר. ועיין לקמן הערה 200.

[178] שכר הסופר הינו עבור כתיבת שטר ההלואה. ויש לעיין האם על פי שיטת רב כהנא מותר למלוה להשאיר בידו שטר הלואה כדי לאלץ את הלוה להשיב לו מלוה על פה שהלוה לו בהזדמנות אחרת או רק במקרה שלפנינו בו השהיית השטר נעשית עקב אי פרעון התשלום על השטר הנוכחי מותר לו להשהות. ובפשטות כיון שהגמ׳ לא תירצה שלדעת רב כהנא המלוה משאיר את השטר בידו מחמת מלוה אחר מוכח שאף לשיטתו מותר להשהות את השטר אך ורק עבור פשיטי דספרא של שטר זה, וצ״ע.

השטר ביד המלוה (שמא יגבה בו שנית), עומדת עוולתו הברורה של הלוה שלא משיב את דמי כתיבת השטר למלוה, ומי שמשאיר בידו את שטר ההלואה הפרוע כדי לאלץ אל הלוה לקיים את חובתו אינו נחשב כמי שעושה מעשה עוולה.

לדברינו, רב כהנא מודה שהשארת שטר פרוע ביד המלוה היא עוולה, אבל כנגד זאת עומדת עוולתו של הלוה שאינו משלם את שכר הסופר ששילם עבורו המלוה. ומכאן, שאם הלוה כבר שילם את שכר הסופר, אין היתר למלוה להשאיר את השטר בידו מחמת העוולה שבדבר.

ו. אבל בניגוד לדברינו לעיל, ניתן להציע שלשיטת רב כהנא לעולם מותר למלוה להשאיר את השטר אצלו, אפילו אם הלוה פרע לו את התשלום של שכר הסופר (או שמעיקרא הלוה שילם בעצמו לסופר), ודברי הגמ׳ לגבי ׳פשיטי דספרא׳ הינם דוגמא בעלמא, ולאו דוקא[179]. ויתכן לדייק זאת מדברי רב כהנא עצמו שדן רק על שטר אמנה ולא הזכיר כלל את דינו של השטר הפרוע, וממילא לעולם מותר לו להשאירו בידו.

ומכל מקום, מדברי רב כהנא אין הכרעה האם דרישה של הלוה להשיב את השטר מחייבת את המלוה להשיבו – ועיין באות יג ואילך.

<u>מִדְּוַעַ מַלְוֶה רוֹצֶה לְהַשְׁאִיר בְּיָדוֹ שְׁטַר פָּרוּעַ</u>

ז. על פי סוגיית הגמ׳ בכתובות, מלוה רוצה להשאיר בידו שטר פרוע, כדי לאלץ את הלוה לפרוע לו את שכר הסופר. לדעת רב כהנא מותר לעשות כך ולדעת ריב״ל הדבר אסור (לעיל אות ג׳ ואילך).

אמנם בסוגיות אחרות בגמ׳[180] מוכח שלשטר קיים שימוש עצמי כדי ״לצור על פי

[179] עיין הערה 170 שפעמים מלוה משתמט ואינו משיב את שטר החוב, גם ללא טענת פשיטי דספרא.

[180] עיין ב״מ דף יג. : ״אומר היה רבי מאיר, שטר חוב שאין בו אחריות נכסים - אין גובה לא ממשעבדי ולא מבני חרי. וכי מאחר שאינו גובה אמאי יחזיר? אמר רבי נתן בר אושעיא, לצור על פי צלוחיתו של מלוה. ונהדריה להו ללוה לצור על פי צלוחיתו של לוה...״. ועיין ב״ק דף יג. (במחלוקת האם הוא צריך לשטר כדי

צלוחיתו" ואף שמדובר בשימוש שאין בו ערך רב, סו"ס נהגו להשתמש בניירות ושטרות כדי לצור על פי צלוחיות, ולכן יתכן שהמלוה רוצה לעכב את שטר ההלואה בידו ככיסוי לצלוחיתו (אמנם הלוה יכול לטעון שהוא זה שרוצה את השטר כדי לצור על פי צלוחיתו שלו[181]).

ח. בגמ' במסכת שבת דף עח: - עט. מובאת מחלוקת בין ת"ק לבין ר' יהודה האם אדם המוציא שטר חוב פרוע לרשות הרבים בשבת חייב משום איסור הוצאה. לדעת ת"ק המוציא פטור ולדעת ר' יהודה המוציא חייב. ומבאר שם רב יוסף[182], שלדעת רבנן אסור לאדם להשהות שטר פרוע בתוך ביתו, ולכן אין למלוה שום שימוש בשטר ולכן המוציאו לרשות הרבים פטור, ואילו לשיטת ר' יהודה מותר למלוה להשאיר בביתו שטר שאינו פרוע. ופירש שם רש"י בד"ה "הלכך" ובד"ה "מותר" שהשימוש בשטר הוא:

לצור על פי צלוחיתו... דצריך לו לכרוך על פי צלוחית.

אמנם, אף לשיטת ר' יהודה הסובר שמלוה יכול להשתמש בשטר כדי לצור על פי צלוחיתו, רצונו של המלוה להשתמש בשטר איננו טעם ההיתר להשאירו אצלו. רק אחר ההחלטה שמותר להשהות את השטר ואין בכך משום עוולה, התוצאה היא שמותר להמלוה להשתמש בשטר. ולשיטת ריב"ל שאסור לאדם להשהות שטר פרוע בתוך ביתו משום עוולה, ברור שמלוה שרוצה להשאיר בידו את השטר כדי לצור על פי צלוחיתו, טענתו לא תתקבל.

לצור על פי צלוחיתו) ובתוס' בשבת דף קטז: ד"ה "וכ"ש" כתב שהיתר טלטול אגרות בשבת הוא מפני שהאגרות ראויות לצור על פי צלוחיתו (ועיין שו"ת אג"מ או"ח חלק ה' סימן כ"א [אות ה'] וסימן כ"ב, שכיום שלא נוהגים להשתמש בהן כדי לצור על פי צלוחיתו אסור לטלטלם בשבת,וגם עיתונים שאין לקוראם בשבת אסור לטלטלם מטעם זה, עי"ש).

כלומר, השימוש בשטר כדי לצור על פי צלחתו, איננו דחיה בעלמא אלא שימוש ממשי וכך גם נאמר במשנה בשבת פרק ח' משנה ב': "נייר מחוק כדי לכרוך על פי צלוחית קטנה של פלייטון". ובפירוש המשנה לרמב"ם שם והו"ד גם במאירי בדף עח. כתב: "ונייר פסול, שטר של נייר שנתבטל ואין מוציאין בו [שום] חוב". ובמלאכת שלמה על המשניות כתב (בניגוד ללשון המשנה "נייר מחוק") "מצאתי מוגה נייר פסול..." (בגמ' בדף עח: נאמר "נייר מחוק ושטר פרוע" – ועיין לקמן). כלומר, השימוש בשט"ח שעבר זמנו ככיסוי לצלוחית היה דבר מקובל ומצוי.

[181] עיין לעיל בהערה הקודמת ובדברי הרמב"ן והקהילות יעקב באות יג ואילך.

[182] עי"ש בשיטת אביי שחולק עליו וסובר שלכו"ע אסור לאדם להשהות שטר פרוע בתוך ביתו.

ועל פי שיטת ר׳ יהודה (אליבא דרב יוסף), לא התבאר האם ההיתר של המלוה להשהות את השטר בידו הוא רק מחמת ׳פשיטי דספרא׳ שהלוה חייב לו, או שאף ללא נימוק זה מותר ללוה להשאיר את השטר בידו (וכנ״ל הסתפקנו בדבר בשיטת רב כהנא, לעיל אות ה׳-ו׳).

ט. על פי שיטת רב כהנא (אות ג׳) ור׳ יהודה אליבא דרב יוסף (אות ח׳) שמותר למלוה להשאיר בידו שטר פרוע יש לעיין האם מלוה שטוען שהוא זקוק להשאיר בידו את שטר ההלואה לצורך הנהלת חשבונות וכדו׳ תתקבל טענתו.

בפשטות הדבר תלוי בספק בו הסתפקנו לעיל, האם היתר השהיית שטר שאינו פרוע הוא רק מחמת פשיטי דספרא (ולולי זאת המלוה עושה עוולה) או שההיתר הינו היתר כללי ואף אם ירצה המלוה להשתמש בו לצור על פי צלוחיתו יהיה מותר לו (וכנ״ל אות ה׳-ו׳).

אבל יתכן, שבמקרה שלפנינו רב כהנא יודה להיתרא, כיון שלא מדובר בשימוש שאינו קשור להלואה אלא שימוש שהוא תוצאה של ההלואה, ועל המלוה להראות לשלטונות המס מה עשה בכספו ולכן הוא חייב להשאיר בידו את שטר ההלואה, ואולי נימוק זה לא יהיה יותר גרוע מפשיטי דספרא. ושמא במקרה זה אף ריב״ל שחושש לעוולה יודה להיתרא כיון שהמלוה אינו צריך לבוא לידי הפסד ונזק מחמת ההלואה. ובמקרה זה יודה ריב״ל שאע״פ שבדרך כלל הוא חושש לעוולה, העוולה שיכולה להיגרם למלוה גדולה יותר. אמנם ברור שבמקרה זה יכתוב המלוה ללוה שובר (קבלה) על פרעון ההלואה, או שהמלוה יכתוב על השטר שהוא פרוע כך שהוא ינצל מאיסור של השהיית עוולה בביתו.

אמנם, האמור כאן הוא מצד איסור העוולה של המלוה שהוא איסור עצמי (וכנ״ל אות ג׳), ולקמן באות יב נדון האם מה הוא כוחו של הלוה לדרוש את שטרו.

מדוע לווה מוכן שהשטר ישאר ביד המלווה

י. טובתו של הלוה היא שהשטר שנפרע לא ישאר בידו של המלוה, ואף אם הוא לא פרע את שכר הסופר הוא מעדיף שהשטר לא ישאר ביד המלוה, אולם במקרה זה אין ללוה ברירה, כיון שהמלוה לא מוכן להשיב לו את השטר עד פרעון שכר הסופר.

אבל, על פי האמור לעיל יתכן שהלוה לא יתנגד להשהיית השטר ביד המלוה, כיון שהוא יודע שהמלוה רוצה להשאיר את השטר בידו כדי לצור על פי צלוחיתו (או לצרכי הנהלת חשבונות וכנ"ל באות ז, ט') וכיון שהלוה מודה למלוה על כך שהוא הלוה לו, הוא מוכן לעשות טובה זו למלוה (אמנם, עיין לקמן באות יד האם יש בדבר משום חשש איסור ריבית).

ואף שקיים חשש שמא המלוה ישוב וינסה לפרוע באמצעות השטר (במזיד או בשגגה), הלוה אינו חושש לכך, כיון שהוא מאמין למלוה שהוא איש חסד, שלא ינהג עימו בדרך של שקר (וסברא זו הוזכרה לעיל בעמ' 55 בדברי ספר התרומות בדין הלואה בעדים[183]).

יא. אולם לשיטת ריב"ל (לעיל אות ג'), אף אם הלוה מסכים להשאיר את השטר הפרוע בידו של המלוה, קיים איסור עצמי על המלוה להשאיר בידו שטר פרוע (עיין בטעמים לעיל). כלומר אף שהלוה מאמין למלוה שלא יפרע שנית בשטר, ואף שהוא רוצה לעשות עימו טובה ולהשאיר בידו את השטר כיון שלמלוה יש תועלת בדבר, אסור לעשות כן כיון שהדבר הוא עוולה. אבל, אם המלוה ימחוק את פרטי השטר וישאיר בידו את השטר בהסכמתו של הלוה[184], בטל האיסור של עוולה.

---

[183] אבל יש מקום לומר שסברא זו לא תהיה תקפה במלוה בשטר.

[184] או יתן לו שובר (קבלה).

יב. לשיטת רב כהנא מותר למלוה להשהות בידו שטר פרוע, אבל כפי שכתבנו לעיל יתכן שאין להסיק מדבריו לגבי כח התביעה של הלוה לקבל לידו את השטר, כיון שרב כהנא דן רק מצד עוולה (לעיל אות ג').

לשיטת ריב"ל מלוה המחזיק בידו שטר פרוע עושה עוולה, אפילו אם הלוה חייב לו דמי פשיטי דספרא (אות ג'), ואף שהאיסור המוטל על המלוה הוא איסור עצמי שאיננו נובע מתביעת הלוה, ואפילו אם הלוה מסכים אסור לו להשהות שטר זה בידו (כנ"ל שם), ברור שאם הלוה יתבע את השטר לעצמו בית דין יקבלו את טענתו, כיון שהלוה טוען שהוא או הלקוחות יוכלו להינזק מהשהיית השטר ביד המלוה.

יג. חידושי הרמב"ן כתובות דף פו. :

דודאי דינא הוא דמצי לוה למימר למלוה אהדר לי שטרא. ולא מצי למימר[185] ליה, ניירא דילי היא נכתוב לך מלוה שובר אי נמי נשדי דיותא אמקום עדים ואתורף כי היכי דלא תיפוק לך מיניה חורבא. משום דגופו של נייר של לוה הוא משום דבעינן 'ספר מקנה'[186] ואינו אלא משכון ביד המלוה כלומר שהוא שלו עד שיבא לוה ויפרענו.

---

[185] ולא מצי - המלוה אינו יכול.

[186] דין 'ספר מקנה' נאמר בקנין שטר, שהמוכר שמקנה את קרקעו לקונה באמצעות שטר, כותב בשטר 'שדי מכורה לך' (שו"ע חו"מ סימן קצ"א סעיף א'). והדין הוא שהשטר צריך להיות בבעלותו של המוכר והוא מוסר אותו לקונה ובשעה זו נקנית גם הקרקע לקונה (אבל אם השטר איננו של המוכר, המכירה איננה יכולה לחול מכח קנין שטר). ומחדש הרמב"ן שגם בשטר הלואה יש להקפיד שהשטר יהיה בבעלותו של הלוה. ונראה שטעמו הוא, שהלוה בשטר משעבד את קרקעותיו למלוה, והרי הוא כמי שמוכר קרקע למלוה, וצריך שבעל הקרקע יהיה בעל השטר (עיין בשו"ע חו"מ סימן רלח סעיף ב' ששכר הסופר מוטל על הלוה, וע"ע פתחי חושן, קנינים פרק ד' הערה י"ג בשם הקצות סימן קצ"א סעיף א' שאף אם קונה הקרקע משלם את שכר הסופר מוטל על הקונה להקנות את השטר לידי המוכר). אולם צ"ע שהרי בהלואה השטר הינו שטר ראיה ואינו שטר קנין ואין צורך הלכתי שהשטר יהיה של הלוה והרשב"א בתשובה בחלק ג' סימן נ"ז כתב "ועכשו המלוה נותן שכר" משמע שאין קפידא הלכתית בדבר. ושמא כיון ששיעבוד הנכסים הוא מכח השטר מקפיד הרמב"ן שהבעלות של השטר תהיה של המלוה. ולשיטתו, אם מפורש בשטר שהנכסים לא יהיו משועבדים, אין קפידא. אולם יתכן שאף במקרה זה סו"ס הלוה נותן את שכר הסופר, וממילא השטר שייך לו.

אבל מאחר שנפרע או נמחל זכה הלוה בגופו של שטר. וכיון שמחלו, על כרחו הוא צריך להחזיר לו שטרו...

בשו״ת התשב״ץ (חלק א׳ סימן כ״ד) נקט גם הוא כשיטת הרמב״ן, שהלוה הוא בעליו של השטר, וכתב שהטעם הוא מפני שהלוה נותן את שכר הסופר, ולכן אינו אלא משכון בידו של המלוה (ולא נזקק לדין ׳ספר מקנה׳ שחידש הרמב״ן). ולכן אחר פריעת החוב ודאי שחייב המלוה להשיב את השטר לבעליו, כמו משכון שחוזר לבעליו בשעת פרעון ההלואה[187].

ובפשטות, אם הלוה מוכן להשאיר את השטר בידי המלוה (אפילו אם יכתבו עליו שהוא פקוע או ימחקו את תוכן השטר), יכול המלוה להשאירו אצלו, אולם במקרה זה לכאורה מתעורר איסור ריבית – וכדלקמן.

יד. מלוה שמקבל משכון והלוה מתיר לו להשתמש בו אע״פ כן אסור למלוה להשתמש בו משום איסור ריבית[188] אבל אם המלוה משלם ללוה עבור השימוש במשכון מותר (שו״ע ורמ״א חו״מ סימן ע״ב סעיף ד׳ וסמ״ע ס״ק ד׳).

ומסתבר שכשם שאסור למלוה להשתמש במשכון בזמן ההלואה, כך גם אסור ללוה להשאיר את המשכון ביד הלוה אחר מועד הפרעון של ההלואה מחמת איסור ריבית. ואם מעיקרא קבעו המלוה והלוה שאחר מועד הפרעון המשכון ישאר בידו של המלוה, הרי זו ריבית של תורה ואם לא קצצו מעיקרא ובשעת

[187] שו״ת התשב״ץ חלק א׳ סימן כד: עוד שאלתם ראובן הי׳ חייב לשמעון מנה בשטר ופרעו ותובע שטרו ושמעון אינו רוצה להחזירו אע״פ שמודה שפרעו וטענתו בזה שהוא מעכבו בידו שאם יתחייב לו ממקום אחר ויכפרנו בדין יתבענו באותו שטר ושאלתם אם חייבים ב״ד לכופו או לא: תשובה דבר ברור הוא שחייב להחזירו ללוה שהרי הנייר הוא של הלוה שהוא נותן שכר הסופר כדאיתא בפ׳ גט פשוט (קס״ז ע״ב) ואינו אלא משכון ביד המלוה וכיון שפרעו חייב להחזירו לו כשאר משכון דעלמא וכ״כ הרמב״ן ז״ל בפ׳ הכותב ובפרק הספינה ואפילו יתרצה הלוה להניחו אצל המלו׳ אסור משום ואל תשכן באהליך עולה כדאיתא בפ״ב דכתובו׳ (י״ט ע״ב) וכן דעת הרי״ף ז״ל דבין בשטר אמנה בין בשטר פרוע איכא משום ואל תשכן באהליך עולה. ומה שטען שמעון שהוא מעכבו שמא יתחייב לו ממקום אחר ויכפרנו ויהיה בידו שטר זה לחזוק ולראיה עליו אינו טענה כלל שאפילו יתחייב לו בודאי אין לו לתבעו באותו שטר... וכיון שמן הדין צריך להחזירו וגם אסור להשהותו אם נמנע מזה והוא משהה אותו בידו ראוי לנדותו אם לא יחזירו מפני שהוא עובר על לאו של דברי קבלה דואל תשכן באהליך עולה״.

[188] המלוה הלוה סכום כסף, ובתמורה מקבל את הכסף חזרה בתוספת השימוש במשכון.

הפרעון השאיר הלוה את המשכון בידו של המלוה, ומשעה זו ואילך יכול המלוה להשתמש במשכון, הרי זו ריבית מאוחרת שאסורה מדברי חכמים (שו״ע יו״ד סימן ק״ס סעיף ד׳ ואילך).

טו. ומכאן, שאם המלוה רוצה להשאיר בידו את השטר, כדי לצור בו על פי צלוחיתו (עיין לעיל אות ז׳), והלוה מסכים להשאיר את השטר אצלו, לכאורה הדבר אסור משום ריבית, וכפי שכתב בקהילות יעקב בכתובות סימן מ״ז אות ד׳:

> ולענ״ד עוד טעמא רבא דמוכרח המלוה להחזיר השטר ללוה. מאחר דזה היה נייר של הלוה[189] והוא נתנו בקנין להמלוה א״כ את״ל שהוא קנוי קנין עולמית למלוה הא הוי ריבית, שהמלוה הלוה מנה ומקבל מנה ונייר, ובע״כ שלאחר פרעון מוכרח הוא להחזירו ללוה ונמצא שלא היה קנוי לו אלא עד שעת פרעון [ומה שהשטר קנוי למלוה עד שעת פרעון, אינו ריבית כלל, כיון שהוא צורך ההלואה וכל מה שהוא צורך ההלואה על הלוה רמיא לעשות].

הרמב״ן והתשב״ץ (אות יג) לא הזכירו שבנידון שלפנינו יש חשש של איסור ריבית, ולכאורה נוכל להסיק מדבריהם שאין לחשוש במקרה זה לאיסור ריבית, שאילו היו סוברים שיש בדבר איסור ריבית, מסתבר שהיו כותבים זאת, אמנם אין בדברינו ראיה גמורה, אמנם לכאורה יש מקום להשיב על דברי הקהילות יעקב, על עיקר דין ריבית מאוחרת – וכדלקמן.

טז. [190]ריבית מאוחרת היא ריבית שלא נקצצה בשעת ההלואה אלא הלוה נותן אותה למלוה בשעת הפרעון (אפילו אינו מפרש שנותן לשם ריבית – שו״ע יו״ד סימן ק״ס סעיף ד׳) או בזמן מאוחר יותר (ומפרש לו שנותן לו משום ריבית – לח״מ פ״ה מהלכות מלוה הלכה י״א). וכתב הש״ך ביו״ד סימן ק״ס ס״ק ד׳ בשם הפרישה שלמרות האיסור לתת תוספת בשעת פרעון, מלוה שקיבל פרעון מהלוה ומצא שקיבל יותר ממה שהלוה, מותר לו להשהות את המעות אצלו, כיון שהלוה

---

[189] עיין אות יג בדברי הרמב״ן.

[190] עיין שיעורי ריבית בהוצאת בית ועד לתורה, חלק ב׳ עמ׳ 33 ואילך.

כלל לא אמר לו שהוא נותן לו תוספת כלשהי[191].

ועל פי דרך זו ניתן לומר, שאם הלוה פורע את חובו והשטר נשאר בידו של המלוה, והמלוה והלוה כלל לא דיברו על השארת השטר בידו של המלוה, אין לחשוש משום איסור ריבית מאוחרת[192].

יז. אמנם, אף לשיטתו של הקהילות יעקב, אם המלוה רוצה להשאיר את השטר בידו לצורך הנהלת חשבונות (עיין לעיל אות י'), אין איסור ריבית בדבר, שהרי הקהילות יעקב מודה שאם המלוה משאיר את השטר אצלו לצורך ההלואה מותר.

ואמנם, האיסור משום ריבית הוא רק במקרה בו יש חשיבות לשטר (כפי שהיה מקובל בזמנם, לצור על פי הצלוחית) אבל במציאות בה אין ערך לשטר, אף שריבית אסורה גם בפחות משוה פרוטה, בדבר שאין לו שום חשיבות מסתבר שאין בכך משום איסור ריבית[193], וצ"ע.

פַּסְקֵי הַהֲלָכָה

יח. כנ"ל באות ג' ואילך נחלקו רב כהנא וריב"ל האם מותר לאדם להשהות בביתו שטר פרוע משום איסור עוולה. תוס' בב"ב דף ע. ד"ה "או דילמא" והריטב"א בכתובות דף יט: כתבו שמותר לאדם להשהות בידו שטר פרוע משום פשיטי דספרא[194]. אולם הר"ן בכתובות דף ו: מדפי הרי"ף פסק:

---

[191] ועי"ש שהש"ך דחה את דברי הפרישה, והוא עצמו סובר שרק בריבית דרך מכר יש מקום להתיר.

[192] אמנם, שיטת הפרישה אינה מוסכמת על הכל – עי"ש בש"ך.

[193] כיון ששני הצדדים אינם מייחסים חשיבות לערכו של השטר. ואפילו אם המלוה ישאיר בידו את השטר, ויתן אותו לילדיו כדי שיציירו על צידו האחורי של השטר, יש מקום לומר שסו"ס המלוה אינו מחזיק טובה ללוה על כך, וקצ"ע.

[194] לשון הריטב"א שם: "ומכאן נלמוד שיכול המלוה לעכב שלא לתת השטר ללוה ולא לשום אדם עד שיתפרע עד פרוטה אחרונה, ואם חושש הלוה שיפרענו ולא יתן לו שטרו יפרענו בפני עדים או בפני בית דין". בפשטות דברי הריטב"א והתוס' הם על פי שיטת רב רב כהנא ולא על פי שיטת ריב"ל (עיין אות ג'). ובדוחק ניתן לומר, שאף ריב"ל שאוסר להשהות שטר פרוע מודה שאם נותר חוב של פשיטי דספרא מותר. אמנם, עיין הערה 170 שם הובאו דברי הגמ' בב"מ דף טז: והוזכרה האפשרות של השהיית שטר בידו של המלוה מחמת פשיטי דספרא, ושם לא נאמר שהדבר נתון במחלוקת.

אלא אפילו שטר פרוע אסור, ולא אמרינן דמצי לעיכוביה על פשיטי דספרא שעל הלוה ליתן שכר הסופר, ופעמים שאין נותן לו ונותנו המלוה וחוזר וגובהו מלוה בשעת פרעון, דאע"פ כן אין לו לעכב השטר בשביל זה – הכי מוכח בגמ'.

כדברי הר"ן פסק השו"ע בחו"מ סימן נ"ז סעיף א':

אסור להשהות שטר פרוע בתוך ביתו... ואם אינו רוצה להחזיר שטר פרוע, ראוי לנדותו עד שיחזירנו[195] ואין לו לעכב השטר בשביל פשיטי דספרא. הגה: ובמקום שאין הלוה נותן שכר הסופר, אין צריך להחזיר השטר, ובלבד שיקרענו (ב"י בסימן ס"א בשם הרשב"א). אבל מותר להשהות שטר של מנה, אף על פי שאינו חייב אלא חמשים, והוא שיכתבו שובר על גביו ממה שנפרע, או יכתוב שובר בפני עצמו וימסרנו ללוה[196].

סִיכּוּם

יט. העולה מהאמור לעיל:

- רב כהנא וריב"ל נחלקו האם מי שמשאיר שטר פרוע בתוך ביתו עובר משום 'אל תשכן באהלך עולה' (אות ג').
- מלוה רוצה להשאיר בידו שטר פרוע כדי לאלץ את הלוה להשיב לו את שכר

[195] וכך כתב השו"ע גם בסימן ס"א סעיף י"א. והוסיף "יש לנדותו עד שיחזירנו לפי שעובר על לאו של דברי קבלה".

[196] עיין ש"ך ס"ק ד' שתמה מדוע השו"ע פסק כשיטת הר"ן ולא כשאר ראשונים שמתירים למלוה להשהות את השטר אצלו משום פשיטי דספרא. והסיק שמ"מ אם רוצה לקורעו או לכתוב על גבו שהוא פרוע מותר לו לעכבו משום פשיטי דספרא. ועיין בנתיבות בחידושים ס"ק ב' שאם הלוה השיב לו את החוב בסתם, יכול המלוה לומר שהכסף שקיבל חלקו עבור ההלואה וחלקו עבור הפשיטי דספרא, וממילא השטר נשאר כשטר שלא נפרע כולו, ויוכל המלוה להשאירו בידו. ובביאורים ס"ק ב' כתב, שאם הפרעון הוא בתוך הזמן חייב המלוה לכתוב שובר ללוה כיון שאינו יכול לכפותו לפרוע לו את חובו עתה, אבל אם הפרעון הוא במועד הנקוב בשטר, אין חובה על המלוה לכתוב שובר, כיון שהלוה חייב לשלם לו את הכל עתה, עי"ש.

הסופר (אות ג׳) או כדי להשתמש בשטר לצור על פי צלוחיתו או לצורך הנהלת חשבונות וכדו׳ (אות ז׳ ואילך).

- לוה לא תמיד מקפיד לדרוש מהמלוה את השטר כיון שהוא יודע שיש למלוה צורך בו והוא מאמין שהמלוה שהוא איש חסד הינו אדם ישר ולא יגבה בו שנית (אות י – יא).

- בכוחו של הלוה לדרוש את השטר מהמלוה, מחשש שיגבה בו שנית (לשיטת ריב״ל – אות ג׳) או מחמת העובדה שהשטר שייך לו (אות יג).

- לשיטת הקהילות יעקב, אסור למלוה להשאיר את השטר בידו משום איסור ריבית, ויתכן להציע שלא בכל מקרה קיים איסור ריבית (אות טו ואילך).

- הראשונים נחלקו האם להלכה מותר למלוה להשאיר בידו שטר פרוע כדי לאלץ את הלוה להשיב לו את שכר הסופר, והשו״ע הכריע לאיסור (אות יח), אף אם הלוה מסכים (אות ג׳).

טַעֲנַת פַּרעַתִי כַּאֲשֶׁר הַמַּלוֶה מַחזִיק בַּשׁטַר ההַלוָאָה

הקדמה

א. כפי שנאמר לעיל, קיימת מחלוקת האם ישנם מקרים בהם מותר למלוה להשהות בביתו שטר פרוע[197] (עיין בעמ׳ הקודם). שיטת השו״ע היא שאסור, על פי שיטתו יש מקום לומר שמלוה שטוען שהשטר שבידו לא נפרע, מסתבר שהוא דובר אמת, שהרי למרות שהעדים החתומים על השטר אינם יודעים האם הלוה פרע או לא, העובדה שהשטר נשאר בידו של המלוה מהווה סיוע לדברי המלוה שהלוה עדיין לא נפרע. ואין להחזיק את המלוה עבריין, והוא יודע שאסור לו להשהות בידו שטר שאינו פרוע. ואף הלוה רוצה ששטר פרוי לא ישאר בידו של המלוה. אולם למרות האמור, עדיין קיימת אפשרות שהמלוה נהג שלא כדין והותיר בידו את שטר ההלואה (והלוה האמין לו שלא יפרע בו שנית).

אבל, לשיטה הסוברת שמותר למלוה להשאיר בידו את שטר ההלואה עבור פשיטי דספרא, העובדה שהשטר ביד המלוה אינה מהווה ראיה שהשטר איננו פרוע, כיון שהלוה יכול לטעון שהמלוה השאיר בידו את שטר ההלואה בעבור פשיטי דספרא והוא פרע את גוף החוב.

לָוֶה אֵינוֹ נֶאֱמָן לוֹמַר פָּרַעְתִּי/ לָוֶה יָכוֹל לְדָרוֹשׁ שֶׁהַמַּלוֶה יִשְׁבַּע

ב. טענת ״שטרך בידי מאי בעי״ (שנאמרה בגמ׳ לגבי המפקיד אצל חבירו בשטר – עיין ב״ב דף ע.), פירושה שהמלוה טוען כלפי הלוה, כיון שאני מחזיק בשטר שלך בידי, אין לך טענה כנגדי. וכך גם נאמר בגמ׳ בשבועות דף מא. :

[197] והאם הדבר תלוי בהסכמתו של הלוה, או שלמרות הסכמת הלוה, קיים איסור על המלוה, וכנ״ל עמ׳ 52.

אמר רב פפא, האי מאן דאפיק שטרא על חבריה, ואמר ליה[198] שטרא פרוע הוא[199]. אמרינן ליה, לאו כל כמינך, זיל שלים[200].

רב פפא אינו מקבל טענת פרעתי של הלוה כנגד שטר[201]. יתכן שרב פפא סובר שאסור למלוה להותיר בידו שטר שאינו פרוע, ולכן המלוה נאמן לומר שהשטר אינו פרוע. ויתכן שדברי רב פפא קיימים גם לשיטה הסוברת שמותר לאדם להשאיר בידו שטר מלוה פרוע, כיון שבמקרה זה קיימת טענה אל הלוה שהיה צריך לתבוע שובר מאת המלוה או לפרוע לו בפני עדים או בפני בית דין[202].

ג. מעין הדברים הנ"ל כתב הרשב"א בשו"ת הרשב"א חלק ב' סימן של"ה:

שכל שטר בחזקתו הוא עומד, וכל שהשטר יוצא מתחת יד מלוה או מתחת יד הבאים מכחו, בדלא קרוע או בדלא כתוב שובר עליו ביד הלוה, אין הלוה נאמן אפילו לומר פרעתי. ואע"פ שכל שטר לפרעון הוא עומד, ובלבד שיקיים התובע את שטרו בחותמיו, אלא אומרין לו ב"ד צא, תן לו...

ד. **אמנם, למרות שטענת פרעתי של הלוה אינה מתקבלת, לוה שידרוש שהמלוה ישבע שלא נפרע, טענתו מתקבלת כפי שמפורש בהמשך הגמ' הנ"ל:**

---

198 אמר הנתבע לתובע.

199 עיין בראשונים כאן, לגבי טענת אמנה, צד ריבית וכדו', ובפסק השו"ע בסימן פ"ב סעיף י'.

200 עיין שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן צ' שדן לגבי שטר בכתב ידו האם נאמן הלוה לומר פרעתי ותלה את מחלוקת הפוסקים בשאלה האם שטר שלא ניתן לגבות בו ממשועבדים ניתן לטעון פרעתי כנגדו. יש הסוברים ששטר שלא ניתן לגבות בו ממשועבדים, הלוה אינו חושש להשאירו ביד הלוה כיון שהשארת השטר ביד המלוה לא תיפגע באחרים כי אם בו, והוא עצמו מאמין למלוה שלא יגבה בו שנית. ויש הסוברים שלעולם לוה אינו משאיר שטר ביד המלוה ולכן אינו יכול לטעון פרעתי. ולשיטתו אף בשטר שחתומים עליו עדים שיש בו תנאי שלא יגבה ממשועבדים קיימת מחלוקת זו, ועיין לעיל בעמ' 52 בדברי הנתיבות.

201 עיין תוס' כתובות דף יט. ד"ה "מודה" שדן מדוע לא הלוה יהיה נאמן לומר פרעתי במיגו דמזוייף. ותירץ שמא ירא לומר מזוייף פן יכחישו אותו. ובשם הקונטרס כתב, שכאשר טוען פרוע לא ניתן לקבל את דבריו במיגו שהיה טוען מזוייף, כיון שהיכולת לטעון טענת מזוייף היא תקנת חכמים ועל גבי התקנה אי אפשר לטעון מזוייף (עי"ש ברש"י ד"ה "מודה בשטר"). ואמנם עיין בפסק השו"ע חו"מ סימן פ"ב סעיף א' שלהלכה נפסק, שאם יש ביד המלוה שטר שאינו מקויים, והלוה מודה שהשטר אמיתי אבל טוען שפרע, טענתו מתקבלת כיון שהפה שאסר הוא הפה שהתיר (סמ"ע ס"ק א'), אבל אם המלוה קיים את השטר, נמצא שהשטר קיים מכח עצמו ולא מכח הלוה, ולכן הלוה אינו נאמן לומר פרעתי – לקמן אות ח'.

202 חידושי הריטב"א כתובות דף יט: : "דמשהי ליה אפשיטי דספרא, ומכאן נלמוד שיכול המלוה לעכב שלא לתת השטר ללוה ולא לשום אדם עד שיתפרע עד פרוטה אחרונה ואם חושש הלוה שיפרענו ולא יתן לו שטרו יפרענו בפני עדים או בפני ב"ד".

ואם אמר לשתבע לי (רש"י: דלא פרעתיך), אמרינן ליה, אשתבע ליה[203].

ואי צורבא מרבנן הוא[204] - לא משבעינן ליה. א"ל רב יימר לרב אשי, צורבא מרבנן משלח (מפשיט) גלימא דאינשי[205] ?

אלא, לא מזדקקינן ליה לדיניה (להשבע, דמחזי דחשדינן ליה ולא לגבות לו דהא אמר ליה אשבתע לי דלא פרעתיך[206]).

ה. **אי נאמנתו של הלוה לטעון פרעתי ולעומת זאת יכולתו של הלוה לתבוע שבועה מהמלוה לכאורה תמוהה. כיון שאם על פי עיקר הדין מלוה שיש בידו שטר הלואה זכאי לגבות על פיו, מנין שואב הלוה את הכח לתבוע שהמלוה ישבע לו[207], ואם תביעת המלוה אינה חזקה בפני עצמה, מדוע ללא דרישת הלוה בית דין לא יטילו שבועה על המלוה ?**

ו. **נראה, שהשטר שבידו של המלוה איננו הוכחה גמורה, ויתכן שהמלוה השאיר**

---

[203] במהותה של השבועה נחלקו ראשונים (עיין רי"ף, ושאר ראשונים). וכתב המאירי: "ושבועה זו מקצת גאונים מפרשים שבועת היסת אבל כל הפוסקים והמחברים הסכימו בשבועה כעין של תורה בנקיטת חפץ".

[204] אם המלוה צורבא מרבנן.

[205] פירוש, כיון שצורבא מרבנן שיש בידו שטר יכול לגבות בלי שישבע על כך, הרי יש בכך פתח לתביעה מצידו ללא יכולת התגוננות של הנתבע.

[206] וקשה, צורבא מרבנן שיש בידו שטר הלואה, אף אם הוא דובר אמת לא יוכל לגבות בו, כיון שהנתבע יוכל לומר שפרע וידרוש שהתובע (הצורבא מרבנן) ישבע לו, ונמצא שצורבא מרבנן יפסיד ? יתכן שאם הצורבא מרבנן מוכן להישבע מעצמו בית דין יאפשרו לו, אבל בית דין לא מחייבים אותו. ותמוה שהרי כל תובע אפילו אם אינו צורבא מרבנן, אם אינו רוצה לקבל את כספו בית דין לא יחייבו אותו להשבע, וצ"ע. והפתרון לת"ח שמלוה מעות, שבשטר ההלואה יכתוב שחלק מתנאי ההלואה הם שהלוה אינו נאמן לומר פרעתי כל עוד שטר החוב בידו (עיין שו"ע חו"מ סימן פ"ב סעיף ב'). ודרך נוספת העומדת בפני ת"ח היא לתפוס בעצמו מרכוש החייב ובית דין לא יוציאו ממנו ולא ינדו אותו (שו"ע, חו"מ סימן פ"ב סעיף ו').
אמנם לולי דברי רש"י היה מקום לומר, שצורבא מרבנן דינו כעיקר הדין ואינו חייב להישבע וגובה אף לא שבועה דסו"ס יש בידו שטר, אולם מפשט הגמ' עולה לא כך, שהרי אז תחזור השאלה "צורבא מרבנן משלח גלימא דאינשי". אבל בכפתור ופרח פרק מ"ד כתב: "ואי צורבא מרבנן הוא לא משבעינן ליה, כלומר שאין מטריחין אותו לישבע על שטר שבידו. י"א דלא מזדקקינן ליה, כלומר לא לשבועה וגם לא מגבינן ביה בלא שבועה, דלא לימרו רבנן משלחי גלימא דאינשי, אלא מחזרינן לפשרה". ויש לעיין האם ניתן לכפות על פשרה זו. ועל פי פירושו הראשון נראה שהת"ח יכול לגבות ללא שבועה.
וברמב"ם פרק י"ד ממלוה הלכה ב' כתב: "ואם היה המלוה תלמיד חכם אין נזקקין לשבועתו", ובהגהות מיימוניות פירש ששיטתו כשיטת רש"י. וכך פסק גם השו"ע בחו"מ סימן פ"ב סעיף ו'.
ויש לעיין מדוע דוקא בשבועה זו לא משביעים צורבא מרבנן. יתכן, כיון שיש בידו שטר, ואסור להשאיר שטר פרוע בביתו, השבועה תתפרש כחשד בת"ח שאינו נוהג ע"פ דין, וצ"ע.

[207] עיין שו"ע סימן ע"ה סעיף ט', שיכול נתבע להטיל חרם על כל מי שמוציא ממנו ממון שלא כדין (עי"ש בפרטי הדין) וכתב שם הגר"א בס"ק כ"ח שמקור הדין הוא תקנת הגאונים על כל טענת ספק. ויתכן שבסיס תקנת הגאונים בסוגייתנו.

אותו בידו למרות שכבר גבה את חובו ולמרות שעל פי דין אסור לו לעשות כך. ולכן יש צד לומר שטענת הפרעון של הלוה הינה נכונה.

אבל, כל עוד הלוה לא יתבע שהמלוה ישבע, בית דין לא יטילו שבועה על המלוה כיון שהדעת נוטה שטענת המלוה חזקה יותר מטענת הלוה וטענת הפרעון אינה כלום והשטר שבידו של המלוה מהווה הוכחה כנגד טענת הפרעון של הלוה. אולם, במקרה בו הלוה דורש שבועה הוא מטיל חיוב גם על עצמו, כפי שמפורש בגמ׳ במסכת שבועות בדף לט: שהשבועה חלה על שניהם וביאר שם הר״י מיגאש[208]:

> עון השבועה חלה על שניהם, הנתבע שהוא נשבע לשקר והתובע לפי שהוא יודע שהשבועה שהוא נשבע שבועת שקר ומניחו לישבע. ויש לפרש מלמד שהשבועה חלה על שניהם כלומר עון השבועה חלה על שניהם או זה או זה שאם הנתבע נשבע לשקר הרי עון השבועה חלה עליו והתובע פטור ואם הנתבע נשבע באמת והתובע הוא שתבעו בדבר שלא היה לו אצלו הרי עון השבועה חלה עליו.

כל עוד הלוה אינו מוכן ליטול על עצמו את הסיכון שעוון שבועה יחול גם עליו[209], טענת פרעתי שלו איננה טענה חזקה דיה, אבל אם הוא דורש להשביע את המלוה, כלומר, הוא נוטל על עצמו את האחריות שאם המלוה ישבע לשקר או אם המלוה ישבע באמת (על פי שני פירושי הר״י מיגא״ש) עוון שבועה יפול (גם) עליו, טענתו מתחזקת ובית דין יטילו שבועה על המלוה.

לדברינו, טענת פרעתי כנגד שטר אינה מתקבלת והשטר שביד המלוה מוכיח את דבריו שהשטר איננו פרוע, אבל אם הלוה דורש שבועה, הדבר מחזק את טענת הפרעון שלו (וכנ״ל שנוטל על עצמו סיכון של שבועה), ויכול לדרוש מהמלוה שישבע שלא נפרע.

---

[208] עיין גם ברש״י שם, ובשאר ראשונים.

[209] ומסתבר שבית דין יסבירו לו את הסיכון שהוא נוטל על עצמו.

ז. דרך אחרת בישוב הקושי שהועלה באות ה׳ עולה מדברי האחרונים (שכתבו לישב את את שיטת הרמב״ם[210]). יסוד הדבר הוא, שהשטר שבידו של המלוה אינו מהווה הוכחה שהלוה לא פרע[211], שהרי יתכן שהלוה פרע ואע״פ כן המלוה הותיר את השטר בידו[212]. אולם לאידך גיסא אם נערער את מידת הנאמנות של מחזיק השטר גם מלוה שבאמת לא נפרע מהלוה לא יוכל לפרוע.

ולכן הביאור הוא, שבמהותה של הלואה בשטר, מונח תנאי בין המלוה ללוה שכל עוד השטר ביד המלוה, הוסכם בין שניהם שהלוה לא יהיה נאמן לומר פרעתי אפילו אם נאמנתו של המלוה איננה מפורשת בשטר[213].

ועל פי דרך זו נוכל לבאר, שלמרות שהיה ביניהם הסכם שהלוה אינו נאמן לומר פרעתי, כדי שהמלוה לא ינצל את ההסכם לטובתו, וישאיר בידו את השטר אחר

---

[210] הרמב״ם בפרק י״א מהלכות מלוה ולוה הלכה א׳ פסק: ״המלוה את חבירו בשטר צריך לפורעו בעדים, לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן אלא אומרים לו הבא עדים או עמוד ושלם לו חובו״. ותמהו אחרונים, שדברי הרמב״ם לכאורה הפוכים שהרי לוה אינו נאמן לומר פרעתי ולכן עליו לפרוע בעדים ואילו הרמב״ם כתב שקיימת חובה לפרוע בעדים ולכן אינו נאמן לומר פרעתי. ולכן הציעו האחרונים ששיטת הרמב״ם היא כמבואר לקמן בפנים, והיינו שבין המלוה ללוה קיים תנאי שנותן נאמנות למלוה לדרוש פרעון כל עוד השטר בידו (ועיין גם ברמב״ם פרק י״ד מהלכות מלוה ולוה הלכה ב׳).

[211] בניגוד גמור להצעה שבאות ד׳.

[212] כגון משום פשיטי דספרא (אע״פ שאסור לו לעשות כך, או שטען שאיבד את השטר ואח״כ הוציא כדי לגבות בו שנית, עיין ברשב״ם ב״ב דף ע. ד״ה ״וליטעמיך״ שהעלה טענה זו במקרה של פקדון בשטר (וקצ״ע מדוע לא העלה טענה זו ביחס להלוואה).

[213] חידושי הגר״ח סטנסיל על הש״ס עמ׳ ל׳: ״וביאור הדין כמו דאם אמר לו אל תפרעני אלא בעדים.... אינו נאמן לומר פרעתי, דהפרעון עצמו הוא פרעון הוא אף כשלא קיים את התנאי בו... רק דכ״ז שלא הביא עדים אי״נ לטעון פרעתי ונאמנות אצל המלוה שלא נפרעתי דזכות ונאמנות בדיני ממונות הם וזכותי ממון נינהו, ומתנה המלוה שיהיו זכותי ממון אלו לו, דהיינו הנאמנות על פרעון המלוה. וכן גם בשטר סובר הרמב״ם דהוא מזכותי ממון דמלוה בשטר, ומדיני׳ וכותי׳ דמלוה בשטר דצריך לפורעו בעדים ואינהו נאמן הלוה וזהו שכתב לפיכך אינו נאמן. והא דאיתא בגמ׳ ׳שטרך בידי מאי בעי׳, דאין לו זה הזכות אלא כל זמן שהשטר בידו הוא...״ ובאור שמח בפרק כ״ב מהלכות עדות פרק כ״ב הלכה א׳ כתב: ״אמנם לענ״ד נראה דחזקה זו דשטרא בידי מה בעי אינו בגדר חזקה המבררת, שנאמר שהוא ראיה דלא פרעו, דבאמת שטר לפרעון עומד, ולכך כי טעין אישתבע לי דלא פרעתיך חייב לשבע (שבועות מ״א ע״א), אף ע״ג דחזקה זו מסייעתו... רק הענין, דמה יעשה אדם להיות נותן מעותיו, ויביא עדים שלא זזה ידם מתוך ידו, האם יתכן זה, ונמצא לא ילוה שום אדם, ויהיה המשא ומתן בעולם בטל, ע״כ כן הוא כשיבוא עם השטר יגבה בחייו ובמותו בהכחשה אפילו, והוי כאילו הימניה מעיקרא, כ״ז שיבוא עם השטר יגבה חובו... וזה ענין נאמנות, שעל דעת זה כתב לו השטר שאם יוציא השטר לא יהיה נאמן לומר שנפרע השטר... (ועיין באבי עזרי פרק ט׳ מגזלה הלכה ח׳ ד״ה ״ונראה״). ובחידושי שרידי אש על הש״ס, כתובות סימן כ״ד ד״ה ״ולכן״ עמ׳ קפ״ד כתב: ״שהפירוש הוא שטרך בידי מאי בעי הוא, שזו אלימותו של השטר שאין הלוה יכול להקלישו בטענת פרוע, וכיון שמסר לו את השטר הרי מסר לו כח זה שבשטר זה יוכל לגבות בלי שום ערעור מצד הלוה״ ועיין בגחלי אש שם שדקדק וחילק בין שיטת השרידי אש לבין שיטת הגר״ח. וע״ע קובץ שיעורים ב״ב דף ה: , סימן ל – ל״א. ובספר עדות ושטרות סימן כד סיכם את שיטות האחרונים בקצרה.

הפרעון על ידי הלוה וידרוש מהלוה שיפרע לו (שנית), אמר רב פפא, שיש כח ביד הלוה לדרוש שבועה מאת המלוה, וכנ"ל[214].

פְּסַק הַשו"ע וְסִיכּוּם

ח. שו"ע חו"מ סימן פ"ב:

(סעיף א) מלוה שהוציא שטר שאינו מקויים[215], ואינו מוציא עדים לקיימו, והלוה מודה שכתבו, אלא שטוען פרעתי, נאמן[216]... ואם אחר כך מצא המלוה עדים לקיים השטר בבית דין, הרי הוא כשאר השטרות, וגובה בו[217].

(סעיף ב) ואם השטר מקויים וטוען הלוה, פרעתי כולו או מקצתו, והמלוה אומר לא נפרעתי כלום, אם יש בו נאמנות[218], אינו נאמן ואפילו אם אמר, השבע לי, אין שומעין לו, וגובה בלא שבועה...

(סעיף ג) כשטוען שפרע השטר ואמר, ישבע לי המלוה ויטול, אומרים לו, הבא מעותיו ואחר כך ישבע ויטול. ואם טען הלוה שאין לו מה לפרוע, ישבע הלוה שאין לו, וכשתשיג ידו ישביע למלוה שלא פרעו, ואז יתן לו.

---

[214] אמנם אף על פי דרך זו קיים חילוק בין תנאי מפורש שכתוב בשטר שהמלוה יהיה נאמן בשטרו ולא יוכל הלוה לומר פרוע לבין שטר שלא נכתב הדבר במפורש ואנו מבארים שהדבר כאילו נכתב. והחילוק הוא לגבי יכולתו של הלוה לתבוע שבועה מאת המלוה, שאם הנאמנות כתובה במפורש בשטר, אין בכוחו של הלוה לדרוש שבועה מהמלוה, וכמפורש בשו"ע – לקמן אות ח'.

[215] שטר שאינו מקויים הוא שטר שיכול הלוה לטעון כנגדו טענת זיוף (חתימת העדים מזוייפת) ועל המלוה להוכיח את אמיתות השטר. המלוה יכול להביא את עדי השטר שיעידו שזו חתימת ידם, או להשוות את חתימת העדים לחתימתם בשטרות אחרים, או מעיקרא ללכת לבית דין ולבקש מהם שיקיימו את השטר ויחתמו בית הדין על השטר שהם בדקו וראו שהשטר אמיתי.

[216] במיגו שהיה טעון מזוייף (ועיין ערוה"ש כאן).

[217] ולא תועיל ללוה טענת פרעתי, כיון שקיום השטר אינו נובע ממנו אלא השטר עומד בפני עצמו שהרי הוא מקויים, ועיין הערה 201.

[218] שטר שיש בו נאמנות, הינו שטר שנכתב בו במפורש שכל עוד השטר בידו של המלוה הוא נאמן בו ולא יכול הלוה לטעון פרעתי כנגדו.

ט. העולה מהאמור לעיל:

- לוה אינו נאמן לומר פרעתי כנגד מלוה המחזיק בידו שטר מקויים. אבל אם השטר אינו מקויים נאמן הלוה לומר פרעתי (אות ח').
- הלוה אינו נאמן לומר פרעתי כיון שהשטר שבידו של המלוה מהווה הוכחה שלא פרע (אות ו') או שבהלואה בשטר נכלל תנאי (שאינו מפורט בשטר) שכל עוד המלוה מוציא את השטר הוא נאמן לגבות בו והלוה לא נאמן לומר פרעתי (אות ז')[219].
- אם הלוה דורש שהמלוה ישבע לו שלא פרע את השטר טענתו מתקבלת בשטר שאין בו נאמנות מפורשת (אות ד', ח') כיון שהוא נוטל על עצמו סיכון של עוון שבועה ומוכח שהוא בטוח בטענתו (אות ו') או מכיון שטענת פרעתי אינה מתקבלת, חכמים ראו צורך לתת ללוה כלי להתגונן בפני המלוה (אות ז').

[219] עיין הערה 222.

טַעֲנַת 'הֶחְזַרְתִּי פִּקָּדוֹן' כְּשֶׁשָּׂטַר הַהַפְקָדָה בְּיַד הַמַּפְקִיד

הַקְדָּמָה

א. שומר שכר שטוען שהחפץ שקיבל לשמור נאנס ממנו, נשבע ונפטר מחובת תשלום דמי החפץ. שומר חינם נשבע ונפטר גם במקרה בו הוא טוען שהחפץ נגנב או אבד ממנו (לעיל). אמנם בתורה לא נאמר מה דינו של שומר שטוען שהשיב את החפץ שיקבל לבעליו.

בהלואה, טענת 'הֶחְזַרְתִּי' היא הטענה היחידה היכולה לפטור לוה מלשלם את חובו[220]. וטענה זו אינה מתקבלת אם המלוה מחזיק בידו את שטר ההלואה והשטר מקויים ואינו יכול לטעון טענת זיוף (עיין בעמ' הקודם). אולם בפקדון יכול שומר לטעון טענת פטור מחמת גניבה או אונס, ויפטר מלשלם אחר שישבע, וברור הדבר שבמקרה זה השטר שבידו של המפקיד אין בו כדי לחייב את השומר לשלם, שהרי הוא מודה לעצם הענין רק טוען טענת פטור וכיון שטענתו מתקבלת השטר שבידו של המפקיד אין לו משמעות[221].

התורה לא דנה במפורש מה דינו של שומר שטוען שהשיב את הפקדון לבעליו. בגמ' במסכת ב"ב דף מה: מחלוקת האם מי שהפקיד אצל חבירו בעדים נאמן לומר שהחזיר למרות שאין לו עדים על ההחזרה, ומסקנת הדין היא שנאמן השומר לומר החזרתי (שו"ע חו"מ סימן רצ"ז סעיף א'[222]).

לקמן נדון האם יש בכוחו של השומר לומר 'הֶחְזַרְתִּי'[223] במקרה בו המפקיד

---

[220] בהנחה שיש הוכחה לעצם קיום ההלואה, שאל"כ יכול הלוה לומר שלא היו דברים מעולם, ואף אם יש שטר בידו של המלוה יכול הלוה לטעון כלפיו טענת מזוייף.

[221] ויש לעיין מה דינו של שומר האומר החזרתי האם נוכל להאמין לו במיגו שהיה טוען מזוייף וכמו לוה שטוען פרעתי שנאמן אם השטר אינו מקויים במיגו שהיה יכול לומר מזוייף, וקצ"ע.

[222] ושם בסימן רצ"ו סעיף ב'.

[223] עיין בדיוק בעמ' 50.

מחזיק בידו את שטר הפקדון[224], ויסוד הנאמנות של השומר הוא במיגו, שאילו היה רוצה לשקר היה יכול לטעון טענת אונס, והיה נפטר.

מִיגּוֹ אִי בְּעֵי אֲמַר נְאֲנַסוֹ

ב. גמ׳ ב״ב דף ע. — ע: :

בעא מיניה רב עמרם מרב חסדא, המפקיד אצל חבירו בשטר[225], ואמר לו החזרתים לך, מהו. מי אמרינן, מיגו דאי בעי אמר נאנסו[226] מהימן, השתא נמי מהימן. או דלמא אמר ליה, שטרך בידי מאי בעי[227].

א״ל, מהימן...

אמר ליה[228], סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי ?

[229]הכא נמי מאי נאמן - נאמן בשבועה[230]...

---

[224] לוה שטען שפרע את חובו והמלוה מחזיק בידו את שטר ההלואה, יכול לטעון שהמלוה הותיר את השטר בידו משום פשיטי דספרא (לעיל עמ׳ 52) או שהסכים להשאיר את השטר ביד המלוה כיון שהמלוה רצה אותו כדי לצור על פי צלוחיתו (עמ׳ 52) או שטוען שלא הקפיד לדרוש את השטר כיון שהמלוה הוא איש חסד והאמין בו (עמ׳ 52). אולם לדינא כל הטענות האלו אינם מועילות ולוה חייב לשלם למלוה שיש בידו שטר הלואה (וכנ״ל עמ׳ 52). ובמקרה של שומר, כח הטענות הללו חלש יותר, כיון שבפקדון חובת כתיבת השטר איננה מוטלת על השומר, וממילא המפקיד לא יכול לומר שהשאיר בידו את השטר כדי לאלץ את השומר לשלם ״פשיטי דספרא״. וכן השומר לא נזקק לחסדו של המפקיד ולכן השומר אינו רואה במפקיד ׳איש חסד׳ שיש לתת בו אמון מיוחד. אמנם הטענה שהשומר יאמר שהשאיר את השטר בידו של המפקיד כיון שהמפקיד רצה את השטר כדי לצור בו את צלוחיתו יכולה להאמר גם בפקדון, אולם טענה זו אינה חזקה בפני עצמה, ואפילו בהלואה היא אינה מתקבלת.

[225] עיין ברשב״ם ד״ה ״ואמר ליה״ שאילו היה מדובר בפקדון בעל פה בפני עדים, נאמן השומר לומר החזרתי. ועיין שבועות דף מה: ועיין רשב״ם ב״ב דף עא. ד״ה ״אמר רבא״ שהקשה לסתירה בדברי רבא.

[226] על פי דברי איסי בן יהודה (ב״מ דף פג. שנפסקו להלכה ברמב״ם פ״ג משכירות הלכה א׳) טענת אונס פוטרת רק במקרה בו ״אין רואה״ דהיינו האונס אירע במקום בו אין עדים שיכולים להעיד על מעשה האונס, אבל אם האונס אירע במקום בו מצויים עדים, אין בכוחו של השומר לפטור עצמו בשבועה, ומוטלת עליו חובה להביא עדים. ויתכן שטעם הדין הוא, שמטרת השבועה היא להפיס את דעתו של בעל הבית, ולכן במקום שמצויים עדים, השבועה לא תפייס את דעתו. אמנם עיין טור חו״מ סימן קפ״ז במחלוקת האם דינו של איסי בן יהודה נאמר רק בהלכות שומרים או גם בשאר שבועות. ולהלכה פסק הרמב״ם (פרק ב׳ מהלכות שכירות הלכה י״ב) שמקום בו השומר לא היה נאמן בטענת אונס (כיון שמצויים עדים) לא יכול השומר לומר החזרתי (ולהשבע על טענתו) במיגו שהיה אומר נאנסתי, שהרי לא היה יכול לטעון טענת אונס במקרה זה. וע״ע בשו״ת מהרי״ט חלק ב׳ חו״מ סימן פ״ח.

[227] ויהיה נאמן אפילו ללא שבועה – כך פירש ר״י בתוס׳ ד״ה ״ולימא״ אמנם למסקנה נאמן עם שבועה.

[228] רב עמרם לרב חסדא.

[229] תשובת רב חסדא לרב עמרם.

[230] האחרונים דנו מה דינו של שומר שכר שנאנס ממנו חפץ הפקדון, ונשבע שנאנס ונפטר מלשלם האם מגיע

שלח רב הונא בר אבין, המפקיד אצל חבירו בשטר, ואמר לו החזרתיו לך, נאמן.

כנגד דברי השומר שאומר 'החזרתי' עומדות שתי טענות:

- השטר בידו של המפקיד מוכיח (לכאורה) שלא החזיר, והרי הוא טוען נגד עדי השטר.
- לא ניתן להאמין לשומר שטוען שהחזיר במיגו שאילו היה רוצה לשקר היה טוען טענת אונס, כיון שבטענת אונס היתה מוטלת עליו חובת שבועה[231].

ג. הרשב"ם בד"ה "וליטעמך" מבאר מדוע טענת 'שטרך בידי מאי בעי' שמעלה המפקיד איננה חזקה כל כך:

...לא מצי למיטען מפקיד 'שטרך בידי מאי בעי' ולמה לי לשקר במקום עדים לא דמי[232],
דהא עביד איניש למידחי ואמר אבדתי את שטרי[233].
ונפקד נמי לא הוה חייש לשטרא משום דהוה מצי למיפטר נפשיה בטענת אונס[234].

לו שכרו. ולכאורה מסוגייתנו נוכל להוכיח שמגיע לו שכרו, כיון שאם לא מגיע לו שכרו, עדיף לשומר לומר החזרתי ולקבל את שכרו מאשר לומר נאנסו ולא לקבל את שכרו. אולם יש לעיין אם שומר אומר החזרתי וטענתו מתקבלת, האם נאמן בכח טענתו גם לדרוש את שכרו.

[231] ונמצא, שעדיף לו לטעון טענת 'החזרתי' ויפטר משבועה. וממילא אין לו מיגו שהרי יסוד המיגו הוא שאין עדיפות לטענה שנטענה על פני הטענה שהיה יכול לטעון, ואילו כאן יש לו עדיפות ברורה לטעון החזרתי כדי שיפטור את עצמו משבועה.

[232] קיים כלל שמיגו נגד עדים לא אמרינן (כלומר מי שטוען טענה ויש כנגדה עדים, טענתו לא תתקבל אפילו שיש לו מיגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת), ואע"פ שהמיגו מתבסס על כך שאילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה טובה יותר ובה היה נפטר ולא היתה משמעות להעדאת העדים נגדו (כיון שהטענה החלופית 'עוקפת' את עדות העדים), כיון שעתה הוא טוען נגד עדים טענתו לא מתקבלת. ולכאורה מי שטוען טענת החזרתי כנגד שטר שחתמו עליו עדים, טענתו היא כנגד עדים, ואע"פ שיש לו מיגו שהיה אומר 'נאנסו' טענתו לא תתקבל, שהרי העדים שבשטר מעידים נגדו, ואילו היה כדבריו שהחזיר את הפקדון, השטר לא היה נשאר ביד המפקיד וא"כ טענת החזרתי כנגד שטר שבידו של המפקיד הינה לכאורה טענה כנגד עדים שמיגו לא מועיל בה.

[233] כלומר, יתכן שבשעת השבת הפקדון טען המפקיד שהוא איבד את שטר הפקדון, הנפקד האמין לו והשיב לו את הפקדון ללא קבלת השטר, ואחר זמן המפקיד תובע שוב באמצעות השטר (ועיין הערה 170).

[234] וכדבריו העלה הסמ"ע בסימן רצ"ו ס"ק ג'.

לטובתו של השומר (הנפקד) שאומר שהשיב את הפקדון למרות שהשטר בידו של המפקיד עומדות שתי טענות (המפקיד אמר לו שאיבד את שטרו, לא חשש לדרוש את השטר כיון שיכול לפטור עצמו בטענת אונס)[235] שבכוחן לגרום לכך שטענתו 'החזרתי' לא תחשב כטענה כנגד עדים (עדי השטר). אבל הנאמנות של הנפקד לומר החזרתי היא רק מכח המיגו שהיה יכול לטעון נאנסו[236], וממילא מקשה רב עמרם, כיצד יועיל המיגו והרי אילו היה טוען נאנסתי היה צריך להישבע ועתה כשהוא טוען החזרתי אינו חייב להישבע ונמצא שאין כאן מיגו (שהרי עדיף לו לטעון החזרתי ולהיפטר בשבועה), ועל כך משיב רב חסדא שאף הטוען טענת החזרתי חייב להישבע.

חילוקים בין שבועת התורה לשבועה מדרבנן

ד. בתורה לא נאמר ששומר הטוען החזרתי חייב שבועה ואע"פ כן רב חסדא סובר ששומר שישבע (לעיל אות ב') ולולי שבועתו לא תתקבל טענתו במיגו שהיה טוען שנאנס[237] (כנ"ל באות ג'). וכיון שבשבועת 'החזרתי' הוא רוצה לפטור עצמו משבועת התורה של אונס, יש מקום לומר שאף השבועה של 'החזרתי' היא שבועת התורה (למרות ששבועה זו לא נזכרה בתורה) כיון שלכאורה לא יתכן שאדם יפטור עצמו בשבועה מדרבנן במקום בו הוא חייב שבועה של תורה, בעוד שקיימים מספר חילוקים בין שבועת התורה לבין שבועת חכמים, כגון[238]:

- יש אומרים ששבועת התורה צריכה להיות בנקיטת חפץ (הנשבע אוחז בידו ספר תורה), לעומת שבועה מדרבנן שאינו חייב לאחוז חפץ בידו (שו"ת הריב"ש סימן תל"ז) אולם השו"ע פסק שאף בשבועה מדרבנן יש צורך בנקיטת חפץ, אבל לא בשבועת היסת (שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף י"ג[239]).

---

[235] ונראה שהוא זקוק לשתיהן, כיון שאילו טענת איבוד שטר היתה עומדת בפני עצמה, היה מקום להעלותה אף במקרה של טענת פרעתי כנגד שטר הלואה.

[236] עיין הערה 235 שהנפקד זקוק לשתי הטענות.

[237] על פי דברינו, לולי היה צורך ב"מיגו" לא היתה חלה חובת שבועה על הטוען "החזרתי". אמנם עיין בספר הכריתות אות קצה, משמע שחיוב השבועה בהחזרתי עומד בפני עצמו וצ"ע.

[238] עיין גמ' שבועות דף מא.

[239] ועי"ש בש"ך ס"ק ל"ח שסובר שגם בשבועת היסת יש צורך בנקיטת חפץ, אולם כיון שהגאונים ורוב הפוסקים נקטו שא"צ נקיטת חפץ בשבועת היסת, יש לנהוג כמותם, חוץ ממקום שלא נתפשט המנהג כמותם.

- שבועה התורה מוטלת על החייב והוא אינו יכול לדרוש שהצד שכנגדו ישבע, ואילו בשבועה מדרבנן יכול החייב להפוך את השבועה ולדרוש שהצד שכנגד ישבע (שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף י"א).
- בשבועת התורה, אם המחוייב שבועה לא רצה להישבע בית דין יורדים לנכסיו ונותנים לתובע, ובשבועה דרבנן בית דין אינם יורדים לנכסיו אבל מנדין אותו ל' יום ואחר ל' יום מכין אותו מכת מרדות ומתירין את הנידוי (שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף ט').

אמנם ברור הדבר שלמרות החילוקים הנ"ל, מי שנשבע לשקר בין בשבועת התורה ובין בשבועה דרבנן עובר על איסור שבועה של תורה, כיון שסוף סוף נשבע לשקר.

<u>שיטת הסמ"ע והתומים: שבועת החזרתי היא מן התורה / כשל תורה ממש</u>

ה. על פי האמור לעיל, מסתבר לומר ששבועת "החזרתי" חייבת להיות שבועה של תורה שאם לא כן יש לשומר רווח בטענת החזרתי על פני טענת נאנסנו וממילא אין לו מיגו, וזו שיטת הסמ"ע בחו"מ סימן קכ"א ס"ק י"ד (ורצ"ו ס"ק ג'):

> שבועת הנתבע במפקיד בשטר... היא שבועת התורה ממש[240], כיון דאינו נפטר אלא במיגו דנאנסו ובטענת נאנסו היה צריך לישבע שבועת התורה ממש שבועת השומרים, והחילוק שבין שתי השבועות הללו מבואר בסימן פ"ז (ט- יג).

אולם קיים קושי בשיטת הסמ"ע, כיצד ניתן לומר ששבועת "החזרתי" היא שבועת התורה, והרי בתורה לא הוזכרה שבועה זו (עיין ש"ך סימן קכ"ד ס"ק לד).

היה מקום להציע שכיון שלשון התורה הוא "שבועת ה' תהיה בין שניהם" (שמות

[240] וכך היא גם שיטת הב"ח והיש"ש – ציין להם הקצות בסימן רצ"ו ס"ק ב', והסכים להם.

כב י), א״כ כל שבועה תהיה בין שניהם בין אם מדובר על שבועה המפורשת בתורה ובין אם מדובר בשבועה הבאה מחמת שבועה המפורשת בתורה (שבועת החזרתי הבאה מכח שבועת נאנסו), אולם אין בכוחנו לחדש דרשות שלא נאמרו במפורש, וצ״ע.

ו. התומים בקיצור כללי מיגו אות קיב כתב שברור הדבר שלא מדובר בשבועה של תורה וגם לא יתכן שמדובר בשבועה דרבנן, שהרי יש לשומר רווח מכך שהוא יאמר החזרתי ויתחייב שבועה מדרבנן:

> ובכל דיני מיגו אם יש צד אחד מאלף דנח לו לו לטעון טענה זו מטענה אחרת לא אמרינן...

ולכן מסיק התומים, שלמרות שמדובר בשבועה דרבנן (שהרי שבועה זו אינה מפורשת בתורה), לא נאמרו בשבועה זו הקולות שנאמרו בשבועה דרבנן, אלא יש לנהוג בה ככל חומרי שבועות התורה, וכיון שבשבועה זו נוהגים כל חומרי שבועת התורה:

> ולכן ברור כי הדעת של תורה מכרעת כי יש לו כל תוקף שבועה דאורייתא בכל אופנים ולכן נשתמשו בו הרבה מחברים וקראוהו שבועה דאורייתא, אף כי הוא שבועה דרבנן באמת הואיל ושוה לכל האופנים לשבועה דאורייתא, וליכא הבדל בינותם כלל ולא נ״מ לדינא וזה ברור.

יש לעיין האם נוכל להחיל את חידושו של התומים על לשונו של הסמ״ע הנ״ל (אף שנראה שזו כוונתו של התומים), וצ״ע. אולם החולקים על הסמ״ע (עיין ש״ך סימן קכ״א ס״ק ל״ד) ודאי שלא כך הבינו את שיטת הסמ״ע שהרי הם הקשו על שיטתו כיון שלמדו מדבריו שהוא סובר ששבועה זו היא שבועת התורה.

<u>שִׁיטַת הַשו״ע: שְׁבוּעַת הַחֲזַרְתִּי הִיא מִדַּרְבָּנָן וּמוֹעִילָה לְמֵרוּת שֶׁשְּׁבוּעַת נֶאֱנַסְתִּי הִיא מִן הַתּוֹרָה</u>

ז. שו״ע חו״מ סימן רצ״ו סעיף ב׳:

> אפילו הפקיד בידו או השאילו או השכירו בשטר, נאמן בשבועה בנקיטת חפץ לומר החזרתי לך, במגו שהיה יכול לומר נגנב אם הוא שומר חנם, או נאנס אם הוא שומר שכר, ומתה מחמת מלאכה אם הוא שואל. וכשם שאם היה טוען כן היה צריך לישבע מן התורה בנקיטת חפץ[241], כך כשטוען, החזרתי, צריך לישבע כעין של תורה[242].

כנגד דברי השו"ע עומדת קושיית התומים לעיל (אות ו') שלכאורה המיגו לא יועיל במקרה זה כיון שנוח לשומר לומר החזרתי ולהתחייב שבועה מדרבנן ולא להתחייב שבועת התורה, והרווח שלו הוא בחילוקי הדינים שקיימים בין שבועת התורה לבין שבועה דרבנן (שחלקם הובאו לעיל באות ד')[243].

יתכן לישב את קושיית התומים, ולומר שלולי השבועה נח לשומר לטעון טענת אונס ולא לטעון טענת החזרתי, כיון שבטענת החזרתי המפקיד יודע שהשומר משקר לעומת טענת אונס שהמפקיד איננו יכול לדעת האם הוא דובר אמת, ולכן נוח יותר לטעון אותה. ועוד, שסתם חפץ שנמסר לשמירה עומד להחזרה ולכן יש צד להאמין לדבריו, ועוד השומר איננו מקפיד לדרוש את השטר כיון שיודע שיכול לטעון טענת אונס (רשב"ם לעיל אות ג'), אולם כיון שיש לו חזקת חיוב טענתו לא מתקבלת לולי המיגו שהיה יכול לטעון טענת אונס (ועיין בחידושו של הנתיבות באות י').

ולכן, למרות שיש לשומר רווח מכך שבטענת החזרתי הוא מתחייב רק בשבועה מדרבנן ולא בשבועת התורה (וכנ"ל באות ד'), יש מקום להאמין לדבריו, ולפיכך מועיל לו המיגו - לשיטת השו"ע.

---

[241] שיטת השו"ע שכל שבועה מדרבנן (חוץ משבועת היסת) מחייבת נקיטת חפץ – עיין לעיל אות ד'.

[242] וכך פסק השו"ע גם בסימן קכ"א סעיף ה'.

[243] עיין ש"ך סימן קכ"א ס"ק ל"ד וסימן רצ"ו ס"ק ג' שהאריך לחזק את השיטה שחיוב השבועה הוא מדרבנן ולא מן התורה ולכן בשבועה זו קיימים חילוקי הדינים שבין שבועת התורה לשבועה מדרבנן. ובקיצור כללי מיגו בסו"ס פ"ב אות כ"ח, הביא ראיה מסוגייתנו שניתן לומר מיגו שכאשר מוחלפת שבועת התורה בשבועה מדרבנן. ואמנם עיין בקצות סימן רצ"ו ס"ק ב' שהוכיח שבמקרה זה אפילו בשבועת התורה ניתן להפוך כנגדו ועי"ש בדבריו לגבי חשוד, ובסימן רצ"ו ס"ק ב'.

<u>שיטת ר"ת: שבועת החזרתי ושבועת נאנסו היא מדרבנן</u>

ח. שיטת רבנו תם (ב"ק דף קז. ד"ה "עירוב") ששומר חייב שבועת השומרים מן התורה רק אם דבריו כוללים הודאה וכפירה (הודה שבחלק מהפקדון הוא פשע ובחלקו נאנס), אבל במקרה בו שומר כופר בכל וטוען טענת אונס הוא אינו חייב שבועה מן התורה. ועל פי שיטתו כתב תוס' בשם רבינו תם בב"ב דף ע: ד"ה "סוף":

ואומר ר"ת דהך שבועה דהכא מדרבנן ונתקנה קודם שבועת היסת...

כלומר, חיוב שבועה במקרה בו השומר טוען שכל הפקדון נאנס ממנו הוא מדרבנן, ובסוגייתנו שהשומר טוען שהחזיר הוא מתחייב בשבועה מדרבנן על טענתו.

ט. על פי שיטת ר"ת ודאי שאין מקום לקושית התומים (לעיל אות ו'), כיון ששומר שטוען החזרתי מתחייב שבועה דרבנן הן בטענתו והן בטענת נאנסנו. ובשו"ת מהר"י בן לב, חלק א' בכללי מיגו[244] כתב ששיטת רבנו תם שבמקרה בו אדם טוען טענה שיש להישבע בגינה שבועה דרבנן במיגו שהיה טוען טענה שהיה צריך להישבע שבועת התורה, אין הוכחה שהמיגו תקף, כיון שלשיטתו מיגו מועיל רק במקרה בו שתי השבועות הן מדרבנן[245].

[244] אחר סימן ק"ו, בעמ' נ"ה ד"ה "בשבועות" – מהד' צילום דפוס אמסטרדם, ירושלים תשמ"ח.

[245] בכנסת הגדולה בכללי מיגו בסו"ס פ"ב באות קסד כתב שאף לשיטות הסוברות שבשני המקרים המיגו מהתורה אי אפשר להסיק את המסקנה הנ"ל. ועיין גם בקיצור כללי מיגו מבעל כנה"ג שבתומים באות קיב ובתומים שם.

<u>שִׁיטַת הַנתיבות: הַכחשתו שֶׁל המפקיד כמוה כאונס</u>

י. נתיבות סימן פ"ב כללי מיגו אות י"ד:

> מיגו בטענה דלא שכיח לא אמרינן. אבל בשטר כגון בשטר פקדון, נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו אף דנאנסו לא שכיח, דזה לאו מטעם מיגו[246], רק דבשטר כזה שיכול לפטור עצמו אינו חושש להניחו בידו, וא"כ החזרתי גופיה טענה מעלייתא היא. וגם הוא מלא שכיח ללא שכיח, דהחזרתי ג"כ לא שכיח קצת להחזיר ולהניח השטר אבל לשאר טענות במיגו דנאנסו לכו"ע לא אמרינן...

על פי שיטת הנתיבות, טענת החזרתי היא טענה טובה אף לולי המיגו של נאנסו, כיון שהשטר שבידו של המלוה (שלכאורה מוכיח כנגד דברי השומר) אינו מהווה סתירה לדברי השומר שהחזיר, כיון ששומר אינו מקפיד לדרוש את השטר מאת המפקיד, כיון שהוא יודע שאם המפקיד ישקר ויוציא כנגדו את השטר הוא יוכל לטעון כנגדו טענת אונס, ולהיפטר.

אולם, קשה כיצד יתכן שהשומר יחזיר את חפץ הפקדון ולא יקפיד לדרוש את השטר מהמלוה ויסמוך על כך שיוכל לומר טענת אונס אם המפקיד ישקר וידרוש באמצעות השטר שיחזיר לו את הפקדון, והרי הוא יתחייב להישבע שנאנס ואדם אינו רוצה להישבע שבועת שקר, ועל כך משיב הנתיבות בסימן רצ"ו בביאורים ס"ק א':

> ולפענ"ד נראה דהך מיגו דהחזרתי לא דמי לשאר מיגו, דהכא טעמא אחרינא איכא, משום דהוא יכול לטעון נאנסו שוב אינו נזהר ליקח שטר שסומך על טענת נאנסו וכמ"ש הסמ"ע בס"ק ג'[247], ע"ש.

---

[246] צ"ע שהרי בגמ' נאמר במפורש שטענת החזרתי מועילה מטעם מיגו של נאנסו (לעיל אות ב'). ובדוחק היה ניתן לומר שרב עמרם סבר שהחזרתי נאמן מכח המיגו, אבל רב חסדא סובר שנאמן אף ללא מיגו (אבל חייב שבועה כיון ששומר נפטר רק בשבועה).

[247] ומקור דבריהם בדברי הרשב"ם – לעיל אות ג'.

ויכול הוא לישבע שנאנסו ואף שבאמת לא נאנסו רק החזיר, כיון שהמפקיד כיחש, גם זה מכלל אונס הוא וכנאנס או נגנב דמי.

הנתיבות מחדש שקיים סוג אונס, שהוא 'הכחשה של המפקיד', כלומר אם המפקיד שמחזיק בידו את שטר הפקדון ידרוש מהשומר להשיב חפץ שכבר השיב, מותר לשומר להישבע שהחפץ נאנס ממנו, ואין זו שבועת שקר, כיון שגם המפקיד שיקר, וזו הדרך היחידה בה הוא יכול להינצל ממנו.

ועל פי דבריו, שומר שהחזיר את הפקדון והמפקיד ששטר הפקדון בידו תובע ממנו את הפקדון שנית, יכול לבחור אחת משתי טענות:

- טענת החזרתי - טענתו תתקבל אף ללא המיגו, והשבועה היא תקנת חכמים, ואין להקשות כיצד שבועה דרבנן של החזרתי יכולה לפטור את שבועת התורה שהיה מתחייב בה אילו היה טוען נאנסו, כיון שנאמנתו של השומר שאומר החזרתי איננה מכח מיגו שהיה טוען נאנסו אלא היא נאמנות עצמית וחכמים דרשו ממנו להישבע (שאם לא היה מטילים עליו שבועה היה כל שומר יכול לשקר ולומר החזרתי).

- טענת אונס – מותר לשומר להישבע שנאנס כיון שהשקר של המפקיד שלא החזיר לו גם הוא בכלל אונס.

ואין להקשות על הנתיבות, מדוע יכול השומר להישבע שהוא נאנס והרי איננו אנוס לטעון כך והוא יכול לטעון החזרתי. כיון שאילו השומר לא היה יכול לטעון טענת אונס, לא היה בכוחו לטעון החזרתי, שהרי היכולת שלו לטעון החזרתי מבוססת על כך שאינו מקפיד לתבוע את השטר כיון שיודע שיכול לטעון שנאנס, וכנ"ל.

יא. החזו"א בחו"מ סימן י' ס"ק כ"ה חולק על הנתיבות:

ובנה״מ כתב דנאמן לומר החזרתי שסומך על טענת נאנסו ואינו חושש לקבל את השטר ואינה שבועת שקר שזה בכלל אונסין. ונראה דאם החזיר ונשבע דנאנסה הוי שבועת שקר ואילו נודע שלא נאנס הוינן מחייבין ליה לשלם וא״כ ודאי אינו סומך לישבע שבועת שקר[248].

סיכום

יב. העולה מהאמור לעיל:

- שומר נאמן בטענת החזרתי אף אם ההפקדה היתה בעדים (אות א׳).
- שומר שטוען החזרתי והמפקיד מחזיק בידו את שטר הפקדון, נאמן בשבועה במיגו שהיה אומר נאנסו (אות ב׳).
- שיטת הסמ״ע: שבועת החזרתי מועילה מן התורה, למרות שאינה מפורשת בתורה (אות ה׳).
- שיטת התומים: שבועת החזרתי היא מדרבנן אבל חלים עליה כל דיני שבועת התורה (אות ו׳).
- שיטת השו״ע: שבועת החזרתי היא מדרבנן, ויש לה דיני שבועת חכמים, ואע״פ כן הטענה מועילה במיגו שהיה טוען נאנסו והיה חייב להישבע שבועת התורה (אות ז׳ ואילך).
- שיטת ר״ת: שבועת החזרתי היא מדרבנן ונאמן במיגו שהיה אומר נאנסו, כיון שגם שבועת אונס היא מדרבנן (אות ח׳).
- שיטת הנתיבות: שבועת החזרתי היא מתקנת חכמים, והטענה מועילה מפאת עצמה אף ללא מיגו, ומותר לשומר להישבע שהחזיר או שנאנס אף שאליבא דאמת לא נאנס כיון שהמפקיד משקר, והחזו״א חולק (אות י׳ – יא).

[248] ועיין שו״ת מנחת שלמה חלק א׳ סימן ע״ה סוף ד״ה ״ודומה״. ועיין ש״ך חו״מ סימן ע״ז ס״ק א׳ וס״ק נ״ז.

טבלת סיכום, לטענות לווה ושומר (ולקמן עמ׳ 90 ואילך):

	הלואה	פקדון (שומר)
להד״ם	פטור מלשלם ופטור משבועת התורה[249],[250]	
החזרתי	פטור מלשלם ופטור משבועת התורה[251],[252].	
טענת ׳פטור׳ (בכל או בחלק[254])	בהלואה אין טענת פטור	חייב שבועה[253].
מודה במקצת[256]	חייב שבועת התורה[255]	

	הלואה	פקדון (שומר)
להד״ם	פטור מלשלם ופטור משבועת התורה אבל אינו יכול לטעון כך כנגד שטר מקויים	
החזרתי	בעדים: פטור מלשלם ופטור משבועת התורה. בשטר מקויים אינו נאמן	בעדים: פטור מלשלם ופטור משבועת התורה. בשטר נאמן במיגו דנאנסו
טענת ׳פטור׳ כגון אונס (בכל או בחלק)	בהלואה אין טענת פטור	חייב שבועה. (ונחלקו אחרונים לגבי טענת פטור בגזל)
מודה במקצת	חייב שבועת התורה	

---

249 עמ׳ 2׳ ואילך.

250 לגבי פקדון: אות יג, טו.

251 עיין שו״ע חו״מ סימן ע״ח סעיף א, ג׳ , סימו פב סעיף א׳, ועוד.

252 לגבי פקדון: שו״ע סימן רצ״ו סעיף ב׳.

253 אות טו.

254 טענת גניבה בשומר חינם, טענת אונס בשומר שכר.

255 אות יג, טו.

256 תובע אומר שהלוה לו מאה והלוה אומר חמישים, מפקיד אומר שהפקיד שתי פרות ושומר אומר פרה אחת.

גזלן בעדים וטוען שהשיב

הקדמה

א. על פי האמור לעיל (עיין בעמ׳ הקודם), טענות פרעתי או החזרתי של לוה או שומר, תתקבלנה אפילו במקרה בהם היו עדים על ההלואה או הפקדון, אבל אם יש ביד המלוה או המפקיד שטר מקויים, טענת פרעתי או החזרתי לא תתקבל.

לקמן נדון בדינו של גזלן שמודה שגזל או שיש עדים שגזל וטענתו היא שהשיב את הגזילה או פרע את דמיה.

שיטה א׳: גזלן נאמן לומר פרעתי אף שהיו עדים על מעשה הגזלה / פרעתי אחר תביעה בבית דין

ב. בגמ׳ בב״ב דף לג: מובא מעשה באדם שחטף נסכא (מטיל מתכת) מחבירו, וכשהובא לבית דין, הודה שחטף אבל טען שמטיל המתכת הינו שלו[257]. וכתב שם הרמב״ן בדף לד.[258]:

> נאמן לומר חטפי ודידי חטפי מגו דיכול לומר החזרתיה לו. ואפילו באו שני עדים שחטף.
> ויש מי שחולק ואומר שהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים ואינו נאמן לומר החזרתי[259].

על פי השיטה שגזלן יכול לומר ״החזרתי״. לכאורה כל גזלן יוכל לנצל אפשרות זו ואף אם יש שני עדים שגזל, יטען הגזלן שהשיב את החפץ לבעליו ויפטר,

---

[257] עי״ש בגמ׳ שעד אחד העיד שחטף, והדין הוא שישלם.

[258] הובאו דבריו בר״ן כתובות סוף דף ו. מדפי הרי״ף ד״ה ״מתני״.

[259] עי״ש בראיה מסוגיית הגמ׳ בכתובות דף יז: ובחידושי הרשב״א כאן דחה את הראיה ועיין גם בריטב״א ובנמוק״י בכתובות דף יח., ובלח״מ פרק ד׳ מהלכות גזילה הלכה יד ובגדו״ת שער מ״ט, י״ב, ג׳.

ונגזל לא יוכל לעשות דבר כנגדו.

נראה שיש לחלק בין שני מקרים:

- הגזלן והנגזל באו לבית דין, והדיינים שמעו את דברי העדים שראו את מעשה הגזלה, והגזלן הודה שגזל ואמר שכבר השיב - נאמן.
- גזלן כפר בבית דין ובאו עדים והעידו שגזל, ובית דין חייבו את הגזלן לשלם, אינו יכול לומר פרעתי כנגד חיוב שנתחייב בבית דין, ועליו לפרוע בפני עדים או בפני בית דין (ועיין לקמן בתשובת המשפטים ישרים באות ח').

אמנם אף לדברינו שטענת החזרתי מועילה רק לגזלן שמודה לדברי העדים, סוף סוף לכל גזלן יש דרך להינצל מתשלום על ידי הודאה בגזלה וטענת פרעון, וצ"ע.

ג. טענת "החזרתי" מתקבלת בהלואה ובפקדון אפילו כשיש למלוה או למפקיד עדים על ההלואה או הפקדון, וכנ"ל. ומסתבר שעל פי אותה דרך נאמן גזלן לומר החזרתי, שהרי העדים אינם סותרים את דבריו, שהם אינם יכולים לדעת האם הגזלן השיב את הגזילה. והחידוש הוא שאע"פ שגזלן פסול לעדות (עיין רמב"ם פרק י' מהלכות עדות הלכה ד'), טענתו של גזלן בתור בעל דין איננה נפסלת בגלל היותו גזלן[260] (ועיין לקמן אות ד', ולקמן במחלוקת המהר"ט והאור שמח, ועיין בספק השו"ע באות י' ובדברינו שם).

שִׁיטַּה ב': גזלן אינו נאמן לומר פרעתי כשהיו עדים על מעשה הגזלה / ביאור המחלוקת

ד. הרמב"ן (לעיל אות ב') לא ביאר מה היא סברת "יש מי שחולק" שסובר שגזלן אינו נאמן לומר פרעתי. הרשב"א בכתובות יח. ביאר את הטעם:

[260] ונראה שטעם הדבר הוא, שטענת בעל דין היא זכות שמסורה לכל בעל דין לטעון כרצונו ובית דין צריכים להתמודד עם הטענה כמו שהיא. שהרי בכל מקרה בו יש בעלי דינים הם פסולים לעדות על דבריהם ובית דין שומע את דבריהם כיון שעל טענות בעלי דין אין פסול גזלנות וכדו'.

דאפשר לומר דהגוזל בעדים צריך להחזיר לו בעדים, דבשלמא מלוה לפרעון קיימא אבל גוזל לאו אדעתא דחזרה גזל[261].

ובעליות דרבינו יונה ב"ב דף לג: (לד.) ד"ה "ההוא דחטף" כתב:

דבהלואה הוא דאמר המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים, דכיון דלפורעו קאי, נאמן לומר שפרעו. אבל גזלן הרי אינו גוזל על מנת לשלם, לפיכך אינו נאמן לומר החזרתי וצריך לשלם בעדים

מדברי הרשב"א ורבינו יונה נראה שהסיבה בגינה הגזלן אינו נאמן לומר החזרתי איננה נובעת שמעצם היותו עבריין שעבר על הלאו של "לא תגזול", אלא מחמת כוונתו לגזול ולא להשיב. אבל אם ידוע שהגזלן גזל על מנת להשיב (כמו איוב שהיה גוזל שדה של יתומים ומשביחה ומחזירה להם - ב"ב דף טז.[262]), אף שאסור לעשות כך, טענת "החזרתי" תתקבל.

על פי דברינו, המחלוקת האם גזלן נאמן לומר החזרתי איננה נעוצה בשאלה האם עצם מעשה הגזלה מונע מהגזלן את האפשרות לטעון שהחזיר. כיון שבעל דין יש לו זכות לטעון כל טענה שירצה אפילו אם הוא גזלן (וכנ"ל אות ד'). המחלוקת היא האם כוונתו הראשונה לגזול שלא על מנת להשיב מונעת ממנו לטעון "החזרתי" שהרי מעשה הגזלה הוכיח שאינו רוצה להשיב. והשאלה היא, האם יש כח ביד דיבורו (שהחזיר) לסתור את מעשיו (מעשה הגזלה) – ועיין במהרי"ט לקמן שדוחה את הצעתנו.

---

[261] וכך כתב גם בנמוק"י בסוגייתנו.

[262] וכבר תמהו המפרשים האם נהג כהוגן שהרי אסור לגזול על מנת למיקט (לצער) אפילו אם כוונתו להשיב (ב"מ דף סא:). וביד רמ"ה כתב שלגוי מותר לעשות כן אבל לישראל אסור. ועיין שטמ"ק ב"מ דף סא: שכתב: "על מנת למקט. יש מפרשים דמיירי שהוא אינו רוצה לעכב הגנבה בידו אלא הוא גונב כדי לצערו. ולא נראה דהא מעשים בכל יום שעושים כך. לכך יש מפרשים דודאי בדעתו לעכב הגנבה בידו אבל אינו גונב בשביל שום הנאה אלא כדי לצערו". ומשמע שאם מטרת הגזלה איננה כדי לצער אלא כדי להשביח – מותר.

ה. שו"ת מהרי"ט חלק ב' חו"מ סימן ל"ז:

> לא מפני שהוחזק בחזקת פשע אמר שאינו נאמן, שאדם עשוי הוא לשוב בתשובה 'חבול ישיב גזלה ישלם'[263]... אלא היינו טעמא דאמרינן חזקה הגוזל את חבירו בעדים והוחזק לגזלן לרבים אינו עשוי להחזיר בחשאי שלא יאמינהו העולם... שהוחזק לגזלן בפני עדים, מחזיר הוא בעדים לצאת ידי חובת הבריות[264]...

בניגוד להצעתנו לעיל (אות ד'), שהמחלוקת האם גזלן שגזל בפני עדים נאמן לומר שהחזיר יסודה בשאלה האם דיבורו (שהחזיר) יכול לסתור את מעשיו (מעשה הגזלה שנעשה שלא על מנת להשיב). המהרי"ט סובר שמעשה הגזלה איננו שולל אפשרות של החזרת הגזלה, שהרי אדם עשוי לחזור בתשובה[265]. ולכן עצם טענת ההחזרה אינה מהווה סתירה למעשה הגזילה. המחלוקת היא האם כיון שהוחזק לרבים כגזלן הוא לא ישיב בצינעה כיון שהוא רוצה להסיר ממנו את חזקת הגזל שבעיני הבריות.

ו. על פי דברי המהרי"ט הנ"ל, עצם מעשה העבירה אינו מונע מהגזלן לטעון החזרתי (עיין אות ד') ורק החזקה שלא יפרע בצינעה מונעת את קבלת טענת ההחזרה. אולם האור שמח בפרק ד' מהלכות גזלה הלכה י"ד דוחה את שיטתו (בלא להזכירו בשמו):

> ...דאין לומר דכיון שגזל בעדים תו חזקה דלא מחזיר רק בפני עדים לצאת ידי חובת הבריות...

---

[263] עי"ש שכתב שאם הטעם הוא מפני שפשע, לא יהיה נאמן לומר החזרתי גם על הלואה, ועיין הערה 267.

[264] ועי"ש שכתב שעל פי שיטתו אם גזל בפני עדים, אבל הוא לא ידע שעדים ראו אותו (הוא חשב שהוא 'גנב' ולא 'גזלן')– נאמן לומר החזרתי. ונראה שעל פי שיטתו גם גזלן שסובר שהיה מותר לו לגזול (כיון שסבר שהחפץ שלו) נאמן לומר שהחזיר שהרי על פי שיטתו לא הוחזק כגזלן.

[265] ואף שלגבי עדות ושאר עניני נאמנות אדם אינו חוזר לכשרותו באמירה בעלמא, עיין בשכרו אתו עמ' קצג ואילך, אין לדמות בין דיני נאמנות לבין טענות בעלי דין.
ועיין לעיל עמ' 52 שם דייקנו מדברי הריטב"א שהלוה בעדים פטור מלהשיב בעדים, כיון שאי דרישתו של המלוה לפרעון בעדים מלמדת על מחילתו. ולשיטתו ניתן לומר, שבמקרה של גזל שאין גילוי דעת, כשם שגזל בעדים עליו להשיב בעדים.

> אולם בכ״ז נראה טעמא כיון שהוחזק גזלן שוב חשוד לדבר זה, ואבד הימנותיה לטעון פרעתי[266], שכמו שהיה חשוד לגזול דבר זה, כן הוא חשוד להחזיקו לעצמו ולטעון פרעתי – איבד נאמנותו[267].

לשיטת האור שמח קיים פסול נאמנות לא רק בעדות אלא גם בטענות בעלי דינים. ולמרות שטענות בעלי דינים מתקבלות בבית דין מפי בעלי דינים שהם נוגעים ופסולים לגבי עצמם. במקרה של גזלן שהעידו עליו שגזל, אין לו זכות לטעון פרעתי. והטעם הוא, שאמירת ׳החזרתי׳ היא חלק ממעשה הגזלה וכשם שאינו נאמן לומר שלא גזל (שהרי יש שני עדים שגזל), כך אינו נאמן לומר שהחזיר, שהרי טענת ההחזרה היא המשכת המצב של הגזילה, והוא אינו יכול לחלץ עצמו ממעשה הגזילה אלא בפני עדים (ועיין לקמן באות ט׳ בדין הוחזק כפרן). אולם בהלואה ובפקדון שעומדים להשבה הלוה או השומר אינם חשודים ולכן הם נאמנים בטענת ׳החזרתי׳.

ולדבריו, השיטה הסוברת שגזלן נאמן לומר החזרתי, טעמה הוא שהגזלה לא הפכה את הגזלן לחשוד, כיון שבטענות בעלי דינים אין משמעות לחשדות דכנגד בעלי הדינים, ודין חשד נאמר בעדים בלבד – ועיין לקמן בדברי הקצות באות ט׳.

<u>סִיכּוּם הַשִּׁיטוֹת – הַמַּחֲלוֹקֶת הַאִם גַּזלָן שֶׁגָּזַל בִּפנֵי עֵדִים נֶאֱמָן לוֹמַר פָּרַעְתִּי</u>

ז. העולה מהאמור לעיל בביאור המחלוקת האם נאמן גזלן לומר פרעתי כאשר הגזלה היתה בפני עדים:

- האם יש כח ביד הדיבור (החזרתי) להפקיע מידי המעשה של הגזלה שמוכיח שגוזל שלא על מנת להשיב (אות ד׳).
- האם מסתבר שגזלן שגזל בפני עדים ישיב בצינעה ולא יצא ידי חובת

[266] לשיטתו, הרשב״א ורבינו יונה (לעיל אות ד׳) שכתבו שגזלן אינו נאמן לומר החזרתי כיון שגזל שלא על מנת להחזיר, פירוש דבריהם הוא שכיון שגזל שלא על מנת להשיב, איבד את נאמנותו.

[267] מדקדוק דבריו נראה שהגזלן איבד נאמנתו רק לענין זה, אבל אם יטען החזרתי הלואה טענתו תתקבל – ועיין הערה 263 שהמהרי״ט סובר שאם הגזלן היה נחשב כמי שאיבד את נאמנותו, לא היה נאמן לומר פרעתי גם בהלואה.

הבריות (מהרי"ט – אות ה').

- האם מעשה הגזלה גורם לגזלן לאבד את נאמנותו בטענת פרעון (או"ש – אות ו' – ועיין קצות לקמן אות ט')[268].

<u>בחזקת שלֹא נתן עד שיביא ראיה שנתן / סירוב בפני בית דין / הקושי בפסק השו"ע</u>

ח. במשנה בב"ב דף ה. נאמר שכותל חצר שנפל, חובה על שני הצדדים לבנותו. ואם אחר בניית הכותל טען אחד הצדדים שהוא שילם את כל ההוצאות מכיסו ותובע את חבירו שיתן לו מחצית, הנתבע נחשב בחזקת מי שנתן את הכסף (כיון שמסתבר שקיים את חיובו לשלם). עד שיביא התובע ראיה שהנתבע לא נתן את חלקו. ופירש שם רש"י בד"ה "עד שיביא""

עד שיביא – התובע עדים שתבעו ולא נתן לו...

כלומר, אם התובע הביא עדים שמעידים שפלוני לא שילם בעקבות תביעתו, הנתבע לא יהיה נאמן לומר פרעתי. הרא"ש (שם) בפרק א' סימן ט' תמה על רש"י:

> ותימה היא דמשום שלא נתן מיד בשעה שתבעו הוי לעולם בחזקת שלא נתן, ואפילו אם אמר בפני עדים איני רוצה ליתן לך דילמא אשתמוטי מישתמיט עד דהוו ליה זוזי ואז נתן לו ?
> נראה לי כמו שכתב ה"ר ז"ל... אי נמי כגון שעמד שמעון בדין וחייבוהו בית דין לבנות עד ד' אמות וסרב על ציווי בית דין, הרי הוא בחזקת שלא נתן כדין גזלן, אבל אם סרב בעדים ולא עמד בדין יכול לומר שוב נמלכתי ופרעתי.

בפשטות רש"י והרא"ש נחלקו בנאמנות של נתבע לומר "פרעתי". על פי שיטת

[268] על פי השיטות הנ"ל יש לעיין מה דינו של מזיק שאומר ששילם והנזק נעשה בעדים, כיון שאין למזיק כוונה לשלם, הרי הוא דומה לגזלן. ולכן מסתבר שהסברות שנאמרו במזיק שייכות גם בגזלן (ושמא פסול הנאמנות שלו שונה משל גזלן, כיון שאיסור גזל מפורש בתורה).

רש״י מי שעדים העידו בו שלא היה מוכן לפרוע, שוב אינו נאמן לומר פרעתי. ולשיטתו מלוה ושומר שנאמנים לומר שפרעו או החזירו, נאמנותם היא רק במקרה בו עדים מעידים על עצם ההלואה אבל אין עדים שמעידים על כך שפעם אחת סירבו לשלם[269]. אבל לשיטת הרא״ש אי תשלום בפני עדים אינו מונע מלטעון פרעתי, ורק סירוב בפני בית דין מונע אפשרות טענת פרעון או החזרה מצידו של החייב.

הרא״ש מחדש שמי שסירב בפני בית דין אינו נאמן לומר פרעתי ״כדין גזלן״. כלומר הרא״ש פוסק שגזלן אינו נאמן לומר פרעתי, ואף המסרב לפסק בית דין אינו נאמן לומר פרעתי. ורק במקרה של חוב בעלמא (הלואה, אי תשלום עבור בניית גדר), נאמן החייב לומר פרעתי אפילו אם מעיקרא לא שילם כאשר התביעה היתה בפני עדים.

השו״ע בחו״מ סימן קנ״ז סעיף ח׳ פסק כרא״ש, שאם סירב בפני בית דין אינו נאמן לומר ששילם עבור בניית הגדר. וכיון שהרא״ש מדמה בין דין סירוב בפני בית דין לבין גזלן שלא שילם בפני עדים, מוכח לכאורה ששיטת השו״ע היא שגזלן אינו נאמן לומר שהחזיר. אולם, בדין גזלן השו״ע ציין לשתי הדעות ולא הכריע (לקמן אות י׳) ולכאורה תמוה שהרי כאן מוכח שפסק שגזלן אינו נאמן לומר החזרתי.

בישוב הקושיא על השו״ע כתב בשו״ת משפטים ישרים חלק א׳ סימן רכ״ד, שאע״פ שהרא״ש עצמו סובר שגזלן אינו נאמן לומר החזרתי, השו״ע לא הכריע כמותו בענין זה, אבל לגבי מי שסירב בפני בית דין, השו״ע מודה לדברי הרא״ש:

[269] ואולי דייק את דבריו מלשון הגמ׳ ״המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים״ שרק במקרה זה אין צריך לפורעו בעדים, אבל אם יש עדים שסירה לשלם, צריך לפורעו בעדים.

...סוברים הפוסקים כדבריו בהא[270], כיון דסירב במאמר בית דין, כיון שהעיז פניו כל כך גרע מגזלן ולכולי עלמא צריך להחזיר בעדים...

נמצא, שעל פי שיטתו של בעל המשפטים ישרים, אף לשיטה הסוברת שגזלן נאמן לומר החזרתי, היינו שלא בפני בית דין אבל אם בית דין ציוו עליו להחזיר וסירב לא יהיה נאמן לומר החזרתי.

אבל, אם יש עדים שבית דין ציוו עליו להחזיר (והוא לא סירב), וכעבור זמן הוא הודיע שהחזיר, לכאורה טענתו תתקבל אף לשיטת בעל המשפטים ישרים, ובניגוד להצעתנו לעיל באות ב', וצ"ע.

<u>מדוע הגזלן לא הוחזק כפרן לאותו ממון / כפירה בפני עדים ובפני בית דין</u>

ט. שו"ע חו"מ סימן ע"ט סעיף ה':

טענו מנה לי בידך ואמר לא היו דברים מעולם ועדים מעידים שהלווהו. וחזר ואמר פרעתיך, הוחזק כפרן לאותו ממון וחייב לשלם.

הלוה אינו יכול לומר פרעתי כיון שמעיקרא אמר להד"ם, ואמירת להד"ם כוללת בתוכה את האמירה 'לא פרעתי' ולכן אינו יכול לשוב ולטעון פרעתי. הקצות בס"ק ה' תמה שכיון שמוכח מדברי השו"ע שמי שהוחזק כפרן לממון אינו נאמן לומר טענת פטור (ועליו להביא עדים להוכחת דבריו), כיצד יתכן שגוזל בפני עדים יהיה נאמן לומר החזרתי, והרי ודאי שהוזק כפרן לאותו ממון[271] ? והשיב הקצות:

[270] הפוסקים סוברים שגזלן נאמן לומר החזרתי בניגוד לשיטת הרא"ש, ואע"פ כן מודים לרא"ש בדין סירוב בפני בית דין.

[271] היה מקום להשיב, שבמקרה של השו"ע הוא עצמו סותר את דבריו, כיון שמעיקרא אמר להד"ם (כלומר שלא לוה ועתה הוא טוען שפרע). ואילו במקרה של גזלן, הוא מודה שגזל רק אומר שהשיב.

ונראה דכיון דכופר בפני עדים אע״פ שאמר אתם עדי לא הוחזק כפרן לאותו ממון אלא דוקא בכופר לפני ב״ד וכמבואר בסעיף ט׳, וגזלן דלא גזל אלא בפני עדים משו״ה לא הוחזק כפרן...

כלומר, אדם הוחזק כפרן רק אם כפר בפני בית דין, וכיון שכך אינו יכול לטעון אחר כך טענה אחרת שתפטור אותו מלשלם (אף שטענה זו יכולה להיות טענה אמיתית, רק הוא איבד את הזכות לטעון אותה). אבל אם טענת הכפירה היתה בפני עדים, יכול הוא לפטור עצמו בטענה נוספת.

ולכן, גזלן שגזל בפני עדים (והרי הוא כמי שכפר בפני עדים) ולא בפני בית דין יכול לטעון החזרתי, לשיטה הראשונה שהוזכרה בדברי הרמב״ן (לעיל אות ג׳). אבל, השיטה החולקת סוברת שאף אם גזל בפני עדים אינו נאמן לומר החזרתי, כיון שגם כפירה בפני עדים (לעיל אות ד׳) הפכה אותו לכפרן ביחס לאותו ממון (עי״ש בהמשך דברי הקצות).

נמצא שעל פי שיטת הקצות, המחלוקת היא האם מי שגזל בפני עדים, נעשה כפרן ביחס לאותו ממון ואינו נאמן יותר לומר שפרע. ונמצא ששיטת האור שמח בביאור המחלוקת (לעיל אות ו׳) היא כשיטת הקצות.

<u>פסק השו״ע</u>

י. שו״ע חו״מ סימן שס״א סעיף ח׳:

הגוזל את חבירו בעדים, יש אומרים שאינו צריך להחזיר לו בעדים ויש אומרים שצריך.

הש״ך בס״ק ח׳ הכריע שעיקר לדינא שאינו צריך להחזיר בעדים. ועיין בדברינו לעיל אות ב׳ – ג׳[272], שם הצענו שאחר שהדבר הובא בפני בית דין, לא יכול

[272] ואכמ״ל בדיון הכללי מה היא כוונת השו״ע לפסוק כאשר הוא מביא שתי שיטות בלשון יש אומרים.

הגזלן לומר פרעתי, אולם מדברי המשפטים ישרים לעיל אות ח׳ מוכח שלא כדברינו.

ויש לעיין האם בכוחו של הנגזל שתובע את הגזלן בבית דין, לדרוש מהגזלן שהפרעון יהיה אך ורק בבית דין או בפני עדים כדי שהגזלן לא יוכל לטעון שפרע, וצ״ע.

<u>סיכום</u>

יא. העולה מהאמור לעיל:

- עיין בשיטות הראשונים באות ז׳, האם מי שגזל בפני עדים נאמן לומר שהשיב את הגזילה.
- אף לפי השיטה שגזלן נאמן, אם הגזלן יכפור בבית דין ואחר כך יאמר שהחזיר את הגזלה, בית דין לא יאמינו לדבריו (אות ט׳ – י׳).
- השו״ע ציין לשתי הדעות, ולשיטת הש״ך יש להכריע להלכה שהגזלן נאמן (אות י׳).

מודה במקצת בהלואה ובפקדון

הקדמה / דברי רבה

א. מודה במקצת חייב שבועה מן התורה[273]. מודה במקצת הוא אדם שתבעו אותו לשלם סכום כלשהו והוא מודה על חלק מהסכום ועל חלקו הוא טוען להד"ם (או החזרתי). התביעה יכולה לנבוע מחמת הלואה (לקמן), פקדון (אות יב)[274], נזיקין וכדו'.

רבה במסכת ב"מ דף ג.[275] מבאר את טעם השבועה:

מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע?
חזקה, אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, והאי בכוליה בעי דנכפריה, והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז פניו.
והאי בכוליה בעי דלודי ליה, והאי דלא אודי אשתמוטי הוא דקא מישתמט מיניה, סבר עד דהוו לי זוזי ופרענא ליה[276],[277].
ואמר רחמנא, רמי שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכוליה.

לקמן נדון בביאור דברי רבה, ובביאור שאלתו ותשובתו.

מפני מה אמרה תורה

---

[273] עיין הערה 16.
[274] עיין לעיל עמ' 26.
[275] וכן בכתובות יח., גיטין נא:, ב"ק קז., שבועות דף מב:.
[276] עיין עמ' 16 שם ביארנו את פשט דברי רבא.
[277] הלוה משתמט עד שיהיה לו את כל הסכום. ולכאורה המציאות עליה דן רבה היא מציאות בה יש ללוה לשלם חלק מהחוב, ובסכום זה הוא מודה ובשאר הוא כופר. אמנם, אם ללוה יש את סכום הכסף עימו, קיימים מקרים בהם הוא פטור משבועה, כיון שמדובר ב"הילך" (עיין בפרטי הדין בעמ' 52 ואילך). כדי שהוא יתחייב שבועת מודה במקצת (לכל השיטות) עליו לומר שהוא מודה, אבל לא הביא עימו את הכסף לבית דין, ואף אינו טוען שיש בידו את מעות ההלואה עצמם. ושיטת הר"ן והנמוק"י שם, אפילו אם לא משלם עתה רק אומר שהוא מוכן לשלם והרי הם בידו הרי זה הילך. ולפי"ז מודה במקצת הוא מי שמודה ואומר שישלם אבל אומר שעליו להשיג את המעות.

ב. שאלתו של רבה "מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע", מלמדת שלולי חידוש התורה היה מקום לומר שאין להשביע את המודה במקצת[278]. אולם רבה אינו מבאר מדוע אין להשביעו. קיימות שתי אפשרויות לומר מה היה הדין לולי תורה היתה מטילה שבועה על מודה במקצת:

- טענתו היא טענה גרועה ואיננה מתקבלת ולולי חידוש התורה היה עליו לשלם את הכל.
- טענתו טובה. ולולי חידוש התורה היה מקום לומר שהיא תתקבל כמו שהיא ואין צורך להשביעו.

הראשונים (לקמן) נקטו כאפשרות השניה. והטעם הוא, שאין סברא לומר שטענתו של מודה במקצת היא טענה גרועה, שהרי לתובע אין שום ראיה כנגדו. ואין סברא לומר שטענת התובע כל כך טובה עד כדי כך שמודה במקצת ישלם הכל, ואילו כופר בכל לא ישלם כלום. ולכן ברור לראשונים שתמיהתו של רבה היא מדוע תורה הטילה שבועה על המודה במקצת ולא האמינה לו.

ג. רש"י ב"מ דף ג. ד"ה "מפני" כתב:

> מפני מה אמרה תורה כו' - ולא חשבו כמשיב אבידה לפטרו[279], שלא כפר בכולו.

תוס' שם בד"ה "מפני" כתב:

---

[278] עיין לעיל עמ' 6 בדברי השטמ"ק.

[279] מפרשים רבים תמהו על דברי רש"י שהרי רש"י עצמו בדף ד: ד"ה "אינו" כתב שמוצא מציאה שאומר שמצא מאה והמאבד אומר שהיו שם מאתים פטור משבועת מודה במקצת רק מדברי חכמים (ומקור דבריו במשנה בגיטין דף מח:), ואילו מן התורה חייב להישבע שבועת מודה במקצת (וא"כ לשיטת רש"י גם משיב אבידה שמודה במקצת חייב שבועת התורה). ובפשטות יש מקום לומר, שרש"י מדמה מודה במקצת למוצא אבידה שכלל אין תביעת בעלים נגדו, ועיין בדברינו לקמן בפנים, ועיין סיכום השיטות באוצר מפרשי התלמוד לב"מ דף ג. עמ' קיא.

פירוש, יהא נאמן במגו דאי בעי כופר הכל או נילף מהכא דלא נימא מגו בעלמא[280].

הפני יהושע בסוגייתנו כתב (בסוף דבריו) שאין מחלוקת בין רש"י לתוס', ואף רש"י סובר שמודה במקצת אמור היה להיות נאמן מכח מיגו. אמנם מפשט לשון רש"י כאן (וכן מתוס' בסוגייתנו) מוכח שטעמו של רש"י שונה מדברי תוס'[281]. אמנם בחושן אהרן לחו"מ סימן פ"ב (עמ' 220) ביאר שרש"י כתב משיב אבידה כדי לבאר שלפנינו מיגו חזק יותר ממיגו רגיל, כיון שבמיגו רגיל שתי הטענות מובילות לאותה תוצאה ממונית רק טענה אחת נוחה מחברתה, ואילו במיגו שלפנינו בהודאה במקצת הוא משלם חלק, ואילו היה כופר בכל לא היה משלם כלום, נמצא שמיגו זה חזק יותר משאר מיגו בעלמא, והרי המודה במקצת משיב אבדה בהודאתו.

נראה, שהדמיון בין מודה במקצת למוצא אבידה הוא שבשני המקרים לולי אמירתו של הנתבע (הלוה, מוצא האבידה) לא היה התובע (המלוה, המאבד) יכול להוציא דבר מהנתבע כיון שאין לו ראיה שהנתבע חייב לו. ולכן כשם שמשיב אבידה שבא מעצמו ואמר שמצא את אבידתו של פלוני הוא מחייב את עצמו, ולולי דבריו לא היה ניתן להוציא ממנו מאומה, אף המודה במקצת בחוב שהודה למלוה שהוא חייב לו מחצית, לא היה מתחייב לשלם מאומה לולי דבריו. ולכן יש לקבל את דבריו כמו שהם ולא להטיל עליו שבועה.

אמנם, תוס' איננו מוכן להאמין למודה במקצת כמו אל משיב אבידה, שהרי במודה במקצת התובע טוען שהוא יודע שפלוני לוה ממנו משא"כ בהשבת אבידה המאבד לא יודע שפלוני מצא את אבידתו ורק מכח דברי המוצא נודע לו שהוא זה שמצא את אבידתו, ולכן תוס' נזקק למיגו כדי להאמין למודה במקצת,

[280] ובשטמ"ק ד"ה "מפני מה" כתב: "ואילו בכופר הכל אמרה דפטור, ואמאי להוי נמי כמודה במקצת וכל שכן הוא.." ובחידושי חת"ס בכתובות דף יח. כתב בביאור שיטת רש"י שהתורה דרכיה דרכי נועם, ואם תורה מטילה שבועה על מודה במקצת ולא על כופר הכל, יביא הדבר לידי כך שטוב לאדם לשקר ולכפור בכל מאשר להודות באמת שחייב חצי.

[281] בחידושי חת"ס כתובות יח. כתב שלשונו של רש"י "משיב אבידה" הוא לשון מושאל.

לעומת מוצא אבידה שניתן להאמין לו אף ללא מיגו[282].

על פי דברינו שאלתו של רבה היא מדוע תורה אינה מאמינה למודה במקצת והיא הטילה עליו שבועה. נמצא, שמטרת הטלת השבועה איננה כדי שהמודה במקצת ישבע, אלא להיפך, כיון שאנו חושדים בו שהוא אינו דובר אמת, נטיל עליו שבועה והוא ירתע מחומרת השבועה ויודה שהוא חייב בכל.

אמנם, ברור הדבר שאין בטחון שהמודה במקצת איננו דובר אמת, שאילו היה בטחון בכך היה צריך לחייבו לשלם ולא להטיל עליו שבועה. אלא, שקיים ספק שמא הוא דובר אמת ושמא אינו דובר אמת, וכיון שכך, אמרה תורה שישבע, ואם ישבע שהוא חייב רק מחצית נוציא אותו מכלל המודים במקצת שאינם דוברי אמת, ונקבל את דבריו.

נמצא, מטרת הטלת השבועה היא מחמת הספק שמא הוא בכלל אלו שאינם דוברים אמת. וכיון שתוטל עליו שבועה, ימנע מלשקר ויודה שחייב בכל, אולם אם הוא נשבע, הוכח שדבריו נכונים, ומעיקרא לא היה צורך להטיל עליו שבועה.

ומכאן, שרבה בתשובתו צריך לבאר מה הוא מקור החשד במודה במקצת, ומדוע שבועה תועיל למנוע חשד זה.

<u>חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו... והאי בכולי בעי דלאודי...</u>

ד. ה"חזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו"[283], מלמדת שמי שבאמת חייב לחבירו לא נח לו לטעון בפני חבירו שהוא איננו חייב לו. ולכן, מי שיודע שהוא חייב לחבירו ואמר שהוא מודה במקצת, אין להאמינו במיגו שהיה כופר בכל כיון שהוא לא היה מעיז פניו לכפור בכל. ונמצא שלמודה במקצת אין מיגו שהיה יכול

[282] ועיין בפני יהושע בסוגייתנו בביאור המחלוקת בין רש"י לתוס'.

[283] עיין הערה 28 במחלוקת האם אדם אינו מעיז פניו בפני מלוה שעשה לו טובה או שאינו מעיז בפני מי שמכיר בשקרו. ואם התובע טוען שמא, מסתבר שלא קיימת הטענה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו – עיין לקמן עמ' 52.

לכפור בכל (על פי שיטת תוס׳ לעיל) או שאין להחשיבו כמוצא אבידה רגיל שהמאבד איננו יודע שהוא מצא את האבידה והיה יכול לכפור בכל בקלות ולכן טענתו מתקבלת כמו שהיא, אבל מודה במקצת לא היה מעיז לכפור בכל כיון שהתובע עשה לו טובה בשעת ההלואה ולא היה מעיז פניו לומר שלא הלוה לו (על פי שיטת רש״י הנ״ל[284]).

ה. נמצא, שמודה במקצת לא היה רוצה לכפור בכל, כיון שאינו מעיז פניו בפני בעל חובו. אולם אם כך הם הדברים נמצא שהוא דובר אמת בהודאתו, ומדוע להטיל עליו שבועה. ועל כורחנו יש לומר שאדם אינו מעיז פניו בפני בעל חובו לומר שלא לוה ממנו כלום, אבל אדם מעיז פניו ומשנה את הסכום בו הוא חייב (עיין לקמן מדוע). ולכן כיון שהוא הודה במקצת יש להטיל עליו שבועה כדי לגלות האם הודה בסכום הנכון או שהוא חייב סכום גדול יותר כפי שטוען התובע, שעתה אין לו את החזקה שאינו מעיז פניו בפני בעל חובו.

ולדברינו יש לפרש את דברי רבה כך (בסוגריים ההסבר על פי דברינו):

חזקה, אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו (ולכן לא כפר בכל וההסבר הוא:), והאי בכוליה בעי דנכפריה (הוא רצה לכפור בכל), והא דלא כפריה - משום דאין אדם מעיז פניו (הסיבה שלא כפר בכל כיון שאינו מעיז פניו לכפור בעצם החוב).

והאי בכוליה בעי דלודי ליה (כיון שהנתבע אינו מעיז פניו, הוא היה רוצה להודות בכל החוב), והאי דלא אודי, אשתמוטי הוא דקא מישתמט מיניה, סבר עד דהוו לי זוזי ופרענא ליה (הסיבה בגינה הוא לא הודה בכל, היא מחמת רצונו להשתמט מתשלום כל החוב כיון שעתה אין לו לשלם למלוה[285], והוא מודה בסכום שיש לו לשלם, ואומר לעצמו שכשיהיה לו כסף הוא ילך וישלם לתובע את כל הסכום, והודאה שכזו מפקיעה ממנו את החזקה שאינו מעיז פניו בפני בעל חובו).

---

[284] קצ״ע, שעל פי האמור כאן, אין כמעט הבדל בין שיטת רש״י לשיטת תוס׳ שהרי גם רש״י יזדקק לומר שכאן אין מיגו.

[285] ועיין ש״ך חו״מ סימן ע״ה ס״ק ג׳.

ואמר רחמנא, רמי שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכוליה (ואמרה תורה, הטל עליו שבועה והוא ירתע ויודה שחייב את הכל).

ונראה שדברינו הם כשיטת הריטב"א בסוגייתנו ד"ה "הלכך":

הילכך, האי בכולי בעי דליכפריה אלא שאינו מעיז פניו. וכי תימא אם אינו מעיז פניו היאך אתה חושדו שכופר במקצת, ומהדרינן שאין זו העזה, דהאי בכולה בעי דלודיה ליה אלא דעביד לאישתמוטי עד דליהוו ליה זוזי, וכיון שמודה במקצת אין זו עזת פנים וא"כ אין כאן מיגו לפוטרו משבועה...

ו. על פי האמור לעיל, דברי רבה מטרתם לבאר מדוע מודה במקצת חייב שבועה. בתחילה רבה ביאר מדוע הנתבע לא היה יכול לכפור בכל (אין אדם מעיז), ובהמשך דבריו ביאר רבה מדוע ההודאה במקצת אינה מוכיחה שהוא דובר אמת (משתמט עד שיהיו לו מעות ואין לו חזקה שאינו מעיז פניו בפני בעל חובו).

<u>שִׁיטַת רַשְׁ"י</u>

ז. רש"י ב"מ דף ג. ד"ה "והאי":

וכי תימא מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא[286], ולא נרמי עליה שבועתא.
לא חשיד אממונא, לפי שברצונו היה מודה בכולו, אלא שאין בידו לפרוע, וסבר עד דהוי לי [זוזי], ופרענא ליה[287].

מדברי רש"י עולה שהתשובה לשאלת רבה "מפני מה..." היא "חזקה..." (כלומר, מודה במקצת איבד את החזקה שאינו מעיז פניו). והמשך דברי רבה "והאי בכוליה..." אינם התשובה לשאלתו הראשונה של רבה, אלא הסבר מדוע הנתבע

[286] אכמ"ל בנושא זה, ועיין בתוס' בסוגייתנו.
[287] עי"ש במהלך הגמ'. אמנם לדינא מחלוקת האם חשיד אממונא חשיד אשבועתא, עיין הערה 321.

אינו חשוד על השבועה.

ובמסכת גיטין דף נא: ד"ה "חזקה" כתב רש"י:

חזקה אין אדם מעיז פניו, לכפור את הכל, הלכך בשביל הודאת המקצת אינו נאמן על השאר...

כלומר, החזקה שאין אדם מעיז פניו תקפה רק לגבי כפירה בעצם החוב אבל איננה תקפה לגבי שינוי הסכום (וכל זה נכלל בדברי הגמ' "חזקה אין אדם מעיז..."), וכאן מסתיימת תשובת רבה מדוע יש להטיל שבועה על המודה במקצת. אמנם, אם הוא חשוד לשנות את הסכום לכאורה כשם שהוא חשוד לשקר בממון הוא חשוד לשקר בשבועתו, ועל כך עונה הגמ' "והאי בכוליה..." דהיינו שלא מדובר בשקרן שאינו נרתע מלשקר אלא באדם שמנסה להתחמק, והטלת השבועה תרתיע אותו ותכריח אותו לומר את האמת.

<u>אִשְׁתַּמּוֹטֵי הוּא דְּקָא מִשְׁתַּמֵּט / אֵין לוֹ מְעוֹת כְּלָל / יֵשׁ בְּיָדוֹ מְעוֹת לְשַׁלֵּם הַכֹּל</u>

ח. מודה במקצת, מודה בחלק מהחוב כיון שאינו מעיז לכפור בכל, אולם יש מקום לחשוד בו שהוא משנה את הסכום ולכן יש להטיל עליו שבועה, וכנ"ל. והסיבה בגינה הנתבע משנה את הסכום היא רצונו להשתמט עתה מלהודות בכל הסכום כיון שאין בידו לשלם עתה את כל החוב.

יש לעיין, אם אין בידו של החייב לשלם את כל החוב, מדוע הוא חושש להודות בכולו והרי לא יוכלו לגבות ממנו את הכל וא"כ אין משמעות להודאתו ?

נראה, שאדם רוצה להיות עצמאי ולהחליט מתי הוא ישלם את חובו, ולכן אינו רוצה להודות עתה בכל הסכום והוא יודה בשעה הנראית לו. ועוד, יתכן שהוא סובר שאין לו לשלם, ואילו על פי דין הוא נחשב כמי שיש לו לשלם (כגון שעל פי דין הוא חייב למכור חלק מרכושו והוא אינו רוצה למכור אותו), ולכן אינו רוצה להודות עתה.

ט. יש לעיין מה דינו של נתבע שידוע שיש לו די מעות כדי לשלם את כל הסכום אותו הוא נתבע לשלם, ואע"פ כן הוא מודה במקצת. לכאורה כיון שבמקרה זה לא ניתן לומר שהוא משתמט כיון שאין לו לשלם, וכיון שכך:

- על פי דברינו (לעיל אות ו'), אין להטיל עליו שבועה ויש לקבל את דבריו שהרי אינו משתמט.
- על פי דברי רש"י (לעיל אות ז'), כיון שהוא אינו משתמט, ממילא הוא חשוד על השבועה, ואי אפשר להשביעו (ולכאורה, יחול עליו הכלל, מתוך שאינו יכול להישבע ישלם [ב"ב דף לד.]).

היה מקום לישב, שדברי הגמ' "אישתמוטי... עד דהוו לי זוזי" הם דוגמא לנימוקים נוספים בגינם יכול הנתבע להשתמט, ואפילו אם יש מעות יתכן שיש לו סיבות אחרות להשתמט (כגון שיש לו טירחה ללכת ולהביא את מעותיו ממקום רחוק וכדו'[288] או שמעותיו מושקעות בעיסקא ריווחית והוא אינו רוצה להוציאם וכדו') – ועיין לקמן באות טז בטענות נוספות של 'אישתמוטי' שאינן רק מחמת שאין לו מעות עתה.

ולדברינו, אם נצליח להוכיח שהוא אינו משתמט, כגון שהוא אומר לבית דין, יש לי מעות לשלם לו עתה כפי שהוא תובע ואינני משתמט, אבל אינני מוכן לשלם לו כיון שאני חייב לו רק מקצת מתביעתו, לכאורה במקרה זה אין בסיס לסברא של "אשתמוטי" וממילא לא נטיל עליו שבועה (על פי שתי האפשרויות שהועלו לעיל), וצ"ע.

<u>פְּסַק הַשו"ע / סִיכּוּם דִּין מוֹדֶה בְּמִקְצָת בְּהַלְוָאָה</u>

[288] עיין שטמ"ק ב"ק דף קה: בשם הר"י מלוניל, שקיימת טענת השתמטות של "קיימא באגם" והיינו שאינו רוצה ללכת עתה לאגם להביא את בהמתו, ונראה שיסוד דבריו הוא בגמ' בב"מ דף ה: ששוכר שכופר אינו חשוד לשבועה כיון שיתכן שמשתמט עד שיביא את הבהמה מהאגם, ועיין בדברי הגר"א לקמן אות טז.

י. שו"ע חו"מ סימן ע"ה סעיף ב':

מנה לי בידך, אין לך בידי אלא חמישים חייב להישבע מן התורה שאינו חייב לו אלא חמישים, ונותן החמישים שהודה.

יא. העולה מהאמור לעיל:

- תורה חידשה שבועה במודה במקצת למרות שהיה מקום לומר שיש לו מיגו שהיה כופר בכל ויחשב כמשיב אבידה (אות ג').
- מודה במקצת, מודה בעצם החוב כיון שאינו מעיז לכפור בכל (אות ה'–ז').
- למרות שאין אדם מעיז פניו בעצם החוב, הנתבע מעיז לשנות את סכום החוב ולכן יש להטיל עליו שבועה (אות ה' –ז' ועיין בחילוק בין שני ההסברים), אבל הוא אינו הופך להיות חשוד על שבועה כיון שמטרתו היא רק להשתמט (אות ז').
- מודה במקצת אינו רוצה להודות בכל החוב, כיון שעתה אין לו לשלם, והוא רוצה לקבוע בעצמו מתי ישלם (אות ח').
- במקרה בו לא שייכת טענת "אישתמוטי" (כיון שידוע שיש לו מעות) יש לעיין האם יש להטיל שבועת מודה במקצת (אות ט').

<u>מודה במקצת בפקדון</u>

יב. מודה במקצת בהלואה חייב שבועה. וכפי שהתבאר לעיל, למודה במקצת אין מיגו שהיה כופר בכל, כיון שלא היה מעיז פניו לכפור בכל (אות ג'). וטענתו שהוא חייב רק חצי, אינה הופכת אותו לחשוד על השבועה כיון שהוא רק משתמט (אות ז').

לקמן נדון האם מי שמודה במקצת בפקדון[289] אין לו מיגו (אות יג ואילך) והאם

[289] מודה במקצת בפקדון, יתכן שהוא מודה שקיבל לשמור רק על מקצת ממה שטוען המפקיד ויתכן שהוא טוען שהוא קיבל כפי שטוען המפקיד, ומודה שבחלק פשע ובחלק נאנס, ולכן חייב לשלם רק מקצת, ועיין

קיימת אצלו סברת 'אישתמוטי' (אות טז) ולכן יש להטיל עליו שבועת מודה במקצת.

מודה במקצת בפקדון – האם היה מעיז פניו לכפור בכל – שיטת רש"י

יג. לשיטת רש"י (ב"ק דף קז. ד"ה "כדרבה") מודה במקצת אינו מעיז פניו בפני בעל חובו כיון שאינו מעיז פניו בפני זה שעשה לו טובה. ולכאורה על פי שיטתו בפקדון שהשומר אינו מכיר טובה למפקיד (אלא ההיפך)[290], לכאורה יש לשומר מיגו שהיה כופר בעצם קבלת הפקדון, ולכן יש לקבל את טענתו שהוא מודה במקצת, וכך הסיק מדברי רש"י בתוס' בגיטין דף נא: ד"ה "אין" ותמה על מסקנה זו[291].

אבל, מדברי רש"י עצמו בב"ק דף קז. נראה שבפקדון חייב שבועה הן מודה במקצת והן כופר הכל[292]. וממילא אי לפטור מודה במקצת בפקדון בשבועה שהיה כופר בכל, כיון שאפילו אם היה כופר בכל היתה מוטלת עליו שבועה[293].

אמנם הפני יהושע (לעיל עמ' 23) כתב ששיטת רש"י היא שכופר הכל בפקדון פטור משבועה (ורק אם טען השומר שהשיב את כל הפקדון מוטלת עליו שבועת השומרים), ולשיטתו יש לעיין מדוע מודה במקצת בפקדון חייב להישבע ואין לו מיגו שהיה כופר הכל.

יד. פני יהושע ב"ק דף קז. :

הכרעת השו"ע באות יז. ועיין בדברינו לעיל לגבי כופר הכל בפקדון בעמ' 15 ואילך.

290 ודאי שכך הוא בשומר חינם, אמנם בשומר שכר קיימת טובה הדדית בין הצדדים. ומ"מ נראה שהשומר אינו מכיר כ"כ טובה למפקיד כמו בהלואה. ובמקרה של שואל נראה שיש לדמותו להלואה שהרי השואל משתמש ברכוש המשאיל ללא תמורה, ולא יעיז פניו בפני מי שעשה לו טובה, כמו בהלואה.

291 לשון תוס' בתמיהות על רש"י: "אפילו כפר בכוליה, רמיא רחמנא שבועה עליו".

292 שכתב שם: "אפילו כפר בכוליה רמיא רחמנא שבועה עליה".

293 כך כתב הפר"ח בהגהות מים חיים, והובאו דבריו בדברי יעקב לגיטין דף נא: .

והיותר נכון דרש״י נמי אית הך סברא דריב״א דהיכא דאינו מכיר בשקרו מעיז[294]...

כלומר, רש״י שכתב שמודה במקצת אינו מעיז בפני שהמלוה עשה לו טובה, בא להוסיף סברא מיוחדת שקיימת בהלואה ואיננה קיימת בפקדון. ובודאי שגם בפקדון אין לשומר המודה במקצת מיגו שהיה כופר הכל, כיון שלא היה מעיז לשקר בפני מי שמכיר בשקרו, ולכן אין לו נאמנות ועליו להישבע, אמנם בהלואה יש ללוה סיבה נוספת שלא לכפור בכל כיון שהמלוה עשה לו טובה.

מודה במקצת בפקדון – שיטת ר״ת וריב״א

טו. תוס׳ כתובות דף יח. ד״ה ״חזקה״[295]:

אומר ר״ת... שאין לאדם פנים לכפור הכל.
וריב״א פירש אין אדם מעיז היכא שחבירו מכיר בשקרו.

מדברי ר״ת נראה שאדם אינו כופר הכל אפילו אם חבירו אינו מכיר בשקרו, כיון שאדם מפאת עצמו אינו רוצה לכפור בכל ואילו ריב״א סובר שאין אדם מעיז לשקר רק כאשר העומד מולו מכיר את שקרו[296].

על פי שיטות ר״ת וריב״א, ברור שגם במקרה של פקדון אין למודה במקצת מיגו, כיון שלא היה מעיז פניו לשקר ולומר שלא קיבל פקדון.

׳אשתמוטי׳ בפקדון

טז. רבה ביאר שמודה במקצת בהלואה נשבע כיון שהוא אוציא את מעות ההלואה ועתה אין לו ממון והוא משתמט עד שיהיה לו ממון כדי לפרוע את חובו (לעיל

---

294 ואם מכיר בשקרו – אינו מעיז, עיין לקמן אות טו בשיטת הריב״א.
295 ועיין גם בתוס׳ גיטין דף נא: ד״ה ״אין״.
296 ולא כאן המקום להאריך בהשלכות הנובעות מסברות אלו וכיצד לישב סוגיות שונות.

אות ח׳-ט׳). ולכאורה בפקדון שאסור לשומר להשתמש בחפץ שברשותו, אם הוא מודה במקצת לא נוכל לומר שהוא רק משתמט עד שיהיה לו את החפץ. ואם הוא כופר במחצית, יש לחשוד בו שכשם שהוא חשוד על ממון הוא חשוד גם על שבועה, ולא נוכל להטיל עליו שבועת מודה במקצת.

אבל, גם בפקדון ניתן לומר שמא הוא משתמט, כיון שיתכן שהוא פשע בפקדון, ואין לו לשלם את מלוא ערכו ולכן משתמט. או מסיבות אחרות, וכמבואר בביאור הגר״א על השו״ע סימן פ״ז ס״ק א׳:

> ממון או חפץ. ר״ל לא מיבעיא ממון דאמרינן במודה מקצת שישבע כמ״ש בב״ק וב״מ וכתובות וגטין ושבועות דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מ״מ הטענה ישבע כו׳ אשתמוטי קא משתמיט, השתא אדהוו לי זוזי ופרענא.
> אלא אפילו בחפץ ג״כ י״ל אשתמוטי כמ״ש בב״מ ה׳ ב׳[297] ועתוס׳ שם א׳ ד״ה למ״ד כו׳[298] ובהג״א שם ס״י ד״ה אע״ג דההיא כו׳[299]...

הראיות של הגר״א מלמדות שגם מודה במקצת בפקדון יש לו סיבות להשתמט, כיון שאינו מוצא עתה את כל הפקדון, או שהפקדון אינו בביתו אלא במקום מרוחק או שמא משכן את החפץ או הקרקע או שרוצה להשתמש בפקדון ולהחזירו אחר זמן[300].

---

[297] גמ׳ ב״מ דף ה: ״אלא הא דתני רמי בר חמא ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת שומר חנם והשואל, נושא שכר והשוכר. נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, התם נמי אשתמוטי קא משתמיט, סבר משכחנא לגנב ותפיסנא ליה. אי נמי משכחנא ליה באגם ומייתינא ליה. אי הכי, הכופר בפקדון אמאי פסול לעדות, נימא אשתמוטי קא משתמיט, סבר עד דבחשנא ומשכחנא ליה. כי אמרינן הכופר בפקדון פסול לעדות כגון דאתו סהדי ואסהידו ביה דההיא שעתא איתיה לפקדון בביתיה והוה ידע. אי נמי דהוה נקיט ליה בידיה״.

[298] תוס׳ ב״מ דף ה. : ״ושמא גם בקרקע שייך קצת אשתמוטי קא משתמיט כי שמא משכנה וסבר עד דהוה לי זוזי ופרענא ליה״. (ועיין בתוס׳ דף ו. ד״ה ״אלא״ ששבועת היסת לא ניתקנה אלא כשיש צד להשתמט, אולם אע״פ כן אם החפץ בידו ג״כ ישבע היסת משום לא פלוג).

[299] הגהות אושרי ב״מ פ״א סימן י׳: ״אע״ג שההיא שעתא דכפר הוה ליה בידיה דשמא היה צריך להם לפי שעה ואישתמוטי קא מישתמיט״. וצ״ע שלכאורה דבריו נגד פשט הגמ׳ בדף ה: שאם מחזיק בידו אינו משתמט. ועיין בשו״ע חו״מ מהד׳ מורשה להנחיל, לסימן פז סעיף א׳ בקובץ חיבורים בשם הגרא״ז מלצר זצ״ל שתמה על הגר״א שודאי דברי ההגהות אושרי הינם במלוה ולא בפקדון.

[300] וכן, יתכן שיש לו כסף אבל אינו רוצה לשלם עתה כיון שהשקיע אותו בתכנית חסכון וכדו׳ ואינו רוצה להוציא את כספו קודם המועד כיון שיפסיד את כספו או את רווחיו.

<u>פסק השו"ע / סיכום דין מודה במקצת בפקדון</u>

יז. שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף א':

התובע לחבירו ממון או חפץ שהיה יכול להחזיק בו בטענת לא היו דברים מעולם, או החזרתיו לך או לקוח הוא בידי, אם הוא מודה מקצת, חייב שבועה מן התורה.

יח. העולה מהאמור לגבי מודה במקצת בפקדון:

- סיכום עיקר דין מודה במקצת – לעיל אות יא.
- מודה במקצת בפקדון לא היה מעז לכפור בכל, כיון שאין לאדם פנים לכפור הכל או שאינו מעיז לשקר כשחבירו מכיר בשקרו (אות יג ואילך).
- מודה במקצת בפקדון יתכן שהוא משתמט ולכן אינו חשוד על השבועה (אות טז).
- להלכה, מודה במקצת בפקדון חייב שבועת מודה במקצת (אות יז).

שְׁבוּעַת הִיסֶת בְּכוֹפֵר הַכֹּל

הַקְדָּמָה

א. על פי דין תורה נתבע שכופר בכל וטוען להד״ם, פטור לגמרי ולא מוטל עליו שום חיוב[301], כמבואר במשנה בשבועות דף לח: :

(טענת התובע:) מנה לי בידך. (טענת הנתבע:) אין לך בידי, פטור...
מנה לי בידך, אמר לו הן. למחר אמר לו תנהו לי, נתתיו לך – פטור.

תורה חייבה שבועה במודה במקצת, בנתבע הטוען כנגד עד אחד, ובשומר הטוען טענת פטור[302]. ואילו ב׳כופר הכל׳ אין שום חיוב שבועה ולעיל צויינו שיטות ראשונים מדוע אין לחייב כופר הכל בשבועה, עי״ש.

אולם, למרות שמן התורה כופר הכל פטור, קיימת תקנת חכמים שכופר הכל ישבע (׳שבועת היסת׳). לקמן ננסה לעמוד על טעם התקנה שלכאורה היא היפך גדרי הנאמנות של תורה שהאמינה לכופר הכל בלא שבועה.

דִּינוֹ שֶׁל רַב נַחְמָן – עִיקַּר הַתַּקָּנָה

ב. גמ׳ שבועות דף מ: :

---

[301] עיין עמ׳ 1׳.
[302] עיין עמ׳ 3׳.

מנה לי בידך, אין לך בידי פטור. אמר רב נחמן, ומשביעין אותו [303]שבועת היסת[304] (רש"י: לשון שומא ששמו חכמים עליו שבועה כמו [שמואל א' כו] אם ה' הסיתך בי[305])[306].

מאי טעמא, חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו[307].

אדרבה, חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, [308]אשתמוטי הוא דקא משתמיט ליה, סבר, עד דהוה לי ופרענא ליה[309].

תדע (דאמרינן אשתמוטי אשתמיט[310]), דאמר רב אידי בר אבין אמר רב חסדא הכופר במלוה כשר לעדות (ובאו עדים והוא לא נשבע כשר לעדות ולא אמרן חשיד אממונא הוא אלא אשתמוטי קמשתמיט ליה משום דמלוה להוצאה ניתנה ואין עכשיו בידו במה לפרוע), בפקדון, פסול לעדות (ואפילו לא נשבע דמשעה דכפר איחשיד ליה אממונא, ובב"מ בפ"ק (דף ה:) מוקמי' ליה בדאתו סהדי דההיא שעתא הוה בידיה דליכא למימר אירכס ליה ומשתמיט עד דבחיש ומשכח ליה[311])[312].

---

[303] כתב הש"ך בחו"מ סימן פ"ז ס"ק ס"ק מ"ד כתב שנוהגים להשביע בשבועה שאומר "אני נשבע שאין לזה אצלי כלום". ועיין סמ"ע ס"ק נ"ג.

[304] עיין בתקנות בישראל חלק א' עמ' תכ"ח שפירט האם שבועת היסת היא תקנת רב נחמן או תקנה שתוקנה עוד קודם זמנו של רב נחמן, ואכמ"ל.

[305] פירושים רבים נאמרו לביאור 'היסת', עיין בספר התקנות בישראל חלק א' עמ' תכח, שכתב בשם משפטי השבועות לרב האי גאון שלשון היסת הוא לשון השלכה והטלה. ובשם הערוך פירש שהיסת הינו לשון כבידות והמאירי והריטב"א כתבו לשון המלכה (עיין הערה 317) או לשון הסרה (לקמן אות ה').

[306] שבועת היסת קיימת הן בהלואה והן בגניבה והן בנזיקין וכו'. ועיין תומים סימן ע"ה ס"ק י"ח שדחה את דברי הט"ז שסובר שבמילתא דלא שכיחא לא תיקנו רבנן שבועת היסת, שהרי אפילו לגבי אתנן פסק השו"ע בסימן פ"ז סעיף כ"ה שקיימת שבועה.

[307] "עליו" – על הנתבע.

[308] החזקה שאינו מעיז פניו צריכה לפוטרו משבועה, אולם רבה מחדש שאדם 'משתמט' אף במקרה של 'כופר הכל' (ולא רק במודה במקצת) ולכן אין לו את החזקה שאינו מעיז פניו, וכיון שלתובע יש חזקה שאינו תובע אא"כ יש לו עליו, כפירתו של הנתבע (שאין לו חזקה) היא חלשה, ועליו להישבע כדי להוכיח שהוא דובר אמת, או שחיוב השבועה יגרום לו להודות.

[309] סברת אשתמוטי מועילה שאל"כ לא היה ניתן להשביע את החייב, על פי השיטה הסוברת שחשוד על ממון חשוד על השבועה, ועיין הערה 321. אולם עיין תוס' ב"מ דף ו. ד"ה "אלא" שכתב שכיון שרב נחמן תיקן שבועת היסת במקרה של 'אשתמוטי', לא פלוג ומשביעים אותו גם כשאין מציאות של השתמטות. ולכאורה צ"ע שהרי אם אין מציאות של השתמטות הרי הוא חשוד על השבועה, ומי שחשוד על השבועה, לא נוכל להשביעו ומה תועיל סברת 'לא פלוג'. ואילו תוס' היה דן למ"ד הסובר שחשוד על ממון לא חשוד על שבועה, לא היה קשה, אבל למ"ד שחשוד על ממון חשוד על שבועה לכאורה צ"ע. ושמא כיון שברוב המקרים קיימת אפשרות של השתמטות, גם במקרה בו אין טענת השתמטות נשביע אותו שהרי אין הוא גזלן בפני עדים אלא רק סברא שהוא כופר בממון ולכן ישביעו אותו, וצ"ע.

[310] אפילו אם הנתבע כופר בכל.

[311] עיין לעיל עמ' 52 בדברי הגר"א.

[312] בהמשך הגמ' מובאת שיטתו של רב חביבא שדברי רב נחמן מוסבים על המשך המשנה (לעיל אות א') בדינו של מי שהודה שחייב ולמחרת היום אמר שכבר פרע. ומבארת הגמ', שעל פי השיטה הראשונה בגמ' שרב נחמן חידש את חיוב שבועת היסת על המקרה של "אין לך בידי", ודאי שיש לחייב שבועת היסת גם במקרה בו מעיקרא הודה ואח"כ אמר שפרע. אבל על פי דברי רב חביבא, שבועת היסת יש להטיל רק במקרה

לקמן נדון בחזקת 'אין אדם תובע אא"כ יש לו' ומדוע היא חזקה כדי לחייב שבועה שתורה לא חייבה ומה היא מטרת השבועה (לקמן אות ג' ואילך), ובחידוש שטענת אישתמוטי יכולה להאמר גם בכפירה בכל (אות ח'), והאם דינו של רב נחמן איננו מבטל את הצורך בשבועתו של מודה במקצת (אות ט').

<u>חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו / מדוע חכמים הטילו שבועה במקום בו תורה לא הטילה שבועה</u>

ג. החזקה שאין אדם תובע[313] אלא אם כן יש לו עליו[314], פירושה הוא שאדם התובע את חבירו בבית דין בדרך כלל לא יתבע אדם שאין לו עימו שום משא ומתן כספי. רב נחמן אינו מבאר על מה מבוססת חזקה זו, ומסתבר שכך היא המציאות שאנשים בדרך כלל אינם תובעים מי שאינו חייב להם דבר[315].

ולפיכך, סובר רב נחמן שיש להאמין לתובע יותר ממה שמאמינים לנתבע, ועל הנתבע להישבע אמנם זכותו של הנתבע להפוך את השבועה על התובע כמבואר בגמ' בשבועות דף מא.[316].

על פי האמור, מטרת תקנת שבועת היסת היא לגרום לנתבע להודות (שהרי

בו מעיקרא הודה אבל אם כפר מתחילה ועד סוף ולדברי הנתבע לא היה ביניהם שום 'דררא דממונא' (צד ממון) לא חידש רב נחמן חיוב שבועת היסת במקרה זה.

313 בפשטות החזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו עליו, היא במקרה בו התובע בא לפני בית דין וטען את טענתו, אבל בויכוח בין שני צדדים שלא היה בבית הדין לא נאמרה חזקה זו, כיון שמחוץ לבית דין אנשים לא תמיד מקפידים על דבריהם. ולדברינו, במקרה בו יש ויכוח בין שני צדדים, והם רוצים להכריע ביניהם ללא בית דין אלא על פי ה"הלכה", אם ננקוט שחובת שבועה איננה דוקא בפני בית דין (עיין בעז"ה עמ' 52 ואילך), יש לעיין האם נטיל שבועת היסת, שהרי יתכן שאין מקום לחזקה של התובע אא"כ נטענה בבית דין, והנתבע יהיה פטור אף אחר תקנת שבועת היסת, וצ"ע.

314 לקמן ננקוט שעיקר טעם שבועת היסת הוא, מכח החזקה שאין אדם תובע אא"כ יש לו, והנימוק של "אשתמוטי" הינו טעם מדוע הנתבע אינו חשוד על השבועה וניתן להשביעו. אולם ניתן לפרש גם בדרך אחרת, שיסוד השבועה הוא בחולשת טענת הנתבע שאינו מעיז בדבריו אלא משתמט, וכיון שיש לתובע חזקה שאינו תובע אא"כ יש לו אין ניתן להטיל שבועה אבל גם במקרה בו לא תהיה חזקה לתובע, אבל יהיו רגלים לדבר נטיל שבועת היסת, ועיין בהערה 336.

315 אנשים תובעים את חבריהם על סכום גדול יותר מהחוב המקורי אבל בדרך כלל לא פונים ותובעים אנשים שאין להם שום קשר עימהם.

316 ונמצא, שרב נחמן הטיל שבועה במקרה של כופר הכל, ומסר לנתבע את הברירה האם התובע ישבע או הוא. ומכאן, שכל תובע נוטל על עצמו סיכון שהשבועה תחזור עליו, ועיין בדברי החת"ס לקמן אות ו'.

ההנחה היא שדברי התובע נכונים), וכפי שכתב רש"י בב"מ דף ה. ד"ה "היסת":

שבועה שהסיתו חכמים לכך להסיתו להודות[317], וטעמא מפרש בשבועות חזקה אין אדם טוען אלא אם כן יש לו בידו[318].

אם הנתבע לא ישבע כנגד התובע יתקבלו דברי התובע. ואם בכל זאת ישבע הנתבע כנגד דברי התובע, הוכח שאע"פ שברוב המקרים קימת חזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו, כאן הוכח שהתובע הוא ממיעוט האנשים שתובעים אף כשאין להם שום סיבה לתבוע, והנתבע פטור.

אמנם עיין לקמן באות ה', בשיטת היש מפרשים שהובאה במאירי, שמטרת השבועה היא לפייס את דעתו של התובע. כלומר, בניגוד לדברי רש"י שההנחה הבסיסית היא שהנתבע אינו דובר אמת, שיטת היש מפרשים היא, שאין הוכחה שהנתבע אינו דובר אמת, אבל יש צורך להוכיח לתובע שבית דין עשו ככל שביכולתם[319].

ד. החזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו מחייבת את הנתבע להישבע. ויש לעיין שהרי תורה לא הטילה שבועה במקרה זה והאמינה לדברי הנתבע, ומדוע

---

[317] ניתן לפרש להסיתו להודות אחר שכפר בבית דין ונטיל עליו שבועה ואז הוא יודה. ואפשר לפרש שכיון שהוא יודע שאם הוא יכפור בכל הוא יתחייב שבועה, מעיקרא הוא יודה וכלל לא יכפור בבית דין וכך פירש הריטב"א בשבועות דף מ: ד"ה "אמר": "שלא יהא קופץ וכופר בלא שום המלכה כמו שהיו רגילים עמי הארץ". ולדבריו, אחר שרב נחמן תיקן שבועת היסת, עמי הארץ לא יכפרו בבית דין כדי שלא יגיעו לידי חיוב שבועה. ונמצא שאם אדם הגיע לבית וכפר, יש לכאורה להאמין לו שהרי הוא יודע שיחייבו אותו להישבע ואע"פ כן הוא כופר בכל, וא"כ אין צורך לחייבו להישבע, אולם אם לא נשביע אותו, שוב יחזור המצב למציאות הקודמת בה עמי הארץ כופרים, וחוזר חלילה, ונמצא, שאנו משביעים את מי שבא לבית הדין למרות שיש סברא להאמין לו (כיון שיודע שיתחייב שבועה), לא עבור טענתו שלו, אלא כדי למנוע כפירה של אחרים. ונראה שכך עולה גם מדברי החת"ס – עיין לקמן אות ו'.

[318] על פי שיטת רש"י שמטרת השבועה היא כדי להסית את הנתבע להודות, יש לעיין מדוע יש לנתבע זכות להפוך את השבועה על התובע, והרי אם המטרה היא שהנתבע יודה אין לאפשר לו להתחמק משבועה. ונראה שכיון שאנו מאמינים לתובע, די בשבועה שלו כדי להוציא ממון מהנתבע. ועוד שיתכן שיהיה נתבע שדובר אמת, ואף אינו רוצה להשיבע על אמת, ולכן יש לאפשר לו להפוך את השבועה על התובע.

[319] אם ננקוט שהטעם לשבועת היסת הוא כדי לגרום לנתבע להודות יש מקום לומר שבית דין יטילו את השבועה אף ללא דרישה מצידו של התובע, אבל אם מטרת השבועה היא כדי לפייס את התובע, יש מקום לומר שבית דין יטילו אותה רק בעקבות טענת התובע, אמנם אין אלו סברות מוכרחות. ועיין במאמרו של הרב משה שניאור זלמן דישון שליט"א בקובץ בית ישראל ואהרן, שנה ח' גליון ד' (מו) עמ' (תקיג) נג.

חכמים לא האמינו לנתבע[320].

שיטה מקובצת ב"מ דף ו. :

יש לומר רב נחמן בדריה תיקן שבועת היסת מתוך שרבו עזי פנים ובעלי השמטות שנשמטין אפילו בכל...

וכדבריו כתב גם המאירי בשבועות דף לח: (הסבר ראשון):

כשראו הדורות מעיזים לכפירת הלואותיהם.

כלומר, החזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו עליו, לא השתנתה, ומעיקרא היתה כנגדה חזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו לכפור כנגדו את כל החוב, ולכן הנתבע שכפר פטור שאילו היה חייב לא היה מעיז לשקר ולומר שאינו חייב. אבל אירע שינוי בהעזתם של הנתבעים, מעיקרא נתבע לא היה מעיז פניו לכפור הכל, ואילו בדורו של רב נחמן הנתבעים העיזו פניהם אף לכפור הכל מחמת שלא היה להם ממון לפרוע והיו משתמטים מלשלם עד שיהיה להם לפרוע (וכמבואר בגמ' לעיל אות ב')[321].

ה. מאירי, שבועות דף לח: בשם יש מפרשים:

---

[320] באבן ישראל, הלכות טוען ונטען פרק א' הלכה א' (עמ' קעח) כתב שתי אפשרויות. האחת, שחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו אינה מועילה מן התורה וחכמים תיקנו שתועיל, וכנגדה יש להישבע או שמן התורה חזקה זו מועילה, רק שעומדת נגדה חזקת אין אדם מעיז פניו, ומן התורה לא אמרינן שהוא משתמט, ובאו חכמים ואמרו שהוא משתמט. ויש לעיין מדוע זח"ל העריכו את החזקות שלא כפי שתורה העריכה אותם, ועיין לקמן בפנים.

[321] למרות שהמאירי כתב שהם 'מעיזים' נראה שאין כוונתו להעזה (ויש לדקדק בלשון השטמ"ק "רבו עזי פנים ובעלי השמטות" האם אלו שני סוגי אנשים או שמדובר על סוג אחד של אנשים שמעיזים מחמת שיש להם נימוק של השתמטות) אף במקרה שיש לו לשלם ומחפש דרך שלא לשלם וכדו' אלא מדובר בהשתמטות של מי שאין לו לשלם את חובו. כיון שאילו היה מדובר בהשתמטות של מי שיש לו, לא היה ניתן להשביע את הכופר בכל, לשיטה הסוברת שחשוד אממונא חשוד אשבועתא. ואף בגמ' מבואר מדובר על השתמטות ולא על העזה, אמנם ניתן לומר שגם אלו שאין להם וגם אלו שיש להם משתמטים, וכיון שלא ידוע לאיזו קבוצה שייך הנתבע, אין לחשוד בו על השבועה. אמנם למ"ד חשוד אממונא לא חשיד אשבועתא, ניתן לפרש את דברי המאירי כפשוטם, והיינו שמדובר במי שמעיז לכפור למרות שיש לו ולמרות זאת הוא יפרוש משבועה, אמנם רב נחמן אמר את דבריו גם למ"ד שחשוד על ממון חשוד גם על שבועה, ועיין רא"ש ב"מ פרק א' סוף אות ט' ובסיכום השיטות בא"ת בערך 'חשוד על השבועה' בעמ' קמז.

וי״מ שהוא לשון הסרה מענין ׳ויסיתם דוד מעליו׳. כלומר שתקנוה חכמים האחרונים על הנתבע במקום שאין עליו דין שבועה מן התורה, כדי להפיס דעת התובע[322] ולהסיר מלבו כל תלונה עד שיכיר וידע שהבית דין יצאו בענינו ידי חובתם ועשו בדבר כפי כחם[323].

על פי שיטה זו, לא השתנה דבר, לא בחזקת ״אין אדם תובע...״ ולא בחזקת ״אין אדם מעיז...״. השינוי הוא ברצונם של בית הדין להסיר מעליהם טענה של התובע שסובר שבית דין אינם מאמינים לדבריו. ונראה, ששיטת המאירי היא שנתבע שנשבע שבועת אמת אין עליו שום טענה, והוא נוהג כהוגן, ושמא הוא סובר כשיטת הרמב״ם (ספר המצוות, מ״ע ז׳) שמצוה להישבע כדי לאמת את דבריו[324].

אמנם, יש לעיין מדוע כיום בית דין זקוקים לפייס את דעתו של התובע יותר ממה שהיה קודם, ושמא מסיבה כלשהי אנשים החלו לטעון טענות כלפי בית דין, ולכן ראו חכמים צורך לחזק את האמון של אנשים בבית דין, ועוד שתמוה שעתה הנתבעים יתלוננו, וצ״ע[325].

---

322 וכ״כ בספר התרומות, שער שביעי, חלק א׳, ב׳, כוס הישועות דף מ: ד״ה ״לכאורה״ (וכפי ששבועת השומרים היא להפיס את דעתו של בעל הבית – ב״מ דף לה:).

323 עיין לעיל בסוף אות ג׳.

324 אמנם עיין ברמב״ן בהשגותיו על הרמב״ם שם, ובפירושו לתורה בדברים פרק ו׳ פס׳ יג שסובר שאין מצוה להישבע על אמת, אלא היתר.
ובגמ׳ בשבועות דף לט: אמר ר״ש בן טרפון: ״שבועת ה׳ תהיה בין שניהם, מלמד שחלה שבועה על שניהם״. ורש״י במקום פירש, ששניהם נענשים בה, זה שלא דקדק למסור ממונו ביד נאמן ובאו לידי חילול השם״ כלומר, אם השומר נשבע לשקר יש טענה על המפקיד, ומשמע שאם תבעו האדם תביעת שוא, והוא נשבע שבועת אמת, אין עליו שום טענה.
אמנם הסמ״ג מ״ע קכ״ג כתב: ״אמר איני נשבע פוטרין אותו ונותן מה שטען חבירו וכן אם אמר הטוען איני משביעו ופטרו הולכין להם, אמר הריני נשבע וחבירו תובעו העומדים לשם אומרים זה לזה סורו נא מעל האנשים הרשעים האלה ומסיק שם בשלמא נשבע יש בו איסורא אם נשבע לשקר אלא המשביע למה ומתרץ כדתניא (לט, ב ועיי׳ רש״י ד״ה חלה) שבועת ה׳ תהיה בין שניהם מלמד שהשבועה חלה על שניהם ומפרש ר״ת (מז, ב תד״ה ׳חלה׳) שאם נשבע לשקר יש עליו עונש שבועת שקר וגם על המשביעו שגרם כל זה שלא היה לו לישא וליתן עם זה ואם נשבע באמת יש על המשביע עונש שבועת שוא שהשביעו ועל הנשבע יש עונש שבועת שוא בחנם שנתגלגלה על ידו. אמנם בתוספתא (שבועות פ״ו ה״ג) גרסינן בין שניהם אין השבועה יוצאת מבין שניהם אם הנשבע נשבע לשקר השבועה חלה עליו ואם נשבע באמת סוף שעונש שבועת שוא בא על המשביעו וכן פירש רבינו חננאל״ (ועל פי דבריו כתב בשו״ת בנימין זאב סימן רנט בסופו, שדיין ישתדל לעשות פשרה ולא להגיע לידי שבועה). ועיין בדברי החת״ס לקמן אות ו׳

325 הרמב״ם בפרק כ״ד מהלכות סנהדרין הלכה א׳ כתב: ״יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן...״ אולם בהלכה ב׳ שם כתב: ״כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים ואפילו היו הגונין במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל... ולא ידון הדיין

ו. לדברי רב נחמן (אות ב׳) החזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, היא חזקה בסיסית שמולה עומדת החזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו. ולשיטת השטמ״ק והמאירי (בהסברו הראשון – לעיל אות ד׳) חזקה זו התעררה בדורו של רב נחמן כיון שאנשים משתמטים אף לכפור בכל ולכן הטילו עליהם שבועה. ואילו לשיטת היש מפרשים שבמאירי (אות ה׳) החזקות עומדות במקומן, רק שחכמים ראו צורך להטיל שבועה כדי לפייס את דעתו של התובע.

בניגוד לשתי שיטות אלו, החתם סופר סובר שיש אנשים התובעים סתם, כמבואר בחידושיו בשבועות דף מ:

> ולפע״ד י״ל דודאי אדם תובע אף ע״פ שאין לו[326] ואיכא אנשי חמס טובא ולכן ירדה התורה לסוף דעתן של התובעין שאינו בצדק... ופטרה התורה מכל וכל שלא כל יהא אחד תובע חבירו ומחייבו שבועה דאורייתא על מגן[327], והצדיק אשר לא ירצה לשבע אפילו באמת מפני שהחטא על שניהם... אפילו בנשבע באמת... כל כרחו יתפשר עימו ולא שבקית חיי לכן פטרה תורה מכלום[328].

והתוצאה מכך שתורה פטרה את הנתבע הכופר בכל היתה שנולדה חזקה חדשה:

> אך עתה מזה נולדה האי חזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו, כי מי פתי יתבע לחבירו ואין לו עליו הלא ישיב להד״מ ויפטר, ומה היה לו שעשה עצמו רשע וגלה נבלותו בעיני חבירו הנתבע שיודע בנפשו שמשקר והוא יצא בנקי... ומאי אהני לרמאי ברמיותא.

בסמיכת דעתו ולא בידיעתו, כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה...״. ושמא דברי המאירי הם כדברי הרמב״ם.

[326] וכתב שם ראיה לדבריו מדברי הגמ׳ בב״מ ג. ששבועה שהוטלה על שנים האוחזים בטלית היא כדי שלא כל אחד יהא והולך ותופס בטליתו של חבירו, משמע שחששו ממי שתובע מחבירו רכוש שאינו שלו. ושמא יש לחלק בין מי שתופס רכושו של חבירו לבין מי שמעיקרא מתכנן תביעה בבית דין.

[327] ״על מגן״, על חינם, וכמו ״אסיא דמגן מגן שויא״ וכדברי תרגום אונקלוס על הפסוק ״ויצאה חינם אין כסף״ שתירגם ״חינם״ – מגן.

[328] עיין לעיל בהערה 324 שם הובאה שיטת הסמ״ג, שנראה שחת״ס נוקט כשיטתו.

כלומר, בניגוד לשיטות הנ״ל שסוברות שחזקת אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, היא חזקה בסיסית, מחדש החת״ס שאין זו חזקה בסיסית שהרי ישנן אנשי חמס, וחזקה זו נוצרה רק מחמת דין התורה שכופר בכל פטור לגמרי.

ואחר שנולדה החזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו, יש לעיין כיצד לנהוג. אם נאמין לו תמיד, הרי ששוב יקומו אנשי חמס ויתבעו, ואם לא נאמין לו כלל, נמצא שאין לחזקה זו שום משמעות[329], ולכן:

> התחכם רב נחמן ותיקן על זה שבועות היסת. ולא על הנתבע דוקא כי אם על אחד משניהם. והרשות ביד הנתבע אם ירצה ישבע ויפטר ואם ירצה יהפכנה על התובע[330].
> והשתא תיקן הכל, דתו ליכא למיחש שכל אחד יתבע חבירו.
> ז״א, דממ״נ מה מהני ליה תביעתו אם ישבע חבירו ויפטר הרי יצא נקי ולא נשאר לתובע כ״א שגרם שבועת שוא של חנם.
> ואם יהיה[331] ירא שבועה אפילו שבועת אמת, לא יצטרך להתפשר עמו כי אם יהפכנה עליו ואיהו אינו יכול לשבע.
> ואין לומר אכתי יתבענו שלא כדין כדי שיהפך השבועה וישבע על שקר ויגבה שלא כדין ז״א דכ״כ לא נחשדו ואם נחשדו לתבוע ממון שאינו שלהם אבל לא נחשדו על השבועה...

כלומר, כדי שהחזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו לא תתבטל, יש צורך להטיל ׳איום׳ על התובע, והאיום הוא מכח השבועה, שיש כח ביד הנתבע לקבוע מי ישבע אותה. אם יחליט הנתבע להישבע ולהוכיח את צדקתו, תתגלה לעין כל רמאותו של התובע ואם הנתבע לא ירצה להישבע, הוא יוכל להפוך את השבועה על התובע, שאיננו חשוד להישבע לשוא, ואם הוא רמאי הוא יפרוש ולא ישבע, ושוב תתגלה רמאותו לעיני כל[332].

---

[329] החת״ס אינו מפרט את האמור כאן אבל מכלל דבריו נראה שזו כוונתו.

[330] עיין לקמן בעמ׳ 52 בתשובת פאר הדור, ובדברינו שם, שהמחלוקת האם ניתן להטיל שבועת היסת כאשר אי אפשר להופכה על התובע, נעוצה בשאלה האם יש לקבל את סברת החת״ס.

[331] ״אם יהיה״ – הנתבע.

[332] כלומר, במקרה הפרטי הבא לפנינו מסתבר שהתובע צודק, שהרי יש לו חזקה, אבל כדי שבשאר מקרים לא

ז. על פי שיטת החת״ס, מי שיש לו תביעת אמת על חבירו יתכן שימנע מלתבוע דוקא בגלל תקנת שבועת היסת. שהרי הוא יודע שהנתבע או הוא יחוייבו שבועה (כדבריו ״מפני שהחטא על שניהם״). ולשיטת החת״ס יש לחשוש לשיטה האומרת שאיסור שבועה רובץ על שני הצדדים אפילו אם השבועה תהיה שבועת אמת, ונמצא שדוקא אותו אדם נאמן שעליו נאמר חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו, הוא זה שימנע מלתבוע מחשש עונש אף בשבועת אמת. וקצ״ע כיצד לישב את שיטת החת״ס.

אשתמוטי בכופר הכל

ח. חידושו של רב נחמן הוא, שמציאות של השתמטות קיימת גם בכופר הכל (אות ב׳). כלומר לא רק מודה במקצת ׳משתמט׳ (כנ״ל עמ׳ 100) אלא גם כופר הכל משתמט, ולכן אין כפירתו מלמדת על ׳העזה׳ ולכן אין לו חזקת נאמנות בטענתו, ויש להטיל עליו שבועה כדי לבטל את חזקתו של התובע, שאין תובע אלא אם כן יש לו[333].

השטמ״ק והמאירי (לעיל אות ד׳) ביארו שמעיקרא אנשים לא העיזו לכפור בכל, ומדורו של רב נחמן אנשים מעיזים וכופרים אף בכל.

אולם התוס׳ (שבועות דף מ: ד״ה״ אדרבה״ – לקמן אות ט׳) הרשב״א (שבועות דף מב):, לא חילקו בין דורות הראשונים לבין דורו של רב נחמן. לשיטתם, החזקה אין אדם מעיז פניו נאמרה כלפי מי שהודה במקצת, שאין לו מיגו שהיה כופר בכל כיון שאנו מניחים שאין לו את התעוזה לשקר ולכפור בכל, אבל מי שהעיז וכפר בכל, אין לתת לו נאמנות (כיון שהעיז מוכח שדובר אמת) כיון שיתכן שהוא משתמט, וכמבואר בדברי רב נחמן לעיל.

תתבטל החזקה יש להטיל שבועה – עיין בהערה 317.

[333] עיין הערה 314.

<u>האם דינו של רב נחמן אינו סותר את יסוד חיוב השבועה של מודה במקצת</u>

ט. מודה במקצת אינו נאמן במיגו שהיה כופר בכל, כיון שלא היה מעיז לשקר לכפור בכל (לעיל עמ׳ 100), אבל על פי דברי רב נחמן (לעיל אות ב׳), אין תעוזה בכפירה בכל וגם כופר הכל משתמט. ומכאן שמודה במקצת יהיה פטור משבועה במיגו שאם היה רוצה לשקר היה כופר בכל.

על פי דברי השטמ״ק והמאירי (לעיל אות ד׳), הקושיא בטלה מאליה, כיון שתורה שחייבה מודה במקצת בשבועה, לא פטרה אותו משבועה מכח מיגו שהיה כופר בכל, כיון שאדם אינו מעיז פניו, ואע״פ שבזמנו של רבה נשתנתה המציאות שאף כופר הכל מעיז ומשתמט, אין לבטל בשל כך דין תורה.

אמנם תוס׳ במסכת שבועות דף מ: ד״ה ״אדרבה״ יישב באופן אחר:

> וי״ל אע״ג שכופר הכל נמי משתמיט, מ״מ אין לו כל כך פנים לכפור הכל כמו לכפור במקצת, וליכא מיגו[334].

כלומר, יש שתי דרגות של העזה. מי שכופר בכל הינו בעל העזה גדולה יותר ממי שמודה במקצת אף שלשניהם יש טענת השתמטות. ולכן מי שהיה בכוחו להעיז קצת, ולהודות במקצת, אין הדבר מלמד שהיה מסוגל לכפור בכל, ולכן אין לו מיגו שהיה כופר בכל. לעומת זאת מי שהעיז וכפר בכל, אינו הופך להיות חשוד על השבועה, ולאידך אין להאמין לו בטענתו, כיון שאין ההעזה מלמדת בהכרח על אמיתת טענתו אלא על השתמטותו, ולכן יש להטיל עליו שבועה.

[334] ומעין זה כתב בתוס׳ גיטין נא: ד״ה ״מפני״, וכתובות דף יח. ד״ה ״מפני״,

סיכום

י. העולה מאמור לעיל:

- כופר הכל פטור משבועת התורה (אות א׳) וחכמים תיקנו שישבע שבועת היסת (אות ב׳).
- אין אדם תובע אלא אם כן יש לו ולכן יש להטיל שבועה על הנתבע שכפר בכל, ואין לחושדו שהוא חשוד על ממון, כיון ש(גם) כופר הכל יש לו טענת השתמטות (אות ג׳).
- מטרת השבועה היא להסית את הנתבע להודות (שיטת רש״י באות ג׳) ויש מפרשים שהמטרה היא לפייס את התובע (אות ה׳).
- על פי דברי הראשונים חזקה בסיסית היא שאדם אינו תובע סתם, ואילו החת״ס סובר שרמאים תובעים סתם, ורק כיון שתורה פטרה כופר הכל משבועה, נולדה חזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו (אות ו׳).
- למרות שמדברי רבה עולה שאין טענת השתמטות בכפירה בכל, רב נחמן חידש שקיימת השתמטות בכפירה בכל, כיון שבדורו העיזו לכפור ולהשתמט או שגם רבה מודה לכך רק שאין בכך כדי לתת למודה במקצת מיגו (אות ח׳ –ט׳).

שבועת היסת בטענת ספק / מהותה של שבועת היסת

שבועת היסת כשאין חזקת תובע אא"כ יש לו / מסתבר כדברי התובע ואין לו טענת ברי

א. יסודה של שבועת היסת בחזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, ולכן אם אדם העיז ותבע מסתבר שיש יסוד לדבריו, ולפיכך הטיל רב נחמן שבועת היסת על הנתבע (לעיל עמ' 114, ועיין לקמן באות ב' הצעה נוספת). ומכאן שאם אין העזה בתביעתו, אין סיבה להטיל שבועה על הנתבע. ולפיכך מי שתובע את חבירו בטענת שמא, לא יהיה בכוחו להוציא ממון מחבירו, שהרי לא רק שאין לו ראיה כדי להוציא מחבירו, אלא גם טענתו אינה טענה ודאית, ומספק לא מוציאים ממון מיד הנתבע, ומסתבר שאין לתובע את החזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, כיון שכדי לתבוע בטענת שמא אין צורך בהעזה גדולה וממילא אין טעם להאמין לדבריו המסופקים ולהטיל שבועה.

אולם במקרה בו טענתו של התובע איננה טענת ודאי אבל ישנם 'נסיבות' שיכולות לתת טעם לדבריו, יש מקום לעיין האם נטיל שבועת היסת. כגון, תובע שטוען שהוא יצא מהבית ולא היה שם אדם כי אם פלוני, וגילה שנגנב דבר מה מהבית. במקרה זה אין לו טענת ברי כיון שאינו יכול לטעון שפלוני גנב, ומאידך גיסא על פי דבריו יש רגלים לדבר שאותו פלוני גנב, ושמא יש מקום להשביע.

במקרה זה, יש מקום להסתפק האם יש לתובע טענת אין אדם תובע אא"כ יש לו (החזקה תהיה שאם לא היה רואה את המציאות כפי שהוא מתאר בפני בית דין, לא היה מעיז לתבוע בבית דין), ואף אם נאמר שיש לו חזקה זו, סו"ס טענתו איננה טענת ברי, ויש לעיין האם שבועת היסת תוקנה גם כאשר התובע אינו טוען טענת ברי.

ובמקרה בו הנסיבות נודעו לבית דין שלא על פי דברי התובע, כגון שהיו עדים שאותו פלוני היה לבדו בבית, ואח"כ נמצא שחסר רכוש בבית, ועל סמך עדות

העדים תובע בעל הבית את אותו פלוני, אבל טענתו אינה טענת ברי שהרי הוא לא ראה שפלוני גנב רק הנסיבות ידועות לו (ויתכן שנכנס גנב אחר וכדו').לכאורה במקרה זה יש מקום להשביע בקל וחומר מהמקרה של רב נחמן, כיון שבמקרה של רב נחמן לבית הדין לא ידוע כלום לולי טענת התובע, והוא זה שבא בטענת ברי, ובית דין שומעים רק אותו. ואילו במקרה שלפנינו, יש רגלים לדבר מכח הוכחות חיצוניות וא"כ כל שכן שיש להטיל שבועת היסת, למרות שהחזקה שאין אדם טוען אלא אם כן יש לו אינה מושלמת שהרי הוא אינו טוען טענת ברי. אולם ניתן לומר לאידך גיסא, שמי שיש לו ראיה חיצונית ותובע בעקבותיה אין לו את חזקת הנאמנות (שתובע אא"כ יש לו), כיון שגם אם תדחה תביעתו, תמיד הוא יכול לומר שהוא סמך על העדים ולכן תבע, וא"כ עצם התביעה אינה מלמדת על העזה שבכוחה לתת נאמנות.

ב. היה מקום לתלות את הספק בשאלה מה היא מטרתה של שבועת היסת[335]. על פי שיטת רש"י (לעיל עמ' 116) מטרתה של שבועת היסת לגרום לנתבע להודות, ואילו לשיטת היש מפרשים שהובאה במאירי מטרת השבועה היא לפייס את התובע שיראה שבית דין עשו כל מה שהיה ביכולתם לעשות (לעיל עמ' 117).

ומכאן, על פי רש"י שמטרת השבועה היא לגרום לנתבע להודות, יתכן שיש מקום להטיל שבועה אף במקרה בו הטענה איננה טענת ברי אם יש לבית הדין סיבה לחשוב שהנתבע אינו דובר אמת. ועל פי דרך זו שבועת היסת תוקנה לא רק מפני החזקה שאין אדם תובע אא"כ יש לו, אלא בכל מקרה בו יש חשד שהנתבע משתמט יש להטיל עליו שבועה, רק יש צורך שתהיה תביעה ברת משמעות מכח טענת הברי של התובע או מכח הנסיבות שמוכיחות שיש רגלים לדבר שהנתבע אינו דובר אמת, והוא משתמט בטענתו[336] (ועיין לקמן אות ג').

---

[335] בפד"ר ט' עמ' 134 כתב: "הפלוגתא היא בהגדרת החיוב של שבועת היסת, אם יסודה היא כשטוען טענת ברי ללא ספק מצדו, או שנתקנה אפילו על הספק וכשיש לו יסוד סביר לטעון את הטענה, דיה טענה כזו לחייב על פיה שבועת היסת".

[336] אמנם, מפשט דברי רבא נראה שיסוד השבועה הוא בחזקה שאין אדם תובע א"כ יש לו, ואילו לדברינו עיקר הטעם של השבועה הוא בחולשת הטענה של הנתבע, שאנו מניחים שהוא מתחמק ומשתמט, אולם לא נטיל עליו שבועה אא"כ תהיה חזקת תביעה טובה של התובע או שיהיו רגלים לדבר, וצ"ע, ועיין לעיל הערה 314.

אבל לשיטת היש מפרשים שהשבועה באה כדי לפייס את דעתו של התובע, יש מקום לומר שאם התובע עצמו אינו טוען טענת ברי, לא מוטל על בית דין לפייסו, וצ"ע[337].

שבועת היסת שבאה בעקבות טענת ברי של התובע מטרתה לאפשר לתובע שאין לו ראיות לאלץ את הנתבע להתמודד עם טענותיו, אולם אם ננקוט שגם בטענת שמא קיימת שבועת היסת, הרי שהחידוש שהוא שלמרות שטענתו של התובע אין בכוחה להוציא ממון, יש לו את הזכות לתבוע מחבירו להישבע כנגד טענתו[338].

ראה סלע שנפל משנים – האם המאבד יכול להשביע את חבירו

ג. גמ' ב"מ דף כו. – כו: :

דאמר רב נחמן ראה סלע שנפל משנים חייב להחזיר. מאי טעמא, ההוא דנפל מיניה לא מיאש. מימר אמר, מכדי איניש אחרינא לא הוה בהדאי אלא האי, נקיטנא ליה ואמינא ליה, אנת הוא דשקלתיה (משבענא ליה שבועת היסת, ולא נתייאש מיד כשמשמש ולא מצא, ונמצא שבא ליד זה לפני יאוש, והלכה כאביי).

---

[337] אדם שהתחייב שבועה בבית דין ואמר שנשבע, כתב בשטמ"ק בב"מ דף יז. ד"ה "הוחזק כפרן" בשם הרמב"ן והר"ן, שאיכא מאן דאמר שנאמן ואינו צריך להישבע שבועת היסת על כך שנשבע את שבועתו, כיון שתיקנו שבועה על כפירת ממון ולא על כפירת שבועה. אבל רב האי גאון כתב שישבע שבועת היסת. ובמקרה זה יש לעיין האם טענתו של התובע נחשבת טענת ברי, ויש לעיין האם יש חובה על הנשבע להישבע בפני התובע, וצ"ע.

[338] המ"מ בפ"א מהלכות טוען הלכה ז' כתב שאין משביעין שבועת היסת כי אם על טענת ברי: "ודקדקו כן ממה שאמרו גבי ההיא דרב נחמן דאמר ומשביעין אותו שבועת היסת מאי טעמא חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו אלמא בטוען טענת ברי היא בדוקא וכן הדין שהרי אף מודה מקצת ששבועתו מן התורה אינו נשבע בטענת שמא...". והשיב על דבריו בגדו"ת שער ל"ח חלק ג' אות ו': "ואין זה ק"ו, שהרי טפי אשכחן שתקנו רבנן שבועה במה שאין משביעין מן התורה וכל הנשבעין בטענת שמא השנויים במשנה, יוכיחו. ואולי כוונתו ז"ל לומר דאי בשבועת מודה במקצת ששבועתו מתחייבת מצד הנתבע עצמו מפני שהודה במקצת ולא מצד התובע מ"מ אם התובע טוען שמא לא סגיא הודאתו של נתבע לחייבו שבועה כ"ש בהיסת שכל עיקר השבועה אינו אלא מצד התובע דודאי צריך שיהיה כח בתביעה לחייב השבועה דהיינו בריא ולא בשמא".

בשלשה אינו חייב להחזיר, מאי טעמא ההוא דנפל מיניה ודאי מיאש. מימר אמר, מכדי תרי הוו בהדאי, אי נקיטנא להאי אמר לא שקלתיה, ואי נקיטנא להאי אמר לא שקלתיה (ואינו יכול להשביעו בטענת שמא, שאין נשבעין בטענת שמא אלא אותן השנויין במשנה ואלו נשבעים שלא בטענה כו' [שבועות מה, א]...)[339].

רב נחמן מבאר, שהמאבד שסובר שמי שנטל את כספו הוא חברו שהיה עימו, יתבענו בטענת ברי וכשחברו יכפור הוא יתבע ממנו שישבע היסת כמו כל כופר הכל, שרב נחמן עצמו אמר שמי שכופר בכל נשבע היסת, וכנ"ל בעמ' 114. אולם במקרה בו היו עימו עוד שנים, המאבד לא יוכל להשביע אותם כיון שכלפי כל אחד מהם יש לו טענת שמא ולא טענת ברי.

אולם, יש לעיין שהרי גם במקרה של נפל משנים (המאבד וחבירו) אין למאבד טענת ברי (אתה לקחת) כלפי חבירו, שהרי לא ראה שחבירו נטל את הסלע, ולכן הוא רק יכול לטעון כלפיו שהוא היה היחיד באותה שעה ולכן הוא סובר שחבירו נטל את הסלע. ונמצא שעל פי שיטת רש"י ניתן להטיל שבועת היסת מכח הנסיבות שמורות שרגלים לדבר שכך היה מעשה. וכך כתב בשטמ"ק בב"מ דף כו: בשם הר"ן:

ולפי זה יש לדקדק מכאן דמשביעין היסת בטענה קרוב לברי אע"פ שאינו ברי גמור כי הכא דסלע שנפלה משנים, אבל בשמא גמור דומיא דשלשה אין נשבעין.

על פי דברינו לעיל (באות ב'), על פי שיטת רש"י מטרת שבועת היסת היא לגרום לנתבע להודות ולכן למרות שאין לתובע טענת ברי, כיון שיש רגלים לדבר שכך היה, יש להטיל שבועת היסת על הנתבע (ועיין לקמן באות ה' בביאור הש"ך לשיטת רש"י).

[339] יש לעיין מה הדין במקרה בו יש שלשה, אבל המאבד אינו חושד בשניהם אלא רק באחד מהם, כיון שהוא חשוד בעיניו לעומת חבירו שהוא נחשב בעיניו איש נאמן, האם במקרה זה יש בכוחו להשביע. עיין בשו"ת ברית אברהם (הרב אברהם צבי הירש פצנובסקי) חו"מ סימן ו' שדן בדבר. ובשו"ת יביע אומר חלק ד' חו"מ סימן ג' כתב שבמקרה מעין זה לא ניתן להשביע, עי"ש בסיפור המעשה.

אמנם, בשו״ת הרדב״ז חלק א׳ סימן תלז, כתב שיש לחלק בין שני מקרים:

...טעמא דאמר ׳קרוב בעיני׳[340] אבל אם טען ׳ברי לי שאתה גנבתו׳ משביעין אותו אע״ג דאינו טוען שראה אותו שגנבו מ״מ כיון שטוען ברי משביעין אותו[341]...

ונמצא לפי דרך זה הפוסקים מוסכמים בנ״ד שאם טען עליו ׳ברי לי שאתה גנבתו שאין נכנס לאוצר שלנו אלא אני ואתה׳ משביעין אותו שבועת היסת. ואפילו תרצה לומר שהוא מחלוקת דעתי נוטה להשביעו שלא יהיה כל אחד הולך וגונב של חבירו או שותפו או שכינו[342] ויאמר אין יכול להשביעני בטענה כזו וכיון שידע שיכול להשביעו על כך יפרוש מפני חומר השבועה ועונשה כי הממון נתן להשבון והשבועה אין לה תקנה כלל ואליבא דכ״ע יכול להחרים חרם סתם מתקנת הגאונים.

נראה לדייק מדברי הרדב״ז שגם במקרה בו יש רגלים לדבר, בית דין לא ישביעו את הנתבע אלא אם הוא יטען טענת ברי ולא טענת שמא שקרובה לברי. וכשהוא טוען טענת ברי, למרות שבית דין יודעים שטענת הברי שלו איננה נובעת מכך שהוא ראה שפלוני גנב ממנו אלא נובעת מכך שכך נראה לו על פי הנסיבות, הרי זו טענה מספקת כדי לחייב שבועת היסת[343].

ד. לעומת שיטת רש״י, תוס׳ בסוגייתנו בד״ה ״נפל״ פירש:

---

[340] עיין בדבריו שדן בשיטת הרמב״ם בפרק א׳ מהלכות טוען, שיובאו דבריו לקמן באות ט׳.

[341] ולשיטת הרדב״ז, אף הרמב״ם יודה במקרה זה, כיון שהרמב״ם דיבר רק על מקרה בו התובע אמר ״קרוב בעיני״ אבל אם התובע טוען ברי למרות שלא ראה בעיניו את מעשה הגניבה יש להטיל שבועת היסת. ועיין לקמן באות ו׳ בתשובת פאר הדור לרמב״ם, שאם לא ניתן להפוך את השבועה על התובע אין להשביע היסת את הנתבע, ובמקרה שלפנינו א״א להשביע את התובע שהרי אינו יכול להישבע על כך שברי לו, כאשר הוא לא ראה את גוף המעשה, ואף אם ישבע על כך או היו באים עדים על כך, בית דין לא היה מוציא ממון מהנתבע על סמך זאת, ונמצא שעל פי דברי הרמב״ם בתשובת פאר הדור, אין להשביע בנידון של הרדב״ז.

[342] עיין תשובת הרדב״ז חלק ד׳ סימן קלו (אלף רו) שכתב שבמקרה בו ״לא הוה ליה למידע... ודמיא לטענת יורש דמשביע מן הספק״.

[343] בתשובות חכמי פרובינציא סימן כ״ו (קו) כתב שמי שטוען בריא מחמת שכך שמע מפי שנים אין זו טענת ברי כדי לחייב שבועת היסת אא״כ יבואו אותם שני ויעידו ונשמע מה בפיהם, עי״ש פרטים רבים, ועיין אות ח׳ בדברי המרדכי במסכת שבועות אות תשעב.

דטוען ברי לפי שלא היה שם אחר[344].

ובדברות משה לב״מ חלק א׳ סימן לא הערה מ׳ עמ׳ ש״ל ביאר את דבריו:

> ... דטוען ברי לפי שלא היה שם כי אם הוא, אין כוונתם שיטעון האמת שבעצם אינו יודע איך שהוא לקח, רק לפי שלא היה שם אחר טוען ברי, דזה לא ידונו הב״ד לברי.
>
> אלא כוונתם דמאחר שהוא סובר דודאי לקח הוא, מכיון שלא היה שם אחר רק שיודע שהבי״ד לא ידונו כן, יטעון שקר איך שראה שלקח, ואף שאסור לטעון כן, אף לפי דעתו שהאמת שהוא לקח, מצד איסור דמדבר שקר תרחק דבשבועות דף ל שנאמרו הרבה דברים כה״ג שאסור, מ״מ יש לתלות שיטעון כן ולא יחוש להאיסור ולא יתייאש...[345]

כלומר המאבד יטען שראה שחבירו נטל את הסלע, ולמרות שהוא עצמו לא ראה שחבירו נטל את הסלע, הוא יטען בבית דין טענת ברי שהוא ראה שחבירו נטל. ונמצא, שמסוגייתנו אין ראיה שמשביעים היסת בטענת שמא, כיון שהתובע יטען טענת בריא.

אמנם, בשטמ״ק בסוגייתנו (ד״ה ״וזה לשון הריטב״א״) הובאה שיטת הריטב״א שסובר שלא יתכן לבאר כשיטת תוס׳ כיון שלאו ברשיעי עסקינן שתובעים מה שלא ראוי להם.

ה. לעומת שיטות רש״י ותוס׳ שסוברים שהמאבד ישביע את חבירו, הריטב״א בשטמ״ק בד״ה ״וזה לשון הריטב״א״ מבאר שאין כח ביד המאבד להשביע את חבירו (אף במקרה של סלע שנפל משנים):

---

[344] עי״ש בקושייתנו ובתירוצו של התורת החיים ששבועת היסת תוקנה כבר בימי התנאים ולכן יכול רב נחמן לבאר את דברי בר קפרא בסוגיא.

[345] ועי״ש שביאר שתוס׳ עצמן סוברים שלא נחשב טענת ברי.

אלא ודאי הכא ליכא שבועת היסת ואפילו בדורו של רב נחמן שלא נתקנה אלא על תביעת ברי משום דחזקה אין אדם תובע לחברו אלא אם כן יש לו והאי חזקה ליתא אלא בטוענו ברי[346].

על פי שיטת הש"ך בחו"מ סימן ע"ה ס"ק ס"ג אף רש"י סובר כשיטת הריטב"א, ואע"פ שבדברי רש"י נאמר שהתובע ישביע את הנתבע, כוונתו היא:

דכוונת רש"י דההוא לא מייאש, משום דסובר משבענא ליה היסת, אבל באמת אין הדין כן, משא"כ בשלשה דמיאש...

על פי שיטת הש"ך, למרות שרש"י סובר שמטרת השבועה היא כדי לגרום לנתבע להודות (לעיל אות ב') בית דין לא יטילו שבועה אם לתובע אין טענת ברי.

<u>שבועת היסת כשאי אפשר להפוך את השבועה על התובע</u>

ו. שו"ת פאר הדור לרמב"ם סימן קצ"ה:

שאינו חייב שבועת היסת מי שנסתפק על חבירו שגנב לו שהרי אינו יודע בבירור אם גנבה הוא או שמא אחר גנבו. ובאיזה דבר יהיה שבועת היסת בדבר שיכול להפוך השבועה על התובע שישבע ויטול. אמנם מי שאינו יכול להישבע אם יהפכו עליו השבועה אין בכגון זה שבועת היסת[347], אבל יש חרם סתם[348]...

על פי הרמב"ם, לא ניתן להטיל שבועת היסת אם אין יכולת ביד התובע להפוך את השבועה על התובע, ויכולת זו קיימת רק כאשר התובע תובע טענת ברי, שאז

---

[346] תוס' ב"ב דף לג. ד"ה "מיגו": "ויש לומר שאין נשבעין שבועת היסת אלא היכא דטעין ברי אבל הכא לאו טענת ברי היא".

[347] גמ' מסכת שבועות דף מ.: "מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, איכא בינייהו מיפך שבועה, בדאורייתא לא מפכינן שבועה, בדרבנן מפכינן. ולמר בר רב אשי דאמר בדאורייתא נמי מפכינן שבועה...".

[348] חרם על מי שנוטל ממונו שלא כדין.

הנתבע יכול לתבוע ממנו שישבע על דבריו, אבל במקרה בו לתובע אין טענת ברי, אין לו על מה להישבע, ולכן אין להטיל שבועה על הנתבע[349].

נראה שהחת"ס (לעיל עמ' 120) והרמב"ם הינם בשיטה אחת, ששבועת היסת לא הוטלה על הנתבע, אלא על שניהם כיון שהמקרה מחייב שבועת היסת, ולנתבע זכות לקבוע האם הוא ישבע או התובע, ואין ביד התובע כח להטיל שבועת היסת על חבירו אם הנתבע לא יוכל להפוך את השבועה עליו (ועיין לקמן אות ח').

ז. אמנם, הראשונים שסוברים שניתן להטיל שבועת היסת גם במקרה בו טענתו של התובע איננה טענת ברי אלא 'קרובה לברי' (כלשונו של הר"ן באות ג'), או גם בטענת ברי שנובעת מאומדן דעת של התובע (שיטת הרדב"ז באות ג') סוברים שניתן להטיל שבועת היסת אף במקרה בו הנתבע אינו יכול להפוך אותה על התובע. ולפי זה שיטתם היא שמעיקרא שבועת היסת הוטלה על הנתבע ולא על שניהם, ואף שבמקרה רגיל יש יכולת ביד הנתבע להפוך את השבועה על התובע, אין זו עיקרה של השבועה, ואם התובע אינו יכול להישבע אין זו סיבה כדי למנוע הטלת שבועה על הנתבע.

<u>תֵּיבָה פְּרוּצָה</u>

ח. מרדכי שבועות סימן תשע"ב:

> והשיב רבינו ברוך... בכל דבר העשוי להסתפק כגון אם היה שמעון עמו בבית ומצא [ראובן] תיבתו פרוצה ושבורה ונוטל[350] מה שבתוכו וראובן חשד את שמעון, איך יפטר מראובן בלא שבועת היסת[351]...

---

[349] הטור בחו"מ סימן ע"ה, ובעקבותיו השו"ע בחו"מ סימן ע"ה סעיף יז (ומקור דבריהם בספר התרומות שער לו חלק ג' אות ג' בתשובת הרב אברהם ב"ר יצחק), פסקו שאין משביעים היסת על טענת שמא, ואם אדם טוען שחבירו הודה לו בפני עדים שהוא חייב לו, יש להשביע את הנתבע, ואם הנתבע יהפוך את השבועה על התובע, ישבע התובע שחבירו הודה לו בפני עדים, ויש לעיין האם ניתן לדייק מדבריהם שאם אין יכולת להפוך את השבועה, אין להשביע את הנתבע או שאין מכאן ראיה להכרחיות האפשרות להפוך ורק ביארו מה היא האפשרות להיפוך במקרה זה, וצ"ע.

[350] עיין לקמן בלשון הרמ"א שגירסתו היא "וניטל מה שבתוכו" ויתכן שעל פי גירסתנו יש לקרוא "ונוטָל". ומכל מקום, לא מדובר שהתובע ראה שהנתבע נוטל מתיבתו, כי אם זו היתה המציאות היתה לו טענת ברי

פשטות דברי רבינו ברוך הם, שראובן בא לבית הדין ומספר שמצא את תיבתו פרוצה ורק שמעון היה עימו בבית ולכן הוא חושד בו, ולמרות שבית הדין אינם יודעים על פריצת התיבה כי אם מפי ראובן[352], ולמרות שראובן טוען טענת שמא (שהוא 'חושד') יש להשביע את שמעון[353].

כלומר, בטענתו של ראובן יש שני חסרונות. האחד שסיפור המעשה אינו מוכיח בודאות שכך היה (שהרי יתכן שנכנס גנב וראובן לא שם לב לכך), והשני שאף הוא עצמו אינו אומר שהוא משוכנע ששמעון הוא הגנב, ואע"פ כן סובר רבינו ברוך שיש להשביע את שמעון.

הרמ"א בחו"מ סימן ע"ה סעיף י"ז פסק להלכה את דברי רבינו ברוך (לקמן אות י') והש"ך בס"ק ס"ג מבאר שאף הרמב"ם שסובר שאין משביעים בטענת שמא (עיין בעז"ה בדבריו לקמן באות ט') יודה במקרה בו יש 'רגלים לדבר':

> אולי אף הרמב"ם ופוסקים הנ"ל לא קאמרי אלא כשהתובע עצמו טוען שיש רגלים לדבר, אבל כשהב"ד רואים שיש רגלים לדבר מודים. אלא ותיבה פרוצה, מיירי שהב"ד רואים שתיבתו פרוצה ונראה להם רגלים לדבר... ובלאו הכי הא כתב מהרי"ק סוף שורש קפ"ו, דיכול הדיין להשביעו במקום שאינו חייב שבועה מצד הדין אם עושה כדי לברר האמת, וכתבו הר"ב לעיל סימן ט"ו סעיף ד'.

אמנם, על פי דברי הרמב"ם עצמו בשו"ת פאר הדור (לעיל אות ו') אף במקרה

שיש להשביע עליה.

[351] אמנם רבינו שמחה (עיין בהערה הבאה) ישיב, שכל זה טענת התובע ואילו הנתבע יאמר שכלל לא היה בביתו וכו'.

[352] עי"ש במרדכי שרבינו ברוך משיב לרבינו שמחה. ורבנו שמחה שאל האם יכול תובע להשביע את הנתבע בטענה ש"הוגד לי מפי נאמנין אך לא כשרים להעיד לי שבאת גזילתך לידי בעוד שהייתי מרדף אחריה והלה אומר להד"ם" ורבינו שמחה כתב להביא ראיה מסוגיית הגמ' בכתובות דף יח. שבמקרה בו בן תובע מכח הלואה שנתן אביו (ונתבע הודה במקצת) סוברים חכמים שאין להשביע את הנתבע וראב"י סובר שיש להשביעו (עי"ש במהלך הגמ'), ומבאר רבינו שמחה שמדובר במקרה בו הבן אומר 'יודע אני שהיית חייב לו' אבל אם הבן בא בטענת 'שמא היית חייב לאבי' אין להשביע את הנתבע, ועיין באות ט' ואילך בפסקי הרמב"ם והשו"ע.

[353] עיין לעיל בדברי תוס' באות ד' ובהסברו של הדברות משה.

של רגלים לדבר לא ניתן להשביע את הנתבע כיון שהנתבע אינו יכול להפוך את השבועה על התובע, עי״ש. ועיין לקמן באות ט׳ בפסק הרמב״ם ובתשובת הרדב״ז.

פסקי ההלכה

ט. רמב״ם פרק א׳ מהלכות טוען ונטען הלכה ז׳:

> אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור, כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או שאמר מנה הלויתיך וכמדומה לי שלא פרעתני.
> אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לי אצלך מנה[354].
> דבר פלוני נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו.
> חשבתי מעות ומצאתי חסר שמא אתה הטעיתני בחשבון.
> והנתבע אומר אין לך בידי כלום הרי זה פטור אף משבועת היסת וכן כל כיוצא בזה.

בכל המקרים עליהם דן הרמב״ם טענת התובע איננה טענת ודאי (״כמדומה לי... קרוב בעיני... שמא אתה הטעתני...״) או שהוא מתבסס על טענה ששמע מאדם אחר (״אבא אמר לי״). ומכאן דייק בשו״ת הרדב״ז חלק א׳ סימן תל״ז[355]:

> ...תראה כי לא כתב הרב ז״ל ׳וברי לי שאתה גנבתו׳ אלא ׳קרוב בעיני שאתה גנבתו׳.

---

[354] בשו״ת הרמב״ם סימן תכח כתב: ״...אין היתומים יכולין להשביעה על מה שצוה להם אביהם ואפילו צוה בעדים ואמר שיש לי אצל פלוני כך וכך, טענת שמא היא אצלכם ואעפ״י שהיא טענת ודאי מאביהם ואינם יכולים להשביעו עד שיאמרו בריא לנו שיש לאבא כך וכך בידך כגון שנתן לו אביהם בפניהם ואחר כך משביעין את הנתבע שבועת היסת... ומעשים בפנינו בכל יום ואנחנו דנים בדין זה בחרם סתם בלבד...״. והראב״ד בהשגותיו על הרמב״ם סובר שאם אמר כך צוה לי אבא יש להשביע את הנתבע, ועיין בסוגיית הגמ׳ בכתובות דף יח. במחלוקת ראב״י וחכמים.

[355] הנידון שם הינו במקרה בו ראובן ושמעון דרים באוצר אחד, ולאחד מהם נגנבו מעות, והשאלה היא האם יכול להשביע את חבירו.

טעמא דאמר 'קרוב בעיני', אבל אם טען 'ברי לי שאתה גנבתו' משביעין אותו, אע"ג דאינו טוען שראה אותו שגנבו, מ"מ כיון שטוען ברי משביעין אותו...[356].

הרדב"ז סובר שלמרות שאין שינוי בעובדות, יש משמעות לנוסח התביעה של התובע, אם הוא נוקט בלשון ודאי או בלשון 'קרוב לודאי'. ונראה שטעמו הוא שכל עוד התובע אינו טוען ברי אין להשביע את הנתבע כיון שבמקרה זה אין הכרח לפייס את מי שתובע תביעת שמא וכן כיון שהוא עצמו אינו משוכנע, אין לגביו חזקה שאינו תובע אא"כ יש לו (עיין לעיל אות א-ב')[357].

אמנם, על פי דברי הרמב"ם בתשובת פאר הדור (לעיל אות ו'), במקרים עליהם דן הרמב"ם, אפילו אם התובע יטען טענת ברי, אי אפשר להשביע את הנתבע, שהרי אי אפשר להפוך את השבועה על התובע, כיון שאפילו אם ישבע, לא יוכל להוציא ממון מכח טענתו (שאפילו שטענתו ברי, ה'מעשה' שהוא מספר אינו סיפור ודאי, ואי אפשר להוציא ממון על פיו).

אמנם, דיוקו של הרדב"ז לכאורה הכרחי בלשונו של הרמב"ם. ושמא הרמב"ם בתשובה אינו נוקט כשיטתו ביד החזקה. ואם ננקוט שיש מחלוקת בין תשובת הרמב"ם לבין פסקיו, כתב השד"ח (כללי הפוסקים, סימן ה', כלל הרמב"ם אות יד) שיש ללכת אחר דברי הרמב"ם בתשובה כיון שהיא למעשה, ועוד יתכן ומסתבר שתשובתו של הרמב"ם בפאר בדור לא עמדה בפני הרדב"ז (ובפני הש"ך – עיין לעין אות ח').

י. השו"ע בחו"מ סימן ע"ה סעיף י"ז פסק כשיטת הרמב"ם:

---

[356] ועיין שם בהמשך התשובה, שכתב שאפילו אם יש מחלוקת בדבר, הכרעתו היא שניתן להשביע – עיין לעיל אות ג'.

[357] יש לעיין שפעמים שינוי הנוסח בין "ודאי" ל"קרוב לודאי" אינו נובע משינוי בשיכנוע הפנימי של האדם אלא תלוי בדרך ההתבטאות של אנשים שונים או במידת היותם אנשים הססנים או בוטחים בעצמם, ולכן החילוק הלשוני שמחלק הרדב"ז לכאורה יש לעיין בו, וקצ"ע.

כל טענת ספק אין משביעין עליה כלל. כיצד, אמר לו, כמדומה לי שיש לי אצלך מנה, או מנה שהלויתי לך כמדומה לי שלא פרעתני, פטור אף משבועת היסת, ואפילו לצאת ידי שמים אינו מחוייב, כיון שתובע אומר שמא, והנתבע אינו מודה לו, ואומר ברי[358]...

השו"ע הוסיף על דברי הרמב"ם שהנתבע פטור גם בדיני שמים. וביארו המפרשים (פרישה ס"ק כ"א, ש"ך ס"ק נ"ט, ועוד) שאפילו אם התובע היה טוען טענת ברי, הנתבע פטור מלצאת ידי שמים, כיון שהוא טוען ברי לי שאיני חייב. אבל אם הנתבע היה טוען טענת שמא כתב המהרשד"ם בחו"מ סימן מ' שעליו לשלם כדי לצאת ידי שמים[359].

אולם הרמ"א נקט כשיטת רבינו ברוך שבמרדכי (לעיל אות ח'):

וי"א דמשביעין היסת על טענת שמא כשיש רגלים לדבר[360], כגון שהיה שמעון בבית ראובן ומצא ראובן תיבתו פרוצה וניטל ממנה מה שהיה בתוכה[361], והוא חושד שמעון, יכול להשביעו היסת (מרדכי פ' הדיינים ותשובת מיימוני סוף קנין ס"ו).

וכתב הש"ך בס"ק ס"ג, ששיטת המרדכי היא כשיטת הסוברים שבנפל סלע משנים יכול המאבד להשביע את חבירו (אות ג') כיון שגם מקרה זה נחשב כטענת ברי כיון שלא היה שם אחר. ומכאן, שלשיטות הראשונים שסוברים

---

358 עיין הערה 349.

359 עי"ש בהמשך דברי הפרישה. מדוע חייב הנתבע לשלם כדי לצאת ידי שמים אם גם התובע טוען רק טענת שמא. ואמנם יש חילוק אם השמא שלהם הוא על עצם התביעה או על הפרעון או על הסכום – ועיין בשו"ע בסעיף י' ובנו"כ ובש"ך ס"ק נ"ח.

360 בתחומין כרך כב הובא מאמרו של הרה"ג אברהם שפירא זצ"ל. לגבי מקרה בו ראובן מכר סחורה לשמעון. ראובן טוען בטענת בריא כלפי לוי, שלוי קיבל צ'ק משמעון כדי שיתן לו את הצ'ק במועד התשלום, ולוי מכחיש. אמנם, למרות שטענתו של ראובן היא טענת בריא, הוא אינו יודע האם לוי פדה את הצ'ק ואם לוי לא פדה את הצ'ק נמצא שהוא אינו מחזיק בכספו של ראובן, וממילא אין עליו חובה לשלם לראובן, ונמצא שלמרות שראובן טוען טענת ברי ביחס למסירת הצ'ק ללוי אין לו ודאות ביחס לעצם נטילת הכסף על ידי לוי. אמנם כיון שמסתבר שמי שמחזיק בצ'ק אינו משאיר את הצ'ק אצלו, נמצא שיש רגלים לדבר שלוי נטל את הכסף לעצמו, וניתן להשביעו על פי דברי הרמ"א, ואפילו לדברי הש"ך (עיין בפנים לקמן) יש להשביעו כיון שמקרה זה יש בו יותר ודאות מאשר המקרה של תיבה פרוצה, ועי"ש בשאר דבריו.

361 עיין סמ"ע ס"ק מ"ט וש"ך ס"ק ע"ד, ופת"ש ותומים ונתיבות כאן, האם יש כח ביד התובע לתפוס במקרה זה, ויסוד הדין בדברי הרא"ש בסוגיית סלע שנפל משנים שאם תפס תפיסתו מועילה אפילו אם חבירו נשבע ועיין אוצר מפרשי התלמוד שם.

שבסלע שנפל משנים אין אחד יכול להשביע את חבירו (אות ה'), אף בנידון של תיבה פרוצה אי אפשר להשביע, ועיין באות ח' – ט' בדיוקי הש"ך והרדב"ז בשיטת הרמב"ם.

ומלשונו של המרדכי והרמ"א יש לדייק שאפילו אם התובע אינו טוען טענת ודאי והוא רק אומר שהוא חושד בחבירו מחמת ה'רגלים לדבר' ניתן להשביע את הנתבע (עיין לעיל אות ד' בדברי הדברות משה ובאות ט'). אמנם הש"ך בס"ק ס"ג הכריע:

> ונראה דדברים אלו תלויים בראות עיני הדיין, כשיראה שיש רגלים לדבר שזה מצאו[362], יוכל להשביעו היסת[363]...

<u>סיכום</u>

יא. העולה מהאמור לעיל:

- הספק האם יש להשביע בטענת שמא, יכול להיות תלוי בשאלה מה היא מטרת שבועת היסת (להסיתו להודות, לפייס את התובע), ובשאלה האם שבועת היסת תוקנה עבור תובע שיש לו טענה טובה ללא ראיות או אף לתובע שטענתו אינה מושלמת (אות ב').
- אין משביעים שבועת היסת בטענת שמא, אבל יש הסוברים שבטענת קרוב לברי משביעים (שיטת הר"ן אות ג') או בטענת ברי המבוססת על רגלים לדבר (שיטת הרדב"ז אות ג', ח'). ויש הסוברים שאין להשביע אלא רק בטענת ברי (אות ה').
- על פי פשט דברי רש"י ניתן להשביע בסלע שנפל משנים, אולם הש"ך סובר שאף לשיטת רש"י אין להשביע במקרה זה (אות ג') וזו גם שיטת הריטב"א (אות ה').

---

[362] במקרה של סלע שנפל משנים – לעיל אות ג'.

[363] עיין בהמשך דבריו שהובאו לעיל באות ח', ובביאור הגר"א בס"ק מ"ד.

- לשיטת הרמב״ם משביעים רק בטענת ברי שניתן להפוך את השבועה על התובע (אות ו׳).
- יש מקום להציע, שהאפשרות להשביע אף שלא בטענת ברי נובעת מכך שמטרת השבועה היא לגרום לנתבע שיודה, אבל אם אם המטרה היא לפייס את התובע, אין צורך לפייסו אם לתובע אין טענת ברי (אות ב׳).
- במקרה בו לבית דין יש ׳רגלים לדבר׳ מבוסס אף שטענת התובע היא טענת שמא, יש אומרים שכו״ע יודו שיש להשביע שבועת היסת (אות א׳, ח׳).
- הרמב״ם והשו״ע פסקו שאין להשביע במקרה שיש רגלים לדבר אם התובע טוען טענת ספק (אות ט-י) , והרדב״ז דקדק שאף לשיטתם אם טען בלשון ודאי יש להשביע (אות ט׳). ולשיטת הש״ך אף אם טען טענה מסופקת בית דין ישביעו אם יש להם רגלים לדבר (אות ח׳). והרמ״א פסק כמרדכי שיש להשביע במקרה שיש רגלים לדבר (אות י׳) ושיטת הש״ך היא שהכל לפי ראות עיני הדיינים (אות י׳).
- עיין לקמן בעמ׳ 240 ואילך, האם עד אחד מחייב שבועה כאשר התובע טוען טענת שמא[364].

[364] ויש לעיין האם הנימוקים שם הינם אותם נימוקים לגבי הטלת שבועת היסת.

מקום השבועה / האם חובת שבועה היא דוקא בבית דין

הקדמה

א. כנ"ל, תורה חייבה שבועה כדי להכריע בויכוח בין צדדים בשלשה מקרים, שומר שטוען טענת פטור, מודה במקצת, ומי שעד אחד העיד כנגדו. חכמים הוסיפו שבועות נוספות (כגון: שכיר שתובע את שכרו[365], שבועת השותפים[366]), ורב נחמן תיקן שבועת היסת לכופר הכל (לעיל עמ' 114). לקמן נדון האם השבועה מתקבלת רק אם היתה בבית הדין במעמד הדיינים, או גם במקרה בו המחוייב שבועה נשבע בפני שני עדים, יצא ידי חובתו, או שהצד שכנגדו יכול לטעון שהוא אינו מקבל את השבועה כיון שלא נשבע בבית דין[367].

לקמן נדון בשיטת המכילתא בדין שבועת התורה (אות ב' ואילך) ובדין שבועת אלמנה (אות ד' ואילך) ובדין האומר נשבעתי (אות יא ואילך).

ונקרב בעה"ב / שבועת התורה בבי"ד / שבועה דרבנן / שבועה בדיינים שאינם סמוכים

ב. שומר חינם שטוען שהחפץ שקיבל לשמור נגנב ממנו, נשבע ונפטר, כפי שמפורש בתורה, בשמות פרק כ"ב פס' ז':

אִם לֹא יִמָּצֵא הַגַּנָּב וְנִקְרַב בַּעַל הַבַּיִת אֶל הָאֱלֹהִים[368] אִם לֹא שָׁלַח יָדוֹ בִּמְלֶאכֶת רֵעֵהוּ.

---

[365] משנה שבועות דף מד:

[366] שבועות מה. ועיין שנים יחדיו בהוצאת בית ועד לתורה גבעת שמואל.

[367] ברור הדבר שמי שנשבע לשקר מחוץ לבית דין עובר על איסור שבועה כמו מי שנשבע לשקר בפני בית דין. אולם הצד שכנגד יכול לטעון, שאילו הנתבע היה נאלץ להישבע בפני בית דין הוא לא היה מעז להישבע לשקר, ולכן שבועה שלא היתה בפני הדיינים אינה פוטרת אותו (וזאת ללא חילוקים נוספים שיש בין שבועה בפני בית דין לבין שבועה שמחוץ לבית דין, שבבית דין מאיימים עליו קודם שישבע, ומשביעים אותו בשם ה' ובנקיטת חפץ, ואכמ"ל). ועוד יש לעיין האם החזקות העומדות לתובע ולנתבע תקפות גם מחוץ לבית דין, עיין הערה 4'.

[368] דיינים.

ובב"ק דף סג: מוכיחה הגמ' שלשון 'ונקרב' פירושו שבועה:

...ומנלן דבשבועה דתניא (שמות כ"ב) ונקרב בעל הבית אל האלהים לשבועה.
אתה אומר לשבועה, או אינו אלא לדין, נאמר שליחות יד למטה[369] ונאמר שליחות יד למעלה, מה להלן לשבועה, אף כאן לשבועה.

כלומר כשם שבשומר שכר בו נאמרה גם כן לשון שליחות יד מפורש בתורה שעליו להישבע, אף בשומר חינם שנאמר בו לשון שליחות יד יש לחייבו שבועה, וזה פירוש לשון הכתוב "ונקרב בעל הבית אל האלהים". וכיון שאלהים פירושו דיינים הרי שדין תורה הוא ששבועותיהם של שומר חינם ושומר שכר הינם בפני בית דין, וכך מפורש במכילתא כאן[370]:

ונקרב בעל הבית אל האלהים, לשבועה... מה להלן ביו"ד ה"א אף כאן ביו"ד ה"א, מה כאן בבית דין אף להלן בבית דין[371]...

אמנם בסוגיות הגמ' לא נאמר במפורש שהשבועה צריכה להיות בבית דין, ורק במכילתא נאמר הדבר במפורש, אולם החזו"א בחו"מ סימן י' ס"ק ט"ז כתב:

ועיקר דינא דבעינן דוקא לפני ב"ד נראה דממשמעותיה דקרא משמע להו דב"ד משביעין ליה או שנשבע בפניהן. מיהו לפי"ז היה הדין נותן דלא נפטר בשבועה שלא בפני בית דין, אבל הרשב"א כתב מחלוקת בזה[372], והיינו בנשבע שלא בפני בית דין בנקיטת חפץ, דבלא נקיטת חפץ ודאי לא נפטר...

כלומר, חיוב שבועה בבית דין אינו מפורש בגמ' כיון שאין צורך לגמ' דבר שהוא משמעות הכתוב.

---

369 בדין שומר שכר נאמר בתורה בהמשך שמות פרק כב פס' י': "...שְׁבֻעַת ה' תִּהְיֶה בֵּין שְׁנֵיהֶם אִם לֹא שָׁלַח יָדוֹ בִּמְלֶאכֶת רֵעֵהוּ וְלָקַח בְּעָלָיו וְלֹא יְשַׁלֵּם".
370 וכן במכילתא בפס' י' (מכילתא מסכתא דנזיקין פרשה טו).
371 וכתב שם המלבי"ם: "וכן למדנו מפה שתהיה השבועה בבית דין".
372 נראה שכוונתו לתשובת הרשב"א ח"ו סימן ו' – עיין לקמן בדברי הרמ"א באות ח'.

אמנם רש"י במסכת שבועות דף לח: ד"ה "שבועת הדיינים" מפרש שלשון המשנה "שבועת הדיינים" ביחס לשבועת מודה במקצת הוא, עצמו מלמד שהשבועה מתקיימת בפני הדיינים:

> שהדיינים משביעין ע"י הודאת מקצת הטענה שלימדוה מ'אשר יאמר כי הוא זה' (שמות כב) וכתב עלה 'ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו' דהיינו שבועה[373].

מדברי רש"י למדנו, שחיוב השבועה בפני בית דין מפורש במשנה, ועוד למדנו מדבריו שלא רק שומרים (שלגביהם נאמר הפסוק) נשבעים בפני בית דין, אלא גם מודה במקצת נשבע בפני בית דין, כיון שפרשת מודה במקצת 'מובלעת' בתוך פרשת שומרים ולכן אף הוא מחוייב שבועה בפני בית דין.

לולי דברי רש"י היה מקום לומר, ש"שבועת הדיינים" הינה שבועה שהדיינים מחייבים את הנתבע להישבע אבל אין הוכחה מלשון זו שהשבועה חייבת להיות בפני בית דין[374], אולם רש"י דקדק וכתב שהדיינים הם אלו שמשביעים.

ג. נמצא, ששבועת השומרים (ומסתבר שגם שבועתו של השואל) ושבועת מודה במקצת צריכה להיות בפני בית דין. אולם אין הוכחה מפורשת האם שבועה כנגד עד אחד צריכה להיות בפני הדיינים[375]. וכן יש לעיין מה הדין בשבועות דרבנן ושבועת היסת.

בפשטות, גם שבועה מדרבנן חייבת להיות בבית דין, שהרי בגמ' בשבועות דף

---

373 ים של שלמה מסכת גיטין פרק ד' אות ל"ד: "שהרי התורה ציותה לדיינים שישביעו את המחוייב לישבע בבית דין". ועיין שם שאף שבועה דרבנן יש להשביע בבית דין, כעין שבועה של תורה.

374 עיין בתחילת שערי שבועות שלא הזכיר חובת שבועה בפני בדיינים.

375 חיוב שבועה כנגד טענת עד אחד נלמד מהפסוק בדברים פרק י"ט פסוק ט"ו: "לֹא יָקוּם עֵד אֶחָד בְּאִישׁ לְכָל עָוֹן וּלְכָל חַטָּאת בְּכָל חֵטְא אֲשֶׁר יֶחֱטָא עַל פִּי שְׁנֵי עֵדִים אוֹ עַל פִּי שְׁלֹשָׁה עֵדִים יָקוּם דָּבָר". ובגמ' בכתובות דף פז: נאמר: "לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת, לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה". ובפסוק שם לא הוזכר בית דין, אבל כיון שעדות עדים המחייבת ממון היא בפני בית דין, מסתבר שאף עדות עד אחד שאינה מחייבת ממון אלא שבועה היא דוקא בבית דין, וצ"ע.

מא. דנה הגמ׳ מה הם החילוקים בין שבועת התורה לבין שבועה דרבנן, וביארה הגמ׳ שבשבועת התורה לא יכול הנתבע להפוך אותה על התובע, ויורדים לנכסיו, וכו׳. והגמ׳ לא ציינה שבשבועה דרבנן ניתן להישבע מחוץ לבית דין. אולם אין זו ראיה גמורה, שהרי נחלקו ראשונים האם שבועה דרבנן היא בשם ה׳ ובנקיטת חפץ או לא, למרות שחילוקים אלו לא נאמרו בסוגיית הגמ׳ שם, כיון שסוגיית הגמ׳ הנ״ל לא דנה על טכסיסי השבועה עצמם אלא על דינים הנוגעים לעצם חלות השבועה[376] (ועוד, שאם ננקוט שאין מקור לחיוב שבועה כנגד עד אחד בבית דין, יתכן ששבועות דרבנן הינן כמו שבועה זו).

ד. אמנם, יש מקום לעיין לגבי תוקף שבועה בזמן הזה (ולגבי פשרה שנוהגים דיינים לעשות כתחליף לשבועה), שהרי מקור החיוב של שבועה בפני הדיינים הוא מלשון הפסוק ״ונקרב בעל הבית אל האלהים״ והיינו בפני הדיינים, והדיינים שנקראו אלהים הן הדיינים הסמוכים איש מפי איש (עיין סנהדרין דף ב:), ולפי זה כיום שאין לנו דיינים סמוכים, כל שבועה היא שבועה מחוץ לבית דין, וא״כ אף אם השומר ישבע בפני בית דין, יוכל הצד שכנגד לומר שהוא אינו מקבל את שבועתו כיון שלא נעשתה בפני בית דין של סמוכים. ושמא כשם שיש ביד דיינים לדון היום מכח ׳שליחותיהו׳[377] כך גם יש כח להשביע, וצ״ע[378].

שְׁבוּעָה דְּרַבָּנָן וְשְׁבוּעַת אַלְמָנָה

---

[376] עיין שבועות דף לח:. ובשו״ת הריב״ש סימן תלז כתב: ״אבל לענין סדר השבועה וטכסיסה יש עוד חלוק ביניהם... ששבועת התורה היא בשם או בכנוי, ובנקיטת חפץ... וכן הסכימו הרמב״ן והרשב״א ז״ל והוא הנכון. אבל הרמב״ם ז״ל כתב (פי״א מהלכות שבועות) שגם שבועה דרבנן היא בשם או בכנוי, אלא שאינה בנקיטת חפץ. ולא הודו לו (הערת המו״ל: ב״י ח״מ סי׳ פ״ז מחו׳ ט׳. וע״ש בש״ך סקל״ח).

[377] גיטין פח:, שכיום דנים מכח שליחותם של הראשונים, ואכמ״ל בסוגיא רחבה זו.

[378] והעירני הרב מאיר ברקוביץ שליט״א לדברי הקצות בסימן ל״ד ס״ק א׳ שדן האם היום שאין לנו דיינים סמוכים, פסולי עדות מן התורה לא תהיה דרגת הפסול שלהם מן התורה אלא מדרבנן. וכתב ששמא כיון ששליחותיהו עבדינן, אף זה נכלל בשליחות. ועיין קצות סימן ג׳ ס״ק א׳-ב׳, שכתב שהודאה במקצת בפני דיין מומחה אינה הודאה ולכן אין בה חיוב שבועה (ושמא שבועת השומרים יש לחייב בפני יחיד מומחה כיון שא״צ בית דין) וכ״ש בזמה״ז. ועיין שו״ת שמע שלמה חלק ה׳, חו״מ סימן א׳ שהאריך לדון האם דין ׳שליחותיהו׳ הוא מן התורה או מדרבנן.
ועיין הערה 402 בהצעה ששבועה בפני עשרה היא תחליף לשבועה בפני בית דין בזמן הזה.
ועיין לקמן הערה 433 ששיטת הגאונים היא שכיום אין להשביע מחמת ריבוי הרמאין, ואולי יסוד דברי הגאונים בדין שבועת האלמנה שלא משביעין אותה בבית דין מחשש שמא תשקר.

ה. משנה גיטין דף לד:

אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים (רש"י: את כתובתה) אלא בשבועה (שלא נתקבלה כלום)[379]. נמנעו מלהשביעה (והיתה מפסדת כתובתה), התקין ר"ג הזקן שתהא נודרת ליתומים כל מה שירצו וגובה כתובתה (יבחרו להם דבר קשה להדירה בו כגון קונם מיני מזונות עלי אם נהנתי מכתובתי. וגובה כתובתה. ואם נתקבלה תחילה, הרי היא נאסרת בכל מזון, הילכך לא הות הדרה ושקלה דלא חשידא לעבור על נדרה).

בגמ' בדף לה. מבואר שבית דין נמנע מלהשביע אלמנות מחשש שמא הן תישבענה שבועות שקר כיון שהן תמצאנה הוראת היתר לעצמן מחמת שהן טורחות עבור היתומים, וסוברות שכיון שטרחו מגיע להן תשלום, ולכן אפילו אם האמת היא שהאלמנה כבר קיבלה את כתובתה היא תישבע לשקר שלא קיבלה, ולכן החשש הוא דוקא באלמנה ולא בגרושה, שאותה משביעים כדינה.

אולם למרות שבית דין לא היה משביע אלמנה בתוך בית הדין היו משביעים אותה מחוץ לבית דין, כמבואר בגמ' בדף לה.:

אמר רב יהודה, אמר ר' ירמיה בר אבא, רב ושמואל דאמרי תרוייהו, לא שנו אלא בב"ד, אבל חוץ לבית דין משביעין אותה[380]. (רש"י: חוץ לב"ד משביעין אותה, ששבועת הדיינין של תורה היא ונקט ס"ת בידיה או תפילין ומשביע לה בשם או בכינוי כדאשכחן באברהם שים נא ידך וגו' ואשביעך בה' [בראשית כד] ועונשה מרובה וחוץ לב"ד שבועה דרבנן בקללת ארור[381], ולא נקיט מידי ואין עונשה כל כך)[382].

---

379 יסוד השבועה הוא בתקנת חכמים שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה (עי"ש בגמ').

380 כיום שוב חזרו להשביע אלמנה בבית דין. ובטעם הדבר כתב המרדכי בגיטין אות שעב, ששבועה שלנו אינה חמורה כ"כ משום שהם היו משביעים אותה שתישבע שעתה היא אומרת אמת, ואם היא שיקרה, השקר הוא בשעת השבועה עצמה אבל כיום משביעים אותה שכשישאלו אותה תאמר את האמת, ונמצא שהיא משקרת אחר שעת השבועה ואין זה חמור כ"כ כיון שיתכן שבשעת השבועה חשבה לומר אמת ואח"כ חזרה בה. וטעם נוסף, שכיום כלל לא משביעים אלא רק מטילים חרמות (ועיין הערה 381), ובשו"ע אבהע"ז סימן צ"ו סעיף כ"א כתב שיש מי שאומר שכיום משביעים אלמנה בבית דין כיון לא ממש משביעים אלא גוזרים בחרם ובשבועת התורה שתודה, עי"ש ועיין בדברי השו"ע לקמן עמ' 52.

381 בשו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף י"ט כתב: "יש אומרים שבדורות אחרונים ביטלו שבועה בשם לפי שעונשה גדול ונהגו להשביע בארור" וביאר שם הסמ"ע בס"ק נ"ג ששבועה היא בחיי ה' ואילו ארור היא קללה שתבוא על מי שאינו אומר אמת, ועי"ש שכתב שיש להזכיר את שם ה' בשעת קבלת הארור, ועיין לקמן עמ' 52.

382 מטרתה של השבועה היא לגלות את האמת, ולכאורה אם יש חשש שהאלמנה תשקר, הרי שחשש זה גובר

שבועת האלמנה שבאה לגבות את כתובתה היא מתקנת חכמים שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה (עיין גיטין לד:), ואע"פ שמדובר בשבועה מדברי חכמים אופן השבועה הוא כמו שבועה של תורה והיינו בבית דין, ובשם ונקיטת חפץ[383]. כלומר, מעיקר הדין אף שבועה דרבנן היא בבית דין, ורק במקרה של אלמנה נקבע שהשבועה תהיה מחוץ לבית דין[384] בארור ובלי נקיטת חפץ[385] (ועיין באות ז' לקמן).

ו. המשך סוגיית הגמ' בדף לה. :

אמר ליה רב יהודה לרב ירמיה ביראה, אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד...

כלומר, נדר של אלמנה (עיין בלשון המשנה לעיל אות ה') הוא בבית דין אבל

אם השבועה שתוטל עליה תהיה קלה יותר, וקצ"ע.

[383] עיין ר"ן גיטין דף יח. מדפי הרי"ף ד"ה "אבל חוץ", שכך ביאר את סוגייתנו ונראה שזו גם כוונת דברי רש"י, ועיין ביש"ש כאן (פרק ד' סימן ל"ד).

[384] החזו"א בחו"מ סימן י' ס"ק ט"ז ("ויש לעיין בהא... ולפרש"י..."), ביאר ששיטת רש"י היא ש'חוץ לבית דין' אין הכוונה שהשבועה תתקיים מחוץ לכותלי בית הדין, אלא שהשבועה היא בתוך בית הדין, אבל כיון שהיא ללא הזכרת השם וללא נקיטת חפץ ורק בארור, שבועה זו נקראת שבועה שמחוץ לבית דין. והחזו"א הקשה עליו מדוע שינה את דברי הגמ' מפשוטם (ועיין גם ב"ק דף קו.), ולכן ביאר שמדובר שהשבועה היא מחוץ לכותלי בית הדין, וטעם הדבר הוא שכיון שלא משביעים אותה בשם ובנקיטת חפץ, אין להשביע שבועה קלה שכזו בפני בית דין (אולם היסת משביעים בפני בית דין כי מיעקרא כך היא תוקנה).

ויש לעיין מדוע הוכרח החזו"א לפרש שזו היא שיטת רש"י ולא ביאר שרש"י סובר שהשבועה היא מחוץ לכותלי בית הדין וגם ללא הזכרת השם וללא נקיטת חפץ, ושמא דייק מלשונו של רש"י, "וחוץ לבית דין שבועה דרבנן בקללת ארור ולא נקיט מידי", שכוונת רש"י היא ששבועה מחוץ לבית דין פירושה הוא ארור ללא נקיטת חפץ, וצ"ע.

ובשו"ת זקן אהרן, חלק א' חו"מ סימן ק"ה בתחילת התשובה, כתב שחוץ לבית דין ותוך בית דין אין פירושם בתוך כותלי בית הדין, אלא תוך בית דין פירושו בנקיטת חפץ וחוץ לבית דין פירושו ללא נק"ח, ולעולם אין חיוב שבועה בתוך בית הדין (ההיפך מדברי החזו"א). ועי"ש שכתב שמי שנשבע בפני ערכאות של גויים אינו חייב שבועה שוב בפני בית דין כי אין חיוב שבועה בבית דין דוקא.

ועל פי דברינו לעיל באות ב' בשבועת התורה הכרחי להישבע בפני בית דין שהרי כך הם פסוקי התורה ודברי המכילתא. ועיין בזקן אהרן הנ"ל בד"ה "מיהו" ואילך שכתב לחלק בין שבועת התורה והמשנה שנשבע לפני ערכאות שאינן מועילות כיון שיש צורך שיאיימו עליו וגם ישבע בנקיטת חפץ (ספר כשר, וספר מודפס אינו מועיל), לבין שבועת היסת שמועילה בפני ערכאות, והובאו דבריו בקצרה בספר המשפט וישראל חלק א' פרק ט"ו הערה 30.

ועיין שו"ת הרשב"א חלק א' סימן א' קמ"ח שדן לגבי מקרה בו אדם נשבע בפני ערכאות של גוים, ועל פי דין היה מחוייב שבועה דאורייתא כיון שהיה כנגדו עד אחד וכתב שם הרשב"א: "ועד אחד אינו קם אלא לשבועה להכחיש דברי העד. והרי נשבע זה...". וא"כ מוכח מדבריו ששבועת התורה חלה אפילו בערכאות, וצ"ע.

[385] עיין הגהות וחידושים מאת הרב יעקב עמדין שנדפסו בסוף הגמ' שכיון שהשבועה היא מחוץ לבית דין, א"צ נקיטת חפץ, אבל שבועות דרבנן שהן בבית דין (ואפילו שבועות היסת) מחייבות נקיטת חפץ.

שבועה היא מחוץ לבית דין. ונחלקו ראשונים בביאור דבריו. יש שפירשו (פירושו הראשון של הרשב״א בסוגייתנו) שאלמנה הרוצה לפרוע את כתובתה מן היתומים חייבת נדר ושבועה, הנדר בתוך בית דין ושבועה חוץ לבית דין (וזאת כתחליף לשבועה שהיתה חייבת להישבע בתוך בית דין בנקיטת חפץ ובשם ה׳), אבל יש שפירשו שהדבר תלוי ברצון היתומים, אם ירצו ישביעו אותה מחוץ לבית דין ואם ירצו יחייבו אותה לנדור בתוך בית דין (מסקנת הרשב״א כאן[386]).

ז. על פי האמור, לולי תקנה מיוחדת בדין האלמנה, היה צורך להשביע אותה בבית דין ורק סיבה מיוחדת גרמה להוצאת השבועה מחוץ לכותלי בית הדין (לעיל אות ה׳). ומסתבר שכך הדין בשאר שבועות דרבנן, ונמצא שכשם ששבועת התורה היא בבית דין (עיין אות ג׳) אף שבועה דרבנן היא בבית דין.

אולם יש לעיין שמא לא ניתן לדייק מסוגייתנו ששבועות דרבנן הינם בבית דין, כיון שבסוגייתנו מבואר שקיימת תקנה מיוחדת שאלמנה לא תישבע בבית דין אבל אין הוכחה האם לולי התקנה יש הכרח להישבע שבועה דרבנן בבית דין, ויש מקום לומר ששבועה דרבנן היא או בבית דין או מחוץ לבית דין ושבועת אלמנה היא דוקא מחוץ לבית דין, וצ״ע.

ח. שו״ע אבהע״ז סימן צ״ו סעיף כ״א:

> [387]יש מי שאומר דהאידנא משביעים אלמנה בב״ד, מפני שבאותו ענין שהיו רגילים להשביעה, שהיו גוזרים בחרם ובשבועת התורה שתודה מה שקבלה בכתובתה, אין העונש מרובה כל כך כמו שבועה, שבשעה שנשבעת יוצאה שבועה מפיה לשקר. הגה: וצריכה לישבע לפני שלשה שהם כשרים, ואם נשבעה לפני שלשה שהם קרובים, צריכה לחזור ולישבע. (ב״י בשם תשובת הרשב״א[388] ותשובת מוהר״ם סוף הפלאה). ולכתחלה צריכה לישבע לפני היתומים, אבל אם נשבעה שלא בפניהם, או שאין היתומים רוצים להיות אצל השבועה, משביעין אותה שלא בפניהם (ג״ז שם בשם הרשב״א)...

---

[386] עיין רמב״ם פרק ט״ז מהלכות אישות הלכה י״א.

[387] עיין הערה 380. ומדברי השו״ע כאן משמע שכיון שאין משביעים בשבועה בשם, אין חילוק אם גוזרים

מדברי הרמ״א שמחייב שהשבועה של אלמנה תהיה בפני בית דין, נראה שנוכל להוכיח שכל שבועה דרבנן היא בפני בית דין[389]. ואפילו שבועת אלמנה שתיקנו חכמים להוציאה מחוץ לבית דין (אות ה׳) עתה שחזרו להשביע בבית דין, חובה להשביע בבית דין של דיינים כשרים.

אולם בשו״ת זקן אהרן חלק א׳ חו״מ סימן ק״ה (ד״ה ״ושוב״), דחה ראיה זו, וכתב שדוקא באלמנה שמורה היתר לעצמה (עיין לעיל אות ה׳) הקפידו שתשבע בבית דין אבל שאר שבועות אינן דוקא בבית דין[390].

שְׁבוּעַת הַיסת – עַל פִּי סוּגִיית כְּתוּבוֹת הַנַ״לְ

ט. תקנת חכמים היא ששבועת האלמנה תהיה מחוץ לבית דין ללא שם וללא נקיטת חפץ (כנ״ל אות ה׳). ובביאור התקנה כתב הרשב״א בגיטין דף לה. :

> ...פרש״י ז״ל משום דשבועת הדיינין בשם ובנקיטת חפץ ועונשה מרובה אבל חוץ לב״ד משביעין אותה שאינה בשם אלא כעין היסת[391] ולא בנקיטת חפץ ואין ענשה חמור כ״כ[392]...

יש לעיין האם מדברי הרשב״א נוכל לדייק שגם שבועת היסת איננה בבית דין, שלכאורה כך מדוייק מלשון הרשב״א ששבועת האלמנה היא מחוץ לבית דין כמו שבועת היסת.

אמנם, יתכן להציע ששבועת היסת היא בבית דין ורק שבועת אלמנה היא מחוץ

חרם או משביעים בשבועה על העתיד שהיא קלה יותר, ועיין ט״ז על השו״ע באבהע״ז כאן, וקצ״ע. ועיין לקמן עמ׳ 52.

388 שו״ת הרשב״א חלק ו׳ סימן ו׳.

389 עיין סוף הערה 393.

390 עיין הערה 384.

391 ברש״י שלפנינו לא הוזכר הדמיון להיסת.

392 והובאו דבריו בב״י אבהע״ז סימן צ״ו. וכ״כ במאירי בדף לד: ״שאין השבועה חמורה כ״כ חוץ לבית דין מפני שאינה אלא כעין היסת״.

לבית דין והדמיון לשבועת היסת הוא רק בכך שבשתי השבועות השבועה היא ללא שם ה' וללא נקיטת חפץ. אולם יש לעיין מדוע שתי שבועות שוות האחת תהיה בבית דין והשניה תהיה מחוץ לבית דין.

כתשובה לשאלה זו כתב החזו"א בחו"מ סימן י' ס"ק ט"ז ד"ה "ולפרש"י":

ומשמע אין בית דין מזלזלין בדבר להשביע שבועה קלה, ואע"ג דב"ד משביעין היסת [ומשמע דגם היסת היא לפני ב"ד], מ"מ שבועת אלמנה היא שבועת המשנה לא מיקלינן בה לפני ב"ד אלא מצאו חכמים ליותר הגון שתהא חוץ לב"ד.

<u>ואמר נשבעתי</u>

יא. גמ' ב"מ דף יז. :

אמר רבי אבין אמר רבי אלעא אמר רבי יוחנן, היה חייב לחבירו שבועה, ואמר נשבעתי והעדים מעידין אותו שלא נשבע (וחזר ואמר נשבעתי), הוחזק כפרן לאותה שבועה (רש"י: לומר נשבעתי, עד שישבע בפנינו[393]). אמרוה קמיה דרבי אבהו. אמר להו מסתברא מלתא דרבי אבין, שנתחייב שבועה בבית דין...

מדברי הגמ' עולה שאילו עדים לא היו מעידים כנגדו, היה נאמן לומר שנשבע. ויש לעיין היכן הוא נשבע[394].

---

[393] כלומר, שוב אינו נאמן לומר שנשבע, אלא עליו להישבע "בפנינו". ויש לעיין האם נוכל לדייק מלשון רש"י שחייב להישבע בבית דין ואינו יכול להישבע בפני עדים והם יעידו שנשבע בפניהם.

[394] הראשונים דנו האם נאמן לומר שנשבע או שחייב להוכיח את דבריו. הרשב"א כתב בשם יש מי שאומר שנאמן לגמרי ואינו חייב להישבע כלל (וכ"כ הרי"ף והו"ד גם בשטמ"ק בסוגייתנו). אולם רב האי גאון כתב שאם נתחייב שבועת התורה ואמר נשבעתי ישבע היסת שאכן נשבע שבועת התורה, אבל אם מעיקרא התחייב היסת אין להשביעו כיון שזו תקנה לתקנה ובמרדכי ב"מ סימן רנ"ב כתב בסוף דבריו: "מי שרוצה להיזהר מכל ההערמות האלו, כשיהיה הלוה מודה לו או שנתחייב שבועה בבית דין, יאמר לו בפני בית דין בפניכם אני מתרה בו שלא יפרעני או שלא ישבע לי אלא בפניכם או בפני פלוני ופלוני". ומעין דבריו כתב גם בשו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן תרב (אלף כז). ועיין ש"ך חו"מ סימן פ"ז ס"ק ס"ה וקצות ס"ק כ"ו. וברמ"א שם בסעיף כ"ז כתב שנאמן וצריך לקבל עליו חרם סתם שנשבע. ומשמע מדבריו שכך הדין גם בשבועת התורה, אולם

- מה נכלל בטענת 'נשבעתי': נשבע בינו לבין עצמו או נשבע בפני התובע או נשבע בפני עדים או שנשבע בפני בית דין (אות יב).
- אם אדם יכול לטעון "נשבעתי" בטל חיוב שבועה כיון שכל אדם יאמר שנשבע ויפטור עצמו משבועה.
- האם יש חילוק בין טענת נשבעתי שבועת התורה לבין טענת נשבעתי שבועת המשנה או שבועת היסת.

יב. בדברי המפרשים מצאנו מספר שיטות בביאור טענתו של האדם שאומר 'נשבעתי', ובשטמ"ק בסוגייתנו הסתפק:

> וצריך עיון אם צריך שיאמר 'נשבעתי בבית דין והלכו להם' או אמרינן אפילו 'ביני ובין עצמי'.

והמאירי בסוגייתנו מכריע:

> מי שנתחייב שבועה לחברו בבית דין ויצא לו על דעת כן ולאחר שיצא תבעו הלה שישבע לו ואמר שכבר נשבע לו אחר שיצא מבית דין נאמן ואינו צריך עוד לישבע.
> ויראה לי דוקא שאמר נשבעתי בפני הבית דין ואין הבית דין בכאן הא בינו לבין עצמו לא, ששבועת בית דין צריכה להיות בפני בית דין ועל דעת בית דין[395]...

כדברי המאירי כתב גם המרדכי (ב"מ סימן רנ"ב) בשם רבינו יקיר. אולם בניגודל לדבריהם בשו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן תרב (אלף כז), כתב בתחילת דבריו שמסוגיית הגמ' בפרק שנים אוחזין (סוגייתנו), מוכח:

הש"ך שם חלק על דבריו. ועוד יש להעיר שבדברי הרמ"א והנו"כ לא מצאנו התייחסת מפורשת האם צריך להישבע בבית דין או לא, עי"ש – ועיין בדברי הרמב"ם לקמן בפנים.

[395] ולא שיקפוץ וישבע מעצמו.

> אלא דמתוך סוגיית בגמ׳ פרק שנים אוחזין משמע דאפילו בינו לבינו נאמן... ומשמע שהדבר מוסכם בין שניהם שעמדו בדין ונתחייב שבועה אלא שזה אומר לא נשבעת וזה אומר נשבעתי[396]...

הרדב״ז לא כתב כיצד הוכיח מסוגייתנו שאדם שהתחייב שבועה יכול להישבע אפילו בינו לבין עצמו. ומסתבר שטעמו הוא שכיון שר׳ יוחנן לא פירט ורק אמר לשון ״נשבעתי״ מוכח שאין צורך בשבועה בבית דין ודי בשבועה שלו בינו ובין עצמו[397]. ונראה שדברי הרדב״ז הם כדברי הרמב״ם בפרק ז׳ מהלכות טוען הלכה ה- ו׳:

> וכן מי שנתחייב שבועה בבית דין ויצא ואמר נשבעתי נאמן... לפיכך היו בקיאי הדעת בספרד... כשיתחייב שבועה בבית דין אומר לו בפני בית דין היו עלי עדים שלא יפרעני או שלא ישבע לי אלא בפני עדים[398].

כלומר, יכולתו של התובע היא אך ורק לדרוש שבועה בפני עדים אבל לא שבועה בבית דין, אולם לכאורה צ״ע מדברי הרמב״ם במקומות אחרים (כגון, פרק י״א מהלכות שבועות הלכה ז׳) בהם כתב שמקום השבועה הוא בבית דין[399], וצ״ע.

---

[396] עיין בהמשך דבריו. ועיין ש״ך חו״מ סימן פ״ז ס״ק ס״ג. ואמנם עיין שו״ת הרדב״ז חלק א׳ סימן ת״א שדן לגבי שבועת ה״אשה יקרה״ ומתחילה כתב שכל שבועה היא בבית דין, שהרי לגבי כה״ג נאמר בירושלמי (סנהדרין פרק ב׳ הלכה א׳) שקיימת בעיה שימנה אנטלר לטעון עבורו כיון שא״א להישבע ע״י אנטלר, ומשמע שכל שבועה היא בבית דין (ועיין בחידושי הרשב״א לשבועות דף ל. ועוד ראשונים שם שציינו לראיה מדברי הירושלמי, ועיין גם שו״ת הרשב״א חלק ו׳ סימן ר״י), ולפיכך אף אשה יקרה צריכה לבוא לבית דין ולהעיד, ובית דין צריכים לאיים בשעת שבועה. אבל למעשה שולחין את סופרי הדיינין לבית האשה ומשביעין אותה בביתה, מפני הרמאין שיתבעו נשים והן תפסדנה כיון שאינן רוצות להתבייש בבית דין, ועי״ש שדייק שכך הוא גם עיקר הדין על פי דברי הירושלמי.

[397] וכך ביאר את הסוגיא גם ההפלאה בקו״א לאבהע״ז סו״ס צו ,וכך גם נקט בשו״ת זקן אהרן חלק א׳, חו״מ סימן ק״ה ד״ה ״והנה לכאורה״, ושם גם דייק מלשון השו״ע בחו״מ סימן פ״ז סעיף כ״ז שלא פירט יותר מלשון הגמ׳, ועי״ש ברחבה שם.
ועל פי דיוק זה הקשה ההפלאה ובמנחת פתים על תשובת הרשב״א חלק ו׳ סימן ו׳, שכתב שאלמנה שנשבעה בפני בית דין שהדיינים היו פסולים מחמת קורבה צריכה להישבע שוב בפני בית דין כשר, והרי בסוגייתנו מוכח שא״צ להישבע בפני בית דין, וההפלאה נשאר בצ״ע ובמנחת פתים (הגאון ר׳ מאיר אריק) באבהע״ז סו״ס צ״ו תירץ, ששבועה בינו ובין עצמו יכולה להועיל כדי שלא יוציאו ממנו, אבל מי שרוצה להוציא ממון, חייב להישבע בפני בית דין, ואלמנה רוצה להוציא ממון מהיורשים.

[398] הרדב״ז התיר אפילו שבועה בינו לבינו, ויתכן שאף הרמב״ם מודה לכך, רק דרישת התובע היא לראיה של שני עדים, על פי דרישת התובע. ועיין הערה 394.

[399] עיין שו״ת שמע שלמה ח״ד חו״מ סימן ג׳ שציין למקורות רבים בדברי הרמב״ם. כגון בפרק י״א מהלכות

אמנם, המאירי והמרדכי, סוברים שחובה להישבע בפני בית דין. ונראה שהם סוברים שאע״פ שבסוגייתנו הגמ׳ לא כתבה במפורש שיש חובה להישבע בפני בית דין, אין מכאן ראיה, כיון שסוגייתנו אינה עוסקת בעיקר דין שבועה, ולא פירטה[400].

יג. על פי הרדב״ז (אות יב), הטוען ׳נשבעתי׳, טענתו תתקבל אפילו אם שבועתו לא היתה בבית דין. ויש לעיין כיצד יישב את האמור לעיל במכילתא (אות ב׳) ששבועת התורה חייבת להיות בבית דין, ובדוחק היה מקום לישב שטענת ׳נשבעתי׳ (מחוץ לבית דין) מועילה רק בשבועות דרבנן, או שדברי המכילתא לא הוזכרו בגמ׳ והגמ׳ חולקת על המכילתא.

אולם לעיל הוזכר שאף שבועה דרבנן (ואפילו שבועת היסת) היא בפני בית דין (אות ח׳–ט׳), ושיטות אלו ודאי אינן כשיטת הרדב״ז (ועיין בהמשך דברי הרדב״ז שם).

<u>דִּין וְדִבָּרִים בֵּין שְׁנַיִם שֶׁאֵינָם רוֹצִים לִלְכֹּת לְבֵית דִּין</u>

יד. על פי האמור לעיל, שנים שהיה ביניהם דין ודברים, והסכימו ביניהם שלא ילכו לבית דין אבל ינהגו על פי הדין המפורש בהלכה, והם גילו שעל פי הדין אחד הצדדים חייב להישבע. אם ננקוט ששבועה צריכה להיות רק בפני בית דין, הרי שאין ביכולתם לנהוג על פי הדין שלא בפני בית דין, ואם הם רוצים להגיע להכרעה על פי דין, עליהם לפנות לבית הדין. אולם ודאי שאם הם מסכימים הם יכולים להחליט שהשבועה תהיה מחוץ לבית הדין, והצד שכנגד יקבל את

שבועות הלכה ז׳: ״שבועת היסת, ואע״פ שבית דין משביעין אותה אינה נקראת שבועת הדיינין״ כלומר אפילו שבועת היסת היא בפני הדיינים. ובהלכה י״ד כתב ״הדיינין שהשביעו...״ ובכל הפרק שם מדובר על מהלך השבועה בבית הדין. ובדוחק היה מקום לומר, שהרמב״ם מתאר את המהלך הרגיל של השבועה שהוא בבית דין, אבל אין זה לעיכובא. ולמרות שנקט לשון ״בית דין משביעין״ כוונתו לומר שאע״פ שבית דין משביעין אין זה חיוב אלא כך היא המציאות הרגילה. אמנם עיין שם בכל הפרק שיש לאיים על הנשבע, ושמא די באיום של עדים.

[400] ועיין שו״ת שמע שלמה חלק ד׳ חו״מ סימן ד׳ אות ד׳, עי״ש שהאריך להוכיח שחובת השבועה היא בפני בית דין.

שבועתו של הנשבע.

נמצא, שבניגוד לדיני איסור והיתר, בהם אדם יכול לקיים את את ההלכה שלא בפני בית דין (אפילו לגבי שאלה בדיני ריבית), בדיני ממונות שיש בהם חיוב שבועה, לא ניתן להגיע לעיקר הדין ללא בית דין במקרה בו קיים חיוב שבועה, ולמעשה כל דיון שיש בו הכחשה, יש בו חיוב שבועה. אמנם, מצאנו שבית דין יכול לכפות פשרה בתמורה לחיוב השבועה כדי ליפטר מעונש שבועה (עיין עמ׳ 187). ומסתבר, שאף אלו שדנים בינם לבינם, יכולים להטיל ביניהם את הפשרה שמהווה תחליף לשבועה, וקצ״ע.

סיכום

טו. העולה מהאמור לעיל:

- שבועת השומרים ושבועת מודה במקצת יש להישבע בבית דין (אות ב׳).
- יש לעיין בעצם תוקף השבועה בזמן הזה (אות ד׳).
- באלמנה תיקנו חכמים ששבועתה לא תהיה בבית דין. משמע שלולי התקנה היתה נשבעת בבית דין וא״כ לכאורה ניתן להוכיח שכל שבועות חכמים בבית דין (אות ה׳ ועיין בדחיה באות ז׳ ובאות ג׳), וכך עולה מדברי הרמ״א (אות ח׳).
- האומר ׳נשבעתי׳ טענתו מתקבלת. ונחלקו המפרשים האם צריך לומר שנשבע בבית דין או אפילו אם נשבע מחוץ לבית דין טענתו תתקבל ועל פי השיטה שנאמן לומר שנשבע גם חוץ לבית דין, מוכח ששבועה אינה חייבת להיות בבית דין לשיטה זו (אות יא, יב).
- החזו״א כתב ששבועת היסת היא בבית דין וכל שכן שאר שבועות (אות ט׳).
- על פי השיטה ששבועה היא רק בפני בית דין, שנים שהסכימו לנהוג על פי דין, חייבים לבוא לבית דין לצורך השבועה אבל יכולים להתפשר תמורת השבועה (אות יד).

שבועה ביום הכניסה בפני י' ובבהכנ"ס/ המנהג ביום ותקנת הגאונים ביחס לשבועה

הקדמה

א. כפי שהתבאר לעיל (עיין בסיכום בעמ' הקודם) פוסקים רבים סוברים שמקום השבועה הוא בבית דין (הן שבועת התורה והן שבועת היסת). לקמן נדון על מנהגים שונים לגבי מקום השבועה, והאם מנהגים אלו הינם עיקר הדין או מנהגים שהונהגו כתוספת לעיקר הדין או מסיבות אחרות.

שבועה ביום הכניסה / בפני עשרה (הוספה על עיקר הדין)

ב. שו"ת מהר"י וייל סימן קס"ז:

> ...ראיתי שפסק מהר"י מולין ס"ל ז"ל על רבי מענכין ז"ל מאופיהיים, שהיה מחוייב שבועה דאורייתא, שצריך לישבע ביום הכניסה[401] ולאחר קריאת התורה וס"ת בזרועו. ולא ראיתי שום מורה דמחמיר כולי האי, שמא חזי ביה תיוהא[402].
> אבל במקומות דליכא חשד, די בעשרה ובנקיטת חפץ. וצריך לאיים על הנשבע והכל לפי ראות עיני הדיין.

מדברי המהר"י וייל נראה ששבועה ביום הכניסה היא חמורה משבועה בפני עשרה. ומסתבר שביום הכניסה נמצאים יותר אנשים במקום השבועה, אולם אף שזו חומרא, המהר"י וייל עצמו מחייב ששבועת התורה תהיה לפחות בפני עשרה

[401] עיין מסכת מגילה במשנה הראשונה. יום הכניסה הוא יום שמתקבצים בו בני הכפרים לעיר, והוא יום שני או חמישי שהם באים לשמוע קה"ת. וכפי שכותב המהר"י וייל שיום השבועה הוא בבית הכנסת אחר קריאת התורה. ועיין בסמ"ע חו"מ סימן פ"ז ס"ק מ"ח שכתב ששבועה היא ביום הכניסה כיון "דאז רבים שכיחי בבי דינא".

[402] פירוש, ברור שמדובר ב'חומרא' ויתכן שטעם החומרא הוא מחמת קלקול שחששו לו באותו מקרה, שגרם לדיין להחמיר על הנשבע. ועיין הערה 378 בדברי הקצות. ועל פי שיטתו ועל פי האמור שם בפנים, יתכן לומר שכיום שאין דיינים סמוכים אין לשבועה תוקף של שבועה בפני בית דין, ולפיכך קבעו שישבעו בפני עשרה במקום בית דין, וצ"ע.

(ובנקיטת חפץ). ויש לעיין מה מקורו והרי בסוגיות הגמ׳ לעיל לא מצאנו שיש חיוב שבועה בפני מנין אנשים.

עוד יש לעיין האם שבועה בפני עשרה היא תוספת לשבועה בפני בית דין, ונמצא שהחמירו שלא די בשבועה בפני שלשה דיינים אלא יש להישבע בפני עשרה ובתוכם הדיינים או שאין צורך שבין העשרה יהיו הדיינים ולא מדובר בשבועה בפני בית דין, והקלו שאין חובה בפני בית דין ובמקום זאת ישבע בפני עשרה. (ובשו״ת מהר״ם חלוואה סימן ק״א כתב [בענין אחר] שמי שהתחייב שבועה לחבירו עליו להישבע בבית דין ואינו יכול להישבע בפני עשרה). ומכל מקום נראה שמקום השבועה הוא בית הכנסת, שהרי זמן השבועה הוא אחר קריאת התורה, ועיין לקמן באות ט׳ בדיוק מדברי הרמ״א.

מלשונו של המהר״י וייל שכתב שצריך לאיים על הנשבע ׳והכל על פי ראות עיני הדיין׳ יש מקום לדייק שהדיינים נמצאים בבית הכנסת וקובעים כיצד תתבצע השבועה. אולם אין זו ראיה גמורה, כיון שיתכן שהדיינים קובע כיצד תתקיים השבועה אבל אין הכרח שהם עצמם יהיו בבית הכנסת בשעת השבועה.

ג. בשו״ת מהרי״ל החדשות סימן קע״ד דן על חיובו של ר׳ מנחם להישבע שבועת השומרים של התורה:

> ....דר׳ מנחם יעמוד ביום הכניסה ויטול ספר תורה בידו[403]... שרגילין לישבע ברבים בבית הכנסת.

[403] בהערות כתב המו״ל שאולי ר׳ מנחם הוא ר׳ מעכין המוזכר בתשובת המהר״י וייל הנ״ל.

ונראה לי טעמא משום דספר תורה מבחוץ לא שכיחי עשרה[404] וישבע או יקבל עליו בארור דבו שבועה[405] (שבועות לו.) ולא יזכיר השם ולא כינוי דבטלוה אחרונים[406], אבל ס״ת לא פטרנא ליה... וישביעוהו תלתא בי׳ דינא... ויענה הנפקד אמן, או יקבל עליו שבועה קודם שישביעוהו...

מדברי המהרי״ל נראה ששבועה ביום הכניסה ושבועה בפני עשרה הינם מאותו טעם (ולא כדברי מהר״י וייל שחילק ביניהם). והיינו שנשבעים בבית הכנסת, כיון שס״ת מצוי בבית כנסת ולא מצוי שיתכנסו עשרה מחוץ לבית הכנסת, ורצו שהשבועה תהיה בפני רבים (והדיינים יבואו לבית הכנסת לצורך השבועה או שהם מעיקרא היו שם מחמת שהשביעו אחר קריאת התורה כדברי המהר״י וייל). ובתשובות הגאונים, מוסאפיה (ליק) סימן ט כתב :

מנהגנו לכתחילה להשביע את מי שהוא חייב שבועה לפני צבור, אחר שהצבור מסיימין את התפילה. ונוח להם שיהיה שני וחמישי שאין צריכין לטלטל את ס״ת ולהוציאו.

כלומר, קבעו להשביע בפני עשרה, והמקום בו מצויים עשרה הוא בית הכנסת, וכדי שלא יצטרכו לטלטל במיוחד את ספר התורה קבעו שישבעו אחר קריאת התורה בימי שני וחמישי.

אמנם, אין באמור כאן נימוק מפורש מדוע חל חיוב שבועה בפני עשרה, ובהמשך תשובת הגאונים הנ״ל כתב שאשה צנועה תשבע בפני שלשה כשרים[407], משמע שחיוב שבועה בפני עשרה ודאי אינו לעיכובא ושמא אף המהר״י וייל יודה לכך.

---

[404] קצ״ע מה כוונתו, ונראה שמחוץ לבית הכנסת אין עשרה, ולכן בית הדין באים לבית הכנסת, ושם משביעים בפני הקהל, ולפחות בפני עשרה או שבבית הדין אין ס״ת ולכן באים לבית הכנסת.

[405] או שבועה או בארור – עיין אות ה׳ (שכיום משביעים רק בארור מכח תקנת הגאונים).

[406] עיין לקמן בדברי השו״ע בחו״מ סימן פ״ז סעיף יט.

[407] עיין הערה 434. אולם עיין בדברי הנו״ב שבהערה 411.

ד. הב״י בחו״מ סימן פ״ז הביא תשובה בשם ר׳ שמשון בן אברהם[408], ממנה ניתן להסיק ששבועה מתקיימת בפני מנין וכתב הב״י על דבריו:

ואנו לא נהגנו להשביע במנין.

מדברי הב״י מוכח שאף מי שסובר שיש להשביע בפני עשרה, אינו סובר שכך הוא הדין, ומדובר במנהג שיש שנהגו בו ויש שלא נהגו בו. ואף הרמ״א בחו״מ סימן פ״ז סעיף י״ז כתב:

י״א דשבועת הדיינים צריכה להיות לפני מנין, או ביום הכניסה (כל בו[409]), ולא ראיתי נוהגין כן[410].

מדברי הרמ״א אין הכרעה האם הוא לא ראה שנוהגים להשביע ביום הכניסה אבל ראה שנוהגים להשביע בפני מנין או שלא ראה את שתי האפשרויות, ומלשונו נראה יותר נראה שלא ראה את שתי האפשרויות[411], וצ״ע. ועיין לקמן אות ט׳.

<u>גזרת ארור והטלת חרם בפני עשרה / ביטול שבועה דאורייתא</u>

---

[408] הר״ש משאנץ. ותשובה זו נדפסה בשו״ת מהר״ם מרוטנבורג דפוס פראג סימן ש״י.

[409] סימן קכ״ד ומקורו בתשבץ קטן סימן תקי״ח. ועיין ברמ״א סימן ק׳ סעיף א׳, וקצ״ע. ויש לעיין האם ביום הכניסה השבועה היא בפני בית דין והסמ״ע בס״ק מ״ח כתב: ״הטעם דאז רבים שכיחי בבי דינא״. אולם לולי דבריו יתכן לפרש שיום הכניסה היינו בפני רבים ולאו דוקא בית דין ועיין דורש משפט כאן.

[410] בערוה״ש שם סעיף י״ח כתב על דבריו: ״ורבינו הרמ״א כתב שלא נוהגים כן ובזמנינו המנהג גם בשבועת היסת אם יכולין לדחות על יום הכניסה דוחין ובין כך ובין כך שמא יתפשרו, וכבר בארנו בסימן ט״ו כשהדיין רואה שהתובע רוצה השבועה כדי שיוכרח להתפשר עמו אינו משביעו אלא נותן לו ח״ס (=חרם סתם)...״. ובקובץ בית אהרן וישראל, שנה טו גליון ב (פז) כתב בשם הגרי״מ פיינשטיין שליט״א, שזקנו הגר״ד פיינשטיין היה מקפיד ומשביע בעשרה.

[411] עיין לקמן בפנים על המנהג שלא להשביע אלא להטיל גזירת ארור, ויש שכתבו שיש להטילה בעשרה, אולם השו״ע בסעיף י״ט לא הזכיר חובת הטלת ארור בעשרה ואף הרמ״א לא הגיה על דבריו, וא״כ מוכח שאינו מחייב הטלת ארור בעשרה, ולכן מסתבר שאף לא ראה שנוהגים כך, ועיין לקמן באות בדברי הסמ״ע. ועיין בשו״ת נודע ביהודה מהדורה קמא, חו״מ סימן יג, שכתב שאף שאין לחייב את הגבירה החלושה לבוא לבית הכנסת אנ״ש (אלט נוי שול, בפראג) להישבע שם, יש לשלוח אליה עשרה אנשים לביתה. וציין לדברי הרמ״א שיש אומרים ששבועה בפני עשרה וכתב ש״העמדתי על שורת הדין שתשבע בפני עשרה״ (ועיין תשובת הגאונים שבהערה 434 ומשמע שלא כשיטתו). ולכאורה צ״ע שהרי אין זה דין גמור להישבע בפני עשרה, ועוד שהרמ״א עצמו כתב שלא ראה שנוהגים כך, ושמא הנו״ב סובר שאף שהרמ״א כתב שלא נוהגים כך, סו״ס כך הוא עיקר הדין, ובמקומו שנהגו להשביע בבית הכנסת תמיד היו עשרה, וא״כ קיימו את עיקר הדין. ועוד, יתכן שהנו״ב חשש לדברי רש״י שיובאו לקמן באות ה׳ שהטלת ארור היא דוקא בעשרה, וכיום לא משביעים אלא רק מטילים ארור, וקצ״ע.

ה. [412]רש"י, שבועות דף לח: ד"ה "בספר תורה":

ובדורותינו בטלו הראשונים[413] שבועה דאורייתא[414] לפי שענשה גדול ותקנו לגזור עליו 'ארור'[415] בעשרה והא אמרן ארור בו - שבועה (דף לו.)[416],[417].

תוס' מסכת גיטין דף לה: ד"ה "דמוריא":

והשתא בזמן הזה תקנו לקבל חרם במקום שבועה שלא יהא העונש גדול כל כך[418].

שבועה דאורייתא איננה מחייבת נוכחות של עשרה וכנ"ל באות א'. ואף הסוברים

---

[412] עיין לקמן בשיטות השונות. ונקדים, שלגבי תקנת הגאונים יש נוסחאות ושיטות שונות. ומכל מקום יש שתי אפשרויות מרכזיות האחת שהגאונים ביטלו שבועת התורה ותיקנו במקומה לשון ארור (פשט דברי רש"י לקמן) או שמדין תורה ניתן להישבע או בלשון שבועה או בלשון ארור והגאונים נקטו שיש להשביע רק בלשון ארור ולא בלשון שבועה (שו"ע לקמן אות ח').

[413] הגאונים – עיין בהרחבה בהערה 433. ונראה שטעם ביטול השבועה בשם איננו רק למנוע עונש מהנשבע עצמו, אלא למנוע עונש מכל העולם, כמבואר בגמ' שבועות דף לט. שעל שבועת שקר נפרעין מכל העולם.

[414] ביטול שבועה דאורייתא פירושו שביטלו שבועת התורה אבל שבועות דרבנן עדיין קיימות. או שכיון שכל מי שעובר על שבועתו אפילו היא שבועת היסת דרבנן סו"ס עובר על איסור תורה שהרי נשבע לשקר, גם שבועה זו בוטלה.

[415] "ארור' הוא סוג של הטלת חרם, כפי שמפורש בדברי האו"ז לקמן. כלומר, המחוייב שבועה אינו נשבע אלא מטילים עליו חרם אם דבריו אינם נכונים.

[416] אמנם בשו"ת רש"י סימן רמ"ד שהובאו דבריו גם בתשובות מיימוניות, משפטים סימן ל"ה כתב: "אם ישבע בס"ת או בגזרה, כבר נהגו העם בארור בעשרה וימתינו עד שיגיעו לצירוף עשרה". כלומר מדובר ב'מנהג' ולא בביטול השבועה ע"י הראשונים, וצ"ע.

ומדברי רש"י מוכח, שאע"פ שארור הינו בכלל שבועה (ועיין בגמ' דף לו.שרש"י עצמו מציין לה ושם נאמר שארור הוא לשון שבועה) אע"פ כן אין בה חומרת שבועה ממש. ויתכן שהטעם הוא מפני שאין ב'ארור' הזכרת שם שמים או אפילו אם יש בו הזכרת שם שמים (עיין רמב"ם פרק ב' משבועות הלכה ב'), סו"ס אין זו שבועה ממש, ועיין במחלוקת שבהערה 428. ורש"י כאן נקט, שביטלו שבועת התורה, ושבועת ארור היא מדרבנן וכן כתב רש"י בגיטין דף לה. בד"ה "חוץ" שאלמנה משביעין אותה חוץ לבית דין בקללת ארור וללא נקיטת חפץ, והיא שבועה מדרבנן לעומת שבועת התורה שהיא בבית דין ובשם ובנקיטת חפץ. אמנם צ"ע מדברי רש"י בשבועות דף לו. שם כתב שארור הוא לשון שבועה בו אדם נשבע לחבירו, ומשמע שמועיל מן התורה. ונראה לומר, שארור הינו לשון שבועה שחל מן התורה אם מזכיר את השם כפי שמפורט שם בשבועות (עי"ש) ובדורות האחרונים משביעים בארור ללא שם שמים (וכך כתב רש"י לגבי האלמנה וכנ"ל), או ששם מדובר בשבועה שאסד משביע את חבירו בהסכמתו מועיל כשבועה אבל אין זו שבועת התורה, ועיין הערה 433.

[417] עיין לקמן בעמ' 52 שריבוי הרמאים יכול להשפיע גם על חיוב החקירה והדרישה של בית דין, כיון שהבירור של השבועה אינו חזק כפי שהיה.

[418] יתכן שתוס' מתייחס רק לשבועת אלמנה ולא לכל השבועות, עיין בפסקי התוס' כאן שכך עולה מדבריו. ולקמן נדון בדברי רש"י.

שיש להישבע בפני עשרה אין זה מעיקר הדין וכפי שהוכח לעיל באות ב׳-ד׳. ויש לעיין בטעמם של הגאונים שקבעו שגזירת ארור (שהיא התחליף לשבועה ואינה מועילה כשבועת התורה[419]) צריכה להיות דוקא בפני עשרה.

בפשטות היה מקום לומר, שכיון שמטרת גזרת הארור היא לאיים ולהפחיד את הנשבע קבעו שהדבר יעשה בעשרה. כלומר מחד גיסא ירדו בדרגה משבועה לארור ומאידך גיסא חייבו שבועה לא רק בפני הדיינים כי אם בפני עשרה ויש בכך איום גדול על הנשבע שרבים יראו שהוא נשבע לשקר (ויתכן שהדיינים הם בכלל העשרה[420]).

ו. האור זרוע (חלק ד׳), בפסקי מסכת שבועות, ד״ה ״אמר רב פפא האי דיינא״ כתב את דברי רש״י והוסיף על דבריו:

> ודווקא בעשרה. כמו שפירש״י זצ״ל דאי בפחות מעשרה אין החרם חל[421] ואין כאן שבועה כמו שפירש ר״ת זצ״ל מההיא דפרקי׳ דר׳ אליעזר פל״ז, אמרו נחרים בינינו שאין אחד ממנו מגיד הדבר ליעקב אבינו אמר להם יהודה ראובן אינו כאן ואין החרם מתקיים בתשעה. מה עשו התפללו למקום ב״ה שיסכים עמהם והחרימו וכו׳ מגיד דבריו ליעקב וזה הדבר לא הגיד, מכאן לחרם בעשרה[422]. והשתא אפילו בכופר הכל צריך לקבל החרם כרב נחמן דאמר לקמן בפירקין ומשביעין אותו שבועת היסת[423].

כלומר, ארור הוא חרם, וחרם חל רק אם נעשה בפני עשרה, וממילא הגאונים שתיקנו ׳ארור׳ נכללת בתקנתם החובה להטיל את הארור בפני עשרה.

---

[419] וכפי שכתב רש״י עצמו.

[420] אמנם, כפי שיתבאר לקמן ׳ארור׳ הוא הטלת חרם. וחרם יכול ציבור להחרים אף ללא בית דין, עיין א״ת ערך ״חרמי ציבור״ אות ב׳ בהרחבה.

[421] ה״ארור׳ עליו דיבר רש״י, הוא הטלת חרם.

[422] ובשו״ת חת״ס חו״מ סימן ע״א וסימן ע״ג ד״ה ״אחר״ (הובאו דבריו בפת״ש חו״מ סימן פ״ז ס״ק כ׳), שהטלת חרם בעשרה היא מפני שבגזרת ארור לא מזכירים שם שמים במפורש (משא״כ בשבועה), וכיון שכך מחרימים בעשרה שהרי ״כל בי עשרה שכינתא שריא והוה קצת כאילו הזכיר השם״.

[423] ועיין שו״ת מהר״ח או״ז סימן ב׳ ובהגהות המו״ל שם (הרב אביטן, מהד׳ פרויקט השו״ת).

אמנם, הרמב"ן במשפט החרם[424] כתב:

...שאין החרם מתקיים בפחות מעשרה לפי שאינן צבור ולא בית דין שהוא במקום צבור[425].

מוכח מדבריו, שהטלת חרם יכולה להיות גם על ידי בית דין בלא עשרה. ונמצא שהגאונים שתיקנו לגזור ארור במקום שבועה לא היו חייבים לקבוע שהטלת הארור תהיה בפני עשרה בדוקא, והיו יכולים לקבוע שהטלת הארור תהיה בפני בית דין, ושמא שיטת הרמב"ן אינה מוסכמת על האור זרוע ורש"י.

ויתכן לומר שאין מחלוקת בין רש"י לרמב"ן. שהרי הרמב"ן כתב שחרם מוטל על ידי ציבור או בית דין שהוא במקום ציבור, ושמא אף רש"י והאו"ז יודו לרמב"ן שניתן להטיל חרם על ידי בית דין, והם כתבו רק את עיקר דין ארור שהוא בפני עשרה, אבל הם מודים שבית דין יכול להיות במקום עשרה.

ז. לעיל הובאו תשובות המהר"י וייל והמהרי"ל ששבועה היא בפני עשרה (אות ב'-ג') ועל פי שיטתם מסתבר שאף הארור (שהוא התחליף לשבועה כנ"ל אות ה') יהיה בעשרה, ואף אם הטלת חרם וארור (רגילים) איננה מחייבת עשרה, הטלת ארור כתחליף לשבועה בעשרה, מחייב עשרה בשעת הטלת הארור. ועיין בדברי הסמ"ע לקמן שכתב שמי שסובר שאין צורך להטיל שבועה בעשרה, סובר שאף אין צורך להטיל חרם בעשרה. ולכאורה צ"ע שהרי חרם אינו חל כי אם בעשרה, ושמא כוונתו היא שישבעו בבית דין כדין חרם, או שכאן תוקנה מיוחדת שארור יחול אף ללא עשרה.

עוד נראה לומר, שיטת הרמב"ם בפרק י"א מהלכות שבועות הלכה ח' ובעקבותיו השו"ע בחו"מ סימן פ"ז סעיף י"ז, ששבועת התורה חלה או בלשון שבועה או

[424] עי"ש בדינו של המוחרם, שאסור לאחרים להנות אותן מנכסיהם אלא כדי חייו ואסור בנעילת הסנדל, ועוד.

[425] אמנם יתכן שדברי הרמב"ן הינם דוקא בחרמי ציבור. ויתכן שיש לחלק בין ארור שנובע מדין שבועה לבין ארור שנובע מדיני חרמי ציבור, וארור שיסודו בשבועה אין בו צורך בעשרה, ועיין אות ז' לקמן.

בלשון אלה (קללה, ארור). כלומר, לשון ארור איננו רק לשון מלשונות חרמי ציבור אלא קיים גם ארור שהוא עיקר דין שבועה (ואיננו מדיני חרמים)[426]. וממילא כיון שארור הינו דין מדיני השבועות, אין צורך בעשרה כדי שיחול.

<u>פַּסְקֵי הַשו"ע וְהָרַמ"א וְהַמִּנְהָג כְּיוֹם</u>

ח. שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף י"ט:

יש אומרים שבדורות אחרונים ביטלו שבועה בשם[427] לפי שענשה גדול, ונהגו להשביע בארור[428].

השד"ח בכללי הפוסקים סימן י"ג בכללי מרן השו"ע ס"ק כ"ד, כתב בשם כנסת הגדולה והמחזיק ברכה בשו"ע או"ח סימן ש"ו סעיף ד', שכאשר השו"ע כותב לשון 'יש אומרים' אין הדבר מלמד על מחלוקת, אלא על כך שמדובר על דין מחודש שלא נכתב בשאר הפוסקים[429].

וראיה לדברי המחזיק ברכה, שהרי השו"ע עצמו באבהע"ז סימן צ"ו (לעיל עמ' 144) פסק שכיום משביעים אלמנה בבית דין, כיון שלא משביעים אותה שבועה בשם, ושם כתב את הדין ללא חולק.

---

[426] עיין בחידושי הריטב"א בשבועות דף לו. לגבי דברי הגמ' שארור הוא גם לשון שבועה, שכתב שיש בלשון ארור מובן נוסף שלא נזכר שם בגמ' והוא לשון חרם. כלומר, ארור יכול לחול או מדין שבועה או מדין חרם, ותלוי בדרך הטלתו.

[427] עיין בלשון רש"י לעיל שכתב שביטלו את שבועת התורה, אולם השו"ע כתב "ביטלו שבועה בשם" אבל יתכן ששבועת ארור עדיין היא מן התורה (ועיין הערה 428) רק שנקטו אופן זה של שבועה והוא ה'ארור' ולא בנוסח המפורש של שבועה, ועיין הערה 433.

[428] עי"ש בסעיף י"ז ששבועה (עיקר דין שבועה) יכולה להיות בלשון שבועה בשם או בכינוי בשבועה או באלה, ואלה פירושה: "הרי הוא ארור לה' אלוקי ישראל...". ומכאן שבדורות אחרונים משביעים בארור ולא ביטלו שם שמים, וכ"כ הסמ"ע בס"ק נ"ב. וכתב שם בפת"ש שלמרות שאומר שם ה' בלשון הארור, סו"ס אינו חמור כמו שבועה. אולם בשו"ת חת"ס כתב ששבועת האלה בשם ג"כ חמורה כמו שבועה, ולכן תקנת הגאונים היא להישבע בלשון ארור ללא שם אבל בעשרה כיון שבכל עשרה שורה שכינה. ונמצא שנחלקו האם 'ארור' של הדורות האחרונים הוא אותו ארור (בשם או בכינוי) של עיקר הדין רק שהוא קל יותר משבועה ולכן לא נשבעים בלשון שבועה (סמ"ע) או שה'ארור' של הדורות האחרונים איננו הארור של עיקר דין שבועה, כיון שבעיקר דין שבועה הארור הוא בשם, ואילו בדורות האחרונים אינו בשם (חת"ס) – ועיין הערה 433. ולקמן בעמ' 52.

[429] אמנם הר"ן בשבועות, דף יח. מדפי הרי"ף כתב שהרי"ף והרמב"ם חולקים.

השו״ע כתב את המנהג להשביע בארור אבל לא כתב שהשבועה בארור היא בעשרה (כשיטת רש״י – לעיל אות ה׳). יתכן, שהשו״ע לא הזכיר במפורש שהארור הוא בעשרה, כיון שזו הלכה ידועה בדין חרם שאין צורך לפרטה כאן או שהשו״ע מסכים עם שיטת הרמב״ן (לעיל אות ו׳) שאף ארור יכול להיות בפני בית דין וכשם ששבועה בפני בית דין אף ארור בפני בית דין וכשם שלא בכל פעם שהשו״ע מזכיר דין שבועה הוא אינו מפרט שהיא בפני בית דין כך גם ביחס לארור.

ויותר נראה לומר, ששיטת השו״ע היא (כפי שכתב שם בסעיף י״ז[430]) שלשון ארור הינו לשון שבועה (עיין בדברינו באות ז׳), ושבועה איננה מחייבת עשרה. ולשיטתו, מנהג הדורות האחרונים איננו ביטול שבועת התורה כפי שעולה מדברי רש״י (שלשיטתו לשון ארור אינו מועיל מן התורה), אלא שמעיקרא היו יכולים להישבע בלשון שבועה או בלשון ארור ששניהם מועילים מן התורה, והגאונים אמרו שישבעו רק בכינוי ולא בשם ולא בלשון שבועה כי אם בלשון ארור. והסמ״ע שם בס״ק נ״ג כתב:

> לשון הטור, ותיקנו לגזור עליו ארור בעשרה ד׳ארור בו׳ – שבועה וכו׳ והמחבר השמיט תיבת עשרה.
> נראה דס״ל דרש״י והטור דנקטי בעשרה ס״ל דגם כל אינך שבועות צריכין להיות בעשרה כמו שכתב מור״ן לפני זה סעיף י״ז די״א כן[431], וכיון דלא קי״ל הכי בשאר שבועות, משום הכי השמיטוהו בארור[432]...

על פי הסמ״ע, חיוב שבועה בעשרה משפיע על חיוב גזירת ארור בעשרה (עיין לעיל אות ז׳), והשו״ע שאינו מחייב שבועה בעשרה אינו מחייב ארור בעשרה. אמנם לעיל (אות ו׳) הובאה שיטת האו״ז שסובר שחיוב גזרת ארור בעשרה הינו

---

[430] על פי שיטת הרמב״ם בפרק י״א מהלכות שבועות הלכה ח׳ ואילך ששבועה היא או בשם או בכינוי ויש בה או לשון שבועה או לשון ארור.

[431] לעיל אות ד׳.

[432] עי״ש שכתב שיש להשביע בארור ולהזכיר את ה׳. ועיין בדברי החת״ס בהערה 422 שחולק על הסמ״ע ושסובר שחיוב שבועה בפני עשרה יסודו בדין חרם שהוא בעשרה.

דין מיוחד בהלכות הטלת חרם, ואינו נובע מדין שבועה. ועל פי שיטתו, יש לומר שדברי השו״ע הינם כשיטת הרמב״ן, שבית דין יכול להטיל ארור אף ללא עשרה, ולשיטתו אין הטלת ארור ללא בית דין (ועיין בדברינו לעיל אות ז׳). ויותר נראה לומר כדברינו לעיל ששיטתו השו״ע היא שדין ארור הינו חלק מדיני שבועה ולא מדיני הטלת חרם, ולכן אין צורך בעשרה[433].

ט. הרמ״א לא הגיה דבר על דברי השו״ע שכיום משביעים בארור (לעיל אות ח׳), ואם כן משמע שהוא מסכים לדבריו. אולם הרמ״א כתב שיש אומרים ששבועת הדיינים צריכה להיות בפני עשרה (לעיל אות ד׳) ועל פי שיטת הסמ״ע לעיל אם משביעים בעשרה יש להטיל ארור בעשרה, אבל הרמ״א הנ״ל כתב שלא ראה שנוהגים כך (כלומר לא משביעים בעשרה), ועל פי דרכו של הסמ״ע, אף ארור אינו צריך להיות בעשרה. אמנם לגבי המנהג כיום כתב הרמ״א בסימן פ״ז סעיף כ״ז:

---

433 הגאונים סוברים שכיום אין להשביע שבועה חמורה של תורה, כיון שבשבועת שקר נפרעין ממנו ומכל העולם כולו (שבועות לט.) וכיון שרבו הרמאים קבעו הגאונים שאין להישבע שבועה זה כדי שלא יפרעו מכל העולם (עיין תשובות רב נטרונאי גאון חו״מ סימן שמ״ט, מהד׳ מכון אופק) ועיין גם בתשובות הגאונים חמדה גנוזה סימן כ״ב ובשערי צדק חלק ד׳ שער ה׳ סימן כ״ב, ראב״ד פי״א משבועות הלכה י״ג, רש״י הנ״ל (אות ה׳), תוס׳ גיטין לה. ד״ה ״דמוריא״ (וייתכן שדין שבועת האלמנה הוא הבסיס לתקנת הגאונים – עיין עמ׳ 52 ולקמן אות יא). אמנם, נראה שקיימת מחלוקת מה היא תקנת הגאונים, או שהגאונים עצמם נחלקו מה לתקן. ונראה שישנם מספר אפשרויות, כגון:

- שיטת רש״י היא שכיום לא נשבעים כלל שבועת התורה, אלא מטילים עליו ארור ללא הזכרת השם וכנ״ל באות ה׳ (ולשיטתו אם מזכירים את השם הרי זו שבועה מן התורה). ונמצא שהגאונים הפקיעו שבועת התורה, והמחוייב שבועה מן התורה, נפטר בארור דרבנן. ונראה שלמרות שקיים חשש שעתה הרמאים ירמו וישקרו שהרי אין עליהם שבועה של תורה. ראו הגאונים לנהוג כך כדי שלא להעניש את כל העולם כולו, ונראה שהגאונים הוסיפו איומים והפחדות (עיין תשובות הגאונים הנ״ל, חידושי הריטב״א שבועות דף לח:).
- שיטת השו״ע בחו״מ סימן פ״ז סעיף י״ז, י״ט (ע״פ הרמב״ם) ששבועת התורה היא או בשם או בכינוי ויש בה לשון שבועה או לשון ארור, ותקנת הגאונים היא להשביע בכינוי ובלשון ארור, ולכן אך כיום שלא משביעים בשם מדובר בשבועה של תורה, אולם שבועה זו פחות חמורה משבועה בשם ובלשון שבועה (והרמב״ם עצמו לא הזכיר את תקנת הגאונים, והר״ן בשבועות בדף יז. מדפי הרי״ף כתב שמדברי הרמב״ם לא נראה כדברי רש״י הנ״ל. והכס״מ בפרק י״א משבועות הלכה י״ג כתב שהרמב״ם כתב רק את דין הגמ׳ כמנהגו ועוד ששמא לא שמיע ליה תקנת הגאונים).
- קיימות שיטות נוספות מה היא שבועה מהתורה ומה תיקנו הגאונים, עיין תשובות הגאונים הנ״ל, ועיין בסוף הפתיחה למשפטי שבועות של רב האי גאון.

ונפ״מ למעשה בין שתי השיטות, שעל פי השיטה שכיום השבועה היא שבועה מדרבנן, כתב רב נטרונאי גאון (הנ״ל), שלמרות שאין נשבעין שבועת התורה על קרקעות (כגון מודה במקצת בקרקעות. עיין ב״מ דף צו:, ושו״ע חו״מ סימן ע״ה, אמנם שבועת היסת נשבעין), כיום שביטלו את שבועת התורה ניתן להשביע על הקרקעות בנוסח השבועה שלנו. אמנם, לשיטות הסוברות שאף לאחר תקנת הגאונים נוהגת שבועות התורה, אין להשביע שבועה על קרקעות.

מיהו בזמן הזה דנוהגין לישבע בבית הכנסת, לפני שמש או עדים אינו נאמן לומר שנשבע עד שיביא ראיה לדבריו.

מדברי הרמ"א אין הכרעה האם השבועה בפני השמש והעדים היא בנוסף לשבועה בפני עשרה או שנשבעים רק בפניהם.

אם ננקוט שהשבועה היא בפני עשרה ובפני השמש ועדים, הרי שמוכח שאין צורך להישבע בפני בית דין, רק מייחדים עדים שיוכלו להעיד שנשבע (עיין לעיל אות ב'), אבל אם ננקוט שמשביעים בבית הכנסת ללא עשרה הרי זה חידוש שלא רק שלא נשבעים בפני בית דין אלא גם אין צורך בעשרה, ויש לעיין כיצד חל מנהג זה שהינו לנגד דין הגמ' (אא"כ זה הוא חלק מביטול השבועה כיום), וצ"ע.

עוד יש לעיין בדברי הרמ"א האם המנהג כיום להשביע בעשרה פירושו שבועה ממש או רק הטלת ארור. לפי דברינו לעיל הרמ"א אינו חולק על דברי השו"ע שכיום בטלה שבועה בשם, ולפי"ז אף שנקט כאן לשון שבועה, כוונתו היא להטלת ארור שדינו כשבועה, וקצ"ע.

י. כמקור לדברי הרמ"א (שבאות ט') צויין בשו"ע לדברי המרדכי. המרדכי בב"מ סימן רנ"ב כתב:

> וה"ר אליעזר מגרמיז"א כתב דעכשו בזמן הזה שנוהגים להשביעו בבית הכנסת ברבים כל השבועות[434], אם יאמר נשבעתי לא מהימן.

[434] תשובות הגאונים, מוסאפיה (ליק) סימן ט' : "תשובה. מנהגנו לכתחילה להשביע את מי שהוא חייב שבועה לפני צבור, אחר שהצבור מסיימין את התפילה. ונוח להם שיהיה שני וחמישי שאין צריכין לטלטל את ס"ת ולהוציאו. ודבר זה אין בו הלכה פסוקה שבית דין כופין עליה. והנשים שמתחייבות שבועה אם אשה צנועה היא אין אנו מוצאין אותה אל הדבור (צ"ל הצבור) אלא בצניעות משביעין אותה בפני שלשה כשרים, לפי שלא ניתן מקל זה אלא לרדות בו את הסוטה ששנינו (סוטה ז' ב) וכל הרוצה לראות יבא ויראה. וכן מצינו בתלמוד (גטין לה א') א"ל ר' ירמיה לרב יהודה ביראה אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד וכו'. אבל כל איש מנהגנו לכתחילה להשביעו בצבור. ואין לאדם להמנע ולישבע בצבור אם לא יזדמן להשביעו בשעת סיום התפילה". ואמנם עיין הערה 411 שם הובאו דברי הנו"ב.

ששואלין לו בפני מי נשבע, אם יאמר בפני הקהל נשבעתי יודעים שהוא שקר וע״כ לאו כל כמיניה כאלו אמרו לו אל תשבע אלא בפני בעל דינך ובפני הקהל הואיל ודעת משביע ונשבע כך הוא, וכן נוהגין בדורותינו.

וכן פסק הר״ם[435], והביא ראיה מפרק האומנין (ב״מ דף פג.) איסי בן יהודה אומר ׳אין רואה׳ שבועה, הא יש רואה יביא עדים ויפטר[436]. וסבירא לן כוותיה. אלמא כיון שהוא במקום שיכול להביא ראיה אינו נאמן הכא נמי הואיל ורגילין עכשו לישבע בבית הכנסת אין נאמן לומר נשבעתי[437].

אם ננקוט שמקור דברי הרמ״א הם במרדכי, נמצא שאף שהרמ״א כתב שלא ראה שנוהגים להישבע בפני עשרה, סו״ס המנהג להישבע בבית הכנסת בפני רבים, אמנם המרדכי לא פירט האם הרבים הינם עשרה או די בפחות מכך וצ״ע.

אמנם מדברי הש״ך בס״ק פ״ז מוכח שסובר ששיטת הרמ״א היא שנשבעו רק בפני השמש או העדים:

נראה דאם אמר שנשבע לפני השמש או העדים ומתו או הלכו למדינת הים שנאמן...[438].

נאמנתו של המחוייב שבועה לומר שנשבע בפני העדים או השמש, מלמדת שאין צורך שיהיו עוד אנשים מלבדם בשעת השבועה, ויתכן שמקום השבועה הוא בבית הכנסת כיון שיש בו ס״ת, וכנ״ל בדברי תשובת המהרי״ל (לעיל אות ג׳).

---

435 ובמרדכי, שבועות סו״ס תשנ״ח כתב בשם המהר״ם מרוטנבורג: ״וכן תיקנו הגאונים שלא לישבע בס״ת אלא חזן נוטל ס״ת ומחרים באורור...״.

436 פירוש, שומר יכול לפטור עצמו מתשלום רק אם אין מעשה הגנבה היה במקום בו ׳אין רואה׳, אבל אם הגנבה אירעה במקום בו יש אנשים רבים, אינו יכול לפטור עצמו בשבועה, אלא מוטל עליו להביא שני עדים כראיה לדבריו. ועיין עמ׳ 52.

437 וכך כתב גם הרדב״ז בחלק ג׳ אלף רכז [תרב] בסופו.

438 ועיין בנתיבות ביאורים ס״ק י״ד. ועפי״ז מקור דברי הרמ״א אינם במרדכי. ועיין במאמרו של של הרב משה שלום שור בקובץ בית אהרן וישראל שנה טו גליון ב (פז) עמ׳ כז אות יא-יב (ועי״ש באות טז, כ-כא) שדקדק מהגר״א ס״ק צ״ה, שהשבועה היא בפני ציבור ולא כשיטת הש״ך. ובשו״ת שמע שלמה חלק ד׳ חו״מ סימן ג׳ עמ׳ רנג ד״ה ״והלום״ כתב ששמש ועדים הם בתוספת לציבור.

יא. נראה, שהתקנה שלא להישבע כי אם להטיל ארור (כנ"ל אות ה'), והמנהג שלא להשביע בפני רבים כי אם בפני עדים או שמש, יסודו בדין הגמ' לגבי האלמנה (עיין עמ' 141). שחז"ל קבעו שתשבע מחוץ לבית דין עקב ריבוי הרמאויות. ועל פי דרך זו צעדו הגאונים שקבעו שלא להשביע בשם, ואף המנהג שלא להישבע בפני עשרה, יסודו באותה סיבה שלא רצו להחמיר את עונשו שעובר על חרם או על שבועה שהיתה ברבים, ועוד שהעונש על שבועה חל לא רק על הנשבע עצמו אלא נפרעים מכל העולם (שבועות לט.). אמנם החידוש בדברי הגאונים הוא גדול מהחידוש מדין האלמנה, כיון שבאלמנה מעיקרא מדובר על שבועה מדרבנן ואילו בסוגייתנו מדובר אפילו על שבועת התורה.

סיכום

יב. העולה מהאמור לעיל:

- הראשונים כתבו ששבועה היא ביום הכניסה או לפחות בפני בני עשרה (אות ב'-ג'), אולם הב"י והרמ"א כתבו שלא נהגו להשביע במנין (אות ד').
- תקנת הגאונים היא שלא להשביע אלא להטיל גזרת ארור בעשרה (רש"י אות ה')[439]. יש הסוברים שהטלת ארור בעשרה היא הלכה מהלכות חרמים (אות ו'), ויש הסוברים שיש להטיל ארור בעשרה כיון שאף שבועה היא בפני עשרה (אות ז'). ומדברי השו"ע עצמו נראה שלשון ארור היא עיקר לשון שבועה (אות ז').
- רש"י כתב שכיום ביטלו שבועת התורה ונשבעים בארור (אות ה') ואף השו"ע כתב שמשביעים בלשון ארור ולא נשבעים בשם, אבל יש מקום לומר שלשיטתו אין בכך ביטול שבועת התורה, כיון שגם שבועת התורה היא בלשון ארור (אות ח')[440].

[439] ועיין הערה 433. תקנה נוספת של הגאונים היא להטיל חרם על המשביע שמביא את הנתבע לידי שבועה – עיין רמב"ם פרק א' מהלכות טוען הלכה י"א, ועיין לקמן הערה 461 ובעמ' 52 ובהערה שם.

[440] ועיין הערה 433.

- השו״ע כתב שכיום ביטלו שבועה בשם, ונראה שזו דעתו להלכה, ומשביעים בארור אבל לא הזכיר שיש להטיל את הארור בעשרה (אות ח׳).
- הרמ״א כתב שהמנהג הוא להשביע בבית הכנסת[441] בפני השמש או העדים, ויש מקום להסתפק האם נשבעים בפניהם בלבד או בפניהם וגם בפני עשרה (אות ט׳-יא).

[441] עיין סיני כרך צא בעמ׳ רמה ואילך במאמרו של יעקב גלר לגבי שבועת ׳מורה יודאיקו״ שנהגה ברומניה, מחמת דרישת השלטונות שהיהודים ישבעו שבועה משפילה, ושבועה זו היתה בבית הכנסת באיומים ובקללות האמורות בתורה וכו׳, עי״ש.

האם יש מצוה להישבע שבועת אמת בבית דין

הקדמה

א. הגאונים תיקנו שלא להישבע בשם אלא בארור בלא הזכרת השם (עמ׳ 155) והטעם הוא מפני שרבו הרמאים, ומשבועת שקר נפרעים ממנו ומכל העולם כולו (שבועות לט.[442]). לקמן נדון האם אדם שיודע שהוא דובר אמת ובית דין חייבו אותו שבועה, ישבע שבועת אמת בבית דין או שלמרות שהוא יודע ששבועתו שבועת אמת, עדיף שימנע מלהישבע וישלם.

בשלשה מקרים קיימת שבועת התורה כדי להכריע בין שני בעלי דין, מודה במקצת, שומר, ונתבע שעד אחד העיד כנגדו (עיין לעיל עמ׳ 8׳). ויש לעיין האם במקרים אלו תורה ציותה על הנתבע להישבע ואם עבר ולא נשבע ישלם, או שתורה נתנה בפניו את הברירה או להישבע או לשלם[443].

הרמב״ם במנין המצוות (מ״ע ז׳) מנה את שבועת אמת כמצות עשה[444]. לקמן נדון בשיטתו (ומה היא המצוה – אות ז׳). לעומתו הרמב״ן (אות י׳) סובר שאין מצוה להישבע שבועת אמת, ושבועת אמת היא היתר שהתירה תורה להישבע בשמו של הקב״ה.

פסוקי התורה – ״ובשמו תשבע״ / מדרש תנחומא

ב. דברים פרק ו׳ פסוק י״ג:

אֶת ה׳ אֱלֹקֶיךָ תִּירָא וְאֹתוֹ תַעֲבֹד וּבִשְׁמוֹ תִּשָּׁבֵעַ.

---

[442] עיין הערה 433.

[443] ונראה שמדקדוק פסוקי התורה בדינם של הנשבעים לא ניתן לפשוט את הספק - עיין בהפניות בעמ׳ 3׳ ולקמן אות ב׳.

[444] אמנם, המקור ממנו הסיק הרמב״ם שקיימת מצוה להישבע, איננו מפורש באחת משלשת השבועות שבתורה, אלא בפסוק אחר – וכדלקמן.

דברים פרק י׳ פסוק כ׳:

אֶת ה׳ אֱלֹקֶיךָ תִּירָא אֹתוֹ תַעֲבֹד וּבוֹ תִדְבָּק וּבִשְׁמֹו תִּשָּׁבֵעַ׃

בשני הפסוקים, הפסוק פותח בציווי (יראה, עבודה דבקות), ולכן מסתבר שאף הסיום של הפסוק הוא ציווי נוסף - מצות השבועה.

אמנם, היראה וכו׳ הינם מצוות תמידיות, לעומת זאת השבועה אינה חיוב תמידי, ובכך היא חריגה משאר הציווים שבפסוקים, ולכן יש מקום להסתפק האם ׳ובשמו תשבע׳ הינו ציווי כמו שאר הציווים שבפסוק, רק שחלותו היא במקרים מיוחדים (כאשר חוייב שבועה בבית דין כשיטת הרמב״ם באות ז׳[445]) או שכיון שברור שהשבועה הינה שונה משאר ציווי הפסוק, יש לפרש שהשבועה איננה מצוה אלא רשות (שיטת הרמב״ן באות י׳), ויש צורך לבאר מדוע הוזכרה שבועת רשות בפסוקים אלו שעוסקים בחיובים.

ג. מדרש תנחומא, תחילת פש׳ מטות[446]:

> אמר להם הקב״ה לישראל הוו זהירין בנדרים ואל תפרצו בהן, שכל הפורץ בהם סופו למעול בשבועות. והמועל בשבועות כופר בו בהקב״ה ואין לו מחילה בעולם שנאמר (שמות כ) כי לא ינקה ה׳ וגו׳, וכתוב אחד אומר (ירמיה ד) ונשבעת חי ה׳[447] וגו׳.

---

[445] עי״ש שנחלקו בביאור שיטתו, האם חובה להישבע ולא לשלם (ספר החינוך) או שמותר לו לשלם אלא שאם רוצה להישבע מצוה עליו להישבע בשמו של הקב״ה (מנחת קנאות). ונראה שהדעה הראשונה סוברת שחובה עליו להישבע כשם שחובה עליו ליראה ולעבוד ולדבוק בקב״ה, ואילו הדעה השניה סוברת שכיון ששבועה איננה כיראה שהרי אין היא מצוה תמידית, ניתן לפרש שאין הכרח להישבע, ורק אם רוצה להישבע חלה עליו המצוה להישבע בשמו של הקב״ה.

[446] ומדרש רבה כאן, הובאו דבריהם בקצרה ברש״י וברמב״ן על הפסוק בדברים בפרק ו׳ פס׳ י״ג.

[447] ירמיהו פרק ד׳ פסוק ב׳: ״וְנִשְׁבַּעְתָּ חַי ה׳ בֶּאֱמֶת בְּמִשְׁפָּט וּבְצִדָקָה וְהִתְבָּרְכוּ בוֹ גוֹיִם וּבוֹ יִתְהַלָּלוּ״ (ועיין רש״י ורד״ק שם, ומדברי הרד״ק נראה שמדובר על שבועת הדיינים).

אמר להם הקב״ה לישראל לא תהיו סבורין שהותר להשבע בשמי אפילו באמת, אין אתם רשאים להשבע בשמי אלא אם יש בכם כל המדות האלו[448] שנאמר (דברים י) את ה׳ אלקיך תירא ואותו תעבד ובו תדבק, ושתהיו באותן שלשה שנקראו יראי אלקים ואלו הן אברהם איוב ויוסף[449].

מלשון המדרש נראה לכאורה שאין מצוה להישבע שהרי המדרש אומר שמותר וקיימת רשות להישבע בשמו של הקב״ה, אם יש בנשבע את המידות של יראה, עבודה ודבקות שנאמרו בפסוקים בדברים בפרק י׳. משמע, שמדובר רק על היתר ורשות ולא על מצוה. אבל מי שאינו בעל המידות הנ״ל קיים עליו איסור להישבע. ודברי המדרש הם אחת ההוכחות של הרמב״ן בהשגותיו לספר המצוות של הרמב״ם מ״ע ז׳ (ובפירושו לתורה, דברים ו׳, יג) שאין מצוה של שבועה.

אולם, הכסף משנה בהשגותיו על ספר המצוות הקצר של הרמב״ם שבמ״ע ז׳ כתב בביאור שיטת הרמב״ם (שסובר שקיימת מצוה להישבע):

יראי אלקים מצוה להם לישבע ולשאר כל אדם אסור.

אמנם, דבריו לכאורה אינם מדוייקים בלשון המדרש, שהרי המדרש דן על רשות והיתר ולא על מצוה, וכנ״ל[450].

ונראה, שהכס״מ סובר שמי שאינו ירא אלוקים חל עליו איסור, ולעומתו ירא

---

448 שאם יש לאדם את כל המידות הללו ״מתוך שאתה ירא את שמו תהיה זהיר בשבועתך״ (רש״י דברים ו׳, י״ג).

449 אם כוונת המדרש שיש להיות במדרגת יראי אלוקים כמו אברהם איוב ויוסף כדי להישבע, א״כ בטלה לגמרי תורת שבועה, שהרי הם אנשי מעלה יחידים. ואין לומר שכוונת המדרש שאין לאדם להישבע שבועת ביטוי (שיאכל או לא יאכל) רק אם הוא בדרגה גבוהה כזו, אבל שבועת הדיינים (שומרים וכו׳) מסורה לכל אדם, שהרי הגמ׳ בתמורה דף ג: מביאה את הפסוק ״ובשמו תשבע״ גם בקשר לשבות הדיינים. וכן הרמב״ן בהשגותיו על ספר המצוות מ״ע ז׳ והכס״מ בהשגתו על סהמ״צ הקצר מ״ע ז׳ דנים על שבועת הדיינים ומביאים את הפסוק ״ובשמו תשבע״. ומוכח ששיטתם היא שהמדרש דן (גם) על שבועת הדיינים. ולדבריהם יש לומר שהמדרש מציין את שלשת האישים הללו, ומי שדבק במידותיהם, אף שאינו ממש בדרגתם, אף הוא מותר לו להישבע, וצ״ע. ועיין אות ד׳.

450 ואף שלשון המדרש בדברי הכס״מ איננה ממש כלשון המדרש שהובא בפנים, אף הוא כתב בשם המדרש: ״שהותר להם להשבע״ (ולשונו קרוב יותר ללשון המדרש רבה בתחלת פש׳ מטות).

אלוקים מותר לו להישבע, וכיון שמותר לו, ממילא חלה עליו המצוה, אמנם לשון המדרש עדין צריכה ישוב לשיטתו, וצ״ע.

ד. על פי דברי המדרש, מי שאין בו את המעלות של יראה, עבודה ודבקות, אין לו להישבע, ואם יש בו את המעלות הללו, יש מקום להסתפק האם יש לו רשות להישבע או מצוה עליו להישבע.

ויש לעיין, שמי שאינו במדרגות הללו, ויתבעו אותו בבית דין (כיון שהודה במקצת, או עד אחד העיד כנגדו, או שטען טענת גניבה בחפץ הפקדון) לא יוכל להישבע ויתחייב לשלם, ועוד שאנשים שאינם הגונים ינצלו מצב זהו ויתבעו אותו מתוך ידיעה שהוא לא ישבע[451] ?

יתכן להציע, שהמעלות של יראה, עבודה ודבקות אינן מידת חסידות אלא דרישה מכל אדם, וכיון שכך, מי שאינו עומד בדרישות של התורה, אינו יכול לבוא בטענות אם אין לו רשות להישבע שבועה בשמו של הקב״ה שהוא נותן התורה.

ויש לעיין על פי דברי המדרש, האם מי שאסור לו להישבע כיון שאינו בכל המידות שציין המדרש, האם הוא כמי שחשוד על השבועה[452], שהדין הוא שכנגדו נשבע ונוטל (שבועות מא.), וצ״ע.

<u>סוגיית הגמ׳ במסכת תמורה – האם מי שנשבע שבועת התורה יתחייב מלקות</u>

ה. הגמ׳ בתמורה דף ג: מבארת שמי שמקלל את חבירו בשם חייב מלקות. וחיוב המלקות נלמד מהפסוק בדברים פרק כ״ח פס׳ נ״ח – נ״ט:

[451] אמנם קיימים מקרים בהם הנתבע יכול להפוך את השבועה על התובע, ואנשים שאינם הגונים יחששו מכך ולא יתבעו.

[452] וכדברי רש״י בהערה 448 שהחשש הוא שמי שאין בו את המידות שנאמרו בפסוק ישבע לשקר.

אִם לֹא תִשְׁמֹר לַעֲשׂוֹת אֶת כָּל דִּבְרֵי הַתּוֹרָה הַזֹּאת הַכְּתוּבִים בַּסֵּפֶר הַזֶּה לְיִרְאָה אֶת הַשֵּׁם הַנִּכְבָּד וְהַנּוֹרָא הַזֶּה אֵת ה' אֱלֹקֶיךָ : וְהִפְלָא[453] ה' אֶת מַכֹּתְךָ...

כלומר, מי שמזכיר את שמו של הקב"ה ומקלל בו את חבירו, אינו ירא את השם הנכבד. והגמ' מקשה שלכאורה גם מי שנשבע בשמו של הקב"ה אפילו שבועת אמת יחשב כמי שעובר על האיסור של יראת השם ומתרצת הגמ':

בהדיא כתיב (שמות כ"ב), 'שבועת ה' תהיה בין שניהם'[454].

ו. בהמשך הסוגיא מקשה הגמ':

אימר, הני מילי לפייס את חבירו, אבל מילקא לילקי.

על פי שיטת רש"י (עיין הרחבת שיטתו לקמן באות ז'), הגמ' מקשה שמא השומר נשבע כדי לפייס את חבירו ולפטור עצמו מחיוב ממון[455], אבל אע"פ כן השומר ילקה כיון שנשבע בשמו של הקב"ה[456], ומיישבת הגמ':

לא מצית אמרת דהכתיב 'ובשמו תשבע' (רש"י: דשבועת אמת שרי למעבד)[457].

---

[453] והפלאה היינו מלקות, עי"ש בסוגיא.

[454] הפסוק שנאמר בגמ', הינו ביחס לשומרים ומסתבר שהגמ' נקטה אחד מהפסוקים שנאמרה בהם שבועה של תורה והוא הדין לשאר שבועות.

[455] שומר נשבע כדי לפייס את המפקיד ולומר לו שעשה מלאכתו כהוגן ושמר כדינו ונשבע כדי שבעל הבית ידע שכך היה באמת. ולכאורה תירוץ זה תקף רק בשומרים אבל במודה במקצת ונשבע כנגד עדות עד אחד, אין צורך לפייס את בעל החפץ, והשבועה היא דין תורה שאינו נובע מפיוס, ולכן סוגייתנו דנה רק על שומרים (ועיין הערה 456). ושמא יש לפרש שמטרת השבועה לפייס את התובע ולהראות לו שבית דין עשה כל שביכולתו לברר את האמת, וצ"ע.

[456] יש לעיין מה היא הסברא של הקושיא שאדם יקיים את האמור בתורה "שבועת ה' תהיה בין שניהם" ואע"פ ילקה מחמת שעבר על האיסור של יראת השם ? ונראה, שהגמ' (בשלב זה, לפחות) סוברת ששבועתו של השומר איננה מצוה אלא מותר לו להישבע כיון שהגיע למצב בו הוא צריך לפייס את בעל הבית, אולם עליו ללקות על שהביא עצמו למצב זה וכפי שכתב רש"י בסוגייתנו: "אבל מילקא לילקי הואיל ומביא עצמו לידי שבועה"), ועדיין צ"ע.

[457] ובהמשך הסוגיא מקשה הגמ' שהפסוק "בו תשבע" יש ללמוד ממנו הלכה אחרת (היתר שבועה לקיים את המצוה) ומיישבת הגמ' ש"בו תשבע" נאמר פעמיים, עי"ש.

בניגוד לרש"י, שיטת הרמב"ן בהשגותיו לספר המצוות על הרמב"ם מ"ע ז', שהגמ' מעולם לא העלתה על דעתה שהשומר שלגביו נאמר "שבועת ה' תהיה בין שניהם", ישבע וילקה (שכיון שאמרה תורה ששומר ישבע, ממילא הכרחי שלא ילקה). קושיית הגמ' 'אימר..." הינה ביחס לחיוב מלקות למי שנשבע שבועת ביטוי (שאיננה בבית דין אלא אדם נשבע מעצמו שיאכל או לא יאכל וכדו'), ועל כך השיבה הגמ' שכיון שנאמר "ובשמו תשבע" מוכח שמי שנשבע שבועת הרשות אינו לוקה[458]. ולשיטתו הפסוק "ובשמו תשבע" אינו מתייחס לשבועת הדיינים אלא להתיר שבועת ביטוי (אמנם אף לשיטתו מפסוק זה למדים שהשבועה היא אל ה' לבדו ואסור לשתף בשבועה דבר אחר, וכך הדבר הן בשבועת ביטוי והן בשבועת הדיינים).

ז. על פי שיטת רש"י בסוגיא (אות ו'), יש לעיין מה התחדש בתירוץ הגמ' "בו תשבע". והרי מעיקרא הגמ' הביאה את הפסוק "שבועת ה' תהיה בין שניהם" ואע"פ כן סברא הגמ' שישבע וילקה, ומה התחדש בפסוק "ובשמו תשבע" שמלמד שהנשבע לא ילקה, והרי ההיתר להישבע נלמד כבר מהפסוק "שבועת ה' תהיה בין שניהם" ואין בפסוק "בו תשבע" תוספת המלמדת על פטור מאיסור שבועה שלא היה ידוע מקודם.

יתכן להציע שהפסוק "שבועת ה'..." הוא תיאור מצב, והיינו אם השומר נשבע, הוא פטור מלשלם, אבל אין בפסוק הוכחה שהנשבע יהיה פטור ממלקות על כך שעבר על איסור יראת השם, ועל כך בא הפסוק "ובשמו תשבע" שיש בו היתר מפורש להישבע בשמו של הקב"ה.

---

[458] עיין מגלת אסתר על ספר המצוות לרמב"ם מ"ע ז', שציין לחילופי גירסאות בסוגיא. וציין שחילופי גירסאות אלו נאמרו בילקוט שמעוני פש' ואתחנן אות תתמד כשתי לישנות: "... אימא אפילו שבועת אמת, שבועת אמת בהדיא כתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם, אימא הני מילי לפייס את חברו אבל אשבועה (אפילו) מילקי לילקי, ההוא לא מצית אמרת דכתיב ובשמו תשבע... (כשיטת רש"י הנ"ל). לשון אחר, ובו תדבק ובשמו תשבע דאמר רחמנא למה לי, אם אינו ענין לשבועת הדיינין דהא נפקא ליה משבועת ה' תהיה בין שניהם תנהו ענין לשבועה דעלמא דשריא, ואם אינו ענין לשבועה דמצוה דהא נפקא ליה (מובו תדבק), [ובשמו תשבע] תנהו לענין שבועה דחולין דשרי".

אולם, המגלת אסתר על ספר המצוות לרמב"ם מ"ע ז', ביאר את תירוץ הגמ' "ובשמו תשבע" באופן אחר:

> והשיב שזה אי אפשר[459], דהא כתיב 'ובשמו תשבע'. פירוש וממשמעו הוא שמצוה להשבע בעת הצורך א"כ מאחר שהיא מצוה אינו לוקה עליה ואין לפרש שכשמשיב הא כתיב ובשמו תשבע שרצונו שיהא מותר בלבד שא"כ הדרא קושיא לדוכתא...

כלומר, לשיטת רש"י השבועה היא היתר ואיננה מצוה (אות ו') אולם למגלת אסתר, שבועה בבית דין איננה רק היתר אלא מצוה, והמגלת אסתר סובר שסוגייתנו היא מקור דברי הרמב"ם בספר המצוות מ"ע ז' שיש מצות עשה להישבע בשם[460], וכדלקמן.

שִׁיטַת הרמב"ם – מִצְוָה לְהִישָּׁבַע (מַה הִיא הַמִּצְוָה) / שִׁיטַת הרמב"ן / שִׁיטַת הַשו"ע

ח. ספר המצוות לרמב"ם, מצות עשה ז':

> שצונו להשבע בשמו יתעלה כשנצטרך לקיים דבר מן הדברים או להכחישו כי בזה הגדולה לשם יתע' וכבוד ועילוי והוא אמרו (ואתחנן ו עקב י) 'ובשמו תשבע'. ובבאור אמרו (עיין שבועות לה ב) אמרה תורה השבע בשמו ואמרה תורה אל תשבע.
> רוצה לומר כי כמו השבועה שאינה צריכה אתה מוזהר ממנה והיא מצות לא תעשה, כן השבועה בעת הצורך מצווה בה והיא מצות עשה[461].... רוצה לומר כי לו לבד תאמין האמת שראוי שישבע בו[462]...

---

459 פירוש, אי אפשר שישבע וילקה.

460 עיין לקמן בדברי החת"ס בעמ' 52.

461 עיין לקמן בשיטות השונות בביאור ה"מצוה" שבדברי הרמב"ם. ולכאורה הרמב"ם בפרק יא מהלכות שבועות הלכה י"ט (ובעקבותיו השו"ע בחו"מ סימן פ"ז סעיף כ"א – עיין לקמן עמ' 52) סותר את עצמו שכתב: "צריכין הדיינין לפצור בבעלי דינין אולי יחזרו בהן עד שלא תהיה שם שבועה כלל". ועל פי דברי הרמב"ם שקיימת מצוה להישבע מדוע בית דין יפצירו למנוע את השבועה ? ונראה, שמצידו של הנתבע אכן יש עליו מצוה, אבל בית דין שאינם יודעים האם הוא ישבע שבועת אמת או שבועת שקר, צריכין לנסות למנוע את השבועה משום ספק שבועת שקר (עיין גר"א חו"מ שם שכתב "מפני ספק עונש שבועה").
ועל פי דברינו נוכל לבאר שדברי השו"ע בחו"מ סימן י"ב סעיף ב', שאף אחר שהוטל חיוב שבועה על אחד

המצוה להישבע "כשנצרך לקיים דבר מן הדברים" היא במקרה בו אדם טוען טענה בבית דין ובית דין מחייבים אותו להישבע אחת משבועות התורה[463]. ויש לעיין האם זו מצוה חיובית שחובה על אדם להישבע ואסור לו לשלם ולהיפטר מן השבועה או שמותר לו לשלם[464] אבל אם ירצה לאמת דבריו קיימת עליו מצוה לאמת את דבריו באמצעות שבועה[465]. ובספר החינוך מצוה תלה כתב:

> מצוה על כל הצריך לישבע שישבע בשם השם... ...ועובר על זה ולא רצה להשבע בשמו לעת הצורך, ביטל עשה זה לדעת הרמב"ם ז"ל[466].

כלומר, על פי שיטת החינוך בביאור דברי הרמב"ם, מי שנמנע ואינו נשבע שבועת אמת ומוכן לשלם ולא להישבע, ביטל מצות עשה של "ובשמו תשבע". אולם בקנאת סופרים על ספר המצוות מ"ע ז' חלק על שיטתו:

הצדדים, רשאי לבית דין לפשר כדי למנוע את השבועה (ואכמ"ל האם בית דין צריכין את הסכמת הדיינין לפשרה זו), אינם מהווים סתירה לרמב"ם, כיון שאף שיש מצוה להישבע, בית דין חוששים שמא לפניהם שבועת שקר, וכנ"ל (וכ"ש אחר תקנת הגאונים).

אולם, יש לעיין מדברי הרמב"ם בפרק א' מהלכות טוען ונטען הלכה י"א: "הורו רבותי שכל מי שנתחייב שבועה... יש לו להחרים סתם קודם שישבע על כל מי שיטעון עלי דבר שאיני חייב בו כדי שישביע אותי בחינם ויענה המשביע אמן ואח"כ ישבע זה. ותקנה טובה היא לבעלי דינין כדי שימנעו מטענות השקר ולא יגרמו להוציא שם שמים לבטלה ולא ישיאו שמע שוא". ועל פי שיטת הרמב"ם שקיימת מצוה להישבע מדוע להחרים על התובע, והרי לנתבע עדיף להישבע כדי לקיים את מצוותו. ויתכן לומר, שאף שלנתבע עצמו קיימת מצוה, התובע שמביא את הנתבע לידי שבועה נוהג שלא כהוגן ולכן יש להפריש את התובע עצמו מלהביא את חבירו הנתבע לידי שבועה, ומבחינתו של התובע יש כאן הוצאת ש"ש לבטלה. ועוד שעל פי שיטת חלק מהראשונים, אם הנתבע נשבע שבועת אמת חל עונש על המשביע שהביא אותו לידי שבועת שוא (שהרי הוא עצמו תבע תביעת שקר - עיין ר"ח שבועות דף מז:, ולקמן עמ' 52 ואילך).

[462] עיין בהמשך דבריו, שמהפסוק "ובו תשבע" למדים גם שנשבעים לקיים את המצוה, כמבואר בתמורה ג:.

[463] יש לעיין האם במקרה בו הוטלה על אדם שבועה מדרבנן, ג"כ יש לו את המצוה להישבע בשמו של הקב"ה, שהרי הרמב"ם נקט שכאשר אדם צריך לקיים את דבריו מצוה להישבע, ויתכן שאף אם הצורך נובע מחמת דרישת חכמים ג"כ הרי הוא בכלל מצות התורה לאמת דבריו באמצעות שבועה, וצ"ע.
ונראה, שלמרות שהרמב"ם אינו מדבר במפורש על שבועת בית דין, שכיון שהוא דן על מקרה בו אדם צריך לאמת את דבריו הרי שכוונתו לשבועת בית דין.

[464] עיין עמ' 52, שמי שיכול להתחמק משבועה מבית דין ע"י כפירה בכל והודאה מחוץ לבית דין, אסור לו להתחמק משבועה, וע"פ הרמב"ם נוסף בזה הטעם של מצות השבועה.

[465] מעין המצוה שקיימת בגרושי אשה, שיש מקום לומר שהמצוה היא, שאם אדם הגיע למצב בו הוא מגרש את אשתו בביתו, הוא מצווה לגרש אותה עם גט פיטורין.

[466] ובמנחת חינוך כתב על דבריו שהם חידוש גדול.

ואני בעניי נפלאתי הפלא ופלא על תכונת הרבנים המובהקים דלעיל בכונת הרב ז״ל דמאין יצא להם ליחס את הרב כי הך סברא דעיקרא של מ״ע דבשמו תשבע על השבועה עצמה הוא דאתא באופן שאם נתחייב שבועה בבית דין ולא ירצה הוא לישבע אף על דבר אמת ובחר לשלם כעבריין על מ״ע יחשב, דהא ודאי סברא זרה היא מאד לא יכילנה הרעיון והלא תנן בר״פ המפקיד שילם ולא רצה לישבע וכו׳ דמדקתני ולא רצה משמע ודאי אפילו על דבר אמת הרשות בידו לשלם ולא לישבע.

והמצוה שמנה הרב ז״ל לישבע בשמו היינו שאם רצונו לישבע תהא השבועה בשמו לבד ולא בשם זולתו... לעולם השבועה עצמה רשות היא ולא החיוב אלא על איכות השבועה שאם רצונו לישבע בעת הצורך חייב הוא לישבע[467]...

המנחת קנאות לא ביאר מדוע שיטתו של ספר החינוך כל כך תמוהה ״ולא יכילנה הרעיון״. והרי הרמב״ם כתב במפורש שקיימת מצוה להישבע בעת הצורך ויש בכך משום עלוי וכבוד (ועיין בלשונו ביד החזקה [לקמן אות יג] ששבועת אמת היא מדרכי עבודת ה׳ והידור וקדוש וכו׳), ומדוע לא נוכל לומר שזו מצוה ככל המצוות שיש לקיימה, והנמנע מלקיימה מבטל מצות עשה[468] ?

נראה שכשם שמותר לאדם לוותר על ממונו, ותורה לא חייבה אדם להימנע מלתת את ממונו לאחרים וכשם שבמקרה בו אדם תובע את חבירו והנתבע יכול להביא עדים שיוכיחו את דבריו, והוא אינו מתאמץ להביאם ומשלם, אינו עושה כל עוולה. כך גם במקרה של תביעה ממונית שיש לאדם אפשרות לפטור את עצמו בשבועה, אין חובה על האדם לפטור את עצמו מתשלום והוא יכול לבחור לשלם ולא להישבע. ולכן, סובר המנחת קנאות שמצות השבועה על פי הרמב״ם איננה כשיטת ספר החינוך הנ״ל, אלא שאם אדם בחר להישבע, יש עליו מצוה להישבע

[467] עי״ש שכתב שכך כתב הסמ״ג במ״ע קכ״ג והסמ״ק במ״ע קכ״ג. ועיין בהערות הרב קפאח לספר המצוות ובלב שמח. ועיין הערה 445.

[468] היה מקום לומר, שהמנחת קנאות חושש לשיטות הסוברות שאף שבועת אמת יש בה עונש על הנשבע. עיין לקמן עמ׳ 52 ואילך ולפיכך ברור לו שלא יתכן שמי שאינו נשבע מבטל מ״ע, אולם המנחת קנאות אינו מזכיר שיטה זו.

בשמו של הקב״ה.

ט. מדברי הכסף משנה בפירושו על ספר המצוות הקצר מ״ע ז׳ (לעיל אות ג׳), אין הוכחה חתוכה האם הוא סובר כספר החינוך או כמנחת קנאות, אבל לשיטתו נראה שהרמב״ם סובר כשיטת התנחומא (לעיל אות ג׳) והמצוה להישבע הינה על מי שהוא בעל יראת שמים עובד ה׳ ודבק בו. אולם לכאורה תמוה לומר שזו היא שיטת הרמב״ם שהרי הרמב״ם לא חילק בין סוגי אנשים, וקצ״ע.

י. ראב״ד, השגות על ספר המצוות הקצר מ״ע ז׳:

זו[469] אינה מן המנין שלא בא[470] אלא להזהיר שלא ישבע באל אחר.
ואולי על זה אמר דלאו הבא מכלל עשה עשה.[471]

אליבא דהראב״ד כוונת הרמב״ם איננה כמנחת קנאות ובודאי לא כספר החינוך, אלא שהתורה אוסרת שלא להישבע באל אחר, והאיסור נובע מלשון התורה ״ובשמו תשבע״ (שמשמעותו שלא להישבע באל אחר), וכיון שהתורה לא כתבה בלשון לאו אלא בלשון חיובית, מי שנשבע בהשם ולא באל זר, מקיים עשה של אי שבועה באל אחר.

הרמב״ן, בהשגותיו על ספר המצוות של הרמב״ם חולק על הרמב״ם (שסובר שיש מצוה להישבע) ושיטתו שלו היא, שהפסוק ״ובשמו תשבע״ בא לתת עשה על לא תעשה. והיינו שקיים לאו שלא להישבע בשם ע״ז ומי שנמנע מלהישבע בשם ע״ז נשמר מלא תעשה ומקיים עשה (ולמרות שיש עשה, אין למנות עשה זה במנין המצוות, אלא רק את הלאו[472]), אולם הרמב״ן מדגיש שמי שנשבע אינו מקיים מצות עשה של שבועה כי עצם השבועה היא רשות:

---

469 זו – המצוה להישבע אינה ממנין המצוות.
470 ״שלא בא״ – שלא בא הכתוב ״ובשמו תשבע״.
471 בתחילת דבריו הראב״ד חלק על הרמב״ם, ומכאן ואילך הסבר לשיטת הרמב״ם. ועיין בכס״מ שם.
472 עי״ש בדבריו ובספר החינוך מצוה תל״ה שהביא את דבריו בקיצור.

והמתבאר מזה שאין השבועה בשמו בעת הצורך חובה ומצות עשה, אבל רשות היא בידינו עם תנאים רבים והכתוב הזה אינו מצוה אלא רשות, שלא כדברי הרב.

יא. על פי האמור, נראה שהצעת הראב"ד (בלשון "אולי") לביאור דברי הרמב"ם, היא גופא הצעתו של הרמב"ן לחלוק על הרמב"ם. וברור שהרמב"ן לא ביאר את דברי הרמב"ם כהצעת הראב"ד. אולם אף לדברינו קיים חילוק בין הראב"ד לרמב"ן, כיון שהראב"ד מבאר ש"ובשמו תשבע" הוא לאו הבא מכלל עשה ונמנה במנין המצוות על פי שיטת הרמב"ם, ואילו הרמב"ן, סובר שאף שהוא לאו הבא מכלל עשה אין למנותו במנין המצוות[473].

יב. העולה מהאמור לעיל שקיימות מספר שיטות בביאור דברי הרמב"ם בספר המצוות שכתב שקיימת מצות עשה להישבע בשעת הצורך (בבית דין):

- חובה להישבע, ומי שאינו נשבע מבטל מצות עשה (ספר החינוך – אות ח').
- אין חובה להישבע, אבל אם נשבע יש עליו חיוב עשה להישבע בשמו של הקב"ה (מנחת קנאות – אות ח').
- קיים איסור להשבע בשם אל אחר, ומי שנשבע בשם ה', נשמר מלא תעשה ומקיים עשה (ראב"ד אות י').
- המצוה חלה רק על מי שהוא ירא ועובד ה', (כסף משנה – אות ט').

יג. רמב"ם פרק י"א משבועות הלכה א'- ב':

[473] עיין שד"ח, כללים, מערכת הלמ"ד, כלל י' (כרך ד' עמ' 38 טור ב' במהד' הרגילות) שדן האם יש למנות לאו הבא מכלל עשה במנין המצוות, וציין לדברי הרמב"ן כאן שאין למנות לאו הבא מכלל עשה במנין מצוות עשה. וכתב שם שהרמב"ם שמנה את מצות "ובשמו תשבע" סובר שיש למנות לאו הבא מכלל עשה במנין המצוות. אמנם אף שהראב"ד ביאר שכך היא שיטת הרמב"ם, מדברי ספר החינוך והמנחת קנאות (לעיל אות ח'), נראה שהם סוברים ששיטת הרמב"ם היא ש"ובשמו תשבע" היא מצות עשה 'גמורה' ולא לאו הבא מכלל עשה.

> כשם ששבועת שוא ושקר בלא תעשה, כך מצות עשה שישבע מי שנתחייב שבועה בבית דין בשם שנאמר ובשמו תשבע זו מצות עשה, שהשבועה בשמו הגדול והקדוש מדרכי העבודה היא והדור וקדוש גדול הוא להשבע בשמו. ואסור להשבע בדבר אחר עם שמו, וכל המשתף דבר אחר עם שם הקדוש ברוך הוא בשבועה נעקר מן העולם, שאין שם מי שראוי לחלוק לו כבוד שנשבעין בשמו אלא האחד ברוך הוא[474].

לשונו של הרמב"ם ביד החזקה, מתיישבת עם שיטת ספר החינוך (אות ח'), ואף עם שיטתו של בעל המנחת קנאות (אות ח'). אולם שיטת הראב"ד (אות י') לכאורה אינה מתיישבת עם לשון הרמב"ם[475] ואף שיטת הכסף משנה (אות ט')אינה מוכחת מלשונו של הרמב"ם כיון שהרמב"ם לא סייג את המצוה לירא ה', וצ"ע[476].

סיכום

יג. העולה מהאמור לעיל:

- לשיטת רש"י, מותר להישבע בבית דין אבל אין מצוה להישבע (אות ו').
- שיטת הרמב"ן היא שאין מצוה להישבע שבועת אמת, ושבועת אמת בשם ה' היא רשות (אות י').
- שיטת הרמב"ם שקיימת מצוה להישבע בעת הצורך בבית דין ונחלקו

---

[474] רדב"ז שם הלכה א': "כשם ששבועת שקר ושוא בלא תעשה וכו'. בפרק זה מבאר רבינו דיני שבועת הדיינין, ולפי שאם נתחייב אדם שבועה יפרוש מפני חומר השבועה לכך הקדים שכשם שמצווה על שבועת שוא ושקר כן הוא מצווה לישבע בשמו באמת שהידור וקידוש גדול הוא להשבע באמת בשמו". ולכאורה מדברי הרדב"ז מוכח שלא כשיטת ספר החינוך, שאילו היה סובר כשיטתו היה מדגיש שמי שאינו נשבע מבטל עשה, אולם אין זו ראיה גמורה.
ובעיקר דברי הרמב"ם נראה לבאר, ששבועת אמת הינה מדרכי עבודת ה' כיון שהנשבע חולק כבוד לקב"ה, שאומר שדבריו אמת כפי שמציאות ה' היא אמת, ונמצא שעצם השבועה היא עבודת ה'.

[475] שהרי הרמב"ם כתב שזו מצות עשה, ולא כתב שזה הוא לאו הבא מכלל עשה.

[476] עיין בדברינו באות יג לקמן. ויתכן להציע שכיון ששבועה מקדשת את שמו של הקב"ה בעולם, קידוש השם יהיה רק אם הנשבע הוא אדם ירא אלוקים וכו', אבל אם הוא אינו כזה, שבועתו לא תהיה קידוש השם אלא חילול שמו, שיאמרו הבריות שאם פלוני שהוא אדם קל נשבע בשמו של השם, א"כ מציאות השם אינה מתקדשת בעולם, שהרי כל דבריו והליכותיו של זה, אינם מרבים כבוד שמים בעולם אולם סו"ס הרמב"ם לא חילק במפורש בין ירא ה' לאחרים.

המפרשים בביאור שיטתו – כנ"ל אות יב.

- עיין בעמ' הבא ואילך בביאור השיטות הסוברות שיש להימנע מלהישבע אפילו שבועת אמת, ובראיה מסוגיית הגמ' במסכת שבועות.

<u>הַאִם מֻוּטָל עַל אָדָם לְהִימָּנַע מִלְּהִישָּׁבַע שְׁבוּעַת אֱמֶת</u>

<u>הקדמה</u>

א. לשיטת הרמב"ם, קיימת מצוה להישבע שבועה אמת (לעיל עמ' 172), ולשיטת הרמב"ן השבועה היא רשות (עיין בסיכום בעמ' הקודם). כפי שניווכח לקמן, יש הנמנעים להישבע אפילו שבועת אמת[477], וכדברי הר"ן בשבועות בדף כה: מדפיו:

> דהא איכא אינשי דפרשי משבועה ואפילו בקושטא לא בעי לאשתבועי[478].

ויש לעיין האם הרמב"ם והרמב"ן יסכימו עם הנהגתם, והאם יש לשיטתם בסיס בגמ' ובראשונים.

<u>סוּרוּ נָא מֵעַל אָהֳלֵי הָאֲנָשִׁים הָרְשָׁעִים</u>

ב. גמרא מסכת דף שבועות דף לט: :

> אם אמר איני נשבע, פוטרין אותו מיד, ואם אמר הריני נשבע, העומדים שם אומרים זה לזה, 'סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים האלה'.

---

[477] עיין גיטין דף לה. במעשה של האדם שהפקיד דינר זהב אצל אלמנה. ולגבי בית דין, עיין בדברינו לעיל בהערה 461, שהם עצמם ינסו למנוע את השבועה, כיון שהם אינם יודעים האם מדובר בשבועת אמת או בשבועת שקר.

[478] הובאו דבריו בשו"ת חת"ס חו"מ סוף סימן צ'. אמנם החת"ס לא הביא את דבריו מילה במילה אלא כתב בשמו: "כי כן דרכן של בני ישראל להפסיד ממון עצמם ולעשות כל טצדקי שלא לשבע אפילו באמת". וקצ"ע שהרי הר"ן כתב "איכא אינשי" ואילו החת"ס כתב "דרכן של בני ישראל", ועיין בשיטת החת"ס באות י'.

בשלמא ההוא דקא משתבע קאי באיסורא, אלא ההוא דקא משבע ליה אמאי, כדתניא, ר״ש בן טרפון אומר ׳שבועת ה׳ תהיה בין שניהם׳, מלמד שחלה שבועה על שניהם (רש״י: ששניהן נענשין בה, שלא דקדק למסור ממונו ביד נאמן ובאו לידי חילול השם).

מדברי רש״י נראה שמדובר על שומר שמסר את ממונו לשמירה ביד אדם שאינו נאמן, והשומר טען טענת פטור שהוא חייב להישבע עליה (כגון, אונס) ויתכן שהשומר ישבע שבועת אמת, ויתכן שישבע שבועת שקר.

אם השומר ישבע שבועת שקר, קיימת טענה על המפקיד שמסר את רכושו לשמירה ביד אדם שאינו נאמן שנשבע לשקר, ולכן אף המפקיד נענש. אבל אם השומר נשבע שבועת אמת (ונמצא שהוא נוהג כהוגן), שמו של הקב״ה לא התחלל, וא״כ אין טענה כלפי המפקיד. או שאף במקרה זה סובר רש״י שהתחלל שמו של הקב״ה כיון שכל שימוש בשמו של הקב״ה אינו רצוי ומעיקרא היה לו להפקיד את ממונו ביד אדם שנאמן לו ללא שבועה, שאם יטען טענת אונס וכדו׳, הוא יקבל את דבריו אף שבועה.

ג. תוס׳ שבועות דף מז: ד״ה ״חלה״:

חלה על שניהם, ונענש המשביע אפילו הדין עמו כדפירש בקונטרס בריש הדיינין (לעיל דף לט:) וכן נראה...

מדברי תוס׳ (שכתב ״אפילו״[479]) מוכח שלמד ששיטת רש״י היא שהתובע (המשביע) נענש בין אם הנשבע נשבע שבועת שקר, ובין אם הוא נשבע שבועת אמת.

אמנם, השומר עצמו שהוא יודע שהוא נשבע שבועת אמת, אין לו סיבה לפרוש

[479] תוס׳ לא ביאר את טעמו. ונראה, אם המשביע טוען טענת שקר ומביא את הנשבע לידי שבועת אמת, הוא מתחייב על שטען טענת שקר, ואם המשביע טוען טענת אמת, והנשבע נשבע לשקר, המשביע התחייב על שמסר ממונו לאדם לא נאמן וכנ״ל.

מהשבועה, שהרי הוא יודע את האמת, אמנם המפקיד שמשביעו יענש בגינו. אולם שומר יכול לומר שכיון שהוא דובר אמת, אין לו להפסיד את ממונו כדי שהמפקיד לא יענש על שהביא אותו לידי שבועה, ודחוק לומר שעליו לפרוש משבועה כדי שהמפקיד לא יכשל בגינו, שהרי חבירו יכול להאמין לו בלא שבועה (ועיין בסמ"ע באות ד').

אולם מלשון הגמ' "השבועה חלה על שניהם" לכאורה נראה שבכל מקרה העונש חל הן על הנשבע והן על המשביע. ומכאן שאפילו אם הנתבע יודע שהוא נשבע שבועת אמת, יש עליו עונש. ושמא הטעם הוא, שהיה על השומר להתנות מראש עם המפקיד, שבמקרה בו הוא יטען טענת פטור, המפקיד יאמין לו אף ללא שבועה.

ומעין האמור לעיל כתב הלבוש בחו"מ סימן פ"ז סעיף כ':

> עונש השבועה חלה על שניהם ששניהם נענשים בה, הנתבע אם נשבע לשקר, והתובע מפני שלא דקדק למסור ממונו ביד איש נאמן וגרם לבא לידי חילול השם, וכל שכן אם הנשבע נשבע באמת שיש עונש השבועה על התובע המשביעו חנם, והנשבע יש עליו חומר שבועה שהוצרך לישבע.

ד. רש"י נקט שקיימת טענה על המשביע אפילו אם הנשבע נשבע שבועת שקר, כיון שלא הקפיד למסור את ממונו ביד נאמן. טענה זו כלפי התובע יכולה לעלות גם במקרה בו מדובר בהלואה בה הנתבע מודה במקצת וחייב להישבע על טענתו. אולם במקרה בו לא היה עסק מוקדם בין התובע לנתבע, כגון במקרה בו התובע טוען שפלוני הזיק את רכושו ויש עד אחד שמוכיח כדברי התובע, ודין תורה הוא שנתבע ישבע ויפטר, לא ניתן לבוא בטענה על התובע שמסר כספו ביד מי שאינו נאמן, ולכן מסתבר שבמקרה זה רש"י והלבוש יודו שאין טענה כלפי התובע.

אמנם הסמ"ע בחו"מ סימן פ"ז ס"ק ס"א, כתב שתובע שרואה שהנתבע עומד להישבע (לשקר) עליו להשתוות עם הנתבע כדי שלא להגיע לידי מציאות של

שבועה, והסמ״ע לא סייג את דבריו רק למקרה של שומר הנ״ל ומשמע שאפילו במקרה של נזיקין סובר הסמ״ע שעל התובע למנוע את שבועתו של הנתבע[480], וצ״ע.

ה. במקרה בו הנתבע יודע שהוא דובר אמת, ורוצה להישבע כדי לפטור את עצמו מתשלום, והתובע תבע ממנו תביעה כשלא היה ביניהם משא ומתן מוקדם כגון בתביעת הנזיקין הנ״ל והנתבע יודע שהעד מעיד עדות שקר, על פי דברינו בסוף אות ג׳ נראה שהנתבע שישבע שבועת אמת אין עליו כל טענה, אולם מדיוק לשון הלבוש לכאורה יש עליו חיוב על עצם השבועה, וצ״ע.

ו. לעומת שיטת רש״י והלבוש, שבכל מקרה קיימת תביעה על שני הצדדים (המשביע והנשבע), ראשונים אחרים כתבו שאם הנתבע נשבע שבועת שקר, העונש חל עליו, ואם התובע תבע תביעת שקר, והנתבע נשבע שבועת אמת, האיסור חל על המשביע, וכמבואר בדברי הב״י בחו״מ סימן פ״ז:

> ואם אמר הריני נשבע וכו׳... ופירש רש״י ששניהם נענשים בה שלא דקדק למסור ממונו ביד איש נאמן ובאו לידי חלול השם. והגהות בפרק הנזכר (אות ו) כתבו אבל התוספות פירשו בין שניהם ממה נפשך אינה יוצאה בלא עונש אם הנשבע נשבע לשקר הרי עונש שבועה עליו ואם נשבע באמת עונש שבועה על המשביעו וכן פירש רבינו חננאל (מז:), מסמ״ג (עשין קכג) עכ״ל[481].

יְשׁוּב הִגְמִ׳ בְּשִׁבּוּעוֹת עַ״פּ הָרַמְבַּ״ם / הַאִם דִּרְשָׁתוֹ שֶׁל ר״שׁ בֶּן טַרְפוֹן נִתְקַבְּלָה לְהַלָּכָה

ז. על פי האמור לעיל, אף במקרה של שבועת אמת יש ׳רשע׳, חלק מהראשונים

---

[480] הסמ״ע מדייק מלשון השו״ע ״וחבירו תובעו״ שכיון שהתובע תובע את השבועה מוטל החיוב גם על התובע.

[481] עיין ר״ח שבועות דף מז:, חידושי הריטב״א שבועות דף לט:. ועיין לקמן עמ׳ 52 בדין גלגול שבועה, שהתובע מגדיל את סכום התביעה כדי שהנתבע יחשב מודה במקצת ויתחייב שבועה, ומחמת זאת יוכל התובע לגלגל עליו שבועה אחרת, ובמקרה זה התובע מביא את הנתבע לידי שבועת מודה במקצת שהוא עצמו יודע שהנתבע אינו חייב בה.

סוברים שהתובע הוא רשע שהביא את חבירו להישבע ללא צורך (שהרי התובע יודע שהוא משקר). ולשיטת ראשונים אחרים אף הנשבע עצמו, שנשבע שבועת אמת נחשב 'רשע' (עיין אות ו' לעיל). ויש לעיין כיצד הרמב"ם[482] יכול לומר שמי שנשבע שבועת אמת מקיים מצוה. ונראה שנוכל להציע מספר הצעות:

- על פי שיטת הקנאת סופרים (לעיל עמ' 173), אף הרמב"ם מודה שאין מצוה חיובית להישבע, והמצוה היא שאם הוא נשבע שישבע בשם השם. ולשיטתו הנשבע יענש על כך שהביא את עצמו לידי שבועה, אבל אם נשבע כפי הדין קיים את מצות השבועה בשם השם. אולם על פי ספר החינוך (לעיל עמ' 172) הקושיא במקומה.
- הרמב"ם סובר שמי שנשבע שבועת אמת מקיים מצוה אבל התובע אכן יענש, וחולק על שיטות הראשונים הסוברות שאף הנשבע עצמו נענש.
- נראה, ששיטת הרמב"ם היא שדרשתו של ר"ש בן טרפון שהיא מקור הדין שקיים עונש על שבועת אמת (לעיל אות ב') אינה להלכה, שהרי בסוגיית הגמ' בשבועות דף מז. קיימת דרשה חולקת (בביאור הפסוק). ומבואר ברמב"ם פרק ב' מהלכות טוען הל' ד' (ובשו"ע חו"מ סימן צ"ב סעיף ו') שפסק כדעה החולקת[483], וממילא לא קשה דבר מדרשת ר"ש בן טרפון[484].

אולם קשה לומר כך, שסו"ס הרמב"ם עצמו בפי"א מהלכות שבועות הלכה י"ט (ובעקבותיו השו"ע בחו"מ סימן פ"ז סעיף כ') כתב שקודם השבועה אומרים "סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים", משמע שחושש לדרשת ר"ש בן טרפון, וצ"ע[485].

<u>וְכוּלָּם נַחְרְבוּ עַל שְׁבוּעַת אֱמֶת / שִׁיטַת הַחַת"ס</u>

---

[482] לעיל עמ' 52, 52.

[483] בניגוד לר"ש בן טרפון, רבי אמי דורש: "שבועת ה' תהיה בין שניהם – ולא בין היורשים", ומדרשה זו מוכח (ע"ש בגמ') שבמקרה בו שני הצדדים אינם יכולים להישבע קיימת חובת תשלום (ביורשים או בשני חשודים) ללא שבועה, וכשיטה זו פסק הרמב"ם הנזכר בפנים. ושיטה זו חולקת שם בגמ' על דרשתו של ר"ש בן טרפון.

[484] לדברינו, כיון שמוסכם להלכה שלא כשיטת ר"ש בן טרפון, יש לעיין כיצד פוסקים (כוגן הלבוש באות ג'), הביאו ראיה מדבריו לכך שאין להישבע אפילו שבועת אמת, וצ"ע.

[485] הערת הרב איתי ליפשיץ שליט"א.

ח. מדרש רבה, במדבר פרשה כ״ב:

> מעשה בינאי המלך שהיו לו ב׳ אלפים עיירות וכולם נחרבו על שבועת אמת. כיצד אומר אדם לחבירו, בשבועה שאני הולך ואוכל כך וכך במקום פלוני ואשתה כך וכך במקום פלוני, והיו הולכין ומקיימין שבועתן ונחרבו, מה הנשבע באמת כך, הנשבע על השקר על אחת כמה וכמה.

שבועת אמת יכולה להיות שבועת ביטוי (אוכל מאכל פלוני וכדו׳) או שבועת הדיינים (שבועת השומרים וכו׳). על פי המקרים האמורים במדרש, מדובר בשבועת ביטוי, ולכאורה דוקא שבועת ביטוי שאין בה הכרח, יש עליה הקפדה, אבל מי שנשבע בבית דין שבועה שמחוייב בה מן התורה או מדברי חכמים, לכאורה אין עליו שום הקפדה – ועיין לקמן.

ט. שו״ע או״ח סימן קנ״ו:

> וישא ויתן באמונה ויזהר מלהזכיר שם שמים לבטלה, שבכל מקום שהזכרת השם מצויה, מיתה מצויה. ויזהר מלישבע אפילו באמת, שאלף עיירות היו לינאי המלך וכולם נחרבו בשביל שהיו נשבעים שבועות אע״פ שהיו מקיימים אותם.

אזהרת השו״ע שלא להישבע אפילו שבועת אמת יכולה להתפרש כאזהרה שלא להישבע תוך כדי משא ומתן כדי להוכיח את צדקת דבריו (כגון, סוחר שנשבע שהוא מוכר את המוצר במחיר הקרן וכדו׳), ויכולה להתפרש כמניעת שבועה בבית דין שבאה מחמת ויכוח שהיה לסוחר במשא ומתן עם חבירו (אמנם פשט דברי השו״ע הוא לגבי שבועה בבית דין).

על פי דברינו באות ח׳, הנידון של ינאי המלך לא היה בבית דין, ולכן מסתבר שאף השו״ע אינו מדבר על שבועה בבית דין. ובערוה״ש בסעיף ד׳ לא פירט מה

היא השבועה עליה דן השו״ע, אבל הוסיף שעריו של ינאי נחרבו לפי שהיו רגילים להישבע הרבה פעמים, משמע, שאם אדם נקלע למצב של שבועה באופן חריג, מותר לו להישבע הן בבית דין והן חוץ לבית דין.

י. שו״ת חת״ס חו״מ סימן צ׳:

> נשאלתי מאת כבוד הדרתו מנא הא מילתא דרגיל על לשונינו דאפילו שבועת אמת עבירה היא ועי״ז נמנעים מלשבוע אפילו שבועת אמת ומתפשרים בכל מה דאפשר רק שלא לשבע אפילו באמת גם כי אחז״ל אלף עיירות הי׳ לינאי המלך וכולם נחרבו על עון שבועת אמת, מ״מ היא גופו היכי רמזא אלו דברי פר״מ, עיין ספר חסידים סי׳ תי״ח תי״ט[486].

מדברי השואל מוכח שהוא סובר שהמעשה של ינאי המלך כלל לא רק שבועת ביטוי אלא גם שבועת הדיינים בבית דין, שהרי השואל דן על מציאות בה אנשים נמנעים מלהישבע בבית דין. החת״ס בתשובתו מחזק את דברי השואל שיש הקפדה אף על שבועת אמת וכתב על כך בסוף דבריו:

> ומנהג ישראל תורה ואין לערער

החת״ס עצמו אינו מציין לראיה מהנידון של ינאי ואינו סותר את דברי השואל ומשמע שמסכים עימו. החת״ס עצמו מביא ראיות שונות, ומדייק מפשוטו של הכתוב בקהלת:

---

[486] ספר חסידים, סימן תיח: ״יהודי אחד היה מחויב שבועה לגוי, אמר מה אעשה, אם אשבע באמת, אוציא כספי מידו בשבועת אמת, ואתן חציו לצדקה. אמר מי שאמר, מוטב תשבע באמת, והחכם אמר אפילו אם תתן כלו לצדקה ומשלך עוד תוסיף לצדקה, מוטב שלא תתן לצדקה ולא תשבע אפילו באמת, כי כמה כרכים נחרבו עבור שבועת אמת. לכך יזהר אדם שלא יעשה מו״מ עם הגוי ועם היהודי, אלא בפני עדים״.
ספר חסידים סימן תיט: ״יהודי אחד העלילו עליו הגוים, ואמרו לו כך וכך עשית לנו, והוצרך לישבע שלא עשה ונשבע באמת. אמר לחכם אני מצטער שנשבעתי אע״פ שאמת נשבעתי, ובעל כרחי הוצרכתי לישבע כדי שלא ימיתו אותי, לפי שאבי ואמי לא נשבעו מעולם, ואפילו באמת, א״ל החכם אם תרצה שיתכפר לך, קבל עליך שלא תזכיר שם שמים לא באמת ולא בחנם ולא בלע״ז ולא בשום לשון, כמו שרגילים לומר, כך יעזרנו ה׳, ואתה אל תאמר כך, אלא כשתקרא בפסוק. ואפילו אל יהי לך משא ומתן, אלא אם כן תוכל להאמין בלא שבועה, כדי שלא יביאך לידי שבועה״.

...נ״ל דמפורש בקרא דדברי קבלה קהלת ט׳ דכתב: ׳הַכֹּל כַּאֲשֶׁר לַכֹּל, מִקְרֶה אֶחָד לַצַּדִּיק וְלָרָשָׁע לַטּוֹב וְלַטָּהוֹר וְלַטָּמֵא וְלַזֹּבֵחַ וְלַאֲשֶׁר אֵינֶנּוּ זֹבֵחַ כַּטּוֹב כַּחֹטֶא הַנִּשְׁבָּע כַּאֲשֶׁר שְׁבוּעָה יָרֵא׳.

... קרא מיירי מהרגיל להשבע באמת ואיננו בגדר חוטא. ואשר ׳שבועה ירא׳ פורש עצמו מלשבע כלל אפילו באמת שלא יבוא ח״ו לידי שבועת שקר. וכמ״ש חז״ל אל תהי רגיל בנדרים שסופך למעול בשבועות[487]... והאריך הר״א א״ע בפסוק לא תשא שם ה׳ אלקיך לשוא, על הרגילים לשבע אפילו באמת סופם לשבע בשקר[488]. ועוד אפילו שבועת אמת עכ״פ אית בי׳ משום נושא שמו ית״ש לבטלה[489]. ואם אפשר לו לפשר בכל מה דאפשר כדי שלא לישא שמו ית׳ על שפתיו יש לו לעשות כן וזה בכלל דברי ש״ס תמורה ג׳ ע״ב[490] הנ״ל[491]. וע״כ אמר ׳שבועה ירא׳, שירא לשבע באמת מטעם יראת כבוד ה׳ ומטעם שלא ירגיל לשבועה ויבוא ח״ו למעול בשבועה ומכ״ש בענין ממון שאיכא למיחש טפי...

מדברי החת״ס עולה שעיקר ההקפדה היא מהחשש של ריבוי שבועות שיביא לידי שבועת שקר וזה הוא מקור מנהגם של ישראל שלא להישבע אפילו שבועת אמת[492].

---

[487] נדרים דף כ. .

[488] ראב״ע, שמות כ, ז׳. וכתב שם שאלו הרגילים להישבע, כשמוכיחים אותם מדוע הם נשבעים, ישבעו שכלל לא נשבעו כי הם כלל לא שמים לב שהם נשבעים בכל רגע. וכתב שם: ״ואילו לא היה בישראל רק זאת העבירה לבדה הספיק להאריך הגלות ולהוסיף מכה על מכותינו״, עי״ש בחומרת השבועות וביחס לרצח וכו׳.

[489] ושמא הכוונה לשבועה שאיננה שבועת הדיינים.

[490] עיין עמ׳ 52.

[491] עי״ש שמתחילה כתב שמסקנת הגמ׳ בתמורה היא שעל הנשבע קיים איסור (אבל אינו לוקה) ואח״כ כתב שאף אין איסור בדבר. אולם אחר שהביא החת״ס את הראיה מהפסוק בקהלת, אף מסקנת הגמ׳ בתמורה תתפרש בדרך זו.

[492] יש להעיר שעל פי דברי החת״ס ועוד פוסקים, כגון הרדב״ז בחלק ד׳ סימן רי״א שכתב ש״בעלי תורה ובעלי מעשה אינם רוצים להשבע בבי״ד״ (עיין לקמן עמ׳ 52), עולה שבתי דינים שהגיעו למסקנה שיש להשביע את פלוני, עמדו בפני מצב שאנשים לא רצו להישבע אפילו כשהאמת איתם, ונמצא שרמאים יוכלו לכלות ממונם של בעל תורהו בעלי מעשה, ומציאות זו הובילה את בתי הדין להגיע לפשרה, כך שדובר האמת לא יפסיד לגמרי את כספו (וזאת בניגוד למחשבה שבתי דינים עצמם הם אלו שתמיד לא רוצים להשביע). ועיין אות י׳ לקמן.

ובסימן ע״ז כתב החת״ס שקיימת סכנה אף בשבועת אמת. וראיה לדבר מהגמ׳ בגיטין דף לה. לגבי אלמנה שנשבעה שבועת אמת, שלא היו ימים מרובים עד שמת אחד מבניה[493]. ועפי״ז מבאר החת״ס את שיטת הרמ״א בחו״מ סימן צ״ו סעיף ו׳ שלא משביעים אשה מעוברת, מחמת הסכנה שיש לאשה בשבועה[494]. אמנם, מכלל דברי החת״ס משמע שסתם אדם משביעים אותו, ולא התייחס למנהג שאנשים נמנעים מלהישבע. וכך כתב בסימן קפ״ז (ד״ה ״ונידן״) שיש להטיל שבועה על המחוייב ולא הזכיר את המנהג שלא להישבע, וקצ״ע[495].

י. מדברי החת״ס נסיק שיש ודאי מעלה (אם לא יותר מכך) בהימנעות משבועת אמת בבית דין. אולם מי שנמנע משבועה ׳משלם את המחיר׳ ומשלם את אשר היה חייב לשלם או אינו מקבל את מה שהיה יכול להשיג באמצעות שבועה, (או שהוא מצליח להתפשר) ואין במידה חיובית זו של מניעת שבועה שום רווח בבית דין[496], אולם עיין לקמן בעמ׳ 195 בשיטות הסוברות שמי שאינו נשבע כלל, בית דין ׳יתחשבו׳ במעלתו.

יא. החת״ס אינו מבאר כיצד דברי מתיישבים עם שיטת הרמב״ם (עמ׳ 172, 176), יתכן שהוא סובר שההלכה איננה כרמב״ם, או שאף לשיטת הרמב״ם מי שנשבע

---

493 וכתב החת״ס לעיין בתוס׳ שם ד״ה ״לא היו״. והמעשה שם באלמנה שהופקד אצלה דינר זהב, והניחה אותו בכד של קמח, וכשבא בעל הפקדון נשבעה: ״הנה סם המות באחד מבניה של אותה אשה אם נהנתי מדינרך״. ובגמ׳ לא מדובר האם נשבעה מעצמה או בבית דין. אם מדובר על שבועה בבית דין, מסתבר שהיא טענה שהדינר אבד לה, ונשבעה על כך וכללה בשבועתה שלא שלחה בו יד (שלא נהנתה ממנו), והוסיפה מעצמה ״הנה סם המות...״. ואמנם לבסוף התברר שהיא אפתה באותו כד והיה לה רווח מאותו דינר כיון שמקומו של הדינר חסך לה כמות עיסה שהיתה אמורה לשים בכד (נראה שמדובר שאפתה לאחרים והתחייבה להם לאפות שיעור כד שלם). ובתוס׳ שם כתב שלמרות שהיתה אנוסה ולא ידעה: ״גבי פקדון הוה להיזהר יותר לשמרו היטב והוה לה לאסוקי אדעתא שתבוא לידי שבועה״. אמנם עי״ש בגמ׳ שמוכח שלא היתה שבועתה שבועת אמת כיון שהיתה לה הנאה מאותו דינר.
ולכאורה יש לעיין בראייתו של החת״ס שאפילו אם נאמר שמדובר בשבועת השומרים בבית דין, סו״ס כאן הוכח לבסוף שנשבעה שבועת שקר, ועוד שמעיקרא לא היה מוטל עליה חיוב לומר שאחד מבניה ימות אם שבועתה איננה שבועת אמת, וקצ״ע.

494 אבל לא משום סכנת הולד – עי״ש.

495 ואין לישב שבין כתיבת התשובות השונות נשתנה המנהג, כיון שבתשובה צ׳ בה כתב החת״ס שאנשים נמנעים להישבע אפילו שבועת אמת, מבואר: ״מילתא דרגיל על לשוננו דאפילו שבועת אמת עבירה היא ועי״ז נמנעים מלשבוע אפילו שבועת אמת״ כלומר שזה הוא מנהג מקובל, ומנהג זה אינו משתנה בשנים מועטות. ועוד שהתשובה צ׳ נכתבה בשנת תקפג״ל (תקפ״ג לפ״ק) ואילו שתי התשובות האחרות נכתבו אחת קודם לכן והשניה לאחר מכן.

496 עיין הערה 492.

מקיים מצוה (כשיטת הקנאת סופרים ולא כשיטת המנחת חינוך – עיין אות ז') אולם לכתחילה יש עליו למנוע את עצמו מלהישבע.

<u>פסקי השו"ע / הטלת פשרה תמורת שבועה / סיכום</u>

יב. שו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף ב':

ואם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, רשאי הבית דין לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבועה[497].

שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף כ"א:

אעפ"כ צריכים הדיינים לפצור בבעלי דינים, אולי יחזרו בהם עד שלא תהיה שם שבועה כלל[498].

השו"ע דן על בית הדין ולא על הנשבע עצמו, ולפיכך יתכן שהשו"ע עצמו סובר שמי שיודע שהאמת עימו מותר לו להישבע בבית דין ואינו צריך לחשוש, ולא כדברי החת"ס[499]. אולם בית דין שחוששים שמא ישבע לשקר או שחוששים מעונשו של מי שמשבעי את חבירו לשקר, הם עצמם ינסו להגיע למצב בו לא תהיה שבועה (ועיין בדברי השו"ע באות ט').

---

[497] עיין בנו"כ האם בית הדין זקוק להסכמת הצדדים לצורך פשרה זו או שהוא יכול להטילה אף ללא הסכמתם, ועיין לעיל בהערה 461, ובדברי המהרי"ט לקמן עמ' 52. ועיין שו"ע חו"מ סימן כ"ה סעיף ה', שם מדובר על מציאות שבעלי הדין עצמם הגיעו לידי פשרה כדי להימנע משבועה.
ויש לעיין בלשון השו"ע האם עונש השבועה יוטל על המתדיינים או שקיים עונש שבועה אף על בית הדין, ואכמ"ל במחלוקת האם הרב ישביע את החתן על הכתובה, עיין באריכות בספר משפט הכתובה.

[498] עיין לקמן עמ' 52, בדברי הש"ך בסימן כ"ד ס"ק א', שבית דין שומעין את דברי התובע תחילה ורק אח"כ את דברי הנתבע, כיון שאם הנתבע יטען תחילה, לא נאמר דין מודה במקצת. ולכאורה, על פי דברי השו"ע שבפנינו, עדיף שהנתבע יטען תחילה ותימנע שבועת מודה במקצת. ונראה, שיש צורך להגיע לידי מציאות של חיוב הטלת שבועה כדי לברר את האמת, ולכן אין לתת לנתבע לטעון תחילה. אבל אחר שהדין מחייב שבועה, ינסו הדיינים למנוע את השבועה ושאחד מבעלי הדינים יודה. אמנם לבית דין יש סמכות להטיל פשרה כדי למנוע שבועה (ועיין עמ' 52) וא"כ לכאורה שוב קשה מדוע לא יתנו לנתבע לתבוע לתחילה כדי למנוע חיוב שבועה ? ונראה, שעדיף להגיע למציאות של חיוב שבועה ולהטיל שבועה מאשר למנוע מעיקרא את היכולת לברר את האמת, וקצ"ע.

[499] ועיין לעיל באות ז' בדברינו לגבי פסק השו"ע.

יג. העולה מהאמור לעיל:

- שיטת ר"ש בן טרפון שעונש השבועה "על שניהם" (המשביע והנשבע). ונחלקו המפרשים האם הנשבע נענש רק כאשר נשבע לשקר או אפילו אם נשבע שבועת אמת. וכן נחלקו האם המשביע נענש רק כאשר הוא תובע תביעת שקר, ומכריח את חבירו להישבע שבועת אמת, או אפילו כשתובע תביעת אמת והנתבע נשבע לשקר ג"כ חל על המשביע עונש שבועה (אות א'-ו').
- הרמב"ם סובר שקיימת מצוה להישבע שבועת אמת, ובפשטות שיטתו איננה כשיטת ר"ש בר טרפון אולם אם ננקוט שלרמב"ם אין חיוב להישבע, ורק אם נשבע מקיים שבועה אין קושיא כלל (אות ז').
- יתכן להציע ששיטת ר"ש בן טרפון לא נפסקה להלכה ולכן הרמב"ם לא חש לשיטתו (אות ז').
- במדרש נאמר שבזמנו של ינאי המלך נחרבו עיירות בגלל שבועת אמת, והיה מקום לומר שמדובר בשבועות שאנשים נשבעים מעצמם, אולם מדברי השואל בשו"ת חת"ס (שנראה שאף החת"ס מסכים עימו), מדובר אף על שבועות אמת בבית דין (אות ח'-י').
- החת"ס כתב שמנהג ישראל תורה שלא להישבע אפילו שבועת אמת בבית דין, וקיים חשש שמא יתרגלו להישבע ויבואו לידי שבועת שקר (אות ט'). אולם בתשובות אחרות מזכיר החת"ס מציאות בה אנשים נשבעים בבית דין (אות ט').
- מדברי החת"ס עולה, שקיימת מעלה שלא להישבע אפילו שבועת אמת. ומי שנוהג במעלה זו, יתחייב לשלם שהרי דינו להישבע (אות י'-יא). ועיין לקמן בעמ' 195 שיש הסוברים שבית דין "יקל' על מי שאינו רוצה להישבע מחמת זהירות משבועות.
- מפסק השו"ע אין הוכחה האם הוא חושש לשיטות שקיים עונש אף על הנשבע על אמת ועל המשביע שיודע שהוא אינו דובר אמת, ומכל מקום בית דין מצידו ישתדל למנוע שבועה (אות יב).

- עיין לקמן באפשרות להערים להיפטר משבועת אמת או שבועת שקר.

תובע המעירים / נתבע שאינו נשבע שבועת אמת

הטלת דמי פדיון שבועה כשנתבע אינו רוצה להישבע / כשבית דין אינם משביעים

א. על פי האמור לעיל עולה, שישנם אנשים שמקפידים שלא להישבע אפילו שבועת אמת, ויש שכתבו שיש מעלה במנהגם וקיים עונש אפילו על שבועת אמת (עיין בעמ׳ הקודם), ואף בית דין מצידו ישתדל למנוע שבועה (לעיל עמ׳ 187).

מכאן, שמי שתבעו אותו תביעת שוא, יכול למצוא את עצמו משלם, למרות שהוא לא חייב כלום, שהרי הוא עצמו אינו רוצה להישבע שבועת אמת (והדין הוא שמי שאינו רוצה להישבע שבועת התורה עליו לשלם ובית דין ירדו לנכסיו אם לא ישלם מעצמו, ובשבועה דרבנן מנדים אותו ומכין אותו מכת מרדות אבל לא יורדים לנכסיו – כמבואר בגמ׳ שבועות דף מא. ובשו״ע חו״מ סימן פ״ז סעיף ח׳).

אמנם, יתכן לומר שאין רע בכך שמי שרוצה לנהוג במידת חסידות יצטרך לשלם על חסידותו, שהרי זכותו של הצד שכנגד לתבוע דין, ואם אחד הצדדים רוצה להחמיר על עצמו, אין בכך כדי לגרוע מזכותו של השני לתבוע את המגיע לו על פי הדין, ואמנם עיין לקמן אות ז׳ ואילך בדברי המהרי״ט ושו״ת בני אהרן.

וגם אם החייב עצמו מוכן להישבע שבועת אמת, בית דין לא ירצו להשביעו, וישתדלו ויפצירו בו שלא ישבע כנ״ל עמ׳ 187. ואף יש להם את הסמכות לפדות את השבועה בכסף – כמבואר בשו״ע חו״מ סימן י״ב סעיף ב׳. ומציאות שכזו יכולה להוביל לתביעות שוא כנגד אנשים שידוע שאינם נשבעים[500].

[500] דרך עדותיך (האדמו״ר מהרצ״א מדינוב בעל הבני יששכר) בדף ו. – ו: ״אדברה וירויח לי, אשר כעת בעוה״ר, רבו ההולכים אחר מדע ליבם ותולים את עצמם באילנות גבוהים בעל הש״ס שאמר מצוה לבצוע, וראיתי שכמעט מלאה הארץ וכו׳ שכל איש המחזיק בממון רעהו מבקש תחבולות לבא עימו בדינא ודיינא באמור בלבבו הנה הדיינים המתחסדים לדעתם בודאי כתורתם יעשו לבא בברית בין הפשרים ויעמידו קו הדין למחצה ולשליש ולרביע ולעתים רחוקים... ובעוה״ר רבו היועצי שקר בזה כי קליפת החמס מושלך בעוה״ר בעולם ומביאה כל אחד להצדיק רשע ולהרשיע צדיק באומרם הלא גמרא ערוכה הוא לא חרבה ירושלים אלא

ב. אם בית דין סוברים שהתובע תובע תביעת שוא רק כדי להטיל שבועה על הנתבע (והנתבע הוא מאלו שאינם רוצים להישבע) יש להם סמכות להחליט על פי שיקול דעתם האם להטיל שבועה על האדם או לפוטרו ללא שבועה, כמבואר בשו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף ל"ח:

אם נראה לדיינים שהטענה מרומה, אין להשביעו[501]. הגה: וכן אם נראה לו הטענה גרועה (מהרי"ו סי' צ'). אין משביעין היסת במקום דליכא דררא דממונא (שם סימן קנ"ד).

אמנם, מסתבר ששיקול הדעת שיש לדיינים אינו קיים בשבועת התורה, שהרי במקום בו תורה חייבה שבועה, אין לבית דין אפשרות לפטור אדם מתשלום ללא שבועה. ועל פי דברי ביאור הגר"א על דברי השו"ע, הן השו"ע והן הרמ"א דנים רק על שבועת היסת, שיש כח ביד בית דין לפטור את הנתבע משבועת היסת על פי שיקול דעתם, אבל בשאר שבועות דרבנן בית דין אינם יכולים לפטור את הנתבע על פי שיקול דעתם[502].

שהעמידו דבריהם על ד"ת... והאנשים אשר הסיתם היצר לעבור על התורה ולמלאות ידיהם בעושק בונים על מאמר חז"ל הלזה וסוברים שיוצאים י"ח כאשר חבירו על צד ההכרח יתפשר עימו ומחמת אין ברירה. ראה נא בטשו"ע ובכל הפוסקים דין מפורש, שגם אם פישרו הדיינים אם הבע"ד יודע שנתחייב יותר אינו יוצא ידי שמים עד שיחזיר לבעל הדין כל המגיע, ובאם אינו מחזיר גזל הוא בידו... ועתה נברר טעות הדיינים המטעים לבע"ד ומפרשים בלא דעת וחושבים להם למצוה מה יענו כאשר יערכו לפניהם מאמר רז"ל כשם שמצוה שלא להטות הדין כך הוא מצוה שלא להטות הפשרה... אמור מעתה שאין מקום להתעסק בפשר רק במסילת התורה. דהיינו הדבר הפשוט אשר הבע"ד מתחייב עפ"י התורה בלי ספק ובלי שבועה זה אין מקום לפשר, והדיין המפשר בזה לגזלן יחשב. רק הדבר שיפול בו ספק כגון שאינו ממון מבורר רק עפ"י ראיות ושבועות ישתדל הדיין בשכלו לוותר ציבחר(?) מצד זה ומצד זה. וחלילה להתהלך בדרך עקלקות אשר חדשים מקרוב באו ומפרשים כטוב בעיניהם למחצה ולשליש ולרביע באין טענה ומענה רק שכך המציאו בשכלם לרחם על איזה איש או בהיפך שהבע"ד התובע לא מצא חן בעיניהם ומצאו בו איזה שמץ דבר שלא השכים והעריב לבית המדרש והנתבע הוא מפריס לרעב לחמו וכיוצ"ב טענות כוזבות... שראיתי פרצות הדור מהבע"ד והדיינים והיועצים, אשר בעוה"ר כולם ידם תיכון עם המוחזק בממון חבירו, וחושבין את התובע הרוצה להתנהג כתורה חושבין אותו לאכזר, ומטעין את הבריות... ובאם היה כוחי להתהלך בגדולות אז הייתי אומר בדור הזה לגדור גדר לבטל הפשרות...". ועיין במאמרו של הרב שלמה לוי שליט"א 'הטלת פשרה במקום חיוב שבועה' בתחומין כרך י"ב.

טענתו של הדרך עדותיך היא כנגד פשרה על גוף הדיון, ואילו האמור בפנים הוא לגבי מציאות של פשרה במקרה שבו הוכרע הדין ובית דין רוצים לפשר כדי להימנע משבועה. אולם נראה שבסופו של דבר הבעיתיות עליה הוא הצביע תקפה גם במקרה שלפנינו.

[501] כגון שעני שלא מסתבר שיש לו ממון תובע אדם עשיר - עיין מרדכי ב"מ תמ"ג, בביאור הגר"א כאן. ועיין לקמן בתשובת הרדב"ז באות ח' בהרחבה.

[502] ושמא במקרה זה יבוא לדי ביטוי גם "דין מרומה", אולם יתכן שיש לחלק.

ונמצא, שבמקרה של שבועת היסת, יש כח ביד בית דין לפטור את הנתבע משבועה, וממילא מי שמקפיד שלא להישבע אפילו שבועת אמת, יתכן שיהיה פטור מתשלומים אפילו ללא שבועה, על פי שיקול דעתם של הדיינים מהמקרה שבא לפניהם.

אולם, אין בדברינו פתרון למקרים של שבועות התורה ושאר שבועות מדברי חכמים. וגם במקרה של שבועת היסת לא תמיד הדיינים יכולים לגלות שהתובע הוא רמאי, ונמצא שמי שמקפיד שלא להישבע שבועת אמת, יתחייב לשלם. ועוד שכפי הנזכר לעיל בית דין ישתדלו בכל מקרה שלא הביא לידי שבועה.

ג. בשטרי 'היתר עיסקא', נאמר שעל מקבל המעות להוכיח בשבועה האם היו לו רווחים או הפסדים ומה היה גובה הרווח או ההפסד, ואם לא ישבע מכל סיבה שהיא ישלם סכום מוגדר מראש כפשרה עבור 'פדיון השבועה'[503]

גם בית דין שבא לפניו מקרה של שבועה יכול להטיל 'דמי פדיון שבועה' כתחליף לשבועה (כנ"ל אות א'), וברור שדמי פדיון השבועה יהיו פחותים מסך כל התביעה עצמה.

ומכאן, שאם בית הדין יצליח להביא את הצדדים לידי הסכמה שתמורת השבועה ישלם מחוייב השבועה סכום כלשהו לצד הנגדי[504], הדבר יכול להוות פתרון לאותו 'מהדר' במצוות שאינו רוצה להישבע וכן לבית דין עצמם שאינם רוצים להשביע[505].

אולם, אם אחד הצדדים עומד על כך שהוא רוצה להישבע או שהצד שכנגדו אינו מוכן לקבל דמי פדיון שבועה אלא דורש שהצד שכנגד ישבע, לכאורה אם בית דין

---

[503] 'פדיון השבועה יכול להיות סכום קבוע מראש או אחוזים מכלל העיסקא וכדו'.

[504] או שבמקרה בו הדין הוא שהתובע חייב להישבע ואחר שבועתו יטול מהנתבע, בית דין יקבע שכיון שהתובע אינו נשבע הוא 'המחיר' לאי השבועה הוא שהתובע יקבל פחות מהסכום המלא.

[505] לדברינו, בתי דינים שואפים להגיע לפשרה, (גם) כדי להציל את האנשים שאינם רוצים להישבע שבועת אמת. ואם בית הדין רואה שמדובר בתביעה שקרית, אין צורך לפשר כלל אלא יפטרו את הנתבע, וכמבואר ברמב"ם וברדב"ז לקמן.

יכפו דמי פדיון שבועה, נמצא, שמידת הדין לכאורה לקתה.

ד. ונראה שיש לדון בסוגי שבועות שונים. במקרה של הנשבעין ונוטלים (כמו חנוני שנשבע על סך החוב של הלקוח שרשום בפנקסו), כוחו של התובע לטעון כנגד 'דמי פדיון שבועה' שבית דין יטילו עליו איננו חזק כל כך, כיון שהסיבה בגינה הוא חוייב להישבע היא מפאת מחסור בראיות, וממילא אם בית דין יאמרו לו שכלי הבירור של שבועה לא יהיה תקף, ותמורתו הוא יקבל חלק מתביעתו, אין בכך פסול.

אמנם בשבועות אחרות כגון שבועה כנגד עד אחד, שהנתבע רוצה להישבע ובית דין יאמרו לו שתחת השבועה ישלם סכום לדמי פדיון השבועה, לכאורה לקתה מידת הדין שהרי הוא טוען שהוא אינו חייב כלום, והוא מוכן להישבע על כך – ועיין לקמן.

ה. כנגד התובעים תביעות שוא, תיקנו חכמים שיש כח ביד המחוייב שבועה להטיל חרם על הצד שכנגד, וכמבואר ברמב"ם בפרק י' מהלכות טוען הלכה י"א (וכדבריו פסק השו"ע בחו"מ סימן פ"ז סעיף כ"ב):

> הורו רבותי שכל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם אפילו היסת, יש לו להחרים סתם קודם שישבע על מי שיטעון עליו דבר שאינו חייב בו כדי שישביע אותו בחינם ויענה המשביע אמן ואחר ישבע. ותקנה טובה לבעלי דינים כדי שימנעו מטענת שקר ולא יגרמו להוציא שם שמים לבטלה.

הטלת החרם, שתוקפו כתוקף שבועה אבל ללא הזכרת השם וללא הזכרת לשון שבועה, היא הפתרון (גם) למנוע מבעלי דינים לתבוע תביעה מנתבעים שאינם רוצים להישבע אפילו שבועת אמת, או במקרה בו בתי הדין לא ירצו להגיע לידי מציאות של שבועה[506].

[506] אמנם, שמא בית דין שאינו רוצה להשביע, גם לא ירצה להטיל את חרם הגאונים, שהרי כיום גם שבועה

ו. עוד נראה לומר, שבמקרה בו בית דין כופה פשרה כפדיון שבועה (כנ״ל אות א׳), היחיד ׳משלם׳ עבור הכלל. והיינו כיון שבית דין נוכח שיש אנשים שנשבעים שבועת שקר שחומרתה רבה לנשבע עצמו ולכל העולם כולו (עיין גמ׳ שבועות דף מא.), בית דין כאחראי על עניני כלל הציבור, ימנע את השבועה. ואף שהדבר יכול להוביל לידי תביעות שוא כנגד אנשי אמת מתוך נסיון להוציא ממון, הרי שעל בית דין מוטל לברר ככל יכולתו שלא מדובר במקרה מעין זה[507], ואם לא הצליח לברר ואין הוא רוצה להטיל שבועה, יקבע בית דין דמי ׳פדיון שבועה׳, וצ״ע.

<u>בַּעַל דִּין שֶׁאֵינוֹ רוֹצֶה לְהִישָּׁבַע הֵאָם בֵּית דִּין יִתְחַשְּׁבוּ בְּהִנְהֲגָתוֹ / תּוֹבֵעַ מֵעֵרִים</u>

ז. החת״ס (עמ׳ 184 ואילך) שיבח את מנהגם ישראל שלא להישבע אפילו שבועת אמת. אמנם, מי שירצה לנהוג במעלה זו, בית דין יחייב אותו לשלם או שהוא יפסיד את תביעתו (או הוא מהנשבעין ונוטלין). אולם ישנם פוסקים שכתבו שבית דין יתחשבו באלו שאינם רוצים להישבע (שבועת אמת), וכדלקמן.

ח. שו״ת הרדב״ז חלק ד׳ סימן רפ״ב (אלף רפב):

המחוייבת מן הדין אין בה שבועה בשם וכנ״ל עמ׳ 52, ואם בתי דינים נמנעים מלהשביע שבועה הנוהגת כיום, הרי שלכאורה הם ירצו להימנע גם מהטלת חרם. ונמצא שעד שאנו דנים על ׳פדיון שבועתו׳ של מחוייב השבועה, לכאורה יש לדון על ׳פדיון החרם׳ שהיה יכול הנתבע להטיל על התובע שרוצה לחייבו שבועה, ולא מצאנו פדיון חרם שכזה, ושמא אין פדיון שבועה לתקנה זו, וקצ״ע.

עוד יש לעיין האם על פי פסק השו״ע שלא נשבעים בשם אלא מטילים ארור (כנ״ל עמ׳ 52) ויש הסוברים שארור הוא מדיני חרם (וכנ״ל שם), יש מעלה בהטלת החרם שנזכר ברמב״ם, שלכאורה מה עדיף החרם המוטל על המחוייב שבועה על פני החרם המוטל על כנגדו שמחייב את השבועה. ואף השו״ע עצמו שהביא להלכה את תקנת רבותיו של הרמב״ם לא העיר על כך.

[507] יש להעיר שמושג ה׳פשרה׳ של בית דין ושל מערכות משפט אחרות אינו אותו מושג, כיון שמה שנחשב במערכות משפט אחרות ׳דין׳ בהלכה הוא מוגדר ׳פשרה׳. כיון שכאשר דיין ממצה את עומק הדין עומדים בפניו כללים מוצקים בדיני עדות, שטרות וכו׳ ודיין אינו יכול לומר שמכח עדויות שונות שיש בהם סתירות הוא יכריע על פי שיקול דעת כללי העולה מדבריהם, כיון שאם יש סתירות בין העדים הרי זו עדות מוכחשת ואי אפשר לקבלה כלל. מושג ה׳דין׳ בהלכה הינו מושג ׳מבוצר׳, שאי אפשר לזוז ממנו כמלוא הנימה ללא הסכמת הצדדים מראש ״בין לדין ובין לפשרה״.

אמנם, האמור כאן הוא ביחס לפשרה הבאה מחמת אי בירור פרטי הדין, לעומת זאת הפשרה ו׳דמי פדיון שבועה׳ שמוזכרים בפנים] הינם אחר הכרעת הדין שחייב שבועה.

והוי יודע שכבר נהגו להשביע שבועת היסת אפילו לצורבא מרבנן. וכן כתב הריא״ף ז״ל בתשובה[508] ואפילו היכא דליכא דררא דממונא. ואם הדיין רואה שהתובע מערים כדי לגלגל שבועה[509] על החכם או על העני[510], יכול לסלק השבועה מעליו. ומ״מ משמתינן בסתם על כל מי שחייב לחבירו שיודה, ואם לאו יהא בשמתא.

וגדר גדול הוא זה שהרי בעלי תורה ובעלי מעשה אינם רוצים להשבע בב״ד ונמצאו הרמאים אוכלים את יגיעו[511].

על פי דברי הרדב״ז, בית דין יכול לפטור חכם או עני משבועה אם הוא רואה שמדובר בתביעת עורמה, אבל בית דין יטיל שמתא בסתם, על מי שחייב לחבירו ואינו מודה. ובשו״ת שואל ומשיב מהדו״ק חלק ב׳ סימן ג׳ כתב (בסוף התשובה) שבנידון בו גלוי וידוע שאינו רק ערמה אין משביעין ואף לא משמתין.

מדברי הרדב״ז נלמד שבכל מקרה בו התובע מערים, והנתבע שעליו מוטלת השבועה הוא חכם או עני, בית דין לא יטילו עליו שבועה, אפילו אם הוא איננו מאלו שמקפידים שלא להישבע שבועת אמת, אבל אם התובע מערים ונתבעים הם

---

[508] כלומר, תקנת שבועת היסת חלה אפילו על צורבא מרבנן, כך מפורש בתשובת הרי״ף סימן צ״ז: ״וזהו שאמר׳ אם נתחייב תלמיד חכם אינו נשבע וטען שראה כן בתשובה לגאון אחד אין בעולם כלו גאון שאומר דבר זה וכל תלמיד חכם שאינו מקבל עליו את הדין אינו תלמיד חכם״ ועיין במבוא של המהדיר (הרב לייטער), שציין לדברי הרקנאטי בסימן רס״ג שכתב שי״א שת״ח אינו נשבע היסת. ושם ציין לשו״ת כנסת יחזקאל סימן צ״ז שהובאו דבריו בקצרה בהגהות אמרי ברוך לשו״ע חו״מ סימן פ״ב סעיף ו׳: ״שמימי לא פסקתי לת״ח בכופר הכל שבועה כי אם קבלה בחרם, וכן המנהג בכל מדינות פולין... בצינעא ובכבוד לפני שלוחי בי דינא וכו׳ ובפרט היום לא נפישי רחימי לת״ח ורבני ארץ, ונותנים עיניהם בממון שלהם ורוצים למשלפי גלימא מנהון, ויודעים שהת״ח לא יזלזלו את עצמם ובעל כרחם שלא בטובתן בהכרח לפשר...״ (ויש לעיין שהרי כבר פסק השו״ע שכיום לא משביעים אלא מטילים ארור, ונראה שכוונתו היא שלת״ח לא הטיל ארור אלא רק חרם, וקצ״ע). ועיין שם בשו״ע ״היה המלוה תלמיד חכם אין משביעין אותו ואין מגבין אותו...״ ושם מדובר על חשש גביה בשטר פרוע. וכיון שאין חושדים בת״ח שיבוא לגבות בשטר פרוע אין משביעין אותו, אבל הוא הת״ח אינו מרויח מהענין אלא מפסיד שאינו גובה, עי״ש.

[509] כלומר, התובע אינו מעוניין בשבועה עבור תביעה זו, אלא רוצה לחייב את הנתבע להישבע על תביעה אחרת שלא היה יכול לחייבו שבועה לולי היה מצליח להטיל עליו חיוב שבועה ממקום אחר.

[510] חכם אינו רוצה להישבע כיון שבעל תורה אינו נשבע וכמבואר בדבריו לקמן. אבל יש לעיין מה המציאות במקרה של עני, ושמא לדיין נראה שלא הגיוני שעני יהיה חייב סכום כסף לעשיר בעקבות עיסקה כלשהי, כיון שעני אינו מבצע עיסקאות מסוג זה וכדו׳, או שעני בין כך אין לו מה לשלם, ומה התועלת בהשבעתו, והרי גם אם לא ישבע לא ישלם, ועיין בדברי השו״ע לעיל באות ב׳.

[511] ועיין גם בשו״ת הרדב״ז חלק א׳ סימן שנ״ד וחלק ד׳ סימן קנ״ב (אלף רכ״ג). ועיין לקמן בתשובת המהרי״ט ובני אהרן ובדברי החקרי לב באות ז׳ ואילך. ועיין גם בשו״ת צ״א חלק ח׳ סימן ח׳ אות כ״ו, ושם האריך בענין שבועת אמת בבית דין.

אלו שמקפידים שלא להישבע שבועת אמת, אף אם הם אינם חכמים או עניים בית דין לא יטיל שבועה (וכך דייק מדבריו החקרי לב – לקמן אות טז).

ויש לעיין על פי דברי השו"ע (חו"מ סימן פ"ז סעיף י"ט) שכיום לא משביעים בשם אלא מטילים ארור שלא בשם (כנ"ל עמ' 163), מה החילוק בין הטלת שמתא בסתם לבין הטלת הארור, והרי בשני המקרים לא מדובר בשבועה בשם, ונתבע שאינו רוצה לקבל עליו ארור אף לא ירצה לקבל עליו שמתא בסתם, ואף שמסתבר שכדי שתחול על אדם 'שמתא בסתם' אין צורך בהסכמתו, שמא שמתא בסתם פחות חמורה בעיני בני אדם, וקצ"ע.

אמנם אף לדברי הרדב"ז מדובר רק בשבועת היסת, אבל בשאר שבועות חכמים או בשבועת התורה, לא מצאנו שהטלת שמתא סתם יכולה לפטור את הנתבע משבועה או מחיוב תשלומין אם לא רצה להישבע (ועיין לקמן בתשובת המהרי"ט באות ט' ובדברינו באות יג, ובתשובת בני אהרן באות יד ואילך ובחקרי לב באות טז).

<u>בְּעַל דִּין שֶׁאֵינוֹ רוֹצֶה לְהִישָּׁבַע / כַּפְיִית פְּשָׁרָה</u>

ט. שו"ת מהרי"ט חלק ב' חו"מ סימן פ"ד:

ולוי טען כי הוא מימיו לא נשבע ואיך ישבע עתה....
תשובה... ובזה יש מקום לדיין שכפהו לעשות פשרה[512], הואיל ולא רצה לישבע, אע"ג דלדידי חזי לי דכל שמחויב שבועה דרבנן כגון זה שהוא תפוס ועומד כיון דלא מחתי' לנכסיה כדאמרי' בפ' כל הנשבעים אלא משמתי' ליה ושבקי' ליה[513]. זה שנודע לכל שלא נשבע מעולם אפילו שבועה דב"ד לא משמתי' ולא מנגדי' ליה הואיל ואסור עליו לישבע דכמאן דקביל עליה דמי. ויש לי ראיה על זה ואין לי כאן להאריך.

[512] בפשטות הטלת פשרה מחייבת הסכמת שני הצדדים (שו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף ב'), אולם מצאנו שבית דין יכולים לכפות פשרה, בנידון בו אין הכרעה על פי דין כגון בשנים אוחזים בטלית (ב"מ דף ב.) או שתי

כלומר, אדם שלא נשבע מעולם נחשב כמי שקיבל על עצמו שלא להישבע, ולכן אסור לו להישבע. ונראה שמדובר במקרה שאותו אדם באו לידו מקרים של שבועה והוא נמנע מלהישבע, והוכח שהוא מהאנשים שאינם נשבעים. אבל אם מעולם לא הגיע לידו חיוב שבועה, אין הוכחה שהוא מאלו שאינם נשבעים[514], וממילא אין עליו איסור להישבע[515], ולפיכך אין לכפות פשרה. פשרה ניתן לכפות רק כאשר קיים איסור על המחוייב שבועה להישבע (ועיין בדברינו לקמן אות יד).

י. כפיית פשרה במקום בו המחוייב שבועה אסור לו להישבע, יש לעיין בה. שהרי אילו מחוייב השבועה היה חשוד על השבועה, הדין הוא שאם מדובר בשבועת התורה, הצד שכנגד נשבע ונוטל, ואם מדובר בשבועה מדבריהם פטור בלא שבועה והתובע יכול להטיל עליו חרם (שבועות דף מא., שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף י"ג). ובנידון של המהרי"ט מדובר בשבועה מדרבנן, ולכאורה אם במקרה של חשוד ניתן לפוטרו ללא שבועה ואין צורך להטיל עליו תשלום כפשרה, קל וחומר במקרה של אדם כשר שקיים עליו איסור להישבע אפילו על אמת, שיש לפוטרו ללא שבועה, ואין להטיל עליו חיוב תשלום כפשרה.

יתכן לישב, שמי שהוא חשוד על השבועה, אין לו דרך לצאת ממצבו, ולכן אין ברירה כי אם לפוטרו ללא שבועה, ולעומתו מי שהוא בר שבועה רק קיבל על עצמו (בתוקף של איסור שבועה) שלא להישבע, יכול להתיר את איסורו (על ידי

ספינות העוברות בנהר (סנהדרין לב: ועיין בהעמק דבר בתחילת פרשת משפטים ובשו"ת משיב דבר חלק ג' סימן י' ובשערי ישר שער ה' פרק י' ד"ה "והנה מה שבארנו"). אולם במקרה שלפנינו לא מדובר על פשרה הנובעת מאי הכרעת הדין, אלא להיפך הדין ברור רק שיש קושי בקיומו כי אחד הצדדים אינו רוצה להישבע, ועיין לעיל עמ' 52.

513 מי שאינו רוצה להישבע שבועה דרבנן (שתפטור אותו) ואינו רוצה לשלם, בית דין מנדים אותו אבל לא יורדים לנכסיו, וכנ"ל באות א'.

514 עיין שו"ת מהרשד"ם יו"ד סימן מ' ד"ה "ועוד אני".

515 המהרי"ט אינו מבאר כיצד חל האיסור על אותו אדם. ומקובל שכל דבר טוב שנהג בו אדם שלש פעמים הרי הוא כנדר, אבל אין לכך מקור מבורר בפוסקים (עיין בנוסח התרת נדרים שנאמר בערב ר"ה, ועיין בשו"ת מנחת יצחק חלק ה' סימן לד, שו"ת בצל החכמה חלק ד' סימן קס"א), אמנם אם מדובר במנהג של מצוה יתכן שהוא חל כבר בפעם אחת - עיין שו"ע יו"ד סימן רי"ד סעיף א'), ואכמ"ל. ומ"מ מוכח מדברי המהרי"ט שהנגה שלא להישבע יש בה צד מצוה, שאל"כ ההרגל שלא להישבע אין לו משמעות של נדר או שבועה (שהרי דבר רשות שאדם נמנע ממנו מספר פעמים אינו הופך להיות כנדר).

התרת נדרים ושבועות בפני שלשה דיינים) ולהישבע[516], וכיון שאינו רוצה להתיר את איסורו, ישלם.

יא. אמנם יש לעיין בעצם חידושו של המהרי״ט, שמי שהטיל על עצמו איסור להישבע יוכל לפטור עצמו בפשרה ולשלם חלק מחובו, והלא בעל דינו יטען שההנתבע ישבע או ישלם הכל (ומסתבר שבעל דינו יאמר שחבירו משקר ואם בית דין יטילו עליו שבועה, הוא יפחד להשביע לשקר ויאלץ להודות ולשלם הכל).

יתכן להציע שהמהרי״ט סובר כשיטות הסוברות שיש מעלה שכך שאדם אינו נשבע, וקיים עונש אף על שבועת אמת (לעיל אות א׳). ולכן מי שקיבל על עצמו שלא להישבע נוהג כשורה (אמנם אין זו מידת כל אדם, ולא כל אדם חייב לקבל על עצמו שלא להישבע, אבל מי שאינו נשבע, הרי הוא נוהג כשורה) ולכן אין לחייבו לשלם את הכל, והדיין יכול לכפות פשרה על הצדדים ולפטור את המחוייב שבועה ממלוא התשלום ולהטיל עליו חלק מהתשלום כפשרה (או ׳דמי פדיון שבועה׳), והצד שכנגד אינו יכול לטעון שהוא מעוניין בדין, כיון שאילו היה נעשה על פי דין, יתכן שהנתבע היה נשבע ולא היה מקבל התובע כלום.

אמנם, האמור לעיל (מאות י׳ ואילך) יסודו בכך שעל בית דין מוטלת חובה להטיל פשרה במקרה שלפנינו, אמנם עיין לקמן בדברי החקרי לב (אות טז) ממנו עולה ששיטת המהרי״ט היא שאין חובה להטיל פשרה במקרה שלפנינו, אולם אם הדיין הטיל פשרה, הוא נוהג כהוגן, אבל אין הכרח בדבר.

יב. כנ״ל, המהרי״ט דן על שבועה דרבנן. ויש לעיין מה הדין במקרה של שבועת התורה, כגון מי שעד אחד מעיד נגדו שהוא חייב שבועת התורה והוא אינו רוצה להישבע בטענה שמעולם לא נשבע (ועל פי המהרי״ט קיים עליו איסור להישבע), שלכאורה במקום בו חייבה תורה אדם שבועה אסור לאדם לקבל עליו איסור נגד

[516] עיין שו״ת מנחת שלמה חלק א׳ סימן צ״א, מעדני שלמה סימן ס״ב, ששבועה או נדר שאינם באים מחמת רצונו של האדם להישבע אלא מחמת מעשה טוב שנהג בו, לגביו מועיל מסירת מודעה שנהוג למסור בערב ר״ה לבטל את נדריו שידור מכאן ולהבא. ועל פי דבריו בנידון של המהרי״ט מדובר שלא מסר מודעה בערב ראש השנה.

דין התורה, וממילא יתחייב לשלם, אולם מאידך גיסא אם יש מעלה שלא להישבע, מעלה זו קיימת אף בשבועת התורה.

יתכן, שבמקרה של שבועת התורה, ברור שמי שאינו נשבע (כיון שהטיל על עצמו איסור שלא להישבע אפילו שבועת אמת), לא יוכל לפטור עצמו בלא כלום, ובית דין יוכל לכפות עליו פשרה. שהרי המהרי״ט כתב שבמקרה של שבועה דרבנן, יכול בית דין לכפות על הנתבע (שהטיל על עצמו איסור, וכנ״ל) תשלום מכח פשרה, למרות שבשבועה דרבנן אין בית דין יורדים לנכסי מי שאינו רוצה להישבע, וא״כ מי שחייב שבועת התורה כ״ש שיש לחייבו תשלום שהרי בית דין יורדים לנכסיו אם אינו נשבע. ושמא יש לומר לאידך גיסא, שבשבועת התורה מי שאינו נשבע ישלם הכל ולא תעמוד לו טענתו שקיבל על עצמו שלא להישבע, וכך נראה מדברי החקרי לב, לקמן אות טז, וצ״ע[517].

יג. מתשובת הרדב״ז (אות ח׳) למדנו שכשהתובע מערים, יכול בית דין לפטור את הנתבע (חכם, עני או כל מי שאינו רוצה להישבע כיון שהוא בעל תורה ובעל מעשים) ללא שבועה, והרדב״ז לא הטיל על הנתבע לשלם פדיון דמי שבועה, אבל מטילים שמתא על מי שחייב לחבירו.

אולם המהרי״ט שכתב שבית דין יכפו את הנתבע (שאסר על עצמו להישבע) לשלם כפשרה, תמורת אי שבועתו, מדבר על מקרה בו בית דין לא גילו שמדובר בהערמה, ולכן קיים חיוב שבועה, ורק מי שאינו רגיל להישבע והדבר אצלו כאיסור, בית דין יכפו עליו לשלם מכח פשרה. ולדברינו אין מחלוקת בין הרדב״ז למהרי״ט, כיון שאינם מדברים על אותו מקרה (ואמנם עיין בחקרי לב באות טז).

<u>תְּשׁוּבַת הַבְּנֵי אֲהָרן / מִי שֶׁיֵּשׁ לוֹ עָוְוֹאָה מֵאֲבִיו שֶׁלֹּא יִשָּׁבַע / חֵרֶם בְּמָקוֹם שְׁבוּעָה / בְּמֻצִיאוּת כְּיוֹם שְׁבִית דִּין אֵינָם מַשְׁבִּיעִים אֶלָּא רַק מַטִּילִים אָרוּר</u>

[517] ושמא גם בשבועה דרבנן של הנשבעין ונוטלין, לא יוכל להוציא ללא שבועה, וצ״ע.

יד. שו״ת בני אהרן (הרב אהרן לפפא[518]) סימן ק׳:

ראובן יש לו צוואה מאביו שלא ישבע בימיו על שום דבר שבעולם. וקרה לו מקרה כי נעשה שותף עם שמעון ומת שמעון ובאים יתומים להשביעו שבועת השותפין כיצד יעשה כדי שלא יכשל בצוואת אבותיו.

יש לעיין האם בן מחוייב לצוואת אביו שלא להישבע. בפשטות אין תוקף לציוויו של האב, שהרי צוואה יכולה להיות תקפה ביחס לרכושו של האב, אבל לא ביחס למעשיו של הבן. ואף מצות כיבוד אב ואם אין כאן, שהרי אין הדבר נוגע לאב אלא לבן בלבד. אמנם מסתבר שיש מעלה לשמוע בקול אביו ואפילו אחרי מותו.

ומכאן, שעל פי עיקר הדין מותר לראובן להישבע, אמנם אם ראובן קיבל על עצמו שלא להישבע מפאת דברי אביו, או שמחמת ציווי אביו נמנע מלהישבע במקרים אחרים, יש בדבר משום נדר או שבועה וכדברי המהרי״ט (לעיל אות ט׳, על פי השיטות שאין מצוה חיובית בעצם השבועה). אולם מגוף דברי הבני אהרן אין הוכחה מה הוא המקרה הנידון, ומכל מקום ראובן אינו רוצה להיכשל בצוואת אביו – ועיין לקמן בתשובתו.

דבר זה לא מצאתיו מבואר בשום פוסק כעת. לבד מצאתי בתשובת מוהר״ר בן זמרא ז״ל... ע״כ[519].

---

[518] בתחילת הספר (בדף המתחיל ״הודו לה׳ כי טוב״) נאמר שהיה תלמידו של המוהרי״ט, חתנו של הרב שלמה אלגאזי בעל הגופי הלכות והליכות אלי (עי״ש בהסכמה) והיה ממחרימיו של שבתי צבי (ספר אבן התועים עמ׳ 16). ובשם הגדולים בערכו כתב: ״ובעיר איזמיר ראיתי שיטות מקובצת מהרב כ״י שעשה מלאכה הרב בצלאל אשכנזי״ ובערך ר׳ בצלאל אשכנזי (בעל השטמ״ק) כתב בשם הגדולים: ״ועתה מקרוב נדפסו שטמ״ק עמ״ס בתרא ועל נזיר ואני מסתפק אם הם מקובצות מהרב בצלאל לפי ששמעתי מחד גברא דשיטות אלו הנמצאות בעיר איזמיר הם שיטות מקובצות מהרב מ׳ אהרן לפפא... שגם הוא עשה מעין פעולות הרב בצלאל...״. ועיין ישורון ד׳ עמ׳ תשכ״ו במאמרו פרופ׳ יעקב שפיגל, שהוכיח ששטמ״ק לב״ב אינה משל ר׳ אהרן לפפא.

[519] עיין בלשון תשובת הרדב״ז לעיל אות ח׳.

וכיון שכן גם בנד״ד דיש לו צוואה מאביו אין ראוי להעבירו על צוואתו ויחרימו עליו אם יש לו משל חבירו כלום, ומה גם בזמן הזה חמירא להו לאינשי חומרא טפי משבועה, ואף אם תרצה לומר דמה שאומר הוא שיש לו צוואה מאביו שלא ישבע שקר הוא דובר, מ״מ כיון שמחמיר על עצמו שאינו רוצה לישבע יהיה מצד מה שיהיה, אין ראוי להשביעו רק יחרימו כמ״ש הרב הנזכר על בעלי מעשה[520].

הרדב״ז (לעיל אות ח׳), דן על מקרה בו התובע מערים ולפיכך הסתפק בחרם במקום שבועה, לעומת זאת בדינו של הבני אהרן, אין הערמה מצידם של היתומים, ולכאורה אין להביא ראיה מדברי הרדב״ז. וקצ״ע מדוע לא הביא ראיה מדברי המהרי״ט (אות ט׳) שהם קרובים יותר לדבריו של בעל הבני אהרן[521]. אמנם הבני אהרן מרחיב יותר מהמהרי״ט, כיון שהמהרי״ט התיר רק במקרה בו על הנתבע חל איסור להישבע, ואילו הבני אהרן התיר אפילו במקרה בו הנתבע רק רוצה להחמיר על עצמו ולא להישבע.

אמנם לשיטת הבני אהרן הטלת החרם חמורה לאנשים יותר משבועה, ויש בה כדי להרתיע את הדובר שקר אף יותר משבועה, למרות שעל פי גדרי הדין חומרת השבועה גדולה יותר (ועיין בדברי החקרי לב לקמן אות טז).

טו. המשך תשובת הבני אהרן:

הגם הלום ראיתי בהגהות מרדכי סוף שבועות הביאה הרב ב״י טור ח״מ סימן פ״ז, אם חייבו בית דין לאדם לישבע אין רשאי ליפטר בחרם אך נהגו העולם לשום חרם במקום שבועה, עד כאן[522]. וכיון שכן בנ״ד דיש לו צוואה, עבדינן כמנהג העולם שכתב הוא ז״ל.

---

[520] ובהמשך דבריו כתב, שהוא עצמו מכיר את ראובן שהוא ירא ה׳ וכו׳. ועיין מש״כ על כך בחקרי לב, חו״ב ח״ב סימן קנ״ט עמ׳ רנ״א עמ׳ ג׳ ד״ה ״ואף שראיתי״ ובעמ׳ רנ״ו ד״ה ״עוד״.

[521] ועיין הערה 518 לגבי רבו של הבני אהרן. וכך הקשה החקרי לב על הבני אהרן, לקמן אות טו.

[522] לשון הב״י חו״מ סימן פ״ז: ״כתוב בהגהות מרדכי סוף שבועות (ט ע״ד) אם חייבו בית דין לאדם לישבע אין רשאי להיפטר בחרם אך נהגו העולם לשום חרם במקום שבועה...״.

ונראה, שעל פי דברי הגאונים ועל פי דברי השו״ע שכיום לא משביעים בשבועה בשם אלא בארור ובכינוי (לעיל עמ׳ 158[523]), ודאי שמנהג העולם מבורר יותר, שהרי כל שבועה כיום היא למעשה הטלת חרם ואמירת ארור.

ולדברינו, על פי השו״ע והבני אהרן, כיום אין מציאות של אדם שאינו רוצה להישבע שהרי בית דין כלל לא משביעים אלא רק מטילים חרם וארור כתחליף לשבועה. ויש לעיין על מה דנו הפוסקים שדנו על חרם במקום שבועה, והרי אין מציאות של שבועה .

ושמא לא כל הפוסקים מסכימים עם דברי השו״ע, ועוד שמא יש אנשים שאף אינם רוצים שיטילו עליהם חרם, אולם לאנשים כאלו אין פתרון על פי שיטת הרדב״ז והבני אהרן, והם עצמם לא חששו למציאות שכזו, ונראה שלאנשים אלו בית דין יתאמצו להטיל פשרה, וצ״ע.

שִׁיטַת הַחקְרי לֵב / חרם או פשרה כתחליף לשבועה

טז. החקרי לב, חו״מ חלק ב׳ סימן קנ״ח דן על אדם שנדר על עצמו שלא להישבע. ולכן כאשר מספר פעמים חוייב שבועה בבית דין לא נשבע ושילם[524]. וכאשר העריכו את ממונו כדי לשלם ממנו מס, טען ראובן שהעריכו את רכושו בסך גבוה ממה שיש לו באמת, והקהל אומרים שישבע ויפטר, אבל הוא טוען שמעולם לא נשבע ורוצה לפטור עצמו ללא שבועה. והאריך החקרי לב בדינו של מי שהוא מחוייב שבועה ואינו רוצה להישבע, ועל פי בירורי הסוגיות העלה שאם אינו רוצה לשלם, ישבע.

אבל הוא עצמו (עמ׳ רנא ד״ה ״אמנם״) מביא כנגד דבריו את דברי המהרי״ט (לעיל אות ט׳) שכתב שמי שהטיל על עצמו איסור שבועה אין לנדותו על כך

---

[523] ובדברי התוס׳ בעמ׳ 418.

[524] כלומר, בית דין לא הטיל פשרה כפדיון לשבועה אלא חייב אותו לשלם את כל דמי השבועה, ולא כפי שעולה מדברי המהרי״ט לעיל באות ט׳, שדיין יכפה שבועה במקרה זה, ועיין לקמן.

שאינו מוכן להישבע, שהרי אסור לו להישבע, ולכן יפטר בלא כלום. וכתב שם החקרי לב:

וכתב שם החקרי לב:

> אמנם ראיתי להרב הגדול מהרימ״ט... שכתב על נדון זה ממש שנתחייב לוי שבועה דרבנן[525] ולא רצה להישבע באומרו כי לא נשבע מימיו... ושפיר אמרינן דכיון דהוי שבועה מדרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול להישבע משלם ואינו נשבע ואינו משלם ומלבד דלא נחתינן לנכסיה לא משמטינן ליה וכמ״ש מהרימ״ט ז״ל.
>
> אשר מזה תמהני על הרב בני אהרן... ולהרב מהר״מ עוזיאל ולמרן זקני הרב עין יהוסף ז״ל בתשו׳ כ״י אשר בידי שנשאל להם על נדון כזה ממש ולא העלו על שפתותיהם דבר מהרימ״ט הללו... שאינו נשבע ואינו משלם, ואילו הרבנים הנז׳ לא פטרו את הנתבע אלא בהטלת חרם וקשה שלא ראו דברי מהרימ״ט הנז׳ שלא חייבו אפילו חרם.

דברי החקרי לב לכאורה תמוהים שהרי הוא השמיט את המשך דברי המהרי״ט שכתב שדיין שכפה פשרה במקרה זה נהג כהוגן (עיין לעיל אות ט׳). ונראה, שהחקרי לב סובר, שהטלת פשרה במקרה זה אינה הכרחית, אלא אפשרות בלבד[526], ולכן דיין שהטיל פשרה אפילו בעל כרחם של הצדדים נהג כהוגן אבל הדבר מסור לשיקול דעתו של הדיין ואינו חייב לנהוג כך, וצ״ע.

בהמשך דבריו (עמ׳ רנא ד״ה ״והרב בני אהרן״) מציין החקרי לב לתשובת הרדב״ז (לעיל אות ח׳) ודייק מדבריו:

---

[525] משמע, שדוקא בשבועה דרבנן כך הדין, ועיין בדברינו באות יב.

[526] עיין לעיל בלשון המהרי״ט, ואולי ניתן לדייק זאת מדבריו.

> והרב בני אהרן הביא ראיה לדינו... ממ״ש הרדב״ז בתשובה סימן רי״א דאם הדיין רואה שהתובע מערים... יכול לסלק מעליו השבועה ומ״מ מחרימין סתם על מי שחייב לחבירו ואינו מודה... ודבר גדול הוא זה שהרי בעלי תורה ובעלי מעשה אינם רוצים לישבע... והמדקדק היטב בדברי הרדב״ז יראה דהיא ראיה חותכת דהרי כשהבעלי תורה אינם רוצים לישבע בבית כתב הרב דמחרימין חרם סתם וסגי בזה שלא יאכלו הרמאים את יגיעם... וא״כ נמצא מדבריו דנפטר הוא מהשבועה בחרם סתם, והוא הדין לנידון דידן דזה אינו רוצה לישבע כיון שלא נשבע מעולם, והיינו מצד מידת חסידות הוה ליה כאנשי מעשה שכתב הרדב״ז שאינם רוצים לישבע דמחרימים חרם סתם...

על פי דברי החקרי לב, אין הכרח שאותו אדם שאינו רוצה להישבע, יש עליו איסור שלא להישבע (כפי שעולה מדברי המהרי״ט - לעיל אות ט׳) ואפילו או הוא רק רוצה להחמיר על עצמו, בית דין יקבלו את דבריו (וכפי שדייקנו מדברי הבני אהרן לעיל[527]), אבל יטילו עליו חרם. ומסתבר, שבית דין ידקדקו היטב ויבדקו שהחומרא שהוא מטיל על עצמו היא אמיתית, ואינה נסיון להתחמק משבועה.

יז. העולה מדברי החקרי לב, שמי שאינו רוצה להישבע שבועה דרבנן כיון שמחמיר על עצמו שלא להישבע אפילו שבועת אמת, בית דין לא יכפו עליו להישבע, והוא פטור ללא שבועה, אבל בית דין יטילו חרם סתם על מי שחייב ממון לחבירו (ולשיטת הבני אהרן הטלת חרם מרתיעה אנשים יותר משבועה – לעיל אות יד), ואין חובה על הדיין להטיל על הנתבע דמי פדיון שבועה כפשרה, אבל אם ירצה הדיין לכפות פשרה כנגד השבועה, מותר לו.

פְּשָׁרָה תְּמוּרַת שְׁבוּעָה / שׁוֹתֵף שֶׁנִּתְפַּשֵּׁר לְלֹא הִסְכְּמַת שׁוֹתְפוֹ

יח. בשו״ת שואל ומשיב, מהד׳ רביעאה, חלק ב׳ סימן פ״ח בסוד״ה ״הנה נשאלתי״

[527] וכך כתב החקרי לב בהמשך דבריו בד״ה ״וכן ראיתי״ בשם מהר״י עוזיאל כת״י.

דן על מקרה בו שותף לוה על צד היתר עיסקא לצורך השותפות, והעסק הפסיד. בית דין הטילו על השותף להישבע, והוא לא רצה להישבע בטענה שלא נשבע אפילו שבועת אמת, והוא רוצה להתחלק בתשלום עם שותפו, וכתב שם בשם שו"ת השיב משה חו"מ סימן פ"ח, שהשותף פטור מלשלם את מחצית הסכום[528]. ובד"ה "והנה" כתב השו"מ:

> ... ואמרתי בפשיטות דלדעתי כל שותף מחוייב להיות חייב כל היזקות שיגיע לשותף השני, וגם זה בכלל היזק כיון שא"צ לשבע, וכל איש הירא יחרד לדבר ה' אינו רוצה לישבע אף באמת, אדעתא דהכי נחתו לשותפות, שאם יוכל להתפשר בעד השבועה גם חבירו יכנס בזה ההיזק...

> וע"כ נלפענ"ד ברור דכשותפים הם שאדעתא דהכי נחתו שאם יארע איזה היזק או קלקול שחייבים שניהם כל שזה לא פשע וא"כ גם שבועה הכל יודעים שיהודים הם אשר בכלל דת יהדות בורחים אף משבועת אמת ומתפשרים בכל מה שיוכלו פשיטא דלא הוה מציל עצמו בממון חבירו...[529].

מדברי השו"מ וההשיב משה עולה, שבית הדין שבפניו הגיעה טענת הנתבע שמעולם לא נשבע. לא נקט כשיטות שהוזכרו לעיל, שמי שמחמיר על עצמו שלא להישבע בית דין יפטרו אותו ללא שבועה (עם הטלת חרם), אלא חייב אותו לשלם, והשאלה היא האם על השותף לשאת בהוצאות, אבל העובדה ששותף רוצה להחמיר על עצמו אינה מחייבת את שותפו לצאת בהוצאות, אא"כ ידוע

---

[528] עי"ש בהשיב משה שדן מדין דינא דגרמי ומדין מציל עצמו בממון חבירו. ונראה שהתשלום שהתחייב לשלם הינו מדין פשרה וכפי שכתוב בנוסח שטרי היתר עיסקא, שאם לא ירצה להישבע, יכול לפדות את השבועה בסך מסויים שקובעים ביניהם, וסך זה הינו פשרה (דמי פדיון שבועה) שהוסכמה מראש. ולכאורה, במקרה של שטר הית"ע שמעיקרא כתוב בו שניתן להתפשר על סך מסויים, טענתו של השותף שחבירו יתחלק עימו בתשלום היא טענה חזקה כיון שמעיקר הוזכרו שתי האפשרויות, וצ"ע, ושמא נוסח שטר ההית"ע היה שונה.

[529] ועי"ש כתב שבלא"ה קשה להישבע שבועה זו, שמא אף שהפסיד בעסק זה, הרויח בעסק אחר, ולולי המעות הללו לא היה יכול להרויח בעסק האחר. והרי הוא לשיטתו במהדורה קמא, חלק ג' סימן ק"ט, לגבי היתר עיסקא של מלמד אחד, עי"ש ועיין בחוברת שיעורי ריבית חלק ב', בהוצאת בית ועד לתורה גבעת שמואל, עמ' 142.

שעל דעת כך השתתפו[530].

סיכום

יט. העולה מהאמור לעיל:

- בית דין לא יטיל שבועת היסת על הנתבע כאשר התובע מערים, והנתבע יפטר ללא שבועה (אות ב') ומדברי הרדב"ז נראה שכך הדין בכל שבועה דרבנן (אות ח').
- יש כח ביד הנתבע לתבוע שבית דין יטיל חרם על המשביע, כדי למנוע ממנו להשביע את הנתבע (אות ה').
- בית דין שרואים שמי שעומד בפניהם הוא מאלו שמקפידים (או אסרו על עצמם) שלא להישבע אפילו שבועת אמת, מדברי המהרי"ט נראה שבית דין יפטור אותו ללא שבועה ויכפה עליו פשרה (מהרי"ט – אות ט'), ומדברי החקרי לב נראה שבית דין אינו חייב לכפות על פשרה, ויכול לפוטרו בלא כלום אבל יטיל חרם על מי שחייב לחבירו ואינו משלם (אות טז).
- בשו"ת בני אהרן חידש שבמציאות שלנו אנשים חוששים מחרם יותר משבועה וזו הסיבה שניתן להטיל חרם במקום שבועה (אות יד).
- בשו"ת חת"ס (עמ' 184) ובשו"ת שו"מ והשיב משה, מוכח שאנשים עושים מאמץ כדי לא להישבע ומשתדלים להתפשר אבל בית דין אינו פוטר מתשלום מי שאינו נשבע (אות יז).

[530] ועיין שו"ת רב פעלים חלק ב' חו"מ סימן ו', שציין לתשובות הנ"ל. ובכל הענין עיין בשו"ת ציץ אליעזר חלק ח' סימן ח' ובדבריו שם בשם שו"ת אבן יקרה ח"א חו"מ סימן ו'. ועיין גם במאמרו של הרב שלמה שפירא בשורת הדין י"ג: "פשרה כדי להימנע משבועה" (לגבי סכום השבועה) ודן שם בשיטת הדברי מלכיאל חלק ב' סימן קל"ג. וע"ע במאמרו של הרב שלמה לוי בתחומין חלק יב עמ' 327 ואילך: "הטלת פשרה במקום חיוב שבועה". ואכמ"ל בדין שבועה בכתובה, עיין בהרחבה בספר משפט הכתובה.

תּוֹבֵעַ שִׁישׁ עַד אֶחָד לְטוֹבָתוֹ

הַקְדָּמָה / עִיקַּר דִּינוֹ שֶׁל עֵד אֶחָד / עֵד אֶחָד בְּמָמוֹנוֹת

א. דברים פרק י"ט פס' ט"ו:

לֹא יָקוּם עֵד אֶחָד בְּאִישׁ לְכָל עָוֹן וּלְכָל חַטָּאת בְּכָל חֵטְא אֲשֶׁר יֶחֱטָא[531]
עַל פִּי שְׁנֵי עֵדִים אוֹ עַל פִּי שְׁלֹשָׁה עֵדִים יָקוּם דָּבָר.

הגמ' בשבועות דף מ. (וכתובות פז:) דורשת את הפסוק:

דכתיב, (דברים י"ט) לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת, לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, אבל קם הוא לשבועה[532].
ותניא, כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון, עד אחד מחייבו שבועה[533].

---

[531] בספרי כאן נאמר: "לא יקום עד אחד באיש אין לי אלא דיני נפשות למכות מנין ת"ל לכל עון, לקרבנות מנין ת"ל לכל חטאת להעלות מן הכהנה ולהוריד מן הכהנה מנין ת"ל לכל חטא, לדיני ממונות מנין ת"ל אשר יחטא". ועיין בספרי לגבי דין שבועה ובק"ו של ר' יוסי.

[532] הגמ' אינה מבארת כיצד היא הגיעה למסקנה שעד אחד קם לשבועה. ונראה ששבועה היא היכולת של הנתבע להכחיש את דברי העד, וכיון שמדיוק הפסוק מוכח שעד אחד אינו קם לדברים מסויימים וא"כ מסתבר שלדבר אחר הוא קם, על כרחנו כוחו של עד אחד לחייב את הצד שכנגד להגיב על דבריו, והתגובה תהיה לא בדיבור בעלמא, כיון שכל נתבע מכחיש את המעיד נגדו, אלא בכח נאמנות שנתנה לו תורה (בשומר, במודה במקצת) והיינו שבועה.
ועיין שו"ת הרא"ש כלל ק"ז סימן ג', שמשמע מדבריו שבמציאות בה אין מי שישבע כנגד עד אחד, אין לקבל את עדותו. כלומר, מי שעד אחד העיד כנגדו, עליו להישבע ואם לא ישבע - ישלם, אבל במציאות בה אין מי שישבע נגדו, עדות העד אינה מתקבלת. ויש מקום לדמות לדין "ברי גרוע" שבו אין הצד שכנגד יכול להכחיש את הטוען ברי - עיין עמ' 52.
ועיין לקמן אות י' בביאור הפסוק על פי שיטת התשב"ץ והריב"ש, ונראה שנחלקו בדרך הלימוד מהפסוק.

[533] עיין במהר"ם שיף כאן שדן מה מוסיפא הברייתא על עיקר הדין. ועיין שו"ת משפטי עוזיאל ד' חו"מ סימן כ"ב, וציין שם לנו"ב תנינא אבהע"ז ע"ו. ועיין ספרי על הפסוק ותוספתא שבועות פרק ה' הל' ג' ובמנחת ביכורים שם. ובביאור התוספתא עיין גם בשו"ת נו"ב קמא אבעה"ז סימן ל"ג. והרמב"ם בפרק א' מהלכות טוען ונטען הלכה א' כתב: "ומפי השמועה למדו שכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון, אחד מחייבו שבועה, וכן למדו מפי השמועה שעד אחד לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה". ויש לעיין בכפל לשונו. ועיין בדברי קונטרסי השיעורים בהערה 570. ועוד ניתן להציע, שהברייתא יכולה לסייע לדעה הסוברת שעד אחד מועיל רק לטובת התובע ולא לטובת הנתבע (עיין לקמן עמ' 52 ואילך), כלומר, למרות שהפסוק אינו מציין לטובת מי בא העד, הברייתא מדגישה שמדובר בעד שמעיד לטובת התובע, והשיטה הסוברת שעד אחד מועיל גם לסייע לנתבע להיפטר משבועה, תסבור כאחד מההסברים האחרים.
ועיין לקמן בעמ' 52 בדברי הריטב"א בקידושין דף כז: שכתב שעד אחד מחייב ממון אפילו אם התובע טוען

עד אחד מחייב את הנתבע שבועה בתביעת ממון, אבל בתביעות בהם אין משמעות לעדותו אסור לעד אחד לבוא ולהעיד על מעשה שנעשה, כיון שדבריו הינם הוצאת שם רע בעלמא, כמבואר בגמ׳ בפסחים דף קיג: :

כי הא דטוביה חטא, ואתא זיגוד לחודיה ואסהיד ביה קמיה דרב פפא. נגדיה לזיגוד[534].
אמר ליה, טוביה חטא וזיגוד מינגד. אמר ליה, אין, דכתיב (דברים יט) לא יקום עד אחד באיש ואת לחודך אסהדת ביה, שם רע בעלמא קא מפקת ביה[535].

ב. אף שעד אחד אינו מתקבל בבית דין (חוץ מחיוב שבועה בעדות ממון, ועדות סוטה, עגלה ערופה ועדות אשה שמת לה בעלה[536]), עד אחד נאמן באיסורים[537]. משמע, שאין אנו חוששים שהוא משקר, שאילו היה חשש שקר, לא היה ניתן לקבל את דבריו באיסורים[538], ולא רק זאת אלא שדבריו מתקבלים מחוץ לבית דין וללא דרישה וחקירה (אמנם עיין אות יב).

כלומר, בבית דין תורה גזרה שאין לקבל כי אם שני עדים, ואילו באיסורים תורה סמכה על עד אחד, ויש לעיין מה טעם החילוק[539].

טענת שמא, וראייתו מלשון הגמ׳ שלפנינו, שהרי הוא כמו שני עדים.

[534] טוביה חטא. זיגוד בא להעיד על כך בפני רב פפא, ורב פפא הלקהו, כיון שהוא הוציא שם רע.

[535] וכך פסק גם הרמ״א להלכה בחו״מ סימן כ״ח סעיף א׳: ״ועד אחד לא יעיד אלא בדבר ממון שמביא אחד לידי שבועה, או בדבר אסור ואפרושי מאיסורא, אבל אם כבר נעשה האסור, לא יעיד, דאינו אלא כמוציא שם רע על חבירו. אמנם שליח בית דין חייב לומר את דבריו בפני בית הדין (כגון, שפלוני מסרב לבוא לדין) ולמרות שהוא עד אחד, אין בדבריו משום איסור לשון הרע – רמב״ם פרק כ״ה מהלכות סנהדרין הל׳ ו׳.

[536] רמב״ם פרק ה׳ מהלכות עדות הלכה א׳, ובעדות אשה העד כשר מדרבנן.

[537] גיטין דף ב:, יבמות פז:, רמב״ם פרק י״א מעדות הל׳ ז׳, שו״ע יו״ד סימן קכ״ז סעיף ג׳, קי״ט סעיף א׳ (אא״כ הוא חשוד). ואף נידה נאמנת על עצמה למרות שיש לה נגיעה בדבר ומדובר באיסור כרת – שו״ע אבהע״ז סימן קפ״ה, ואכמ״ל.

[538] לכאורה היה מקום לדחות את דברינו, שהרי לעדותו של אחד אחד באיסורין יש מיגבלות, וכדברי הרמ״א ביו״ד סימן קכ״ז סעיף ג׳, שנאמן להתיר רק בדבר שבידו לתקן. אמנם, סו״ס הוא נאמן להעיד ואנו סומכים עליו שהוא תיקן או יכול לתקן. ומכל מקום עצם העובדה שעדותו של עד אחד מתקבלת למרות שיש לה סייגים מלמדת על כך שדבריו אינם דברי שקר. ואף שבעד אחד נקטו חכמים לשון נאמנות ואילו בבית דין מדובר על עדות, והיה מקום לומר שמדובר בסוגים שונים של דיבור, מכל מקום דבריו מתקבלים. ועיין באות י׳ לקמן.

[539] בקונטרסי השיעורים ב״מ סימן ב׳ אות ג׳ ד״ה ״אשר נראה״, כתב שיש חילוק בין איסורין בהם תורה נתנה

ערוה"ש חו"מ סימן ל' סעיף ל"ב:

> עד אחד אינו מועיל לשום דבר לא בדיני נפשות ולא בדיני ממונות, ורק מחייב שבועה...
> ובכל האיסורין עד אחד נאמן בדבר שבידו אף שיש בזה חזקת איסור שהרי תורה האמינתו לכל איש מישראל שאומר שהפריש תרומה מכרי זה ושבהמה זו נשחטה בכשרות, ובדבר שאין חזקת איסור נאמן גם במה שאין בידו, רק בנפשות ומלקות ולהוציא ממון אין עד אחד נאמן...

עד אחד אינו נאמן בנפשות ובמלקות, ואף שהדבר גזרת הכתוב, יש מקום לומר שטעם הדבר הוא שחומרת נפשות ועונש הגוף גורמת לכך שאין לסמוך על עד אחד. ובממונות, עדותו של עד אחד אינה מספקת, כיון שמדובר על הוצאת ממון מיד המוחזק, וכדי להוציא ממון יש צורך בשני עדים.

<u>כֹּחוֹ שֶׁל עֵד אֶחָד/ מַהוּת עֵדוּתוֹ שֶׁל עֵד אֶחָד</u>

ג. על פי האמור לעיל עד אחד בדיני ממונות, יש בו חידוש שדבריו מתקבלים 'לחצאין' ומאלצים את החייב להישבע כנגדו, ואם לא ישבע, ישלם ובית דין ירדו לנכסיו לגבות את החוב (שבועות מא.). אבל עדותו כשלעצמה אין בכוחה להוציא ממון. ועל פי דברי ערוך השלחן, הטעם הוא שמדובר בהוצאת ממון מחבירו, ואין להוציא ממון ללא שני עדים. ונראה שניתן להציע שתי אפשרויות לגבי כח דיבורו של העד[540]:

- עד אחד מחייב שבועה. חיוב הממון הוא תשלום "דמי פדיון שבועה" או שחיוב הממון הוא דרך לאלץ אותו להישבע, ואם לא נשבע הוכח שמודה

נאמנות לעד אחד, לבין ממון בו עד אחד אינו נאמן בדבריו אבל יש לו כח להטיל שבועה, וא"כ לשיטתו לא נוכל ללמוד נאמנות עד אחד מאיסורים לממונות, ועיין לקמן הערה 570.

[540] עיין בהצעת הציץ אליעזר בהערה 570.

לדברי העד או שהשבועה היא זכות שזיכתה תורה לתובע שהביא עימו עד אחד (עיין לקמן אות ו').

- העד מחייב ממון, רק שלנתבע יש זכות לפטור את עצמו מתשלום הממון על ידי שבועה.

מפשט לשון הגמ' הנ"ל נראה כאפשרות הראשונה (אות א' – עי"ש), וכך נראה גם מדברי הגמ' בסנהדרין דף ל. :

עד אחד, כי אתי לשבועה אתי - לממונא לא אתי[541].

ד. בפשטות שתי האפשרויות שהוזכרו לעיל הינם דיון של הגמ' במסכת שבועות דף לב. בביאור מחלוקת ת"ק ור' אלעזר בר' שמעון, בדינו של עד אחד שנשבע שבועת שקר שאיננו יודע את העדות שנתבקש להעיד עליה, האם חייב העד קרבן משום איסור שבועת העדות (ושני עדים שנשבעו שאינם יודעים חייבים קרבן):

דתניא, משביע עד אחד, פטור. ור' אלעזר בר' שמעון מחייב.
לימא בהא קמיפלגי, דמר סבר, עד אחד כי אתא,לשבועה הוא דקא אתא (רש"י: אם מעיד עליו שהוא חייב מנה אינו מחייב ממון אלא שבועה לפיכך אין הגדתו חשובה), ומר סבר, עד אחד כי אתא לממונא קא אתא (ודריש קרא הכי לכל עון ולכל חטאת דהיינו למכות ועונשין הוא דאינו קם אבל קם הוא לממון).
ותיסברא... אלא, דכ"ע עד אחד כי אתי לשבועה קא אתי, והכא בהא קמיפלגי מ"ס דבר הגורם לממון כממון דמי ומ"ס לאו כממון דמי[542].

על פי שיטת רש"י מתחילה סברא הגמ' שלדעת ת"ק עד אחד קם לשבועה, ואילו

---

[541] בגמ' בב"מ דף ג: "ומה עד אחד שאין מחייבו ממון מחייבו שבועה". ועיין בדברי ריב"ם בתוס' ב"ב דף לד. ד"ה "הוי", שכתב: "דכיון דאיכא עד אחד המחייבו שבועה מן התורה כן הוא הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם...". ועיין חקרי לב חו"מ סימן י"ג ד"ה "הנה מתבאר" וד"ה "הן אמת".

[542] כלומר ת"ק סובר שדבר הגורם לממון לאו כממון דמי ולמרות שאם הנתבע לא ישבע הוא יחוייב ממון, עדותו של העד היא רק דבר הגורם לממון ולכן אין לחייבו קרבן שבועה (שקרבן שבועה בא רק במקרה בו העד לא העיד עדות ממון), וכשיטת ת"ק פסק הרמב"ם בפרק י' מהלכות שבועות הלכה ה': "היה עד אחד וכפר והשביעו, פטור משבועת העדות שאין עדות עד אחד מחייבת ממון".

לר״א בר׳ שמעון עד אחד בכוחו לחייב ממון, כיון שהוא דורש את הפסוק בדרך שונה מדרשת הגמ׳ בשבועות דף מ. (לעיל אות א׳), ואין אפשרות לנתבע להישבע כנגד דברי העד כיון שבממונות די בעד אחד. אולם מסקנת הגמ׳ היא שלכו״ע עד אחד מחייב שבועה ועל פי שיטת רש״י פירוש הדבר הוא ״שאינו מחייב ממון אלא שבועה״ והיינו כאפשרות הראשונה באות ג׳. אמנם, על פי רש״י אין בגמ׳ דעה הסוברת כאפשרות השניה שבאות ג׳ (חיוב ממון שניתן להיפרט ממנ ו ע״י שבועה), כיון שעל פי ההו״א עד אחד שמחייב ממון חיובו הוא חיוב מוחלט ואי אפשר להישבע כנגד דבריו.

ה. הר״י מיגא״ש בחידושיו למסכת שבועות דף לב. (ובעקבותיו הרשב״א), דוחה את הסברו של רש״י לשיטת ר׳ אלעזר בר׳ שמעון (שעד אחד מחייב ממון ואי אפשר להישבע כנגדו), והוא מבאר:

> ודייקינן לימא בהא קא מיפלגי דמר סבר עד אחד כי אתי לשבועה קא אתי הילכך כי כפר לאו עדות ממון כפר אלא עדות שבועה, ואכפירת עדות ממון הוא דחייב רחמנא, אכפירת עדות שבועה לא חייב רחמנא. ומר סבר עד אחד כי אתי לממון אתי שהרי עדותו ראויה שתצטרף עליה עדות אחרת ויתחייב בה הנתבע ממון.

על פי שיטתו של הר״י מיגא״ש, הגמ׳ כלל לא העלתה בדעתה שר׳ אלעזר בר׳ שמעון סובר שיש כח ביד עד אחד להוציא ממון[543], אלא לכו״ע נתבע שישבע כנגד דברי העד עדותו מתקבלת, ולשיטתו מעיקרא הגמ׳ סברא שהמחלוקת בין ת״ק לר״א בר״ש היא בשתי האפשרויות שהועלו באות ג׳, והמסקנה היא כאפשרות הראשונה, שעד אחד קם לשבועה[544]. וכך פסק הרמב״ם להלכה בפרק

---

[543] לשון הרשב״א שם: ״ולא נהירא דנשוה להרי מקשה טועה גמור״. כלומר, לא יתכן שהמקשה טועה לסבור שעד אחד מחייב ממון, והוא דורש את הפס׳ שלא כפי דרשת הגמ׳ בשבועות דף מ. הנ״ל. ובפורת יוסף בסוגייתנו כתב, שאם פשט הגמ׳ כדברי רש״י הגמ׳ היתה צריכה לנקוט: ״מר סבר עד אחד מחייב ממון ומר סבר עד אחד מחייב שבועה׳ ואילו הגמ׳ לא נקטה שהוא מחייב ממון אלא ״כי אתא לממונא קא אתא״, כלומר עיקר עדותו עדות ממון, אבל יש כח ביד הנתבע להישבע ולהיפטר.

[544] עיין בלשונו של הרמב״ם בהערה 542. ובגמ׳ בב״ק דף קיג: נאמר, שישראל שיודע עדות לגוי והעיד על כך בדיניהם ״משמתינן ליה, מאי טעמא, דאינהו מפקי ממונא אפומא דחד סהדא״. ובגליוני הש״ס בשבועות דף לב. כתב, שטעם הדין הוא, שעד אחד קם לשבועה, וכיון העד שהעיד בערכאות, גרם בדיבורו לחייב ממון.

י׳ מהלכות שבועות הלכה ה׳:

היה עד אחד וכפר והשביעו, פטור משבועת העדות שאין עדות עד אחד מחייבת ממון[545].

<u>שְׁבוּעָה כְּנֶגֶד עֵד אֶחָד – כְּשֶׁהִנְתְּבַע אֵינוֹ יָכוֹל לְהִישָּׁבַע</u>

ו. שתי האפשרויות לגבי מהות עדותו של עד אחד (לעיל אות ג׳), יכולה להיות להם משמעות מעשית לא רק לגבי חיובו של העד בקרבן (כנ״ל אות ד׳), אלא גם במקרה בו הנתבע אינו יכול להישבע (כגון שהוא טוען שאינו יודע או שהוא חשוד על השבועה), כפי שכתב הפורת יוסף בביאור הגמ׳ בשבועות דף לב. :

נראה לי שכוונת הגמ׳ דמחלוקותם לאיזו דבר בא ׳עיקר עדותו׳. דר׳ אלעזר סבר דעיקר ביאתו לממון אלא דיכל לפטור עצמו בשבועתו. ונפקא מינה להיכא דאינו יכול לשבע מחוייב לשלם. משא״כ לת״ק דס״ל דעיקר ביאתו לשבועה, וא״כ גם בשאינו יכול לישבע פטור[546].

ונראה שכוונת דבריו היא, שעל פי השיטה שעד אחד מחייב שבועה, אם הנתבע אינו נשבע, הוא מוכיח שדברי העד נכונים ולכן עליו לשלם, או שכיון שהוא לא נשבע, בית דין ירדו לנכסיו כדי להכריחו להישבע (וכנ״ל אות ג׳). אבל בעד אחד שאינו יכול להישבע (כגון, שהנתבע טוען שאינו יודע[547]), אי שבועתו אינה

אבל אם הדין היה שעד אחד מחייב ממון, לא היה מקום להטיל שמתא על העד. ועי״ש שכתב שדברי הרשב״א בתשובה בחלק ד׳ סימן ר״ח, ששביעית משמטת שבועה, פירושם הוא שהיה מקום לומר שכיון ששבועה אינה חיוב ממון לכן לא תשמט, והמסקנה היא שאף שבועה משמטת.

[545] ודבר הגורם לממון, לאו כממון דמי.

[546] וכדבריו כתב התומים חו״מ סימן צ״ד ס״ק ב׳: ״הא כתבו המחברים דכיון דאמרינן דמתוך שאינו יכול להישבע משלם, שמע מינה, במקום שחייבהו תורה שבועה היה שורת הדין שיתחייב לשלם ממון רק התורה הטילה עליו שישבע וכך כ״כ דלא נשבע, צריך לשלם. וא״כ אף בעד אחד מעיד, שורת הדין דיתחייב ממון כמו בשני עדים רק התורה הקילה שישבע להכחישו אבל אם אינו נשבע, הרי כאן חיוב ממון כמו בשנים ולפי״ז ה״ה כשאמר איני יודע צריך לשלם דשפיר אמרינן דחייב ממון רק פטור עצמו בשבועה וכ״כ דאין נשבע ישלם...״. אמנם יש לעיין שנראה מדבריו שנקט להלכה שעד אחד מחייב ממון רק הנתבע יכול לפטור עצמו בשבועה, ואילו לעיל הוכח שמסקנת הגמ׳ אינה כן, ועיין לקמן בפנים.

[547] ויש מקום לחלק בין מקרה בו אי הידיעה של הנתבע מעוררת חשד אצל הדיינים, כיון שהיה לנתבע לדעת,

מלמדת על הודאה לדברי העד, ואף אם בית דין ירדו לנכסיו הדבר לא יועיל כדי שישבע[548].

הקושי בדברי הפורת יוסף הוא, שעל פי מסקנת הגמ׳ (לעיל אות ד׳), עד אחד קם לשבועה (כאפשרות הראשונה באות ג׳), וממילא במקרה בו העד אינו יכול להישבע, לא מוטל עליו חיוב תשלום ממון, ואילו להלכה נפסק שנתבע שאינו יכול לשלם הדין הוא ״מתוך שאינו נשבע משלם״ (שו״ע חו״מ סימן ע״ה סעיף י״ג), ולשיטת הפורת יוסף (שחיוב תשלומין הוא רק לשיטה שעד אחד קם לממון) קביעת ההלכה שישלם כשאינו יכול להישבע היא על פי הדעה שעד אחד קם לממון, ונמצא לכאורה שקיימת סתירה להלכה[549] ?

ומכאן שיש הכרח לומר שאף לשיטה שעד אחד קם לשבועה, נתבע שאינו יכול להישבע כנגד העד, חייב לשלם (ועיין לקמן אות ז׳). ונראה שטעם הדבר הוא, שיש להביט על הדיון לא רק מצדו של הנתבע אלא (גם) מצידו של התובע, ותורה זיכתה תובע שיש לצידו עד אחד לקבל שבועה מאת הנתבע, וכיון שהנתבע אינו יכול לתת לתובע את המגיע לו (שבועה), עליו לשלם[550]. ועוד, שעל פי שיטת התשב״ץ, חשש השקר של עד אחד הינו ״חשש רחוק״ (לקמן אות י׳). ולכן במקרה בו אין ביכולתו של הנתבע להישבע, מעמידים את העד האחד על חזקתו שהוא דובר אמת ונוכל ויתחייב הנתבע לשלם על פיו.

עֵד אֶחָד מְחַיֵּיב מָמוֹן כְּשִׁשְׁנֵי הַצְּדָדִים חֲשׁוּדִים עַל הַשְּׁבוּעָה

ז. למרות המסקנה שעד אחד מחייב שבועה ולא ממון (אות ה׳), קיים מקרה בו עד אחד מחייב ממון ואם לא העיד את העדות שהיה עליו להעיד ונשבע לשקר שאינו

לבין מקרה בו אי הידיעה איננה מעוררת חשד.

[548] ועיין לקמן בדברי התשב״ץ באות י׳.

[549] עיין בספר מלאכת בצלאל עמ״ס שבועות שהקשה קושיא זו.

[550] מצאנו ששבועה באה כדי להפיס דעתו של בעל הבית (ב״מ דף לה: ועוד), ובשערי ישר שער א׳ פרק ה׳ ד״ה ״ועפ״ז״ כתב ששומר שיודע שהאמת אתו, אינו יכול להתחמק משבועה כיון שעליו להישבע כדי לפייס את בעל הבית. ועיין רמב״ם פ״א מטוען הלכה ד׳ שכאשר הנתבע אינו רוצה לשלם, אומר התובע שהוא אינו רוצה לזוז מדין תורה ורוצה או שבועה או ממון.

יודע את העדות, הוא מתחייב בקרבן העדות כמו שני עדים שלא העידו שמתחייבים בקרבן העדות (אות ד'). כפי שמבואר בדברי הרמב"ם בפרק י' מהלכות שבועות הלכה ט'-י':

> וכן כל עד אחד שמחייב ממון בעדותו אם כפר ונשבע או שהשביעו בבית דין וכפר חייב משום 'שבועת העדות'. כיצד, כגון שהיה התובע והנתבע חשודין על השבועה שאין משביעין אותם והשביע לעד אחד שיבא ויעיד לו שיש לו ביד זה מנה וכפר הרי זה חייב משום שבועת העדות שאילו העיד היה הנתבע הזה משלם ממון בעדותו...

דברי הרמב"ם (שיסודם בסוגיית הגמ' בשבועות דף לב:[551]) לכאורה צריכים עיון, שהרי העד יכול לטעון שעל פי דין תורה הוא מחייב שבועה (כנ"ל אות א'), וחיוב הממון נובע מסיבה צדדית שבה שני הצדדים אינם יכולים להישבע, וא"כ לא הוא זה שמחייב את הממון אלא התובע והנתבע גרמו לעצמם, ומדוע יש לחייבו חיוב של קרבן העדות כאילו הוא הפסיד את ממונם ?

בשו"ת הרא"ש כלל ח' סימן ג' כתב, שמי שמחוייב שבועה ואינו יכול להישבע, חייב לשלם מן התורה (ע"פ דברי ר' אבא ור' אמי בשבועות דף מז.). וא"כ כאשר עד אחד מעיד בדיון בו שני הצדדים חשודים על השבועה, עדותו היא עדות ממון לכל דבר, ולכן אם לא העיד ונשבע לשקר שאינו יודע, חייב קרבן שבועה. כלומר, דין תורה הוא שעד אחד מחייב שבועה במקרה בו הצדדים יכולים להישבע, אבל אין אין להם יכולת להישבע, דין תורה הוא שעד אחד מחייב ממון.

ח. מדברי הרא"ש, לכאורה עלינו להגיע למסקנה, שבמקרה 'רגיל' של עדות עד אחד, שאין בכוחו להוציא ממון והוא קם רק לשבועה (אות א'), אין אנו חוששים שעדותו עדות שקר, שאילו עדותו היתה עדות שקר, לא היתה אפשרות לקבל את דבריו במקרים ששני הצדדים חשודים על השבועה. ועיין לקמן בדברי התשב"ץ

[551] הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה... ששניהם חשודין".

באות י׳ ובדברי החולקים עליו[552].

נתבע שטוען איני יודע כנגד טוענת עד אחד – וחזר בו והכחיש את דברי העד

ט. נתבע שטוען ׳איני יודע׳ ועד אחד מעיד כנגדו, חייב לשלם (מתוך שאינו יכול להישבע משלם – שבועות דף מז.). ובכנסת הגדולה, בהגהות הטור בחו״מ סימן ע״ה אות נ׳, כתב שאפילו אם הנתבע יאמר שהוא נזכר שאינו חייב, אין בכוחו לחזור בו ועליו לשלם כיון שכבר חל עליו חיוב שבועה (בניגוד למקרה בו לא היה עד אחד, שהטוען איני יודע יכול לחזור בו ולומר שנזכר)[553]. והקצות בסימן ע״ה ס״ק ח׳ ביאר[554]:

> ויותר נראה דמשום הכי אינו יכול לחזור ולומר ברי, משום דכיון דכל דהאמינה התורה עד אחד הרי הוא כשנים, ואין העד הבא אח״כ נאמן[555], משום הכי איהו נמי אינו נאמן להכחישו בשבועה אח״כ, דכיון דתיכף שאמר ׳איני יודע׳ הרי הוא כשנים[556], דהכחשת בעל דין הרי הוא כמו אתו בבת אחת[557], אבל כשאין מכחישו ואומר ׳איני יודע׳ כבר נאמן העד כשנים, ותו אינו בשבועה אח״כ[558]...

---

[552] ועיין לקמן אות יא.

[553] לשון כה״ג כפי שהובא בקצות סימן ע״ה ס״ק ח׳: ״...דשאני הכא דצריך לישבע להכחיש העד ומחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, משלם״.

[554] מדברי הקצות נראה שהוא מבאר את דברי בעל כה״ג וטעמו אינו טעם נוסף, אמנם יש מקום לדקדק שלא כדברינו.

[555] יבמות פח: ועוד. ומשמעות הדבר היא, שעד אחד שעדותו מועילה מן התורה (בעד טומאה בסוטה, בעגלה ערופה, בעדות אשה שמת בעלה) עדותו מתקבלת, ואם בא לאחר מכן עד אחד להכחישו, עדותו לא מתקבלת כל עוד אין שני עדים שמכחישים את דברי הראשון (ועיין בדברי הראשונים בכתובות כב: באלו ענינים עדותו של עד אחד מתקבלת מן התורה ובאלו דברים עדותו מתקבל רק מכח תקנת חכמים).
חידושו של הקצות הוא שנאמנות עד אחד, הינה לא רק בדברים בהם דבריו מתקבלים והנתבע אינו יכול לטעון כנגד העד, אלא אפילו במקרה בו הנתבע יכול להישבע כנגד העד האחד, עדותו של העד אינה יכולה להתבטל אלא על ידי שני עדים, וכדלקמן בפנים.

[556] ׳הרי הוא כשנים׳ – עדותו של העד האחד מתקבלת כמו שני עדים.

[557] פירוש, נתבע שמכחיש מיד את דברי העד, דומה לעד אחד שיחד עימו בא אחד אחד כנגדו, שבמציאות שכזו די בעד אחד כדי להכחישו. אבל אחר שנתקבלה עדות האחד, ניתן להכחיש את דבריו רק על ידי שני עדים. וכך גם הנתבע, אם הכחיש מיד את דברי העד האחד, מתקבלים דבריו אבל אם אמר איני יודע ורק אח״כ אומר טענת ברי כנגדו, שוב לא יכול לחזור בו. ויש לעיין על פי דבריו מה הדין בנתבע ששתק בשעה שהעיד העד ורק כעבור זמן הכחיש את דבריו, האם יכול להישבע ולהיפטר, ומה הדין אם הנתבע לא שמע את עדות העד ואח״כ רוצה להכחישו, וצ״ע.

[558] ועיין משובב נתיבות ס״ק ח׳.

על פי דברי הקצות, תוקף העדות של עד אחד בממונות תלויה בתגובתו של הנתבע, אם הנתבע אמר איני יודע, עדותו מתקבל ככל עדות ממון, אבל אם הנתבע הכחיש את דבריו, הרי עדותו מועילה רק לשבועה.

ולדבריו יש לעיין שהרי מסקנת הגמ׳ היא שעד אחד קם לשבועה ולא לממון (לעיל אות ה׳) ואילו לשיטתו הדבר תלוי מה היא תגובת הנתבע ?

ונראה, שעד אחד קם לשבועה, כיון שיש כח ביד הנתבע להכחיש את דבריו (ויכול העד לומר שהוא בא כדי לחייב שבועה ולא לחייב ממון), אבל אם הנתבע לא הכחיש את דבריו, דברי העד התקבלו, ולכן יש צורך בשני עדים להכחיש את דבריו, ואם הנתבע אמר איני יודע, התקבלו דברי העד בבית הדין[559], ולכן שוב אין אפשרות לנתבע להישבע כנגד טענתו, וקצ״ע[560].

עֵד אֶחָד שֶׁנֶּאֱמַן לְבֵית דִּין / חֵשֶׁשׁ שֶׁקֶר בְּעֵדוּת עֵד אֶחָד – מַחֲלֹקֶת הַתַּשְׁבֵּ״ץ וְהָרִיבַ״שׁ

י. לעיל (אות ב׳, ח׳) נקטנו שלמרות שלא מוציאין ממון על פי עד אחד, עד אחד אינו נחשד בשקר. בשו״ת התשב״ץ חלק א׳ סימן עז חיזק דעה זו בראיות שונות[561], ואף הוכיח שאין לומר שקיים חשש שקר בעדות עד אחד ודחה את האפשרות לומר שמדובר בגזרת מלך והגיע למסקנה:

---

559 אחר שדברי העד התקבלו, יש צורך לשנות את קבלת בית הדין, ולשם כך יש צורך שיבואו שני עדים (ר׳ טומי פריד).

560 עיין נתיבות, סוף סימן פ״ב, בקיצור כללי מיגו ס״ק כ״א, שמיגו כנגד עד אחד לא אמרינן, כיון ״דכל זמן שאינו נשבע נגד העד אינו נאמן, והעד נאמן״. ולכאורה משמע מדבריו שעד אחד קם לממון אבל יש כח ביד הנתבע להישבע ולהיפטר, ולא כמסקנת הגמ׳ (לעיל אות ה׳). ושמא כוונתו כאמור בפנים (בביאור דברי הקצות, שהנתיבות מסכים עימו, כנ״ל בהערה 558), שעד אחד עצמו מעיד עדות המחייבת שבועה, ואם הנתבע לא נשבע, הוא עצמו חייב עצמו בממון, וצ״ע. ולולי דברי הנתיבות היה מקום לומר שאין לומר מיגו כנגד עד אחד, כיון שהוא מיגו דהעזה, ואכמ״ל.

561 אחת מראיותיו היא מדין ״עדות מיוחדת״ (סנהדרין דף ל׃) שבה ניתן לצרף שני עדים שראו מעשה בזה אחר זה, וא״כ מוכח שאין חשש שקר בעדותו של עד אחד, ועיין באריכות בחקרי לב חו״מ סימן י״ג. ועיין הערה 564.

ונראה טעמו של דבר דודאי עד אחד הבא להעיד בב״ד חששא רחוקה היא לפגום בן ברית מוחזק בכשרות ששקר הוא מעיד אבל מ״מ אפשר הוא שמעיד בשקר למען ששכור הוא...[562]

וכיון שאפי׳ בעד אחד הדבר רחוק ששקר הוא מעיד ומפני אותה חששא רחוקה הוא שאין אנו מוציאין ממון בעדותו אבל הטלנו עליו חיוב שבועה אולי יודה לדברי העד, א״כ דבר מועט מספיק לב״ד לסלק חששא זו מעל זה העד ולהעמידו על חזקתו.

התשב״ץ אינו מבאר מדוע בנפשות ומלקות יש צורך בשני עדים, ועדות אחד אחד אינה כלום ושמא חומרת הענין מחייבת שני עדים (לעיל אות ב׳). אולם ברור לתשב״ץ שעדותו של עד אחד אין בה חשש שקר אלא רק ״חשש רחוק״, ואם הנתבע לא נשבע, דברי העד קיימים, וחייב לשלם[563]. אבל במקרה בו ידוע לדיין שהעד דובר אמת (ועוד שמדובר בדבר שעתיד להתגלות), הדיין יכול לפסוק על פי דברי העד (ואין לנתבע זכות להישבע כנגדו):

ולפ״ז היכא דקים ליה לדיינא דלא משקר, עבד עובדא בסהדותיה[564]... דלא גזרת מלך הוא אלא לחקור האמת בין בעד אחד בין בשאר פסולין אלא שבעד אחד דבר מועט מחזיקו בכשרות...

דברי התשב״ץ לכאורה צ״ע שהרי לא מוציאים ממון על פי עד אחד מכח דרשת הפסוק (לעיל אות א׳), והרי זה דין תורה, וכיצד יתכן לחלק בין מקרה בו העד נאמן לדיין לבין מקרה בו העד אינו נאמן והרי תורה פסלה עד אחד לעדות[565] ?

---

[562] דבר שאין לחשוד בו בשני עדים, עי״ש.

[563] מדבריו נראה שאם הנתבע לא נשבע כנגד עד אחד, התשלום הוא מפני שהנתבע נחשב כמי שהודה לדברי העד, ועיין לעיל באות ג׳, ובדברינו לעיל באות ו׳.

[564] הנידון בתשב״ץ הינו לענין ירושה, וכדלקמן. ועיין שו״ת הריב״ש סימן קנ״ה שדן האם ניתן לסמוך על עד אחד בירושה למרות שמדובר בממון. ועיין חקרי לב חו״מ סימן י״ג ד״ה ״והנה ראיתי״ שהביא את דברי התשב״ץ וביאר שיסוד דברי התשב״ץ הם שבכל מקום בו נראה לדיין שעד אחד אינו משקר, ניתן לקבל את דבריו. אולם החק״ל כתב שחלקו עליו כל גדולי הדור וכמעט יחיד הוא. ובד״ה ״איברא״ בסופו כתב שהראיות שהביאו החולקים אין בהם הוכחה גמורה לכל אחד מהחולקים.

[565] לעיל הסתפקנו האם עד אחד קם לשבועה או לממון (אות ג׳ ומסקנת הגמ׳ שהוא קם לשבועה (אות ה׳), ועל פי דברי התשב״ץ מסקנת הגמ׳ היא שהדבר תלוי מי הוא העד, וקצ״ע.

מסתבר, שהתשב״ץ סובר שמהפסוק ניתן ללמוד שעד אחד אינו קם לעוון וחטאת אבל יש דבר שלגביו ניתן לקבל את דבריו, והיינו ממון. אבל, כיון שתורה לא הכשירה אותו בצורה מפורשת (רק מוכח מהתורה שיש להכשירו) יש לנהוג במידת הזהירות בקבלת עדותו, ולכן במקרה רגיל בית דין יקבל את עדותו כדי לחייב שבועה, אבל במקרה בו לדיין ידוע שעד זה אינו משקר, יכול הדיין לפעול על פי עדותו של העד.

אמנם לולי דברי התשב״ץ (וכך הם פשוטם של דברים, ונראה שזו היא שיטת הריב״ש – לקמן אות יא), דרשת הפסוק מלמדת שעד אחד מחייב שבועה, ואין לדיין אפשרות להוציא ממון על פיו אפילו אם הוא משוכנע שהעד דובר אמת.

ובסימן פ״ג[566] כתב התשב״ץ חידוש נוסף בדינו של עד אחד בממונות:

> ...שאין ספק בדעתו של הרמב״ם ז״ל שהוא סובר שע״א במילתא דעבידא לאגלויי כגון מת פ׳ או זהו פ׳ או אחי פ׳ שהוא נאמן דבר תורה וכיון שהתורה האמינתו ואין הפרש בין דבר שבערוה לדבר שבממון שהתורה לא חלקה בעדות בין ממון לערוה...

יא. פוסקים רבים חלקו על התשב״ץ, ולעולם אסור לקבל עדות עד אחד ללא שבועה. וכך כתב בשו״ת הריב״ש סימן קפ״א[567]:

> הגיעני קונדריסך, במה שכתבת ראשונה אל הר׳ דוראן[568], נר״ו, לסתור סברתו, שסבר, שעד אחד במילתא דעבידא לאגלויי נאמן מן התורה, ואפי׳ בממון... וכבר הגיעך טופס תשובתי... והוכחתי, שאין עד אחד נאמן אלא מדרבנן בעדות אשה משום עגונא, ולא בממון, אפילו במילתא דעבידא לאגלויי.

וכדברי הריב״ש פסק הרמ״א בחו״מ סימן ל׳ סעיף י״ד שאין לקבל עדות עד אחד

---

[566] עיין גם בסימן פ״ב ובסימן ע״ז הנ״ל.
[567] ועי״ש בסימן קנ״ה, קפ״ב וכו׳.
[568] בעל שו״ת התשב״ץ.

בממונות:

אין חילוק בדיני ממונות בין מלתא דעבידא לגלויי או לא (רבינו יצחק בר ששת סימן קפ״א)[569].

וכדבריו הכריע גם בקצות סימן ל״ט ס״ק א׳, עי״ש. ואף שהריב״ש והרמ״א והקצות חלקו על דבריו של התשב״ץ במילתא דעביא לאיגלויי, לגבי חידושו של התשב״ץ במקרה של עד אחד שנאמן אצל הדיין, לא גילו דעתם במפורש. אבל מכלל דבריהם נראה שהם שוללים עדות עד אחד בכל מקרה, כולל מקרה זה.

יב. הריב״ש שפוסל את עדותו של עד אחד, לא כתב במפורש שהחשש הוא חשש שקר. אמנם בשו״ת חקרי לב חו״מ סימן י״ג ד״ה ״וכשאני״ דחה את דברי התשב״ץ וכתב שאין לקבל עד אחד משום חשש שקר. ונראה שאף לשיטתו לא מדובר בשקר ודאי, כי אם כך היה הדבר לא היו מוציאים ממון מהנתבע במקרה בו הוא לא הסכים להישבע, אולם חשש השקר על פי שיטתו דיו כדי לומר שאף במקרה בו הדיין סובר שהעד דובר אמת, או שמדובר בדבר שעתיד להתגלות, אין בכח הדיין להוציא ממון ללא יכולת שבועה של הצד שכנגד[570].

---

[569] עיין חקרי לב חו״מ סימן י״ג ד״ה ״איברא״ שכתב שלמרות דברי הרמ״א, מידי דברי התשב״ץ לא יצאנו.

[570] עיין בשו״ת ציץ אליעזר חלק ג׳ סימן ל׳ אות ח׳ ואילך שדן בדינו של עד אחד וחידש שם: ״האמינתו תורה שיוכל להטיל ספק בדבר, וממילא מחייבינן אנן להנתבע לישבע וליפטר כיון שיש ספק בדבר (ונראה שדבריו הם כדברי המשפטי עוזיאל כרך ד׳, חו״מ סימן כ״ב אחר שהאריך לדון בדברי התשב״ץ והחקרי לב)״. ומפשט לשונו נראה, שחיוב השבועה אינו חיוב שהטילה תורה, כיון שמן התורה קיים ספק ״ומחייבינן אנן״ שבועה, וה״ז חידוש גדול. ויש לעיין לשיטתו שכיון שמדובר בספק לכאורה צריך להיות הדין המע״ה והנתבע אינו חייב להישבע, ושמא כיון שתורה חידשה את הספק, ממילא חובה על הנתבע לבטל את הספק ע״י שבועה, וצ״ע. ועיין בקונטרסי השיעורים (הרב גוסטמאן זצ״ל) ב״מ שיעור ב׳ אות ג׳ שכתב (״ואשר נראה לומר...״), שעד אחד אינו נאמן בממון שהרי רק באיסורין אמרו שעד אחד נאמן, אבל בממונות אמרו ״קם הוא לשבועה... מחייב שבועה״ ללמד שאינו נאמן בגוף הדבר אבל יש בכוחו להטיל חיוב שבועה. ושמא אף לשיטתו חיוב השבועה נובע מהספק שעורר העד (ועיין הערה 539. ועי״ש שביאר על פי שיטתו, שרק אם התובע טוען טענת ברי ניתן להשביע על פי עד אחד, כיון שהעד מטיל ספק, ונשארת טענת הברי של התובע, ועיין בהערה 621 שם הוכחנו ששיטת הצ״א אינה כשיטת השו״ע וצ״ע).

סיכום

יג. העולה מהאמור לעיל:

- אין אפשר להוציא ממון מהנתבע על פי עדות עד אחד (אות א׳). ולשיטת התשב״ץ ניתן להוציא ממון אם הדיינים מכירים בו שאינו משקר או שמדובר בדבר שעתיד להתגלות (אות י׳), אבל פוסקים רבים ובכללם הרמ״א חלקו על דבריו, ולשיטתם לעולם לא ניתן לקבל דברי עד אחד בממונות (אות יא).
- במקום בו שני הצדדים חשודים על הממון, עדותו של עד אחד מועילה להוציא ממון, וכתב הרא״ש שזה הוא דין תורה (אות ז׳- ח׳).
- נתבע שטען איני יודע כנגד עד אחד, אינו יכול לחזור בו ולומר שנזכר, ומוטל עליו לשלם (אות ט׳).
- יש מקום להסתפק האם עד אחד מחייב שבועה ואם הנתבע לא נשבע עליו לשלם או שעד אחד מחייב ממון ויש לנתבע זכות להישבע ולהיפטר (אות ג׳) ומסקנת הגמ׳ שעד אחד מחייב שבועה (אות ה׳)[571].
- עד אחד מחייב שבועה ולא ממון, ולכן עד אחד שנשבע שאינו יודע עדות, פטור מקרבן העדות (אות ד׳).

[571] ועיין הערה 570.

תגובת נתבע לעדות עד אחד / האם מותר לדיין להודיע לנתבע שעד אחד אינו מחייבו ממון

הקדמה

א. נתבע שכפר מעיקרא ואחר עדותו של עד אחד, הודה לדבריו, ישלם. ואם הוא עומד בדבריו הראשונים גם אחר דברי העד, עליו להישבע להכחיש את דברי העד, ואם לא ישבע ישלם (שבועות מא.). ואם אמר שאינו יודע, עליו לשלם (עיין בעמ' הקודם) אמנם יכולות להיות תגובות שונות של הנתבע, אחר ששמע את דברי העד:

- שתיקה (אות י').
- התובע דובר שקר/העד דובר שקר (אות יב).
- עד אחד אינו נאמן (אות יב).
- אני עומד בדברי, אבל אם העד אומר, אני אפעל על פי דבריו (אות יא)

עוד יש לדון, האם מותר לדיין או חובה על הדיין לומר לנתבע שעדותו של עד אחד אינה מחייבת אותו ממון (אות ב') ומה התועלת, או ההפסד באמירה זו (אות ח')[572].

סוגיית הירושלמי – האם קיימת סתירה בדברי רב הונא

ב. ירושלמי סנהדרין פרק ג' הלכה ח':

[572] בגמ' בשבועות דף לא. נאמר שמחמת האיסור של "מדבר שקר תרחק", אסור לתובע לבקש מאדם (שאינו יודע עדות) לעמוד ליד עד אחד שמעיד, מתוך כוונה שהנתבע שיראה שני עדים יודה שהוא חייב. כלומר, אסור לתובע להשתמש בתחבולה כדי להגיע לאמת, ועיין בעמ' 52 ואילך.

רב הונא מיקל לדיינא דאמר מקבלין עליכון חד סהיד[573], אלא יימרון אינון[574].

רב הונא לא ביאר מדוע הוא אוסר על הדיין לשאול את הנתבע "מקבלין עלייכון חד סהדא" (אות ח' לקמן). וגם לא ביאר מה אמור הנתבע לומר כנגד עד אחד. בפשטות הנתבע יאמר שהעד דובר שקר, אולם מדקדוק דברי רב הונא שדן על קבלת עד אחד, משמע שתגובת הנתבע היא לעצם קבלת העד האחד, ולא לתוכן עדותו. וכן יש לעיין האם יש חילוק בין נתבע שאומר שהעד שקרן (באופן כללי) לבין נתבע שאומר שהעד דובר שקר עתה – ועיין לקמן.

ג. המשך דברי הירושלמי:

רב הונא כד הוה ידע זכו לבר נש בדינא, ולא הוה ידע ליה, הוה פתח ליה על שם 'פתח פיך לאילם'[575]

מפשט דברי רב הונא נראה שהנתבע לא היה יודע מזכות כלשהי שעומדת לטובתו, ורב הונא היה 'פותח לו'. ונראה שרב הונא לא היה אומר את הזכות בצורה מפורשת אלא היה אך ורק 'פותח' ורומז לנתבע שהוא יכול לטעון טענה כלשהי לטובתו.

ויש לעיין האם דברי רב הונא אינם סותרים זה את זה, שהרי רב הונא אוסר לדיין

---

[573] לכאורה היה צריך לנקוט לשון יחיד (האם אתה [הנתבע] מקבל עליך עד אחד), ולא לשון רבים (מקבלין, שהרי התובע ודאי מוכן לקבל את דברי העד האחד המעיד לטובתו). ושמא אותו דיין היה רוצה לבחון גם את תגובתו של התובע לעובדה שלטובתו עומד רק עד אחד. ועוד, שבמקרה בו יש עד אחד, קיים 'סיכון' לתובע שהשבועה (שמוטלת על הנתבע) תחזור אליו, אם הנתבע חשוד על השבועה (שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף י"ג, ואם התובע לא ישבע, לא יקבל את כספו). ולפיכך הדיין מעמיד את השאלה על קבלת עד אחד בפני שני הצדדים. ועוד יתכן שאין לדקדק מלשון 'רבים' כיון שיתכן שמדובר שיש כמה נתבעים ואותם שואל הדיין האם הם מקבלים את עדותו של העד האחד. או שלשון רבים היא דרך של פניה מכובדת.

[574] פירוש: רב הונא מבזה לדיין שאמר 'מקבלין עליכם עד אחד ?' אלא יאמרו הם. וברי"ף סנהדרין דף ח: מדפיו גרס: "רב הונא מיקל לדיינא דאמר מקבלין אתון חד סהדא אלא אינון יימרון, את לא תימר", ויל"ע האם יש חילוק לדינא בין הגירסאות.

[575] פירוש: כשרב הונא היה יודע זכות לאדם בבבית דין, ואותו אדם לא היה יודע לה, היה רב הונא עצמו פותח לו על פי הפסוק "פתח פיך לאילם". וגירסת הרי"ף בסנהדרין דף ח: מדפיו: "רב הונא כד חזי זכות לבר נש...". ויל"ע האם יש חילוק לדינא בין הגירסאות.

לשאול את הנתבע האם הוא מקבל עליו את עדותו של העד האחד, (אות ב׳), כלומר אסור לדיין לרמוז לנתבע שיש פגם בעדות של עד אחד, אבל אם יש לנתבע זכות מותר לדיין ׳לפתוח׳ לו, ויש לעיין מה טעם החילוק.

ד. יתכן שרב הונא מתיר לדיין רק ׳לפתוח׳ אבל לא לומר את הכל. ולכן כאשר יש לנתבע זכות כלשהי יכול הדיין לרמוז לו, אבל ביחס לעדותו של עד אחד, לא תיתכן מציאות של ׳רמיזה׳ כיון שברגע שהדיין יאמר שיש מקום לדון בקבלת עדותו של עד אחד, הוא כבר אמר את הכל ולא רמז, ולכן אסור לו לומר דבר.

בספר דבר המשפט (הגרח״ד הלוי זצ״ל), על הלכות סנהדרין פרק כ״א הלכה י׳ כתב, שיש לחלק בין טענה חיצונית שאינה בגוף העדות, כגון שאין עד אחד נאמן עלי שאותה אסור לדיין לומר, לבין זכות מהותית שעומדת לטובתו של הנתבע, שעל הדיין לאומרה[576].

ה. אמנם, הב״י בחו״מ סימן י״ז וביתר פירוט הדרישה שם בס״ק י״ג[577], סוברים שאכן שתי ההלכות הנ״ל סותרות זו את זו. ולפיכך נקט הדרישה כגירסת הרא״ש בסנהדרין פרק ג׳ אות ל״ב היא שאת ההלכה המתירה לדיין לקיים ׳פתח פיך לאילם׳ (אות ג׳) לא אמר רב הונא כי אם רב הונא בר חייא, והוא חולק על רב הונא האוסר לדיין לדבר ביחס לתוקף עדותו של עד אחד (אות ב׳), וכתב הדרישה הנ״ל, ששיטת הרא״ש ובעקבותיו הטור שהלכה כרב הונא בר חייא, ולכן מותר לדיין[578] לומר לנתבע שעדותו של עד אחד אין בכוחה לחייב ממון[579].

---

[576] ועי״ש בביאור שיטת הרמב״ם, שמעמיד את דברי רב הונא בבעל דין שאומר טענה רק אינה יודע לסדרה היטב, ויל״ע האם העובדה שעד אחד אינו מחייב ממון איננה דבר מהותי.

[577] והסמ״ע בס״ק ט׳.

[578] ואולי אפילו חובה עליו, ובהרי זה בכלל ׳פתח פיך לאילם׳״.

[579] לשון הטור בחו״מ סימן י״ז אחר שהביא את דינו הראשון של רב הונא (אות ב׳): ״ואינו משמע כן דגרסינן בירושלמי התם רב הונא כי הוא חזי זכו לחד בר נש והוא לא הוה ידע, פתח ליה על שם פתח פיך לאילם וא״א הרא״ש ז״ל הביאה בפסקיו״ וכתב שם הב״י: ״ומה שאמר רבינו ׳ואינו משמע...׳ נראה שדעתו לומר דכיון דירושלמי סתמא קאמר... משמע בכל גוונא אפילו לא הוה ידע הבעל דין להההוא זכו כלל״ ובבדק הבית שם כתב: ״ואין זה הכרח דאיכא למימר דלא חש לפשט דמילתא דפשיטא הוא״ ובדרישה ס״ק י״ג כתב שקיימת מחלוקת וכנ״ל וסיים: ״ונלמד מזה דרבינו (הטור) ס״ל דאפילו ללמד אין מקבלין חד סהדא מותר לדיין לומר ואפילו אם אינו רואה שהבע״ד מבקש לאומרו״.

ו. לקמן (אות ז׳) יובאו פסקי הרמב״ם, ומדבריו עולה שאין סתירה בין שתי הלכותיו של רב הונא.

<u>פסק הרמב״ם והשו״ע בהלכותיו של רב הונא</u>

ז. רמב״ם פרק כ״א מהלכות סנהדרין הלכה י׳- י״א (ובעקבותיו השו״ע בחו״מ סימן י״ז סעיף ח׳-ט׳):

> מנין לדיין שלא יעשה מליץ לדבריו של בעל דין שנאמר מדבר שקר תרחק אלא יאמר מה שנראה לו וישתוק. ולא ילמד אחד מבעלי דינין טענה כלל, אפילו הביא עד אחד לא יאמר לו אין מקבלין עד אחד אלא יאמר לנטען הרי זה העיד עליך, הלואי שיודה ויאמר אמת העיד, עד שיטעון הוא ויאמר, עד אחד הוא ואינו נאמן עלי, וכן כל כיוצא בזה[580].
>
> ראה הדיין זכות לאחד מהן ובעל דין מבקש לאמרה ואינו יודע לחבר הדברים, או שראהו מצטער להציל עצמו בטענת אמת ומפני החימה והכעס נסתלק ממנו או נשתבש מפני הסכלות, הרי זה מותר לסעדו מעט להבינו תחלת הדבר משום פתח פיך לאלם, וצריך להתיישב בדבר זה הרבה שלא יהיה כעורכי הדיינין.

הרמב״ם העמיד את דברי רב הונא (אות ג׳) במקרה בו הנתבע טוען אבל אינו יודע לסדר טענותיו כראוי, ואף במקרה זה מותר לו רק לפתוח אבל לא לומר את הטענה במלואה. אבל על פי דברי הרמב״ם אסור לדיין ׳לפתוח׳ מעצמו ולומר טענה או אפילו רק תחילת טענה שיכולה להועיל לנתבע, אם הנתבע עצמו לא החל לטעון אותה. ויש לעיין מהיכן למד הרמב״ם שזו היא כוונתו של רב הונא.

הב״י בבדק הבית בסימן י״ז כתב שכיון שהדבר כל כך פשוט שהדיין לא יטען עבור הנתבע, רב הונא לא היה צריך לומר זאת, וממילא ברור שהכוונה היא כפי

[580] עיין באות י׳ לגבי טענתו של הנתבע כלפי עד אחד.

שמבאר הרמב"ם[581].

עוד ניתן לומר (ואולי זו כוונתו של הב"י), שהרמב"ם סובר שלא יתכן שהדיין יראה זכות לנתבע שהנתבע עצמו לא ידע אותה. ולכן אם הנתבע אינו אומר אותה בעצמו, משמע שזכות זו אינה קיימת אבל אם הדיין מבין שהנתבע רוצה לאומרה רק אינו מצליח לסדר את דבריו, הדיין יפתח לו אבל לא יאמר את כל הטענות, וכנ"ל.

ולשיטת הרמב"ם, אין סתירה בין שתי הלכותיו של רב הונא, כיון שלומר לנתבע אמירה ביחס לתוקף עדותו של עד אחד אסורה, כיון שזו טענה שהנתבע לא העלה על דעתו, אבל לסייע לו להתחיל לומר לומר את אשר הוא עצמו רצה לומר ולא הצליח - מותר (ומסתבר שאף חובה)[582].

<u>מַדּוּעַ אָסוּר לַדַּיָּין לוֹמַר 'מְקַבְּלִין עֲלֵיכֶם חַד סָהֵיד'</u>

ח. מדברי הרמב"ם נוכל לבאר מה הוא הטעם מדוע אסור לדיין לומר לנתבע על כוחו המוגבל של העד האחד. אם הדיין אינו אומר דבר לנתבע, יש סיכוי שהנתבע שישמע את דברי העד יחשוש שדברי העד יתקבלו ויתחייב לשלם ממון, ולכן יש סיכוי שהוא יודה. אבל אם הדיין יאמר לו שעד אחד אינו מחייב ממון, הדיין עצמו גורם לכך שהנתבע לא יודה לדברי העד[583].

מדברי הרמב"ם נראה, שלמרות שעד אחד אינו מוציא ממון, מכל מקום יש צד לומר שעדותו היא עדות אמת, ולכן ישנה תקוה שנתבע יודה לדברי העד. ועיין

---

[581] עיין הערה 579.

[582] כאשר דיין מסייע לנתבע, קיים חשש שהדיין יהיה סבור שהנתבע התכוון לומר דבר מה, ואילו הנתבע עצמו לא חשב על כך אלא על טענה אחרת, לכן אף במקרה בו הנתבע החל לומר דבר מה אבל לא הצליח לסדר את טענותיו אסור לדיין לומר את כל הטענות עבורו אלא רק לפתוח עבורו. ועיין ב"ח חו"מ סימן י"ז ד"ה "ולא ילמד".

[583] תומים סימן י"ז ס"ק ז': "דאם הביא התובע עד אחד, אם יאמר בפני נתבע תיכף, עד אחד אינו נאמן, הלא נותן אצבע בין שיניו להכחיש העד אחד ומתוך דבריו ילמד לשקר...". ויש לעיין האם רק על הדיין אסור לומר כך, או שגם המורשה (עו"ד) שעומד מטעמו של הנתבע אסור לו לומר מעצמו או ללמד את הנתבע שעד אחד אינו נאמן להוציא ממון, וצ"ע.

בדברינו לעיל בעמ׳ 215[584].

אבל, לכאורה היה מקום להציע שהדיין יאמר לנתבע שעד אחד אינו מחייב ממון אבל מחייבו שבועה, והנתבע שיחשוש משבועה יודה לדברי העד. ואילו הרמב״ם מתיר לדיין רק לומר ׳עד אחד העיד עליך׳ ולא יותר.

ונראה, שכיון שקיים חשש שהעד יהיה מוכן להישבע לשקר ולא לשלם, עדיף שהדיין לא יאמר לנתבע דבר ביחס לדברי העד, ומה עוד שאם הדבר יגיע לידי שבועה, הרי שחובה על הדיינים לאיים ולהפחיד את הנתבע קודם שישבע (שבועות דף לט.), ולכן אין צורך לדיין להזכיר את קיום השבועה מייד אחר עדות עד אחד.

<u>מה מותר לדיין לומר לנתבע</u>

ט. הרמב״ם חידש שהדיין אומר לנתבע: ״הרי זה העיד עליך׳. ויש לעיין לשם מה הדיין אומר אמירה זו. בשו״ת התשב״ץ חלק א׳ סימן ע״ז[585] כתב:

> כיון דעד אחד חשש רחוקה היא שישקר אע״פ שהנתבע כל היום כופר בתביעה זו וכשבא העד והעיד שלא כדבריו אין פותחין לו לומר אין עד אחד כשר בממון אלא מן הסתם מכשירין ליה ואותה חששא רחוקה דשמא הוא משקר, אם אמת היא יטענה הנתבע, וכיון שלא טענה, לא פתחינן ליה.

מדברי התשב״ץ עולה שבניגוד לרמב״ם שסובר שאחר עדות עד אחד, הדיין אומר לנתבע ״הרי זה העיד עליך״, התשב״ץ סובר שהדיין כלל אינו מגיב לדברי העד, אא״כ הנתבע עצמו ידבר כנגד העד, ואם הנתבע לא יאמר דבר, יחשב הדבר

[584] ובהפניה שם לדברי התשב״ץ.

[585] עיין בעמ׳ 52 בשיטתו הכללית של התשב״ץ בדין עד אחד, ובדברי הפוסקים החולקים עליו – עמ׳ 52.

כהודאה, ובית הדין יוציא ממון על פי העד האחד[586].

לשיטת הרמב"ם חובה על הדיין לומר לנתבע "הרי זה העיד עליך", וטעמו הוא "הלואי שיודה ויאמר אמת העיד" כלומר אמירת הדיין איננה מלמדת את הנתבע שעדותו של עד אחד אין בכוחה להוציא ממון, אלא ההיפך המטרה היא לגרום לו להודות. אמנם התשב"ץ חולק, ויתכן שסברתו היא שכל התערבות של הדיין, אפילו בנוסח שהציע הרמב"ם יכולה לעורר את העד לכפור.

<u>תגובת הנתבע לדברי העד</u>

י. כנ"ל (אות א') הנתבע יכול לטעון מספר טענות כנגד עד אחד. ומפשט דברי רב הונא נראה שהנתבע יאמר, שהוא אינו מקבל עדות של עד אחד, וכך נקט גם הרמב"ם (אות ז') והוסיף "וכן כל כיוצא בזה" ויש לעיין מה הן הטענות הנוספות שיכול הנתבע לומר כנגד העד.

אמנם, תחילה יש לעיין האם חלה חובה על הנתבע להגיב על דברי העד והאם על הנתבע (שמעיקרא קודם העדות כפר בתביעה) מוטלת חובה להגיב כנגדו ואם לא יגיב יחשב הדבר הודאה שתחייב אותו לשלם, או שכיון שהוא כבר כפר בתביעתו של התובע, אין עליו חובה לשוב ולטעון כנגד העד, ושתיקתו אינה מהווה הודאה.

יא. פת"ש חו"מ סימן י"ז ס"ק י"ד:

[586] וכך דייק בדבריו באמרי בינה חו"מ סימן כ"ה: "דלא יאמר הדיין כלום רק יחתוך הדין לחייבו... וזה דבר תימא לומר כן".

> אך עיקר הפירוש בדברי הרמב״ם... דאע״פ שהבעל דין הכחיש את חבירו, וחבירו הביא העד, לא יאמר הדיין הרי כבר הכחיש, ועד אחד בהכחשה אינו כלום, קמ״ל דלא יאמר כן אלא דהבעל דין בעצמו יטעון שהוא מכחיש, דאע״פ שכבר הכחיש את חבירו, שמא לא יעיז כנגד העד ויודה לדבריו, לכן צריך שיאמר בעצמו שהוא מכחישו...

כלומר, אם הנתבע אינו מכחיש את דברי העד, עליו לשלם, כלומר שתיקתו של הנתבע נחשבת הודאה לדברי העד, ובית הדין יחייבו אותו לשלם, ואם אחר כך יבוא הנתבע להכחיש את העד, דבריו לא יתקבלו כיון שכבר הודה[587]. ועוד חידש הפת״ש:

> וגדולה מזו, אפילו אם אומר יודע אני בעצמי שאיני חייב אך כיון שזה העיד אני חייב על פיו, הדיינין מחוייבין לפסוק כדין תורה...[588].

הפת״ש לא ביאר את טעמו. ונראה שתפקידו של הנתבע הוא לומר את העובדות ולא לפסוק הלכה. ולכן אם הוא עומד על דעתו שהוא פטור, אבל הוא סובר בטעות שהוא חייב ממון על פי עדות עד אחד, אין כאן הודאה לדברי העד, שהרי הוא ממשיך להכחישו, ועל פי דין זכותו של הנתבע להישבע להכחיש את העד ולהיפטר.

יב. אמרי בינה חו״מ סימן כ״ה[589]:

---

[587] וכך כתב האמרי בינה בחו״מ סימן כ״ה: ״... והביא עד אחד ושותק אחר כך, זה ראיה מדשתק אין חציף להעיז פניו כנגד העד ויכול הדיין לפסוק ע״פ דהוי כהודאה לעד אחד... ולפ״ז נראה אם כשאמר לו הדיין ׳הרי זה העיד עליך׳ ולא השיב כלל ויצא מבית דין הוי כהודאה... אף אם שוב בא וטוען ששקר הוא, שוב אינו נאמן...״.

[588] כדין תורה – שישבע להכחיש את העד, ואם לא ירצה להישבע – ישלם.

[589] עיין בפת״ש חו״מ סימן י״ז ס״ק י״ד שדברי האמרי בינה כדבריו.

כשאומר הדיין לנטען הרי זה העיד עליך שקר ושותק ואינו משיב, אבל אם השיב ׳אני אומר, שקר הוא אומר׳ או שבעל דין תובע ממנו בשקר ודאי דפטור[590], אלא אף אם לא השיב שמעיד בשקר או שהבעל דין טוען בשקר, רק שאמר ׳עד אחד הוא ואינו נאמן עלי׳ גם כן אין כח ביד הדיין לחייבו, אף דראינו שאין בפניו לומר כן[591] רק עד אחד הוא ואינו נאמן עלי, כיון דלא שתיק ולא הוי כהודאתו לעד אחד אין מחייבין אותו[592].

על פי האמרי בינה, הרמב״ם שנקט ׳עד אחד הוא ואינו נאמן עלי׳ הדגיש את המקרה המחודש שבו הנתבע אינו מכחיש באופן ישיר את העד, ואע״פ כן העד אינו מחייב ממון במקרה זה (אלא שבועה), וקל וחומר שבמקרה בו הנתבע מכחיש במפורש את דברי העד או את תביעתו של התובע, שאין להוציא ממנו ממון ומוטלת עליו חובת שבועה.

סיכום

יג. העולה מהאמור לעיל:

- רב הונא אסר לדיין לומר לנתבע האם הוא מקבל עליו את עדותו של עד אחד כדי שהנתבע יבהל מעדותו ויודה לעד (אות ב, ח׳), אבל כשראה זכות לנתבע היה פותח לו (אות ג׳).
- יש הסוברים שקיימת סתירה בין הלכותיו של רב הונא (אות ה׳) ושיטת הטור היא להתיר לדיין את שני המקרים ואילו הרמב״ם והשו״ע מכריעים להלכה לאסור בראשון ולהתיר בשני (אות ז׳).
- יתכן לישב את הסתירה בחילוק בין פתיחה לאמירת כל הטענה (אות ד׳) או לחלק בין גוף הטענות לבין טענה שהיא מחוץ לגוף הטענות (אות ד׳).

[590] ונראה שאם הוא טוען בעל הדין דובר עלי שקר, הרי זו טענה חלשה יותר מאשר שהוא אומר שהעד דובר שקר, ואע״פ כן גם טענתו הראשונה מתקבלת.

[591] פירוש, הנתבע אינו מעיז לומר בצורה מפורשת שהעד שקרן אלא נוקט לשון עקיפה ״עד אחד אינו נאמן עלי״.

[592] אין מחייבין אותו ממון אבל מוטלת עליו חובת שבועה, שהרי עד אחד מחייב שבועה.

ושיטת הרמב"ם והשו"ע היא שבדין השני רב הונא התיר רק אם הנתבע עצמו רוצה להשיב אבל אינו יודע לסדר את טענותיו (אות ז').

- על פי התשב"ץ הדיין לא יאמר דבר אחר עדות עד אחד, ואם הנתבע לא יגיב, שתיקתו היא כהודאה וחייב לשלם. ולשיטת הרמב"ם הדיין יאמר לנתבע 'הרי זה העיד עליך' (אות ט'), ואם הנתבע ישתוק עליו לשלם (אות יא- יב).
- נתבע שיאמר שהעד או התובע דוברים שקר, לא יתחייב ממון על פי העד, ואפילו אם לא יעיז להכחיש את דבריהם במפורש רק יאמר שאינו מקבל עדות עד אחד, אין להוציא ממנו ממון (אות יב). ואפילו אם יאמר שהוא חייב מחמת דברי העד אין להוציא ממנו ממון (אות יא).

עד המסייע לנתבע

הקדמה

א. עד אחד המעיד לטובת התובע, מחייב את הנתבע שבועה, וכנ"ל עמ' 207. אולם בגמ' לא נאמר האם יש בכוחו של עד אחד שמסייע לנתבע לפטור אותו מחיוב שבועה של תורה[593] ובראשונים נחלקו הדעות[594].

האפשרות לפטור נתבע מחיוב שבועה, יש לעיין בה הן במקרה של מודה במקצת ושומרים והן במקרה בו עד אחד מעיד כדברי התובע. יתכן שיש מקום לחלק בין מקרה בו תגובתו של הנתבע לדברי התובע מחייבת אותו שבועה (מודה במקצת, שומרים) לבין מקרה בו חיוב השבועה נובע מכח עדותו של עד אחד[595]. לקמן נדון בשיטתו של המהר"ם מרוטנבורג (אות ב' ואילך), ביסוד המחלוקת (אות ו') ובפסק ההלכה של השו"ע (אות ח').

שיטת המהר"ם מרוטנבורג – עד המסייע לנתבע פוטר את הנתבע משבועת התורה

[593] כל שבועות התורה מוטלות על הנתבע, וכך גם רוב השבועות מדרבנן. אמנם, ישנם 'נשבעים ונוטלים', וגם לגביהם יש לעיין האם עד אחד שיעיד לטובתם יפטור אותם מחובת שבועה שמוטלת עליהם, עיין רמ"א סימן פ"ז סעיף ו' שכתב בשם י"א שפטור, וכתב שם הש"ך "וכן עיקר". ועיין חזקה רבה ד' עמ' 431. ובהערה 533.

[594] בשו"ת הרשב"ש סימן תקס"ז ציין לשלש שיטות:

- שיטת המהר"ם מרוטנבורג שעד אחד נאמן לפטור אפילו משבועת התורה.
- שיטת הרמב"ן שעד אחד פוטר רק משבועת המשנה וכ"ש שבועת היסת.
- שיטת הר"ן שעד אחד פטור משבועת התורה שכנגד עד אחד (ועיין בשו"ע אבהע"ז סימן מ"ז סעיף ג' בדין עד כנגד עד בקידושין) ולא במודה במקצת ושומרים.

בשו"ת משפטי עוזיאל כרך ד' חושן משפט סימן כ"ב סיכם את הדעות השונות, והוסיף על הנ"ל ששיטת הרמב"ן בתחילת ב"מ היא שעד אחד פוטר משבועה רק כאשר מעיקרא היתה השבועה מוטלת על שני הצדדים. וציין לשיטת המשל"מ (פ"ה מהלכות שאלה ופקדון הלכה ו') שכתב בביאור דברי הר"ן, "דעד כאן לא אמרינן עד המסייעו פוטרו מן השבועה אלא כשטוען ברי, אבל אם הוא טוען שמא אין עד המסייעו פוטרו מן השבועה, שטעמא דעד המסייעו פוטרו, הוא, משום שהעד מסייע להנתבע, והינו דוקא כשהוא מסייעו ממש אבל כשטוען איני יודע דאין העד מסייעו ממש אינו פוטרו משבועה (עיין עמ' 52 ואילך). ועיין בתרומת הדשן סימן של"ד ובש"ך סימן פ"ז ס"ק ט"ו ובחידושי הגר"ח השלם ב"מ סימן ג' ובשו"ת שבט הלוי חלק ג' סימן קפ"ז.

[595] שיטת חידושי הר"ן בב"מ דף ב: "שאפילו אם נאמר שאין ע"א פוטר משבועת התורה למי שנתחייב בה ה"מ כשנתחייב בה על פיו מפני הודאת מקצת אבל כשנתחייב בה ע"פ ע"א ודאי עד אחד המכחישו פוטרו ממנה, דע"א אע"פ שהאמינתו תורה ה"מ היכא דליכא הכחשה אבל היכא דמכחיש לי' סהדא אחרינא לא", ועי"ש.

ב. ראי"ש ב"מ פרק א' סימן ג':

[596]ור"ת פירש דהכי פירושו, נשאל למוכר ממי קבל המעות[597]... מ"מ הוי כעד אחד[598] ולכל הפחות תועיל עדותו שיטול בלא שבועה חציה אותו שהמוכר מסייעו, וגם את חבירו הוא מחייב שבועה דאורייתא[599]...

ומדברי ר"ת יש ללמוד דעד אחד פוטר מן השבועה. והביא ר"מ מרוטנבור"ק ז"ל[600] ראיה לדבריו[601]:

(א) מדדרשינן שבועות (דף מ.)[602] 'לכל עון ולכל חטאת' הוא דאין קם אבל קם לענין שבועה, דלא מיעטיה קרא בין לחיוב שבועה בין ליפטר מן השבועה.

---

596 עיין תוס' ב"מ דף ב: ד"ה "ולחזי" בשם ר"ת.

597 במשנה בתחילת ב"מ נאמר, ששנים האוחזין בטלית וכל אחד מהם אומר שכולה שלו, הדין הוא שישבע כל אחד שאין לה בה פחות מחציה ויקבל חצי מהטלית, ובגמ' בדף ב: מבואר שמדובר שכל אחד מהם טוען שהוא קנה את הטלית. ועל כך מקשה הגמ': "וליחזי זוזי ממאן נקט", כלומר נשאל את המוכר ממי מהם קיבל את הכסף. ומבאר ר"ת, שכוחו של המוכר הוא כעד אחד. ונמצא, שאם המוכר יאמר שראובן הוא זה שנתן לו את הכסף, הרי הוא מעיד כנגד שמעון, ונמצא שלפנינו עד אחד שטוען כנגד שמעון, והדין הוא שמי שעד אחד מעיד כנגדו, חייב להישבע. ובמקרה שלפנינו גם ראובן היה חייב שבועה (שלולי שהיה בא העד לטובתו היה חייב להישבע שבועה מדרבנן), ולשיטת ר"ת העד שבא לטובתו פוטר אותו משבועה, וא"כ נוכל להוכיח ששיטת ר"ת היא שעד המסייע בכוחו לפטור משבועה.
אולם יתכן לומר שדברי ר"ת הינם רק במקרה בו האדם מחוייב שבועה דרבנן (כמו במקרה של טלית) ולא במקרה בו אדם חייב שבועת התורה, וכך עולה מדברי חידושי הר"ן בב"מ דף ב: שהביא את דברי ר"ת וכתב על דבריו: "...כיון דעד אחד מחייב שבועה דאורייתא לאותו שמכחישו, דין הוא שיועיל עדותו לפטור ההוא דמסהיד ליה משבועה זו של משנתינו שאינה אלא שבועת התקנה בלבד". ועוד, שר"ת דיבר על מקרה בו העד מחייב את שכנגדו שבועת התורה, ואולי רק במקרה זה יש בכח העד לפטור את הצד שכנגד משבועה דרבנן, וצ"ע. אמנם, הרא"ש סובר ששיטת ר"ת היא כללית, ובכל מקרה עד המסייע פוטר משבועת התורה, וכתב שדבריו הם כשיטת המהר"ם, שהוא פטור אף בשבועת התורה – וכדלקמן בפנים (ועיין משנת יעבץ חו"מ סימן כ"א אות א' ד"ה "והנה").

598 הגה"ת אושר"י שם: "נראה דהאידנא דאיכא שבועת היסת לא הוי עד, כיון שיכול כנגדו להשביעו ולומר תן לי מקחי שקניתי ממך, ועד שצריך שבועה לא חשיב עד. מהרי"ח".

599 פירוש, המוכר יעיד שקיבל את המעות מראובן, ונמצא שלראובן יש עד שמסייע לו, ואילו שמעון יש עד שטוען כנגדו, והעד יחייב את שמעון שבועה ויפטור את ראובן משבועה.

600 שו"ת, ד"פ סימן תתקנ"ד.

601 עי"ש בפנים ראיות נוספות ועיין גם בראשונים בשטמ"ק, ולקמן לא נדון בכל הראיות ודחיותיהן.

602 לעיל עמ' 52.

(ב) ועוד ק״ו הוא, איזה כח מרובה כח המוחזק או כח שאין מוחזק, הוי אומר כח המוחזק. א״כ ק״ו הוא מה כשהעד מסייע למי שאין מוחזק זוקק את המוחזק לישבע. כשהעד מסייע למוחזק כל שכן שיפטרנו מן השבועה...[603].

לקמן נדון בראיותיו אלו של המהר״ם.

ג. בשטמ״ק בב״מ דף ב: דחה את ראייתו הראשונה של המהר״ם, ונימוקו הוא:

ולי אפשר לדחות ראיה זו, דודאי האי דמיעט קרא עד אחד, לענין 'חיוב ממון' הוא דמיעטיה, דאלו לענין 'פטור ממון' לא הוה צריך קרא, שאילו נתחייב ממון על פיו או בהעדאת עדים מי איכא למימר שיפטר על פי עד אחד דליצטריך קרא למעוטיה. אלא האי דאיצטריך קרא למעוטי עד אחד היינו לענין 'חיוב ממון', ובההוא הוא דדרשינן 'אבל קם הוא לשבועה' אבל שיפטור משבועה אין לנו.

כלומר, כאשר תורה אמרה ״לא יקום עד אחד באיש...״, הכוונה היא שעד אחד לא יחייב ממון. ולא יתכן לומר שכוונת התורה היא שעד אחד פוטר מחיוב ממון, כיון שאין אפשרות לתאר מקרה בו עד אחד פוטר ממון. שהרי, במקרה בו יש שני עדים כנגד הנתבע או שהנתבע עצמו הודה לדברי העדים, ודאי שעד אחד שיעיד לטובת הנתבע לא יועיל לפטור את הנתבע (ואם לתובע אין עדים כלל ודאי שהנתבע איננו זקוק לעד אחד כדי לפוטרו, שהרי הוא פטור ועומד).

ולפיכך סובר התשב״ץ, שתורה מיעטה עד אחד שלא יהיה בכוחו לחייב ממון, ולגביו דרשו חז״ל, שעל הנתבע להישבע כנגדו, אבל לגבי מקרה בו הנתבע כבר חייב שבועת התורה, לא שמענו שתורה פטרתו מכח עד אחד.

נראה שהמהר״ם סובר שדרשת הכתוב ״אבל קם הוא לשבועה״ עומדת בפני

[603] האחרונים דנו האם לשיטה שעד המסייע פוטר משבועה ז״א שאינו חייב שבועה או שכאילו הוא נשבע, עיין ביאורי סוגיות (הרב הוניגסברג) ב״מ סימן י״א, ונפ״מ לענין גלגול שבועה (האם ניתן לגלגל עליו שבועה נוספת), ועוד נפ״מ.

עצמה ואינה נסמכת דוקא לענינו של הפסוק, ולכן אחר שחז״ל דייקו ודרשו שעד אחד קם לשבועה, מוכח שיש כח ביד עד אחד להשפיע על חיוב שבועה, הן לחיוב והן לפטור.

ד. המהר״ם ביסס את דבריו גם על קל וחומר (ראייתו השניה באות ב׳). התשב״ץ שהובא בשטמ״ק בב״מ דף ב: דחה את הקל וחומר:

> ולי אפשר גם כן לדחות זה, דדין הוא שיחייב עד אחד שבועה, לפי שהנתבע מה שהוא פטור ממנה קודם עדותו של עד אחד, אינו אלא מפני שאין מי שיחייבנו, דממילא מיפטר, ורחמנא לא שדי עליה שבועה בכדי[604], תאמר בפיטור שבועה שנתחייב בה כבר מפני הדין, זה אי אפשר.
>
> אלא ודאי אף על פי שכחו של עד יפה לחייב שבועה שמה שהיה הלה פטור ממנה אינו אלא ממילא, אפילו הכי אינו דין שיהא כחו יפה לפטור שבועה שהטילה התורה וחייבה אותה[605].

יסוד דברי התשב״ץ, שכוחה של השבועה גדול מכוחו של העד, ולכן במקרה בו עד אחד מעיד כנגד אדם, הנתבע פוטר עצמו בשבועה, אבל במקרה בו כבר מוטל על אדם חיוב שבועה אין בכוחו של עד אחד לפוטרו. ולכאורה יש להשיב ולומר, שאין הכרעה כוחו של מי גדול, והכל תלוי בחזקה. ולכן במקרה בו התובע מביא עד לטובתו, שבועתו של המוחזק משאירה את החפץ בידו, ובמקרה בו הנתבע חייב שבועה, הכח העד שמעיד לטובתו להשאיר את הרכוש בידו, ועל כך מבוסס הקל וחומר של המהר״ם לעיל.

קוּשְׁיִית בֵּית הַלֵּוִי עַל שִׁיטַת הַמַּהַר״ם

---

[604] כל עוד שלתובע אין ראיה, אין לחייב את הנתבע שבועה, כיון שאין לחייב שבועה כאשר אין עליו חיוב.

[605] בשו״ת שבט הלוי חלק ד׳ סימן קפ״ז דן בדבריו ובהוספה בשולי הגליון כתב: ״...וכעת לאחר כמה שנים יראו דברי הרשב״ץ פשוטים יותר דדעתו דמה שנפטר אדם אם אין לבעל דין נגדו עדות אלא טענת ברי בלבד אין זה פטור של ברור דודאי ספק גמור הוא אלא דאין לנו להוציא ממון מספק, וא״כ עד אחד מעיד לחייב אינו מעיד עד החזקה אלא מברר הספק, משא״כ כשכבר חייב שבועה דרך ודאי, ועד אחד רוצה לפטרו.

ה. לשיטת המהר"ם הנ"ל (אות ב'), עד המסייע בכוחו לחייב שבועה או לפטור משבועה, וכנ"ל. ולכאורה יש מקום לעיין בדברי המהר"ם:

- במקרה בו עד מעיד כנגד אדם, יש בכוחו של הנתבע להישבע כנגדו ולהיפטר, נמצא שכוחו של עד אחד אינו מוחלט כיון שיש לנתבע כח להפקיע את כוחו באמצעות השבועה.
- במקרה בו עד אחד מעיד לטובתו של אדם, ועל ידי כך הוא פוטר אותו מחיוב שבועה, אין ביד התובע שום אפשרות לסתור את דברי העד, כלומר כוחו של העד מוחלט.

לדברינו, עד המסייע לתובע כוחו חלש מכוחו של עד המסייע לנתבע, שהרי בסיוע לתובע יש כח לנתבע לסתור את דבריו באמצעות שבועה, משא"כ בעד המסייע לנתבע, אין כח ביד התובע לסתור את דבריו. וא"כ קשה, קשה כיצד יכול המהר"ם ללמוד מדין עד המעיד לטובת התובע לדינו של עד שמעיד לטובת הנתבע, והרי כוחו של העד המסייע לנתבע כוחו גדול מכוחו של עד המעיד לטובת התובע ?

> קושיה זו באופן קצת שונה הקשה בשו"ת בית הלוי חלק ג' סימן ל"ה:
> וכבר מפורסם הקושי' דהרי כשמעיד נגד המוחזק הרי ביד הנתבע לישבע ולהכחישו וא"כ אפילו אם עדותו שקר הא אינו מפסיד כלל להנתבע כיון דבידו להכחישו בשבועה וא"כ לא האמינה התורה לע"א רק לחייב הנתבע להכחישו בשבועתו. אבל אם מסייע להמוחזק הרי אם מעיד בשקר הא מפסיד הרבה להתובע דבלא עדותו לא היה הנתבע יכול לישבע על שקר והיה מוכרח לשלם וזה פוטרו בלא שבועה בעדותו וגורם הפסד גמור אם הוא שקר ומנ"ל דבזה האמינתו התורה[606]....

[606] קושיא זו הקשה גם במשפטי עוזיאל חלק ד', כ"ה אות ה'. ועיין בתירוציו של בעל בית הלוי שם.

נראה יש מקום לישב את שיטת המהר״ם, החילוק הנ״ל בין עדותו של עד אחד המעיד לטובת התובע לבין עד אחד המעיד לטובת הנתבע איננו נובע מחמת הבדל בין תובע לנתבע אלא בין מי שמוחזק למי שאינו מוחזק, ולעולם המוחזק כוחו גדול ממי שאינו מוחזק. ולכן, במקרה בו התובע מביא עד אחד לטובתו, ומערער את כח המוחזקות, הנתבע המוחזק נשבע כנגדו, ומשיב לעצמו את כח המוחזקות. לעומת זאת, במקרה בו עד אחד מעיד לטובתו של הנתבע, הוטל ספק בתביעתו של התובע, ואין לו כח להוציא ממון. ושבועה לא תועיל לו, כיון שאין בכח שבועה להוציא ממון, ואף אם אין אימון מלא בדברי העד, אין כח להוציא מיד המוחזק.

עוד ניתן להציע (הצעתו של ר׳ מיכי שפירא שליט״א), אע״פ שאם נקבל את עדותו של עד אחד המסייע הנתבע, לתובע לא תהיה אפשרות לצאת כנגדו, אבל אליבא דאמת הנתבע אינו זקוק לעד, שהרי הוא יכול להיפטר בשבועה וגם אז אין לנתבע מה לעשות. וממילא אין תימא על כך שעד המסייע יכול לסייע לגמרי לנתבע. אמנם, יש לדון שסו״ס אין כאן קל וחומר, וצ״ע.

<u>חקירת האחרונים</u>

ו. בדברי האחרונים מצאנו שתלו את המחלוקת האם עד המסייע לנתבע פוטר משבועה בשאלה היסודית מה הוא תפקידו של עד אחד, וכך סיכם את דבריהם בספר עדות ושטרות סימן כ״ט עמ׳ 261 אות ב׳- ג׳:

> ידועה חקירת האחרונים אם עד אחד מחייב ממון כשנים אלא שהנתבע יכול להישבע ולהיפטר או שהעד אחד מחייב שבועה בלבד ורק אם הנתבע לא נשבע חייב לשלם...
> ובחקירה זו נראה לבאר גם את המחלוקת בדין מודה במקצת ועד אחד מסייעו אם חייב שבועה, ראה שתי דעות בזה בטור ובשו״ע חו״מ...[607]

[607] לקמן אות ח׳.

ולכאורה נחלקו בחקירה הנ״ל, שהסבור שעד המסייע פוטר משבועה דעתו שעד אחד מחייב בעדותו שבועה ולא ממון, וסובר גם שכמו שעד אחד מחייב שבועה כן יכול לפטור משבועה, אבל הרמ״ה סובר שעד אחד מחייב ממון אלא שהנתבע יכול להישבע ולהיפטר ולכן לא שייך ללמוד מזה שעד אחד יפטור בשבועה[608].

אמנם עיין בדברינו לעיל בעמ׳ 212[609], ששני צדדי החקירה כבר הועלו בגמ׳ והגמרא הכריעה שעד אחד קם לשבועה ולא לממון, וכיון שזו מסקנת הגמ׳ נראה שלא נוכל לתלות את המחלוקת במהות עדותו של עד אחד בשאלה זו, וממילא יש לבאר את המחלוקת האם עד המסייע פוטר משבועה על פי המסקנה שעד אחד קם לשבועה.

ז. יתכן שיש מקום להציע שהמחלוקת היא האם כוחו של עד אחד גדול מכח השבועה או כח השבועה גדול מכוחו של עד אחד. אם ננקוט שכוחו של עד אחד גדול משבועה עד אחד יפטור משבועה ואם ננקוט ששבועה גדולה מעד אחד, אין בכח השבועה לפטור מחיוב שבועה של עד אחד, וצ״ע.

<u>פסק השו״ע</u>

ח. שו״ע חו״מ סימן ע״ה סעיף ב׳:

מנה לי בידך, אין לך בידי אלא חמשים, חייב לישבע מן התורה שאינו חייב לו אלא חמשים, ונותן החמשים שהודה. ואם יש אחר שמסייעו, יש אומרים שפוטרו משבועה, ויש אומרים שאינו פוטרו.

---

[608] בצ״א חלק ג׳ סימן ל׳, העמיד את החקירה בשאלה האם עד אחד מחייב שבועה או שעד אחד מטיל ספק ואנו מחייבים שבועה. ועל פי דבריו ביאר (באות יט) שעל פי האפשרות הראשונה יש מקום לומר שעד המסייע לנתבע פוטר משבועה ועל פי האפשרות השניה איננו פוטר משבועה. ובקונטרסי השיעורים ב״מ שיעור ב׳ אות ג׳ כתב שעד אחד מחייב שבועה אבל אין להסיק מכאן שמאמינים לעד אחד (ורק באיסורים נאמר שעד אחד נאמן באיסורים), ולפיכך עד המסייע אינו פוטר משבועה (ואם הוא פוטר יש צורך בלימוד מפסוק) ״דהרי אין כאן מדין נאמנות לומר שעד אחד נאמן בחיוב שבועה אלא גזה״כ שחצי עדות של ממון מחייב שבועה, ומהיכי תיתי לומר שחידוש זה ישנו גם לפטור...״.

[609] ובכל הדיון שם.

שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף ו':

> הודה במקצת, ועד אחד מסייעו, י"א שפוטרו משבועה (טור סי"א בשם הרא"ש), וי"א שאינו פוטרו. הגה: והעיקר כסברא הראשונה, וכן ראוי להורות...

השו"ע דן על מקרה בו עד אחד בא לפטור את הנתבע משבועת מודה במקצת. ולגבי עד אחד שבא לפטור את השומר משבועת השומרים, השו"ע לא גילה דעתו ומסתבר שאין לחלק בין המקרים. ובמקרה של עד אחד שבא כנגד עד אחד אחר, כתבו ראשונים שבמקרה זה לכל הדעות יש בכוחו של העד לפטור את הנתבע משבועה[610].

סיכום

ט. העולה מהאמור לעיל:

- נחלקו ראשונים האם עד המסייע לנתבע פוטר את הנתבע משבועת התורה (אות א'). והשו"ע כתב את שתי הדעות, והרמ"א הכריע שפוטר (אות ח').
- לשיטת המהר"ם מרוטנבורג, דברי הגמ' לגבי עד אחד שהוא קם לשבועה, תקפים הן לחיוב והן לפטור (אות ב'). התשב"ץ סובר שהפסוק נאמר רק על עד המחייב שבועה כיון שעל כך דן הפסוק, אולם יתכן שהדרשה עומדת בפני עצמה (אות ג').
- המהר"ם סובר שאם עד אחד מחייב שבועה את המוחזק ק"ו שיפטור את המוחזק משבועה (אות ב') והתשב"ץ פרך את דבריו, ויתכן שמחלוקתם היא בשאלה האם כוחו של עד אחד גדול משבועה או כוחם שווה (אות ד',ז').
- עד אחד המסייע לנתבע כוחו גדול כיון שאין כח בידי התובע לסתור את דבריו, לעומת זאת עד אחד המסייע לתובע יכול הנתבע להישבע כנגדו (אות ה', ועי"ש).

[610] עיין הערה 594 בשם חידושי הר"ן לב"מ דף ב:.

- נראה שלא נוכל לתלות את המחלוקת בדין עד המסייע לנתבע בשאלה האם עד אחד קם לממון או לשבועה, כיון שהגמ׳ הכריעה במפורש שעד אחד קם לשבועה (אות ז׳).

טַעֲנַת שֹמֵא שֶׁל הַתּוֹבֵעַ וְעַד אֶחָד מֵעִיד לְטוֹבָתוֹ

הַקְדָּמָה / טַעֲנַת שֹמֵא

א. לעיל בעמ׳ 137 ואילך[611] עסקנו בחיוב שבועת היסת במקרה בו התובע טוען טענת שמא, עי״ש. לקמן נדון האם שבועת התורה (מודה, במקצת, שומרים, כנגד עד אחד – לעיל עמ׳ 8׳), קיימת במקרה בו התובע טוען טענת שמא, והעד מעיד לטובת התובע בטענת בריא.

טענת ברי של תובע, היא טענה שהתובע אומר את דברו מתוך ידיעה שלו על מה שהיה, אבל אם הוא טוען על סמך אמירה ששמע מחבירו, אף אם הוא עצמו אומר שהוא סומך על חבירו, אין זו טענת ברי, שהרי הוא לא ראה בעיניו את המעשה. ואף אם הוא יטען את דבריו ויאמר שברי לו (על סמך חבירו), מבחינת בית הדין זו טענת שמא (עיין לקמן אות ט׳).

אמנם, יש לעיין האם יש מקום לחלק בין מקרה בו אחר העדאת העד האחד, התובע נשאר בטענת שמא והוא אומר שהוא עצמו אינו יודע האם הנתבע חייב לו, אבל ישנו עד לטובתו. לבין מקרה שבו בעקבות דברי העד טוען התובע שהוא מאמין לדברי העד, ולכן הוא בטוח שפלוני חייב לו. וכן האם טענת שמא של התובע דומה לטענת חש״ו שלעולם אינה נחשבת טענה ברי (עיין אות יג ואילך).

ב. עוד יש לעיין מה הדין במקרה בו שני עדים מעידים לטובתו של אדם והוא עצמו טוען שמא, האם במקרה זה ברור שיש ללכת אחר העדים ויהיה ניתן להוציא ממון מהנתבע למרות שהתובע טוען רק טענת שמא, ומה היא ההשלכה מדין שני עדים לדינו של עד אחד כשהתובע טוען טענת שמא[612] (לקמן אות ה׳).

---

[611] ועי״ש בהערה 364.

[612] אם היינו נוקטים שעד אחד קם לממון (ולא לשבועה) הרי שהיה מקום לומר שהאמור בשני עדים ישפיע בצורה ישירה על האמור בעד אחד. אולם כיון שהמסקנה היא שעד אחד קם לשבועה (עיין עמ׳ 52), יתכן שיש מקום לחלק בין מקרה של טענת שמא במקרה של שני עדים לבין טענת שמא במקרה של עד אחד. אמנם עיין

ג. שומר שטוען שהחפץ שבידו נגנב או נאנס, חייב שבועת התורה. המפקיד ודאי שאינו יודע מה אירע לחפץ, ואם הוא היה מאמין לשומר שהחפץ נאנס, השומר היה פטור מלהישבע, אולם כיון שהמפקיד אינו יודע האם השומר פשע או נאנס והוא אינו מאמין לשומר, חייב השומר להישבע. ומוכח, שמן התורה חייב השומר להישבע למרות שהמפקיד טוען רק טענת שמא. ויש לעיין האם נוכל להשליך מדין השומרים לשאר שבועות של תורה שניתן לחייב את הנתבע להישבע למרות שהתובע טוען טענת שמא.

ד. הרמב"ן בחידושיו לקידושין דף כח.[613] דן בדין שבועה כאשר התובע טוען טענת שמא, וכתב שם:

> ואי קשיא שבועת השומרים ספק היא, י"א הואיל והפקיד אצלו ולא ידע אם החזיר לו אם לא ודאי הוא[614]....
> אלא הכי קאמר שמא בדבר שאין נשבעין עליו כגון מודה במקצת ושאר השבועות מנא לן, אבל שמא של שומרים הואיל וחייבה עליו תורה שבועה בפני עצמה אינו בכלל...

על פי שני הסברי הרמב"ן, העובדה שתורה חייבה שבועה בשומרים אין להוכיח ממנה שניתן לחייב שבועה במקרה של טענת שמא במודה במקצת או במקרה של עד אחד.

טַעֲנַת שְׁמָא בִּשְׁנֵי עֵדִים וּבְעֵד אֶחָד וּבְמוֹדֶה בְּמִקְצָת – שִׁיטַת הָרִיטְבָ"א וְהַצִּיץ אֶלִיעָזֶר

ה. חידושי הריטב"א קידושין דף כז: :

לקמן אות ה' בדברי הריטב"א שהסיק מדין שני עדים לדינו של עד אחד.

[613] הו"ד בחידושי הרשב"א שם, ועיין שם בראשונים.

[614] וע"ש שדחה תירוץ זה, כיון שאין חיוב השומר מתעורר עד שיארע בהם אונס, עי"ש.

...והשתא דאתינן להכי דכוותה בממון דאמרינן שניתן ליתבע בעד אחד בטענת שמא הוא. ושמעינן מינה דשבועת עד אחד איתא אפילו בטענת שמא כדברי רבינו אלפסי ז״ל[615], ודין הוא דהא ׳כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה׳, וכיון דשני עדים מחייבים אותו ממון בטענת שמא אם הוא דבר שאין לו לידע בבירור, כגון שהם מעידין שראוהו שנכנס לביתו שלא בפניו וגנב מכליו, כך עד אחד מחייבו שבועה בכהאי גוונא...

הריטב״א מחדש שבמקרה בו התובע טוען טענת שמא והעדים מעידין בברי, עדותם תועיל להוציא ממון מהנתבע אם רק אם העובדה שהתובע אינו טוען בבריא אינה ׳מחשידה׳ ובית דין בירר שהתובע לא היה יכול לטעון ברי, אבל אם בית הדין סובר שעל התובע היה לדעת מהמקרה ואע״פ כן הוא טוען רק טענת שמא, שני העדים לא יוציאו ממון מהנתבע.

ולכאורה, אחר שתורה האמינה לשני עדים מדוע יש לחלק בין ׳שמא טוב׳ לבין ׳שמא גרוע׳ והרי הוצאת הממון היא על פי העדים ולא על פי דברי התובע, וכיון שכך בכל מקרה יש להוציא ממון מהנתבע.

יתכן, במקרה בו התובע טוען טענת שמא הרי הוא נחשב כמי שמחל לנתבע או שהוא עצמו קיבל על עצמו שהעדים שבאים לטובתו לא יהיו ראיה עבורו, וצ״ע.

ו. אמנם, בשו״ת ציץ אליעזר חלק ג׳ סימן ל׳ אות י״ז כתב כדבר פשוט:

ובשני עדים ודאי כו״ע ס״ל דאין צריכים שהתובע יטעון ברי.

הציץ אליעזר אינו מחלק כחילוקו של הריטב״א, לשיטתו שני עדים בכוחם להוציא ממון מפאת עצמם ואינם צריכים לדבריו של התובע, ואף אם הוא טוען

[615] שבועות דף כח מדפיו.

טענת שמא, העדים יוציאו ממון. ונראה מדבריו שאפילו במקרה בו התובע היה אמור לדעת והוא אינו יודע וטוען טענת שמא יתקבלו דברי העד. ובהעמק שאלה שאילתא כ״ז ס״ק ט׳ כתב, שכאשר באו שני עדים, התובע נחשב כמי שטוען טענת ברי, כיון שתורה האמינה להם[616].

ז. נראה שיסוד הדיון הוא, האם שני עדים בממונות הינם ׳כח׳ העומד מול הנתבע בפני עצמו, לכן הם מוציאים ממון אף בטענת שמא של התובע או שהעדים הינם רק סיוע לדברי התובע, ואם התובע אינו תובע ברי לא תועיל עדות הברי של העדים.

הציץ אליעזר, סובר כאפשרות הראשונה, ולכן אין משמעות לטענת התובע ויש בכוחם להוציא ממון, אבל נראה שאף לשיטתו אם התובע יאמר שברי לו שהנתבע אינו חייב לו, בית דין לא יוציאו ממון מהנתבע על פי העדים, כיון שהוא עצמו מוחל לנתבע על הממון[617].

לעומתו, הריטב״א טוען שהעדים מסייעים לתובע, ולכן במקרה בו התובע טוען טענת שמא גרועה (כיון שהיה לו לדעת), בית דין לא יוציא ממון מהנתבע, אבל אף הריטב״א מודה שבמקרה בו התובע לא היה יכול לא לדעת, העדים ׳מסייעים׳ לו ועל פיהם יוציאו ממון מהנתבע.

ח. הריטב״א מסיק מדין שני עדים לדין עד אחד. ולפיכך אם עד אחד מעיד טענת ברי והתובע אומר רק טענת שמא, יתחייב הנתבע להישבע, במקרה בו התובע לא היה יכול לדעת.

---

[616] אבל אם רק עד אחד טוען, יש צורך שהתובע יטען טענת ברי מחמת דבריו, ואם הוא נשאר בספק, אין כאן דמיון לשני עדים, עי״ש. ויל״ע מדוע כאשר הוא טוען טענת ברי בסיוע עד אחד דבריו אינם נחשבים כדברי העד ? ושמא, במקרה בו יש טענת ברי ועד אחד, יש מקום להציע שנחלק את דברי התובע, שאמנם הוא אינו נאמן כלפי עצמו, אבל ביחס לחבירו הוא נאמן לומר שהוא חייב ונמצא שיש מעין שני עדים כנגד הנתבע, אמנם, אי אפשר להוציא ממון שהרי הוא תובע ונוגע ואיננו עד, אבל די בדבריו כדי לחייב את הנתבע שבועה, ויש בזה ׳צד׳ דמיון לשני עדים ביחס לנתבע ששנים אומרים שהוא חייב. אבל במקרה בו התובע טוען טענת שמא ויש לו עד אחד, אין שום דמיון לשני עדים ולכן אין מקום לחייב שבועה בטענת ספק (ע״פ דברי ר׳ משה [טומי] פריד שליט״א).

[617] ואם התובע חייב ממון לאחרים, יש לעיין האם כאשר הוא אומר שפלוני אינו חייב לו, והעדים מעידים שחייב, האם יש בכוחו למחול כאשר הוא חב לאחרים, ואכמ״ל.

יש לעיין האם נוכל להסיק מדברי הריטב"א בדין עד אחד, למקרה של מודה במקצת שהתובע שטוען טענת שמא (במקרה שלא היה לו לידע) והנתבע מודה במקצת יש להשביע את הנתבע או שרק בעד אחד (שדינו כשני עדים) ובשבועת השומרים המפורשת בתורה (ולעיל אות ג') קיימת שבועה בטענת ספק אבל במודה במקצת והתובע טוען שמא אין הוכחה שנוכל לחייב שבועה את הנתבע[618]. מסברא נראה שבמקרה זה אין לחייב את הנתבע בשבועה, שהרי הטעם שמודה במקצת נשבע, הוא מפני שאין הוא מעיז פניו בפני בעל חובו (לעיל עמ' 100), ובמקרה בו התובע עצמו מסופק, הנתבע שמודה במקצת וכפר במקצת אינו מעיז כלל ועיקר, ולפיכך מסתבר שיש לקבל את דבריו, ואף לגבי החלק שהודה הוא מעין 'משיב אבידה' שהיה יכול לכפור בכל.

<u>פסקי השו"ע</u>

ט. שו"ע חו"מ סימן ע"ה סעיף כ"ג[619]:

> טענו בספק על פי העד, כגון, פלוני אמר לי שנטלת משלי מנה, והוא כופר, והביא העד[620]. משביעו שבועה דאורייתא כאלו היה טוענו טענת ברי[621].

יש לעיין האם מדובר במקרה בו התובע עצמו אומר שהוא מסופק לגבי עצם התביעה, או שהוא עצמו טוען את טענתו בודאות, אולם הדין אומר שזו טענת ספק כיון שאינו טוען מכח ידיעה שלו אלא מכח אמירה של אדם אחר.

---

618 ועיין בחידושי הריטב"א בקידושין דף כח. .

619 לגבי שיטת הרמב"ם, עיין מ"מ ולח"מ פ"ד מגזילה הלכה י"ז, לח"מ פ"ג מטוען הלכה ו'.

620 האם קיים חילוק בין מקרה בו ראובן אמר לתובע והעד איננו ראובן אלא שמעון לבין מקרה בו שמעון אמר לתובע ושמעון הוא זה שבא להעיד. מפשט לשון השו"ע נראה מדובר על המקרה השני, ולכאורה אין נפ"מ בין המקרים, אא"כ נאמר שאם ראובן אמר ושמעון בא להעיד, ז"א שגם ראובן יודע מהענין והוא לא בא להעיד, ותמוה מדוע ראובן לא בא להעיד יחד עם שמעון ויהיו לתובע שני עדים, אמנם אם ראובן הוא פסול עדות (קרוב משפחה, או אשה), אין גריעותא באי הגעתו להעיד, וצ"ע.

621 בשו"ת צ"א חלק ג' סימן ל' אות י"ז כתב שע"פ שיטתו שכוחו של עד אחד להטיל ספק (עיין הערה 570), יש לחייב שבועה רק במקרה בו התובע טוען ברי, ונמצא ששיטתו הינה שלא כהכרעת השו"ע, וצ"ע.

מלשון השו"ע שנקט "טענו בספק" אין הכרעה לספק שבפנינו, ויתכן שנוכל לפשוט את הספק מלשון השו"ע בחו"מ סימן פ"ז סעיף א':

התובע לחבירו ממון או חפץ... אם הוא כופר בכל, ועד אחד מכחישו, חייב שבועה מן התורה, אפילו אינו יודע שחייב לו אלא על פי העד.

מלשון השו"ע "אינו יודע שחייב לו אלא על פי העד" נראה לדייק שאם התובע טוען שגם אחר העדאת העד הוא עצמו "אינו יודע" אם הנתבע חייב לו, לא נוכל לחייב את הנתבע שבועה. וכך מפורש בדברי האבן האזל בפרק ה' מהלכות טוען הלכה ט' (לקמן אות טו). אולם מדברי הקהילות יעקב בכתובות (מהדורה חדשה) סימן יז אות ב', נראה שאין חילוק ובכל מקרה ניתן לחייב שבועה על פי העדאת עד אחד (לקמן אות טז). ובמשפטי עוזיאל (כרך ד', חו"מ סימן כ"ב) דייק מדברי השו"ע (בניגוד לדברינו) שאפילו אם התובע אינו מאמין לעד וממשיך לטעון טענת ספק, יש להשביע את הנתבע.

י. השו"ע אינו מחלק בין מקרה בו מתעורר ספק מדוע התובע אינו יודע ובין מקרה בו לא היה על התובע לדעת מעדות העד, כפי שחילק הריטב"א (לעיל אות ח'-ט'). וכיון שכך נראה ששיטתו היא שבשני המקרים יש להשביע את הנתבע על פי דברי העד, ונמצא שלעד יש 'כח עצמי' לחייב להישבע גם בלי תביעת ברי של התובע (אמנם, לדברינו לעיל באות ט', מדובר רק במקרה בו אחר דברי העד התובע עצמו אינו מסופק).

יב. השו"ע אינו דן על חיוב שבועה כאשר התובע טוען טענת ספק והנתבע מודה במקצת. ועיין בדברינו באות ח' שמסתבר שאין לחייבו שבועה במקרה זה. ובשומרים, לעולם יש לחייב שבועה אף בטענת שמא, כי המפקיד אינו יודע מה אירע לחפץ השמירה, וכנ"ל באות ג'.

<u>שְׁבוּעָה כְּנֶגֶד עֵד אֶחָד בְּתַבִיעַת חֶרֶשׁ שׁוֹטֶה וְקָטָן וּבְטַעֲנַת שְׁמָא שֶׁל גָּדוֹל</u>

יג. כנ״ל תביעת ספק מכח עד אחד מחייבת שבועה (אות ט׳). לקמן נדון בחש״ו שעד אחד מסייע לדבריהם, האם יש להשביע את הנתבע, והאם יש מקום לדמות בין תביעת חש״ו לבין תביעת ספק על פי עד אחד.

יד. שו״ע חו״מ סימן צ״ו סעיף א׳[622]:

> אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן, אחד הבא בטענת עצמו או בטענת אביו, לפי שזה המקצת שהודה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבידה. וכן אם כפר בכל, ובא עד אחד והעיד לקטן, אינו נשבע, שזה עד אחד ואין שם תובע, שתביעת הקטן אינה תביעה גמורה[623]. (וי״א דצריך לישבע על פי העד[624]) (טור ומרדכי פרק הדיינים).
>
> נמצאת אומר, קטן שאמר לגדול מנה לי בידך, או אבא היה לו בידך, והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים, או אין לך בידי כלום, ועד אחד מעידו שיש לו, הרי זה פטור משבועת התורה. אבל אם שמר לקטן וטוען שאבד, הרי זה נשבע שבועת השומרים, לפי שאינו נשבע מחמת טענה.
>
> הגה: ויש אומרים דאין נשבעין לו משבועות שומרים שהיא שבועת התורה (טור בשם הרמב״ן והרא״ש והראב״ד שם בפ״ב משכירות בהשגתו)...

הרמ״א פוסק כשיטת הטור, שלמרות שתביעת הקטן איננה תביעה גמורה, הנתבע צריך להישבע כנגד העד. הטור עצמו בסימן צ״ו דוחה את שיטת הרמב״ם (שהיא שיטת השו״ע שבפנינו):

> ... אבל למה שכתבתי למעלה דגדול התובע על פי עד אחד חייב, הכא נמי חייב שאין החיוב בא על תביעת קטן אלא על פי העדאת העד[625].

כלומר, לשיטת הטור והרמ״א, תביעת ספק של גדול (עיין אות ט׳) ותביעת חש״ו

---

[622] כשיטת הרמב״ם בפרק ה׳ מהלכות טוען ונטען הלכה ט׳.

[623] יש לעיין מה הדין כאשר שני עדים מעידים לטובת חש״ו, ונראה שאפילו על פי שיטת הריטב״א (לעיל אות ה׳), יש לחייב ממון, שהרי חש״ו שאין להם ידיעה ברורה, אין כלפיהם שום טענה.

[624] אבל במודה במקצת, לא שמענו חיוב שבועה – ועיין בדברינו לעיל אות ח׳.

[625] ועי״ש בהמשך דבריו.

דינם אחד, ובשני המקרים קיים חיוב שבועה. אולם השו״ע מחלק בית תביעת חש״ו שאין נשבעין עליה למרות שעד אחד מעיד כדברי החש״ו לבין גדול שתובע תביעת שמא שיש להישבע עליה (אות י׳), ויש לעיין מה טעם החילוק[626].

עוד יש לעיין שמסברא היה מקום לומר ההיפך[627], שחש״ו שאין בהם דעת, עד אחד יחייב שבועה את הנתבע, שהרי אין להם אפשרות אחרת, משא״כ בגדול שהוא בר דעת, ויכול לעיין בעסקיו עד אחד לא יועיל לחייב את הנתבע שבועה, ואילו השו״ע פוסק ההיפך[628], ויש לעיין בטעמו[629].

טו. אבן האזל פרק ה׳ מטוען הלכה ט׳ (ד״ה ״אכן לבד״, דף יג: מדפי הספר):

> ונראה דאפשר יש לחלק בין טענת שמא לתביעת קטן, דגדול שהעיד לו עד אחד שראובן חייב לו, אף שהוא אינו יודע, אבל הוא תובע לראובן ע״פ הגדת העד, וע״פ הגדת העד חייב ראובן שבועה, אבל תביעת קטן שכתב הרמב״ם[630] שתביעתו אינה תביעה היינו דלא דיינינן תביעתו לתביעה כלל, והוי כמו שאינו בפנינו. וסוברים הר״י מיגא״ש והרמב״ם שאם יבוא עד אחד לבית דין ויאמר שראובן חייב לשמעון מנה לא יחייב ב״ד שבועה בלא תביעת שמעון, ולכן סוברים דלגבי שבועה דאורייתא אינו מועיל תביעת קטן[631]...

---

[626] עיין ספר המפתח על פ״ה מהלכות טוען הלכה ט׳ שציין למפרשים שדנו בשאלה זו, וחלקם יובאו לקמן.

[627] וביחוד על פי שיטת הריטב״א שבאות ה׳. אמנם השו״ע אינו סובר כשיטתו, וכנ״ל באות י׳.

[628] בהעמק שאלה, שאילתה כ״ז ס״ק ט׳ (דף קפה בסופו) כתב שאע״פ שבית דין אביהם של יתומים, אין לחייב שבועה על פי עד אחד המעיד לטובת היתומים, כיון ששבועה מחייבת תביעה בפני בית דין, וכאן אין תביעה שהרי תביעתו של קטן איננה תביעה.

[629] יש לעיין האם מדובר בחש״ו שיש להם אפוטרופוס או לא. והאם במקרה בו יש אפוטרופוס יש משמעות לטענתו, וכן האם בית דין שהם אביהם של יתומים יש להם סמכות לטעון טענת ודאי עבורם כדי לחייב שבועה או רק כדי לפוטרם. ועיין שו״ע חו״מ סימן ר״צ סעיף י״ב, וצ״ע.
והעיר ר׳ צביאל שטרן נ״י, שניתן לבאר על פי דברי רש״י בשבועות דף מב: ד״ה ״אלא״ שכתב שטענת קטן אינה טענה כי נתינתו אינה נתינה (״שאין טענתו חשובה במקום אחר״) ולפי״ז בקטן אין להשביע על טענתו שמעיקרא נחשב כמי שלא נתן, משא״כ בגדול שנתינתו נתינה ניתן להשביע על טענת ספק, כיון שלא טענת הספק היא המונעת את השבועה על פי רש״י אלא חסרון הנתינה שאינה מהווה נתינה בקטן.

[630] שהוא מקור דברי השו״ע הנ״ל.

[631] ועי״ש שדן מנין שצריך תביעה כדי לחייב על פי שבועת עד אחד, ודייק מלשון הגמ׳ ״שע״י טענה וכפירה...״ משמע שהטענה היא המחייבת.

לשיטתו, אם התובע נשאר בספק גם אחרי דברי העד, בית דין לא יחייבו את הנתבע להישבע (עיין לעיל אות ט׳), רק אם התובע יתבע מכח דברי העד תביעתו תועיל[632], אבל חש״ו שתובע אפילו אם יאמר את דבריו בעקבות העד, אין תביעתו תביעה[633].

אמנם יש לעיין, שהרי השו״ע עצמו בסימן ע״ה (לעיל אות ט׳), כתב שתובע שטוען מכח דברי העד, טענתו מוגדרת טענת ספק (ועיין בדברינו שם), וא״כ מוכח שאפילו שהוא טוען טענה שעל פי דין מוגדרת טענת ספק, חייב הנתבע להישבע מחמת דברי העד, וא״כ דברי בעל אבן האזל, שאחר דברי העד על התובע לטעון בבריא על פי דברי העד, לכאורה לא יועילו לבאר את שיטת השו״ע, דסו״ס זו טענת ספק ואין חילוק בינה לבין טענת חש״ו[634], ואף אם נאמר שדברי אבן האזל מועילים לישב את דברי הרמב״ם[635] (שלא כתב שטענה על פי עד אחד הינה ׳טענת ספק׳), אין בהם כדי לישב את דברי השו״ע וצ״ע.

טז. קהילות יעקב, כתובות (מהד׳ חדשה) סימן י״ז אות ב׳:

ונראה בזה ואפשר דזהו ג״כ כוונת הב״י, דודאי בשומרין דהגדול משביע בשמא, מוכח מזה דא״צ טענה דכל שמא לאו טענה הוא, וממילא ה״ה קטן אע״פ שאין טענתו טענה איכא שבועה.

---

[632] וכ״כ בהעמק שאלה, שאילתא כ״ז ס״ק ט׳, עי״ש (ובדין עד אחד בסוטה).

[633] עיין חידושי רבנו מאיר שמחה לשבועות דף מה ד״ה ״אין״ שדייק מדברי הרמב״ם (שהועתקו בשו״ע לעיל אות יד) שבתביעת חש״ו: ״אין שם תובע שתביעת קטן אינה תביעה גמורה״, שההבדל בין תביעת חש״ו לבין תביעת ספק של גדול היא, שהגדול נמצא בפנינו רק טוען טענת ספק ואילו החש״ו נחשבים כמי שאינם בפנינו. ולפיכך הסיק: ״דכל השבועות מחמת טענה הן, שאחד מכחישו, וכי עד אחד מכחישו, טוען התובע יש לי עד אחד ונאמן הוא אלי שאתה חייב לי מנה אם כי אני אינני יודע, ובקטן הוא כמו שאינו לפנינו... א״כ הרי הוא כמו שבא אחד ואמר מגיע מזה לזה מנה ואין המלוה בפנינו״. ולכן במקרה בו התובע בפנינו ויש לו עד אחד קיימת חובת שבועה אם הנתבע אומר שהוא מאמין לדברי העד, אבל אם התובע אינו בפנינו, כמו בנידון של חש״ו, אין להטיל חובת שבועה על הנתבע.

[634] אמנם היה מקום לומר שחש״ו שטוענים ה״ז טענת ספק כי אין משמעות לדבריהם משא״כ גדול התובע, אף שהוא תובע מכח דברי העד, סו״ס הוא טוען ברי, אולם צ״ע האם נוכל לסמוך על חילוק זה כאשר השו״ע עצמו מגדיר את טענת הגדול כטענת ספק.

[635] עיין רמב״ם פרק ג׳ מטוען הלכה ו׳ וכס״מ ובלח״מ שם.

אבל הא דעל פי עד אחד משביע בטענת שמא, אין זה משום שאין צריך טענה אלא משום שאפילו בטוען שמא, אית ליה טענה דזהו גופא טענה מה שעד אומר שזה חייב לו, ועכ״פ טענה בעי, ומשום הכי קטן דאין דבריו כלום וגם מה שטוען על פי דברי העד אינו בגדר טענה כיון דלאו בני דעה נינהו על טענתם ותביעתם כמאן דליתא, ממילא ליכא שבועה[636]...

על פי דברי הקה״י, כדי לחייב שבועה יש צורך בטענה, ובחש״ו אף אם יש עד שמעיד כדבריהם, אין להם טענה, כי אין משמעות לדבריהם, ואילו בגדול הטוען טענת ספק, עדות העד היא גופא טענתו של התובע, ואין חילוק בין אם הוא עצמו טוען טענת ודאי לבין אם הוא טוען טענת שמא.

ויש לעיין, אם דברי העד הם טענת התובע, א״כ לפנינו רק טענת התובע ללא עד אחד, ואין מקום לחייב שבועה, ואם נאמר שעדות העד עומדת בפני עצמה, נמצא שאין לגדול טענה (שהרי טענתו טענת ספק), ומסתבר שכוונתו של הקה״י היא, שהעד ממלא שני תפקידים, תפקיד של טוען ותפקיד של עד, וצ״ע שהרי יש חילוק בין בעל דין לבין עד, וצ״ע.

יז. יתכן להציע חילוק נוסף בין עד אחד המעיד על טענת ספק של גדול (שעל הנתבע להישבע כנגדו) לבין עד אחד המעיד על טענות חש״ו (שאין חובה על הנתבע להישבע). ההלכה שאין נשבעין על טענת חש״ו, נלמדת מפסוק[637], ומהפסוק אנו למדים שתורה הפקיעה מחש״ו זכות לקבלת שבועה, והפקעה זו חלה גם ביחס לשבועת עד אחד. אבל גדול יש לו זכות להשביע, אף אם הוא יטען טענת ספק, על הנתבע להישבע מחמת טענת העד, שהרי תורה לא הפקיעה גדול משבועה. נמצא, שיסוד החילוק הוא בגזירת כתוב מיוחדת לגבי חש״ו ולכן אין ללמוד ממנה לגבי גדול הטוען טענת שמא.

---

[636] ועי״ש האם יש חילוק בין מקרה של טענת שמא לבין טענה שכך אמר לו פלוני והאם יש חילוק בין שמע מפלוני לבין ששמע מאביו.

[637] עיין שבועות דף מב. שם מובא פסוק ביחס לקטן, ועיין במאירי שכתב שמספוק זה למדים (בק״ו) לגבי חרש ושוטה.

סיכום

כ. העולה מהאמור לעיל:

- שומר חייב להישבע אפילו למפקיד אין טענת ברי נגדו (אות ג'- ד').
- טען טענת שמא והנתבע הודה במקצת, הנתבע פטור משבועה (אות ח').
- תובע שטען שמא, ויש שני עדים לטובתו, על הנתבע לשלם, ולשיטת הריטב"א חייב לשלם רק אם התובע לא היה אמור לדעת מהתביעה (אות ה'-ו').
- תובע שטען שמא והביא עד אחד לטובתו, הנתבע חייב להישבע (אות ט'), ולשיטת הריטב"א, הנתבע חייב להישבע רק אם התובע לא היה אמור לדעת מהתביעה (אות ה').
- מי שיש לו עד אחד לטובתו, וטוען טענת שמא, י"א שאין חיוב שבועה על הנתבע אלא אם התובע חוזר ואומר שהוא מאמין לדברי העד (אות ט').
- השו"ע פסק אין נשבעין על טענת חש"ו אפילו יש עד אחד לטובתו (אות יד), ודנו האחרונים מהו החילוק בין טענת חש"ו לבין טענת ספק של גדול שיש להישבע כנגד דברי העד – עיין אות טו ואילך.

טַעֲנוֹת שֶׁאֵינָן אֲמִיתִיּוֹת – שִׁינּוּי סְכוּם הַתְּבִיעָה

הַקְדָּמָה

א. ברור הדבר שאסור לאדם להחזיק ממון שאינו שלו או להוציא מחבירו ממון שאינו שלו. אמנם, מי שיודע שהוא דובר אמת ויודע שרכושו נמצא ביד אחר פעמים מותר לו לעשות דין לעצמו (עיין בפרטי הדין בשו"ע חו"מ סימן ד'). אולם יש לעיין האם מותר לאדם לשקר עבור כך (עיין אות יא), והאם מותר לשקר בבית דין כדי להוציא ממון שמגיע לו או כדי שלא להתחייב ממון שאינו מגיע לו. והאם מותר להביא לבית דין ראיות שאינם אמת כאשר הוא יודע שהאמת איתו רק שאין לו ראיות אמיתיות וכדו'.

אדם שעומד מולו גזלן ושואל אותו האם יש לו כסף, מותר לו לשקר ולומר שאין לו כדי שהגזלן לא יקח את כספו ואפילו לו מותר להישבע לשקר[638]. לקמן נדון האם בבית דין ישנו איסור 'מיוחד' של שקר ולכן למרות שאדם רוצה להציל את כספו או להוציא כסף שמגיע לו בדין, בבית דין יהיה אסור לו לשקר אפילו כדי להגיע לתוצאה אמיתית, כיון שקיים איסור להטעות את הדיינים, אפילו אם התוצאה תהיה שהדיינים לא יפסקו נכון.

דוגמא לדבר, אדם יודע שהוא פרע את חובו, אבל השטר נמצא בידו של התובע. אם הוא יטען ששטר אמיתי אבל הוא פרעו, לא יאמינו לו כיון שיש שטר ביד המלוה אבל אם הוא יטען שהשטר מזוייף טענתו תתקבל. ויש לעיין האם מותר לו לטעון שהשטר מזוייף, כדי שלא יתחייב לשלם תשלום שאינו חייב בו על פי דין, וכדו'.

אַטְעֲנֵנוּ מֵאַתַּיִם... / תּוֹבֵעַ שֶׁטּוֹעֵן יוֹתֵר מִמַּה שֶׁהִנְתְּבַע חַיָּב

[638] עיין גמ' ב"ק דף קי"ג. בדין מוכס העומד מאליו. ובשו"ע יו"ד סימן רל"ב סעיף י"ד שמותר להישבע לאנס. ועיין ברכת אברהם, מאמרים והדרכות עמ' קסד.

ב. גמ׳ שבועות דף לא. :

מנין לנושה בחבירו מנה, שלא יאמר, אטענו במאתים כדי שיודה לי במנה ויתחייב לי שבועה, ואגלגל עליו שבועה ממקום אחר[639], תלמוד לומר, מדבר שקר תרחק[640] (רש״י: ואגלגל עליו שבועה - שאינו מודה לי במקצת[641] ואשביענו על ידי גלגול[642], או שבועת קרקעות שאין נשבעין עליהן אלא על ידי גלגול).

---

[639] ישנם טענות שאין בהם חיוב שבועה של תורה, כגון כופר הכל או טענות בעניני קרקעות. והדין הוא שאם יש בין הצדדים דין ודברים המחייב שבועה מפאת נושא אחר, יכול התובע לדרוש מהנתבע שישבע לו גם על הנושא שאין עליו שבועה מן התורה, ודבר זה נקרא ״גלגול שבועה״. כך שיש לתובע רצון ליצור חיוב שבועה כדי לחייב את הנתבע על הנידון שאין בו דין שבועה (עיין משנה קידושין דף כו.)

הדין של גלגול שבועה קיים כאשר אדם תובע מחבירו שתי תביעות יחדיו, כגון שתבעו מטלטלין וקרקעות, שכיון שנוצר חיוב שבועה על המטלטלין, מגלגל התובע שבועה גם על הקרקעות, למרות שעל הקרקעות אין חיוב שבועה בפני עצמו, ולמדו דין זה משבועת הסוטה שנשבעת לא רק על מקרה זה אלא גם על מקרים אחרים.

ויש לעיין האם גלגול שבועה יחול גם במקרה בו ראובן תבע מחבירו תביעה שאין בה חיוב שבועה (קרקע או מטלטלין שהנתבע כפר הכל), ועתה יש בניהם עסק שבועה (כגון שבועת השומרים או מודה במקצת) האם אחר שהדבר כבר נדחה בבית דין, יש כח ביד ראובן לעורר שוב את התביעה הראשונה ולחייב את הנתבע שבועה ? נראה שאף במקרה זה זה נאמר דין גלגול שבועה, שהרי הכלל הוא שבדיני ממונות כל זמן שיש ראיה ניתן לסתור את הדין, וכאן שיכול להביא ראיה חדשה לטובתו שהיא השבועה, ג״כ יוכל להשתמש בה. וכך מפורש במשפטי שבועות, בחלק א׳ שער ה׳: ״והאופן השלישי כגון אלו השותפין והאריסין וכו׳ שכבר חשבנו שנשבעין על טענת שמא בגזירה, ואם חִלקו בטלה השבועה מביניהם כמו שפירשנו כבר. ואם עוד תבעו בתביעה אחרת ונתחייב לו שבועה מדרך אחרת דין הוא לגלגל עליו כל השבועות אפילו אותם שבטלו כבר. כי לא בטלו לגמרי אלא אין להם תביעה בפני עצמן אלא אחרי השבועה השניה נמשכין אם גזירה גזירה ואם שבועת היסת שבועת היסת״.

[640] יש לעיין האם מדובר באיסור גמור או במידת פרישות והנהגה טובה. משו״ת הרשב״א חלק ג׳ סימן פ״א נראה שמדובר באיסור (אות יא), ואף הרמב״ם בפרק ט״ז מהלכות טוען ונטען הלכה ט׳ כתב את הדין כפי שהוא. אמנם הטור והשו״ע השמיטו דין זה, וכבר תמה עליהם הש״ך בחו״מ סימן ע״ה ס״ק א׳ ולא יישב את דבריהם. אמנם החכמת שלמה (אות טז) במקום כתב שכיום שתיקנו שבועת היסת ותיקנו חרם, אין משמעות מעשית לדין זה (שהרי אין צורך להעלות את סכום התביעה כדי שהנתבע יתחייב להישבע, שגם כופר בכל חייב שבועה) לפיכך לא נכתב הדין בטור ובשו״ע (אמנם, צ״ע שלא בכל מקרה קיימת שבועת היסת, כוגן בשותפים, וצ״ע). ושמא הטור והשו״ע השמיטו כיון שלא מדובר בדין גמור, אולם מקושיית הש״ך נראה שמדובר בדין גמור.

ובשו״ת חוות יאיר סימן קל״ו כתב: ״דאין חומר כולי האי במשפט בלתי נכון היוצא מפי הדיין אם הוא דין תורה לדעת הדיין״ וציין לסוגיית הגמ׳ בשבועות ופירט את המקרה של נתבע שטענו כנגדו מאתים והוא יודע שחייב מאה, שנאמר בגמ׳ שלא יכפור הכל וישלם מחוץ לבית דין אלא ישבע במקצת וכתב שם ״והנה פשוט... שאינם אלא רק הרחקות יתירות ולא מצד הדין והאיסור״. והוסיף שם החוות יאיר שלכאורה תמוה מדוע יש בכך הרחקה טובה, והרי עדיף שיטען שלא כפי האמת, ועל ידי כך תימנע שבועת התורה שהרי לפי האמת אין כאן דין שבועה כלל, אלא שאין קפידא בדבר כיון שהדיין עצמו ״פוסק כדין תורה לפני הטענות״ (ועיין לקמן באות י׳).

ועיין בערך שי, אבן העזר סימן טו״ב דף סד: שכתב שסוגיית הגמ׳ היא ״רק משום הרחקה שלא ירגיל את עצמו לשנות כה״ג גם כשלא יכוון להציל את שלו״ ודימה זאת לאיסור גזל הגוי ששיטת הישׁ״ש היא שטעם האיסור הוא מפני ההרגל. ומשמע, שאם אין חשש שירגיל עצמו, מותר.

ועיין אורים י״ב ס״ק ח׳ (ותומים ס״ק ה׳), שקיימת ״מצות פרישות״ אבל מדינא מותר לאדם לומר לתובע

התובע יודע שהנתבע חייב לו ממון (גם) מחמת תביעה אחרת שבה יש בכוחו של הנתבע לכפור הכל ולא לשלם לו[643], ולפיכך התובע רוצה להערים ולתבוע יותר בתביעה הנוכחית (סה"כ תובע מאתים) כדי ליצור חיוב שבועה, ולגלגל על הנתבע שבועה על התביעה האחרת.

ניתן לתאר שתי אפשרויות:

- הסך הכולל של שתי התביעות הינו פחות ממאתים.
- הסך הכולל של התביעות הינו בדיוק מאתים

המקרה הראשון חמור יותר מהשני, כיון שהתובע תובע סכום שהוא עצמו יודע שלא מגיע לו, ועל כך ודאי שנאמר 'מדבר שקר תרחק'. אמנם יש לעיין האם האיסור שנאמר בגמ' כולל גם את המקרה השני שבו הסך הכולל של התביעה איננו יותר ממה שמגיע לו באמת, ובמקרה זה הטענה כלפי התובע איננה בתחום הכספי אלא בתחום ה'סידורי' (שבתביעה הנוכחית הוא תבע סכום גבוה מחמת תביעה אחרת).

מטרתו של התובע איננה השבועה, כי אם ההודאה של הנתבע שתבוא בעקבות החשש שהוא יזדקק לשבועה, ולכן מסתבר שאין לו סיבה לתבוע יותר מהסך

שהוא מוכן להישבע (אף שאין דעתו לכך) כדי להביא לידי פשרה. ושמא יש מקום לחלק בין המקרים.

[641] כיצד יודע התובע שהנתבע בתביעה האחרת "אינו מודה לי במקצת". יתכן שהיה ביניהם דין ודברים מחוץ לבית דין, אבל מחוץ לבית דין עשוי אדם שלא לומר את טענותיו. ויותר נראה שמדובר במקרה בו התביעה הראשונה כבר נידונה בבית דין והנתבע כפר בכל, ועתה שיש לתובע תביעה נוספת הוא רוצה לתבוע יותר (ועיין הערה 639).

ויש לעיין מה היה הדין אם התובע היה בא לבית הדין ואומר את סכום התביעה האמיתי, ומוסיף שפלוני חייב לו גם מתביעה קודמת, והנתבע יכפור בתביעה הקודמת ויודה בזו, האם בית דין יצרפו את התביעות לתביעה אחת ויווצר דין מודה במקצת, או שכיון שהתביעה כבר נדחתה בפעם הקודמת אין לו זכות להעלותה שוב ללא ראיה חדשה, ולכן הוא נוקט בדרך של גלגול, ועיין שו"ת נו"ב, תנינא חו"מ סימן ג', וצ"ע.

[642] פירוש, כיון שהוא תובע יותר ממה שחייב לו מחמת התביעה הנוכחית, הנתבע יודה במקצת ויתחייב שבועה, וזו הזדמנות לגלגל עליו שבועה על דין ודברים שהיה ביניהם בו הנתבע כפר בכל ולא היה מוטל עליו חיוב שבועה של תורה.

[643] דין גלגול שבועה חל הן במקרה בו התובע תובע שתי תביעות יחדיו שעל אחת יש חיוב שבועה ועל האחרת אין חיוב שבועה, וכן על מקרה בו התביעות אינן יחדיו – עיין הערה 641 שבנידון שלפנינו מדובר במקרה השני.

האמיתי של שתי התביעות. ועוד, אם הוא יתבע יותר מהסך של שתי התביעות, גם אם הנתבע יודה בסך האמיתי של שתיהן, תוטל שבועה על הנתבע, ויחול על התובע עוון שבועה כיון שהביא את הנתבע לידי שבועת שהוא עצמו יודע שאין בה צורך (עיין בדברי הר״י מיגאש, ובעמ׳ 179, 181[644]) ולכן מסתבר שהתובע לא יתבע יותר ממה שמגיע לו בסך הכולל של שתי התביעות, ונמצא שאף במקרה זה אסור לאדם לתבוע יותר בתביעה אחת כדי לגלגל שבועה ממקום אחר.

ג. מפשט הגמ׳ נראה, שהתובע סובר שהנתבע לא יהיה חצוף לכפור בכל, שאם הוא יכפור בכל לא יווצר חיוב שבועה כלל. ולכן מסתבר שהתובע סובר שהנתבע יודה בתביעה הנוכחית ויכפור בשניה, אבל כיון שיוטל עליו חיוב שבועה על התביעה השניה, הוא יודה גם בה וישלם הכל.

ויש לעיין האם יש לתובע רווח בהגדלת סכום תביעה גם ביחס לתביעה הנוכחית (ולא רק ביחס לתביעה הנוספת). ונראה שבמקרה זה אין לתובע רווח בהגדלת סכום התביעה (אא״כ יש לו מטרה להגיע לפשרה והוא רוצה להגיע אליה מתוך עמדה טובה יותר), שהרי אם כוונתו של הנתבע להודות, ניתן לתבוע את הסכום האמיתי, ואם כוונתו של הנתבע לכפור בכל, הוא יכול לכפור בשני המקרים.

ועוד, שאם התובע יגדיל את סכום התביעה, ישנו חשש יותר גדול שהנתבע יכפור בכל, שהרי אם הוא יודה במקצת (בסכום האמיתי), הוא יתחייב שבועת התורה, ויתכן מאד שהנתבע לא ירצה להגיע למצב של שבועה, ונמצא שהתובע שיגדיל את סכום התביעה מעבר לסכום האמיתי של התביעות, מוביל את הנתבע לכפירה בכל, שבה הוא פטור משבועה (משבועת התורה אבל יש עליו חיוב של שבועת היסת מדרבנן) וזו ודאי תוצאה לא רצויה לתובע.

אמנם נראה שכל האמור הוא בתובע ׳ישר׳ אבל אם התובע איננו אדם ישר, והוא יודע שהנתבע הוא אדם ישר שירא להישבע אפילו שבועה של אמת, או חשוד על השבועה, הרי שהוא יתבע יותר, כדי שהנתבע יודה לו בכל, וישלם יותר ממה

[644] עי״ש בהערה 481.

שהיה חייב לשלם. או אפילו במקרה בו הוא יודע שהנתבע ישבע שבועת מודה במקצת, הוא רוצה לתבוע יותר, כדי לאלץ את הנתבע להישבע, כיון שעצם מעמד השבועה איננו מעמד 'נעים' והוא רוצה לאלץ את הנתבע שהוא שונאו להישבע.

ועוד, במציאות המוכרת לנו שבתי דין כמעט ולא נוהגים להשביע, יתכן שהתובע יתבע יותר, כדי שבשעה שיגיעו לדמי פדיון שבועה (פשרה) נקודת ההתחלה שלו תהיה בסכום גבוה יותר.

ד. על פי האמור יש לעיין במקרה בו אדם תובע מחבירו (ואין לו כנגדו תביעת ממון נוספת) האם מותר לתובע שסובר שהנתבע יכפור בכל (ודינו הוא שפטור) לתבוע יותר ממה שמגיע לו כדי שהנתבע יחשב מודה במקצת, ויתחייב לו שבועה וימנע מלהישבע שבועת שקר ויודה על הסכום האמיתי וישבע שבועת אמת על השאר ?

מפשט סוגייתנו לכאורה לא נוכל להוכיח, כיון שהמקרה עליו מדובר בגמ' הוא נסיון של התובע להוציא ממון אחר, ויתכן שרק מקרה זה נאסר, אבל אם הוא רוצה 'לחלץ' את הממון עצמו שעליו מדובר בתביעה הנוכחית אולי מותר לו (אם מדובר בתובע ישר שרוצה להוציא את שלו), ולאידך גיסא יתכן לאסור מהטעם של 'מדבר שקר תרחק' – ועיין בלשונו של הרמב"ם לקמן.

<u>פסק הרמב"ם, ותשובת הרשב"א</u>

ה. רמב"ם פרק ט"ז מהלכות טוען ונטען הלכה ט'-י':

> אסור לאדם לטעון טענת שקר כדי לעוות הדין או כדי לעכבו[645]. כיצד היה נושה בחבירו מנה לא יטענו מאתים כדי שיודה במנה ויתחייב שבועה.

[645] האיסור לעכב הוא גם מחוץ לבית הדין, כמבואר בגמ' ב"מ דף קי: - קיא., שהאומר לחבירו לך ושוב הרי זה בכלל עושק, עי"ש. ומסתבר שהאיסור לעכב איננו רק בטענת שקר, אלא כל עיכוב אסור, כמבואר בגמ', ועיין בשיטת השלטי גיבורים בעמ' 52.

אסור לאדם לטעון טענת שקר כדי לעות הדין או כדי לעכבו, כיצד היה נושה בחבירו מנה לא יטענו מאתים כדי שיודה במנה ויתחייב שבועה. היה נושה מנה וטענו מאתים לא יאמר אכפור הכל בבית דין ואודה לו במנה ביני לבינו כדי שלא אתחייב לו שבועה.
(הלכה י) היו שלשה נושין מנה באחד וכפר בהן לא יהיה אחד תובע ושנים מעידים וכשיוציאו ממנו יחלוקו, ועל דברים אלו וכיוצא בהן הזהיר הכתוב ואמר מדבר שקר תרחק.

הרמב"ם איננו דן על המקרה שהוזכר בגמ' (תביעה גבוהה כדי לגלגל שבועה ממקום אחר - אות ב'[646]) אלא על מקרה בו אדם תובע תביעה גבוהה ביחס לתביעה אותה הוא תובע עתה.

ו. יש לעיין מהיכן הסיק הרמב"ם את דינו והרי בגמ' הדיון הוא על גלגול שבועה, ושמא רק במציאות של תביעה גבוהה כדי לגלגל שבועה ממקום אחר אסור, אבל לתבוע יותר ביחס לתביעה הנוכחית כדי להוציא את שלו מיד חבירו מנין שיש לאסור ?

יתכן שהרמב"ם סובר שאין חילוק בין המקרים ולעולם אסור לתבוע יותר ממה שמגיע לו כיון שיש בזה עיוות דין, ואין חילוק בין המקרים. ועוד יתכן, שהדבר הוא קל וחומר. אם במקרה של גלגול שבועה בו יתכן שהנתבע כבר כפר פעם אחת בבית דין ולא הסכים לשלם, ובית דין פטרו אותו ללא שבועה כי כך דינו (כיון שכפר בכל או מדובר בכפירת קרקעות כמבואר ברש"י באות ב'), ואע"פ כן אסור לתבוע בתביעה אחרת יותר ממה שמגיע לו, קל וחומר שבמקרה בו התובע אין לו הוכחה שהנתבע יכפור בדין (ויפטר מדין כופר הכל) אלא הוא רק סובר שהנתבע יעשה כך, שאסור לתובע לתבוע יותר ממה שמגיע לו.

ז. עוד יתכן להציע, שהרמב"ם פירש את לשון הגמ' "ואגלגל עליו" (אות ב') לא בדין 'גלגול שבועה' (וכנ"ל בדברי רש"י באות ב'), אלא פירש שאחייב אותו שבועה

[646] אע"כ נאמר שהרמב"ם לא ראה צורך לפרט דבר המובן מאליו, אבל תמוה לומר כך.

מכח חיוב אחר, והיינו שיחשב מודה במקצת[647].

ח. הרמב"ם כתב שהאיסור הוא 'עיוות הדין'. יש לעיין מה הם המקרים שנאסרו, וכגון:

- התובע רמאי, וללא סיבה תובע יותר מתוך נסיון להוציא יותר ממה שמגיע לו (עיין אות ג') שיתכן שיחייב את הנתבע יותר ממה שהוא חייב באמת (כגון שהנתבע אינו רוצה להשיבע אפילו שבעות אמת) והרי זה עיוות הדין.
- התובע רוצה לקבל את שמגיע לו ותובע יותר כדי להרוויח את השבועה (או מחמת גלגול או מסיבה אחרת), והנתבע נשבע וישלם את מה שהוא חייב. במקרה זה התוצאה הממונית נכונה, אבל פסק הדין לא נכון כיון שבאמת אינו חייב שבועה.
- התובע תבע יותר, ובית דין חייב את הנתבע לשלם יותר ממה שהוא חייב, ולאחר פסק הדין התובע מחל לנתבע על הסכום אותו הוא באמת אינו חייב לו – פסק הדין אינו נכון, והתוצאה איננה נכונה, אבל התוצאה הממונית נכונה.

יסוד השאלה הוא האם 'עיוות הדין' הינו עיוות פסק הדין, או שעיוות הדין פירושו עיוות התוצאה הממונית הסופית.

אם ננקוט שעיוות הדין פירושו שאסור שבית דין יוציא פסק שאינו נכון אף אם אין לכך השפעה ממונית, הרי שיש לאסור בכל המקרים שנזכרו לעיל. אבל אם ננקוט שעיוות הדין פירושו שהתוצאה היא שממון ששייך לאחד ילקח ממנו וינתן לשני בעקבות פסק הדין, הרי שבכל מקרה בו הדיין פוסק שלא כדין אבל אין לכך השלכה ממונית, לא נאמר האיסור של עיוות הדין (כגון במקרה השני). אמנם יתכן שאין איסור עיוות הדין אפילו אם פסק הדין מעוות כל עוד בסופו של דבר הממון לא הוצא שלא כדין, ולכן אפילו אם הדיין פסק דין מעוות, אם התובע אינו תובע

[647] אולם במקרה הנוסף שמוזכר של בגמ' (לקמן אות יב) נראה שהכרחי לומר שגלגול שבועה היינו דין 'גלגול שבועה' (וכשיטת רש"י בסוגייתנו) שהרי שם הנתבע רוצה להתחמק: "כדי שלא להתחייב לו שבועה ולא יגלגל עלי שבועה ממקום אחר".

את מימושו אולי אין בזה עיוות הדין (המקרה השלישי).

יתכן, שהדבר תלוי בשאלה מתי מסתיימת המצוה לדון. אם ננקוט שהמצוה לדון מסתיימת עם הוצאת פסק הדין, הרי שאם פסק הדין אינו מדוייק, יש בכך עיוות הדין אפילו אם אין לכך השלכה ממונית כיון שהדיין מצווה להוציא מתחת ידו פסק דין ישר, ואסור להכשילו בהוצאת פסק דין מעוות. אבל אם ננקוט שמצוה לדון מסתיימת עם ביצוע פסק הדין, יתכן שאם אין השלכה ממונית מעשית להחלפת הטענות וכו׳ אין בזה משום איסור עיוות הדין[648].

ט. נימוקו של הרמב״ם לאיסור הוא ״כדי לעוות הדין או לעכבו״ יש לעיין בו, שהרי בגמ׳ נאמר שהאיסור הוא משום ״מדבר שקר תרחק״ (אות ב׳). אמנם, בסוף הלכה י׳ הרמב״ם מזכיר את הציווי ״מדבר שקר תרחק״. ויש להסתפק האם הוא מכוון גם לאמור בהלכה ט׳. ונראה שכיון שהרמב״ם סיים ׳ועל דברים אלו וכיוצא בהן׳ משמע שהאיסור של ׳מדבר שקר׳ הוא יסוד דינו של הרמב״ם. אולם כנ״ל, כיון שהרמב״ם נקט שהטעם לנימוק של ׳מדבר שקר׳ הוא כדי שלא להגיע לעיוות דין, יתכן שעל פי שיטתו אם יש מציאות בה טענתו של אחד הצדדים לא תוביל לעיוות דין, מותר לו לטעון טענה שאיננה אמיתית, וצ״ע – ועיין בברכת אברהם לקמן.

י. ברכת אברהם שבועות דף לא. :

> ...ומדקדוק לשון הרמב״ם ׳כדי לעוות הדין או כדי לעכבו׳, משמע שאם משקר כדי שב״ד לא יעותו הדין ויחייבהו שלא כדין, כגון אם האמת שפרע תוך הזמן אבל אם יאמר כן אינו נאמן משום חזקה שאין אדם פורע, לצד דגם במיגו אינו נאמן, ויחייבהו, א״כ יאמר שפרע אחר הזמן, ועי״ז יפטרוהו כדין משמע ברמב״ם שאין איסור.

[648] עיין בספר טוב סחרה עמ׳ ו׳ שם הובאה תשובת הרשב״א חלק א׳ סימן י״ח שסובר שמצוה לדון מסתיימת עם ביצוע פסק הדין, ועי״ש בדיוק מדברי רבינו יחיאל מפריס שהובאו בשטמ״ק בכתובות דף ז:, ובשו״ת חת״ס חלק או״ח סימן נ״ד.

רק שב״ד יחייבו שבועה, או כשהוא חייב מקצת ושבועה, אסור לכפור הכל, ולשלם לו בסתר ע״י הודאה במקצת, כי בזה הדין שפוסקים אינו נכון כי פוסקין פטור והוא חייב.

הברכת אברהם סובר שעיוות דין פירושו שבית דין יחייבו ממון או שבועה שאין בה חיוב, אבל אם בית דין יכריעו שפלוני זכאי מנימוק שאינו נכון, אין בזה משום עיוות דין, כיון שבית דין לא הטילו חיוב ממון או שבועה שאינו נכון.

אמנם לכאורה אין הכרח לדייק כדבריו, כיון שיתכן שאף במקרה בו בית הדין אינו טועה במסקנתו ואינו מחייב ממון שלא כדין ואינו מחייב שבועה שלא כדין ופסק לפטור את הנתבע (שהוא באמת פטור) מחמת נימוק שאינו נכון (כיון שהנתבע טען טענה שאינה אמת, וכנ״ל שטען שפרע בזמן ולא קודם לזמן), הרי זה עיוות הדין, כיון שעל פי כללי הדין אדם זה חייב לשלם כיון שאין לו טענת אמת המזכה אותו בדינו.

מסתבר, שאילו טעמו של הרמב״ם היה ״מדבר שקר תרחק״ ללא ההוספה של ׳עיוות הדין׳, יתכן שאף הברכת אברהם היה מודה לאיסורא במקרה הנ״ל, אבל כיון שהנימוק הוא ׳עיוות הדין׳ סובר הברכת אברהם שאין כאן עיוות הדין, ושמא להיפך, הלוה שטען שפרע בזמן (ולא קודם לכן) הציל את הדיין מהוצאת ממון שלא כדין[649], וצ״ע.

יא. בשו״ת הרשב״א חלק ג׳ סימן פ״א נשאל האם בכלל הדין של עביד איניש דינא לנפשיה נכללת גם האפשרות לטעון שקר:

[649] עיין בדברי החוות יאיר שבהערה 640.

כי ההיא דפרק חזקת, דלחיש לרב נחמן[650] ואמר ליה אין, שטרא זייפא הוא ומיהו, שטרא מעליא הוה לי וארכס. ואמינא, אנקוט בידי מיהא כל דהו, והימניה רב נחמן משום מיגו. ואף על גב דאסיקנא דלית הלכתא כותיה דרב נחמן[651] בזוזי, הא קיימא לן כותיה בארעא, ובזוזי נמי היה נאמן, אי עמד בשקרו[652].

על כן שואל אני, אם מותר לטעון שקר לאפוקי זוזי...

תשובה. חס ליה לזרעיה דאברהם דלימא שיקרא, ואפילו במקום פסידא[653], דכתיב שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב. וגדולה מזו אמרו בפרק שבועת העדות, שאפילו באומר אמת, אלא שהדבור אינו על אותו דרך שאמרו, אסרו, וכדאמרינן התם, מנין לשלשה שהפקידו אצל אחד, וכפר בהן, מנין שלא יהא אחד תובע, ושנים מעידים, ת״ל מדבר שקר תרחק, וזה ודאי אמת, כמו שמעידין אלו שהממון הופקד בידו בפניהם, ואפילו הכי, כיון שהן אומרין בתורת עדות, אסור[654].

אלא שכל מקום שיש מיגו, אנו מאמינין שהאמת כמו שטוען, שאלו בא לשקר, היה לו לטעון טענה אחרת בשקר, שהיה נאמן בה.

וההוא דפרק חזקת הבתים, לא אמרו שיהא מותר לו לעשות ולטעון כן, אלא כל שטען, מאמינין אותו משום מגו, למר כדאית ליה, ולמר כדאית ליה.

---

650 בסוגיית הגמ׳ שלפנינו בב״ב דף לב: - רב יוסף.

651 צ״ל כרבה.

652 עיין ב״ב דף לב. – לב:. המעשה הוא, באדם שחבירו ערער על בעלותו בקרקע, מחזיק הקרקע הראה שטר מכירה בו כתוב שהוא קנה את הקרקע, אבל המערער טען כנגדו שהשטר מזוייף. מחזיק הקרקע התכופף ולחש לרבא שאכן זה שטר מזוייף, אבל היה לו שטר טוב ואבד, והוא זייף שטר כדי להחזיק בקרקע. שיטת רבה שהוא נאמן במיגו שהיה יכול לומר שהשטר הוא טוב, ואילו רב יוסף סובר, שכיון שאף על פי דבריו השטר הוא מזוייף, לא ניתן לסמוך על שטר מזוייף. ושוב היה מעשה בתובע שתבע מאה זוז מחבירו באמצעות שטר וכנ״ל הודה בזיוף, ונחלקו בדבר רבה ורב יוסף. והסיק רב אידי בר אבין, שבכל מקרה ישאר הרכוש בידי מי שהוא בידו. ולכן הלכה כרבה במקרה של הקרקע, ותישאר ביד מחזיק הקרקע ואילו במקרה של הכסף, התובע לא יוכל להוציא מעות ע״י השטר המזוייף – ובמקרה זה הלכה כרב יוסף.

653 הרשב״א דן על התובע, ואע״פ כן נראה שהוא הדין במקרה של נתבע שיודע שהוא פטור ורוצה לפטור את עצמו בטענת שקר.

654 שבועות דף לא. ויתכן שהרשב״א לא ציין לשני המקרים שהובאו לעיל באות ב׳, כיון ששם מדובר בטענת שקר (תביעה גבוהה או טענת פטור שאינה נכונה) ואילו במקרה שלפנינו העדים מעידים אמת, רק שאסור להם להיות עדים כיון שהם בעלי דבר. ולכאורה היה מקום לחלק בין עדות לבין טענת בעל דין, עליה נשאל הרשב״א, ולומר שאיסור עדות שקר חמור מאיסור טענת שקר של בעל דין, וצ״ע.

ותדע לך, דאי מהתם, נימא דשרי נמי למיעבד שטרא זייפא כי התם, וחס לנו לומר כן, אלא ודאי שנוי השקר ואהוב האמת, ואין תמורתו כלי פז

מדברי הרשב"א נראה שכל טענת שקר אסורה מפאת עצמה, ואין לחפש 'נימוקים' של עיוות דין כפי שנאמר ברמב"ם (אות ה'), וקיים איסור עצמי לטעון שקר. ולשיטתו נתבע שפרע בתוך הזמן ורוצה לומר שפרע בזמן כדי שבית דין יאמינו לו, נוהג שלא כדין (וכך כתב הברכת אברהם במאמרים והדרכות, עמ' קסד, עי"ש. אמנם אף לשיטת הרשב"א מסתבר שכל האיסור הוא רק בבית הדין ולא מחוצה לו[655]), ועיין לקמן עמ' 273, 277 בהשלכה ממחלוקת זו לגבי דין פשרה, ומדברי הגר"א (עמ' 293) נראה שנוקט כרשב"א, וצ"ע.

אַכְפְּרִנוּ בְּבֵית דִּין וְאוֹדֶה לוֹ חוּץ לְבֵית דִּין / טַעֲנַת שֶׁקֶר כְּנֶגֶד תְּבִיעַת שֶׁקֶר

יב. גמ' שבועות דף לא. :

מנין לנושה בחבירו מנה וטענו מאתים, שלא יאמר, אכפרנו בב"ד ואודה לו חוץ לבית דין, כדי שלא אתחייב לו שבועה ולא יגלגל עלי שבועה ממקום אחר, תלמוד לומר, מדבר שקר תרחק[656].

הנידון שלפנינו הוא המקרה ההפוך לאמור באות ב'. הנתבע הוא זה שרוצה לטעון טענת שקר כדי להימנע מחיוב שבועה, אבל את הכסף שהוא עצמו יודע שהוא חייב (מנה), הוא ישלם מחוץ לבית דין.

הנתבע נמצא במציאות בה התובע תבע תביעת שקר (מאתים במקום מאה) מתוך מטרה לגלגל עליו שבועה עבור תביעה נוספת, והוא רוצה להציל את עצמו משקרו של התובע באמצעות שקר משלו, והדין הוא שאסור להשיב לתובע

---

655 עיין ברכת אברהם, ב"ב דף מו: .

656 עיין בפירוש הגר"י פערלא לספר המצוות לרס"ג מ"ע כ"ב עמ' 312 שהוכיח מסוגייתנו ששקר אסור רק בבית דין.

באותו 'מטבע' בו הוא פנה אל הנתבע[657].

וביחס לתביעה הנוספת שלגביה חושש הנתבע שהתובע יגלגל עליו שבועה, לא מבואר בגמ' האם הנתבע סובר שזו תביעת אמת או תביעת שקר. בפשטות מסתבר לומר שהוא יודע שזו תביעה שקר, רק שאינו רוצה להישבע.

אמנם, תוס' ד"ה "שלא אתחייב" דייק מסוגייתנו שהנתבע חושש רק משבועת הגלגול ולא משבועת מודה במקצת[658], וביאר:

> שאין לו לפרוע כל מה שיגלגל עליו כגון שחייב לו הרבה ממקום אחר, וסבר אכפור גם זה, ואמתינטא עד דליהוו לי זוזי כנגד כל החוב ופרענא ליה[659].

כלומר, הנתבע יודע שהתובע דובר אמת, והוא רוצה להתחמק מחיוב שבועה בבית הדין, כדי להימנע מתשלום, למרות שהוא מתכנן לשלם בעתיד את חובו. ונמצא, שלשיטת תוס' מדובר באדם שיודע שחייב אבל רוצה שלא לפרוע את חובו בזמנו.

על פי תוס' אין כ"כ חידוש במקרה שבגמ', שהרי פשוט שאין לאדם להתחמק מתשלום חובו, ועוד שיתכן שהוא רוצה להתחמק לא רק מגלגול השבועה אלא גם מהשבועה הנוכחית[660].
ולולי תוס', יתכן היה לומר שמדובר בנתבע שיודע ששתי התביעות הן שקר, ואע"פ כן אסור לו לשקר (ולהימנע משבועה). ויתכן שנוכל למצוא ראיה לדברינו מדברי הריטב"א בסוגייתנו:

---

[657] ועיין הערה 640 בשיטת החוות יאיר, שלא מדובר באיסור אלא במידת פרישות וכו'.
[658] נראה שדיוקו הוא מהלשון "ולא יגלגל עלי".
[659] עיין חסדי דוד על התוספתא בשבועות פרק ה' הלכה ב' שם הנימוק הוא "לא תשא שמע שוא – אל תשמיע לדיין דבר שהוא של שוא". שפירושו הוא ש"בעיקר שבועה לא איכפת ליה דידע דקושטא קאמר, אבל על הגלגול אפשר שאינו זוכר כ"כ ולכך הוא ירא ומבקש לו מקום פטור".
[660] כפי שנאמר בגמ': "כדי לא אתחייב לו שבועה, ולא יגלגל עלי שבועה ממקום אחר".

כדי שלא אתחייב לו שבועה ולא יגלגל עלי שבועה וכו׳. לרבותא נקטינהו דאפילו משום מפטר נפשיה משתי שבועות, לית לן למעבד הכי.

כלומר, מטרתו של הנתבע איננה להתחמק מתשלום, אלא להתחמק משבועה, והוא יודע שהאמת עימו בשתי השבועות (שהוא פטור לגמרי והתובע מעליל עליו שקר), אלא שאין רצונו להישבע, ואע״פ כן אסור לו לכפור לגמרי, ושלא כדברי תוס׳.

יג. יש לעיין מה התחדש במקרה שלפנינו בנוסף על המקרה שבאות ב׳. החילוק הבסיסי הוא שלעיל מדובר במקרה בו התובע רוצה לשנות את סכום התביעה, ואילו בנידון שלפנינו הנתבע הוא זה שרוצה לכפור בכל. ולכאורה מדובר באותו עקרון עצמו, ולא התחדש דבר, והריטב״א כתב שהחידוש הוא שאסור לאדם להתחמק משתי שבועות אפילו שהוא יודע שהאמת כדבריו, וכנ״ל.

יתכן להציע שבמקרה שבאות ב׳, קיים איסור על התובע לתבוע יותר בתביעה הנוכחית, כאשר הוא יודע שאם הדיון היה רק על התביעה הנוכחית, הנתבע היה משלם לו הכל. אולם במקרה שלפנינו התחדש, שלנתבע אסור להגיב בשקר כנגד טענת שקר של התובע (שהגדיל את סכום התביעה).

יד. הרמב״ם (לעיל אות ה׳) פסק כסוגייתנו, אבל לא הזכיר את המקרה של גלגול שבועה[661], אלא את עצם רצונו של הנתבע להתחמק משבועה (עיין אות ו׳-ז׳), והרי זה בכלל עיוות הדין. ונראה שעל פי שיטת הרמב״ם שקיימת מצוה להישבע שבועת אמת בעת הצורך (עיין עמ׳ 171 אילך), ברור הדבר שאין לאדם להתחמק משבועה, כדי שלא יבטל את מצוותו.

<u>השמטת השו״ע</u>

[661] בחידושים וביאורים לסוגייתנו, כתב שבסוגיא מדובר רק על גלגול שבועה וכשיטת תוס׳: ״אבל בגוונא שאין עליו גלגול רק טוענו מאתים כגזלן בעלמא, בזה יש לדון דשמא רשאי להשתמט מלהשבע ויכפרנהו בבית דין ויודה לו חוץ לבית דין, אלא נראה שאין לחלק וגם בזה נאמר מדבר שקר תרחק״ .

טו. סוגיית הגמ׳ (אות ב, יב) נפסקה להלכה ברמב״ם (אות ה׳, יד, אולם השמיט את החשש מגלגול שבועה), אולם הטור והשו״ע השמיטו את הסוגיא[662]. הש״ך בחו״מ סימן ע״ה ס״ק א׳ ציין לסוגיית הגמ׳ ותמה למה הטור והשו״ע השמיטו דינים אלו[663].

טז. החכמת שלמה על השו״ע בחו״מ סימן ע״ה יישב, שבמקרה בו התובע מגדיל את סכום התביעה ובעקבות זאת מחייב שבועה את הנתבע, כבר תקנו הגאונים ונפסק בשו״ע השו״ע בסימן פ״ז סעיף כ״ב שיש לנתבע דרך להתגונן כנגד זאת:

> כל מי שנתחייב שבועה, בין של תורה בין של דבריהם, אפילו היסת, יש לו להחרים סתם, קודם שישבע, על כל מי שטוען עליו דבר שאינו חייב בו כדי להשביעו חנם...

ולכן בזמן הש״ס (קודם תקנת הגאונים) היה צורך להזהיר את התובע שלא יתבע תביעה מוגדלת, אבל לאחר תקנת הגאונים, אין צורך לדין זה.

אולם לכאורה יש להשיב על דברי החכמת שלמה, שהרי אם אין איסור בהגדלת סכום התביעה, הגאונים לא היו מתקנים את תקנתם, ולכן היה ראוי שהשו״ע יזכיר הן את האיסור והן את תקנת הגאונים, ומה עוד שלא כל נתבע יודע שיש לו זכות להטיל חרם על התובע[664]. ועוד, שהרמב״ם פסק להלכה הן את סוגייתנו (אות ה׳), והן את תקנת הגאונים (רמב״ם פרק א׳ מטוען הלכה יא[665]), משמע שיש צורך

---

[662] עיין בהערה 640 בשיטתו של בעל החות יאיר בסימן קל״ו שלא מדובר באיסור אלא במידת פרישות, ולפי״ז יתכן לומר שהשו״ע השמיט דבר שאינו מעיקר הדין. ועוד שלקמן בעמ׳ 52 מובאים מקרים בהם הותר לשנות טענות, ושמא השו״ע סובר שקיימת מחלוקת סוגיות, וההלכה כסוגיות שהתירו, וצ״ע.

[663] עיין לקמן עמ׳ 52 המשך הדיון בדברי הש״ך.

[664] אא״כ נאמר שבית דין מטיל חרם מיוזמתו – עיין בשו״ת דברי משה חו״מ ל״ד שציין למחלוקת אחרונים בדבר.

[665] רמב״ם הלכות טוען ונטען פרק א׳ מהלכות טוען ונטען הל׳ י״א: ״הורו רבותי שכל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם אפילו היסת, יש לו להחרים סתם קודם שישבע על מי שיטעון עליו דבר שאינו חייב בו כדי שישביע אותו בחנם ויענה המשביע אמן ואחר ישבע, ותקנה טובה לבעלי דינין כדי שימנעו מטענת שקר ולא יגרמו להוציא שם שמים לבטלה ולא ישיאו שמע שוא״

להזכיר הן את החרם והן את האיסור, וצ״ע.

טז. וביחס להשמטת השו״ע את האיסור המוטל על הנתבע לכפור בבית דין ולאחר מכן לשלם מחוץ לבית הדין (אות יב), כתב החכמת שלמה:

> ואף להנתבע אין נפ״מ שהרי השתא תקנו רבנן היסת א״כ כמו שאסור לשבע בנקיטת חפץ כן אסור בלי נקיטת חפץ[666], ואין חילוק ביניהם כלל וא״כ אף אם יכפור הכל יצטרך לישבע שבועת היסת על התביעה ועל הגלגול...[667]

סִיכּוּם

יז. העולה מהאמור לעיל:

- אסור לתובע לתבוע יותר ממה שמגיע לו כדי להרויח גלגול שבועה (אות ב׳) אפילו אם הסכום אותו הוא תובע אינו עולה על סך שתי התביעות (אות ג׳).
- אסור להגדיל את סכום התביעה כדי להרויח שבועה (אות ד׳, ה׳).
- עיין בעמ׳ 285 האם מותר לשנות ולהעלות את התביעה כדי להגיע לפשרה מתוך ׳עמדה׳ טובה יותר ובמקום בו תמיד התובע יקבל פחות ממה שתבע.
- הרמב״ם כתב שיסוד האיסור הוא ׳עיוות הדין׳. לשיטתו יש להסתפק האם שינוי טענה שאין בה שינוי דין אסורה, או שכל שינוי יש בו עיוות (אות יב), ומתשובת הרשב״א נראה שכל שינוי בגוף הטענה אסור (אות יב).
- אסור לנתבע לכפור כדי להיפטר משבועת גלגול (אות יב) או שבועה במקרה שלפניו, ולהודות מחוץ לבית דין ולשלם (אות יד) אפילו אם הוא יודע שהוא פטור בשני המקרים (אות יב).
- השו״ע השמיט את דין הגמ׳, ולא נתברר טעמו (אות טו-טז)[668].

---

[666] שבועת היסת היא ללא נקיטת חפץ, ומ״מ ברור שאסור להישבע שבועת שקר גם בהיסת, ולכן אין לנתבע תועלת בכפירה בכל, כיון שיתחייב להישבע היסת על כפירתו, ונמצא שלא הרויח כלום אם יכפור בכל.

[667] עיין חידושי הרי״ם כאן.

[668] יש הסוברים שסוגייתנו איננה מעיקר הדין אלא מידת פרישות וחסידות, עיין הערה 640.

האם מותר לשטעון שטענות שאינן אמיתיות

הקדמה

א. על פי המבואר בגמ׳ במסכת שבועות, אסור לתובע או לנתבע לשנות את סכום התביעה כדי להרוויח שבועה (עמ׳ 252) או כדי למנוע שבועה (עמ׳ 261), מכח החיוב של ׳מדבר שקר תרחק׳. והסתפקנו האם שינוי שאין בו עיוות דין מותר על פי שיטת הרמב״ם (עמ׳ 258[669]).

לקמן נדון לגבי מקרים בהם מצאנו שהותר לשנות טענות, ובחילוק בין מקרים אלו לבין האמור לעיל.

ספדי בעליך שאני מאניך

ב. במשנה ביבמות דף קיד: נחלקו חכמים ור׳ יהודה בדינה של אשה שהלכה עם בעלה למדינת הים (ושלום בינו לבינה ושלום בעולם) ובאה ואמרה שמת בעלה. לשיטת חכמים, מותר לה להינשא[670] ולדעת ר׳ יהודה דבריה מתקבלים רק אם באה בוכה ובגדיה קרועין[671],[672]. ובדף קטז: נאמר:

---

669 עי״ש בהרחבה.

670 רמב״ם, פרק י״ב מהלכות גירושין הלכה ט״ו: ״מי שהוחזקה אשת איש והלכה היא ובעלה למדינת הים ושלום בינו לבינה ושלום בעולם ובאה ואמרה מת בעלי נאמנת ותנשא או תתיבם, חזקה שאינה מקלקלת עצמה ותאסור עצמה על זה ועל זה ותפסיד כתובתה מזה ומזה ותוציא בניה ממזרים בדבר העשוי להגלות לכל ואי אפשר להכחיש ולא לטעון טענה שאם הוא חי סופו לבא או יודע שהוא חי״. ואכמ״ל האם הנאמנות היא מן התורה או מדרבנן.

671 מאירי יבמות דף קיד: ״ר׳ יהודה אומר לעולם אינה נאמנת... עד שתבא בוכה ובגדיה קרועים שהם דברים המוכיחים ואין אשה מצויה לעשותם אלא על דבר המפורסם...״. ויש לעיין שאם היא באה בוכה, הרי זו ׳נאמנות׳ כיון שמוכח שבכל פעם שהיא מדברת על בעלה, הצער גובר עליה והיא בוכה. אבל ׳בגדים קרועים׳ אינם מהווים ראיה, שהרי יתכן שאפילו אם קרעה בגדיה בשעת מות בעלה, כבר הספיקה לחזור וללבוש בגדים אחרים. ותמוה לומר שבמשך כל התקופה עד שבאה לבית דין חובה עליה ללבוש בגדים קרועים. ושמא, ר׳ יהודה אינו מחייב גם בגדים קרועים וגם בכי ודי באחד מהם.
עוד יתכן לומר, שאלמנה היתה נוהגת ללבוש בגדים מיוחדים, כפי שנאמר בתורה לגבי תמר (בראשית ל״ח, י״ד ועיין שו״ת הריטב״א סימן ס״א). ועיין שו״ת מהרש״ך חלק ב׳ סימן ל״ט שאשה שבעלה טבע בים או לא שב מהדרך מונעים ממנה ללבוש בגדי אלמנות, כדי שלא תוחזק כאלמנה (וע״ע שו״ת הלכות קטנות ח״ב

תניא, אמרו לו לרבי יהודה, לדבריך, פקחת תנשא, שוטה לא תנשא[673] - אלא, אחת זו ואחת זו תנשא[674].
ההיא דאתיא לבי דינא דרבי יהודה. אמרי לה, ספדי בעלך[675], קרעי מאניך, סתרי מזייך[676]. אלפוה שיקרא ? אינהו כרבנן סבירא להו, אמרי, תעביד הכי כי היכי דלישריה.

מסתבר, שר׳ יהודה סובר, שאשה שאינה מספידה בבית הדין, איננה דוברת אמת, אבל אם היא מספידה הדבר מלמד על אמיתות דבריה[677]. ולכן, ברור הדבר ששיטת ר׳ יהודה היא שאם הוא היה יודע שאשה הבאה לפניו לא עלה בדעתה לבוא לבית הדין בבגדים קרועים וכו׳, ורק היה מי שהמליץ לה ׳להציג׳ בבית הדין, ר׳ יהודה לא היה מתיר לה להינשא[678].

ויש לעיין כיצד יכלו ה׳אמרי לה׳ ללמדה לטעון טענה, שעל פי שיטת ר׳ יהודה אינה מתקבלת. ומסתבר שהם סברו שההלכה היא שלא כשיטת ר׳ יהודה אלא

סימן פ״ח). ועיין בשו״ת הריב״ש סימן ש״א שדן על ״בגדי אלמנותה שעשו לה היורשין, לכבוד המת״. ובשו״ת שאלו לברוך אבהע״ז חלק א׳ סימן פ׳ אות ז׳ כתב, שהמנהג הוא שאלמנה היושבת תחת צל בעלה, עושים לה היורשים בגדים שחורים חשובים. ושמא בגדי אלמנות הינם ג״כ סימן כמו בגדים קרועים, וצ״ע.

[672] יש לעיין מדוע לדעת חכמים אין צורך שתבוא בבגדים קרועים, האם הם סוברים שהיא נאמנת אף ללא זאת (עיין הערה 670) ואין צורך בראיה נוספת של בגד קרוע. או ששיטתם היא שבגד קרוע אינו מהווה ראיה כלל, שהרי יכולה לשקר בראיה זו (כך נראה מדברי שו״ת צמח צדק [חב״ד] סימן ע״ז אות ג׳).

[673] יש לעיין האם ׳שוטה׳ היא הניגוד ל׳פיקחת׳ והיינו מי שאינה חכמה כדי ׳להציג׳ בבית הדין או ש׳שוטה׳ היינו גדרי שוטה הידועים. ובפשטות טענת חכמים כלפי ר׳ יהודה היא שרק פיקחת תינשא, היינו מי שתדע לבוא לבית דין ולבכות וכו׳, אבל מי שאינה עושה כך אינה בהכרח בגדרי שוטה הידועים. ואמנם הרמ״א בסימן י״ז סעיף מ״ג כתב: ״(ואפילו אשה שהיא שוטה, נאמנת) (תא״ו נ׳ כ״ג), ובלבד שיודעת בטיב נשואין ואלמנות (שם בשם הרמב״ם)״. והגר״א בס״ק קל״ז והח״מ בס״ק פ״ב, ציינו לסוגייתנו, ומשמע שפירשו שמדובר בגדרי שוטה, וצ״ע. ובתוס׳ יו״ט ביכמות פרק ט״ו משנה א׳ כתב: ״ונ״ל דה״פ פקחת יודעת שיש לבא לב״ד באמיתת דברים ולכך תתחכמה לאמת את דבריה ותבא בבכי וקריעת בגדים. אבל השוטה אף על פי שתבכה על מיתת בעלה כי תרגיש ההעדר כי רע לה מכל מקום בבואה לבית דין אינה נותנת לב לאמת דבריה על ידי בכיה וראיה לזה הפירוש דבגמרא ההיא דאתיא לבי דינא דרבי יהודה אמרי לה ספדי [בעלך] קרעי מאניך סתרי מזייך״.

[674] עיין בערוך לנר בדף קיד: בביאורו במהלך הגמ׳.

[675] ומסתבר שההספד מוביל לבכי, ולכן הם הציעו לה להספיד את בעלה, שההספד יעורר אותה לבכות.

[676] ספדי בעליך, קרעי בגדיך, תסתרי שער ראשן. וקשה כיצד יתכן לומר לאשה שלא לכסות את שערותיה, והרי גם אלמנה וגרושה חייבות בכיסוי הראש ? וצ״ע. ועיין אור לציון ח״א עמ׳ לז.

[677] או שלולי הבכי ודאי שאינה דוברת אמת ואין צורך לחקור אותה כלל, אבל אם היא בוכה וכו׳ יש מקום לברר את דבריה.

[678] ותמוה לומר שר׳ יהודה סובר, שמי שמסוגלת ׳להציג׳ היא רק זו שבעלה באמת מת, ולכן לר׳ יהודה לא איכפת אם לימדו אותה להספיד וכו׳.

כשיטת חכמים הסוברים שאין על האשה חובה להספיד וכו׳ בבית הדין, וכיון שהם ידעו שר׳ יהודה לא יקבל טענתה ללא הספד וכו׳ - לימדוה להספיד ולבכות וכו׳.

ולכאורה נלמד מדבריהם שבכל פעם שאדם יודע שהאמת עימו, אבל טענתו לא תתקבל בבית דין, מותר לו לשנות בטענותיו בבית הדין כדי שדבריו יתקבלו[679] ?

ג. במקרה שלפנינו לא מדובר בשינוי טענה (כגון שנתבע יחליף טענת פרעון בטענת לא היו דברים מעולם) ואף לא מדובר בהוספה על הטענה (כגון לטעון מאתים במקום מנה) וגם לא מדובר בהבאת ראיה חיצונית שאינה נכונה (כגון שטר מזוייף) אלא באמירת הטענה באופן שתתקבל (שהיא גופא תהיה ראיה). ולכן לא נוכל להביא מכאן הוכחה שמותר לשנות או להוסיף על הטענה או להביא ראיה שאינה נכונה. נוכל להביא מכאן ראיה שמותר לשנות את אופן הטענה כדי שהטענה תתקבל. אמנם יש לעיין מנין ההיתר לנהוג כך והרי על פי ר׳ יהודה מדובר על אשה שדוברת שקר ויש להחיל כאן את הכלל של ׳מדבר שקר תרחק׳ שהוזכר במסכת שבועות (כנ״ל אות א׳)?

יתכן לישב, ש׳אמרי לה׳ סוברים שאשה שבעלה בחיים לא תגיע לידי בכי בבית הדין, ולכן אם היא תבכה, הדבר יוכיח שדבריה אמיתים[680], אלא שיש לעורר אותה לבכי, ואז תהיה ראיה גם לשיטת ר׳ יהודה. כלומר, לא מדובר ׳בהצגה׳ אלא שלימדו אותה להביא ראיה לבית הדין, והראיה היא הבכי, והדרך להגיע לבכי, הוא באמצעות ההספד, שכיון שתאמר דברים על בעלה, תבוא לידי בכי אם היא דוברת אמת (ומי שאינה דוברת אמת, לא תצליח להגיע לידי בכי), ואף ר׳ יהודה יודה שיש להתירה, שכיון שהוא מספידה ובוכה, מוכח שהיא דוברת אמת.

---

679 עוד יש לדון מדין ״לפני עור״, שאסור להכשיל אדם בדבר שהנכשל סובר שהוא אסור, אפילו אם המכשיל סובר שהוא מותר (עיין יבמות יד: ובחידושי הריטב״א שם, ובחידושיו לסוכה דף י:), כיון שלשיטת הנכשל הדבר אסור, יש לעיין כיצד מותר להכשיל את בית דינו של ר׳ יהודה (והעיר על כך בספר דליית הגפן, מהד׳ תניינא, סוכה דף י:), ועוד האם מותר לאחד מתלמידי ר׳ יהודה לשאת אשה זו או שחובה על ׳אמרי לה׳ להודיע לו, ואכמ״ל.

680 מסתבר שהן חכמים והן ר׳ יהודה יודעים שיתכן מקרה בו מדובר ׳בהצגה׳ אולם כיון שיסוד הדבר הוא בחזקה שהאשה נאמנת כמבואר ברמב״ם (לעיל הערה 670) הם לא חוששים ל׳הצגה׳.

וכך גם לגבי קריעת הבגדים וסתירת שערות הראש, מי שאיננה אלמנה באמת, לא תקרע בגדיה ותסתור שערותיה, ולכן צירוף כל הראיות יוכיח שהיא דוברת אמת, וכשם שמותר לאדם לומר לחבירו שכאשר הוא בא לבית דין יביא את שטרו, כך מותר לומר לאשה שתבוא בבגדים קרועים וכו׳.

לדברינו, יסוד ההיתר הוא בכך שלא מדובר ב׳הצגה׳ אלא בהבאת ראיה שמעיקרא לא עלה בדעת האשה שיש להביאה לבית דין, ו׳אמרי לה׳ גילו לה שעליה להביא ראיה זו לבית הדין, ראיה שמקובלת על שיטת ר׳ יהודה.

ד. אולם מסוגיית הגמ׳ מוכח שלא כדברינו. שהרי הגמ׳ ביארה שנימוקם של ׳אמרי לה׳ היה ש״אינהו כרבנן סבירא להו...״, כלומר, הם סוברים כשיטת רבנן שאין צורך שהאשה תבוא בבגד קרוע וכו׳, וכדי לאלץ את בית דינו של ר׳ יהודה לקבל את דבריהם, הם אמרו לאשה שתקרע בגדיה וכו׳, כלומר, אילו הם היו סוברים כר׳ יהודה היה אסור להם ליזום לנקוט בדרך זו, כיון שלשיטתו זו דרך שאיננה אמיתית, וא״כ מוכח שלא כדברינו.

ה. מאירי, יבמות דף קטז: :

> כל שיודע בבית דין מובהק שמתירין אי זה דבר ויודע שבית דין אחר חולק בו אלא אם כן באי זה תנאי[681], אם בא אחד לפני זה שמצריכו לתנאי מותר ללחוש לו שיבא לפני אותו בית דין בדרך שיהא אותו בית דין רואה בו אותו תנאי שהוא מזקיקו ואין כאן מיחזי כשיקרא אחר שבית דין אחר המובהק מתירו בלא שום תנאי, ואין כאן משום הרחקת כיעור או משום מיחזי כשיקרא כלל.

דברי המאירי לכאורה צ״ע, מה בכך שבית דין מובהק מתיר, והרי מותר לבית דין

[681] יש לעיין האם דברי המאירי אמורים דוקא בו בית הדין השני אינו חולק על עצם הדין רק מחייב בו ״תנאי״ או כיון שזה הוא המקרה שבגמ׳ נקט המאירי כך, ואליבא דאמת אפילו אם בית הדין השני חולק לגמרי, מותר, וצ״ע.

אחר לחלוק ולפסוק שלא כדבריו, וממילא שבה הקושיא למקומה.

יתכן, שיסוד דברי המאירי הם בגמ׳ במסכת סנהדרין דף לג. שדנה על חיוב דיין לשלם או ביטול הדין במקרה בו הדיין פסק דין כנגד הפסיקה שפשטה בכל העולם[682], ומשמע שם בגמ׳, שהדיין שפסק שלא כמקובל נהג שלא כהוגן. אולם ניתן לדחות ולומר שאין ראיה מסוגיית הגמ׳ שם, כיון ששם מדובר במקרה בו מחלוקת קיימת בין הפוסקים, ובפני הדיין עומדת ברירה האם לפסוק כשיטה זו או כשיטה אחרת, ועליו לפסוק כמו השיטה המקובלת. אבל בנידון שלפנינו מדובר שהמחלוקת היא בין הדיין (ר׳ יהודה) לבין חכמים, ויש לרבי יהודה את הזכות לחלוק על דברי חכמים[683], וא״כ אין ראיה לדברי המאירי מסוגיית הגמ׳ בסנהדרין.

ו. יתכן להציע, שכאשר אדם יודע וסובר כשיטה אחת, מותר לו לגרום שאחרים יפסקו כמוהו, וראיה לדבר מהגמ׳ בפסחים דף קיב:

אם בקשת ליחנק היתלה באילן גדול (רש״י: אם בקשת ליחנק, לומר דבר שיהיה נשמע לבריות ויקבלו ממך, היתלה באילן גדול, אמור בשם אדם גדול).

ונראה מדברי רש״י שמותר לאדם לומר את דבריו בשם גדול, למרות שאותו גדול לא אמר דברים אלו, וכך מבואר בגמ׳ בעירובין דף נא. :

אמר ליה, סמוך עלי. דתניא, רבי יוסי אומר... ולא היא, לא תנא ליה כרבי יוסי אלא כי היכי דליקבל לה מיניה, משום דרבי יוסי נימוקו עמו.

ועל פי דרך זו, שמותר לשכנע אדם שיקבל את דבריו, על ידי שיאמר את דבריו

---

[682] לשון הגמ׳ שם: ״אמר רב פפא: כגון תרי תנאי ותרי אמוראי דפליגי אהדדי, ולא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, וסוגיין דעלמא אליבא דחד מינייהו, ואזל איהו ועבד כאידך״. ועיין שו״ע חו״מ סימן כ״ב סעיף ב׳. ומשמע שלמרות שלא הוכרעה הלכה במפורש, יש משמעות למה שמקובל לפסוק על ידי כל שאר הדיינים.

[683] מותר לחכם לחלוק עם חבריו, והוא יכול לפסוק כשיטתו, אבל הבאים אחריהם שאינם בעלי המחלוקת אלא נשענים על הקודמים להם, עליהם לפסוק כפי שמקובל בעולם.

בשם אחר, מסתבר שמותר להשפיע אף על החלטת בית דין אחר כפי שנהגו 'אמרי לה'[684].

ועוד, שבמקרים שנאסרו בגמ' במסכת שבועות (עמ' 252, 261), התובע והנתבע אמרו טענות שאינם טענות אמת, ואילו כאן האשה תטען טענת אמת, ואף ראיותיה לא תהיינה ראיות של שקר אלא חיזוק לדבריה, וכנ"ל[685]. ועיין לקמן באות ז' בשיטת הגרז"נ גולדברג שליט"א.

<u>לְטַעְנוֹן טַעֲנַת שֶׁמָּא כְּדֵי לְהִיפָּטֵר מִשְּׁבוּעָה /שֶׁקֶר בְּתַבִיעוֹת לְעוֹמַת שֶׁקֶר בְּטַעֲנוֹת</u>

ז. השי"ך (סימן ע"ה ס"ק א' - לעיל עמ' 264) כתב להלכה את דיני הגמ' במסכת שבועות (לעיל עמ' 252, 261) ותמה מדוע השו"ע השמיט דינים אלו[686], כלומר הוא עצמו סובר שדינים אלו נפסקו להלכה.

השו"ע בחו"מ סימן ע"ה סעיף ט"ז פסק שיורשי לוה המודים במקצת בחוב אביהם, חייבים להישבע שבועת מודה במקצת, אבל אם הם אומרים שאינם יודעים, פטורים משבועה ואף לא חלה עליהם שבועת היורשים (אמנם, המלוה יכול להטיל חרם כללי על כל מי שיודע שממונו ביד אחר ואינו מגלה זאת). וכתב שם הש"ך בס"ק נ"ז:

---

[684] בשו"ת מאיר נתיבים (שאלה בעמ' ס"ט), דן האם מותר לאדם להציע לקרובו לטעון טענת 'הילך' ועל ידי כך יפטור את עצמו משבועת התורה. וכתב, שאם היועץ יודע שהאמת היא כדברי הנתבע, מותר לו להשיא לו עצה זו, וראיה מסוגייתנו, ש'אמרי לה' סברו שהאמת כדברי האשה, ולכן השיאו לה את עצתם, עי"ש.

[685] אמנם עיין בגמ' בשבועות דף לא. שאסור לתובע שיש לטובתו עד אחד, לומר לאדם נוסף שיעמוד ליד העד כדי שהנתבע יחשוב שיש לו שני עדים ויודה. וכן אסור לשלשה תובעים להחליט ביניהם שאחד מהם יהיה התובע ושנים יהיו עדים בדבר. והטעם הוא "מדבר שקר תרחק". ולכאורה אף בנידון שלפנינו יש לאסור דלא גרע משני המקרים הללו. ונראה שבמקרה של העד הנוסף, מדובר בעד שכלל אינו יודע מהענין, ובנידון של שלשה תובעים, מדובר בהעמדת עדים פסולים, ועל עדים קיים חיוב מיוחד לומר אמת ולהיות עדים כשרים, ואילו בנידון שלפנינו מדובר ב'העצמת' הטענה ולכן מותר, ומה עוד שמדובר במחלוקת הלכתית ולא במציאות של עובדות, וכמבואר בפנים. ועיין הערה 691.
אמנם, היכולת לשנות כדי להגיע לתוצאה שהיא תוצאת אמת, יש בה לכאורה חשש, שמעתה כאשר יאמרו לאדם לחכם פלוני אמר כך וכך, והוא יודע שמותר לשנות, הוא לא יאמין שאכן אותו חכם אמר כך, ואף בדברים אותם אמר החכם במפורש הוא יחשוד שלא כך הם הדברים, וצ"ע.

[686] ועיין בדברי החכמת שלמה שהובאו שם.

> ונראה לי דאי פקח הוא היורש, יטעון שמא ולא יהיה עליו שבועה, רק קבלת חרם, וליכא בהא משום מדבר שקר תרחק שכתבתי בריש סימן זה[687].

> וראיה לזה ממ״ש בעל התרומות שער ל״ח סוף ח״א [ס״ב] בשם הראב״ד דאם טוען על הגלגולים ברי יכול לגלגל, וכשטוען שמא אינו יכול לגלגל[688], לפיכך כל מי שנתחייב שבועה ורואה שמגלגלים גלגולים עליו, אם פקח הוא, אומר על הגלגולים איני יודע, ויפטר משבועה חמורה ויקבל חרם[689], ע״כ. ומביאו ב״י לקמן סוף סימן צ״ד [מחודש ב׳]. ופשיטא דהראב״ד לא יהיב עצה כשיהיה איסור בדבר.

הש״ך לא ביאר מה החילוק בין האיסור האמור בגמ׳ במסכת שבועות לשנות טענות כדי להימנע מחיוב שבועה, לבין המקרים עליהם הוא דן שבהם מותר לשנות את הטענה כדי להיפטר משבועה. ובביאור דבריו כתב הגרז״נ גולדברג שליט״א, בקונטרס ׳בענין עשיית תחבולות ולשקר בכדי לזכות בשלו׳ (מאת הרב רקובר) באות כה (הודפס ספר ברכת אליהו, חו״מ חלק ג׳ בסופו):

---

[687] כלומר, היורש יכול לכפור בחמישים או לומר שחמישים אינו יודע. ואפילו אם יטילו חרם על כל מי שיודע שמורישו חייב לו, החרם לא יחול עליו שהרי אין לו ידיעה חיובית שאביו היה חייב.

[688] ראובן התחייב שבועת מודה במקצת לשמעון, שמעון רוצה לחייבו שבועה על דין ודברים נוסף שיש ביניהם (שמפאת עצמו אינו מחייב שבועה), הדין הוא שאם ראובן יטען טענת ברי כנגד שמעון יהיה אפשר לחייבו להישבע מדין ׳גלגול׳ אבל אם הוא יטען ׳שמא׳, לא חל עליו דין גלגול. כלומר, מי שטוען ׳איני יודע׳ לגבי שבועה הבאה מחמת גלגול, לא נאמר בו הכלל ״מתוך שאינו יכול להישבע משלם״. אמנם שיטה זו אינה מוסכמת לכו״ע – עיין שו״ע חו״מ סימן ע״ה סעיף ט״ו שציין למחלוקת.

[689] עיין גדו״ת שם שדן מדוע יקבל רק חרם, והרי צריך להישבע שבועת היסת על הטענה שאינו יודע. ותירץ שמדובר שהתובע לא טען טענת ברי, ולכן יש רק קבלת חרם ולא היסת, אבל אם התובע יטען טענת ברי, יתחייב התובע להישבע היסת ולא די בחרם. ועיין ט״ז חו״מ סימן ע״ה סעיף ט״ו. ועיין שו״ע סימן צ״ד סעיף ט׳ ובסמ״ע ס״ק ט״ו שכתב שמדובר במקרה של שבועת השותפין, שבה אין חיוב היסת, ועי״ש בש״ך.

לענ״ד היה נראה שסובר הש״ך שאין איסור לטעון טענות שקר כדי ליפטר מממון שבאמת פטור[690], ובדוגמה שטוען לא לויתי אף שהאמת שלוה ופרע, אבל כל הדברים שאסרו חכמים שהביא ריש סימן ע״ה שם לא רק טוען שקר אלא גם תובע ממון שבאמת אין חייבין לו כגון שחייבים לו מנה תובע מאתים כדי לחייבו שבועה ולגלגל למקום אחר זה שהרי תובע מה שאינו מגיע לו וכן שאר הדוגמאות שהביא שם הש״ך מדובר באופן זה[691]...

ח. אמנם נראה שדברי הגרז״נ אינם מתיישבים עם שיטת תשובת הרשב״א (עמ׳ 260, ועיין לקמן אות יב) שאוסר לטעון שקר בכל מקרה[692]. דבריו יכולים להתיישב אך ורק על פי שיטת הרמב״ם (עמ׳ 258). ומכל מקום יש לעיין מה הוא טעם החילוק, והרי בשני המקרים אינו דובר אמת ולכאורה עבר על ״מדבר שקר תרחק״. ומסתבר שהפסוק הינו אסמכתא ואינו חל בכל המקרים, ובמקרה של שינוי מטענת פטור לטענת פטור אחרת, אין איסור בדבר, וצ״ע.

ט. יתכן ניתן להציע חלוקה שונה (שאף הרשב״א יוכל להסכים עימה). התובע תמיד חייב לטעון את האמת ואסור לו לשנות לא בתביעות ולא בטענות ובראיות, ואף אסור לו ליצור רושם אצל הנתבע שיש לו שני עדים כשבאמת יש לו רק אחד[693]. לעומתו הנתבע אף שאסור לו לומר שהוא פטור כאשר הוא באמת חייב (אפילו אם כוונתו היא לשלם מחוץ לבית הדין וכל רצונו הוא ליפטר משבועה – כנ״ל בעמ׳ 261), מותר לשנות את הטענות מטענת פטור אחת לטענת פטור אחרת.

---

690 ובהמשך דבריו הוא מביא ראיה מהגמ׳ בכתובות דף כא. שאסור לאדם לחתום בסוף מגילתא, עיין לקמן אות יא ומוכח שמותר לטעון טענת שקר.

691 כלומר, גם המקרה בו הנתבע טוען שאינו חייב כלום והוא רוצה לשלם מחוץ לבית דין, יש בכך איסור כיון שהוא כופר בממון שבאמת חייב בו. ולגבי המקרה של שלשה שחייבים להם ממון, ואחד בא ותובע והשנים עדים, שלכאורה היה מקום להתיר כיון שאינו תובע יותר ממה שחייבים לו, ואע״פ הגמ׳ בשבועות דף לא. אוסרת, הטעם הוא מפני שבאמת אינו חייב את כל המנה לאחד מהם (וכ״כ הישׁ״ש בב״ק פרק ד׳ סימן י״ח ד״ה ״לכן״), ולתובע עצמו הוא חייב רק שליש מהתביעה, ואפילו אם נאמר שהנתבע חייב לשלם לאחד מהם הכל כפי שנפסק בשו״ע בחו״מ סימן ע״ז ששלשה שהלוו, אחד יכול לתבוע הכל (ואח״כ יחלקו), מכל מקום בעדות החמירה תורה שלא לשקר ויש להעיד עדות אמת (עיין שם בהוכחת הדברים), ועיין הערה 685.

692 עיין שם בדברינו. וכך אמר הגרז״נ עצמו בט״ז סיון תשס״ח. והעיר על כך הרב שמואל דוד שניאורסון בקובץ זרע ברך (לזכרו של הרב ברוך שמעון שניאורסון) עמ׳ תס״ה (עי״ש בדבריו).

693 עיין הערה 685.

וטעם החילוק הוא, שהתובע, למרות שהוא סובר שהוא דובר אמת, והוא רוצה להוציא ממון שמחזיק חבירו ללא היתר, הוא זה שפותח את הדיון בבית הדין, ואסור לו לבוא לבית הדין בתביעה או בטענה שאינה אמת. לעומתו הנתבע (במקרה בו הוא דובר אמת), מותר לו לשנות את טענותיו, כיון שהוא רוצה להציל את עצמו. ואין לומר שגם התובע (שסובר שהוא דובר אמת) רוצה להציל עצמו מידי הנתבע שעשק ממנו את כספו, כיון שאסור להשמיע בפני הדיינים טענה שאיננה אמת, אולם הנתבע שכבר שמע את טענתו של התובע, הזכות שעומדת לו להציל את שלו, גוברת על החובה להשמיע אמת בפני הדיינים, כל עוד הוא אינו כופר בגוף התביעה (ועיין אות יב), וצ"ע.

י. בהמשך הדברים (בקונטרס הנ"ל באות ז') חידש הגרז"נ גולדברג שליט"א שנתבע שאמר איני יודע, אינו טוען טענת שקר:

> הן אמת שיש לפרש בש"ך שמתיר לטעון 'איני יודע' בטעם אחר. והוא שכשטוען 'איני יודע' אינו אומר רק שאינו יודע שחייב, אבל יתכן שיודע שפטור ולכן אין כאן שקר כלל[694]...

ונראה לפרש את דבריו. נתבע יכול לענות מספר תשובות, כגון:

- אני חייב – מוכח מדבריו שהוא איננו פטור.
- אני פטור – מוכח מדבריו שהוא איננו חייב.
- איני יודע שאני חייב – לא מוכח מדבריו האם הוא פטור או שאין לו ידיעה.
- איני יודע שאני פטור – לא מוכח מדבריו האם הוא חייב או שאין לו ידיעה.

[694] הגרז"נ אינו חוזר בו שמותר לטעון טענות שקר (ובהמשך דבריו מציין לראיה נוספת להתיר לטעון טענות שקר, מדינו של החותם על מגילתא – לקמן אות יא), אמנם טענתו היא שבנידון של הש"ך אמירת 'איני יודע' איננה אמירה שקרית.

ולכן, כאשר נתבע עונה לדברי התובע׳ איני יודע׳[695] או ׳שמא אני חייב׳, הוא לא ענה לשאלה האם הוא פטור. ונמצא שאם הוא באמת פטור, הוא לא הוציא מפיו שקר כאשר הוא אמר ׳איני יודע׳ כיון שדבריו יכולים להתפרש שהוא אינו יודע מכך שהוא חייב, והוא לא ענה דבר לגבי השאלה האם הוא פטור. וממילא כאשר הש״ך התיר לנתבע לומר ׳איני יודע׳ או ׳שמא׳, הש״ך לא התיר לו לומר שקר, שהרי הוא כלל אינו משקר, שהרי הוא יודע את האמת שהוא פטור, וכאשר הוא אמר ׳איני יודע׳ או ׳שמא אני חייב׳ הוא לא שיקר ביחס לידיעתו שהוא פטור[696].

אמנם לכאורה יש לעיין בדבריו של הגרז״נ שליט״א, שהרי על בית הדין מוטל לומר לצדדים שיבררו דבריהם (עיין שו״ע חו״מ תחילת סימן ע״ה), ואם בית הדין אינם יודעים האם הוא פטור או שיש לו ספק האם הוא פטור, עליהם לשאול אותו שאלה זו. ועוד, שעל פי דבריו, אסור לנתבע לומר ׳איני יודע האם אני פטור׳ או ׳שמא אני פטור׳, כיון שבתשובות אלו הוא במפורש אומר דבר שידוע לו שאיננו אמיתי ואילו הש״ך לא פירט חלוקות אלו, ומצוה לישב.

<u>׳שֶׁיָּכוֹל לוֹמַר פַּרְעָתִי׳ – בְּשֶׁטַּר שֶׁלֹּא לְוָוה בּוֹ</u>

יא. גמ׳ כתובות דף כא. :

---

695 ואיננו מפרט את דבריו ״איני יודע שאני פטור״.

696 כראיה לדבריו מציין הגרז״נ שליט״א, לדברי השו״ע בחו״מ סימן ע״ט סעיף ט׳: ״אבל הטוען לא היו דברים מעולם, וחייבוהו שבועה, וכשבא לישבע חזר וטען פרעתי, או איני יודע, או שטען הלוה איני יודע, וחזר וטען לויתי ופרעתי, הואיל ולא הכחישוהו עדים, אלא שמדקדק בשבועתו לעשותה כתקנה, כיון ששתי הטענות באות לפוטרו, ישבע שאינו יודע, ויפטר״. משמע שטענת איני יודע אינה מהוה סתירה לטענתו האחרת שהוא פטור (אמנם עי״ש בש״ך ס״ק כ׳).
עוד חילק הגרז״נ גולדברג שליט״א (פסקים, כת״י), בין שינוי בתביעות שאסור לבין שינוי בטענות שיש מקום להתירו אף לתובע. ועיין אות יא.

> אמר אביי, לכתוב חתימת ידיה אחספא ושדי ליה בבי דינא, ומחזקי ליה בי דינא, (וחזו ליה) ולא צריך איהו לאסהודי אחתימת ידיה, ואזיל איהו והאי ומסהדי באידך. ודוקא אחספא, אבל אמגלתא לא, דלמא משכח לה איניש דלא מעלי וכתב עילויה מאי דבעי, ותנן, הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו, גובה מנכסים בני חורין[697].

כאשר החותם יגלה שהיה מי שמילא את השטר וחייב אותו לשלם, הוא יכול לטעון את האמת שמעולם לא התחייב, אבל במקרה זה אם יבואו עדים ויעידו שזו חתימתו, בית דין יאמרו לו לשלם. אולם אם הוא יטען פרעתי טענתו תתקבל[698]. ויש לעיין האם במקרה בו הוא חתם על מגילתא ריקה, ואח"כ מילא אדם אחר את השטר ותובע ממנו לשלם, מותר לו לכתחילה לטעון פרעתי או שאסור לו לטעון טענת שקר, ועליו לטעון את האמת (ויתחייב לשלם). ומדברי הרא"ש בכתובות פרק ב' סימן י"ז נראה לדייק שמותר לו לומר פרעתי:

> ...אבל אמגילתא לא... ואע"פ שפסק רב אלפס ז"ל וכן הרמב"ם ז"ל (פי"א מהל' מלוה ולוה[699]) וכן ר"י ז"ל שיכול לומר פרעתי[700], מ"מ איכא למיחש שמא יטעון האמת שלא לוה ממנו כלום וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי...

מלשונו של הרא"ש מוכח שמותר לכתחילה לומר פרעתי כדי לפטור את עצמו, ומכאן הוכיח הגרז"נ גולדברג שליט"א[701] שמותר לאדם לשנות את טענתו כדי לפטור את עצמו.

יב. לעיל (אות ח') כתבנו שדברי הגרז"נ גולדברג יכולים להתיישב אך ורק עם שיטת

---

[697] פירוש, לצורך 'אימות חתימה' אדם יכול לכתוב שמו (חתימתו) על חרס ולהניחה בבית דין, וביו"ד יוכלו להשוות, אבל לכתוב את שמו על מגילה אסור, שמא תימצא המגילה על ידי 'איניש דלא מעלי' ויכתוב מעל שמו סכום לתשלום, ויגבה ממנו שלא כדין.

[698] עיין שו"ע חו"מ סימן ע"ט סעיף א', ס"ט סעיף ב',

[699] הלכה ג'. אמנם שם הרמב"ם דן רק על האפשרות לטעון פרעתי כאשר מציגים מולו שטר ובו כתב ידו. אבל אין ברמב"ם התייחסות ישירה למקרה שבפנינו.

[700] וצ"ע, שאחר תקנתו של רב נחמן שיש להישבע שבועת היסת על טענת פרעתי (עיין שו"ע חו"מ סימן ס"ט סעיף ב') אין אפשרות לטעון פרעתי, שהרי אסור לו להישבע לשקר

[701] בכת"י. וכן בקונטרס הנ"ל, עיין לעיל עמ' 694.

הרמב"ם ולא עם תשובת הרשב"א (עמ' 260). ומכאן שבסוגייתנו (מי שחתם שמו על מגילתא) מסתבר לומר שהרשב"א סובר שאסור לטעון 'פרעתי' שהרי אין זו טענת אמת. אולם בחידושי הרשב"א כאן כתב כדברי הרא"ש הנ"ל:

> ואע"ג דלדעת הגאונים ז"ל קיי"ל דנאמן לומר פרעתי, חיישינן דילמא טעין ואמר לא היו דברים מעולם דקושטא הכין הוא וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, ומיהו לדידי נראה לי דאפילו בכתב ידו אינו נאמן לומר פרעתי.

הרשב"א אינו דוחה את העקרון שבשיטת הגאונים, אלא שהוא חולק על התועלת שבדבריהם, כיון שלשיטתו אין לו נאמנות לומר פרעתי. אבל לולי זאת היה יכול לקבל את דבריהם שמותר לו לכתחילה לומר פרעתי ולכאורה הוא סותר את דבריו שבתשובתו[702]. ושמא הרשב"א מחלק בין התובע שלעולם אסור לו שלא לומר את האמת, לבין הנתבע שמותר לו להציל את עצמו בטענת פרעתי אף שאיננה טענת אמת, (עיין אות ט'), וצ"ע.

סיכום

יג. העולה מהאמור לעיל:

- לדעת ר' יהודה, אשה שמת בעלה נאמנת רק אם היא באה לבית דין בוכה ובגדיה קרועים (ולדעת חכמים א"צ בכך), ומותר לומר לה לבוא לבית דינו של ר' יהודה בצורה זו (אות ב'), כיון שבית דין מובהק סובר שלא כשיטת ר' יהודה (אות ה'), ומותר לאדם להנהיג כשיטתו אפילו שלא ע"י אמירת אמת (אות ו').
- קיים חילוק בין האמור במסכת שבועות (עמ' 252, 261), לבין המקרה של האשה הנ"ל, כיון שלא מדובר בטענת שקר (אות ו').

[702] בדוחק היה מקום לתרץ, שהרשב"א כאן לא ראה צורך לפרט את שיטתו, כיון שטענת פרעתי אינה מועילה.

- הש"ך והראב"ד סוברים שמותר לטעון טענת שמא במקום טענת פטור כדי להימנע מחיוב שבועה (אות ז'), כיון שמותר לשקר בטענות אף שאסור לשקר בתביעות (אות ז'), או שמותר לנתבע לשקר בטענות כדי להציל את עצמו (אות ח'), או שטענת שמא וטענת איני יודע אינם מהוות סתירה לטענת פטור (אות י').
- מי שחתם את שמו על גבי מגילה, ובא אדם אחר וכתב למעלה חיוב כספי, מותר לחותם לטעון פרעתי למרות שמעולם לא לוה (אות יא), כיון שמותר לשקר בטענות פטור (אות יא).
- הרשב"א סובר שלעולם אסור לשנות טענות ואע"פ כן הזכיר את השיטה המתירה לומר פרעתי כאשר מעולם לא לווה, וצ"ע (אות יב).

זיוף ראיות כדי להוכיח טענות אמיתיות

הקדמה

א. עדים אסורים בעדות שקר בבית דין. וברור הדבר שאסור להם להעיד עדות שקר אפילו כדי להצדיק אדם שהם יודעים שטענתו טענת אמת, וכן אסור לעדים לחתום על שטר שיש חיוב שאיננו אמיתי, כגון שטר חוב שכתוב בו שראובן חייב לשמעון, למרות שבדרך זו הם רוצים להוציא מיד ראובן כסף שהוא חייב לשמעון מחמת נזק שעשה לו או הלואה אחרת שלא היו עליה עדים כשרים וכדו', שהרי אסור לעדים להעיד עדות שקר הן בעל פה והן בכתיבה בשטר, שעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותם בבית דין.

אמנם, יש לעיין האם מותר לתובע או לנתבע לזייף שטר בחתימת ידו של הצד שכנגד או עם חתימת שני עדים כדי שבדרך זו יוציא את שלו מחבירו שמסרב לשלם לו[703] או כדרך להתמודד עם שטר מזוייף שחבירו הוציא כנגדו (הדיון לקמן הינו על עיקר הדין, ולא על החשש שמא מתוך ההיתר יבואו גם שקרנים ויזייפו שקרים[704])[705].

---

[703] זיוף הינו כתיבת שטר שקר. אולם קיימים מקרים בהם לא מדובר בזיוף אלא בתיקון. כגון, שטר שעשוי להזדייף (שהרחיקו חתימות העדים מגוף השטר, ויש אפשרות להוסיף בין החתימה לבין גוף השטר) שהדין הוא שאין לגבות בו והרי הוא שטר פסול. אבל, אם 'מלאוהו בקרובים' (או בכל דרך אחרת) קודם שהגיע השטר לבית הדין, ובאותו יום שחתמו עליו העדים (ואם היה קנין מותר אפילו ביום אחר), ניתן לגבות בו, אבל אם השטר נראה בפני בית הדין, שוב אסור למלא את המקום הפנוי (עיין טור חו"מ סימן מ"ה, ובשו"ע סעיף י"ד-ט"ו), ומוכח מכאן שמותר לתקן שטר קודם הבאתו לבית הדין למרות שאם בית דין יראה אותו, שוב לא ניתן להכשירו, אולם אין מכאן ראיה לזייף שטר מעיקרו, ועוד שמדובר בפסול מדרבנן.
וכן שטר שיש בו ריבית (שכללו את הקרן והרבית יחדיו) קנסו חכמים שלא גובים בו אפילו את הקרן (שו"ע, חו"מ סימן נ"ב סעיף א'), וכתב הש"ך (ס"ק נ"ב), שאם קודם הבאת השטר לבית הדין כתב המלוה על גבי השטר שלא יגבה את הריבית, מותר לגבות את הקרן בשטר זה, אולם אם נראה השטר בבית הדין שוב אי אפשר לגבות באמצעותו. ונראה שבמקרה זה החידוש גדול יותר מהמקרה של שטר העשוי להזדייף, כיון ששטר העשוי להזדייף ולא זוייף, הינו שטר שנכתב שלא כהוגן אבל עדיין אין בו פסול ממשי, לעומתו בשטר שיש בו ריבית, האיסור כבר נעשה, ואע"פ כן מותר להכשירו קודם שיבוא לבית הדין. אבל גם ממקרה זה אין ראיה שמותר לזייף שטר לכתחילה. ועיין הערה 757.
ועיין עמ' 52 ואילך בדין חיוב גילוי ראיות נגדו.

[704] שו"ע חו"מ סימן שפ"ח סעיף י"ב: "מי שעוסק בזיופים וכדומה, ויש לחוש שיזיק רבים, מתרין בו שלא יעשה, ואם אינו משגיח, יכולין למסרו ולומר שאין אחר מתעסק בו אלא זה לבד". וכ"כ בסימן תכ"ה סעיף א'

כנ״ל, אסור לאדם לשנות את סכום התביעה ולטעון תביעת שקר או ההיפך (עמ׳ 255, 260), ויש מי שחילק בין שינוי התביעה לבין שינוי הטענה (עמ׳ 273) ויתכן שההיתר של הנתבע לטעון טענה שאינה אמיתית כדי לפטור את עצמו מרווח יותר מאשר התובע (עמ׳ 277), ויש לעיין האם זיוף ראיות דינו ככל שינוי תביעה או טענה – ועיין לקמן.

זִיּוּף שֶׁטֶר בְּמָקוֹם שֶׁטֶר שֶׁאֲבַד

ב. בגמ׳ בב״ב דף לב. – לב: מובאים שני מעשים שבאו בפני רבה, ובשניהם אחד הצדדים הציג שטר בבית הדין, ובעקבות טענת הצד הנגדי שהשטר מזוייף, הודה מחזיק השטר ששטרו מזוייף אבל טען:

וכתב שם הסמ״ע בס״ק ז׳: ״כגון שמגזמים בדליקות או שעוסקים בחתיכות המטבעות״, ומדובר במציאות בה המלכויות מקפידות ועיין פתחי חושן פרק ד׳ ס״ק כ״ב שכתב שמדובר שהמלכות מקפידה ויש חשש נפשות.
ואף אם ננקוט שמותר לאדם לזייף שטר כאשר הוא יודע שהאמת עימו, אם הוא יזייף ובית דין יגלו שזייף ולכן לא יוציאו ממון על פי דבריו, יש לעיין האם הוא פסול לעדות וכו׳, ונמצא שאף אם מותר לו, הוא ׳מסתכן׳ בדבר, ועיין בנתיבות סימן י״ב בביאורים ס״ק ג׳ שכתב שמותר לעשות תחבולות כדי להגיע לידי פשרה (כאשר יודע שהאמת עימו – עיין בהרחבה בעמ׳ 52 ואילך), רק באופן שלא יהיה רשע לפני בית דין, ובישועות ישראל שם בחוקת המשפט ס״ק ב׳ כתב שרק לא יהיה חילול השם בדבר. ונראה שק״ו שיש להיזהר בדבר במקרה של זיוף.
עוד יש להוסיף, שבשו״ע חו״מ סימן ע״ה סעיף א׳ נפסק, שמי שבא לבית דין חובה עליו לברר דבריו ולפרט את הסיבות לתביעה, והטעם הוא שמא הוא טועה ובאמת אינו חייב לו (עיין לקמן עמ׳ 52 ואילך, ויש הסוברים שהטעם הוא מחשש רמאות), ומכאן שאף מי שסובר שהוא צודק, הוא יכול לטעות, וא״כ כיון שיש עליו חובה לברר את דבריו בבית דין, מנין לו הכח לזייף ושמא אין הדין כפי שהוא סבור, וקצ״ע.
[705] הדיון לקמן הינו לגבי הבאת ראיה מזוייפת לבית דין. ויתכן שמחוץ לבית דין יש מקום להקל יותר (עיין שו״ת חוט המשולש חלק א׳ סימן ט״ו ד״ה ״איברא״ שכתב שהאיסור של מדבר שקר תרחק הוא רק בבית דין, ועיין בקוטנרס בעניין עשיית תחבולות לשקר בכדי לזכות בשלו שנדפס בסוף ברכת אליהו חלק ג׳ באות טז ואילך). ועל פי עקרון זה פסק הגרז״נ גולדברג שליט״א (כת״י) שמי שצריך למלא דו״ח שעות על עבודתו ואם ימלא את הדו״ח כפי האמת, המעביד לא יתן לו כפי המגיע לו, מותר לו לכתוב יותר שעות ממה שעבד (המקרה הנידון היה, עובדת שבתקופת החגים זכאית לקבל על פי החוק שכר מלא למרות שעבדה פחות שעות, אבל המעביד אינו נוהג על פי החוק, מותר לה למלא שעבדה יותר שעות (כפי שעובדת בכל חודש), כדי לקבל את המגיע לה. (עוד סובר הגרז״נ שליט״א, שמי שאיבד כרטיס חופשי חודשי, מותר לו ליסע בלי הכרטיס, כיון שבאמת יש לו זכאות ליסוע, למרות שלחברת האוטובוסים מותר שלא להאמין לו – שו״ת שואלין ודורשין חלק ד׳ סימן צ״ג).
ובשו״ת תורה לשמה סימן שע״א כתב, שבמקרה בו בת מורדת בדין תורה ותובעת ירושה מנחלת אביה בערכאות של גויים שלא כפי הדין, מותר לעשות שטר צוואה או שטר מתנה בשקר (לטובת היורשים שזכאים לירושה ע״פ דין תורה), ואין בזה חשש של ׳מדבר שקר תרחק׳. וסיים שם: ״אך ודאי צריך לשקול בפלס משפט העניינים ואין לעשות היתר זה בכל גוונא וישימו יראת השם על פניהם ותחלת הכל יהיו רואים היטב את הנולד שלא יצא מזה חילול ה׳ ח״ו אח״כ ואם אפשר שיהיה נודע לערכאות ששקר עשו ודאי צריך שיחדלו מעשות הדבר הזה כי אין לך דבר שעומד בפני חילול ה׳ ועל הכל צריך עצה ויתיישבו בדבר בחכמה ובתבונה ובדעת״.

גחין לחיש ליה לרבה, אין, שטרא זייפא[706], מיהו שטרא מעליא הוה לי ואירכס, ואמינא, אינקיט האי בידאי כל דהו[707].

רבה סבר שניתן לקבל את השטר כיון שיש למחזיק השטר מיגו שאילו היה רוצה לשקר לא היה מגלה שהשטר מזוייף[708]. אולם רב יוסף סובר שכיון שמחזיק השטר מודה שהשטר הוא 'חספא בעלמא' אי אפשר לקבל את שטרו[709]. והכרעת הגמ' היא שבמקרה בו בעל השטר זייף שטר שמוכיח שקנה קרקע שהוא יושב בה עתה, הקרקע תישאר בידו, אבל במקרה בו בעל השטר רוצה להוציא ממון באמצעות השטר המזוייף, בית דין לא יגבו בשטר זה.

הגמ' איננה דנה האם לכתחילה היה מותר למאבד השטר לזייף שטר כתחליף לשטר שאבד לו. השאלה קיימת הן לשיטת רבה שמכשיר את השטר והן לשיטת רב יוסף שסובר שאם התברר לבית דין שהשטר מזוייף אי אפשר לסמוך עליו, האם מותר לבעל השטר שאבד לזייף ולא לגלות שזייף (ועיין לקמן אות ו').

ג. בתשובת הרשב"א בחלק ג' סימן פ"א מבואר שכל טענת שקר אסורה (עיין לעיל עמ' 260), ולכאורה לשיטתו פשוט שאסור לזייף שטר[710] (אא"כ נאמר שהאיסור הוא רק על התובע ולא על הנתבע (עמ' 277). אולם לשיטת הרמב"ם שכתב שיסוד האיסור הוא בעיוות דין (עמ' 255), יש מקום לומר שבמקרה שלפנינו הזיוף איננו עיוות דין אלא העמדת הדין, ולכאורה יש מקום להתיר.

---

706 הראשונים נחלקו האם מדובר בשטר מזוייף או בשטר אמנה, עיין ברשב"ם כאן ובשאר ראשונים. היד רמ"ה בסוגייתנו סובר שכולם מודים שבית דין לא יסתמך על שטר מזוייף גם מהטעם שלא יהיה חוטא נשכר. אמנם לקמן ננקוט כדעה שמדובר בשטר מזוייף (שיטתו השניה של הרשב"ם).

707 פירוש, מחזיק השטר התכופף ולחש לרבה (כדי שהצד שכנגד לא ישמע), שאכן השטר מזוייף, אבל היה לו שטר אמיתי, ושטר זה אבד, וזייף את השטר.

708 ואף העדים טועים וסוברים שזו חתימת ידם.

709 במיגו 'רגיל', אדם טוען טענה שהיא טובה מפאת עצמה רק אין לה הוכחה, וההוכחה היא מכח המיגו (שאילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה אחרת שהיתה מתקבלת בבית דין), אבל במקרה שלפנינו הוא עצמו מודה שהשטר עליו הוא מסתמך הינו חרס בעלמא (ועוד, ששטר נותן לו כח יותר חזק ממלוה על פה).

710 כך דייק מדבריו בקובץ שיעורים ב"ב סימן קפ"ו.

ד. **פני יהושע כתובות דף כח. ד"ה "קיום":**

...אמנם לענ"ד בזה ג"כ י"ל דאין לתמוה כ"כ דהא אם יוציא איזה אדם חשוד שטר מזוייף על חבירו בקל יוכל זה שכנגדו להציל עצמו ולשבר מלתעות רשע, ע"י שיכתוב ג"כ שובר מזוייף באותן עדות עצמן או עדים אחרים שאין מכירין ג"כ[711]...

יתכן שאף הרשב"א (אות ג') יודה לדברי הפנ"י כיון שמדובר בנתבע שמתגונן ולא בתובע ועוד שמדובר במקרה של זיוף כנגד זיוף ואולי במקרה זה הרשב"א מודה, וצ"ע.

ה. **תוס' במסכת ב"מ דף יג: ד"ה "הא קאמר" כתבו, שבית דין טוענים טענת מזוייף כנגד שטר היוצא כנגד יתומים:**

ועוד שעל כרחך טענינן להו מזוייף או פרוע, דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה דיוכל כל אדם להוציא על היתומים ולקוחות ושלא בפניו שטר מלוה או שטר מכר שעשה כרצונו, ולא נטעון להם כן...

ובשיטה מקובצת שם (ד"ה "עוד כתבו בתוספות" בתחילת העמוד) כתב כנגד דברי התוס':

עוד כתבו בתוספות דאם לא כן לא שבקת חיי וכו' אין להקשות שאותו יכתוב שובר, כי יש לומר הוא בעצמו יטעון מזויף, אבל היתומים לא טענינן להו מזויף[712].

---

[711] עיין בהפלאה כאן (ד"ה "וראיתי") שחולק על דבריו. ודברי הפנ"י הינם ליושב קושיית תוס' ד"ה "קיום" שתמה שעל פי דברי הגמ' שקיום שטרות מדרבנן, משמע שמן התורה כל שטר מתקבל, וא"כ כל אדם שירצה לזייף שטר יוכל לזייף, ועל כך מתרץ הפנ"י שכנגד הזיוף של התובע יוכל הנתבע לזייף שובר, עי"ש. ויש לעיין האם התוס' שלא כתבו כדברי הפנ"י חולקים על דבריו, וצ"ע.
ובשו"ת משיב שלום סימן ע"ג כתב שלכאורה עובר מזייף השובר על 'מדבר שקר תרחק'. ותירץ, שהנתבע יזייף את השובר, ויבוא לבית דין ויאמר להם ששטרו של המלוה מזוייף ואם אינכם מאמינים לי גם אני זייפתי שובר כמוהו, וא"כ לא יעבור על האיסור של מדבר שקר תרחק. אמנם, כפי שבארנו לעיל שיטת הרמב"ם היא שהאיסור הוא רק אם קיים עיוות דין, אבל אם אין עיוות דין אין איסור של מדבר שקר תרחק. ועיין הערה 757.

[712] לשונו קצת קשה, ועיין בספר ביאורים והערות לב"מ דף יג: (הרב יצחק מאיר קנובלוביץ).

ועוד דשמא הן אינם רוצים לעשות שקר, והכי פירושו לא שבקת חיי לכל הרוצים לעשות כדין, ובזה כמה פטפוטים הם מיושבים.

מסיום דברי השטמ״ק עולה שאף שקיימת עצה ליתומים לכתוב לזייף שובר, שמא הם לא יעשו זאת, כיון שעל פי דין אסור לזייף. ולכאורה מוכח מכאן, שמי שהוציאו כנגדו שטר מזוייף אסור לו לזייף שובר כנגדו, וכך דייק מדברי התוס׳ בקובץ שיעורים למסכת ב״ב דף מד. אות קפ״ז[713]:

> ואם מוציאין עליו שטר מזויף אסור לו לזייף שובר כנגדו, וכן נראה ממ״ש תוס׳, ב״מ י״ד[714], לא שבקת חיי דיזייפו שטרות, וכתב שם בשיטה, אף על גב שיוכל לזייף שובר כנגדו מ״מ לא שבקת חיי לכל הרוצים לעשות כדין.

לכאורה יש מקום להשיב על דבריו, שהרי במקרים עליהם דן תוס׳ (יתומים, לקוחות, גביית שטר שלא בפני הנתבע) הנתבעים (היתומים וכו׳) אינם יודעים בודאות שהשטר של התובע הינו שטר מזוייף, וכיון שאין להם ידיעה ברורה בדבר, אסור להם לזייף שובר כנגדו, ולפיכך בית הדין טוען עבורם טענת זיוף, אבל אין להביא מכאן ראיה לאסור על הנתבע עצמו לכתוב ולזייף שובר כשמוציאים כנגדו שטר מזוייף (שאינו יכול להוכיח את זיופו), והוא יודע שהאמת היא שאינו חייב כלום[715]. ונמצא שאין בדברי השטמ״ק ראיה לדחיית דברי הפני יהושע לגבי ההיתר לזייף שובר[716].

<u>זיוף כנגד תביעת שקר</u>

---

[713] עי״ש שציין גם לדברי הרשב״א הנ״ל כראיה לדבריו.

[714] נראה שצ״ל תוס׳ ב״מ יג: (הנ״ל).

[715] ועוד, שבדברי הקובץ שיעורים יש שילוב של שני חלקי דברי השטמ״ק, ולכאורה אין הכרח לחבר ביניהם.

[716] אמנם במוריה, כסלו תש״ס עמ׳ סא כתב הגר״י זילברשטיין שליט״א שאסור לזייף שובר כנגד שטר הלואה מזוייף, ונסמך בדבריו על תשובות הרשב״א והקובץ שיעורים (ולעיל הצענו שניתן להשיב על הראיות), וציין גם לדברי התוס׳ בב״מ דף יד: ד״ה ״הא קאמר״ ולא ביאר מה דייק מדבריו (ואולי כוונתו לשטמ״ק שדן על התוס׳ – ולעיל השבנו על ראיה זו).

ו. בדברי הפני יהושע (אות ד׳) מפורש שכנגד שטר מזוייף מותר לנתבע לכתחילה לזייף שובר (קבלה) שיש בו חתימות מזוייפות, אולם מדבריו לא נוכל להוכיח האם מותר לתובע שאין לו ראיות כנגד הנתבע לזייף מעיקרא שטר כדי לתבוע את חבירו (או למנוע מחבירו להוציא ממנו קרקע שקנה ואיבד את שטר הקניה, ועיין לעיל אות ג׳).

לכאורה, על פי טעמו של הפנ״י שיסוד ההיתר הוא ״להציל עצמו ולשבר מלתעות רשע״ אין לחלק בין רשעתו של מזייף שטר שמותר לזייף שטר כנגדו, לבין רשעתו של מוכר קרקע שטוען שלא מכר אותה, והקונה איבד את שטרו ולכן רוצה לזייף את שטר המכירה, או לוה שהוא רשע ואינו משלם, ולכן רוצה המלוה שאיבד את שטר ההלואה לזייף ולכתוב שטר הלואה חדש, וצ״ע[717].

סיכום

ז. העולה מהאמור לעיל:

- זיוף שטר כדי להוציא ממון שמגיע לו או כדי להשאיר בידו את המגיע לו, לא נזכר במפורש בגמ׳ למרות שהגמ׳ דנה על שטר שכזה שהובא לבית דין (אות ב׳).
- במקרה הנ״ל, נראה שמדברי הרשב״א מוכח לאיסור, ויתכן שאף לשיטתו לנתבע יהיה מותר. ולשיטת הרמב״ם לכאורה יש להתיר (אות ג׳), ועל פי סברת הפנ״י לכאורה ג״כ מותר, אולם הוא לא כתב זאת במפורש (אות ו׳).
- הפנ״י התיר לזייף שובר כנגד שטר מזוייף (אות ד׳) והקובץ שיעורים אסר (אות ה׳).

[717] ומהגרז״נ גולדברג שליט״א שמעתי שלכאורה היה צריך להתיר, אבל לא הכריע כך במפורש.

שִׁינּוּי בַּטַּעֲנוֹת וּבְתַבִיעוֹת כְּדֵי לְהַגִּיעַ לְיִדֵי פְּשָׁרָה (וּפְשָׁרָה טוֹבָה)

הַקְדָּמָה / שִׁינּוּי בַּטַּעֲנוֹת מַחוּץ לְבֵית דִּין

א. ברור הדבר שבעל דין התובע וטוען דברי שקר, והוא יודע שהוא משקר, עובר על איסור. ולעיל עסקנו במי שמזייף שטר מול זיוף של חבירו או מי שמזייף כנגד טענת שקר של חבירו, ובסיס ההיתר הוא שדבריו אמת רק אין לו ראיה טובה ולפיכך מזייף (עיין לעיל עמ׳ 279 ואילך).

לקמן נדון במי שרוצה לשנות מהאמת בתוך כותלי בית הדין, כדי להגיע לאמת. כגון, כיון שהוא יודע שבית דין יאמר לו ״בין לדין ובין לפשרה״ ולכן הוא מעיקרא תובע תביעה גבוהה יותר, כדי שהפשרה תתחיל מנקודת מוצא טובה יותר מבחינתו[718]. ועוד, שהוא חושש שהצד שכנגדו ג״כ ינקוט בדרך זו ויאמר סכום נמוך ממה שהוא יודע שהוא חייב, ולכן הוא מורה היתר לעצמו לתבוע יותר (וההיפך בנתבע), עיין לקמן אות יד.

ב. אם הדיון איננו בתוך כותלי בית הדין, יש מקום לומר שמותר להפריז בסכומים בדרך משא ומתן[719]. וכפי שנדרי זירוזין מותרים, למרות שהמוכר אמר שלא ימכור בפחות ממאה ואין לדבריו תוקף של שבועה או נדר, כי מעיקרא לא התכוון לסכום שאמר אלא זו דרך משא ומתן (משנה נדרים דף כ:), וכך גם בשאר תביעות, וכפי שכתב בספר במחיצת רבנו (על הגאון רבי יעקב קמינצקי), עמ׳ ק״ע:

---

[718] עיין הערה 704.

[719] ״עביד איניש דגזים״ – שבועות מו..

> רבנו אמר שמה שדרך כמה בנ״א שכאשר מגיע לו על פי דין מנה הוא תובע מאתים [מחברת הביטוח] ואחרי המשא ומתן הוא מתרצה למנה, שזה מותר על פי דין ואינו בכלל שקר, כיון שכך הוא דרך התגרים, ואילו היה תובע רק מנה היו נותנים לו חצי מנה[720].

ומעין האמור פסק הגרז״נ גולדברג שליט״א (כת״י), שעובד שיודע שהמעביד לא יתן לו שכרו המגיע לו על פי חוק (כשיש לו תוקף של מנהג מדינה), מותר לו למלא דו״ח שעות ולהוסיף שעות שלא עבד בפועל, כדי שהמעביד יתן לו את המגיע לו. כגון, מי שעובד כל חודש עשרים שעות, ובחודש החגים עובד שש עשרה שעות, מגיע לו תשלום של עשרים שעות. אבל, המעביד יעבור על החוק ויתן לו שכר עבור שש עשרה שעות, ולכן מותר לעבוד למלא דו״ח ולכתוב שעבד עשרים שעות, למרות שבפועל עבד שש עשרה שעות בלבד, כדי לקבל את המגיע לו. וכן בבית משפט של ערכאות שאין לו תוקף של בית דין הלכתי, אמירת הטענות והתביעות נחשבת מחוץ לבית דין.

ג. כאשר הדיון מתקיים בבית דין, חובה על אדם לתבוע ולטעון אמת בבית הדין. אולם יש לעיין האם כאשר מעיקרא הסכימו הצדדים לפשרה, האם נחשב הדבר כמעמד בית דין או כמחוץ לבית הדין. ולכאורה הדבר תלוי בשאלה האם פשרה היא מצוה בפני עצמה או חלק ממצות הדיינים לדון[721]. אמנם בדברי הראשונים והפוסקים (עיין לקמן) לא מצאנו שחילקו חילוק זה, ומשמע שאף במקרה שבית דין מטיל פשרה, הרי זה מעמד בית דין.

אמנם, ברור שמותר לאדם לנסות ולשדל את חבירו שימחל לו מרצונו הטוב, כיון שבקשה שחבירו ימחל לו את כל החוב או את חלקו אין בה מעשה שקר אלא

---

[720] אמנם יש להיזהר מקביעת הלכה מספרי קורות הכמים, וכפי שצויין שם בספר, ועיין הערה 747.

[721] עיין ב״ח חו״מ סימן ט׳ סוף אות י׳ שכתב שמותר ליטול שכר עבור פשרה (וכ״כ בשו״ת הב״ח סימן נ״א), ואין בזה חיוב של ״מה אני בחינם״ וכדבריו פסק הש״ך בס״ק ז׳, ובפת״ש ס״ק יג כתב בשם הפנים מאירות ח״ב סימן קנ״ט, שכיון שמצוה להתחיל בפשרה הרי שהפשרה היא כמו דין, ולכאורה מחלוקתם היא האם כאשר הדיין מתחיל בפשרה והצדדים התרצו, מתקיימת המצוה לפשר או שמתקיימת המצוה לדון, ואם ננקוט שהפשרה היא מצוה בפני עצמה, יש מקום לומר שבפשרה מותר לנהוג כפי שנוהגים מחוץ לבית דין בדרך משא ומתן, וצ״ע.

בקשת חסד, ומותר לאדם לבקש חסד מחבירו[722].

מַעֲרִיקִינָא לַהּ לְאַגְמָא/ הַאִם מוּתָּר לַעֲשׂוֹת כֵּן/ מִדּוּעַ מוֹעִילָה טַעֲנָה זוֹ

ד. אדם ששאל שור בחזקת שהוא תם (ונגח כבר פעם אחת[723]) ונמצא שור מועד (שנגח שלש פעמים ודינו שלם נזק שלם), והשור נגח. נאמר בגמ׳ בב״ק דף מ., שהבעלים משלמים חצי נזק והשואל משלם חצי נזק (כפי שהיה מתחייב בשור תם). ודנה הגמ׳ מדוע לא יוכל לומר השואל, שאילו הייתי יודע שהוא שור מועד הייתי מבריחו לאגם (׳הוה מעריקנא ליה לאגמא׳), וכיון ששור תם משלם מגופו, והשור לא היה בפנינו ולא היה ניתן לחייב אותי לשלם, ועתה שהתברר שהוא מועד, לא אפסיד ולא אתחייב לשלם אפילו מחצית (ועי״ש בתירוץ הגמ׳). ותוס׳ בדף מ: בד״ה ״הוה״ מקשה:

> הוה מעריקנא ליה לאגמא. תימה מה טענה היא זו א״כ היה עושה שלא כדין[724], בשלמא לרבי ישמעאל דאמר בעל חוב נינהו ניחא קצת דאיכא למימר דהוה אכלנא ליה התם או מזבנינא ליה ולא הוה אלא כמזיק שעבודו של חבירו[725] ופטור[726], אבל לר״ע דאמר שותפין נינהו אי הוה מעריק היה גוזל לו שורו לניזק ועוד דב״ד ינדוהו אם לא ישלם[727] אם יש לו.

---

[722] אמנם, אין לאדם להזדקק לבריות כשאינו זקוק לכך, ועיין לקמן בהערה 729.

[723] שאילו לא נגח כלל, היה יכול השואל לומר שאינו חייב לשלם כלל כיון שרצה לשאול שור ולא אריה – עי״ש בגמרא.

[724] בבעל המאור לב״מ דף ו. כתב, שאסור לאדם ״לתפוס בשל חבירו במה שהוא ברשות חבירו״ כאשר מטרתו היא להוציא ממון שלו, ולכן אם יאמר שכך עשה לא יהיה נאמן ועיין במלחמות שם ומש״כ עליו באוצר מפרשי התלמוד שם דף רל מדפי הספר.

[725] פירוש, בגמ׳ בב״ק דף לג. נחלקו ר׳ ישמעאל ור״ע בשור תם שנגח. לדעת ר׳ ישמעאל המזיק הוא בעל חוב כלפי הניזק (ומעריכים את שוויו של השור, וישלם חצי נזק), ואילו ר״ע סובר שהמזיק והניזק הם יחדיו בעלי השור ותשלום חצי הנזק הוא חלוקת שותפות.
ולכן, על פי שיטת ר׳ ישמעאל, אילו היה מבריח את השור לאגם ושוחטו ואוכלו או מוכרו, היה נחשב כמי שמזיק שיעבוד של חבירו, ולא היה גזלן במעשיו, ויש צד ׳קולא׳ למעשיו, ויש תוקף לטענתו שהיה מבריח לאדם. אבל לשיטת ר׳ עקיבא, ששניהם שותפים בשור, נמצא שהשואל שמבריח את השור הרי הוא גזלן, ולא יעלה על הדעת שהגמ׳ תציע שהשואל יטען שהיה עובר על איסור גזל.

[726] תומים סימן י״ב ס״ק ה׳: ״נתקשו ת״ה וכן הישׁ״ש, דהא מזיק שעבודו של חבירו חייב בדיני שמים... וכ״כ גם הרשב״א״.

[727] מה מקור חיוב הנידוי, והרי השור אינו בפנינו ולא ניתן לגבות ממנו. עיין רא״ש ב״ק סימן ח׳ אות ג׳, ואכמ״ל.

> וי״ל, שרוצה לומר מתוך דברים אלו שהייתי עושה[728], היה ניזק מתפשר עמי בדבר מועט, והיה מוחל לי ונמצא שהפסדתני כל היתרון.

מתירוצו של תוס׳ לכאורה נסיק, שלמרות שאסור משום גזל להבריח את השור לאגם ולא לשלם כלל, מותר היה לשואל שור תם לעשות מעשים שיביאו את הניזק להסכים לפשרה, למרות שבאמת חייב לשלם הכל (וכך נראה מדברי הגר״א בביאור דברי תוס׳, אולם הוא עצמו דוחה את דברי תוס׳, עיין לקמן אות יג)

דברי תוס׳ לכאורה תמוהים, שהרי אף שלבסוף הפשרה היא בהסכמתו של הצד שכנגד, מנין ההיתר להביא את הצד שכנגד למצב בו הוא יסכים לפשרה מחמת מעשיו הרעים של החייב ?

ושמא יתכן לומר, שכח הטענה של השואל, כולל אף מעשים שאסורים על פי דין, כיון שסוף סוף היה יכול לעשותם (וכפי שכתב בתרומת הדשן סימן ש״ו ״תדאג נפשי על זה״ – עי״ש), וממילא יש לו כח טענה כלפי המשאיל, ועיין לקמן.

ה. בשלטי גיבורים במסכת שבועות דף יד: מדפי הרי״ף אות א׳ חידש:

> ...דדוקא היכא דמדבר שקרים כדי לזכות בדין שקר או כיוצ״ב איכא למיחש, אבל הכא שרוצה לעשות מעשים שבשבילם ימחול לו הלה מרצונו הטוב ע״י טצדקי דקא עביד מאי קפידא איכא, היינו דקאמר התוס׳ מתוך דברים אלו שהייתי עושה... והוי כמאן דמפייס לחבריה עד דמחיל ליה[729], וצ״ע.

---

[728] הייתי עושה, אילו השור היה שור תם, אבל עתה שהוא מועד לא תועיל ההברחה, שהרי השור משלם מגופו.

[729] למרות שקיים חילוק בין המפייס את חבירו לבין מי שמגיע לפשרה שלא בדרך פיוס. ועיקר הדין של פיוס נאמר לגבי מי שפרע חובו של חבירו שלא מדעתו של הלוה, שפטור הלוה מלשלם למלוה, בטענה שהיה מפייס למלוה והיה מוחל לו, וממילא לא נהנה ממעשיו של פורע החוב, עיין תוס׳ כתובות דף קח. ד״ה ״הא מני״, שו״ע חו״מ סימן קכ״ח סעיף א׳. ובנידון שלפנינו הגמ׳ לא נקטה את הטעם שהיה מפייס את הניזק, כיון שאם יש בכוחו לפייס את הניזק, יכול הוא לפייסו גם עתה.

נראה שדבריו של השלטי גיבורים בביאור דברי תוס׳ אינם כשיטת הרמב״ם, שאסור לאדם לעוות או לעכב את הדין (עמ׳ 255)[730]. ומסתבר שהברחת השור ודאי מהווה עיכוב או עיוות, אמנם השלטי גיבורים סובר שהאיסור הוא לדבר שקר, וכל אימת שהוא אינו דובר שקר, מותר לו לנסות להביא את הצד השני לפשרה מרצונו, למרות שהוא עצמו יודע שהוא חייב[731].

סיבה אחרת בגינה היה מותר לשואל שור תם להבריח את השור כתב בישועות ישראל סימן י״ב עין המשפט ס״ק א׳, שכל עוד לא היתה העמדה לדין, אין חיוב תשלומין אפילו בשור המועד[732], ולכן אם היה השואל מבריח את השור לאגם לא היה גזלן, כי אם ׳מונע מן החיוב׳, ומותר. ולשיטתו נראה שבכל דיני קנסות מותר לנהוג בדרך זו (ויל״ע לשיטתו האם אפילו לשקר מותר במקרה זה, וצ״ע).

ו. לדעת השבות יעקב (ח״א סימן קס״ג, הו״ד בפת״ש חו״מ סימן י״ב ס״ק ח׳), טענת השואל היא שלא היה מבריח את השור בידיו לאגם, אלא היה נמנע מלשמור אותו, ועל ידי ׳שב ואל תעשה׳ השור היה יוצא מעצמו, ולכן אם היה עושה כך כדי להגיע לפשרה - מותר.

ז. עוד יתכן להציע, בנידון שלפנינו יש לשואל טענה כלפי המשאיל שלא ידע שמדובר בשור מועד, ולכן אף שאסור לו להבריח יש לו טענה כלפי המשאיל והיא מאשרת לו את כח הטענה שהיה מבריח לאגם. אולם יש לעיין האם בכח התרעומת שיש לו על המשאיל, יש כדי לפוטרו מחיוב תשלומין גמור[733]. ועוד,

---

730 עיין בהערה 645.

731 היה מקום לומר שדברי השלטי גיבורים נאמרו רק במקרה שלפנינו בו המשאיל נהג שלא כהוגן ולא גילה שמדובר בשור מועד, וכן שכל עוד שבית דין לא פסקו לא נוצר החיוב (עיין בדברי הישועות ישראל). אולם, מלשונו של השלטי גיבורים נראה שאינו מחלק ומתיר בכל מקרה, כיון שלא על כך נאמר האיסור של מדבר שקר תרחק, וצ״ע.

732 ראייתו היא מהגמ׳ בב״ק דף יג:, ששור המועד ואח״כ הפקירו הבעלים, פטור ״דכתיב והועד בבעליו, עד שיהא הניזק וגמר דין בבית דין בשעה שהשור בר חיובא, וכשהפקיר בשעת העמדה בדין, אינו שלו ופטור לגמרי״.

733 עיין ביש״ש ב״ק פרק ד׳ סימן יח (שחולק על תה״ד סימן ש״ו) שכתב: ״לכן נראה בעיני דהא דשרי למטען כה״ג שהוא איסור גמור רק שאינו גזל... היכא דיש לאחד תרעומת... מותר... ולא שרי ליה לכתחילה״ קצ״ע האם מותר רק לטעון שהיה מבריח או שהיה מותר לו להבריח בפועל. ובשבות יעקב חלק א׳ סימן קס״ג כתב שהיש״ש סובר שכשיש תרעומת מותר, ויש לדייק בדברי היש״ש.

אף שיש לשואל תרעומת על המשאיל (שלא גילה לו שהשור מועד), מה התיר לו למנוע מהניזק לקבל את תשלום הנזק שמגיע לו על ידי הברחת השור לאגם, והרי הניזק ודאי אינו אשם (תמיהת התומים בסימן יב ס״ק ה׳ על דברי היש״ש[734]), וצ״ע.

ח. החזו״א (ב״ק סימן ז׳ ס״ק י״א) כתב שהדיון בין המשאיל לשואל הוא, האם השואל קיבל שמירה על שור מועד, ולכן בכוחו של השואל לטעון שנוח לו לקבל שמירה על חיוב שקשה לגבות ממנו, כיון שיש לגבות מגוף השור ויש תחבולות להשתמט (שור תם) לעומת חיוב שקל לגבות ממנו (שור מועד). ונראה שכוונת החזו״א היא שלמרות שאסור להבריח, יש ביכולת ההברחה כדי לטעון טענה כלפי המשאיל שהשאיל לו שור מועד במסוה של שור תם, וכבר הקדים את החזו״א בטענה זו, בבאר אליהו על ביאור הגר״א סימן י״ב ס״ק י״א.

ט. תרומת הדשן סימן ש״ו (בהסברו השני לדברי תוס׳):

> ועוד נראה לפרש כוונות התוספת, דכך רוצה לומר מתוך דברים שהייתי עושה, כלומר מתוך שהניזק יודע שבידי לעשות דברים הללו מתפחד מזה כי לא יחזקני כשר, וידאג אולי אעשה דברים הללו אע״פ שהן אסורים לעשות, וע״י כך ימחול לי מעצמו ויעשה עמי פשרה ובזה הפסדתי בשביל שהוא מועד[735]...

כלומר, ברור שאסור להבריח, אבל מותר למזיק להציע פשרה לניזק אף שהוא יודע שהוא חייב הכל, ופעמים שהניזק מוכן לקבל את הפשרה למרות שיודע שבדין יקבל יותר, מתוך חשש שמא השואל יבריח את השור, וזאת בתנאי שהסכמתו של הניזק איננה נובעת ממעשה של השואל אלא מחמת ׳הדמיון׳ שלו שהשואל אדם שאינו כשר, אמנם, אין חיוב על השואל להודיע לניזק שהוא אדם

---

[734] עיין יש״ש בסוגייתנו בסימן י״ח. וכתמיהת התומים תמה גם בשו״ת שבט הלוי חלק ד׳ סימן קפ״ו, והוסיף שהרי השואל ידע שהשור נגח פעם אחת וא״כ נתחייב בשמירתו (קצ״ע, האם כוונתו שיש דרגת שמירה שונה/שווה לשור שלא נגח מעולם, לשור תם, לשור מועד), וכיון שכך אף שיש לו תרעומת כלפי המשאיל, הרי שכלפי הניזק הוא פשע שלא שמר כראוי את השור, וכיצד יכול להביא לידי פשרה, ובית דין יגררו אחר טענות אלו וסיים ״וה׳ יאיר עיני״.

[735] עי״ש ראייתו.

כשר, ולא יעשה מעשים שאסור לעשותם על פי דין, וצ״ע האם אין חובה על אדם להסיר מעליו חשד, וצ״ע.

סיכום השיטות – האם מותר להגיע לפשרה כאשר יודע שחייב

י. על פי השיטות שהוזכרו לעיל, עולה:

- לא שמענו שמותר לאדם שיודע שהוא חייב לאלץ את חבירו להגיע לידי פשרה, על ידי אמירת שקר.
- מפשט דברי תוס׳ (אות ד׳ ועל פי דברי הגר״א) מותר לאדם שיודע שהוא חייב לעשות תחבולות כדי להביא את חבירו לפשרה.
- יש הסוברים שמותר לאדם להביא את חבירו לידי פשרה אם עושה מעשה ואינו דובר שקר (ש״ג, אות ה׳) או לפני שחל החיוב (ישועות ישראל, אות ה׳) או בשב ואל תעשה (שבות יעקב, אות ו׳).
- אף במקרה בו אסור לעשות מעשה (כגון הברחת השור), פעמים שעצם היכולת לעשות את המעשה נותנת כח טענה, כגון במקרה שיש תרעומת כנגד הצד שכנגד (אות ז׳) או מפני שלא היתה קבלת שמירה מושלמת (חזו״א ובאר אליהו, אות ח׳).
- אף שאסור להבריח במקרה בו חייב לשלם, אם הצד שכנגד היה חושד בו שיבריח, ולכן מתפשר, פשרה זו תקפה ואין חובה עליו להודיע שלא היה מבריח (כך עולה מדברי תה״ד, אות ט׳).

אילוץ לפשרה במקרה שיודע שהאמת איתו

יא. בכל הנ״ל מדובר היה במקרים בהם האדם שמנסה להביא את הצד שכנגדו לפשרה, יודע שהוא חייב ועל ידי הפשרה הוא מנסה לשלם פחות. ויש לדון מה הדין במקרה בו הוא יודע שהאמת עימו, רק אין לו יכולת להוכיח אותה בבית

הדין[736] (או שמיצוי הדין יקח זמן מרובה ויעלה ממון רב), האם במציאות זו מותר לו (אף לשיטות האוסרות לעיל) לנסות ולהגיע בעקיפין לידי פשרה כדי להוציא או להשאיר בידו לפחות חלק ממה שמגיע לו על פי ידיעתו[737].

לעיל, הובאה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד האם מותר לאדם לשנות בדבריו במקרה בו אין עיוות דין בדבר (עמ' 261)[738], ומדברי הרמב"ם נראה שמותר ולדברי הרשב"א נראה לאסור, ויתכן שמחלוקתם קיימת גם בנידון שלפנינו. אולם יתכן שאם לא מדובר באמירת שקר אלא בהברחה והתחמקות, אף הרשב"א יודה להתיר, וצ"ע[739]. ועיין בדברי השו"ע ומפרשיו לקמן.

יב. שו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף ו':

מי שתובעים אותו ממון שהוא מוחזק בו, אסור לבקש צדדים להשמט כדי שיתרצה הלה לעשות עמו פשרה וימחול לו על השאר.
הגה: ואם עבר ועשה, אינו יוצא ידי שמים עד שיתן לו את שלו.

מלשון השו"ע 'ממון שהוא מוחזק בו' אין הוכחה חותכת האם מדובר שמחזיק הממון מחזיק בו שלא כדין או שמחזיק בו כדין, אולם מדברי הרמ"א (שאינו חולק על השו"ע אלא מוסיף על דבריו), נראה שמדובר במקרה בו הנתבע מחזיק ממון שאינו שייך לו (שאל"כ אין מקום לחייבו בדיני שמים במקרה שנהג שלא כהוגן). ונמצא שאין ראיה מדברי השו"ע לגבי מקרה בו הוא סובר שהאמת עימו.

יג. ביאור הגר"א חו"מ סימן י"ב סעיף ו' ס"ק י"א:

---

[736] עיין סוף הערה 704.

[737] אם הצד שכנגד מסכים לפשרה, ברור שהדבר מותר, וכן אם הצד שכנגד מוכן למחול לו בעקבות הפצרותיו, ג"כ מותר. השאלה היא האם מותר לנקוט תחבולות כדי להביא את הצד שכנגד לידי פשרה, ועיין בעמ' 52.

[738] עיין שם בהרחבה.

[739] בפשרה בטעות, אפילו אם נעשה בה קנין, הפשרה בטלה, כמפורש בשו"ע חו"מ סימן כ"ה סעיף ה'. אולם שם מדובר במקרה בו היה חיוב שבועה וכדי להימנע מחיוב השבועה, הטילו פשרה, והתברר שלא היה חיוב שבועה. ויש לעיין האם גם בנידון שלפנינו שאחד הצדדים עשה תחבולות כדי להגיע לפשרה, וחבירו לא ידע שמדובר בתחבולות והתפשר ואח"כ גילה חבירו את תחבולותיו, האם יש מקום לבטל את הפשרה. אמנם אם חבירו רואה שהצד כנגדו נוקט בתחבולות ומסכים להתפשר, הפשרה קיימת, ואכמ"ל.

ר״ל אע״ג שאמרו בב״ק מ׳ ב׳ ונימא לי׳ כו׳ הוה מעריקנא כו׳, וע״ש תוס׳ ד״ה הוה ונ״ל כו׳ דמשמע דמותר[740] - אין הדבר כן, אלא ה״ק אתה ׳מה לך עלי׳[741].

ואפילו על האמת אסור כמ״ש בשבועות ל״א א׳ תא קום בהדא כו׳[742]...

מדברי הגר״א לא מוכח האם האיסור ׳אפילו על האמת׳ הינו ג״כ חלק משיטת השו״ע, או שזו שיטת הגר״א עצמו[743]. אמנם אחרונים אחרים נקטו להיתרא – וכדלקמן.

יד. תומים סימן י״ב ס״ק ה׳:

ופשוט לדינא דמי שיודע שיש לו מלוה ישנה על חבירו רק דאין לו בירור וחבירו תובע אותו ויודע כשיטעון בבית דין דיש לו מלוה ישנה אצלו דלא יהיה נאמן[744], דיכול לעשות טצדקאות ותחבולות לייגע חבירו עד שיפשר עמו ולהציל את שלו במקצת, ואין כאן עול, דקמי שמיא גליא ודברים מסורים ללב ונאמר בו ויראת כו׳. אבל כשאין לו טענת מלוה ישינה חס ושלום להתחבל ברשע ולייגע חבירו שיפשר עמו ה״ז רשע ואיש מדון וחמס.

הנתיבות בסימן ע״ה ביאורים ס״ק ג׳ הסכים עם התומים אבל הוסיף שהדבר מותר בתנאי שלא יהיה רשע בעיני בית דין[745]. ובישועות ישראל סימן י״ב חוקת

---

[740] כנ״ל בדברי תוס׳ באות ד׳. ומדברי הגר״א מוכח ששיטת תוס׳ היא שמותר לבקש צדדים להשתמט אפילו כאשר האמת איננה עימו, והשו״ע חולק על שיטת תוס׳ (בעקבות שו״ת תרומת הדשן בסימן ש״ר).

[741] צ״ע מה כוונתו – עיין באר אליהו וברכת אליהו כאן (ולעיל אות ח׳).

[742] עי״ש בגמ׳ שתובע שיש לו עד אחד, אסור לו לומר לאדם נוסף שיבוא ויעמוד ליד העד כדי שהנתבע יחשוב שיש לו שני עדים, ויודה (ושמא יש לחלק בין המקרים, שם אותו עד באמת אינו יודע כלום, משא״כ בבעל דין שיודע שהאמת עימו שעושה תחבולות כדי להוציא לאור את האמת).

[743] עיין שו״ת בנימין זאב סימן רעו שנראה ששיטתו כשיטת הגר״א.

[744] פירוש, ראובן תובע את שמעון לדין על תביעה ששמעון יודע שהיא תביעה נכונה. אולם, ראובן חייב לשמעון עבור הלואה שהיתה לפני זמן וראובן לא שילם לו, ולכן רוצה שמעון לקזז את התביעות, אולם אין לו ראיה על ההלואה הישנה.

[745] עיין ברכת אליהו בקונטרס עשיית תחבולות (הודפס בסוף כרך ג׳ – סימן לט), אות י״ב שהביא ראיות לשיטת התומים מדברי הראשונים.

המשפט ס"ק ב' הוסיף ובלבד שלא יהיה חילול השם בדבר.

התומים, אינו מבאר מה הם התחבולות בהם מותר לנקוט[746]. והאם מותר לתבוע יותר ממה שמגיע לו כדי להגיע לידי פשרה, ויתכן להתיר אף מקרה זה, כיון שבסופו של דבר לא יקבל יותר ממה שמגיע לו, ואע"פ שבגמ' בשבועות דף לא. נאמר שאסור לתבוע יותר (וכנ"ל עמ' 252) מדובר במי שרוצה להרויח שבועה ואילו כאן מדובר רק על דיון הכספי, ומותר[747], וצ"ע.

סיכום

טו. העולה מהאמור לעיל:

- עיין אות י' – האם מותר לאדם לנקוט תחבולות להגיע לפשרה כאשר הוא יודע שאינו דובר אמת. והכרעת השו"ע לאיסורא (אות יב)
- אדם שיודע שהוא דובר אמת ואינו יכול להוכיח את דבריו, ורוצה להתחמק

---

[746] בשערי ישר שער א', פרק ה' ד"ה "ועפ"ז נלענ"ד דאפשר" – עמ' י"ג כתב, שאף שמותר לאדם שיודע שהאמת איתו לחפש אמתלאות מלשלם חוב שיודע שבאמת אינו מחוייב בו, שומר אסור לו לעשות כך, כיון שחלק מחיובי השומר, לרצות את בעל הבית, "ובשומר אינו כן, אף שיודע שלא פשע עדיין הוא מחוייב מדין תורה או לישבע להפיס דעתו של בעה"ב או לשלם" (ולכן טבח אומן חייב להביא ראיה שהוא מומחה, שחיובו מדיני השומרים).

[747] וסברא זו אמר הגרז"נ גולדברג שליט"א. ויש לעיין לדינא (שסו"ס פעמים הפשרה היא עצמה תחליף לשבועה). עוד יש לעיין האם נוכל לומר שישנם מקומות בהם יש 'שפה מיוחדת' והיינו שכיון שכולם משנים את הסכומים ברור לכל אחד שאם הוא אומר מאה כוונתו לשבעים וכו', ונמצא שאינו משקר, וכדרך משא ומתן, או כפי שכותבים את שעת החופה בהזמנות, וידוע לכל שהחופה ברוב רובם של המקרים תתקיים באיחור, או שבבית דין לא ניתן לומר כך.
ובספר שאלת רב (שאלות לגאון הרב חיים קנייבסקי שליט"א) חלק א' פרק ז' עמ' מ"ז כתב: "האם יש איסור להגזים בדברים שרגילים העולם להגזים בהם כגון להגיד על בחור שיש לו ראש טוב אבל הוא לא גאון ממש ומתכוונים שיש לו ראש רגיל לא מאוד חלש ולא מאוד חזק שאם יאמר שיש לו מוח רגיל ולא טוב יבינו שהוא עוד יותר פחות מזה וכמו כן לכתוב "במחירים הכי זולים בארץ" וכמובן מאליו שלא הלך לבדוק בכל הארץ ובלבד שיהא קצת זול וגם בתורת ה' כתיב "ערים גדולות ובצורות בשמים" דברים א כח וכתב שם רש"י "דברו הכתובים בלשון הבאי". תשובה עפ"ד מותר כיון שמובן רק ממדת חסידות" (וקצ"ע שהרי כבר התורה התירה זאת). ועיין בספר מעדני שלמה (הלכות והליכות של הגרש"ז אוירבך זצ"ל) עמ' קנ, שמותר לומר לעצלן שהשעה מאוחרת יותר ממה שהיא באמת, כדי הוא לא יפסיד את שעת יציאת הרכבת, כיון שעל ידי שקר זה אינו מזיק לו אלא מועיל לו ויש בו מצוה, ועל פי דרך זו כתב שמותר לאשה לספר שקר גמור כדי שלא ידעו שהיא הולכת למקוה, כיון שטובת השומעים היא שלא ידעו מהדבר. ועיין בדברי הגאון הרב יעקב קמינצקי זצ"ל, לעיל עמ' 52.

כדי להגיע לפשרה, יתכן שהדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם והרשב"א (אות יא).

- הגר"א סובר שאף מי שהאמת עימו אסור לו לנקוט צדדים כדי להגיע לפשרה (אות יג), אולם התומים והנתיבות מתירים (אות יד).
- אף המתירים לנקוט תחבולות, לא ביארו האם מותר לתבוע סכום גדול או להודות בסכום נמוך כדי להגיע לפשרה (אות יד).

בְּרֹר דְּבָרִיךְ

הַקְדָּמָה / טַעֲמֵי הַבֵּירוּר

א. בדיני ממונות מטרת התובע להוציא כסף מיד הנתבע, ומטרת הנתבע היא להשאיר את הכסף בידו. ונמצא, שהנסיבות שהביאו לידי התביעה (הלואה, גזל, נזיקין וכדו׳) הינם רק אמצעי להגיע לידי החיוב הממוני. ולכן יש לעיין עד כמה מוטלת חובה על הדיינים לברר את הנסיבות, ביחוד במקרה בו הצד שכנגד אינו דורש את בירורן, ולדיינים לא נראה שקיימת רמאות בדברי אחד הצדדים או שניהם, ויתכן שיש מעלה בכך שבית דין לא יבררו עד בלי קץ, שאל״כ לעולם לא יוכלו לסיים את הדין.

כגון, ראובן תובע כסף משמעון (ואינו מפרט מה היא עילת התביעה, הלואה, נזק וכדו׳), ושמעון מודה לו אבל טוען שפרע. במקרה זה, לכאורה לא מוטל על בית דין לברר מה היה המקרה לגביו שניהם מודים, ויש לברר רק את טיב טענת הפרעון ולהשביע את הנתבע שבועת מודה במקצת[748].

וכן, במקרה שבו שומר חינם מודה שקיבל חפץ לשמירה וטוען שאבד (ובעל החפץ אינו יודע מה אירע), הדין הוא שעל השומר להישבע על טענתו. יש לעיין האם מוטל על בית דין לברר מה היו נסיבות האבידה ולבחון האם לא מדובר בפשיעה. או שכיון שבעל הבית לא ניסה לברר זאת, על בית הדין אין חובה ליזום מעצמו שאלות אלו, והם יכולים להשביע את השומר, והשבועה עצמה תהיה כלי הבירור על טענתו.

ב. יתכן שהדבר תלוי בשאלה האם בית דין פוסקים בין הצדדים או שעליהם לגלות

[748] עיין הערה 704.

את האמת[749]. אם ננקוט כצד הראשון, אין חובה על בית דין לברר שאלות שלא נשאלו על ידי הצד שכנגד (אא"כ מדובר בקטנים שבית דין אביהם של יתומים וטוען עבורם) אבל אם ננקוט שבית דין מחוייב למצוא את האמת, לכאורה עליו לנסות ולברר את הנסיבות עד תומם. אולם גם על פי אפשרות זו, יתכן שכיון שאין גבול לחקירות שניתן לחקור, אין חובה לחקור כשבית דין אינם חושדים שלפניהם מעשה רמאות.

עוד יש לומר שהדבר תלוי גם בשאלה האם על בית דין לברר חשש רמאות או חשש טעות. ולכן, במקום בו הדיינים אינם חוששים לרמאות אולי מוטל עליהם לברר שמא התובע חושב שחבירו חייב לו, אבל הוא טועה ועל פי דין אין חיוב במקרה זה, ובירור של בית דין יחסוך מהנתבע לשלם במקרה בו הוא מודה (ואף הוא אינו יודע שהוא פטור) או להישבע במקרה בו הוא מכחיש (ואליבא דאמת אין הוא צריך להגיב כלל כיון שתביעת התובע אינה מחייבת כלל), ועיין בשיטת הרמב"ם לקמן.

ג. ונראה, שאותה סיבה שהביאה את הגאונים לתקן שלא להשביע שבועה בשם, כיון שרבו הרמאים שנשבעים שבועת שקר (עמ' 155[750]), היא גופא הסיבה שבגללה על בית דין לחקור ולברר, שמעיקרא בית הדין סמך על כך שהשבועה תברר אבל עתה שרבו הרמאים, הבירור של השבועה אינו חזק כל כך, ולפיכך מוטל על בית דין לברר יותר[751].

ד. כפי שניווכח לקמן, המרדכי בשם ר"ת (אות ח') סובר שחובת הבירור יסודה בחשש לרמאות, ואילו הרמב"ם (אות יג) חושש לטעות. ולקמן נדון האם יש חילוקים מעשיים בין השיטות השונות. וכן נדון האם יכולה להיות סיבה שלא

---

[749] יתכן, שכאשר בית דין נתקבל לפשרה, חובת הבירור המוטלת עליו פחותה, כיון שחלק מהפשרה הוא היכולת לסיים את הדיון בזמן קצר וללא הוצאות שיכולות לנבוע מחמת אריכות הדיון (דמי בטלה לדיינים, ביטול מלאכה של בעלי הדינים, עדות של מומחים וכו').

[750] עיין שם בכל הענין.

[751] אמנם, כל זה לשיטת המרדכי והרא"ש (לקמן) שסוברים שחיוב הבירור יסודו בתקנת הגאונים שחוששים לריבוי הרמאים. אבל לשיטת הרמב"ם חובת הבירור יסודה בחשש לטעות, ולשיטתו אין לחבר בין חובת הבירור לבין ביטול שבועה בשם, ועיין הערה 780.

לברר (אות ו'-ז').

<u>ספק מלוה ישנה / המעלה שלא לברר</u>

ה. בגמ' בב"מ דף ו. מבאר אביי שאפילו אם נאמר שאדם שחשוד לשקר בממון הוא גם חשוד להישבע לשקר, ניתן להשביעו[752] כיון:

...אביי אמר... אלא, חיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו[753].

כלומר, שמעון כפר בתביעתו של ראובן (או תפס חפץ של ראובן), כיון שסובר שיתכן שראובן חייב לו ממון מחמת הלואה אחרת, אבל אם שמעון יתחייב שבועה, הוא לא יעיז לכפור בשבועתו מחמת ספק הלואה ישנה, ויודה לראובן בחוב שהוא תובע ממנו עתה.

ו. נראה, שאם שמעון (איננו מסופק אלא) משוכנע שראובן חייב לו מחמת מלוה ישנה, ובית דין רוצים להשביעו מחמת התביעה הנוכחית, מותר לשמעון להישבע שאינו חייב כלום[754], כי בסיכומם של התביעות אכן אין עליו חיוב שבועה[755].

---

[752] ואכמ"ל אם אביי אמר דבריו על שבועת היסת או על שבעות המשנה.

[753] ואפילו מי שתופס ממון חבירו מספק, יפרוש מספק שבועה, כיון שאם נשבע לשקר אין לו אפשרות לחזור בו, עי"ש.

[754] רמ"א בסימן ע"ב סעיף י"ז: "יש אומרים דבכל מקום שיכול לטעון על מה שתחת ידו, יכול לישבע סתם שאינו חייב לו כלום, ובלבד שיודע בודאי שזה שכנגדו חייב לו, כגון שיש לו מלוה בידו או פקדון וברור לו שלא נאנס משכנגדו... מיהו לכתחילה אומרים לו לברר" (וסיום דברי הרמ"א הינו אחר התקנה).

[755] וזאת על פי ההנחה, שאף בשעת השבועה הוא לא יצטרך לפרט שהוא נשבע דוקא על התביעה הנוכחית ויש בכוחו להישבע בצורה סתמית שאינו חייב כסף לתובע. ויתכן, שקודם המעשה ב'קניא דרבא' (גמ' נדרים דף כה.: "דההוא גברא דהוה מסיק בחבריה זוזי, אתא לקמיה דרבא, א"ל ללוה, זיל פרע לי, א"ל, פרעתיך. א"ל רבא, א"כ, זיל אישתבע ליה דפרעתיה. אזל ואייתי קניא ויהיב זוזי בגויה, והוה מסתמיך ואזיל ואתי עליה לבי דינא. אמר ליה למלוה, נקוט האי קניא בידך, נסב ס"ת ואישתבע דפרעיה כל מה דהוה ליה בידיה"), אכן השביעו סתם אבל אחר המעשה, הנשבע חייב להישבע על דעת בית דין (וכדין הברייתא שהובאה שם בגמ' בנדרים: "כשהן משביעין אותו, אומרים לו הוי יודע, שלא על תנאי שבלבך אנו משביעין אותך אלא על דעתינו ועל דעת בית דין" ואף שהברייתא קדמה לרבא, יתכן שקודם המעשה בקניא דרבא לא פסקו כברייתא זו). ויש לעיין האם שבועה על דעת בית דין מפרטת שהחיוב הוא על המקרה הנוכחי ואינה מאפשרת לנשבע להתכוון אף על המלוה ישנה (ואם לבית דין יש חשש רמאות יפרטו ולא יסמכו על כך שנשבע על דעת בית דין – רמ"א סימן פ"ז סעיף כ'). ונראה שכיון שבנוסח השבועה שנאמר בשו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף י"ז נאמר: "הריני נשבע... שאיני חייב לזה כלום". אם כן, כל עוד הנתבע אינו מפרט יש בכוחו לחשוב שאינו חייב מחמת המלוה ישנה אע"פ שבתביעה זו אכן הוא חייב.

נמצא, שאילו בית דין היה מחייב את שמעון לברר את דבריו ולגלות מדוע הוא סובר שאינו חייב לראובן הוא היה מפסיד את האפשרות להישבע, שהרי בית דין אינם יכולים להאמין לו על המלוה הישנה[756], ולכן הם יאמרו לו שהוא חייב לשלם בתביעה הנוכחית, אבל אם אין עליו חובה לבבר את דבריו, בכוחו להגיע לאמת שאינו חייב לשלם, ויכול להישבע שאינו חייב כלום.

לדברינו יש מקום לומר, שמעיקרא חכמים לא הטילו על בית דין חובה לברר (כאשר בית דין אינו חש שמדובר בדין מרומה), כדי לאפשר למי שיודע שהדין עימו ואינו יכול להוכיח את טענותיו להישבע שאינו חייב. אמנם, כיום מוטלת על בית דין חובה לברר כיון שרבו הרמאים (שיטת המרדכי אות ח׳ לקמן)[757].

ז. עוד היה נראה לומר, שמעיקרא בית דין לא היו חייבים לברר לא רק בגלל שבירור יכול להאריך את הדיון (ולא רק מפאת דברינו באות ו׳) אלא גם מפני שחקירות רחבות של בית הדין יכולות ללמד את בעלי הדינים לשקר, וכדברי המשנה באבות פרק א׳ משנה ח׳ – ט׳:

> יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדיינין... שמעון בן שטח אומר הוי מרבה לחקור את העדים והוי זהיר בדבריך שמא מתוכם ילמדו לשקר[758].

כלומר, ריבוי חקירות הוא עצמו יכול להביא לידי עיוות הדין, כיון שהנשאלים ינסו להבין מה היא כוונת הדיינים בחקירותיהם ויענו כפי שנראה להם שבית דין רוצים לשמוע. ולגבי עדים קיימת חובה לחקור כפי שחייבה תורה, אבל בבעלי דינים לא מצאנו חיוב חקירה מהתורה[759], וחכמים לא הרחיבו את החיוב לבעלי

---

[756] עיין בבעל המאור לב״מ דף ו. שאם יטען שתפס מחמת מלוה ישנה, בית דין לא יקבלו את דבריו, ועיין מלחמות שם.

[757] יש הסוברים שמותר לאדם לזייף שובר (קבלה) כנגד שטר מזוייף של התובע וכן מותר לאדם לתקן שטר העשוי להזדייף, קודם שהגיע לבית דין אבל אחר שהגיע לבית דין אסור לו לעשות כן. כלומר, מותר לאדם לנקוט פעולות כדי שיוכל להגיע לאמת כל עוד לא הגיע הדבר בפני בית דין, ועיין הערה 703 ובעמ׳ 52 בדברי הפני יהושע.

[758] ועיין רמב״ם פרק כ״א מהלכות סנהדרין פרק כ״א הלכה י׳

[759] וכנ״ל, שיש מעלה שלא לברר כדי לאפשר למי שיש לו מלוה ישנה לכפור.

דינים מחשש שמא מתוך דברי הדיינים ילמדו בעלי הדין לשקר. אולם כיון שרבו הרמאים, תיקנו הגאונים שעדיף בירור על פני החשש שילמדו לשקר מכח דברי הדיינים, כיון שמעיקרא יש לחשוד שמדובר באנשים שאינם דוברי אמת, והם משקרים בלאו הכי.

חובת בירור משעה שרבו הרמאים

ח. מרדכי ב"מ סימן רכ"א ואילך:

מצאתי משם ר"ת מתוך סוגיא זו[760] דתלמודא משמע קצת שאין לברר הטענות[761].

---

[760] סוגיא זו – סוגיית ספק מלוה ישנה הנ"ל באות ה'. והראיה היא, שמעיקרא אדם כופר וכו' וחוששים שמא יש ספק מלוה ישנה, ובית דין אינם מבררים את טענתו ואינם שואלים אותו האם יש לו מלוה ישנה ולכן הוא כופר וכו'. אמנם, לכאורה ניתן לדחות ראיה זו ולומר, שבית דין אכן ביררו אבל הוא כפר ולא הודה שנימוקו הוא מחמת מלוה ישנה, ואולי זו הסיבה שר"ת נוקט שהראיה מהסוגיא אינה מוחלטת אלא רק "משמע קצת" (ועיין בשו"ת הרא"ש כלל ע' סימן ה'). ובהמשך דבריו מציין המרדכי לדברי האבי עזרי שהביא שכתב שיש ראיה שאין צריך לברר מהמעשה של 'קניא דרבא' (עיין הערה 755), שבית דין לא בירר ולא שאל את הנתבע "באיזה ענין פרעת לו".

ראיה נוספת שאין חובה לברר כתב הרא"ש במסכת שבועות פרק ו' סימן י"ח מסוגיית הגמ' בשבועות דף מב. שנתבע שהודה בחוב אבל טען שפרע סחורה ששוויה כשווי החוב, טענתו מתקבלת ובית דין אינם בודקים מעצמם מה היה השער של הסחורה וכדו', ומוכח שאין צריך לברר. ויתכן שאין משם ראיה ברורה, כיון שהוא עצמו פירש ואמר את השער של הסחורה, ובמקרה זה אין חובה על בית דין לברר יותר, אבל אם היה טוען טענה סתמית של פרעון, בית דין היו מחייבין אותו להישבע (ועיין גם בראיית ר"ת שמובאת בהגהת אושרי בפ"ק דב"מ סימן י', אמנם שם מדובר במקרה בו אחד הצדדים תובע שהצד שכנגדו יפרש, ועוד שבמקרה בגמ' יש תחילת ראיה כנגדו).

אולם המ"מ בפרק ו' מהלכות טוען ונטען הלכה א' כתב שממסקנת הגמ' בסוגיית קניא דרבא (הנ"ל), שמשביעין אותו על דעת בית דין מוכח שבית דין מברר. ולכאורה ניתן להשיב על דבריו, שבית דין אינו מברר רק נוקט לשון זו קודם השבועה, ואם הנתבע יודע שיש לתובע חוב מחמת מלוה ישנה מותר לו להישבע ואין זו שבועת שקר (ועיין הערה 755 שם כתבנו שאף להלכה בית דין אינו מחייבים אותו להישבע דוקא על המקרה שלפנינו, אלא להישבע שאינו חייב לתובע).

עוד כתב המ"מ שניתן להביא ראיה שיש חובת בירור מההמשנה בסנהדרין (דף כט.) בה נאמר שבית דין חוקרים את העדים כיצד הם יודעין שהנתבע חייב לפלוני מנה "וכל שכן שיש לחוש בבעלי דבר עצמן שאדם קרוב אצל עצמו". ויתכן להשיב על ראיה זו, שלבעל דבר אין איסור לכפור אם הוא יודע שהתובו חייב לו מלוה ישנה, לעומת העדים שהם חייבים לומר את האמת לגבי המקרה הנידון, ולכן יש לחקור אותם.

אמנם, המ"מ עצמו אינו חושש לרמאות (כשיטת המרדכי) אלא חושש לטעות של בעל דין (כפי שכתב הרמב"ם באות יג) שיחשוב שמגיע לו ובאמת לא מגיע, ומחשש זה יש מקום לברר אצל בעלי דינים כמו אצל עדים, וממילא לשיטתו של המ"מ כשם שיש לבדוק חשש טעות בעדים, כך יש לבדוק חשש טעות בבעלי דינים וקל וחומר הוא שיש לבודקם כיון שהם קרובים אצל עצמם, ועיין הערה 763.

ועיין מוריה קלח, שנה כ"ה גליון ט'-י', מנחם אב תשס"ג, עמ' ל"ב, שהביאו מחידושי הרה"ג בנימין וואלף לעוו, שכתב שמדברי הגמ' בפסחים ה. שגם בבית שחזקתו בדוק יש לכתחילה לשאול האם הוא בדוק, מוכח שכאשר ניתן לברר בקלות, לעולם יש לברר. ושמא יש לדחות שבירור אצל המשכיר הוא דבר קל, אבל בירור אצל אחד מבעלי דינים בבית הדין זו מלאכה קשה ולכן אין להביא ראיה מדין בדיקת חמץ.

[761] בגמ' בסנהדרין כג: מחלוקת האם בעל דין "צריך לברר", ושם מדובר שבעל דין טען שיש לו שתי כיתות

מ״מ אחר סיום התלמוד ראו הגאונים שרבו הרמאים ותיקנו שצריך לברר וללבן[762] בכל היכולת[763]. וא״כ אדם הטוען על חבירו מנה אתה חייב לי והלה אומר איני חייב לך. על הדיינין לחקור היאך אינו חייב לו[764], אם פרע לו, אם לא לוה ממנו וכן כל כיוצ״ב, אבל אין להשביעו בסתם[765]...

מלשון המרדכי עולה, שחובת הבירור מוטלת על בית דין אפילו אם בעל הדין עצמו לא דרש מבעל הדין שכנגדו שיברר דבריו. ותקנת הגאונים היא שבית דין עצמם חייבים ליזום את הבירור מחשש רמאות (שאולי אף הצד שכנגד לא שם ליבו לרמאות של חבירו), אבל אם בית הדין מעצמו גילה חשש רמאות, עליו לברר אף ללא תקנת הגאונים, וכגון שאחד מבעלי הדינים אמר שפלוני חייב לו ואומר שאינו רוצה לומר מה הם הסיבות לחיוב, שבמקרה זה יש לחשוש שיש רמאות בדבר אבל אם בעל דין טוען שהוא שכח את נסיבות התביעה עליו להישבע ששכח, או אם טען שמעיקרא משטה היה בחבירו, עליו להישבע על כך

עדים חייב להביא את שתיהם, ויתכן שאין להביא ראיה מהסוגיא שם ומדובר ״בשיתוף השם״ בלבד.

[762] בדיני ממונות ביטלו חכמים דרישות וחקירות כדי שלא לנעול דלת בפני לווין (סנהדרין דף ב: - ג., ועוד), ויש לעיין האם עתה שרבו הרמאים יש להחזיר את הדרישה והחקירה של העדים בדיני ממונות, כפי שתיקנו הגאונים בירור וחקירה בבעלי דינים שמעיקרא כלל לא היתה חובת בירור לגביהן. יתכן, שריבוי הרמאים הוא רק בבעלי דינים ואילו עדים אין בהם ריבוי רמאים. ולכן אף שהשו״ע פסק להלכה שיש לחקור את בעלי הדינים (לקמן אות יט) הוא פסק להלכה שאין לחקור את העדים בדיני ממונות (חו״מ סימן ל׳ סעיף א׳). אמנם הדבר לכאורה תמוה, שכיון שהמטרה של ביטול חקירה בדיני ממונות היא כדי שלא לנעול דלת בפני לווין, א״כ מלוה שיודע שיחקרו אותו לא ילוה, וכ״ש הוא, שאם בחקירת עדים מלוה ימנע מלהלוות כ״ש בחקירה שלו עצמו, וצ״ע.

[763] עיין בספר בן אברהם חו״מ סימן א׳ שעמד על ראיות שונות האם יסוד הדין הוא מתקנת הגאונים או שיסוד הדין הוא מדינא דגמ׳. וכתב שקיימת סתירה בין דברי ר״ת שבמרדכי (שלפנינו) לבין דברי ר״ת שבהגהות אושרי על הרא״ש פ״ק דב״מ סימן י׳, שכתב שמדינא דגמ׳ יש חיוב לברר. וכתב שיש לחלק בין מקרה בו יש רמאות מוכחת שאז דינא דגמ׳ הוא לחייב בירור, לבין מקרה בו אין רמאות מוכחת שזו תקנת הגאונים. ובהמשך דבריו כתב ששיטת ר״ת היא שהמקור הוא תקנת הגאונים, והאמור בהגה״ת אושרי לאו בר סמכא הוא, וכתבו תלמיד. ועי״ש שתמה על המ״מ שכתב בפירוש דברי הרמב״ם לקמן אות יג שמקורו מן הגמ׳ ולא מתקנת הגאונים. ונראה לישב שהרמב״ם חושש לטעות, וטעות לא נתחדשה בזמן הגאונים אלא זו מציאות שיכולה להיות תמיד, ולכן יש להביא ראיה מהגמ׳, אולם ריבוי הרמאים זו מציאות חדשה שהתחדשה בזמן הגאונים, ולכן אין לה מקור בגמ׳. ועיין הערה 760.

[764] משמע, שהחובה מוטלת על הדיינים אף ללא דרישת הצד שכנגד, ועיין לקמן אות טז.

[765] עי״ש שכתב בשם יש אומרים, שיש להשביעו בסתם (וכך גם שיטת ספר הדינין שכתב ר׳ יהודה הכהן לפני רבנו גרשם) וראיה מסוגיית מלוה ישנה הנ״ל. ולכאורה ראייתם תמוהה, שהרי אף הגאונים מודים שמדינא דגמרא לא מבררים וחובת הבירור היא תקנת הגאונים. ושמא, כוונת המרדכי לומר ששיטת היש אומרים שהביאו ראיה מן הגמ׳ היא, שיש לנהוג כדינא דגמ׳, ואינם סוברים כתקנת הגאונים. והוסיף שם שגם שיטת האבי עזרי שמשביעים בסתם ללא בירור וראיתו מ׳קניא דרבא׳ (עיין הערה 755) שבית דין לא שאל את הנתבע ״באיזה ענין פרעת לו״ (ועיין הערה 760).

(עי״ש בהמשך דבריו המרדכי).

ט. תקנת הגאונים שמחייבת את הדיינים לחקור נראה שכוללת את כל המקרים שבדיני ממונות, בין במקרה בו הנתבע יכפר בכל ובין מקרה בו הוא טוען פרעתי, אולם המרדכי עצמו כתב:

> מיהו אני קיבלתי מרבותי דדוקא בטוען איני חייב לך כלום ודאי ניראין דברי ר״ת[766], שטענה זו אינה ברורה ויש לחוש לרמאות, אבל בטוען פרעתי א״צ לפרש.

דברי רבותיו של המרדכי לכאורה תמוהים, שהרי טענת להד״ם חזקה מטענת פרעתי, כיון שהטוען להד״ם סותר לחלוטין את דברי התובע, ואילו הטוען פרעתי מודה לעצם החיוב, ויש לו חזקת חיוב. ובדיני מיגו אמרו שפרעתי יכול להיות נאמן במיגו דלהד״ם ולא מצאנו שאדם יהיה נאמן בלהד״ם במיגו שהיה טען פרעתי.

יתכן שסברת הגאונים היא, שכיון שטענת להד״ם היא טענה חזקה כנ״ל, יש לחשוש שזו בדיוק הסיבה שרמאים ינצלו אותה ויעיזו פניהם לאומרה אף כשהיא שקר גמור, ולעומתה טענת פרעתי שיוצרת חזקת חיוב, אינה טענה טובה כ״כ ולכן רמאים לא יטענו אותה וא״צ לברר, וצ״ע[767].

שִׁיטַת הרא״ש

י. רא״ש שבועות פרק ו׳ סימן י״ח:

---

[766] כלומר ר״ת עצמו אמר את דבריו בכל המקרים, ורבותיו של המרדכי חילקו בין טענת כפירה לבין טענת פרעון.

[767] ובב״י חו״מ בתחילת סימן ע״ה סוד״ה ״וא״א הרא״ש״, כתב שיש להכריע כרא״ש ור״ת והרמב״ם, ולא כרבותיו של המרדכי.

מכאן משמע[768] שהאומר לחבירו פרעתיך אין צריך לברר במה פרעו והאיך פרעו...

ובשו"ת הרא"ש כלל ע' סימן ד' כתב:

אע"ג דקי"ל דאין אדם צריך לברר, לא פרעון, מתי פרע ובמה פרע, ולא הלואה היאך הלוה, הכל לפי הענין להוציא דין אמת לאמיתו. כיון שכתבתם שידוע הוא שלא היה בדעת שמעון לגבות המתנה שנתן לדינה ממה שצוה אביו לתת לה[769], ראוי הוא שיברר שמעון היאך נתחייבה...

ובסימן ה' שם כתב הרא"ש[770]:

ראובן שהשאיל חפץ לשמעון... וטוען נתחייבת לי עד כדי דמיו מעסק מו"מ שהיה בינינו, אם צריך לברר דבריו מהיכן נתחייב לו... [771]נכון הדבר לברר מהיכן נתחייב לו משום דנפישי רמאי אולי מתוך דבריו תתברר רמאותו וימצא שקרן בדבר וכך אני נוהג לפסוק... וכן כתבו הגאונים, דצריך לברר מהיכן נתחייב לו, דשמא הוא סבור שנתחייב לו, וכשיברר דבריו ימצא שאינו חוב[772].

על פי האמור, נראה ששיטת הרא"ש היא שמעיקר הדין אין חובה לברר (פסקי הרא"ש, כלל ע' סימן ה'), אמנם, אם יש צד רמאות יש לברר (כלל ע' סימן ד'), אבל כיון שנפישי רמאים נכון לברר תמיד (כלל ע' סימן ה'). וכך ביאר את דבריו

---

[768] עיין הערה 760.

[769] ראובן ציוה לתת לדינה ביתו שליש משטרי חובותיו (השטרות בהם כתוב שאחרים חייבים לו), ואחר מותו, שמעון אחיה נתן לה מתנה, ובשעת נתינת המתנה לא היה בדעת שמעון לגבות את שווי המתנה משטרי החובות שיש לאביו, ועתה מתעורר דיון בענין.

[770] ונפסק להלכה בשו"ע חו"מ סימן ע"ב סעיף כ"ה, ולקמן אות יט.

[771] עיין בקובץ דרכי הוראה, כסלו תשס"ו, קובץ ד' עמ' צ"ה שם דן בשיטת הרא"ש, ולא פירט את האמור בתשובת הרא"ש כאן, והסיק שעל פי הרא"ש אין צורך לברר אם אין חשש רמאות, וצ"ע.

[772] הרא"ש הוסיף כאן שהצורך בבירור על פי הגאונים הוא מחשש טעות (וכן כתב בשמו הטור בחו"מ סימן קלג), ואילו מדברי המרדכי (אות ח') נראה שהטעם הוא משום ריבוי הרמאים וכך עולה גם מדברי הב"י (לקמן), וקצ"ע.

הב״י בחו״מ סימן ע״ה:

> ואדוני אבי הרא״ש כתב בתשובה שאין אדם צריך וכו׳. כלל ע׳ סימן ד׳. וכן כתב גם כן בפסקיו פרק שבועת הדיינין (פ״ו סי׳ י״ח)... ומ״ש ומיהו הכל לפי הענין וכו׳ שאם יראה לדיין שבאים ברמאות יש לו לחפש וכו׳. כן כתב בתשובה הנזכרת. ויותר מזה כתב בתשובה שאחריה (סי׳ ה) וזה לשונו נכון הדבר לברר מהיכן נתחייב לו משום דנפישי רמאי...

יא. ב״ח חו״מ תחילת סימן ע״ה:

> ...לכך כתב רבינו על זה דהרא״ש בתשובה כלל ע׳ סימן ד׳ חולק[773] שאין אדם צריך לברר וכו׳, כלומר לא הפסיד דינו אם לא בירר בין בתובע ובין בנתבע אלא שאם נראה לדיין שבא ברמאות התם הוא דיפסיד וכמו שנתבאר בתשובה כלל ק״ז סימן ו׳ ע״ש שכתב באורך. ואע״פ שהרא״ש בפסקיו סוף פרק הדיינים כתב ראיה ברורה דא״צ לברר ע״ש, אפ״ה הביא רבינו מ״ש בתשובה מפורש ג״כ דמחלק בין נראה לב״ד שבא ברמאות. ותו בפרק הדיינים לא מוכח אלא שהלוה א״צ לברר היאך פרע לו, אבל בתשובה מפורש דה״ה נמי תובע א״צ לברר.

על פי הב״ח, כל עוד בית דין לא גילה חשש רמאות (או שלבית דין נראה שאם היו מבררים היו מגלים רמאות – עיין בתשובת הרא״ש כלל ק״ז סעיף ו׳), החיוב לברר הוא חיוב לכתחילה אבל אם לא בירר ׳לא הפסיד דינו׳ כלומר הנתבע שלא בירר עדין יש לו זכות להישבע על דבריו, ותובע שלא בירר יש לו זכות להשביע את הנתבע[774]. ובטעם הדבר נראה, שכל אדם בחזקת כשר, ואע״פ שרבו הרמאים, אין אדם יוצא מחזקת כשרות, ולכן למרות שלא בירר דבריו, אם בית הדין אינו

---

[773] חולק – על שיטת הרמב״ם, עיין לקמן אות טו.

[774] עיין פרישה ס״ק א׳, שכתב: ״אבל זה פשוט בעיני דאין התובע יכול להוציא בתביעתו סתם אפילו בהני דנשבעין ונוטלים אם לא שיברר דבריו״. ולכאורה נוכל להביא ראה לדבריו מתשובת הרא״ש שהובאה לעיל בשם הב״י. ועי״ש בפרישה שקודם לכן כתב בביאור שיטת הרא״ש ״משביעו התובע בסתם בתביעתו״ ולכאורה סותר דבריו או חוזר בו או שלא פסק כרא״ש, וקצ״ע.

חושש לרמאות, בעל הדין לא יפסיד[775]. ועיין לקמן בשיטת הרמב"ם בדינם של בעלי דין שלא פירשו דבריהם (אות טו).

סיכום ביניים (יסוד הדין ושיטת המרדכי והרא"ש)

יב. העולה מהאמור לעיל:

- מעיקר הדין אין חובה על הצדדים לברר דבריהם, ויתכן שטעם הדבר הוא כדי שלא להאריך את הדיון (אות ב') או כדי שהצדדים לא ילמדו לשקר על פי שאלות הדיינים (אות ז') או כדי שמי שיש לו מלוה ישנה יוכל להישבע ולהיפטר (אות ו').
- יתכן שהשאלה האם צריך לברר תלויה בשאלה האם בית דין פוסקים בין הצדדים או עליהם לגלות את האמת והאם הצורך לברר הוא מחשש רמאות או מחשש טעות (אות ב').
- המרדכי כתב בשם ר"ת שהגאונים תיקנו שיש לברר כדי למנוע רמאות, כיון שהתרבו הרמאים. אבל אם בית דין חושש שהדין מרומה עליו לברר מעיקר הדין (אות ח' והרא"ש בתשובה [באות י'] חשש גם לטעות).
- יש הסוברים שחובת בירור קיימת רק בטענת להד"ם ולא בטענת פרעתי (אות ט').
- הרא"ש סובר שנכון תמיד לברר כיון שרבו הרמאים (אות י') ולדעת הב"ח אם לא ברור, לא הפסיד דינו כל עוד אין לבית דין חשש רמאות (אות יא).

שיטת הרמב"ם – חשש טעות / שני צדדים שלא ביררו את דבריהם

יג. בניגוד לדברי המרדכי שתלה את חיוב הבירור בריבוי הרמאים (אות ח', י')[776], הרמב"ם בפרק ו' מהלכות טוען ונטען הלכה א' מבאר שהצורך לברר הינו מפאת

---

[775] הב"י לא הזכיר חילוק זה של הב"ח, ויתכן שחולק עליו כיון שהשווה בין שיטת הרמב"ם לשיטת הרא"ש וכתב "ולענין הלכה נקטינן כהרמב"ם שאף ר"ת והרא"ש סוברים האידנא דעבדינן הכי".

[776] עיין הערות 760, 763.

חשש לטעות[777]:

בעלי דינין שבאו לבית דין. טען האחד ואמר מנה יש לי אצל זה שהלויתיו או שהפקדתי אצלו או שגזל ממני, או שיש לי אצלו בשכר וכן כל כיוצא בזה[778], והשיב הנטען ואמר איני חייב כלום, או אין לך בידי כלום, או שקר אתה טוען, אין זו תשובה נכונה[779] אלא אומרים בית דין לנטען השב על טענתו ופרש התשובה כמו שפירש זה טענתו ואמור אם לוית ממנו אם לא לוית, הפקיד אצלך או לא הפקיד, גזלתו או לא גזלתו, שכרתו או לא שכרתו, וכן שאר הטענות.

ומפני מה אין מקבלים ממנו תשובה זו, שמא טועה הוא בדעתו ויבא להשבע על שקר[780] שהרי אפשר שהלוהו כמו שטען והחזיר זה את החוב לבנו או לאשתו או שנתן לו במתנה כנגד החוב וידמה בדעתו שנפטר מן החוב, לפיכך אומרים לו היאך תאמר איני חייב כלום שמא אתה מתחייב מן הדין לשלם ואין אתה יודע, אלא הודע לדייניו פירוש הדברים, והם יודיעוך אם אתה חייב או אין אתה חייב.
ואפילו היה חכם גדול אומרים לו אין לך הפסד שתשיב על טענתו ותודיענו כיצד אין אתה חייב לו, מפני שלא היו דברים מעולם או מפני שהיו והחזרת לו שהרי אנו דנין במתוך שיכול לומר בכל מקום[781].

---

[777] עיין סמ״ג, עשין צ״ה, שבתחילה כתב שהחשש הוא מפני הרמאים ולאחר מכן כתב את דברי הרמב״ם שחושש מטעות, ולא העיר שאלו שני טעמים שונים. ובתה״ד סימן שמ״ג דן האם ׳בעלי כיסין׳ שנשבעין על שווי רכושם לצורך חיוב המס, חייבים לפרט את רכושם או יכולים להישבע באופן כללי, וציין לסוגייתנו וכתב שהחשש הוא משום טעות או רמאות וכ״ש בעניני מיסים שאנשים עושים טצדקי כדי לפטור את עצמם.

[778] מסתבר שהוא גם מפרט מתי היתה ההלואה ועוד פרטים, וכ״כ הב״ח בחו״מ בתחילת סימן ע״ה.

[779] יתכן שזו תשובה אמיתית, אבל אין זו תשובה שמתקבלת בבית דין וכפי שהוא מבאר לקמן את טעם הדבר.

[780] מדוע הוא חייב שבועה, אם מדובר במודה במקצת ניחא, אבל אם מדובר בכופר הכל, חיובו רק היסת, ולפני שרב נחמן תיקן שבועת היסת בכופר הכל, לכאורה לא היו אומרים לו ברר דבריך ? וצ״ע. ועוד, אילו לא היה חיוב שבועה, וכי לא היה צריך לברר כדי להוציא מידי גזל ? ושמא מפני חומרת השבועה, חייבו בירור. ונמצא שהחיוב של שבועת היסת, הטיל על בית דין חובת בירור שלא היתה מקודם.
ועיין בדברינו בהערה 751 שעל פי דעת הגאונים, חובת הבירור נובעת מכך שרבו הרמאים, ואי אפשר לסמוך על השבועה שתברר, ולכן מוטל על בית הדין לברר את הטענות. ואילו לשיטת הרמב״ם, לולי היתה שבועה, לא היה צורך לברר כל כך, וקצ״ע.

[781] פירוש, בית הדין אומרים לחכם שלא יחשוש לומר את האמת, שאפילו אם האמת היא שלוה ופרע, אינו צריך לחשוש לומר זאת, כיון שיש לו מיגו שהיה יכול לומר שלא לוה כלל (להד״ם), ולכן אין הנתבע צריך לשקר ולומר שלא לוה שהרי גם אם יאמר את האמת שלוה ופרע, בית דין יקבלו את דבריו.
ועיין דרישה סימן ע״ה ס״ק א׳ (וחזר על דבריו בסמ״ע ס״ק א׳) שכתב שהרמב״ם כתב את הטעם של טעות

וכן אם טען הטוען ואמר, זה חייב לי מנה, או מנה יש לי אצלו, אומרים לו מאי זה פנים, הלוית אותו, או הפקדת אצלו, או הזיק ממונך, אמור היאך נתחייב לך שהרי אפשר שידמה לו שהוא חייב לו והוא אינו חייב כגון שחשדו שגנבו או שאמר לו שאתן לך מנה וכיוצא בזה[782].

חששו של הרמב"ם הוא מטעות של הנתבע או של התובע, ולפיכך נראה שאף אם הצד הנגדי אינו דורש מבית הדין לברר את הטענות, בית הדין עצמו יברר, כדי לא להגיע לידי טעות[783].

ונראה, שאפילו אם אין חשש של שבועת שקר (כפי שכתב הרמב"ם לגבי הנתבע), בית דין ידרוש בירור של הטענות, שהרי הרמב"ם מחייב גם את התובע לברר דבריו. ולמרות שחיוב השבועה מוטל על הנתבע, ולכאורה רק עליו היה לברר את דבריו, כדי שלא יטעה בטענותיו וישבע לשקר, הרמב"ם מחייב אף את התובע לברר דבריו, משמע שמדובר על חיוב המוטל על הדיינים לברר את האמת ולמנוע טעויות[784].

ועוד, שמפשט לשון הרמב"ם (בדינו של טוען שלא פירש את דבריו) נראה שאחר שהתובע סיים את דבריו, עוד קודם שהנתבע השיב וגם לא דרש שהתובע יפרט

"לרווחא דמילתא" שאפילו אם אינו נחשד יש לברר מחשש טעות. וראייתו היא מכך שהרמב"ם מחייב אפילו חכם גדול לפרש את דבריו, וחכם גדול אין לחוש שיטעה, אבל חכם גדול "חשדינן ליה" (משמע מדבריו שחכם גדול יש לחשוד בו ברמאות אבל לא בטעות). אמנם הש"ך ס"ק ג' חלק על דבריו. אולם הסמ"ע עצמו בס"ק ג' כתב שעל חכם גדול מוטל לפרש את דבריו למרות ש"ודאי אינו טועה בדין, מ"מ אין לך הפסד להוציאך מהחשד מכנגדך, וגם מטעם דאין אדם רואה חובה לעצמו". משמע, שטעם הבירור הוא לא מחמת רשעות החכם אלא כדי להסיר ממנו חשד הבריות (כטעמו בפרישה), או שאף חכם גדול יכול לטעות כיון שאין אדם רואה חובה לעצמו - שלא כפי שכתב בפרישה ובס"ק א'. ועיין הערה 803.
ועיין לקמן ליד הערה 52 בביאור דין "מתוך" שכתב הרמב"ם בסיום דבריו.

[782] עיין ש"ך חו"מ סימן ע"ה ס"ק ג' במחלוקתו על הסמ"ע בפירוש סיום דברי הרמב"ם.

[783] יש לעיין האם במקרה בו הצדדים קיבלו את הדיינים בין לדין ובין לפשרה, מותר לבית הדין שלא לברר, אלא לשמוע את דברי הצדדים, ולהכריע על פי דבריהם שבכלל הפשרה נכלל הרצון לסיים את הדין בזמן קצר ללא בירורים רבים, וצ"ע.

[784] שהרי אם יברר אצל הנתבע ואע"פ כן הוא ישבע, הרי שהוא נשבע שבועת אמת, שעל פי שיטת הרמב"ם יש בה מצוה, כמבואר לעיל עמ' 779.
אמנם, עיין בסמ"ע סימן ע' ס"ק ח', ונראה שיש לחלק בין המקרים. ועיין גם בסמ"ע סימן ע"ה ס"ק א'.

את דבריו, בית הדין יחייבו את התובע לפרש את דבריו כדי למנוע טעות[785]. משמע, שחיוב הבירור מוטל על בית דין ללא קשר לדרישתו של הצד שכנגד לבירור הדברים.

ולדברינו, אף אם אירע מקרה ששני הצדדים אמרו את דבריהם ולא פירשו ולא דרשו פירוש ובירור, בית הדין עצמו ידרוש שיפרשו ויפרטו את דבריהם, כדי שלא יבואו לידי טעות , ועיין בדברי הב״ח לקמן[786].

יד. ב״ח חו״מ תחילת סימן ע״ה:

מדברי הרמב״ם... דאם אינו מברר אין משגיחין לטענתו ואין מקבלין את טענתו. אם תובע הוא, אין משביעין לנתבע כל עיקר[787]. ואם הנתבע אינו מברר[788] מחייבינן אותו לשלם כשישבע התובע[789] ...

...עוד נראה מדברי הרמב״ם... אם גם התובע תבעו בסתם ׳מנה יש לי אצל פלוני׳ והוא משיב ׳אין לך בידי כלום׳ וכו׳ אין ב״ד נזקקין לאחר מהם יותר מלחבירו אלא אומר לשניהם פרשו טענותיכן ואם אינן מפרשים לא זה ולא זה חזר הדין כאילו פירשו טענותיהם ופוסקים להם הדין[790].

---

785 ולדברינו, דברי הרמב״ם ביחס לנתבע : ״השב על טענתו ופרש התשובה כמו שפירש זה טענתו״ אינם מלמדים שחובת הפירוש של הנתבע נובעת רק מכך שהתובע פירש. אלא, בית הדין מלמדים את הנתבע שעליו לפרש כמו שפירש התובע, אבל סיבת החיוב איננה פירוט הדברים של התובע.

786 הב״ח סובר שבמקרה זה בית דין ידרשו מהם לפרש, ואם לא יפרשו יפסקו הדין ע״פ טענותיהם (לקמן אות יד), ומ״מ שמענו מדברי הב״ח שהדרישה לברר מוטלת על בית דין אף ללא דרישת הצדדים.

787 עיין ש״ך סימן ע״ה ס״ק ו׳ ס״ק ו׳ שכתב שעל פי שיטת הרא״ש, תובע שאינו רוצה לברר דבריו, ולבית דין אין חשש רמאות, יש להשביעו, עי״ש.

788 והתובע בירר את טענתו, וכנ״ל.

789 מנין שבמקרה זה קיימת חובת שבועה על התובע, ושמא במקרה זה יטול ללא שבועה. ואם נאמר שמדובר שהנתבע אינו מפרט כיון שהוא אומר שאינו זוכר את הפרטים, מסתבר לחייב את התובע להישבע, כדי שלא יבואו רמאים ויוציאו ממון מאנשים שאינם זוכרים, אבל אם מדובר במקרה בו הנתבע אינו רוצה לפרש דבריו ולבית הדין אין הסבר לדבריו, לכאורה יזכה התובע אף ללא שבועה.
ושמא אחר תקנתו של רב נחמן, אין מציאות של הוצאת ממון ללא שבועה, ואף שהנתבע נהג שלא כהוגן, אין בכך כדי להפפיע ממנו את ממונו ללא שבועה.

790 ומסתבר שכל זה כשבית דין דין אינם חושדים שיש חשש רמאות. ויש לעיין מדוע העובדה ששני הצדדים אינם רוצים לפרש את טענותיהם היא גופא אינה מהווה חשש לרמאות שמחייב את בית דין לברר. יתכן שאף שיש כאן חשש לרמאות, עדיף לנסות ולהכריע על ידי הטלת שבועה ולא להימנע לגמרי מהכרעה. ועוד,

כשיטת הב״ח נקט גם הש״ך בס״ק ד׳. ואף לשיטתם לכתחילה מוטל על בית דין לדרוש מהצדדים לפרש דבריהם, ורק אם לא הצליחו בכך, בית דין פוסקים על פי טענותיהם. אולם הב״ח והש״ך אינם מבארים כיצד דבריהם מדוייקים מלשון הרמב״ם. ויש לעיין מה הוא מקור דברי הב״ח וכיצד מתיישבים דבריו עם חששו של הרמב״ם מטעות, שלכאורה מחייב ששני הצדדים יפרשו דבריהם (וכנ״ל אות יג) ?

במקרה בו שניהם אינם מפרשים אף לאחר בקשת בית הדין שיפרשו דבריהם (ובית הדין דורש מהם לפרש דבריהם, גם ללא תביעת אחד הצדדים, כפי שמוכח מלשון הב״ח[791]), עומדת בפני בית דין האפשרות להסתלק מן הדין (ולומר לצדדים שבמקרה זה הם אינם דנים, ואם אחד הצדדים יסכים לפרש, ממילא יתחייב חבירו לפרש, ואם לא יפרש יפסיד את דינו), אבל הב״ח סובר שאין בכח החשש לטעות למנוע את קיום הדין, ולכן בית הדין יפסוק כפי המקרה שבא לפניו, ולדברינו, יסוד דברי הב״ח הינם בסברא ולא בדיוק מלשון הרמב״ם, וצ״ע[792], [793].

טו. נמצא, לשיטת המרדכי, הגאונים תיקנו שעל הצדדים מוטל לפרש את דבריהם כיון שרבו הרמאים, ועל פי שיטתם כתב הב״ח, שאפילו אם צד אחד פירש את דבריו והצד שכנגדו שלא פירש, מי שלא פירש לא איבד את זכותו (אות יא), אבל

שיתכן שמדובר במקרה בו הם נותנים אמתלא טובה לדבריהם מדוע הם אינם מפרשים, וכגון שאומרים ששכחו את נסיבות המקרה (עיין הערה 793) או שאינם רוצים לגלות את פרטי המקרה מחשש שהדבר יתגלה ויהיה להם נזק מגילוי הידיעה וכדו׳. ובערוך השלחן סימן ע״ה סעיף א׳ כתב: ״אמנם אם הב״ד רואים שאין ערמה בזה אלא שאין ביכולת התובע או הנתבע לברר הדברים אין חשש בכל זה, דכל עיקר הטעם של הבירור הוא כדי להוציא הדין לאמתו מפני שיש כמה רמאים וכיון דמבינים שבזה ליכא רמאות לא הפסיד אחד מהם...״. וצ״ע שלא דן על הטעם של טעות, אף שבתחילת הסעיף דן על כך, וצ״ע.

[791] ועיין הערה 786.

[792] החזו״א בחו״מ סימן ז׳ ס״ק ה׳ תמה על הש״ך, כיצד ניתן לחייב את הנתבע להישבע במקרה בו התובע לא בירר את דבריו, ונשאר בצ״ע. והוסיף החזו״א שאם הנתבע השיב שפרע, הרי שהודה שלוה ועליו לברר ואם לא בירר – הפסיד. ועיין בפרישה סימן ע״ה ס״ק א׳, ונראה מדבריו שלא כשיטת החזו״א.

[793] עיין בספר בן אברהם (ר׳ אברהם אישטושרה, מחכמי סלוניקי) חו״מ סימן א׳ ד״ה ״נסתפקתי״ שדן על מקרה בו התובע או הנתבע טענו ששכחו את נסיבות התביעה, וכתב שבמקרה זה ישבע ששכח, ודייק את דבריו מהמרדכי (שהובאו דבריו גם בב״י בתחילת סימן ע״ה), וכתב שאף הרמב״ם יודה לדבריו. אמנם, יתכן לחלק בין שיטת המרדכי (לעיל אות ח׳) שסובר שהצורך לפרש נובע מחשש רמאות לבין שיטת הרמב״ם שחושש לטעות, וצ״ע. ועיין הערה 790. ועיין בדברי הרמ״א באות כ׳.

לשיטת הרמב"ם אם אחד פירש והשני לא פירש, זה שלא פירש הפסיד (אות יד).

ואם שני הצדדים לא פירשו את דבריהם, על פי שיטת הרא"ש לא הפסידו (וק"ו מהאמור באות יא), ולשיטת הרמב"ם יש מקום להציע שהפסידו כיון שקיים חשש לטעות (אות יג) אבל לשיטת הב"ח לא הפסידו (אות יד)[794].

האם בית דין ידרשו מהצדדים לפרש דברים אף ללא בקשת הצד שכנגד

טז. על פי שיטת הרמב"ם נראה שחובת הבירור מוטלת על בית דין אף אם הצד שכנגד לא דרש את הבירור, כיון שעל בית דין מוטל למנוע טעויות (אות יג, יד). וגם מלשון המרדכי שהחיוב לפרש נובע מריבוי הרמאים, נראה שהחיוב מוטל על בית דין (אות ח')[795].

אמנם היה מקום לטעון, שאם אחד הצדדים אינו דורש את הבירור, בית דין לא יבררו מעצמם, כיון שאי דרישת הבירור על ידי הצד שכנגד, יכולה להתפרש כמחילה על כך. וראיה לדבר מפסק הרמ"א בחו"מ סימן י"ז סעיף י"א, שבעל דין שתבע דבר מועט, והדיין רואה שעל פי דין חייב הנתבע לשלם יותר ממה שתבע התובע, הדיין יפסוק כפי תביעת התובע ולא כפי שמגיע לו על פי דין[796]. ונסיק מכאן, שאין על בית דין לעורר יותר ממה שאומרים הצדדים.

אולם נראה שאין מקום לדמות בין המקרים, כיון שבמקרה בו התובע עצמו תבע פחות ממה שמגיע לו, הוא זה שצריך לדעת כמה מגיע לו, וכיון שלא תבע אין בית דין מצווין לתת לו יותר ממה שדרש (ושמא מחל לחבירו וכדו'). אבל בנידון

---

[794] עיין חזו"א חו"מ סימן ז' ס"ק א' שהסתפק האם בית הדין אומרים לתובע לברר דבריו אחר תשובתו של הנתבע "איני חייב לך" או עוד קודם לכן. משמע שאף אם הנתבע אינו מברר את דבריו בית דין מחייבים אותו לברר. ושמא סובר החזו"א שלכתחילה דואי צריכים לברר, אולם מקום הדיון הוא במקרה בו לא הסכימו לברר אחר דרישת בית הדין.
ולגבי הכרעת השו"ע, עיין בהערה 804 (וצ"ע לחלוק על הש"ך).

[795] אמנם, המרדכי כתב בשם רבותיו לחלק בין מקרה של להד"ם לבין מקרה של טענת פרעון, וכנ"ל באות ט'. ועיין קובץ דרכי הוראה (מבית הגאון הרב אשר וייס שליט"א), כסלו תשס"ו, קובץ ד' עמ' צ"ה, בדרך בה העמיד את שיטות הרמב"ם והרא"ש, ולקמן לא נלך על פי שיטתו (עי"ש שכתב שעל פי הרא"ש אין לבית דין לברר, ולכאורה צ"ע שלא פירט את האמור בתשובת הרא"ש כלל ע' סימן ה' (לעיל אות י'), שמוכח שאף לשיטת הרא"ש יש לברר.

[796] ועי"ש במחלוקת הסמ"ע והש"ך.

שלפנינו, מדובר בחיוב שמוטל על בית דין לברר אצל הצד שכנגד, ועל כך לא נוכל לומר שאי דרישתו של אחד הצדדים מלמדת על מחילה, כיון שהוא סומך על בית דין שיבררו אצל הצד שכנגד את כל מה שניתן לברר.

האם קיימת מחלוקת בין המרדכי, הרא"ש והרמב"ם

יז. לעיל נקטנו שקיימת מחלוקת האם חובת הבירור יסודה בחשש רמאות או בחשש טעות (עיין אות יג)[797]. אולם בדברי הרא"ש הוזכרו שני הטעמים (אות י'). אבל הב"ח בסימן קל"ג אות ג' כתב שאין מחלוקת בין הטעמים:

> הא שכתב הרא"ש משום דנפישי רמאי והגאונים כתבו בסתם דשמא הוא סבור שנתחייב לו[798] וכו'.
> נראה דהגאונים כתבו דבריהם אמי שאינו רוצה לברר כל עיקר אלא אומר בסתם 'אני תופס משכון זה בשביל חוב שהתחייב לי'[799].
> אבל זה שטוען שנתחייב לי מעסק משא ומתן שהיה בינינו, ואיכא למימר ה"ז בירור[800]. וקאמר הרא"ש כיון דנפישי רמאי נכון לברר מאיזה משא ומתן קאמר ויתן החשבון בפני בית דין ובפני הנתבע ויברר החיוב בפרטות.

כלומר, מי שאינו רוצה לברר כל עיקר יתכן שהוא טועה, ואחר שבירר את עיקר דבריו, כבר אין חשש לטעות, אבל מחמת ריבוי הרמאים אמר הרא"ש שיש לברר בצורה יותר מפורטת.

נראה שנוכל הביא ראיה לדברי הב"ח מדברי הרמב"ם (לעיל אות יג) שחובת הבירור הבסיסית היא לשאול את התובע מה הוא יסוד התביעה (הלואה או

---

[797] וכך נראה גם מלשון הטור בחו"מ סימן ע"ה שכתב: "כתב הרמב"ם שבית דין אומרים לו ברר דבריך... דשמא טועה... וא"א הרא"ש כתב.... ומיהו הכל לפי הענין שאם יראה לדיין שבאין ברמאות". משמע שאלו שני טעמים, ועיין הערה 763.

[798] והוא טועה בסברתו.

[799] ואינו מפרש האם מקור החוב בהלואה, פקדון וכיוצ"ב.

[800] כלומר היה מקום לומר שכבר בירר מספיק את דבריו.

פקדון), ובזה סר החשש מטעות, אבל כיון שרבו הרמאין מוטל על בית דין לברר החיוב בפירוט.

אולם, לכאורה יש לעיין בדברי הב״ח, שהרי גם אחר שהתובע יאמר שפלוני חייב לו מחמת הלואה או נתבע שאמר שהוא פרע, יש מקום לחשוש לטעות (כפי שהרמב״ם עצמו מפרט), ומדוע כדי למנוע את חשש הטעות ניתן להסתפק בבירור בסיסי של מקור התביעה בלא ירידה לפרטים, וצ״ע.

יח. הסמ״ע בחו״מ סימן ע״ה ס״ק ד׳ מדייק מלשון הרמ״א (שכתב שאם נראה לדיין שיש רמאות יפסיד בעל דין שלא פירש את דבריו, ואם אינו חושש לרמאות לא הפסיד – אות כ׳) שכתב את דבריו כהמשך ללשון השו״ע (שחשש לטעות – לקמן אות יט) ולא בלשון מחלוקת על השו״ע ששיטתו[801] היא שאין מחלוקת בין הטעמים:

> וצריך לומר דסבירא ליה למור״ם דגם הרמב״ם יכול להיות דמודה בזה, ושגם הטור אין כונתו דפליגי בזה, אלא בא לומר שהרא״ש ביאר דבריו שלפעמים א״צ לברר, ודוק[802].

כלומר, אף הרמב״ם שחושש לטעות, מודה שאם אין חשש רמאות, ובעל הדין לא בירר דבריו (כיון שאין לו יכולת לברר), בעל הדין אינו מפסיד מכך ורק אם יש חשש רמאות בעל הדין הפסיד. וצ״ע כיצד דייק זאת בלשון הרמב״ם שכלל לא הזכיר חשש רמאות[803].

פסק השו״ע והרמ״א

יט. שו״ע חו״מ סימן ע״ה סעיף א׳:

---

[801] שיטתו של הרמ״א שאין מחלוקת, לעומת פשט שיטת הטור שקיימת מחלוקת. עיין הערה 797.

[802] ובהמשך דבריו דן על מי שאמר שפרע בפני עדים האם צריך להביא את העדים כדי לברר דבריו.

[803] יתכן לישב על פי שיטת הסמ״ע בס״ק ג׳ (בהסברו הראשון) שהורחבה בדרישה ס״ק א׳ שהרמב״ם (ובעקבותיו השו״ע) שהזכיר את החשש של טעות, הזכיר זאת רק לרווחא דמילתא (עיין הערה 781)

התובע את חבירו בבית דין, מנה לי בידך, בית דין אומרים לו, ברר דבריך ממה חייב לך, הלוית אותו או הפקדת בידו או הזיק ממונך, שאפשר שהוא חושב שחייב לו ואינו חייב לו. וכן הנתבע, אם משיב אין לך בידי כלום, או איני חייב לך כלום, צריך לברר דבריו, דשמא טועה וסובר שאינו חייב לו, והוא חייב לו. ואפילו היה חכם גדול, אומרים לו אין לך הפסד שתשיב על טענתו ותודיענו כיצד אין אתה חייב לו.

השו"ע נקט כשיטת הרמב"ם שהחשש הוא מטעות (וכ"כ בסימן קל"ג סעיף א'), אולם בסימן ע"ב סעיף כ"ה נקט השו"ע את הטעם של רמאות:

התופס חפץ מחבירו, וטוען שיש לו עליו עד כדי דמיו מעסק משא ומתן שביניהם, צריך לברר היאך נתחייב לו, משום דנפישי רמאי, ואולי מתוך דבריו יתברר רמאותו.

יסוד דברי השו"ע בסימן ע"ב בתשובת הרא"ש כלל ע' סימן ה' (לעיל אות י'), ושם הזכיר הרא"ש גם את הטעם של חשש טעות, ואילו השו"ע לא הזכיר טעם זה כאן, למרות שחשש לטעות בסימן ע"ה, וקצ"ע. ומכל מקום נראה שנוכל להסיק מדבריו שהוא פוסק שלהלכה יש לחשוש הן לרמאות והן לטעות[804] (או שנחלק בין המקרים, עיין בדברי הב"ח באות יז), וצ"ע.

כ. רמ"א שם:

ואם אינו רוצה לברר דבריו, אם נראה לדיין שיש רמאות בדבר, יפסיד[805].

[804] יתכן שהשו"ע סובר שאין נפ"מ לדינא בין הטעמים ולכן לא ראה צורך לדקדק בהם, ולדברינו השו"ע נקט שלא כשיטת הב"ח והש"ל, ועיין הערה 794, וצ"ע.

[805] עיין שו"ת תשובה מאהבה חלק א' סימן ע"ב, שכתב שמי שטוען שהיה לו פרוזבול אינו צריך לברר דבריו.

ואם לאו, אלא שנראה לדיין שאינו יכול לברר[806] וכיוצא בזה, אין מחייבין אותו משום שאינו מברר דבריו[807]. דאין אומרים לו ברר דבריך, אלא משום כדי להוציא הדין לאמיתו, משום דנפישי רמאים (מרדכי פ״ק דב״מ והרא״ש בתשובה כלל ק״ז). וע״ל מה שכתבתי סי׳ ע״ב סי׳ י״ז[808].

עיין לעיל באות יח בדברי הסמ״ע. ואף לשיטת הרמ״א לכתחילה קיימת חובת בירור, רק אם אחד הצדדים לא בירר כיון שאין ביכולת לברר, לא הפסיד. וקשה שסו״ס קיים חשש לטעות. ונראה לישב כפי שכתבנו לעיל באות יד, שאף שקיים חשש לטעות אם אי אפשר לברר, אין לחשוש לו ובי״ד דין יפסקו את הדין ע״פ הטענות שבאו לפניהם.

סיכום

כא. העולה מהאמור לעיל:

- עיין אות יב בסיכום שיטות המרדכי והרא״ש.
- הרמב״ם כתב שחובת הבירור והפירוש היא למנוע טעות, ומדבריו משמע שעל בית דין מוטל לברר אפילו ללא דרישת הצד שכגנד (אות יג, טז)[809].
- אם הצדדים לא ביררו את דבריהם (אף שבית דין ביקש מהם לברר), יש מקום לעיין האם על פי הרמב״ם הפסידו את זכותם (את טו).
- י״א שאין מחלוקת בין החוששים לטעות לבין החוששים לרמאות, (אות יז – יח). ומפסקי השו״ע והרמ״א, נראה שלדינא יש לנקוט כשני הטעמים (אות יט - כ׳).

---

[806] האם על הדיין מוטל להשביעו שאינו יכול לברר או יכול לקבל את דבריו כמו שהם - עיין לעיל הערה 793 ובדברי הב״ח באות יד.

[807] האם מי שאינו יכול לברר דבריו שדינו הוא שדבריו מתקבלים ללא בירור, היינו רק למי שחושש מרמאות או גם לשיטה החוששת מטעות. (לדייק בשאר הפוסקים ובסמ״ע לעיל אות כ׳ שסובר שאין מחלוקת בין הדעות. ועיין בדיוקו של בעל התקנות לישראל, חלק ג׳ פרק ז׳ עמ׳ רטז הערה 12).

[808] שלכתחילה קיימת חובת בירור, עי״ש.

[809] עיין הערה 781 בשיטת הדרישה שאף שהרמב״ם כתב חשש הוא טעות, הרי זה רק ״לרווחא דמילתא״.

חוֹבַת גִּילּוּי תַּבִיעוֹת וּטְעָנוֹת לִפְנֵי הַדִּיּוּן

הקדמה / מדוע לא לגלות לנתבע את התביעות / בית דין קבוע לעומת זבל"א

א. לקמן נדון מה הוא המידע שיש למסור לאדם בשעה שמזמינים אותו לדין. האם שליח בית דין מודיע לנתבע מי הוא התובע, מה הוא נושא התביעה ומה הן טענותיו וראיותיו של התובע[810].

הסברא בגינה ניתן לומר שאין להודיע לנתבע מי הוא התובע ועל מה מדובר, יסודה בכך, שאם הנתבע יופתע בשעת הדיון, הוא לא יתכונן מראש להכין מענה לדברי התובע, ולא ינסה להתחכם ולשקר, אלא יאלץ לענות תשובה מיידית, דבר שיפחית את הסיכויים לשקר מצידו (אמנם, אם הוא יבקש זמן מבית הדין כדי להביא ראיות לדבריו, בית הדין יתנו לו).

מאידך גיסא, במציאות זו יש לתובע יתרון ברור על פני הנתבע, כיון שהוא יכול להתכונן ולהכין תביעה (אפילו שקרית) בלי שהנתבע יודע מכך, דבר שלכאורה אינו הגון, אא"כ נאמר שנקודת המוצא היא, שאדם אינו תובע את חבירו בסתם ("אין אדם תובע אא"כ יש לו").

ב. בדיני ממונות קיימת אפשרות של ברירת דיינים (זבל"א), התובע בורר לו דיין

---

[810] עיין לקמן באות יא בדברי המהר"ם זכות בסימן י"ד שעמד על החילוק שבין התביעה לבין הטענה. וכתב בשם מוסף הערוך בערך 'טען' ש"טענה בלשון חכמים כמו טעם בלשון מקרא". כלומר, שמבאר את טעמיו ונימוקיו אולם רבים לא חילקו כדבריו, עיין לקמן בדברי הש"ך באות יג.
עוד יש לדון היכן הגבול שבין עצם התביעה לבין הטענות. האם התביעה היא רק גילוי הסכום ללא הנסיבות (הלואה, גזל וכדו') או שחלק מהותי מהתביעה הוא גילוי הנסיבות. ובשו"ת זכרון יוסף חו"מ סימן ב' בתשובת המחבר (דף פה. מדפי הספר ד"ה "מיהו", והו"ד בפת"ש חו"מ סימן י"א ס"ק ד') כתב שאין הוכחה ברורה לחייב את התובע להודיע מה היא התביעה אבל אפשר שצריך להודיעו האם תביעתו נוגעת לענין ממון או לדבר אחר כגון הוצאת שם רע או דיני קנסות. משמע שלהודיע שמדובר בתביעת ממון, ה"ז ודאי עצם התביעה ולא טענת התביעה. והמהר"ם זכות בסוף סימן י"ד כתב: "אופן תביעתו, היינו מראה האופנים שיש לו בסידור טענות תביעתו". ונראה שנושא התביעה, וסכום התביעה ודאי שחייב לגלות על פי השיטה שצריך לגלות את עצם התביעה, וצ"ע.

והנתבע בורר לו דיין, ושני הדיינים בוררים להם דיין שלישי. ומעלת שיטה זו היא בכך שבעלי הדינים יצייתו לדין (שו"ע חו"מ סימן י"ג סעיף א'). אבל, במקום בו קיים בית דין קבוע לא יכול אחד הצדדים לכפות את חבירו לדיון בזבל"א (רמ"א חו"מ סימן ג' סעיף ב'). ואם אין בית דין קבוע בעיר, ואחד הצדדים אינו רוצה לברור לו דיין, ניתן להכריחו לדון בפני שלשה בעירו (עיין פרטי הדין בהלכה פסוקה שם).

וכשאחד הצדדים בורר לו דיין, מסתבר שהוא יברור דיין שמומחה בתחום עליו מדובר, ולכן אם לא יגלו לנתבע מה הוא נושא התביעה, לכאורה הוא יכול לומר לא אברור לעצמי דיין כל עוד לא אדע מה הוא נושא הדיון, שהרי במקרה זה יהיה לתובע יתרון ברור על פני הנתבע, שהרי התובע יודע מה הוא תובע, והוא מעיקרא יברור לעצמו דיין שמומחה בתחום זה, ולפיכך מסתבר שאם הדיון הוא בזבל"א יש חובה לגלות לנתבע עוד קודם לתחילת הדיון מה הוא נושא הדיון, אולם אין ראיה שיש לגלות לו מה הן הטענות והראיות, וסברא זו העלה הרב יצחק ואלי בתשובתו שנדפסה בשו"ת הרמ"ז סימן י"ב[811], והסכים עימו בסברא זו הרמ"ז בתשובתו בסימן י"ד. אולם מדברי הש"ך בחו"מ סימן י"א ס"ק א' נראה שאין לחלק בין המקרים, עי"ש. וכך מפורש גם בתשובת באר עשק סימן ס"ז[812].

<u>זִימּוֹן לְדִין / הוֹדָעָה מִי הוּא הַתּוֹבֵעַ / חִלּוּקָה בֵּין תְּבִיעָה לְטַעֲנָה / עֲבִיד אִינִישׁ דְּלָא מְגַלֵּי טַעֲנָתֵיהּ אֶלָּא לְבֵי דִינָא</u>

ג. גמ' מו"ק דף טז. :

[811] "ראין ספק שכפי הדבר הנידון כבר יתנהג האדם בבחירת דיינו אם סוחר אם ת"ח..."

[812] עי"ש. ויש מקום לדון האם ניתן לחלק בין זבל"א שאדם אינו מחוייב בו (כגון כשיש בית דין קבוע בעיר ושניהם רוצים בזבל"א) לבין זבל"א שהוא מחוייב בו (כשאין בי"ד בעיר או כשכבר התחייב בקנין לזבל"א ועתה תובע שיגלו לו את נושא התביעה), וצ"ע.

ומנלן דמזמנינן לדינא, דכתיב (במדבר ט״ז) ויאמר משה אל קרח אתה וכל עדתך[813]. לקמי גברא רבה, דכתיב (במדבר ט״ז) לפני ה׳. את ופלניא, דכתיב אתה והם ואהרן...

מדברי הגמ׳ נראה שהיה מקום לומר שאדם יכול לפגוש את חבירו בשוק ולהביאו לבית הדין. החידוש בדברי הגמ׳ הוא, שיש להקדים הזמנה לפני הדיון, כפי שנהג משה ביחס לקרח ועדתו, שלא הביאם לדין מיד אלא אמר להם שיבואו לפני ה׳ מחר. ועוד למדנו מדברי הגמ׳ שמודיעים לבעל הדין (קרח ועדתו) מי הוא הצד שכנגדו (אהרן).

אמנם, מסוגיא זו לא נוכל לדעת האם קיימת חובה להודיע לצד שכנגד את התביעות והטענות, כיון שכאן התביעות והטענות היו ידועות מראש, שהרי כבר התווכחו בענין מקודם (עי״ש בפרשה).

ד. חידושי הריטב״א מו״ק דף טז. :

את ופלניא. פירוש, שצריך שיאמר לבעל דין שיהא מזומן לדין עם פלוני, ולא שיאמר לו השליח היה מזומן לדין.
והטעם כדי שידע מי תובעו בדין ויזכר אם יש לעשות לו כלום ויפייסנו, וגם שיתן אל לבו מה שישיב לו בדין.

הריטב״א למד מסוגיית הגמ׳ שקיים חיוב להודיע מי הוא התובע[814], אבל הריטב״א לא דן האם קיים חיוב להודיע מה היא התביעה, ומה הן הטענות

[813] משה מזמין את קרח ועדתו לדין בפני ה׳: ״אתה וכל עדתך היו לפני ה׳ מחר, אתה והם ואהרן מחר״. התובעים: קורח ועדתו. הנתבע: אהרן. השופט: הקב״ה. ומשה הינו ״שליח ב״ד להזמין לדין״ (קצ״ע, שהרי קרח טען גם כלפי משה וגם יוזם הדיון לא היה התובע [קרח] כי אם משה שהוא הנתבע. ושמא משה הוא ואהרן הם התובעים, כיון שדורשים מקרח שלא ידרוש כהונה. ונפ״מ במקרה בו אדם שחבירו תובע ממנו דבר, וחבירו אינו פונה לבית דין והנתבע רוצה להביא את התובע לדין כדי לברר מי צודק, אם ננקוט שקרח הוא התובע, נוכל להסיק מסוגייתנו שיש כח ביד הנתבע להזמין את התובע לדין, וצ״ע).

[814] הריטב״א מציין לשני נימוקים. הראשון, שעצם ההודעה יתכן שתבטל את הצורך להגיע לבית הדין כיון שהנתבע יפנה לתובע ויפייסנו ויתפשרו ביניהם. והשני, כדי שיחשוב מה יענה לו בדין. ונראה שהנימוק הראשון הוא גם לטובתו של התובע שלא יזדקק לדיון ארוך בבית הדין, אולם הנימוק השני הוא אך ורק לטובתו של הנתבע, וי״ל האם יש נפ״מ להלכה בין שני התירוצים.

שמחזקות את התביעה. אבל כיון שהטעם להזכרת שם התובע הוא כדי שהנתבע יחשוב מה הוא יכול להשיב בדין, מוכח לכאורה שאם הנתבע טוען שאף שהוא יודע מי הוא התובע, אין לו מושג מה תובע זה רוצה לתבוע ממנו, יש להודיעו כדי שיתן אל ליבו מה להשיב לו, ואף יש לגלות לו את טענותיו של התובע כדי שידע מה להשיב לו. אולם במקרה רגיל אין צורך להודיע מה היא התביעה, כיון שהנתבע יודע שלפלוני יש תלונה כלפיו ובודאי מכיר את הנושא לפרטיו, ועל מקרה זה דן הריטב״א. ויתכן שזו היא שיטתו של הברכי יוסף, בחו״מ סימן י״א אות ה׳:

> ומדברי הריטב״א הללו נראה לי דיש סמך לסברת הרב הש״ך שכתבתי לעיל... דאם הנתבע שואל שיגלה לו אופן תביעתו הדין עימו, ודוק היטב.

ויש לעיין מה נכלל בגילוי ׳אופן תביעתו׳ שמוטל על התובע לגלות לנתבע עוד קודם הדיון בבית הדין. האם על התובע לגלות מה הוא נושא התביעה, או שעליו לגלות גם את נימוקי התביעה. ולכאורה הלשון ׳אופן תביעתו׳, כוללת לא רק את עצם התביעה אלא גם את הנימוקים לתביעה, ויתכן שבכלל אופני התביעה, מוטל חיוב להודיע מה הן טענותיו וראיותיו (עדים, שטר וכדו׳, ועיין לקמן באות י׳),

דיוקנו בדברי הברכי יוסף, נראה שמתאים לטעמו של הריטב״א, שהנתבע יוכל להתכונן וידע מה להשיב בדין, ולכן מוטל על התובע לגלות לא רק את עצם התביעה אלא גם את טעמיו בפני הנתבע. ואף שהריטב״א לא כתב זאת בפירוש, נוכל ללמוד זאת מטעמו, וכן מהנידון של קרח (אות ג׳), שם היו הטענות היו ידועות מעיקרא לשני הצדדים. ועוד, אף אם הדיוק מלשון הברכי יוסף אינו מוכרח, משיטת הריטב״א עצמו לכאורה נראה שיש לגלות את טענות התובע כדי שהנתבע ידע מה להשיב, ואף שהריטב״א לא פירט, מסתבר שהריטב״א דיבר במציאות בה עצם הזכרת שמו של התובע, יש בה כדי להביא את הנתבע לידי הבנה על מה יסוב הדיון בבית הדין.

אולם האפשרות שקיימת חובה לגלות את הטענות לכאורה נסתרת מגמ׳ מפורשת

בב״ב דף לא. שאדם אינו מגלה טענותיו מחוץ לבית דין (לקמן אות ז׳). ועוד שדברי הברכ״י מוסבים על דברי הש״ך (לקמן אות יג), ומדברי הש״ך מוכח שכאשר הוא נוקט את הלשון ׳אופן תביעתו׳ כוונתו לא לטענות אלא לנושא התביעה.

ובהגהות אמרי ברוך בחו״מ סימן י״א על דברי הש״ך בס״ק א׳ כתב:

ובחידושי הריטב״א שם משמע דאין צריך להודיע טענתו.

נראה, שהאמרי ברוך דייק את דבריו מלשון הריטב״א שכתב שחובה להודיע מי הוא התובע, ולא כתב שחובה להודיע מה היא טענתו. ויתכן שהאמרי ברוך דקדק בדבריו וכתב שאינו צריך להודיע את טענתו (והיינו נימוקיו וראיותיו) אבל חובה על התובע לגלות מה הוא נושא התביעה[815], ונמצא שאף הוא מודה שאם הנתבע טוען שהוא אינו יודע מה תובע פלוני רוצה ממנו, חובה לגלות לו מה הוא נושא התביעה.

ה. משכנות הרועים ד׳, ל״ז:

...צריך להודיעו מי בעל דברים הרוצה להתדיין עימו מדקאמרינן בגמ׳ מו״ק... וכתב הריטב״א... ולא ראיתי נזהרים בזה

מלשונו מוכח לכאורה שהחיוב הוא להודיע אך ורק מי שהוא התובע ואין חיוב להודיע מה הוא נושא התביעה (אא״כ נאמר שהוא מדבר במקרה בו הזכרת שמו של התובע יש בכוחה ללמד את הנתבע מה הוא נושא התביעה), והמנהג במקומו שלא היו מודיעים לנתבע אפילו מי הוא בעל דינו.

<u>גִּילּוּי שֵׁם הַנִּתְבָּע לְלֹא נוֹשֵׂא הַתְּבִיעָה / גִּילּוּי נוֹשֵׂא הַתְּבִיעָה / גִּילּוּי הַתְּבִיעָה וְטַעֲנוֹתֶיהָ</u>

[815] האמרי ברוך כתב את דבריו על דברי הש״ך. והש״ך עצמו לא חילק בין תביעה לטענה, עיין לקמן באות יג.

ו. נמצא, שכולם מודים שיש להודיע לנתבע מי הוא התובע כפשט דברי הריטב״א וכדבריו של בעל משכנות הרועים (אות ה׳). אולם קיימת מחלוקת:

- יש הסוברים שאין להודיע לנתבע מה הוא נושא התביעה (משכנות הרועים, ושיטת פוסקים נוספים – לקמן אות ט׳).
- יש להודיע את נושא התביעה אבל לא את הטענות והראיות – (אמרי ברוך אות ד׳ ופוסקים נוספים לקמן אות ח׳).
- על פי סברת הריטב״א ולשיטת הברכי יוסף (באות ד׳, על פי דיוק לשונו) חובה להודיע לנתבע לא רק מה הוא נושא התביעה, אלא גם לפרט בפניו מה הן הטענות (נימוקי התביעה וראיותיה אולם קיימת לכאורה סתירה לדברינו וכנ״ל ולקמן אות ז׳).

לקמן ננסה לעמוד על טעמה של כל אחת מהשיטות.

חוֹבַת גִּילּוּי טַעֲנוֹת

ז. גמ׳ ב״ב דף לא. :

> והיכא דאישתעי מילי אבראי ולא טען[816], ואתא לבי דינא וטען, דחוזר וטוען, מאי טעמא, עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא (רשב״ם: דלא מגלי טענתיה, שלא ילמד מהן מי שכנגדו ויתן לבו מתחלה קודם שיבאו לבית דין להשיב עליהם וכן הלכה. והני מילי טענות בעלמא אבל טען בפירוש בפני עדים חוץ לב״ד חייב אני מנה לפלוני הרי הודה לו ושוב אינו יכול לכפור בב״ד...).

כלומר, מותר לאחד הצדדים לטעון טענה אחת מחוץ לבית הדין וטענה אחרת בתוך בית הדין, כדי שהצד שכנגדו לא יתן אל ליבו כיצד להשיב לו. ומוכח מכאן, שאין חובה לגלות את הטענה קודם הדיון (למרות שאת גוף התביעה יתכן שעליו

[816] אמר מילים/סיפר מחוץ לבית דין.

לגלות[817]), ומכאן ראיה לשיטות האמרי ברוך ומשכנות הרועים (אות ד, ה׳) וקושיא לעולה מסברת הריטב״א ולדיוקנו בדברי הברכי יוסף שמחייב את התובע לגלות את טענתו עוד קודם תחילת הדיון (אות ד׳).

ונראה שיש מקום לחלק בין התובע לבין הנתבע. על הנתבע אין חובה לגלות את טענותיו מחוץ לבית הדין (עיין בסוגיית הגמ׳ שהנידון שם הוא לגבי הנתבע), אבל על התובע קיימת חובה לגלות את טענותיו (שיטת הברכי יוסף). וטעם החילוק הוא, שהנתבע הוא המוחזק, ולעולם כוחו של המוחזק יפה מכוחו של המערער, ולפיכך על התובע מוטלת חובה להודיע לנתבע את טענותיו ונימוקיו לתביעה, כדי שהנתבע יוכל להתכונן, ואילו הנתבע עצמו יכול שלא לגלות את טענותיו לנתבע קודם לדיון, וזה הוא חלק מזכותו בתוך מוחזק[818].

גילוי נושא התביעה

ח. יש מקום לומר שאין על התובע חובה לגלות את טענותיו אף שמוטל עליו לגלות מה הוא נושא התביעה (אמרי ברוך – אות ד׳, ש״ך חו״מ סימן י״א ס״ק א׳, שו״ת חכם צבי סימן קס״ט), כיון שבמקרה זה שני הצדדים ׳מאוזנים׳. הנתבע אינו יודע מה יטען התובע, והתובע אינו יודע מה יטען הנתבע, ולכן יש לגלות לנתבע מה הוא נושא הדיון כדי שיחשוב מעצמו (לא סיוע התובע) מה להשיב לתובע, אבל אין עליו חובה לפרט את הטענות, כיון שפירוט הטענות יוכל לתת לנתבע אפשרות להכין את עצמו לטעון טענות שקר (עיין אות ט׳ לקמן). ועוד, שאם הנתבע ידע מה הוא נושא התביעה, יתכן שיודה או יתפשר עם התובע ולא יהיה צורך לדיון ולא יהיה צורך להטריח את הדיינים סתם (ש״ך וחכם צבי הנ״ל). אמנם אם אחר תחילת הדיון הנתבע יאמר שהוא זקוק לזמן כדי להביא את ראיותיו בית דין יעשו כפי הנראה בעיניהם להוציא דין אמת (שו״ת באר עשק סימן ס״ז).

---

[817] אמנם עיין בדברי הבאר שבע באות יא לקמן.

[818] אמנם, עדיין קשה לדברינו מכח דברי הש״ך – עיין לעיל אות ד׳.

גילוי שם התובע ללא נושא התביעה

ט. קיימת סברא לומר שאין לתובע לגלות לנתבע רק את שמו, אבל לא את נושא התביעה וכ״ש שלא לגלות לו את טענותיו ונימוקיו[819] (משכנות הרועים – אות ה׳). וטעם הדבר הוא, כנ״ל אות א׳, כדי שהנתבע לא יתכנן טענת שקר (וכך כתב בשו״ת באר עשק סימן ס״ז וכן בשבות יעקב חלק א׳ סימן קמ״ג[820] וכך הבין הש״ך את שיטת הבאר שבע – לקמן אות יא).

ולכאורה על פי שיטה זו אין לגלות לנתבע אפילו את שמו של התובע, אולם ודאי שאי אפשר לומר כך שהרי מוכח מהגמ׳ במו״ק שמודיעים מי הוא התובע – לעיל אות ג׳. ולכן יודיעו לנתבע מי הוא התובע אבל לא יודיעו לו על מה הוא תובע אותו, ואם אחר תחילת הדיון יאמר הנתבע שהוא זקוק לזמן כדי להביא ראיות לדבריו, בית דין יעשו כפי שעיניהם רואות כדי שיצא לאור משפט (באר עשק, הנ״ל)

אולם כנגד סברא זו ניתן לטעון, שיתכן שהתובע דובר שקרים ויש לתת לנתבע אפשרות להתכונן. ועוד הוסיף הרב יצחק ואלי שהובאו דבריו בשו״ת מהר״ם זכות סימן י״ב, שאי גילוי נושא התביעה יגרום לכך שתובעים יטריחו סתם את בעלי ריבם לבתי דין על חינם.

ובפת״ש סימן י״א ס״ק ד׳ כתב בשם תשובת הרב שאול מאמסטרדם שנדפסה בשו״ת זכרון יוסף חו״מ סימן ב׳, שאף הסוברים שאין לגלות את נושא התביעה, יודו שאם מדובר בהליכה לבית דין מרוחק שיש הוצאה גדולה להוצאות הדרך, יש להודיע לנתבע את נושא התביעה (וכ״כ הרב שמואל מוהליבר בחקרי הלכות

---

819 עיין חקרי הלכות לרב שמואל מוהליבר לחו״מ סימן י״א שכתב שאין חובת הודעה, שהרי מי שסירב לבוא לדין מנדין אותו (שו״ע חו״מ סימן י״א סעיף ג׳), ולכאורה יוכל לומר שלא ידע מי הוא התובע וכו׳, ומוכח שא״צ להודיע. אמנם עיין בספר מנחת הח״ג חלק א׳ שו״ת חו״מ סימן א׳ שכתב שאם זו תהיה טענתו, אכן לא ינדו אותו. ולכאורה יש לישב, שאם הכרעת ההלכה היא להודיעו, ודאי שהודיעו לו גם את הפרטים שחייבים להודיע.

820 עיין בשו״ת זכרון יוסף, חו״מ סימן ב׳ בתשובת המחבר (על שיטת הרב שאול מאמסטרדם) שהאריך בביאור הגמ׳ בסנהדרין דף לא: במעשה של מר עוקבא וירמיה, ובשני פירושי רש״י שם, שכתב שעל פי פירושו הראשון של רש״י ניתן להוכיח כשיטת הבאר עשק והשבו״י.

לחו"מ סימן י"א סעיף א', אולם עיין בתשובתו של בעל הזכרון יוסף עצמו שם).

שיטת הבאר שבע

י. שו"ת באר שבע סימן נ"ד:

> שלמך יסגא לחדא אהו' האלוף כהר"ר עזריה פיג"ו י"ץ. אשר שאלת ממני וז"ל ראובן תובע לשמעון שיברור עמו דיינים ושמעון משיב לא אכנס לדין עמך אם לא תגיד לי מתחלה על מה תרצה להתדיין עמי וראובן אינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו כלל ועיקר יורני נא הדין עם מי. עכ"ל השאלה.

יש לעיין על מה מוסב הויכוח בין הצדדים. האם הויכוח הוא על גילוי נושא התביעה (כפי שמוכח מדברי הש"ך לקמן אות יא, ומתשובת הרב יצחק ואלי בשו"ת הרמ"ז סימן י"ב, חכם צבי סימן קס"ט ועוד) או על גילוי טענות התביעה (שו"ת הרמ"ז סימן י"ד – לקמן).

טענת שמעון היא שראובן יאמר לו 'על מה תרצה להתדיין עמי', כלומר שיגלה לו את נושא התביעה, ואילו ראובן 'אינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו'. ויש לעיין האם הכוונה היא שראובן מוכן לגלות את נושא התביעה אבל אינו מוכן לגלות את אופני התביעה (הטענות והנימוקים), או שראובן אינו מוכן לגלות לו כלל את נושא התביעה, ובאומרו שאינו מוכן לגלות את 'אופן תביעתו', כוונתו היא שאינו מגלה לו מה הוא נושא התביעה.

על פי הדו שיח שבין ראובן לשמעון, נראה שראובן אינו רוצה לגלות כלל מה הוא נושא התביעה שהרי הוא אומר 'על מה תרצה להתדיין'. אולם מלשון הבאר שבע "אופן תביעתו", יש מקום להסתפק שמא התובע אינו מוכן לגלות את טענותיו למרות שהוא מוכן לגלות את עצם התביעה, ושמעון אינו מוכן להסתפק בכך.

בדוחק היה מקום לומר שטענת שמעון מראובן שיגלה לו ׳על מה תרצה להתדיין׳, אין פירושה מה הוא נושא הדיון (שאותו יודע הנתבע מעיקרא), אלא על אלו נימוקים רצונך שנדון בבית הדין, שהרי עיקר הדיון בבית הדין הינו הטענות והנימוקים והראיות של כל אחד מצדדים, ולא על נושא התביעה כשלעצמו, וצ״ע.

יא. המשך תשובת הבאר שבע:

תשובה. נראה לי שהדין עם ראובן, מההיא דאמרינן בפרק חזקת הבתים עביד איניש דלא מגלה טענתיה אלא לב״ד, ופרשב״ם עביד איניש דלא מגלה טענתיה אלא לב״ד כדי שלא ילמד מהן מי שכנגדו ויתן לבו מתחלה קודם שיבאו לב״ד להשיב עליהם ע״כ.

והרא״ש[821] הוסיף וביאר, ובמזיד טוען טענות אחרות כדי להטעותו וכו׳ ומה״ט גופיה צ״ל שאין צריך ראובן להגיד אופן תביעתו חוץ לב״ד.

וגדולה מזאת פסק הרא״ש בפרק שבועת הדיינין[822] גבי קיצותא דתרעא מידכר דכירי לה אינשי דאפילו בב״ד אין אדם צריך לברר טענתיה אא״כ יראה לב״ד שבאין ברמאות וכ״כ בתשובה כלל ע׳ סימן ד׳ וכ״כ המרדכי בריש בבא מציעא[823].

הן בסוגיא שבפרק חזקת הבתים (לעיל אות ז׳), והן בדברי הרא״ש והמרדכי, מדובר על מציאות בה עצם התביעה ברורה, והדיון הוא אך ורק על הטענות. ומכאן שיתכן שהבאר שבע, אינו מחייב את התובע לגלות את הטענות אבל חובה על התובע לגלות את עצם התביעה. ואף דבריו ׳שאין צריך ראובן להגיד אופן תביעתו׳ פירושם שאין על ראובן חובה לגלות את טענותיו אף שחובה עליו לגלות את נושא התביעה, וכך ביאר את דבריו הרב משה זכות, בספרו שו״ת

[821] ב״ב פ״ג סימן י׳.
[822] שבועות פרק ו׳ סימן י״ח.
[823] עיין לעיל בדברי הרא״ש בפסקיו ובתשובותיו בעמ׳ 52 ובדברי המרדכי בעמ׳ 52.

מהר״ם זכות בסוף סימן י״ד:

אפשר לומר דגם בעל באר שבע לא מיירי אלא בכה״ג ודייקא דכתב בשאלה 'וראובן אינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו' דלא קאמר אינו רוצה לגלות לו את תביעתו או מה היא אלא 'אופן תביעתו' דהיינו מראה האופנים שיש לו בסידור טענות תביעתו... והדבר ברור למבין. אני משה בכה״ר מרדכי זכות זל״הה.

אבל אם ננקוט שכוונת הבאר שבע היא שאין חובה על התובע לגלות מה הוא נושא התביעה, לכאורה אין מקום לראיותיו (וכך טוען כנגדו הש״ך, לקמן אות יג).

אולם כנגד אפשרות זו בביאור תשובת בעל הבאר שבע, עומדים דברי השואל בהם מוכח לכאורה שהתובע אינו רוצה לגלות כלל על מה הוא נכנס לדין, וכנ״ל, אא״כ נאמר כדברינו לעיל (״בדוחק״) באות י׳.

יב. רבים השיגו על על ראיותיו של בעל הבאר שבע מסוגיות הגמ׳ ומדברי הרא״ש, לקמן נציין לחלק מדבריהם, ועל ידי כך ננסה ללבן האם הבאר שבע פוטר את התובע מלגלות את עצם התביעה או שפוטר אותו אך ורק מגילוי הטענות והראיות.

יג. ש״ך חו״מ סימן י״א ס״ק א׳:

בספר באר שבע[824]... עכ״ד.
ואין דבריו נכונים בעיני, דלא דמי לפרק חזקת הבתים דף ל״א ע״א, דהתם... ומצי הנתבע לומר לא רציתי לגלות טענתי בפניך עד לדין. וכן הא דכתב הרא״ש פרק שבועות הדיינים, היינו משום שכיון שטוען שפרעו וכה״ג אין צריך לברר היאך פרעו ובמה פרעו.

[824] הנ״ל שמסקנתו שאין ראובן חייב לגלות לשמעון.

אבל הכא ודאי מצי הנתבע לומר הגד לי מתחילה מה תרצה לדון עמי, כי אולי אחרי שאדע תביעותיך אעשה כרצונך ולא אבוא עמך להתדיין כלל, וכל זמן שאינו רוצה לגלות לו אופן תביעתו, אינו מחויב לבוא עמו לדין כלל. כן נלפע"ד.

הש"ך דוחה את ראיותיו של הבאר שבע, ומחלק בין גילוי טענות לבין גילוי עצם הנושא לדיון. בפרק חזקת הבתים הנתבע אינו רוצה לגלות את הטענות (אבל עצם התביעה ידועה, עי"ש בסוגיא), וכן בנידון של הרא"ש הנתבע כבר אמר את דבריו שהוא פרע, אולם אינו מפרש את דבריו. כלומר, עיקר הדבר ידוע רק הנימוקים מסביב אינם ידועים, ולכן טוען הש"ך כלפי הבאר שבע, שלא ניתן להביא ראיה מכך שאין חובה לפרש את הטענות והראיות, לגבי אי חיוב הודעת עיקר התביעה (נושא הדיון) לנתבע לפני תחילת הדיון.

כלומר, הש"ך סובר שהבאר שבע פוטר את התובע מלגלות לנתבע מה הוא נושא התביעה (וכן ביאר את דברי הש"ך בשו"ת חכם צבי בתחילת סימן קסט), ולפיכך הוא מקשה עליו וכנ"ל, אולם על פי דברינו לעיל (ועל פי שיטת המהר"ם זכות), מעולם לא עלה על דעת הבאר שבע מלפטור את התובע מלגלות לנתבע מה הוא נושא התביעה, והבאר שבע פטר רק מגילוי הטענות וכנ"ל. ונמצא, שמסקנת הש"ך (שקיימת חובת גילוי נושא התביעה), היא גופא שיטת הבאר שבע, אולם הש"ך עצמו לא כך ביאר את דברי הבאר שבע, וכנ"ל.

<u>הכרעת האחרונים / שיטת האגרות משה / תקנות הדיון</u>

יד. **אחרונים רבים הכריעו כשיטת הש"ך, והיינו שקיימת חובה להודיע מה היא התביעה, אבל אין חיוב להודיע מה הם טענות ופרטי התביעה (שו"ת חכם צבי סימן קס"ט, שו"ת מהר"ם זכות סימן י"ב ,י"ד). ובשו"ת אגרות משה כתב חו"מ חלק ב' סימן ו' כתב:**

הנה הסתפקת על פי הערת הרה״ג מוהר״ר מרדכי טוורסקי שליט״א, על מה שכתבתי בח׳ תמוז תשל״א כהדרכה לאגודת הרבנים שכשאחד תובע את חברו לב״ד אין התובע מחוייב להגיד להנתבע פרטי הדברים מה שהוא תובע.

והזכרת שיש נידון בין כמה רבנים אם כוונתי בזה לשיטת הבאר שבע או לשיטת הש״ך ששניהם נזכרים בהש״ך סימן י״א ס״ק א׳.

נראה שספקם של הרבנים נובע מכך שהגרמ״פ זצ״ל כתב להם שאין חובת הודעה על ׳פרטי הדברים׳ ונוסח זה אינו מצוי בבאר שבע ובש״ך הנ״ל. והם הסתפקו האם כוונתו שאין שאין צריך להודיע את הטענות אבל את עצם התביעה יש לפרט (כשיטת הש״ך) או שניתן לזמן לדין ללא הודעה מה הוא נושא הדיון. ועיין בהמשך הדברים:

בעצם אנו סוברים כהש״ך. ורק למעשה פשוט וברור שאגודת הרבנים, או שום ב״ד סמכאי, לא ישלחו הזמנה לאחד על תביעת דבר קטן ששייך להסתפק דשמא היה הנתבע משלם להתובע בעצמו מחמת שלא ירצה לילך בדינא ודיינא.

וממילא אם מקבלים הזמנה, אין שוב לשאול פרטי התביעה, שיש לסמוך שהרבנים ששלחו ההזמנה אמרו שאין תביעה זה נכלל באותו ספק, שאם היה נכלל בהספק, היו מקודם שואלים להנתבע ורק אח״כ שולחים הזמנה. ואם הנתבע חושב שהתביעה היתה בסכום שהיה מוכן לשלם, עליו להגיד שאם זה תביעה רק לסכום כזה הריני מוכן לשלמו[825].

כלומר, בהזמנה לא מפורט מה הוא סכום התביעה, ורק כתוב שפלוני תובע את פלוני. ואף שעל פי שיטת הש״ך יש להודיע על מה הוא תובעו (וכך ההכרעה למעשה), בית דין עצמו מכריע האם יש צורך להודיע, וכיון שבית הדין סובר

[825] צ״ע מה היא הסיבה להטיל על הנתבע את החובה לפנות לבית דין ולומר אם הסכום כך וכך, אני מוכן לשלם.

שאין צורך להודיע, כיון שהוא מעריך בדעתו שהנתבע לא היה מוכן לשלם, אין צורך להודיע לו מה הוא סכום התביעה (אמנם, יש לעיין האם יש להודיע האם התביעה היא בעקבות הלואה, מקח וממכר וכו').

על פי שיטת האג"מ, נראה שהש"ך דיבר או על מציאות של זבל"א שבה אין בית דין שמכריע מעיקרא האם יש לפרש, או על בית דין קבוע שמעיקרא אינו בודק את פרטי הדיון, וצ"ע.

ולפעמים ברור להרבנים שהנתבע יודע מהו הסכום שמדברים עליו, ואז ג"כ אין צורך לפרט יותר.

ולפעמים אף שאפשר שמוכן לשלם, מ"מ אפשר שהב"ד יכריע לשלוח הזמנה מחמת שחושבים שאולי קבלת הזמנה יגרום שישלם הנתבע בעצמו מחמת שיודע שחייב ונמצא שמועיל הזמנתם אף בכה"ג, ושייך לשלוח הזמנה גם בשביל ספק תועלת זה. ולכן איני רואה שום פקפוק בהנהגת אגוה"ר בזה.

האג"מ לא ביאר מה הוא ההפסד שלא לנהוג כפשטות דברי הש"ך ולהודיע מה הוא נושא התביעה (ולכלול בדבר את סכום התביעה), וליהפך, אם יודיעו לנתבע הוא יוכל לדעת עם אלו מסמכים לבוא לדיון וכו' והדבר גם ימנע בזבוז זמן של הצדדים ובית הדין, וצ"ע.

טו. תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בישראל, שנת תשנ"ג, פרק ד' (הזמנת בעלי דין) סעיף כ"ו:

הזמנה בכתב[826] צריכה לכלול שמות הצדדים, מהות הענין שלשמו באה ההזמנה.

[826] על פי דין אין חובה לכתוב את הטענות בכתב, עיין שו"ע חו"מ סימן י"ג סעיף ג' ועי"ש בסמ"ע ס"ק י"ב שאין להטריח את חבירו לקחת את טופס טענתו ולהשיבה עליהן מתוך הכתב.

בפשטות התקנה הינה כשיטת הש"ך לעיל, יש להודיע את נושא התביעה אבל לא את נימוקיה. אולם עיין שם בפרק ג' העוסק בחיוב בהגשת המשפט בפני מזכירות בית הדין, ובסעיף כ"ו שם נכתב שכל כתב תביעה המוגש למזכירות בית הדין יכיל:

> שם התובע... שם הנתבע... העובדות המשמשות יסוד התביעה... עתירת התובע, ואם התביעה היא לתשלום כסף עליו לנקוב את הסכום.

נראה, שבפני מזכירות בית הדין קיימת חובת פירוט מורחבת יותר מחובת הפירוט שבפני הנתבע[827]. ובפשטות בפני הנתבע מביאים רק את מהות הענין ולא את פרטיו, כדי שלא ילמד לשקר (לעיל אות ח'), אבל בפני מזכירות בית הדין יש לפרט גם את "העובדות המשמשות יסוד התביעה" ונראה שנכללים בכך מסמכים וכו' המוכיחים את טענת התובע. אולם, אם הטעם שלא מגלים לנתבע את "העובדות המשמשות יסוד התביעה" מחשש שמא ילמד לשקר, יש להקפיד שלנתבע או למורשה שבא מטעמו לא תהיה גישה לתיקים שבמזכירות בתי הדין, וצ"ע.

סיכום

טז. העולה מהאמור לעיל:

- חובה לזמן אדם לדין, ואין לכפותו לבוא לדין ללא הזמנה מראש (אות ג').
- בגמ' מפורש שיש להודיע לנתבע מי הוא התובע (אות ג').
- מפורש בגמ' שמותר לאדם שלא לגלות את טענותיו (נימוקיו) מחוץ לבית הדין, ומכאן ראיה שאין חובה על התובע לגלות את טענותיו לפני הדיון

[827] ומוכח שפירוט זה אינו נחשב שמיעת טענות צד אחד, שהרי קיימת אזהרה לדיין שלא ישמע בעל דין אחד – סנהדרין דף ז: . אמנם עיין ערוה"ש חו"מ סימן י"ג סעיף ד' שנהגו שבזבל"א כל צד אומר את טענותיו בפני הדיין שברור לעצמו, וכיון שכך המנהג ושני הצדדים נהגו כן, מותר. ועיין גם בשו"ת פנים מאירות ח"ב סימן קנ"ט.

(אות ז׳). אולם יתכן שהגמ׳ דנה רק על הנתבע ואילו על התובע קיימת חובת הודעת התביעה וטענותיה כדי שהנתבע יוכל להכין עצמו לדין (אות ד, ז׳).

- יש הסוברים שחוץ מההודעה מי הוא התובע אין להודיע לנתבע דבר, אא״כ יש הוצאות כספיות הכרוכות בתביעה (אות ט׳).
- יש הסוברים שיש לגלות לנתבע את נושא התביעה ללא הנימוקים (אות ח׳), והטעם לאי הגילוי הוא כדי שהנתבע לא יכין טענות שקר (אות ח׳, ט׳).
- יש מקום להסתפק מהי שיטתו של על הבאר שבע (אי גילוי הנושא או אי גילוי הטענות – אות י׳).
- שיטת הש״ך ובעקבותיו פוסקים רבים, שיש לגלות את נושא התביעה אבל לא את הטענות (אות יג, יד).
- האג״מ כתב שההכרעה היא כש״ך וחידש שבית הדין אינו חייב להודיע את סכום התביעה (אות יד) ועיין בתקנות בתי הדין הרבניים (אות טו)[828].

[828] עיין ובדברינו שם.

כְּתִיבַת וּמְסִירַת הַטַּעֲנוֹת (שֶׁנֶּאֱמְרוּ בְּבֵ"ד) וְהַשְׁטָרוֹת לְצַד שֶׁכְּנֶגְדּוֹ

הַקְדָּמָה / טַעֲנַת זִיּוּף וּמְדוּעַ לֹא כְּדַאי לְנַתְּבֵעַ לְטַעֵן טַעֲנַת זִיּוּף

א. התובע אומר את תביעתו בבית הדין, ומוסיף ומבאר את נימוקי התביעה (הטענות), ומביא עימו את הראיות שיש לו (עדים, שטר). הנתבע משיב לדבריו, מנמק את דבריו ומתמודד עם הראיות שהביא התובע. לקמן נדון האם יש בכוחו של הצד שכנגד לדרוש לקבל לרשותו את דברי התובע (אות ד׳) ואת השטרות שהציג התובע כהוכחה לדבריו[829] (אות ה׳).

ב. זכותו של כל נתבע לטעון טענת ׳מזויף׳ כנגד כל שטר שהוצא כנגדו (שו״ע חו״מ סימן מ״ו סעיף א׳), ועל מחזיק השטר לקיים את השטר ולהוכיח שהשטר איננו מזוייף (כמבואר בשו״ע חו״מ סימן מ״ו סעיף ז׳[830]). אחר שהשטר קויים בבית דין וטען הנתבע שלמרות הקיום השטר מזוייף, ויש לו עדים שיוכיחו את הדבר, ולכן הוא מבקש מבית הדין זמן כדי להביא אותם, בית הדין יקבל את בקשתו אם יראה לו שיש בדבריו ממש (שו״ע חו״מ סימן צ״ח סעיף ד׳)[831], ועיין לקמן אות ה׳.

---

[829] העתקת שטרות היא פעולה שנעשית בעקבות דרישתו של מחזיק השטר, במקרה בו השטר עומד להימחק, או שבעל השטר עומד לצאת לדרך רחוקה וחושש שהשטר יאבד וכדו׳. החשש בהעתקת שטר הוא שמחזיק השטר שעתה שיש בידו שני שטרות יגבה פעמיים ויוציא מלקוחות שלא כדין, ולכן בית דין מציינים על גבי השטר שמדובר בהעתק – עיין ב״ב דף קסח: ושו״ע חו״מ סימן מ״א סעיף ג׳. ועיין במאמרו של הרה״ג אליעזר שנקולבסקי ״זכות בעל דין לקבל לידיו את מסמכי בעל דין חבירו״, נדפס בשעלי דעת ו׳, תשמ״ט עמ׳ 104.

[830] לשון השו״ע שם: ״באחד מחמשה דרכים מתקיים השטר. האחד, שיהיו הדיינים מכירים כתב ידי העדים. השני, שיחתמו העדים בפניהם. השלישי, שיבואו העדים החתומים בו ויאמר (כל אחד) זה כתב ידי ואני עד בדבר הזה. הרביעי, שיבואו עדים יעידו שזה כתב ידם של אלו (ויכולין להעיד עדות זה מתוך כתבם, ואינן צריכין להעיד בפיהם, ריב״ש סימן שפ״ב, ותי״ג). החמישי, שיהא כתב ידם יוצא משטרות אחרות, ועורכים בית דין זה הכתב לאותו הכתב שבשטרות אחרות, ויראה להם שכתב ידי אלו הוא כתב ידי אלו...״. ועי״ש בסעיף ד׳ וסעיף ו׳.

[831] נתבע שטען שהשטר מזוייף (ולא אמר במפורש שלא לוה), ואח״כ השטר קויים, נחלקו הפסוקים האם איבד הנתבע את זכותו לטעון פרעתי (רמ״א חו״מ סימן פ״ב סעיף א׳), אבל אם אמר במפורש שלא לוה והשטר מזויף, שוב לא יוכל לטעון שפרע, שהרי באומרו שלא לויתי נחשב כמי שאמר לא פרעתי (כתובות פח. עוד).

ג. נתבע שטען שלא לוה והשטר מזוייף, וטענתו הופרכה, אינו יכול לשוב ולטעון שפרע את החוב הכתוב בשטר, כיון שבשעה שטען מזוייף למעשה הודה שלא פרע את החוב, ולכן אין בכוחו לחזור ולטעון פרעתי (עיין רמ״א חו״מ סימן פ״ב סעיף א׳). ולכן אף שטענת זיוף היא טענה המתקבלת בכל שטר שאינו מקויים, והיה מקום לחשוש שנתבע תמיד יטען טענה זו, נתבע שטען טענה זו, מפסיד את האפשרות לטעון טענת פרעון, ולכן לא תמיד נתבע ישתמש בזכותו לטעון טענת זיוף.

כְּתִיבַת הַטַּעֲנוֹת וּמְסִירָתָן לְבַעַל הַדִּין

ד. במשנה במסכת ב״ב דף קסז: ובסוגיית הגמ׳ בדף קסח. מבואר שת״ק ורשב״ג חולקים, האם כתיבת טענות הצדדים (שמחייבת את הסכמת הצדדים) הינה בשני שטרות נפרדים (רשב״ג) או שטענות שני הצדדים נכתבים על שטר אחד בלבד (ת״ק). אחר כתיבת הטענות לא יכול הטוען לתרץ ולהסביר את דבריו שנאמרו במקרה מסויים וכו׳[832].

טעמו של רשב״ג הסובר שיש לכתוב את הטענות על שני שטרות שונים, וכל צד יקבל את טענתו ולא יוכל לראות את טענתו של חבירו, מפורש בגמ׳ בדף קסח. :

> טעמא דרשב״ג, דאמר ליה לא ניחא לי דתיהוי זכותך גבי זכותי דדמית עלאי כי אריא ארבא (רשב״ם: כל שעה שתראה הכתב[833] תבוא עלי בעלילות טענותיך הכתובים בו ושם תראה טענותיי נבא לידי מריבות כי איש מריבות אתה[834]).

---

[832] רשב״ם ב״ב דף קסח. ד״ה ״שטרי טענתא״, נמוק״י דף עח. מדפי הרי״ף, שו״ע חו״מ סימן י״ג סעיף ב׳, ועי״ש ברמ״א שסובר שאף אחר טענה בעל פה אינו יכול לשנות ולתרץ דבריו.

[833] פירוש, אם טענות הצדדים יכתבו על שטר אחד (כשיטת ת״ק), יוכל הצד שכנגד לראות תמיד את טענות חבירו.

[834] ולולי החשש של ׳אריא ארבא׳ (או הוצאות כספיות נוספות) היה מקום לכפותו מדין כופין על מידת סדום, כמבואר שם בגמ׳. וכתבו המ״מ (פרק ה׳ מטוען הל׳ ז׳) והגר״א (חו״מ סימן ט״ז ס״ק ח׳), שמכאן נסיק שמי שיש בידו שטר (שאינו צד בו) חייב להראותו בבית דין כדי להוכיח את צדקת אחד הצדדים, עיין הערה 856.

ומדברי הגמ׳ הסיקו ראשונים (ריטב״א ב״ב דף קסח., ובעקבותיו הנמוק״י בדף עח. מדפי הרי״ף) מסקנה כללית לדרך הדיון בבית דין, והובאו דבריו בסמ״ע בחו״מ סימן י״ג ס״ק י״א-י״ב:

> אין כופין לאדם שיתן[835] כו׳. כתב נ״י בפרק גט פשוט [ב״ב ע״ח ע״א מדפי הרי״ף], לא מיבעיא שאין כופין שיתן לבע״ד טענתו כתובה, דיאמר איני רוצה שתהיה עלי כאריה ארבא ללמוד מטענותי להשיב עליהן בשקר, אלא אפילו ליתן לב״ד בכתב גם כן אינו יכול לכפותו, ואפילו כבר טען לפניהן...

חששו של בעל הדין הוא, שאם טענתו תהיה כתובה ותינתן לבעל הדין שכנגדו, חבירו ידקדק ויחפש עלילות ותחבולות לפסול את דבריו, ולכן זכותו לדרוש שטענתו לא תיתן כתובה לצד שכנגד.

ולכאורה כיון שבית דין מצווים להוציא משפט צדק, ראוי למסור את הטענה כתובה, כדי שהצד שכנגד ידקדק ויגלה שמא יש פסול בדברי חבירו, ומתוך כך יפסקו הדיינים דין אמת לאמיתו ומדוע שלא ינהגו כך ?

נראה, שנקודת המוצא היא, שאם יש ביד אחד הצדדים לפסול את דברי הצד שכנגדו, הוא יוכל לעשות זאת גם ללא קבלת הטענות כתובות, ועוד שבית הדין עצמו ידקדק בדברים ששמע מפי כל אחד מהצדדים. אבל מסירת טענה כתובה לצד שכנגד, ברוב רובם של המקרים לא תביא לחקר האמת, אלא ההיפך, היא תוביל לעשיית תחבולות וטענות דברי שקר, ולכן אין חובה למסור את הטענה כתובה לצד הנגדי[836].

---

[835] שו״ע חו״מ סימן י״ג סעיף ג׳: ״אין כופין אדם שיתן טענותיו בכתב...״. עי״ש שקודם הדיון לא מחייבים אדם לתת את טענותיו בכתב לבית הדין, וכתב שם הסמ״ע ס״ק י״ב בשם הריב״ש: ״לפי שאין להטריח חבירו לקחת טופס טענתו ולהשיב עליהן מתוך הכתב, ועוד שיש לדיינים לשמוע הטענות מפיהן, דמתוך דבריהן ילמדו להבין מי הטוען האמת או שקר, ולא שיבוא בטענות סדורות מפי אחרים כאשר בודה מלבו ליפות טענות של שקר בתיקון הלשון, עכ״ל״.

[836] על פי האמור, יש לעיין האם נוכל לאפשר הקלטה או הסרטה בבית דין. שלכאורה גם במקרה

אבל אם שני הצדדים יסכימו מראש שהטענות תמסרנה כתובות לצד שכנגד הסכמתם תועיל, שהרי השו"ע הנמוק"י שאין לכפות מסירת הטענות כתובות, אבל הסכמה מראש של הצדדים תועיל, ואף בית הדין יכול לקבוע שכל הבא להתדיין בפניו מקבל על עצמו שטענתו תימסר לצד שכנגד[837].

<u>מְסִירַת שְׁטַר לְיַד שְׁכֶנְגֶד – שִׁיטַת הָרַשְׁבַ"א / 'אֵין לְךָ שְׁטַר שֶׁלֹּא יִהְיֶה בּוֹ כְּמִזַּה סְדָקִין'</u>

ה. שו"ת הרשב"א חלק א' סימן תתפט[838] – דברי השואל:

שאלת ראובן שהוציא שטר חוב על חברו. והנתבע טוען שאינו יודע שהוא חייב לו. ובקש שיתן לו נוסח השטר[839] אולי יוכל להכחיש או להזים העדים.

הוצאת השטר היא בבית הדין. וטענתו של הנתבע היא, שהוא רוצה לעיין בשטר ולבדוק אותו. אולם, לנתבע אין טענה מוכחת נגד השטר, ותביעתו היא רק 'אולי'. ונראה שהמציאות היא שהנתבע אומר שהוא אינו חייב (והעדים חתמו חתימת שקר), והוא רוצה לבדוק את ראיותיו של התובע, ודורש שיתנו לו את נוסח השטר כדי שיוכל לבדוק אותו, אבל בשעה בה הוא תובע את השטר אין בידו שום טענה מוכחת כנגד השטר.

טענתו של הנתבע איננה טענת זיוף (שמחזיק השטר זייף את השטר ואת חתימות העדים), אלא שהעדים עצמם חתמו על השטר חתימת שקר. ויתכן שהתובע כבר

זה קיים חשש של תחבולות מצידו של הצד שכנגד. יתכן שכיון שמדובר בדיון בע"פ יש יכולת ביד כל אחד מהצדדים לפרש את דבריו (עיין הערה 835), ולכן אין חשש בהקלטה שהרי יוכל הטוען לפרש את דבריו. אולם יתכן שיש צד לומר שגם הקלטה אסורה דסו"ס הדבר נותן לצד שכנגד הזדמנות למצוא עלילות ותחבולות.

[837] ואף שהיה מקום לומר שגם הסכמת הצדדים לא תועיל כיון שהדבר יביא לאמירת שקרים, אין ביד בית דין למנוע דבר ששני הצדדים מסכימים לו. ואף בית הדין יכול להתנות שהצדדים יסכימו לכך, אם בית הדין מבין שלולי כך לא יבואו הצדדים להתדיין בדין תורה, וצ"ע.

[838] ועיין תשובה דומה בחלק ב' סימן קלז, וחלק ז' סימן תסא.

[839] העתקת השטר.

קיים את השטר והוכח שאינו מזוייף (עיין אות ב׳), ולכן טוען הנתבע שהעדים חתמו בשקר. ונראה, שאף אם מעיקרא טען טענת זיוף והוכח שלא זוייף, יש בכוחו לטעון טענת חתימות שקר, כיון שטענות אלו אינן סותרות זו את זו (אות ג׳).

טענת זיוף היא טענה שמתקבלת בבית דין (כיון שקל לזייף שטרות) אף אם לנתבע אין הוכחה לדבריו ולכן קיימת חובה על התובע לקיים את שטרו. אבל אחר שהשטר קויים אין לנתבע בסיס לטעון שהשטר מזוייף, אא״כ בית דין רואין אמתלא לדבריו (אות ב׳), וכן טענת חתימת שקר אין לה בסיס הלכתי כיון שעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותם בבית דין, רק הנתבע טוען שהוא רוצה לבדוק את הדבר.

ו. המשך תשובת הרשב״א:

> תשובה אין מחייבין אותו למסור, שאין לך שטר שלא יהיה בו כמה סדקין שיוכל בעל הדין לבא דרך שם בעקיפין. ולמה ימסור שטר למי שיארוב עליו כאריה במסתר. אלא הרי זה רואה שטרו ביד ב״ד, עכשו יבא וישיב. ואי משום הכחשה אין נוסח השטר מעכב[840].

כלומר, אם הנתבע רוצה לפסול את השטר על ידי הכחשת העדים (או הזמתם) הוא אינו זקוק שנוסח השטר יעמוד נגד עיניו. ואם הוא יקבל לידו את השטר או את העתקו (׳נוסח השטר׳), הוא ידקדק בלשונו ויחפש בו ׳סדקים׳ כדי לפוסלו.

---

[840] עי״ש שהביא ראיה לדבריו מדינו של רשב״ג הנ״ל אות ד׳, שאין למסור טענות לבעל דין משום ׳אריא ארבא׳ ואע״פ שאין הלכה כרשב״ג כיון שבטענות שנטענו עתה אין הפסד כ״כ (ויתכן שטעמו הוא שב״ד עצמם שמעו את הטענות ולכן הם יכולים לדון על פי שמיעתן, ולכן דקדוק הטענות הכתובות לא יקלקל), וגם יש בזה משום מידת סדום שמחייבו להוציא עוד כסף עבור כתיבת שני שטרות, יש לחלק בין טענות בהם אין הלכה כרשב״ג לבין שטרות בהם יכול להיות הפסד גדול מחמת הדקדוקים, ולכן אין למסור את השטר לבעל הדין. אמנם הרא״ש בכלל סח סימן כד כתב, שיש למסור את השטר (או העתקו) לבעל הדין (לקמן אות יא), ואע״פ שבטענות קיימת טענת ׳אריא ארבא׳ היינו משום שהנתבע יחפש תחבולות לשנות את הידוע ולבטל דברי אמת של חבירו, אבל בשטר שיש חשש שמא הוא מזוייף, יש לתת אותו לנתבע שיגלה כיצד היתה התחבולה לזייפו, ותתגלה האמת.

ויש לעיין אם באמת יש 'סדקים' בשטר, יש לברר את פשרם ולהגיע לחקר האמת ומדוע הרשב"א מונע בירור זה?

נראה, שאילו היו שטרות שהיו בהם סדקים והיו שטרות שלא היו בהם סדקים, היה צריך לבדוק את השטרות שיש בהם סדקים, אבל כיון שבכל השטרות יש סדקים, ממילא יש להתעלם מהם, ואע"פ שיתכן שישנם מקרים נדירים בהם הסדק מוכיח שיסודות השטר מקולקלים, סו"ס בית הדין עצמם בודקים את השטר ובוחנים אותו. ועבור הסיכוי הקטן שמא יתגלה דבר שאינו ידוע עתה, בית דין לא יאפשרו לנתבע לקבל את השטר לידו ועל ידי כך יגרור את התובע ואת בית הדין לדיונים רבים שמסתבר שבסופו של דבר לא יצא מהם דבר[841].

ז. **ודאי שישנם סיבות רבות בגינן ניתן לפסול את השטר (אף אחר קיום חתימות העדים), כגון שהשטר נכתב באופן בו הוא עשוי להזדייף ושיש בו מחיקות וגירודים וכו'. אולם בדיקות אלו מוטלות על בית דין, והם עצמם יגלו פסולים אלו[842]. הטענה אותה טוען הנתבע היא, שרצונו לגלות דברים שבית דין אינו בודק ואינו חושש להם. ועל כך משיב הרשב"א שהנזק שיכול לנבוע מבירורים מרובים גדול מהתועלת של הבירור. ועוד, שעצם טענתו להכחשה או הזמה, יכולה להתברר אף אם גוף השטר אינו בידו.**

אמנם, בדברי הרשב"א קיימות שתי טענות כנגד הנתבע. האחת, שאין שטר שאין בו סדקים. והשניה, שניתן להכחיש את העדים אף אם השטר אינו נמצא ביד

---

[841] על פי דין יש לבצע דרישה וחקירה של העדים בכל שטר חוב, אבל חכמים ביטלו דו"ח בשטרי הלוואת כדי שלא לנעול דלת בפני לווין. והיינו כדי שהמלוה יוכל לגבות את שטרו בקלות, ולא ימנע מהלוות מחשש שאם הדבר יגרר לבית הדין הדיון יארך מאד. ולמרות שברור הדבר שמניעת הדו"ח יכולה להוביל לידי כך שיהיו מקרים שמלוים אינם ישרים יוציאו ממון ממי שאין להוציא ממנו, אין לחשוש לכך כיון שברוב רובם של המקרים לא יארע כך, והטעם של מניעת נעילת דלת בפני לווין גובר. והוא הדין במקרה שלפנינו.

[842] שו"ת בעי חיי ח"א חו"מ סו"ס כ"ט כתב: "ועוד דמחלוקת הגדולים הללו אינן אלא בדיין מומחה שדעת הרשב"א דאינו מחוייב ליתן לו את הטופס שלא יבקש עליו תואנות לפסל השטר אלא מראהו לב"ד לקרותו ולראותו כמ"ש נ"י בשם הרשב"א והריטב"א ז"ל וכיון שמראהו בב"ד והדיין לאו קטיל קנה באגמא הוא יראה וידקדק בשטר אם יש שום מקו' לזכות את הנתבע אבל בנדון שלנו גלוי וידוע לכל שער עירנו שהדיין כל ישעו וכל חפצו לזכות את ראובן ומלבד זה טעה בפשיטות אפילו בדין שהוא פשוט בש"ע לא ידע מקומו איו ואיך יאמר הרשב"א ז"ל שלא יתן לו הטופס אלא יראהו לב"ד כיון שהב"ד עצמו הוא בעל ריבו". ועיין בדברינו באות טז.

התובע. ויש לעיין האם במקרה בו הנתבע טוען שהוא רוצה לבדוק את השטר יותר טוב (בלא טענה פרטנית) או שהוא טוען שהשטר מזוייף ולכן הוא רוצה לקבל לידו את השטר כדי למוסרו למומחה שיבדוק שוב האם לא היו מחיקות שהדיוט לא מצליח לראותן וכו' הרשב"א יסכים שיש למסור את השטר או העתקו לידי הנתבע. שהרי טענת הרשב"א היא שעבור הכחשה אין צורך למסור את השטר לנתבע, והוא יכול להגיע לידי כך אף אם השטר אינו בידו, אבל בדברים בהם יש הכרח שגוף השטר יהיה בידו, האם הטענה שבכל שטר יש סדקים ולא בודקים אותם עומדת בפני עצמה ולא יתנו את השטר לנתבע, או שבמקרה זה יש למסור את השטר לנתבע.

ונראה, שהטענה של מציאות סדקים (שאין בהם ממש) עומדת בפני עצמה, וכפי שכתב הרשב"א בתשובתו בחלק א' סימן קע"ב:

> ולענין הטפסת שטר הכתובה, אשר תבע לוי, אינו בדין. דמצי האלמנה למימר, דמית עלאי כארי' ארבא. ואינו צריך שיהא טופס כתובתי מונח אצלך, כדי שלא תתחכם להערים ולמצוא עילה לפסול את שטרי, והכי משמע בפרק גט פשוט.... משום דאמר אידך לא בעינן דתיהוי טענתי גבי טענתיך, משום דדמית עלאי באריה ארבא.

כלומר, במקרה בו לנתבע אין טענה מיוחדת אבל הוא רוצה לקבל את השטר אליו, אין למסור לו את השטר מחשש שמא יתחכם להערים[843]. ונראה שכל טענה שיעלה הנתבע כנגד השטר לא תביא את בית הדין לתת בידו את השטר, ולכן בין אם הוא טוען שהעדים ביודעין חתמו חתימת שקר ובין אם הוא טוען שמא גוף השטר מזוייף (אחר שכבר קויים בבית דין), או שרוצה לבדוק אותו בדיקה מעולה, טענתו נדחית.

[843] עיין גם בשו"ת הרשב"א חלק ב' סימן סימן רי"א, שג"כ נראה שמדובר במציאות שכזו. ושם מדובר על דרישה להראות שטר מתנה, ומוכח שתשובה זו לא היתה לעיני בעל כנסת הגדולה בספרו שו"ת בעי חיי חו"מ ח"א סימן כ"ט בסופו, שכתב שהרשב"א דן רק על שטר על הלואה ולא על שטר מתנה, והעיר על כך בשו"ת אשר לשלמה סימן לא.

אמנם הרשב"א לא דן על מקרה בו הנתבע טוען בטענת בריא שהשטר מזוייף והוא רוצה להוכיח את דבריו על ידי פניה למומחה, האם גם במקרה זה לא ימסרו לו את השטר. ונראה, שאף במקרה זה אין למסור לו את השטר, כיון שאילו הרשב"א היה מסכים לכך, הוא היה מציין זאת, וקצ"ע (ועיין אות ז')[844].

שִׁיטַת תְּשׁוּבַת הָרַמְבַּ"ם

ח. בשו"ת הרא"ש כלל ס"ח סימן כ"ד העתיק השואל את תשובת הרמב"ם[845]:

> ואומר, ששטר ראובן המלוה, אע"פ שכתוב בו 'בלא טפיסת טופס מזה השטר'[846], אין טענה לראובן להמנע מנתינת הטופס ממנו, ואפילו התנה זה על טפסו בביאור.
>
> מפני שזה הענין אינו מחייב השהיית הפרעון אלא לאחר ברור ההפסד והזיוף שבשטרו. א"כ, כל זמן שיראה מן הדין לפי טענת בעלי דינין שיתן לו הטופס בלא זה התנאי, שלא יועיל זה התנאי לעכב נתינת זה הטופס, לפי שאם הדין יחייב בלא זה התנאי, השהיית הפרעון בעבור זמן ב"ד או בעבור דבר, שלא ישתהה הפרעון (אלא שיתן לו הטופס ולא ישתהה בעבורו הפרעון) יותר ממה שהיה משתהה בעבורו בלא נתינת הטופס, ובלא זה התנאי הנזכר בו, רוצה לומר בלא תביעת טופס מזה השטר[847]...

הנתבע רוצה לקבל את השטר כדי להוכיח את 'ההפסד והזיוף שבשטרו' של

---

[844] יש לעיין האם יכול הנתבע לתבוע מבית הדין שהם יעשו בדיקה מעולה יותר של השטר, כגון, למסור לבדיקה מעבדה משטרתית, והוא יממן את הוצאות הבדיקה. וזאת במציאות בה כולם מודים שבדיקה במעבדה יכולה להביא לתוצאות מדוייקות יותר, רק בדרך כלל לא נוקטים בדרך זו כיון שהיא יקרה מאד, וצ"ע.

[845] מהד' בלאו סימן תי"ד, עי"ש ובהערות.

[846] פירוש, בנוסח השטר כתוב שמשטר זה לא יעשו 'טפיסת טופס' והיינו העתקה.

[847] פירוש, למרות שכתוב בשטר שאין לתת העתק ממנו (ללוה), יש לתת ללוה את העתקו. אם יראה לדיינים שטענת בעלי הדין לקבל בידם את השטר נכונה 'מן הדין' כדי לברר האם יש בשטר 'הפסד וזיוף' (שהרי יתכן שחלק מהזיוף הוא הכתיבה שלא לתת את העתקת השטר, עי"ש בהמשך דבריו ובדברי הלבוש חו"מ סימן ט"ז סעיף ה': "שמא זה שכתוב בו כן הוא עצמו זייף"). ולגבי הטענה שתעלה מצד מחזיק השטר שהדבר יגרום עיכוב בפרעון, טענתו טענה ולכן הוא לא יקבל 'הארכת זמן' עבור כך, אלא הזמן שבית דין נותנים לאדם כדי לפרוע את חובו "זמן בית דין או בעבור דבר" הוא גם פרק הזמן בית דין יתן לנתבע להוכיח את טענתו, אבל לא יותר מכך.

המלוה, ומסתבר שמדובר באופן בו הוכח בבית דין ששטר זה אינו מזוייף על ידי קיומו של השטר (וכנ"ל אות ב, ה'). אולם הלוה טוען שלמרות זאת השטר מזוייף והוא רוצה לקבלו את העתקו כדי להוכיח זאת. והרמב"ם מצדיק את דבריו (ובלבד שהדבר לא יגרום עיכוב בזמן הפרעון).

ט. הטענה עימה מתמודד הרמב"ם היא טענת 'הפסד וזיוף', והיינו שהשטר אינו תקין. וכנ"ל, הרשב"א שסובר שאין למסור שטר לידי הנתבע אינו דן במפורש על טענת זיוף, אבל מכלל דבריו מוכח שאף טענת זיוף לא תגרום לבית דין למסור את השטר בידי הנתבע (אות ו'-ז'), ונמצא שהרמב"ם והרשב"א חולקים.

ובמקרה בו הנתבע יטען שהעדים הינם עדי שקר וחתמו בשקר והוא רוצה להכחישם או להזימם, ולכן תובע לקבל לידו את השטר (המקרה עליו דן הרשב"א – אות ה'), הרמב"ם לא גילה את דעתו, והב"י בסוף סימן ס' כתב (בדיוק דברי הרא"ש – לקמן אות יב) שמסירת השטר לידי הנתבע היא רק במקרה של טענת זיוף, וכך הוא דייק מדברי הרמב"ם:

> וכך מטין דברי הרמב"ם שכתב אלא לאחר בירור דברי ההפסד וזיוף שבשטר וגם כתב כל זמן שיראה מן הדין לפי טענת בעלי דינין שיתן לו הטופס ומשמע דהכי קאמר אם זה טוען מזוייף הוא הדין נותן שיתנו לו טופס השטר ואם זה מודה שהשטר כשר אלא שטוען טענה אחרת אין נותנין לו כנ"ל.

ועל פי דרך זו, במקרה זו טענת הנתבע איננה נוגעת לפסול בגוף השטר אלא לטענת חתימת שקר מודה הרמב"ם לרשב"א (אות ו'-ז') שאין למסור את השטר או העתקו ביד הנתבע.

אולם, לולי דברי הב"י ניתן להציע שהרמב"ם (שלא הזכיר חשש מטענת 'אריא ארבא' – אות ד', ו'), סבור שתמיד מותר למסור העתקת השטר ליד הנתבע כל עוד הדבר אינו גורם לעיכוב הדין, והוא כלל אינו חושש לטענת 'אריא ארבא' (ועיין לקמן באות י' בדברי השואל בשו"ת הרא"ש שסמך על הרמב"ם כדי לתת את

נוסח השטר לידי הנתבע בכל מקרה אף ללא טענת זיוף, ואמנם עיין בדיוקו של הב"י מתשובת הרא"ש באות יב ובפסק השו"ע באות טו ודברי הסמ"ע שם)

<u>שיטת הרא"ש ומחלוקת הב"י והסמ"ע בביאור דבריו</u>

י. שו"ת הרא"ש כלל ס"ח סימן כ"ד - דברי חכם יעקב:

> מורינו ורבינו שיחיה. מה שהייתי נוהג עתה, ולפי מנהג המקומות, כל מי שהיה בא לפני לדין ומביא שטר על חבירו, והיה בעל דינו תובע הטפסת השטר[848], הייתי מצוה לנתנו לו. שהרבה פעמים, מפני נתינת הטופס היה נפסד השטר מעיקרו, או מפני זיוף שנמצא בו, משום גרד, או מחק, או בשינוי השמות. והייתי סומך בזה על תשובת שאלה שמצאתי בשם הרמב"ם... וזה נוסח פסק ה"ר שלמה ן' אדרת... ועתה אנו ממתינין הכרעת מורינו שיחיה.

השואל (חכם יעקב – כמבואר ברא"ש לקמן) נהג שכל בקשת 'הטפסת שטר' היתה מתקבלת, כיון שהוכח שנתינת השטרות לבעל הדין מבררת את האמת, ומגלה זיופים, או פגמים בשטר (מחיקות, גירודים, שינוי שמות), וסמך את דבריו על תשובת הרמב"ם (לעיל אות ח'). כלומר, לשיטתו מדברי הרמב"ם נוכל להסיק שלא רק מכח טענת זיוף יש למסור את השטר ליד הנתבע אלא בכל מקרה שהנתבע דורש את מסירת השטר, יש לתת לו.

כנגד מנהגו ותשובת הרמב"ם מעמיד השואל את תשובת הרשב"א (אות ה'), כיון שהוא הסיק מתשובת הרשב"א שבכל מקרה אין לתת לנתבע את העתקת השטר (ועיין לעיל אות ז').

יא. תשובת הרא"ש לחכם יעקב:

---

[848] העתקת השטר.

מי שהוציא שטר על חבירו, ושואל הנתבע שיתנו לו טופס מהשטר לדקדק בו.

דע לך, כי מנהג פשוט הוא בכל דייני ארץ אשכנז, שכל אדם שמוציא שטר על חבירו בבית דין, וטוען הנתבע שיתנו לו השטר לדקדק בו, והלה אומר שאינו רוצה להאמין שטר בידו, אז בית דין מעתיקים השטר ונותנים העתקה ביד הנתבע, ומדקדק בשטר אולי ימצא בו זיוף, מחק או גרד[849]. ודין צדק הוא, כי מי יחוש לתור לחזור ולבדוק ולפשפש, אלא בעל הדבר, ואם השטר הוא כשר ואמיתי, מה עול ושקר יוכל לעשות בשביל שהטופס בידו, ועל זה נאמר: 'צדק צדק תרדוף' לדין דין אמת לאמתו. כי הדבר יוכל להתברר יותר על פי בעל הדבר, ממה שיוכל להתברר על פי ראות הדיינים[850]... יש לחוש שמא שטר מזויף הוא, וכשיהיה הטופס בידו ישים אל לבו לזכור באיזו תחבולה נעשה השטר, ויברר הדבר על בוריו, ואם השטר כשר, לא יוכל לפסלו כלל ע"י הטופס שבידו. לכך החזק במנהגך ואל תרף ידך, כי מנהג הגון הוא ודין צדק הוא.

הרא"ש אינו דן על המחלוקת בין הרמב"ם לרשב"א, ומחזק את מנהגו של חכם יעקב, והרא"ש מסכים לדבריו שהנתבע אינו חייב לנמק מדוע הוא רוצה לקבל את השטר או את העתקו, ויש מעלה בדבר כיון שבעל הדין מברר את האמת יותר מהדיינים. ובדרך זו ביאר הסמ"ע בסימן ט"ז ס"ק ט"ז את דברי תשובת הרא"ש:

[849] השואל הוסיף גם 'שינוי שמות'. ויש לעיין האם יש נפ"מ, והאם הכל הוא חשש זיוף או שינוי שמות הוא סוג אחר של פסול.

[850] אולי כאן יסוד שיטת הרא"ש בדין כל דאלים גבר (במקרה של ספינה העומדת בנהר) בב"ב פרק שלישי סימן כ"ב: "...חכמים פסקו כל דאלים בפעם הזאת גבר, וסמכו על זה דכל מי שהדין עמו קרוב להביא ראיות ועוד מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו ממה שימסור האחר לגזול ועוד יאמר מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראיה ויוציאנה מידי". ועיין גם בדברי הרא"ש בתחילת מסכת ב"מ שכתב: "וסומכין על זה שמי שהדין עימו קרוב להביא ראיות. ועוד שמי שדין עמו מוסר נפשו להעמיד את שלו בידו יותר ממה שמוסר האחר נפשו לגזול ועוד יאמר זה מה שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראיה ויוציאנה מידי".

...והנה מדהשואל כתב לו שמנהגן היה ליתן הטפסה לכל נתבע, והרא״ש השיב לו שכן הוא מנהג אשכנז ושמנהג הגון וצדק הוא, ולא חילק לכתוב דהיינו דוקא בטוען טענת מזויף... וגם איכא למימר דלרבותא נקט הרא״ש בדברי תשובתו לשון זיוף, שאף שהגרר או מחק של זיוף לא יוכר מתוך ההטפסה עצמה, מ״מ נותנין לו ההטפסה אולי על ידה יחשב באיזה מקום שהוא הזיוף דגרר ומחק בגוף השטר ויאמר אותו להדיינים ויראו אחריו, ק״ו לשאר זכיות דהן ניכרים גם מתוך הטפסת השטר...

אמנם עיין לקמן (אות יב) שהב״י ביאר את דברי הרא״ש שלא כדברינו.

יב. הב״י חו״מ סוף סימן ס׳ (דף קו. במהד׳ הרגילות) העתיק את תשובת הרא״ש הנ״ל, ומדברי הרמב״ם הסיק שרק במקרה של זיוף יש לתת את השטר לידי הנתבע (אות ט׳) ומבאר שזו גם שיטת הרא״ש:

ונראה מדברי הרא״ש דדוקא כשזה טוען מזוייף הוא נותנין לו הטפסת השטר, אבל בטענה אחרת כיון שמודה שהשטר אינו מזוייף נראה שאין נותנין הטפסת השטר שאינו נוטל אותו אלא להתחכם לשנות את הידוע ולבטל דברי אמת הכתובים בשטר ולהטעים דברי שקרו דומיא דלא בעינא דתהוי טענתי גבי טענתך... ולענין הלכה נקטינן כהכרעת הרא״ש ז״ל ותשובת הרמב״ם ז״ל

הב״י איננו מוכיח מנין לו שהרא״ש דן אך ורק על טענת זיוף. ולכאורה מדברי הרא״ש בתחילת הדברים (אות יא) בהם הוא מחזק את מנהגו של חכם יעקב (אות י׳), נאמר שהנתבע מקבל את נוסח השטר על פי בקשתו, והרא״ש לא סייג רק למקרה של טענת זיוף.

יתכן שהרא״ש דייק את דבריו מהמשך דברי הרא״ש, שכתב ׳אולי ימצא בו זיוף מחק או גרד׳[851], ומסתבר שזו גם טענתו של הנתבע בבקשתו לקבל את השטר,

[851] עיין הערה 849.

וצ״ע.

עוד יש לעיין, האם לשיטת הרא״ש הנתבע חייב לטעון שהוא יודע שהשטר מזוייף או גם במקרה בו הוא אינו טוען טענת ברי, אלא דורש לבדוק את השטר שמא הוא מזוייף יש לתת לו את השטר כל עוד שאינו מודה בכשרותו של השטר, וצ״ע.

יג. במחלוקתם של הב״י והסמ״ע בביאור דברי הרא״ש (לב״י רק בטענת זיוף יקבל הנתבע את השטר ולסמ״ע בכל טענה שתהיה). יתכן להציע שהמחלוקת היא האם בנתינת השטר לידי הנתבע קיים חשש שהנתבע יעשה בו שימוש לרעה וינסה למצוא בו ׳סדקים׳ (כלשונו של הרשב״א באות ו׳), ואף שהב״י והסמ״ע חולקים על הרשב״א, סובר הב״י שכל עוד אין ביד הנתבע טענת זיוף אין לתת בידו את השטר[852], ואילו הסמ״ע אינו חושש לכך. ועוד, שיתכן שהמחלוקת ביניהם היא האם במקרה של העברת השטר או עותק ממנו לידי הנתבע יש חשש שהתובע ירגיש שהנתבע הינו כ׳אריא ארבא׳ כלפיו (אות ד׳, ז׳).

יד. יתכן להציע דרך נוספת בביאור המחלוקת. לשיטת הסמ״ע, מי שנתבע לשלם, זכותו לקבל לידו את שטר ההלואה אף ללא טענה, כיון שאם מדובר בשטר הלואה, הלוה הוא זה שמשלם על השטר והרי שהשטר הוא שלו, והוא מפקידו ביד המלוה, ולכן בכל שעה הוא יכול לדרוש את שלו, אמנם כיון שהמלוה חושד בו שלא יחזיר לו אותו, יעתיקו לו את לשון השטר, ואם מדובר בשטר מזוייף ודאי שאסור לתובע להחזיק שטר שקר בידו. ולעומתו סובר הב״י שהבעלות על השטר איננה מאפשרת לנתבע לתבוע את השטר כל עוד לא פרעו, שהרי על דעת כן נתן לו את השטר, ורק אם הוא טוען שהשטר מזוייף, יש לתת לו העתק של השטר כדי שיוכיח את דבריו (אמנם, בדברי הב״י והסמ״ע לא מצאנו התייחסות לבעלות על השטר, ועוד שקיימים גם שטרות אחרים, כגון שטר בית דין שנאמר בו שפלוני חייב לפלוני וכו׳).

[852] וטענת זיוף סוגרת בפני הנתבע את האפשרות לטעון טענת פרעון – לעיל אות ג׳, ולכן לא תמיד כדאי לו לטעון טענה זו.

<u>פסק ההלכה / דיונים שיש בהם מסמכים מרובים</u>

טו. שו"ע חו"מ סימן ט"ז סעיף ה':

> המוציא שטר על חבירו, והלה טוען שיש בו זיוף ושאל שיתנו לו הטפסת השטר כדי לדקדק בו, נותנין לו אע"פ שכתוב בו בלא טפיסת טופס מזה השטר.

השו"ע פסק כשיטתו בב"י (אות יב) שרק בגלל טענת זיוף זכאי הנתבע לדרוש את העתק השטר, וכנ"ל הסמ"ע חולק וסובר שאם הנתבע דורש לקבל לידו את השטר או העתקו בית דין יתנו לו בכל מקרה (אות יא), והש"ך בס"ק ח' כתב שדעת הב"ח כשו"ע. וכתבו אחרונים (פת"ש ס"ק ה' ערוה"ש סעיף ח') בשם הברכי יוסף, שיורש תמיד זכאי לקבל את השטר או העתקתו, כיון שהשטר אינו שלהם הרי יש להם לראותו ולדקדק בו.

טז. במציאות המוכרת לנו, קיימים דיונים בהם שני הצדדים מביאים מסמכים רבים, ובהם רישומים של חשבונות בנק, קופות רושמות, תכתובות בין הצדדים, קבלות עוד. וכדי להתמודד עם טענות הצד שכנגד, אין אפשרות לענות ללא עיון במסמכים. וכ"ש כאשר הדיון איננו בין אנשים פרטיים אלא בין חברות שהמסמכים אינם ידועים או אמורים להיות מוכרים לכל עובדי החברה, ואין להם יכולת לדעת אם לא יתנו להם את המסמכים או העתקם לעיון.

ונראה, שודאי שבית דין יכולים להתנות שהדיון שבא בפניהם יתקיים בתנאי שהצדדים יגלו את המסמכים שבידם. אולם אף ללא הסכמה מפורשת נראה, שבמקרים מעין אלו אפילו הרשב"א (אות ו') יודה שיש למסור לצד שכנגד את המסמכים שאם לא כן יצא הדין מעוות, ומה עוד שפעמים רבות הנתבע רוצה למסור את המסמכים לידי מומחה (רואה חשבון וכדו') כדי שיעיין בהם ויסיק את המסקנות, העולות מהם, ולולי בדיקת איש מקצוע אין לו יכולת להתמודד עם המסמכים המרובים.

ומעין ראיה לדברינו בדברי בעל כנה"ג בשו"ת בעי חיי חו"מ חלק א' סימן כ"ט שכתב:

> ועוד דמחלוקת הגדולים הללו אינן אלא בדיין מומחה שדעת הרשב"א דאינו מחוייב ליתן לו את הטופס שלא יבקש עליו תואנות לפסל השטר אלא מראהו לב"ד לקרותו ולראותו... והדיין לאו קטיל קנה באגמא הוא יראה וידקדק בשטר אם יש שום מקום לזכות את הנתבע אבל בנדון שלנו גלוי וידוע לכל שער עירנו שהדיין כל ישעו וכל חפצו לזכות את ראובן ומלבד זה טעה בפשיטות אפילו בדין שהוא פשוט בש"ע לא ידע מקומו איו...

אף שהמדובר בתשובה בדיין שאינו הגון, נראה שנוכל להסיק מדבריו שגם במציאות של דיינים הגונים, שאין להם את הכלים לברר ולהסיק את העולה מהמסמכים הרבים, ועוד שהדבר תלוי גם בפרשנויות אפשרויות שונות, יש לחייב את בעלי הדינים לתת לצד שכנגד את המסמכים או העתק שלהם.

ועוד נראה, ולומר שבמציאות בה הזיוף הינו באמצעים משוכללים (וחברות שונות מתמחות בהכנת מסמכים מוגנים מפני זיוף), ואין ביד הדיינים את הכלים המשוכללים לבדיקת זיופים באמצעות מעבדות וכו', זכותו של בעל הדין לדרוש לקבל את השטר כדי לבודקו במעבדה (או לדרוש מבית דין שיפנו את השטר לבדיקה אצל מומחים לדבר), ובודאי אם מדובר בקבצי מחשב וכדו'. ואולי אף השו"ע יודה שגם ללא טענת זיוף מוכחת אלא ספק לזיוף, יוכל הנתבע לתבוע לקבל לידיו את המסמכים, במקרה של מסמכים רבים ובמציאות בה זיוף הינו דבר שכיח, וצ"ע.

סיכום

יז. העולה מהאמור לעיל:

- כתיבת הטענות הינה רק בהסכמת בעלי הדין. ונחלקו ת"ק ורשב"ג האם ניתן לחייב לתת את טענת האחד ביד חבירו בלא הסכמתו מחמת טענת "דדמית עלאי כי אריא ארבא" (אות ג'), והסמ"ע הכריע כשיטה האוסרת (אות ד').
- שיטת הרשב"א שלא ניתן לכפות אדם לתת את שטרו או העתק השטר לבעל דינו, מחמת חשש לתחבולות שקר (אות ו') ומחמת אריא ארבא הנ"ל. ונראה לדייק מדבריו שאפילו בטענת זיוף אי אפשר לחייבו לתת את השטר או העתקתו (אות ז').
- הרמב"ם חייב לתת את טופס השטר בעקבות תביעת הצד דכנגד (אות ח'), וכך נראה מדברי הרא"ש על פי הסברו של הסמ"ע (אות יא). אולם הב"י סובר שרק בטענת זיוף ניתן לדרוש לקבל את השטר (אות ט, יב) וכך הכריע בשו"ע (אות טו).
- יש מקום להציע שבדיונים בהם ישנם מסמכים רבים ואין אפשרות לצד שכנגד להשיב ללא עיון במסמכים, ומציאות של זיוף שכיחה, כולם יודו שיש לתת את תיק המסמכים ביד הצד הנגדי (אות טז).

כְּפִיית אָדָם לְמַסּוֹר רְאָיוֹת לְטוֹבַת חֲבִירוֹ (הַעֲלָמַת רְאָיוֹת)

הַקְדָּמָה

א. אדם שיודע עדות ממון לחבירו, וחבירו תובע ממנו שיבוא להעיד, חייב לבוא ולהעיד, ואם אינו מעיד עובר על לאו של תורה, ומותר לבעל דין להטיל חרם על כל מי שיודע עדות לטובתו ואינו מעיד (שו"ע חו"מ סימן כ"ח סעיף א'-ב').

לקמן נדון האם מי שיש בידו שטר שיש בו ראיה לטובת אדם, חייב להראות את השטר בבית דין, שהרי הצגת השטר בבית דין איננה עדות שתורה הטילה על היודע עדות לאומרה, ולכן לא נוכל להסיק ישירות מחובת עדות לחובת הצגת ראיות[853].

נראה, שאם יש מקום לחייב אדם להראות שטרות בבית דין, יסוד החיוב הוא במצות השבת אבידה (ואף יש לכפותו מדין כפיה על מידת סדום, אם אין לו נזק מכך[854]), וכשם שאדם שמוצא שטר ברחוב קיימת עליו חובה לקיים בו מצות השבת אבידה (אף שלא תמיד ניתן לקיים חובה זו כיון שקיים ספק האם להחזיר את השטר לידי המלוה או לידי הלוה – עיין ב"מ דף יז.), כך גם מי שמחזיק שטר או ראיה אחרת, עליו להראותו בבית דין כדי לסייע למי שהשטר מסייע בידו, ולמנוע איסור גזל מיד מי שמחזיק ממון חבירו שלא כדין.

אבל, כשם שבמצות השבת אבידה, אדם אינו צריך להפסיד משלו כדי להציל את רכושו של חבירו (עיין בפרטי הדין בשו"ע חו"מ סימן רס"ד, רס"ה), כך גם בהבאת שטר לבית דין, אם האדם יודע שהצגת השטר בבית הדין תזיק לו מסתבר

---

[853] יתכן שיש מקום לדמות חובת הבאת שטר לבית דין למקרה של אדם שאינו יודע עדות לחבירו, אבל יודע מי הוא זה שיודע את העדות, האם מוטלת עליו חובה להעיד מי הוא העד בדבר – עיין אות כד. ועיין לעיל בדין זיוף ראיות לטובתו – עמ' 52 ואילך

[854] עיין הערה 856.

שאין עליו חובה להציג את השטר בבית דין (אא"כ הנזק שיכול להיגרם לו, קטן מהנזק שיגרם למי שהשטר מסייע בעדו, ונחייב את אותו אדם לשלם לו את ההפרש), ועיין אות י'.

ב. האמור לעיל הוא במקרה בו אדם מחזיק שטר שיש בו ראיה לאחד מבעלי הדין, ומחזיק השטר עצמו אינו צד בדיון שבין הצדדים. אבל אם מדובר במקרה בו מחזיק השטר הוא אחד הצדדים בדיון, ובידו יש שטר שהצגתו בבית דין תחייב אותו לשלם לצד שכנגדו, אין לדון כאן מגדרי עדות, ואף לא מצד מצות השבת אבידה, שאם הוא מחזיק בממון חבירו שלא כדין, עליו לשלם אף ללא הבאת השטר לבית דין, ולכן מסתבר שחובה עליו להביא את השטר לבית דין (עיין אות יב).

אמנם, יש לדון האם החובה להביא את השטר לבית דין מוטלת על אדם גם במקרה בו הוא יודע שהצגת השטר בבית דין תוביל את בית דין לחייבו לשלם, כשהוא עצמו יודע שהוא אינו חייב. כגון שהוא יודע שחבירו חייב לו חוב אחר שאין בכוחו להוכיחו בבית דין או שהוא פרע את החוב אבל אין לו שובר על כך או שהחוב שכתוב בשטר נפרע אבל אין לו ראיה על הפרעון, ובהלכה פסוקה לסימן כ"ח עמ' נג-נד כתב בשם המאזנים למשפט שבמקרה זה אין עליו חובה להראות את השטר[855], ומסתבר שעל פי שיטתו, אף אם יוטל חרם על כל מי שיש בידו ראיה (עיין אות יח), החרם לא יחול עליו, וצ"ע.

<u>שיטת הרמב"ם / חובת הצגת שטר על ידי אדם שאינו צד בדיון</u>

ג. רמב"ם פרק ה' מהלכות טוען ונטען הלכה ז'- ח':

[855] מעשה ברופא שנתבע לדין, ובידו דו"ח רפואי שהוא עצמו כתב שיכול לחייבו. ופסק הגרז"נ גולדברג שליט"א (כת"י), שאם הוא יודע שהוא פטור, ואם הוא יראה את הדו"ח יתכן שיחייבו אותו, אין עליו חיוב להראות את הדו"ח. אבל אם הוא עצמו מסופק האם הוא חייב והוא סומך על בית המשפט שידונו דין אמת, יראה להם את הדו"ח.

האומר לחבירו שטר שיש לי בידך, זכות יש לי בו, וזה אומר איני מוצא שטרי או איני יודע אם יש לך בו ראיה או לא, כופין אותו להוציאו[856].

טען שאבד השטר מחרימין אותו חרם סתם[857].

טען זה, שהוא יודע בודאי שהשטר שיש לו בו זכות אצלו[858] הרי זה נשבע היסת שאינו אצלו ושאבד ממנו וכזה הורו רבותי[859].

מחזיק השטר נדרש להראות את שטרו. הרמב"ם אינו מפרט האם מדובר במקרה בו מחזיק השטר הוא צד בדבר (והשטר יוכיח את חובו לתובע) או שהוא מחזיק בידו שטר שאין לו בו שום צד ממוני.

הטור בחו"מ סוף סימן ס' העתיק את לשון הרמב"ם בשינוי לשון:

כתב הרמב"ם, האומר לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו...

הב"ח בסימן ט"ז ד"ה "שטר שבידך" דייק, שקיים חילוק בין לשון הרמב"ם שכתב "שטר שיש לי בידך" לבין לשון הטור בסימן ס' שכתב "שטר שבידך" והחילוק הוא:

---

[856] במ"מ כתב: "זה דבר ברור, וכל חלקי דין זה פשוטים, לפי מה שכבר נתבאר, ויש בפרק גט פשוט (קסח.) סמך בגמ' שכופין מי שיש בידו שטר שיש בו זכות לאחר להוציאו" ובביאור הגר"א חו"מ סימן ט"ז ס"ק ח' כתב: "ב"ב קס"ח א' דכ"ע כופין" (ועיין ב"ח בעמ' 52 שג"כ ציין לסוגיא זו). והיינו שבגמ' שם מבואר שמכח מידת סדום כופין אדם לתת שכר כדי לכתוב שטר אחד בו תהיינה כתובות טענות שני הצדדים (ואח"כ דוחה הגמ' ומבארת שיכול אדם לומר שאינו רוצה שטענתו תהיה ביד חבירו שלא יהיה עליו 'כאריא ארבא', וכנ"ל עמ' 52). ומכאן, שיש כח ביד בית דין לכפות אדם לתת ראיות לחבירו מכח מידת סדום, כל עוד בעל הראיות אינו נפגע ממעשיו. ומדברי הגר"א מוכח שמחזיק השטר שהוא עצמו אינו צד לגבי האמור בו, שאילו הוא היה צד בדבר לא היה ניתן לכפותו מכח מידת סדום. ועיין הערה 859.

[857] החרם הוא שכל מי שיש לו זכות ואינו מגלה אותה יחול עליו חרם.

[858] כלומר, מחזיק השטר אומר שאין לו את השטר, והמבקש טוען שברי לו שהשטר אצלו.

[859] יש לעיין האם סיום הדברים "וכזה הורו רבותי" מלמד שלא מדובר בדין מפורש בגמ' ורבותיו של הרמב"ם חידשו דין זה, או שקיימת מחלוקת בסוגיות הגמ', ורבותיו הכריעו, וצ"ע. ועיין הערה 856 שהמ"מ והגר"א למדו את הדין מהגמ', ושמא הם למדו את עיקר הדין מהגמ' אבל לא את חובת הטלת החרם והשבועה. ועוד, שהגמ' איננה דנה על מקרה זה במפורש והלימוד הוא מדבר לדבר.

'שטר שבידך זכות יש לי בו' וכו' (תשובת הרא"ש כלל ס"ח[860]). משמע כל איזה שטר שבידו[861]. אבל ברמב"ם כתוב 'שטר שיש לי בידך' וכו' משמע אותו שטר שלויתי בו ממך והתם הוא דכופין להוציאו כיון שהשטר שלו הוא שהלוה נותן שטר הסופר[862] כדתנן סו"פ ג"פ (ב"ב דף קס"ז). אבל בשטרות אחרים אין כופין.

מיהו רבינו כשהעתיק לשון הרמב"ם סו"ס ס' לא כתב אלא סתם 'שטר שבידך זכות יש לי בו'.

וכן נראה לי עיקר, לפי הסוגיא דפרק ג"פ, גבי שטרי טענתא דאסיקנא דכו"ע כופין על מידת סדום[863]... וכיון דליכא הכא טעמא 'דמית לי כאריא ארבא'[864] בשטרות אחרים שאינן נוגעים אליו דבר פשוט הוא דאף לרשב"ג כופין על מידת סדום...

כלומר, קיימות שתי נוסחאות בדברי הרמב"ם. הנוסח שבספרי הרמב"ם ("שטר שיש לי בידך") והנוסח שכתב הטור בשם הרמב"ם ("שטר שבידך"). ולשיטת הב"ח בין נוסחאות קיים חילוק לדינא, האם קיימת חובה להראות שטר שאין ללוה [התובע להראות לו את השטר] בעלות עליו[865]. על פי נוסח ספרי הרמב"ם, אין חובה להראותו ועל פי נוסח הרמב"ם שבטור קיימת חובה להראותו. והב"ח מכריע כנוסח הרמב"ם שבספרי הטור שקיימת חובה להראות כל שטר. וכך הוא הנוסח ברמב"ם מהד' הרב קפאח וברמב"ם מהד' פרנקל[866].

---

[860] לקמן אות יד.

[861] פירוש, בין שטר שהוא צד בו (ויתגלה שעליו לשלם) ובין שטר שהוא אינו צד בו. ויתכן שסא מדובר על שטר מסויים.

[862] ולכן את המלוה יתנדב לשלם, לא תמיד יהיה בכך רווח ללוה.

[863] עיין הערה 856.

[864] עיין עמ' 52.

[865] הלוה תובע לראות את שטרו שמכוחו הוא יוכל (לטענתו) לראות זכות לעצמו. כלומר מדובר במקרה בו יש ללוה שתי טענות. האחת, שהשטר שלו והשניה שכתוב בו דבר לזכותו כנגד מחזיק השטר. ויש לעיין האם במקרה בו מחזיק השטר איננו האדם שינזק בעקבות גילוי השטר אלא אדם אחר, האם ג"כ קיימת חובה להראות את השטר ללוה שהוא הבעלים עליו. כגון, שהשטר הופקד ביד אדם, והנפקד אומר שהוא אינו רוצה להראות את השטר ללוה כיון שהמפקיד אינו מרשה לו וכו'.

[866] וכתב שם בשינוי נוסחאות שעל הדף: "שטר שיש בידך. כן הוא ברוב כתבי היד ובטור ובמג"ע, וכתב בב"ח סימן ט"ז סעיף ג' שכך צריך להיות. בקצת כתבי יד ובדפוסים שטר שיש לי בידך".

יתכן, שטענת הב״ח היא שהנוסח שבספרי הרמב״ם אינו מדוייק, ואין מי שסובר כשיטתו. אולם יותר נראה שיסוד הדבר במחלוקת ראשונים. שהרי שיטת הרא״ש והרשב״א (אות יב–יד, יז) שאין לכפות על אדם להראות שטר שבידו (עי״ש בפרטי הדין), ואין בסירובו של מחזיק השטר להראות את שטרו משום ״מידת סדום״, כיון שלאדם יש סיבות טובת בגינן הוא אינו רוצה להראות את שטרותיו. ונמצא שאם ננקוט כגירסת ספרי הרמב״ם שבפנינו על פי דיוק הב״ח מדבריו שאין חובה על מחזיק השטר להראות את שטרותיו לאחרים (אא״כ התובע הוא בעל השטר), הרי שהרמב״ם שומר על ׳פרטיותו׳ של מחזיק השטר יותר משיטות הרא״ש והרשב״א, שעל פי שיטתם, קיימים מקרים בהם בעל השטר חייב להראות את שטרו, ואילו בדברי הרמב״ם (ע״פ דיוק הב״ח בנוסח הספרים) לא מצאנו חיוב זה כלל, ושמא הדבר כלול במצוה הכללית של השבת אבידה, וצ״ע.

עוד יתכן לומר, שאף אם ננקוט כגירסת ספרי הרמב״ם ״שטר שיש לי בידך״, אין הכרח לדייק כדיוקו של הב״ח (שמדובר בשטר שהוא בבעלותו של הלוה שהוא הבעלים של השטר), כיון שהנוסח ״שטר שיש לי״ אינו מלמד בהכרח על בעלות שיש למבקש על השטר אלא כך הוא לשון בני אדם, וכוונתו היא שהשטר שבידך יש לי בו זכות ולכן אני רוצה לראותו וכדו׳[867], ואין חילוק בין ״שטר שיש לי בידך״ לבין ״שטר שבידך״ ובשני המקרים הכוונה היא לשטר המוחזק בידו של אדם שאינו צד בויכוח שבין בעלי הדין, וסובר הרמב״ם שקיימת חובה להראותו, ועל פי דרך זו נוסח ספרי הרמב״ם ונוסחתו של הטור בדברי הרמב״ם כוונתם זהה, ומחזיק שטר חייב להראות את שטרו גם אם התובע אינו בעל השטר, ועל פי האמור בדברי הרמב״ם לעיל.

ד. השו״ע בסימן ט״ז סעיף ד׳ נקט ״שטר שבידך״ (עיין אות יח) וכתב עליו הסמ״ע בס״ק י״ד:

[867] ופעמים לשון ״שטר שיש לי״ הוא דברי המלוה שמחזיק בשטר ולא דברי הלוה (כפי שדייק הב״ח), עיין שו״ע חו״מ סימן קכ״ו סעיף י״ב, וברור שהמלוה אינו הבעלים על השטר, שהרי הלוה שילם לסופר עבור כתיבתו, ואע״פ כן אומר המלוה ״שטר שיש לי״. ונמצא שהנוסח ״שטר שיש לי״ יכול להשתמש בו הן הלוה (שהוא בעל השטר) והן המלוה (שהוא מחזיק השטר), ולדברינו גם אדם שאינו בעל השטר או מחזיק בשטר נוקט בנוסח זה כדי לבטא את העובדה שיש לו זכות מכח שטר זה.

שטר שבידך כו', פירוש כשאומר כן לאיש אחר שאינו תובע שלו[868].

כלומר, מדובר בתביעה מאדם שאינו צד בסכסוך להראות את שטרו. ובשו"ת שבות יעקב חלק ג' סימן קמ"ג כתב שאין לדייק מדברי הסמ"ע שאם מדובר בדרישת אחד הצדדים לדיון שחבירו יוציא שטר, אין חובה על חבירו להיענות לבקשתו (אדרבא, במקרה זה ודאי שחייב להראות), כיון שיש להגיה בדברי הסמ"ע ולהוסיף "אפילו לאיש אחר שאינו תובע". כיון שברור שאם מדובר בסכסוך בין שנים, ואחד הצדדים טוען שיש לצד שכנגדו שטר שמוכיח את צדקתו, על חבירו להראות את השטר, ולא לכבוש אצלו את הראיה שכנגדו[869]. והחידוש הוא שאפילו אדם שאינו צד בסכסוך, עליו להראות את שטרו, ולעיל (אות א') כתבנו שהטעם הוא משום מצות השבת אבידה או משום כפיה על מידת סדום.

תגובתו של מחזיק השטר לדרישה להראות את שטרו

ה. מחזיק השטר נדרש להראות את שטרו (ולקמן ננקוט שהרמב"ם מחייב להראות את השטר אפילו במקרה בו מחזיק השטר אינו צד בסכסוך והתובע איננו בעליו של השטר – ולא כדיוקו של הב"ח באות ג'). והוא יכול להעלות מספר טענות כדי לפטור את עצמו מלהראות את השטר כגון:

- איני מוצא שטרי (או מעולם לא היה בידי[870]) - לעיל הרמב"ם באות ג' ולקמן אות ו'–ז'.
- יש בידי שטר זה, איני יודע אם יש לך בו ראיה - לעיל הרמב"ם באות ג' ולקמן אות ח' – ט'.

---

[868] ובש"ך ס"ק ז' כתב: "כשאמר כן לאיש אחר שאינו תובע שלו, עכ"ל סמ"ע, וצ"ע וע' ב"ח.

[869] ועי"ש הצעה נוספת שהסמ"ע לא כתב את דבריו על המקרה שבפנינו אלא על המשך דברי השו"ע, והובאו הדברים בקיצור בדברי הפת"ש בסימן ט"ז ס"ק ב'

[870] עיין סמ"ע סימן ט"ז ס"ק שכתב שבשני המקרים הדין שוה. ועיין ערוה"ש חו"מ סימן ט"ז סעיף ז'.

- יש בידי שטר זה, אבל אין לך שום תועלת מהשטר – לקמן אות ח׳-ט׳.
- יש בידי שטר זה, אבל אם אני אראה אותו הדבר יגרום לי נזק במקום אחר – לקמן אות י׳.

הרמב״ם דן על שתי הטענות הראשונות, ולא התייחס לשתי הטענות האחרונות. לקמן נדון על הטענות ודינם על פי שיטת הרמב״ם.

אֵינִי מוֹצֵא שִׁטְרִי

ו. מחזיק שטר שאומר ׳איני מוצא שטרי׳, מודה שהשטר היה בידו מעיקרא, רק שעתה אין לו אותו. וסובר הרמב״ם, שמחרימים אותו ׳חרם סתם׳, והיינו שיחול חרם על מי שמחזיק בידו את השטר. אם המחזיק לא דיבר אמת, הוא יחשוש מהחרם ויוציא את השטר, ואם השטר אבד ואדם אחר מצאו, המוצא יביא אותו לבית הדין. אבל אם מבקש השטר טוען בודאות שהשטר לא אבד אלא נמצא בידו של אותו אדם, בית דין ישביעו את מחזיק השטר שבועת היסת שהשטר אינו בידו (ושבועה זו מבוססת על דין שבועת היסת של כופר הכל [עמ׳ 114] ואף כאן מחזיק השטר הינו כופר בכל)[871].

ז. כנ״ל מדובר במקרה בו מחזיק השטר אינו צד בסכסוך שבין הצדדים, וכל שכן במקרה בו הוא אחד הצדדים (וכדברי הב״ח במסקנתו באות ג׳). ומכאן שאף במקרה בו אחד הצדדים לסכסוך טוען שאיבד את השטר, בית דין יטילו חרם סתם או יטילו עליו שבועת היסת, אבל בית דין לא ינקטו צעד חמור יותר, ונראה שטעם הדבר הוא, שלבית דין אין ראיה חותכת שאכן השטר בידו, ולכן אי אפשר

[871] יש לעיין האם ניתן להוציא ׳צו חיפוש׳ בביתו של מחזיק השטר ולגלות האם השטר בידו. ונראה שכיון שמחזיק השטר אינו צד בדבר והוא טוען שהשטר אינו בידו, והחיוב שמוטל עליו הינו מדין השבת אבידה או מידת סדום (אות א׳), בית דין לא יוציאו ׳צו חיפוש׳ ויסתפקו בחרם או שבועת היסת.
אבל אם מדובר בבעל הדין עצמו ובית דין ישתכנעו שהוא מסתיר ראיות שמוכיחות שהוא מחזיק בממון חבירו שלא כדין, יש מקום להוציא ׳צו חיפוש׳. וק״ו ממקרה בו מחזיק השטר אינו צד בדבר, ומודה שהשטר בידו, רק הוא אומר שאינו יודע אם יש לפלוני ראיה משטר זה שפסק הרמב״ם ש״כופין אותו להוציא״ (אות ג׳), אולם הרמב״ם לא ביאר מה הוא האופן בו נעשית כפיה זו, וצ״ע.

לחייבו מעבר לכך.

<u>אֵינִי יוֹדֵעַ אִם יֵשׁ לְךָ בּוֹ רְאִיָּה \ אֵין לְךָ שׁוּם תּוֹעֶלֶת מֵהַשְׁטָר</u>

ח. במקרה בו מחזיק השטר טוען שהשטר בידו והוא אינו יודע אם יש למבקש תועלת בו, פוסק הרמב"ם (אות ג') שכופין אותו להראות את השטר. ומסתבר שטענת איני יודע כוללת הן מקרה בו הוא טוען שהוא לא מבין מה כתוב בשטר או שהוא קרא את השטר והגיע למסקנה שאין הוא יודע האם השטר יועיל לאותו אדם[872].

ויש לעיין מה הדין במקרה בו מחזיק השטר טוען שהוא עיין בשטר ואין בשטר שום תועלת למי שמבקש לראותו. מדברי הרמב"ם שכתב שמחזיק השטר חייב להראות את השטר רק במקרה בו הוא טוען שאינו יודע האם יש בו ראיה לאותו אדם, ונוכל לדייק מדבריו שאם מחזיק השטר טוען בודאות שאין ראיה בשטר, אין להכריחו להראותו (וכך הסיק הפרישה בסימן ס' ס"ק כ').

ויתכן שהדין במקרה זה הוא כמו במקרה בו טוען מחזיק השטר שהשטר אבד, והתובע טוען שהוא בידו, שמחזיק השטר צריך להישבע שהוא אינו בידו (אות ו'). ואולי גם במקרה זה חובה על מחזיק השטר, להישבע שאין בשטר שום ראיה, אבל אפילו לדברינו אין אפשרות לחייב אותו להראות את השטר.

יתכן שטעמו של הרמב"ם הוא, שחיוב הצגת השטר הוא מכח מצות השבת אבידה (עיין אות א'), ומצות השבת אבידה קיימת אם המאבד נותן סימנים. ולכן במקרה בו ידוע שהשטר בידו (כיון שהוא הודה) חובה עליו להראותו. אבל אם טענתו היא שהשטר בידו אבל אין למבקש השטר שום תועלת בו, הרי שהוא אומר שאין זה השטר המבוקש, וממילא אין בו מצות השבת אבידה. אולם לכאורה היה מקום לכפותו מכח מידת סדום (עיין אות א'), ושמא כיון שהוא טוען ששטר זה אינו בידו, אין בסיס לכפיה. וכך היא היא שיטת הט"ז בחו"מ סימן ט"ז סעיף ד'

[872] ועיין סמ"ע סימן ט"ז ס"ק ט"ו.

בביאור שיטת הרמב"ם – לקמן אות טז (אמנם הוא עצמו לא דיבר על חיוב שבועה).

אולם יתכן לומר, שגם במקרה זה כופים את מחזיק השטר להוציא את שטרו, ולמרות שהרמב"ם נקט רק מקרה בו מחזיק השטר טוען שאינו יודע אם יש בו ראיה, מסברא אין חילוק בין המקרים, ובשניהם יש להראות את השטר. והרמב"ם הזכיר את המקרה בו מחזיק השטר טוען שאינו יודע, כהמשך למקרה של איני מוצא שטרי. וכשם שאם המבקש טוען שהוא יודע שהשטר בידו ולא אבד חלה על מחזיק השטר חובת שבועה, כך אם הוא מודה שהשטר בידו, לעולם קיימת עליו חובה להראותו. ועל פי דברי הט"ז, זו היא שיטת הב"י בביאור הרמב"ם - לקמן אות טז.

ט. כנ"ל מדובר במקרה בו מחזיק השטר אינו צד בסכסוך שבין הצדדים, וכל שכן במקרה בו הוא אחד הצדדים (וכדברי הב"ח במסקנתו באות ג'). ונראה שבמקרה בו מחזיק השטר הוא אחד מצדדי הסכסוך, והוא טוען שהשטר בידו אבל אינו יודע אם יש בו ראיה לצד שכנגדו או שאומר במפורש שאין בו ראיה לצד שכנגדו, בית דין יכפו אותו להראות את שטרו, שהרי הוא אינו רוצה לשלם, ולכן הוא טוען שבשטר אין ראיה לחבירו (וכך כתב הפת"ש בחו"מ סימן ט"ז ס"ק ב' בשם השבות יעקב ח"ג סימן קמ"ג). וכל האמור לעיל הוא רק במקרה בו מחזיק השטר אינו צד בסכסוך.

<u>יגרום לי נזק במקום אחר</u>

י. הרמב"ם לא התייחס למקרה בו מחזיק השטר יטען שאם הוא יגלה את שטרו, יהיה לו נזק במקום אחר (כגון שידעו את עושרו ויבואו עליו גנבים, או שהוא השיג את הונו בצורה לא חוקית, יתגלה שהוא חייב לשלטונות המס[873] וכדו'), שלכאורה אם הוא עצמו אינו צד בדיון שבין בעלי הדין, הוא יטען שאף אם מוטל

[873] ואכמ"ל בחיוב לציות לחוקי המדינות, וחוקי מוכס שיש לו קיצבה ומוכס שאין לו קיצבה וכו'.

עליו לגלות מכח מצות השבת אבידה או מידת סדום, אין לו להפסיד עבור חיוב זה (עיין אות א'). ושמא במקרה זה יודה הרמב"ם שאין עליו חיוב להראות את שטרו (ועיין לקמן בדברי הרשב"א והרא"ש, שניתן להראות בפני בית דין ולא לגלות את תוכן השטר או שבית דין יעתיקו את הנוגע לבעלי הדין).

אבל במקרה בו הוא עצמו אחד מבעלי הדין, לכאורה נוכל לכפותו להראות את שטרו אפילו אם הוא ינזק מכך (לא רק במקרה שלפנינו), כיון שהוא חייב לחבירו והעובדה שהוא ינזק במקום אחר איננה פוטרת אותו מלשלם במקרה הנידון[874].

סיכום שיטת הרמב"ם

יא. העולה מדברי הרמב"ם:

	איני מוצא שטרי	השטר בידי - איני יודע אם יש לך בו ראיה	השטר בידי אין לך בו ראיה	השטר בידי – יגרם לי נזק אם אראה אותו
מחזיק השטר אינו צד בדיון	חרם/ שבועה (ו')	כופין אותו להראות	לט"ז אין כופין להראותו ולב"י כופין (ח')	יתכן שאין לחייבו (י')
מחזיק השטר הינו אחד המתדיינים	חרם/שבועה (ז')	כופין אותו להראות (ט')		מסתבר שכופין להביאו (י')

לקמן נדון בשיטת הרא"ש, שכתב שאין כופין אדם להראות את שטרו (אות יד), ולשיטת הט"ז שיטתו כרמב"ם (כיון שמדובר במקרה בו מחזיק השטר שאינו צד בדיון טוען בודאות שאין ראיה בשטר לטובת הנתבע). ואילו הב"י סובר שבמקרה זה הרמב"ם מחייב להראות את השטר ואילו הרא"ש פוטר (אות טז).

שיטת הרא"ש – האם הרא"ש חולק על הרמב"ם

[874] פעמים אדם אינו רוצה לשלם והוא מכחיש את חיובו, כיון שהוא חושש שאם הוא יודה במקרה זה, יתבעו ממנו רבים אחרים. ולכאורה אין ממש בטענתו, כיון שאם האמת היא שהוא חייב גם לאחרים, עליו לשלם גם להם.

יב. שו"ת הרא"ש כלל ו' סימן ט"ו (טור חו"מ סימן ט"ז):

> כל בעל דין שטוען, יש לי זכות וראיה, או עדים, ואיני יודע ביד מי, חייב הדיין להטיל חרם כל מי שיודע לו זכות, או ראיה, שיראה אותו לדיין[875].
> ואפילו אם הזכות או הראיה ביד שכנגדו, דמאי שנא הוא ומאי שנא אחר. אדרבה, כל שכן הוא, כיון שיש בידו זכותו של כנגדו והוא תובע ממנו שלא כדין, היאך יאכילוהו דבר האסור לו, להגבותו ממון שאינו שלו, אלא מזקיקין אותו להראות כל מה שבידו זכות לשכנגדו. ואם אחר שקבל החרם עליו, יאמר שאין הכתב בידו, ישבע שבועת היסת...

היכולת להטיל חרם על מי שיש שבידו זכות או ראיה, קיימת אפילו אם מטיל החרם אינו יודע לומר שלדעתו הזכות נמצאת ביד פלוני, ואם מדובר במקרה של הטלת חרם על מי שהוא בעל דינו, ניתן גם להשביעו שהראיה אינה בידו.

יתכן, שבדין הטלת החרם אין מחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש, ואף שהרמב"ם הזכיר הטלת חרם במקרה בו התובע טען שהשטר נמצא ביד פלוני, יתכן שיודה לרא"ש, שניתן להטיל גם חרם במקרה בו הוא אינו יודע ביד מי נמצא שטרו.

אולם לגבי הטלת השבועה, לכאורה קיימת מחלוקת בין רמב"ם לרא"ש. הרמב"ם מחייב שבועה אדם שטוען שאין בידו שטר של פלוני אפילו אם אותו אדם אינו בעל דבר, אם התובע טוען שברור לו שהשטר בידו, ואילו מלשונו של הרא"ש נראה שניתן להטיל שבועה רק על מי שהוא בעל דינו של מבקש השטר (ועיין בהכרעת השו"ע באות כב).

יג. החרם חל אך ורק על מי שיש בידו זכות של חבירו, והטלת השבועה היא על בעל דין שאינו רוצה להביא ראיה לטובת בעל דינו. אבל, אם מחזיק השטר (שאינו צד

[875] ועיין בנספח באות כד.

בדיון) טוען שהשטר שבידו אין בו ראיה לטובתו של חבירו, החרם לא חל עליו, ולא מוטלת עליו חובת שבועה. ומשמע שאינו צריך להביאו לבית הדין. ובמקרה בו הוא אומר איני יודע אם יש לך בו ראיה, יש לעיין האם החרם על עליו מספק, וצ"ע (ועיין אות טז).

יד. שו"ת הרא"ש כלל ס"ח סימן כ"ה (טור סימן ט"ז):

> ומה ששאלת, האומר לחבירו שטר שיש בידך, זכות יש לי בו, שהורו הגאונים שכופין אותו להוציא, אם צריך שיאמר התובע הזכות שיש לו בשטר מפורש, אם לאו.
>
> הוראה זו של הגאונים לא פשטה בארצנו, ואין כופין לשום אדם להראות שטרו בשביל טענת אחד שאומר שיש לו זכות בו. אם לא שאמר בבית דין דברים שיש בהם אמתלא בעיני הדיינים, אז מראה השטר לדיינים, ויראו אם ימצאו בשטר הזכות שטוען בענין זה. אבל בענין אחר אין כופין לאדם להראות שטרו, ואפשר שגם הוראת הגאונים כך היתה. דלא מסתבר כלל דבדברים בעלמא יכוף האדם את חבירו להראות את שטרותיו, דאין אדם רוצה להשביע את עצמו, שידעו העולם את עשרו וממונו.

בלא אמתלא, הדיינים לא יכפו על אדם להראות את שטרותיו, אפילו אם התובע טוען שביד פלוני יש שטר שיש בו זכות עבורו. אבל, כנזכר בתשובת הרא"ש הקודמת, נכתב שניתן להטיל חרם על מי שאינו מראה שטר שיש בו זכות.

הרא"ש לא פירט מה טוען מחזיק השטר, ומסתבר שאם הוא מודה שהשטר בידו כופין אותו להראותו שהרי לא גרע מקרה זה מהמקרה שבו יש אמתלא ביד התובע שכופין את מחזיק השטר להביאו.

ואם מחזיק השטר טוען שהוא בדק וראה שבשטר אין ראיה לטובתו של פלוני ולמבקש אין אמתלא וראיה לדבר, מסתבר שבית דין לא יכפו עליו להביא את שטרו, ואף החרם אינו חל עליו שהרי הוא יודע את האמת. ואילו בביאור שיטת

הרמב״ם הסתפקנו לעיל (אות ח׳) האם קיימת חובה להראות את השטר ועיין שם ולקמן בדבר באות טז.

ואם הוא טוען שאינו יודע אם בשטר יש ראיה לטובת פלוני יש להסתפק האם לשיטת הרא״ש קיימת חובה להביא את השטר ואם החרם יחול עליו, ולשיטת הרמב״ם כופין אותו להראות את השטר (אות ח׳).

טו. אמנם נראה שקיים חילוק בסיסי בין שיטת הרמב״ם לבין שיטת הרא״ש. לדעת הרמב״ם, החיוב להראות את השטר הוא למי שמבקש לראות את שטרו. ואילו לשיטת הרא״ש (בתשובה שבאות יד ואמנם עיין בדבריו באות יב), אפילו אם יש אמתלא ביד אחד הצדדים, יש להראות את השטר תחילה לידי הדיינים והם יראו האם יש זכות בשטר זה (עיין אות טז, יט לקמן).

טז. ב״י חו״מ סוף סימן ס׳ ד״ה ״כתב הרמב״ם״:

> כתב הרמב״ם האומר לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו וכו׳. בהלכות טוען פ״ה (ה״ז – ח׳). ויש לתמוה על רבינו שכתב כאן דברי הרמב״ם סתם כאילו אין חולק עליהם ובסימן י״ו (ס״ג) כתב שהרא״ש חולק בדבר[876]. וכתבתי שם שדעת הרשב״א[877] כדעת הרא״ש.

הב״י לא פירש במה נחלקו הרמב״ם והרא״ש. הט״ז בחו״מ סימן ט״ז סעיף ד׳ חולק על הב״י וסובר שאין מחלוקת בין הרא״ש לב״י[878] ומדבריו נוכל להסיק מה היא שיטת הב״י עצמו:

---

[876] בסימן ט״ז הטור כתב את דברי הרא״ש, ולא כתב שהם עומדים בסתירה לדברי הרמב״ם. הב״י סובר שקיימת מחלוקת בין השיטות ולכן מקשה את קושייתו. ורבים ניסו לישב את את קושיית הב״י, עיין דרישה סימן ס׳ ס״ק ב׳, סמ״ע ס״ק ט״ו, וכן בדברי הט״ז לקמן.

[877] עיין אות יז.

[878] עיין גם בסמ״ע ס״ק ט״ו שמבאר שאין מחלוקת ביניהם, ומפנה גם לדבריו בדרישה ס״ק כ׳.

הב״י בסו״ס ס׳ עשה פלוגתא בין הרמב״ם לרא״ש, ונראה דהם לאחדים.

דהרמב״ם לא מיירי שם אלא אם בעל השטר אומר איני יודע אם יש לך, או אינו מוציאו, אז על כל פנים מוציאו, ומזה נלמד דאם טוען ברי שאין לי שם זכותך, ודאי נשבע היסת כשזה טוען ברי שיש שם זכות כמו באבד השטר.

ומזה מיירי תשובת הרא״ש שמביא הטור, כאן שזה טוען בודאי שאין לך שום זכות בשטר וזה אינו מאמין... והשיב הרא״ש שההוראה עצמה לא ישרה בעיניו לבטל מזה שבועת היסת ולכופו להראות השטר, כי אין אדם רוצה להשביע וכו׳ אלא ודאי ישבע היסת שאין לו זכות בשטרו ולא מיקרי כאן יכול להתברר ולבטל השבועה...

חילוקו של הט״ז הוא בין מקרה בו בעל השטר מסתפק או אינו יודע האם יש ראיה בשטר שאז הוא מחוייב להראות את שטרו, לבין מקרה בו הוא טוען בודאות שאין לתובע ראיה בשטר והדין הוא שאינו חייב להראותו, וממילא אין מחלוקת בין הרמב״ם לרא״ש.

ומדבריו עולה, שהט״ז סבר שהב״י (שסובר שקיימת מחלוקת בין הרא״ש לרשב״א) סובר שאין לחלק בין המקרים ולשיטת הרמב״ם בשני המקרים קיימת חובה להראות את השטר ולשיטת הרא״ש בשני המקרים אין חובה להראותו.

אמנם לעיל באות טו הערנו שלדעת הרמב״ם יש להראות את השטר למי שביקש לראותו ולדעת הרא״ש יש להראותו לבית דין, ונמצא שקיימת מחלוקת ביניהם (ובדוחק היה מקום לומר שהט״ז סובר שבכל מקרה יש להראות תחלה לבית דין ואף הרמב״ם יודה לכך, למרות שהדבר אינו מפורש ברמב״ם. ועיין אות יט, וצ״ע[879]).

[879] עיין בד״מ סימן ס׳ ס״ק ט׳ שכתב לבאר את דברי הב״י הנ״ל, שהרא״ש סובר ״דאין צריך לא שבועה ולא חרם, ואפלו נראה לב״ד שיש לו בו זכות אין כופין אותו להראות לו את שטרו אלא יראה שטרו לב״ד״. ונראה שלא ביאר את המחלוקת בין הרמב״ם לרא״ש באותה דרך בה ביאר אותה הב״י, ואולם יל״ע לגבי איזה מקרה כתב שא״צ לא חרם ולא שבועה. ולגבי שבועה ניתן

ולעיל (אות יב) הערנו, שנראה שקיימת מחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש לגבי יכולת הטלת שבועה על מי שאינו צד בסכסוך שהתובע טוען שיש בידו שטר (וכשנגדו טוען שאיבדו וכדו'), שלדעת הרמב"ם ניתן להשביעו שהשטר אינו בידו ואילו לשיטת הרא"ש נראה שאי אפשר להשביעו (ועיין בהכרעת השו"ע באות כב).

ולדברינו אף שהט"ז ביאר שאין מחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש לגבי חובתו של מחזיק השטר להראות את שטרו, כיון שמדובר בשני מקרים שונים, עדיין נותרה מחלוקת ביניהם בשני המקרים שהערנו עליהם, ואולי זו היא כוונת הב"י שקיימת מחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש.

שִׁיטַת הרשב"א

יז. בשו"ת הרשב"א החדשות מכת"י מהד' מכון י-ם סימן רל"ו, הו"ד בב"י סו"ס ט"ז, דן האם יכול ראובן לדרוש משמעון, לקבל את שטרו או טופס (העתק) שטרו כיון שיש לו זכות באותו שטר, ואם יסרב האם בית דין יכולים לתבוע לראות את השטר ולהעתיק ממנו את החלק הנוגע לזכותו של ראובן, והשיב הרשב"א:

> אם שמעון מודה שיש בידו שטר שיש בו זכות לראובן כשטר צואה ששכיב מרע מחלק נכסיו לזה ולזה וכיוצא בזה, חייב הוא שמעון להוציא אותו שטר בבית דין כדי שיזכה בו ראובן במה שיש לו זכות, ובית דין מטפיסין לו מה שיש בו זכותו של ראובן באותו הלשון שכתבת[880].

לבאר כדברינו באות יב, וצ"ע.

[880] עי"ש בדברי השואל.

אבל אם שמעון טוען שאין בידו שטר שיש בו שום זכות לראובן, אין מחייבין שמעון להוציא שטרותיו בפני בית דין, שאין אדם רוצה שיעמדו בית דין ולא שום אדם על זכיותיו ועל שטרותיו, ואף על פי שראובן טוען בריא שיש לו זכות בשטר שיש ביד שמעון, אין מחייבין שמעון להוציא שטרותיו. אבל אם רצה ראובן להחרים חרם סתם כל מי שיש בידו שטר שיש בו שום זכות וזכור לו הרשות בידו.

הב"י כתב ששיטת הרשב"א היא כשיטת הרא"ש (אות טז), וכוונתו היא שהרא"ש פוטר את שמעון מלהראות את שטרותיו כאשר הוא טוען שאין בהם זכות לראובן, ואילו הרמב"ם מחייב להראות אפילו במקרה זה, כיון שראובן טוען טענת ברי. אולם הט"ז (אות טז) שסובר שאין מחלוקת בין הרא"ש לרמב"ם סובר שבמקרה זה הרמב"ם מודה שאין חובה להראות את השטר וכנ"ל.

<u>פסק השו"ע</u>

יח. שו"ע חו"מ סימן ט"ז סעיף ד':

האומר לחבירו, שטר שבידך זכות יש לי בו, אם הלה מודה שיש לזה בו זכות, חייב להוציאו בב"ד, וב"ד יעתיקו מה שכתוב בו מזכותו.
אבל אם הלה אומר שאין בידו שטר שיהא בו שום זכות לזה, אין מחייבים אותו להראות שטר לשום אדם.
אבל אם ירצה זה להחרים חרם סתם על כל מי שיש בידו שטר שיש לו זכות בו, שיראנו, יחרים.
ואם טען זה בודאי שהוא יודע שהשטר שיש לו זכות בו הוא אצלו, הרי זה נשבע היסת שאינו אצלו.

הסמ"ע (ס"ק יד - לעיל אות ד') ביאר משדובר שמחזיק השטר הינו איש אחר שאיננו צד בדיון שבין התובע לנתבע, וכדבריו כתב בבאר הגולה אות ח'. ואם מחזיק השטר הוא אחד מבעלי הדינים קל וחומר שעליו להראות את שטרו (שבות יעקב, לעיל אות ד', ועיין בדברי הרא"ש באות יב).

יט. במקרה בו 'הלה מודה שיש לזה זכות' אין מי שחולק שקיימת חובה על מחזיק השטר להראות את שטרו (למעט דיוק הב"ח מספרי הרמב"ם – עיין אות ג'). אולם, החיוב להראות את השטר בבית דין ובית דין הם אלו שיראו את השטר ויעתיקו ממנו את החלק הנוגע לתובע, אינו מפורש ברמב"ם (אות ג') ויסודו בדברי הרשב"א (אות יז, ואולי ניתן לדייק כך מדברי הרא"ש באות יד). ויתכן שהשו"ע סובר שאף הרמב"ם מודה שיש לנהוג בדרך זו, אף שלא פירט (עיין אות טו).

כ. וכתב השו"ע השו"ע הנ"ל שאם "הלה אומר שאין בידו שטר שיהא בו שום זכות לזה" אין מחייבים אותו להראות את השטר. ונראה שמדובר בין במקרה בו טענתו היא שמעולם לא היה לו שטר, ובין שהיה לו ואבד (עיין לשון הרמב"ם באות ג'). ומדובר במקרה בו טענתו היא טענת ודאי שאין לתובע ראיה.

ולשיטת הב"י עצמו (על פי הסברו של הט"ז באות טז), זו היא שיטת הרא"ש והרשב"א, אבל הרמב"ם חולק וסובר שאף במקרה זה עליו להראות את שטרו (והט"ז עצמו סובר שלא נחלקו במקרה זה כלל ואף הרמב"ם מודה שאין חובה להראות את השטר במקרה זה, וכנ"ל באות טז). ואף דין הטלת החרם סתם על כל מי שמחזיק שטר, יסודו בדברי הרא"ש (אות יב).

כב. סיום דברי השו"ע: "ואם טען זה בודאי שהוא יודע שהשטר שיש לו זכות הוא אצלו הרי זה נשבע היסת", נראה שיסודם בדברי הרמב"ם (לעיל אות ג'), והרמב"ם כתב זאת לגבי מקרה בו מחזיק השטר טוען שאיבד את שטרו. ונמצא, שאף לדעת השו"ע שפסק כשיטת הרא"ש והרשב"א שמי שטוען שאין בשטר ראיה, אינו חייב להראות את שטרותיו, קיימת עליו חובת שבועה אם הצד שכנגד טוען טענת ודאי שהשטר בידו (ומסתבר שאין חילוק בין מקרה בו הטענה היא שהשטר אבד ובין מקרה בו הטענה היא שמעולם לא היה שטר בידו), ולמרות שהדבר אינו מפורש בדברי הרא"ש והרשב"א סובר השו"ע שהרא"ש מודה במקרה זה.

סיכום

כג. העולה מאמור לעיל:

- עיין אות יא בסיכום שיטת הרמב"ם.
- בעל דין שמחזיק בידו שטר שיש בו ראיה לצד שכנגד חובה עליו להראותו (אות ב, יב), אבל אם הוא יודע שלמרות הכתוב בשטר הוא פטור, אין עליו חובה להראות את השטר (אות ב').
- לשיטת הב"ח על פי נוסח ספרי הרמב"ם, החיוב להראות את השטר הינו רק על בעל השטר ששילם את שכר הסופר ולא לשאר אנשים (אות ג').
- המחזיק בידו שטר שיש בו זכות לאחר (והוא עצמו אינו צד בדיון), חייב להראותו ובית דין יכפו אותו על כך (אות ג').
- לשיטת הב"י קיימת מחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש האם הטוען שאין בשטר שבידו ראיה לתובע, חייב להראותו. והט"ז סובר שבמקרה זה כולם מודים שאינו חייב (אות טז), והכרעת השו"ע היא לחייבו שבועה על דבריו אם התובע טוען טענת ברי (אות כב).
- על פי הכרעת השו"ע יש להראות את השטר לבית דין והם יראו את השטר ויעתיקו ממנו את החלק הנוגע לבעל הדין (אות יח-יט)

נספח / אדם שיודע מי הוא העד שיודע את העדות

כד. אדם שאינו יודע עדות לחבירו, אבל יודע מי יודע את העדות, יש לעיין האם מוטל עליו לבוא לבית דין ולהעיד מי הוא זה שיודע את העדות.

בפשטות כשם שמצות השבת אבידה תקפה ביחס להצגת שטר (אות א'), כך גם מצוה זו תקפה ביחס לעדות הנ"ל, ואף שקיים חילוק בין שטר המצוי תחת ידו של אדם לבין עדותו של אדם אחר, מסתבר שמצות השבת אבידה קיימת גם במקרה זה. ויתכן שהטלת החרם עליה דיבר הרא"ש (אות יב) על כל מי שיודע ראיה

כוללת גם אדם שיודע מי יכול להעיד בעדות זו[881], ובסמ"ע סימן ט"ז ס"ק י"ב כתב שהחרם כולל שיאמר מי הם העדים.

ועוד, שבמקרה של עדות, קיימת חובה על העד להעיד, והוא אינו מקיים את מצוותו, ומסתבר שמי שיכול לגרום לאדם לקיים מצוה עליו לעשות כך[882].

[881] סמ"ע חו"מ סימן ט"ז ס"ק י"ב: "מי הם העדים היודעים זכות, על זה חל החרם שיראה השטר או יגיד מי הן העדים". אמנם נראה שהסמ"ע דן רק על בעל דין היודע מי הם העדים, אבל אינו דן על הטלת חרם סתם שתכלול מי שיודע מי הם העדים, עי"ש וצ"ע.

[882] ויש לעיין האם בית דין יקבלו עדותו של עד אחד שמעיד שפלוני יודע את העדות או שיש לשמוע מפי שני עדים. ועוד, שיש לעיין מנין יודע העד שחבירו יודע את העדות, אם הוא אומר שחבירו אמר לו, הרי הוא עד מפי עד שאינו נאמן, אולם כיון שהעדות אינה על תוכן העדות אלא על פלוני שיודע את העדות מסתבר שאין זה עד מפי עד.

אָדָם שֶׁיֵּשׁ לוֹ רְאָיָה לְטוֹבָתוֹ וְאֵינוֹ רוֹצֶה לְגַלּוֹתָהּ

הקדמה / שבועה במקום שניתן להביא עדים

א. מי שנמנע מלהביא לבית דין ראיות המוכיחות את דבריו, מעורר תמיהה וחשד, מדוע הוא אינו מביאם. ויש לעיין האם חוסר רצונו להביא את ראייתו לבית דין, היא גופא הוכחה שהוא אינו דובר אמת, ואפילו אם לולי הראיה בית דין היו פוסקים לטובת, עתה שידוע שיש לו ראיה ואינו מביא אותה, בית דין לא יוכלו לפסוק לטובתו, או שהתמיהה על אי הבאת הראיה איננה גורמת לאותו אדם להפסיד בדינו.

ב. שומר נשבע כדי להוכיח את דבריו שהרכוש שברשותו נגנב או נאנס, והשבועה פוטרת אותו מלשלם. אבל אם הדבר אירע במקום בו יש עדים, לא ניתן להסתפק בשבועתו וחובה עליו להביא את העדים לבית הדין (ומסתבר שאי הבאת עדים במקום שיש עדים מעוררת חשד מדוע לא הביא את העדים)[883]. ולכאורה נוכל להסיק מכאן, שאי הבאת ראיה לבית דין, אינה מאפשרת לבית דין לפסוק לטובתו של אותו אדם (אף שלולי הראיה היה יכול להישבע).

אולם יתכן שאין להסיק מכאן מסקנה כללית, ושמא רק כאשר מול העדים עומדת שבועה של בעל הדין, קיימת חובה להביא את עדים אבל אם נאמנתו של בעל הדין היא נאמנות עצמית מכח מיגו או מכח ראיות אחרות, אי הבאת שאר הראיות (אפילו שהן חזקות מהראיה שהביא) איננה מהווה סיבה שלא לפסוק לטובתו[884]. ועוד, שיתכן שעל שומר מוטלת חובה מיוחדת להפיס דעתו של בעל הבית (עיין ב"מ דף לה:) ולכן אינו יכול להסתפק בשבועה במקום בו יש עדים.

---

[883] עיין ב"מ דף פג. ובעמ' 52.
[884] עיין הערה 906.

ג. גמ׳ בבא בתרא דף מו . :

א״ל אביי לרבא, תא אחוי לך רמאי דפומבדיתא (רש״י: האומנין שמביאין להן בגדים לתקן...) מאי עבדי. אמר ליה[885], הב לי סרבלאי (טליתי שמסרתי לך לתקן), [886]לא היו דברים מעולם[887].

הא אית לי סהדי דחזיוה גבך (בגד אחד ראו והוא שלי, ומיהו העדים אין מכירין בו יפה אם זה הוא[888]), אמר ליה ההוא אחרינא הוה. אפקיניה ונחזינהו (הוצא אותו שיראו עדים, שאתה אומר אחרינא הוא, ואמת דבריך והוציא עצמך מן החשד[889]).

אמר ליה, איברא, לא מפיקנא ליה (באמת לא אוציאנו בשביל טענותיך של הבל אראה לך ממון אחרים[890]. וזהו הרמאות דלא לשם שמים מתכוין אלא לגנוב את טלית חבירו מתכוין).

---

[885] האם אביי הוא זה שפונה לאומן או שאביי ורבא יצאו לשוק וראו שכך מתנהל המשא ומתן. ועוד יש לעיין שטענתו של בעל הסרבל שיש לו עדים (לקמן), האם היא טענה בעלמא או שהוא מביא עימו את עדיו, ומלשון השו״ע לקמן באות ד׳ מוכח שהוא מביא עימו את העדים.

[886] תשובת האומן: להד״ם.

[887] עיין ריטב״א בסוגייתנו (מהד׳ הרב בלוי ד״ה ״אמר ליה״ וד״ה ״מאי טעמא״ – דף פח. מדפי הספר, טור ב׳) שביאר שהאומנין של פומבדיתא היו אומרים טענת להד״ם כל עוד לא קיבלו את התשלום עבור התיקון, ואם בעל הבית היה מתווכח עימו על השכר היה טוען האומן להד״ם, עד שהיו משתווים במחיר, ומקבל את שכרו, ומוציא את הבגד.

[888] עיין ריטב״א בסוגייתנו שכתב שהעדים ראו ״טלית ברשותך שיש בו כל סימני טלית שלי״, והאומן טוען: ״טלית אחרת כיוצא בה נתנו לי לתקן״ ואע״פ כן סובר רבא (עיין בהמשך) שטענת האומנין מתקבלת כיון ״לא ראו שלו ממש ואין לטרוח להוציאו מרשותו״. ונראה שכוונתו היא שהעדים העידו שראו את הסימנים אבל לא העידו שהם ראו את הטלית עצמה, ולכן על סמך עדותם אין ראיה חותכת, ורק אם יראו שוב את כל הטלית יוכלו להעיד, וסובר רבא שאין להכריח את האומן להוציא את הטלית כיון שעדות העדים אינה מבוררת.

[889] בעל הבית מנסה לפתות את האומן להראות את הטלית, באומרו לו שהוא לא יפסיד דבר שהרי לטענתו האמת איתו והטלית איננה של האומן, ואילו האומן אינו רוצה להראות את הטלית, יתכן שהוא אינו רוצה להראות כיון שהוא יודע שהוא משקר ויתגלה שקרו, ויתכן שהאמת עימו אבל הוא אינו רוצה להיכנס כלל לדיון עם בעל הבית, ועוד שאם הוא יראה את הטלית עכשו הוא יאבד את המיגו שיכול להיות לו בבית דין – עיין רא״ש בסוגייתנו (פרק שלישי סימן מו) שאם יש עדים שראו את המסירה ויש עדים שראו את הטלית ביד האומן אינו יכול לומר שקנה את הטלית מיד בעל הבית, ועיין הערה 896.

[890] האם הטענה ״לא אראה לך ממון של אחרים״ שאינה מתקבלת לשיטת אביי, יש לה יסוד. לכאורה טענתו של האומן נכונה, שהרי ישנם אנשים שאינם רוצים שכולם ידעו ויכירו את רכושם, ועל האומן לשמור על פרטיותם. ושמא, אף שטענה זו נכונה בדרך כלל, בנידון שלפנינו שיש יסוד סביר להניח שאין טענה זו נכונה כיון שהעדים ראו, אין לאומן להסתתר תחת טענה זו. ואף רבא שחולק על אביי ומצדיק את האומנין, איננו נזקק לטענה שאין להראות טלית של

> אמר רבא, שפיר קאמר ליה (האומן. כך השיב רבא לאביי, שאע״פ שרמאים הן הדין עמם דאפילו כשרים שבישראל יכולין לטעון כן) ראה תניא.

על פי שיטת רש״י, העדים מכירים את הטלית של בעל הבית, אבל כשהם ראו אותה ביד האומן הם לא ראו אותה בבירור, ואם הם יראו אותה בבירור הם יוכלו להעיד אם זו טליתו של בעל הבית או לא.

ונראה שאף לשיטת אביי, אין אפשרות לכפות על האומנין להוציא את הטלית ורמאותם מועילה להם כדי לא להשיב את הטלית לבעליה[891], והטענה כלפיהם היא שהם אינם אנשי אמת, שאילו היו אנשי אמת היו מראים את הטלית. אולם רבא חולק וסובר, שכל עוד אין עדים המעידים בבירור שראו את טליתו של בעל הבית אצל האומן, אין חובה על האומן להוציא את הטלית שבידו עבור טענות לא מבוררות.

ד. דברי רבא נפסקו להלכה בשו״ע חו״מ סימן קל״ד סעיף ב׳-ג׳:

> [892]ואפילו מסרו לתקן בעדים האומן נאמן מתוך שיכול לומר החזרתיו לפיכך נשבע האומן היסת ונפטר ואין מחייבין אותו להוציא הכלי... אע״פ שמסרו בעדים, אם העדים שראו החפץ בידו אין מכירים בודאי שזהו של המערער[893], אלא שנדמה להם בסימנים כמו שלו, אם טוען, לא נתתו לי מעולם, נאמן[894]...

ה. אילו העדים היו מעידים בבירור על היותו של החפץ ביד האומן (והיו גם רואים

אחרים, וכדלקמן. ואמנם עיין בדברינו באות יא.

[891] עיין בריטב״א בסוגייתנו שדן מנין לנו שהאומן הוא הרמאי, ושמא בעל הבית הוא הרמאי.

[892] דברי השו״ע הינם בדיון בבית הדין, ועיין לקמן בשיטת הגר״א באות ז׳ שמחלק בין דיון שמחוץ לבית דין לבין דיון שבבית הדין עצמו, שבבית דין חייב להראות את הבגד.

[893] השו״ע דן על שני המקרים. האחד, שהעדים ראו את המסירה אבל אינם יודעים האם עתה החפץ ביד האומן. והשני, שהעדים (גם) יודעים שיש בגד ביד האומן, אבל לא ראו בבירור את סימניו.

[894] עי״ש בדברי הרמ״א שיסודם בתוס׳ בסוגייתנו ד״ה ״שפיר״.

את מסירתו ליד האומן), לא היתה לאומן אפשרות לטעון שלא היו דברים מעולם, ואף אם לא היה מראה את החפץ שבידו היה חייב לשלם את דמיו. אולם כיון שמדובר שהעדים אינם יכולים להעיד עדות ברורה בלי שיראו את החפץ שנית, אין לחייב את האומן להראות את הטלית, והאומן לא איבד את נאמנותו בעקבות אי רצונו להראות את הטלית. כלומר למרות שהיה בידו של האומן להוכיח את דבריו בצורה חותכת (היה מראה את הטלית, והעדים היו מגלים שאין זו טליתו של בעל הבית), אי רצונו להראות את הטלית אינה גורמת לו להפסיד בדינו.

ו. אמנם, אם האומן היה מראה את הטלית היה לו הפסד בדבר, כיון שאם באמת הטלית של בעל הבית, כל עוד הוא אינו מראה את הטלית הוא יכול ללחוץ על בעל הבית בדרך משא ומתן עד שיסכים לשלם לו את מלוא הסכום שהוא רוצה עבור התיקון[895] ואז יודה לו שקיבל את טליתו וישיב לו אותה. ואף שמדובר במשא ומתן של רמאות, יתכן שגם בעל הבית נוהג שלא כהלכה כשאינו מסכים לשלם את סך דמי התיקון כפי שמגיע לו, ולכן אין לבוא בטענה אל האומן שחושש שיפסיד את דמי התיקון הראויים לו כפי דעתו[896].

ז. ממהלך הסוגיא ופסק השו"ע נראה שאף אם הדבר יגיע לידי בית דין, בית דין לא יוכל לכפות על האומן להראות את הטלית, אולם ביאור הגר"א בסימן ע"ב ס"ק ק"ז (ליקוט) חולק:

> עיין שם מ"ו ישפיר קאמר' כו' ועתוס' שם... שדחקו בזה. ונראה שודאי לא היה זה בב"ד, דבב"ד ה"ל להכריח אותו להראותו האמת אתו.

---

[895] עיין הערה 887, שזו היתה דרכם של האומנים, שהיו טוענים להד"ם אם לא היו מקבלים את השכר שרצו.

[896] עיין בריטב"א בסוגייתנו, ועיין תוס' ד"ה "שפיר". ואילו האומן היה מראה את החפץ היה מאבד את המיגו שלו, אבל כשהוא מראה את החפץ אחר טענתו ואחר בואו לבית דין, יש לו מיגו, עיין סמ"ע חו"מ סימן קל"ד ס"ק ח', נתיבות שם, ביאורים ס"ק ה', ביאור הגר"א חו"מ סימן ע"ב ס"ק ק"ז, ולעיל הערה 889.

ועסי׳ רצ״ז בהג״ה אמר כו׳[897]... וגם מ״ש להד״ם לאו רמאות כי עביד אינש דלא מגלי טענתיה אלא בב״ד[898]...

כלומר, סוגיית הגמ׳ הנ״ל הינה דיון שהתנהל בשוק בין בעל הבית לבין האומן, אבל בבית דין חובה על האומן להראות את הבגד כדי להראות שהאמת עימו[899].

הגר״א לא כתב במפורש מה דינו של אותו אומן אם לא יראה את הבגד בבית דין, ומסתבר שכיון שאינו מראה את ראייתו (ולבעל הבית ישנם עדים שמעידים לטובתו, אף שעדותם אינה עדות מלאה וכנ״ל בביאור הגמ׳), מוכח שאינו דובר אמת, ובית דין יפסקו כנגדו[900].

---

[897] רמ״א חו״מ סימן רצ״ז סעיף א׳: ״אמר המפקיד, חפץ פלוני הפקדתי בעדים בידו שסימנו כך וכך, ואנו רואים ביד היתומים חפץ כזה, צריכין להראותו לעדים, ואם עדים מעידים אותו שהוא זה, מחזירין אותו. ואם אמרו היתומים, אבינו אמר שלו הוא, נאמנים בשבועה (טור ס״ד)״. משמע שיש חובה להראות חפץ, אולם יתכן שם מדובר שהעדים ראו בבירור משא״כ בנידון שלפנינו (ועיין ביאור הגר״א שם ס״ק י׳).

[898] עי״ש שביאר את סברתו של רבא, ומתי יש לו מיגו ומתי לא, ועיין הערה 896. וכתב באבן האזל פ״ט מהלכות טוען ונטען הלכה א׳: ״והגר״א כתב שבטוען להד״ם חייב להראות כי דמ״ש שאינו חיב להראות הוא אצל עדים, ולב״ד חייב להראות, רק שלא תתבטל בשביל זה טענת לקוח ויהיה נאמן משפסקו לו ב״ד להראות, ומהרמב״ם לא משמע כן״.

[899] וצ״ע מדוע בסימן קל״ד שם הובא להלכה עיקר דינו של רבא, לא כתב הגר״א כפי שכתב בסימן ע״ב. ושם (ס״ק י׳) ציין הגר״א לדברי תוס׳ ולא העיר עליהם דבר. ויתכן שכיון שדברי הגר״א שלפנינו הם מחלק ה׳ליקוטים׳ אין להקשות על כך. כיון שהגר״א כתב תחילה ביאור על השו״ע, ולאחר מכן הוסיף הוספות שקרא להם ׳ליקוטים׳ והוספות אלו, ״לא כתבם על הסדר כבראשונה רק כל מה שעלה במצודת שכלו הקדוש והטהור רשם אצלו בכתב אמת״ (לשון הרב ישראל משקלוב, שהובא במבוא לשו״ע חו״מ מהד׳ מורשה להנחיל עמ׳ לה), והליקוטים נכתבו על ידי הגר״א בכתבים נפרדים והמדפיסים הם אלו שקבעו את מקומם (עי״ש במבוא שהעתיקו את דברי הרמ״י גינצבורג שערך את חלק חו״מ), וממילא כלל אין קושיא על הגר״א. ומעיקרא בפירושו לשו״ע פירש כדברי התוס׳, ולאחר מכן הציע את חידושו בביאור הסוגיא וכתבו בליקוטים שהם אינם ביאור על סדר השו״ע.

אמנם, בספר ברכת אליהו (על ביאור הגר״א כאן), העיר שהגר״א עצמו בביאורו לשו״ע (ולא בליקוטים) בסימן קל״ג ס״ק ט״ז [י״ז, ועיין ברכת אליהו שם] כתב ששיטת תוס׳ בסוגייתנו היא שמדובר קודם שהגיעו לבית דין (אבל בבית דין עליו להראות את ראיותיו), וא״כ תמוה מדוע בסימן קל״ד שם כתב השו״ע את עיקר הדין, הגר״א אינו מעיר ששיטת תוס׳ איננה כשיטת השו״ע, וצ״ע.

וכן מצאנו עוד פסקים שנתחדשו לגר״א אחר שכתב את ביאורו לשו״ע, עיין בספר בית יעקב (הרב יעקב ברודא) אות טז שכתב בשם הרב סעדיה תלמיד הגר״א שמאכל שיש לו תכונות של פהב״כ אבל הוא מסוג המאכלים שאנשים אינם קובעים עליו סעודה, אין עליו חובת נט״י וברמה״ז, וזאת למרות שלא כך נכתב בביאורו לשו״ע, כיון שאת חיבורו על השו״ע סיים עוד קודם היותו בן ארבעים, ואח״כ נוספו לו עוד חידושים, עי״ש (ועיקר דין פהב״כ הנ״ל נדפס בקצרה גם בסידור אשי ישראל לגר״א בהוספות לכתר ראש ובספר מעשה רב השלם).

[900] בפשטות בית דין יחייבו את האומן לשלם את מחירו של הבגד כפי שהיה בשעת מסירתו לאומן. ויש לעיין מה הדין במקרה בו העדים העידו שהם ראו את הבגד מתוקן (אף שלא ראו אותו בבירור), האם מוטל על האומן לשלם את מחיר הבגד כפי שהוא מתוקן (ביחוד למ״ד

סיכום דין דמאי דפומבדיתא

ח. העולה מהאמור לעיל:

- אומן שיש כנגדו עדים, אבל העדים אינם יכולים להעיד בבירור שהבגד הינו של בעל הבית (או שהעדים יודעים על עצם המסירה אבל אינם יודעים אם החזיר או לא), נחלקו אביי ורבא האם חובה עליו להראות את הבגד, ואף לשיטת אביי אם לא הראה לא הפסיד (אות ג').
- השו"ע פסק כרבא שאין על האומן חובה להראות את הבגד (אות ד').
- לשיטת הגר"א סוגיית הגמ' היא בדין ודברים שמחוץ לבית דין, אבל בבית דין חובה על האומן להראות את הבגד, ואם לא יראה יפסיד בדינו (אות ז').

שלח אחוי (הפשט בגדיך)

ט. כהן בעל מום שעובד במקדש, עבודתו פסולה. ובגמ' בקידושין דף סו: נאמר:

ואביי אמר, לעולם דקא מכחיש ליה, ודקאמרת אמאי מהימן, דאמר ליה שלח אחוי (רש"י: אם אינך בעל מום, הפשט בגדיך ונראה)[901].

עד אחד העיד שהכהן בעל מום, והכהן מכחיש את דבריו, דברי העד מתקבלים[902], כיון שיש יכולת ביד הכהן להראות את המקום שלגביו טוען העד שיש לו מום, ולהוכיח שאין לו מום[903], וכיון שהכהן לא היה מוכן להראות, דברי

שאומן אינו קונה בשבח כלי), בניכוי הוצאות התיקון. ויתכן שעל פי דברי האור שמח שבהערה 902 חובה עליו לשלם את מחיר הבגד אחר התיקון שהרי העובדה שאינו מוכן להראות את הבגד מוכיחה שהוא מודה לדברי העדים.

[901] עיין יש"ש כאן (פרק ג' סימן כ"ה) שהלכה כאביי.

[902] באור שמח פרק א' מהלכות סוטה הלכה א' כתב: "ויותר נראה דבעד אחד אומר בעל מום הוא נאמן לפוסלו, דשלח ואחוי, וכיון דהוא אינו פושט בגדיו להראות שאין בו מום הוי כמודה שהוא בעל מום, ואין הכחשתו כלום...". ועיין הערה 900.

[903] ומכאן, שבכל דבר בו ניתן לברר יש לברר, עיין תוס' קידושין דף סה: בדבריו שנדפסו בתחילת דף סו. וכדבריו פסק הרמ"א ביו"ד סימן קכ"ז סעיף ג'.

העד מתקבלים[904].

סתירה הסוגיות וישוב הסתירה

י. לכאורה קיימת סתירה בין הסוגיא בקידושין (אות ט׳) לבין סוגיית הגמ׳ בב״ב (אות ג׳). בגמ׳ בקידושין מוכח שמי שיכול להוכיח את דבריו ואינו מוכן להוכיח אותם, אין לקבל את דבריו, ואילו בגמ׳ בב״ב לא הוטל על האומן שבידו ראיה לפטור את עצמו להראות את ראייתו, ודבריו מתקבלים כמו שהם ללא הראיה.

על פי שיטת הגר״א (אות ז׳) אין סתירה בין הסוגיות, כיון שהסוגיא במסכת קידושין דנה בדיון שמחוץ לבית דין, אבל בבית דין חובה עליו להראות את ראיותיו וכאמור בסוגיא במסכת קידושין. אולם על פי פסק השו״ע (אות ד׳) שאף בבית דין אין חובה להראות את הבגד, קיימת סתירה לכאורה בין הסוגיות.

יא. יתכן שיש מקום לחלק בין גילוי מום של הכהן שאין בו שום הפסד לאחרים, לבין גילוי בגדים שביד אומן שיש לאומן טענה שהלקוחות האחרים שלו אינם רוצים שיראו את בגדיהם (עיין בדברי הרשב״ם באות ג׳, והוא עצמו יפסיד מכך, שלקוחות לא ירצו לבוא אליו, ועיין אות ו׳)[905].

יב. עוד נראה לחלק, בנידון של הכהן יש עד אחד שמעיד שיש בו מום, ויש צורך להשיב כנגד טענתו. ולעומת זאת ברמאי פומבדיתא, אין ראיה כנגדם, שהרי גם העדים אינם יודעים בבירור שמדובר בבגדו של בעל הבית (ואפילו אם הם ראו בבירור את מסירת הבגד לאומן, האומן יכול לטעון שהחזיר – עיין חו״מ סימן קל״ד).

---

[904] יש לעיין האם בית דין יכולים לראות בעל כורחו, כדי למנוע הפסד מאחרים. כגון, שהכהן הקריב אחר שהעד העיד כנגדו, וכיון שדברי העד מתקבלים, חובה על הבעלים להביא שוב קרבן, וכדו׳.

[905] עיין בהערה הקודמת שקיימת מציאות בה גם בכהן יש הפסד לאחרים, אולם יתכן שהגמ׳ לא דיברה במציאות זו. ועיין בהערה 896 שאם האומן מראה את הבגד, הוא מאבד את המיגו שהיה לו, אולם אם אחר שיטען בבית דין יראה את הבגד, לא הפסיד את המיגו, ועיין סמ״ע חו״מ סימן קל״ד ס״ק ח׳, ונתיבות ביאורים ס״ק ה׳.

ועל פי דברינו נראה, במקום בו אין הוכחה גמורה נגד הנתבע, אם הוא אינו מביא ראיה שיכולה להוכיח את חפותו, אי הבאת הראיה אינה מהווה הוכחה כנגדו, ובית דין יפסקו על פי הראיות שבאו בפניהם. ולכן בנידון של רמאי פומבדיתא העובדה שהאומן אינו מראה את הטלית אינה פועלת לרעתו. לעומת זאת במקרה בו קיימת עדות מבוררת (אפילו של עד אחד) נגד אדם ומוטל עליו להכחישה, אף שהכחשתו היתה יכולה להתקבל במקרה רגיל (שאין לו ראיה), במקרה בו יש לו ראיה והוא אינו רוצה להראותה, הכחשתו לא תתקבל.

יג. חילוק אחר שניתן להציע הוא שכאשר מדובר בממון שלגביו קיים הכלל של המוציא מחבירו עליו הראיה, אי הבאת הראיה אין בכוחה לחייב את מחזיק הממון לשלם ולכן אין אפשרות לחייב את האומן שבפומבדיתא לשלם אף שלא הראה את הטלית. לעומת זאת באיסורים שאין בהם הוצאת ממון (ישירה) אי הבאת הראיה על ידי הנתבע מהווה הוכחה כנגדו, ותתקבל הטענה שנאמרה כנגדו[906].

סיכום

יד. העולה מהאמור לעיל:

- עיין אות ח׳ בסיכום סוגיית רמאי דפומבדיתא.
- כהן שעד אחד העיד שיש לו מום והכהן מכחישו ואינו רוצה להראות את עצמו, אינו נאמן כיון שהיה עליו להראות (אות ט׳).
- על פי שיטת הגר״א נראה שאי הבאת ראיה לבית דין תוביל לכך שבעל הראיה יפסיד בדינו, הן בנידון של רמאי דפמבדיתא והן בנידון של כהן בעל מום (אות י׳).

[906] החילוק בין ממון לאיסור לכאורה אינו מבאר את דינו של השומר שבאות ב׳, אולם נראה שבשומרים שמעיקרא קיבלו עליהם לשמור ועליהם לפייס את בעל הבית, דינם שונה ואף שמדובר בממון, חובה עליהם להביא עדים (במקום שניתן להביא עדים), כיון שמיעקרא כבר התחייבו להחזיר את חפץ השמירה לבעלים (או לפייס את בעל הבית)

- (לולי שיטת הגר"א) קיימים מספר חילוקים בין אומן שאינו מראה בגדים שקיבל לתיקון לבין כהן שאינו מראה את מומו. יש לחלק בין מקרה בו יש הפסד לו ולאחרים לבין מקרה בו אין הפסד לאחרים (אות יא), אפשר לחלק בין מקרה בו יש עד אחד נגדו לבין מקרה בו אין עדים נגדו (אות יב), וכן ניתן לחלק בין ממונות לבין איסורים (אות יג).

בַּעַל דִּין שֶׁאָמַר שִׁישׁ לִי רְאָיוֹת (יוֹתֵר מֵהַנִּדְרָשׁ) וְלֹא הֵבִיאָם

הַקְדָּמָה / צִדְדֵי הַסֵּפֶק

א. בעל דין שחייב להביא ראיה לדבריו, אמר לבית הדין שיביא לא רק ראיה אחת כפי שהתחייב אלא שתי ראיות, שכל אחת מהם יכולה להוכיח את דבריו בפני עצמה. בסופו של דבר הוא לא הביא כי אם אחת מהן. האם העובדה שהוא מעיקרא 'התנדב' להביא שתי ראיות אף שלא היה חייב בכך מונעת ממנו מלזכות בדינו.

נוכל להציע שתי סברות יסודיות מדוע בעל הדין הנ"ל לא יזכה בדינו:

- הוא קיבל על עצמו להביא שתי ראיות, וכאילו אמר במפורש שהוא מחייב את עצמו שאם לא יביא את שתיהן טענתו לא תתקבל.
- כיון שלא הביא את שתי הראיות, מתעורר חשד שאין לו ראיות לדבריו, ואף הראיה שהביא איננה ראיית אמת, למרות שבית דין לא הצליח לגלות פסול בראיה שבאה בפניו[907].

עיין לקמן אות ה' הצעה בחילוק לדינא בין שתי השיטות. ולאידך גיסא ניתן לומר שהעובדה שהוא לא הביא את שתי הראיות לא תגרום לו להפסיד בדינו, ולמרות

---

[907] דיין איננו יכול לפסוק כנגד שני עדים כשרים. אולם, דיין שחושב ש"הדין מרומה" ואחר חקירת העדים הוא לא הצליח לפסול אותם, מוטלת עליו חובה להסתלק מן הדין, עיין רמב"ם הלכות סנהדרין פרק כד הלכה ג'. ויתכן שבמקרה שלפנינו בכוחו של הדיין לפסוק שלא על פי שני העדים הכשרים, כיון שבעל הדין חייב את עצמו להביא שתי ראיות, וכאילו אמר שהוא מקבל על עצמו שראיה אחת היא ראיית שקר ללא הראיה השניה.
ובערוך השלחן חו"מ סימן ק"מ סעיף ג' כתב, שמי שהתחייב להביא שטר ועדים, ולא הביא את השטר: "ואם חזר ואמר אבד שטרי אינו נאמן, דחיישינן כיון שמקודם אמר שיש לו שטר ועתה אומר שנאבד, קרוב הדבר שמצא איזה פסול בהשטר ואין ביכולתו להראותו וכיון שהחזקה היא כעדות על השטר והשטר בטל ממילא דגם החזקה אינה כלום וכ"ש אם הביא השטר ובאמת מצא בו פסול...". (ועיין הערה 915). ולדברינו, ניתן לומר, שמא גם העדים שהביא יש בהם פסול.

שבית דין תמהים על אי הבאת הראיה הנוספת, אין בכך כדי לפסול את הראיה שהובאה בפני בית הדין.

ב. עוד יש לדון בדינו של אדם שמוטלת עליו חיוב ממוני שיכול הוא לפטור עצמו בשבועה אבל הוא אמר שיש בכוחו להביא עדים להוכיח את דבריו (כגון, שומר שטוען שיש בכוחו להביא עדים על אונסו, ועל פי עיקר הדין אין עליו חובה שכזו[908], או כופר הכל שטוען שיש לו עדים וכדו'), ולבסוף לא הביא עדים, האם כיון שמעיקרא לא היה חייב בהבאת ראיה כי אם בשבועה, אי הבאת הראיה לא תמנע ממנו את הזכות להיפטר על ידי שבועה. ונראה, שאדם שפסול לשבועה הינו רק מי שנחשד על השבועה על פי דיני 'חשוד', אולם במקרה שלפנינו לא הוכח שמדובר בחשוד על השבועה, ולכן אין לפוסלו (ואם ננקוט בדרך זו, כל שכן שאין לקפח את זכותו של מי שאמר שיביא שתי ראיות ולא הביא לעיל אות א'), ועיין אות ט' לקמן, וצ"ע.

<u>הבא לידון בשטר ובחזקה / אמר שיש לו שתי כיתי עדים</u>

ג. אדם שמחזיק בקרקע שלש שנים ואיבד את שטר הקניה, ובא אדם (שהוכיח שהוא היה הבעלים הקודמים של הקרקע), וטוען שהמחזיק בקרקע הוא גזלן, יכול המחזיק בקרקע לומר שהוא קנה את הקרקע מהמערער ויביא שני עדים שראו שהוא גר בקרקע שלש שנים, ובית דין יקבלו את דבריו למרות שהעדים אינם מעידים על מעשה הקניה אלא רק על החזקה, ובודאי שאם הוא יביא את שטר המכירה לבדו הוא יזכה בקרקע (גמ' ב"ב תחילת פרק חזקת הבתים).

בגמ' בסנהדרין דף כג: נחלקו רבי ורשב"ג בדינו של מחזיק בקרקע שאמר שיש בכוחו להביא שטר קניה ועדי חזקה:

---

[908] אם מדובר במקום בו ידוע שיש בו עדים, שומר אינו יכול לפטור עצמו בשבועה וכנ"ל עמ' 52. בנידון שלפנינו מדובר במקרה בו בית דין סבר שאין עדים והוא עצמו אמר שיביא עדים.

דתניא, הבא לידון בשטר ובחזקה, נידון בשטר (רש"י: על כרחו צריך להביא השטר ויברר דבריו, ואם לא מצא שטר, יפסיד, דלא מהניא ליה חזקה... האי כיון דאמר, ישנו בידי, צריך לברר), דברי רבי.
רשב"ג אומר נידון... אף בחזקה (באיזה מהן שירצה, ואם יש לו עדי חזקה אין צריך לברר דבריו על השטר, והיינו דאמר ר' מאיר כרבי, ורבנן כר' שמעון).

הגמ' מבארת (על פי שיטת רב דימי בשם ר' יוחנן), ששיטת חכמים במשנה (דף כג.) שמי שאמר שיביא שתי כתות עדים להוכחת דבריו והביא רק כת אחת, הינה כשיטת רשב"ג שאין צריך להביא שטר ועדי חזקה ודי באחת מהראיות. ואילו ר' מאיר (שם במשנה) שסובר שחובה להביא את שתי כיתות העדים, הינו כשיטת רבי, שחובה להביא את השטר ואת עדי החזקה.

אמנם הגמ' דוחה ואומרת שיתכן שחכמים שבמשנה (שאינם מחייבים הבאת שתי כיתות העדים) אינם חולקים על שיטת רבי שבמקרה של חזקת קרקעות, קיימת חובה להביא שטר וחזקה:

ורבנן אמרי לך, עד כאן לא קאמר רבי התם, אלא בחזקה דמכח שטרא קאתי[909]. אבל הכא דהני עדים לאו מכח עדים אחריני קאתו - אפילו רבי מודה דאין צריך לברר.

ד. נמצא שעומדות בפנינו שלש אפשרויות כיצד לדון בדינו של אדם שהיה חייב להביא ראיה אחת ואמר שיביא שתי ראיות:

- די בהבאת ראיה אחת (פשט שיטות רשב"ג וחכמים).

[909] כלומר רבי מחייב את הבאת השטר ואינו מסתפק בהבאת עדי החזקה, מפני שעדי החזקה מעידים אך ורק על היותו בקרקע שלש שנים, ואין לו הוכחה שאכן קנאה ולא גזלה, וכיון שהוא אמר שיביא שטר (כלומר, הוכחה על הקניה) אי אפשר להסתפק בעדי החזקה בלבד. אבל אילו מעיקרא לא היה מחייב את עצמו להביא את השטר היה ניתן להסתפק בעדי החזקה. ונמצא שעל פי העמדת הגמ', אם מעיקרא המחזיק בקרקע אמר שהוא יביא שטר ועדי חזקה, והביא שטר ולא הביא עדי חזקה, אף רבי מודה שאין עליו חובה להביא עדי חזקה, כיון שהשטר יש לו כח עצמי ואינו זקוק לעדי החזקה.

- חייב להביא את שתי הראיות (פשט שיטות רבי ור׳ מאיר).
- חובה להביא שתי ראיות רק כאשר אחת הראיות נובעת מהראיה האחרת והביא את הראיה שנשענת על הראשונה[910] (העמדת הגמ׳ בשיטת רבי אליבא דחכמים).

<u>מַחלוֹקֶת הקוֹנטֶרס וְרַבֵּינוּ תָּם</u>

ה. יש לעיין מה דינו של מי שהתחייב להביא שתי ראיות והביא רק אחת, וכלפי הטענה השניה טען שלא היה באפשרותו להביאה כיון שהעדים מתו או השטר שהוא היה סבור שהוא בידו נגנב וכו׳.

לכאורה הדבר תלוי בשתי הסברות שהועלו באות א׳. אם ננקוט שהחיוב להביא את שתי הראיות נובע מחיוב שהוא חייב את עצמו, הרי שהוא יקבל על עצמו להביאם, וכיון שלא עמד בחיובו, הפסיד (אא״כ נאמר שאונס יכול לפטור במקרה שכזה). אבל אם ננקוט שטעם החיוב הוא חשש שקר, במקרה בו אין אפשרות להביא את הראיה הנוספת, לא מתעורר חשש שקר.

ו. תוס׳ סנהדרין דף כג: ד״ה ״ורבנן״:

> ה״ג הקונטרס ללשון אחרון, דרבנן סברי דצריך לברר כו׳ אם יאמר אדם בב״ד אביא ב׳ כיתי עדים כשרים צריך לברר דבריו ולהביא שתי כיתי עדים כשרים ואם לא הביאם כשרים יפסיד...
> וקשה לר״ת דבפ׳ גט פשוט (ב״ב קסט: ושם) משמע, דאפילו מאן דאמר צריך, היינו לכתחילה יאמרו לו ב״ד ברר דבריך, אבל מכל מקום אם אין יכול לברר בכך לא יפסיד...

ר״ת לא ביאר כיצד מוכחים דבריו בפרק גט פשוט, יתכן שראייתו היא מלשון הגמ׳ שם (ב״ב קסט:):

[910] ואילו מעיקרא לא התחייב להביא את שתיהן, היה יכול להסתפק בשניה. כלומר להביא עדי חזקה ללא שטר.

ואף רבי לא אמר אלא לברר, אמר ליה אנא נמי לברר קאמינא...

כלומר, רבי דרש רק בירור לכתחילה אבל אם לא היתה אפשרות לברר ולהביא את הראיה השניה, לא יפסיד בדינו. וכך כתב בתוס׳ ב״ב דף קע: ד״ה ״אלא לברר״:

> פירש רבינו תם לברר אמיתת הדברים ולהעמיד על האמת ואם ימצאו ויאמרו לא ראינו מעולם[911] מיחייב אבל אם לא ימצאם[912] לא אבד בכך, שאין סברא שהיה מחייבו לשלם על זה אם לא יוכל למצאן כי מה דין הוא זה שיפסיד בחנם אם לא יוכל לאמת דבריו שלא היה צריך לטעון.
> ועוד דהכי משמע ׳אנא נמי לברר קאמינא׳ ולא לחייב, שאם היה מחייבו לברר מה תשובה היא זו ׳אנא נמי לברר׳ מכל מקום היה מחייבו.... וכדפי׳ ר״ת דמפרש הכא אם לא בירר לא הפסיד דיש לו לברר כל מה שיוכל ומ״מ אי לא משכח להו או אומרים להד״מ י״ל דלא מפסיד...

על פי שיטת ר״ת, מוטלת חובה להביא את העדים הנוספים, אבל אם לא הצליח להביאם, לא הפסיד בדינו, אמנם ר״ת לא ביאר האם הוא חייב להוכיח מדוע לא הצליח להביא את העדים או שניתן להסתפק באמירתו, ונראה שכיון שגם במקרה בו העדים אומרים להד״ם לא הפסיד כ״ש שאם לא בירר מדוע לא הביאם לא יפסיד, וצ״ע.

ועיין לקמן באות ט׳ ששיטת הגר״א היא, שמסוגיית הגמ׳ בב״ב נוכל לדייק שאי הבאת עדים, אינה פוסלת כלל, ורק לכתחילה עליו לברר ולהביאם, ואם לא הביא (אף שהיתה בידו יכולת להביא) אינו מפסיד בשל כך.

---

[911] לא ראינו מעולם את החזקתו של זה בקרקע, או את השטר אותו הוא רוצה לקיים באמצעות עדים שיעידו על חתימות העדים שחתמו על השטר.

[912] כיון שמתו או הלכות למדינת הים (חידושי הר״ן כאן, ועיין גם ביד רמ״ה) אבל אם הם נמצאים ולא הביאם – הפסיד, עיין רא״ש ב״ב פרק י׳ סימן כ״ז בשם ספר המקח.

מַשְׁטָה הֵייתִי בָךְ / לֹא דַייק בְּדִבְרֵיו

ז. יש לעיין האם בכוחו של בעל הדין (שהתחייב להביא שתי ראיות) לומר שמעיקרא הוא 'הגזים' רק כדי לחזק את דבריו, אבל אליבא דאמת אין בכוחו להביא אותם. ולשיטת ר"ת הנ"ל ברור הדבר שאם אין בכוחו להביאם לא איבד את זכותו, ועיקר השאלה היא על פי שיטת הקונטרס (לעיל אות ו') שמחייב להביא את העדים בכל מקרה.

ומצאנו שיש באדם יכולת לומר לחבירו 'משטה הייתי בך", ולכאורה טענה זו יכולה להישמע רק מחוץ לבית דין ולא בבית דין (גמ' סנהדרין כט.), כיון שבבית דין אדם חייב לדייק בדבריו.

אולם, שיטת הרמ"ה שהביאה הרא"ש בב"ק בסוף פרק המניח, שבמקרה של טענו חיטים והודה לו בשעורים פטור (אף) מדמי השעורים, כיון שהנתבע יכול לומר לתובע, משטה הייתי בך, שהרי אף אתה אמרת 'שטות' שאני חייב לך חטים. משמע. שאף בבית דין קיימת טענת 'משטה הייתי בך' ודחוק לומר ששם מדובר רק מחוץ לבית הדין.

אמנם עיין שם בדברי הרא"ש שדוחה את דברי הרמ"ה ושמא נקודת המחלוקת ביניהם היא האם ניתן לטעון משטה הייתי בך בבית הדין (ואולי היא גופא המחלוקת בסוגיא האם חייב להביא את שתי הראיות) וצ"ע.

יתכן, שקיים חילוק בין המקרים. במקרה בו טענו חיטים והודה לו בשעורים, תוכן טענתו של הנתבע המודה בשעורים היא, שאין יסוד לתביעתו של התובע ולא היו דברים מעולם, והודאתו בשעורים היא מעין 'לעג' על דברי התובע. לעומת זאת במקרה שלפנינו, הנתבע מודה שמעיקרא היה דין ודברים בינו לבין התובע, רק שיש לו טענת פטור (שהוא קנה ממנו את השדה) ובטענת הפטור הזו הוא אינו 'משטה' אלא אומר דברי אמת ולכן אין בכוחו לטעות טענת משטה הייתי בך.

ח. אולם, לכאורה קיימת ביד אדם זכות לומר שלא דייק בדבריו, וראיה לדבר מדברי הסמ"ע בחו"מ סימן ע"ה ס"ק ב' בשם הנמוק"י (ב"ב דף לז. מדפי הרי"ף):

> וכתב בנמוק"י פרק המוכר בית, דלא דייקינן בדבריו של אדם שיהיו כנגדו אם לא אמרן ממש, ולעולם אמרינן דדרך שטות הוא דיבר[913].

אמנם, נראה שאף דברי הנמוק"י לא יוכלו להועיל במקרה שלפנינו, כיון שאף שלא תמיד מדייקים מהמסקנות העולות מדבריו של האדם, ודאי שיש לדייק בדבריו המפורשים, ואם הוא אמר במפורש שיביא שתי ראיות, חובה עליו להביאם, וטענת משטה לא תעמוד לו.

<u>פַּסְקֵי הַשו"ע / פַּרְעַתְּיךְ בְּפָנַי פַּלֹּנִי וּפַלֹּנִי</u>

ט. מחזיק קרקע שיש בידו שטר קנין והמערער טוען שהוא מזוייף, חובה על מחזיק השטר לקיימו (להביא עדים שיעידו שהחתימות אינן מזוייפות). ובשו"ע חו"מ סימן ק"מ סעיף ד' כתב:

> טען שמעון שיש לו שטר שמכרה או נתנה לו בשטר, וגם שיש לו עדים שהחזיק שלש שנים[914], אומרים לו קיים שטרך. אם יכול לקיימו, מוטב, וצריך לחזר אחריו לקיימו. ואם אי אפשר לקיימו, כגון שמתו העדים או הלכו למדינת הים, ואין מי שיכיר חתימתן, סומכין על עדי חזקה, וישבע היסת שלקחה[915]. אבל אם ישנן לעדים לא תועיל לו חזקתו, וצריך שיבואו העדים[916].

---

[913] ולכן מי שאמר לחבירו 'שדי מכורה לך חוץ מחצי שדה פלוני', אין לומר שהתכוון לומר שמכר את כל שדותיו חוץ מאותה חצי שדה, ובודאי לא מכר לו כי אם שדה אחת, ודברי השטות של 'חוץ מחצי' אינם מחייבים אותו (ועיין אורים ס"ק ה').

[914] כלומר, לדבריו יש לו שטר וחזקה, אבל המערער טוען שהשטר מזוייף. והמחזיק היה יכול להסתפק בעדי חזקה אבל הוא טוען שיש לו שטר ועיד חזקה, ולכן מוטל עליו להביא עדים לקיים את השטר.

[915] ובסעיף ה' כתב השו"ע, שאם טען שהשטר אבד, אינו נאמן. ועיין ערוה"ש שבהערה 907 שכתב שאינו נאמן, כיון שמסתמא מצא את השטר וגילה בו פסול. ובב"ח ד"ה "טען שמעון" (דף עב. - עב: במהד' הרגילות) כתב שיהיה נאמן בשבועה לומר שאבד. ובנתיבות ביאורים ס"ק ג'

מדברי השו״ע מוכח, שבלי סיבה מספקת, אי הבאת עדי קיום השטר תגרום לכך שיפסיד בדינו. אולם השו״ע עצמו בסימן ע׳ סעיף א׳-ב׳ כתב:

> ...המלוה את חבירו בעדים, בלא קנין ובלא שטר, אין צריך לפרעו בעדים, אלא נאמן בשבועת היסת, לומר פרעתיך.... אמר, פרעתיך בפני פלוני ופלוני, אומרים ללוה הביאם והפטר (שצריך לברר דבריו[917]) (טור). לא באו, ואפילו באו, והכחישוהו ואמרו לא היו דברים מעולם, ישבע היסת ויפטר....

מלשון השו״ע ׳לא באו׳ דייק הגר״א בס״ק ט׳ שהשו״ע סובר כשיטת הרמב״ם (פרק ו׳ הלכה ה׳), שאפילו אם העדים קיימים והוא אינו מביאם יכול לפטור את עצמו בשבועת היסת. וביאר הגר״א:

> לא באו. ר״ל אפילו ישנן להעדים ואין מביאן... וכמ״ש הרמב״ם שם. ׳שאין אנו מצריכין אותן להביאן אלא לברר דבריו ולהפטר אף משבועה׳ כו׳ ע״ש.
> וס״ל כתירוץ תוס׳ שם ובשבועות וסנהדרין וכמ״ש בירושלמי ׳לא אמר רבי אלא לברר על אמיתת הדברים׳ כו׳ ופי׳ כנ״ל וז״ש שם ׳אנא נמי לברר קאמינא׳[918] אבל אם לא באו. אף לכתחלה נאמן בשבועת היסת...

מדברי הגר״א לכאורה נוכל לדייק, שעל פי סוגיית הגמ׳ במסכת ב״ב חובת הבירור היא רק לכתחילה, ולעולם מי שאינו מברר אינו מפסיד אפילו אם היה ביכולתו לברר. ולכן גם במקרה שלפנינו שמעיקרא לא היתה עליו חובה להביא

כתב שאם טוען שהשטר אבד קודם, ומעיקרא שאמר שיש לו שטר אמר דבר שקר, הרי הוא משנה מחיוב לפטור (שמעיקרא היה חייב לברר), ואינו נאמן. ואם טען שהשטר אבד לו אח״כ כיון שבית דין חייבו אותו להביא את השטר ובשעה זו השטר עוד היה בידו, יש עליו חובה לשמור את השטר שלש שנים משעת החיוב של בית דין.

[916] עיין באר הגולה שהשו״ע פסק כרבי וכשיטת ר״ת – לעיל אות ו׳.

[917] עיין קצות ס״ק א׳. שציין לשיטת רש״י שאפילו אם מתו העדים הפסיד, כיון שאינו יכול לברר. ולשיטת רש״י (לעיל אות ו׳) לכאורה י״ל שבמקרה של הבא לידון בשטר וחזקה, חייב להביא שניהם, ואפילו אם מתו העדים הפסיד, ועיין בדברי הגר״א לקמן.

[918] גמ׳ ב״ב– לעיל אות ו׳.

עדים שיעידו על הפרעון והיה יכול לפטור את עצמו בשבועת היסת, אם לא הביא את העדים, חזר הדין שיפטור עצמו בשבועת היסת.

אמנם, על פי דרך זו השו״ע סותר את עצמו, שבסימן ק״מ סעיף ד׳ חייב להביא עדים במקרה בו קיימת יכולת להביאם ואילו בסימן ע׳ אינו מחייב הבאת עדים אפילו שיש יכולת להביאם, והעיר על כך הגר״א עצמו בסימן ע׳ ס״ק י״ב:

גם דעת השו״ע צ״ע, שסותר למ״ש בסימן ק״מ[919].

י. לכאורה היה מקום לישב את הסתירה, ולומר שבסימן ק״מ אי הבאת עדי שטר על ידי הנתבע גורמת לכך שהוא יפסיד בדינו, כיון שהשטר הוא התשתית של דברי העדים, וכיון שהשטר לא קיום בפנינו, הוכח שאף העדות על החזקה אינה כלום[920]. ולעומת זאת בנידון של הבאת עדים, שבועתו אינה זקוקה לעדים והיא עומדת בפני עצמה, ויכול להישבע אפילו אם לא הביא את העדים (ועיין בדברי הסמ״ע לקמן).

ונראה שהגר״א אינו מקבל חילוק זה, כיון שבכל מקרה בו יש בידו יכולת להביא את העדים ולבסוף לא הביאם, הוא יפסיד בדינו כיון שאינו ממלא את החובה שהוטלה עליו בבית דין. ורק אם נאנס ולא היה יכול להביאם לא יפסיד בדינו.

יא. סמ״ע חו״מ סימן ק״מ ס״ק ד׳:

---

[919] סתירה נוספת קיימת לכאורה מדברי הגמ׳ בכתובות דף כג. שאשה האומרת שנשבתה והיא טהורה ויש לה עדים נאמנת, ויכולה להינשא אפילו קודם הגעת העדים. ולכאורה כיון שאמרה שיש לה עדים עליה להביאם. אבל כאן קיים הטעם שבשבויה הקלו (עיין שו״ע אבהע״ז סימן ז׳ סעיף ז׳ ובסמ״ע בסימן ק״מ ס״ק ד׳). ובגמ׳ שם נאמר שאם באו העדים ואמרו שאינם יודעים, לא תצא מהיתרה הראשון (עי״ש בתוס׳ וכתב באיילת השחר (כתובות כג.) שמשמע שאם עדין לא נישאת, אסורה להינשא כיון שהעדים העידו שאינם יודעים. משמע שמי שהתחייב להביא עדים והעדים העידו נגדו הפסיד, ואילו בשו״ע בסימן ע׳ סעיף א׳- ב׳ נאמר שאפילו באו והכחישו את דבריו נאמן בשבועה. אולם יש לחלק כיון שעתה כשבאו עדים, הרי שיש עדים על השבי רק שאינם יודעים אם היא טהורה, וכיון שיש עדים על השבי, אין לה מיגו שהיתה אומרת שלא נטמאה, ולכן אינה נאמנת יותר ומעתה אינה יכולה להינשא.

[920] עיין בדברי ערוה״ש שבהערה 907 שכתב שאינו נאמן, כיון שמסתמא מצא את השטר וגילה בו פסול, וא״כ העדות ג״כ אינה כלום.

> אבל אם ישנן לעדים (לא תועיל לו חזקתו וצריך שיבואו העדים). ולא דמי למה שכתב המחבר לעיל בסימן ע' סעיף ב' דאם אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני דצריך ג"כ להביא העדים ואם לא באו נשבע ונפטר. דשאני התם דהפורע א"צ לפרוע בעדים, אלא לכתחילה אומרים ליה לברר דבריו כדי שלא יצטרך לישבע... מה שאין כן בחזקה דאינה מועלת אלא אם כן אומר שטר היה לי ואבדתיהו והרי יש בידו שטר, משום הכי צריך לקיימו וק"ל...

מי שלוה בעדים וטען פרעתי נאמן ונשבע שבועת היסת לקיים את דבריו. ויש מקום לדון האם נאמנותו היא נאמנות מלאה וחיוב שבועת היסת הינו חיוב 'חיצוני' שהוטל עליו, או שלולי שבועת היסת כלל לא היה נאמן לומר שפרע.

ולכאורה בנקודה זו נחלקו הסמ"ע והגר"א. לשיטת הסמ"ע, טענת הפרעון עומדת בפני עצמה, אלא שיש עליו חיוב חיצוני של שבועה, וחיוב זה יכול להתמלא גם על ידי הבאת עדים. ואם אינו מביא עדים טענת הפרעון קיימת ושבה חובת השבועה, ונשבע ונפטר. ואילו הגר"א שציין לסתירה בפסקי השו"ע סובר, שטענת הפרעון איננה עומדת בפני עצמה, ולכן אם התחייב להביא עדים, ולא הביא אותם נפגמה טענת הפרעון ושוב אינו יכול להישבע, ולכן לשיטתו קיימת סתירה בין פסקי השו"ע וכנ"ל.

סיכום

יב. העולה מהאמור לעיל:

- מי שהתחייב להביא ראיות יותר ממה שהיה חייב להביא סובר רשב"ג שאינו חייב להביא את כל הראיות ואילו רבי סובר שעליו להביא את כל ראיותיו. ובגמ' מבואר שרק בשטר ועדים עליו להביא גם את השטר כיון שהשטר הוא הביסוס לדברי העדים (אות ג'- ד' ועיין באות א' בצדדי הספק).
- לשיטת הגר"א, על פי סוגיית הגמ' בב"ב, אף רבי אינו דורש הבאת כל הראיות כי אם לכתחילה, אבל הוא לא יפסיד את דינו בעקבות אי הבאת הראיות, ולשיטתו

זו גם שיטת השו״ע בחו״מ סימן ע׳ (אות ו׳, ט׳).

- מי שאמר שיביא כמה ראיות, אינו יכול לומר ׳משטה היית׳ בך או לא דייקתי בדברי (אות ח׳).
- נחלקו ראשונים האם על פי שיטת רבי מי שנאנס ולא הביא את כל ראיותיו הפסיד בדינו (אות ו׳), והשו״ע פסק שלא הפסיד (אות ט׳).
- לשיטת הסמ״ע בביאור דברי השו״ע מי שלא הביא עדים שפרע בפני פלוני ופלוני לא הפסיד בדינו אף לשיטת רבי ונאמן בשבועת היסת ואילו הגר״א סובר שהשו״ע סותר את עצמו בענין זה (אות ט׳, יא)

הודאה שלא ממין הטענה האם פוטרת משבועת מודה במקצת

עיקר הדין / האם סברתו של רבה תקפה במודה שלא ממין הטענה

א. **לעיל (עמ׳ 100) התבאר טעם הדין של חיוב שבועה במודה במקצת על פי דברי רבה. ויסוד הדין הוא בלימוד מהפסוק ׳כי הוא זה׳ (לעיל עמ׳ 13׳ ואילך[921]). לקמן נדון בדינו של מודה במקצת שהודאתו היא שלא ממין הטענה (״טענו חיטין והודה לו בשעורין״ – לקמן אות ב׳), שנחלקו ת״ק ור״ג בדינו[922].**

ב. **משנה שבועות פרק ו׳ משנה א׳[923]:**

שבועת הדיינין. הטענה שתי כסף וההודאה בשוה פרוטה[924]. ואם אין ההודאה ממין הטענה פטור.

כיצד שתי כסף לי בידך, אין לי בידי אלא פרוטה פטור.

שתי כסף ופרוטה לי בידך, אין לך בידי אלא פרוטה - חייב (ר״ע מברטנורא: אין לך בידי אלא פרוטה פטור, שאין ההודאה ממין הטענה, שזה טענו כסף וזה הודה לו נחושת[925]. ודוקא שלא טענו אלא משקל שתי מעות כסף או יותר, אבל אם טענו מטבע כסף, הרי הודה לו במטבע).

---

[921] עיין הערה 31 בביאור הלימוד מהפסוק.

[922] על פי דברי רבה (לעיל עמ׳ 52), יש לבאר מדוע בהודאה שלא ממין הטענה, הנתבע אינו מתכוון להשתמט, או שלמרות שהוא מתכוון להשתמט תורה גזרה שבמקרה זה אין חיוב שבועת מודה במקצת. אמנם אם ננקוט הדרך זו סברתו של רבה צ״ע, שהרי התורה הוכיחה שלא כסברתו, ולכן מסתבר שהסברא אומרת שמי שמודה שלא במין הטענה, אין לו כוונת להשתמט מתשלום החוב, וצ״ע.

[923] ועיין משנה ג׳ במחלוקת לגבי כדי שמן וקנקנים, ובשיטת ר״ג ואדמון.

[924] כדי לחייב שבועת התורה של מודה במקצת יש צורך שהטענה תהיה לפחות בשווי של ״שתי כסף״ וההודאה תהיה ב״שוה פרוטה״. ובגמ׳ בדף לט: נחלקו רב ושמואל. לשיטת רב ״כפירת טענה שתי כסף״, כלומר הפער בין התובע לנתבע צריך להיות לפחות ״שתי כסף״ (והלכה כרב – שו״ע חו״מ סימן פ״ח סעיף א׳ ועיין סמ״ע שם) ואילו לשיטת שמואל ״טענה עצמה שתי כסף״ וההודאה היא בפרוטה, כלומר הפער ביניהם הוא שתי כסף פחות פרוטה, ועי״ש בנימוקיהם, ולקמן אות ג׳.

[925] כשיטת רב במסכת שבועות דף לט:.

ליטרא זהב יש לי בידך, אין לך בידי אלא ליטרא כסף פטור[926]...
כור תבואה יש לי בידך, אין לך בידי אלא לתך קטנית פטור...
טענו חטין והודה לו בשעורים פטור[927] ורבן גמליאל מחייב.

רבן גמליאל חולק על שיטת ת"ק/חכמים. לשיטתו גם הודאה שלא ממין הטענה מחייבת שבועת מודה במקצת (רש"י, שבועות דף מ. ד"ה "ור"ג")[928], ועיין לקמן אות ו' בביאור שיטתו.

ולשיטת ת"ק שבמשנה, הודאה שלא ממין הטענה אינה מחייבת שבועת מודה במקצת. ונראה לבאר את טעמו על פי דברי רבה בעיקר דינו של מודה במקצת (לעיל עמ' 100).

רבה מבאר שמודה במקצת יודע שהוא חייב בכל הסכום, אבל כיון שאין לו לשלם את כל הסכום הוא מודה רק בחלק שיש בידו לשלם עתה (וכשיהיה לו לשלם, יודה בשאר וישלם), וכיון שכך הוטלה עליו שבועה שיודה בכל. אבל במקרה בו הוא מודה שלא ממין הטענה, לא קיימת סברתו של רבה, שאילו היה רוצה להודות בחלק מתביעתו של התובע היה מודה במה שהוא תובעו ולא בדבר שמעיקרא לא תבעו ממנו, כיון שגם אם הוא ישלם את השעורים, הדבר לא יפחית מחובו ביחס לחיטים[929], ולכן סברתו של רבה אינה תקפה במקרה זה, ואין מקום לחיוב שבועת מודה במקצת[930].

אמנם, אם דברינו נכונים, קשה מדוע נזקקה הגמ' למיעוט מיוחד כדי ללמוד שמי שמודה שלא ממין הטענה פטור משבועה (עיין אות ג'), והרי כבר מעיקר דברי רבה שמענו זאת.

---

926 לגבי ריבוי הדוגמאות, עין תוס' מא. ד"ה "אין", ועיין בב"ק דף לה:.
927 המשנה פוטרת משבועה, ועיין לקמן בעמ' 52 שרבה בן נתן פוטר אף מתשלום דמי שעורים.
928 אמנם שיטת המאירי בשבועות דף מא., שר"ג חולק רק בחטים ושעורים כיון ששניהם תבואה.
929 כלומר גם אם לא נקבל את שיטתו של רבה בר נתן בב"ק דף לה: שפטור אף משעורים (עיין לקמן אות ה') יש לפוטרו משבועת מודה במקצת.
930 עיין לעיל בהערה 16 לגבי "טעמא דקרא".

ונראה, שלולי המיעוט שבפסוק, היה מקום לומר שלמרות שהנתבע מודה בשעורים ולא בחיטים, אין להביט על החיטים והשעורים כחפצים נפרדים, אלא יש להביט על על ערך החיטים והשעורים, וכיון שהסכום של תביעת החיטים גבוה מהסכום של ההודאה בשעורים, הרי שיש לפנינו הודאה במקצת (וסברתו של רבה לחיוב שבועה תקפה), המיעוט שבפסוק מלמד שאין מביטים על ההערך הכספי אלא על החפצים לגביהם נאמרו דברי התובע והנתבע (ועיין לקמן אות ה').

גְּזֵרַת הַכָּתוּב לְפַשֵּׁר מוֹדֶה שֶׁלֹּא מִמִּין הַטַּעֲנָה

ג. בגמ' במסכת שבועות דף לט: מבאר רבא את שיטת רב[931] שמהפסוק "כי הוא זה" שהוא מקור דין מודה במקצת (עמ' 13'), למדים (גם) שמודה במקצת חייב שבועה רק אם הודה ממין הטענה כיון שקיימים בפסוק שני מיעוטים, האחד "הוא" והשני "זה":

ורב, חד להודאה במקצת הטענה, וחד להודאה ממין הטענה.

ואף שהגמ' שם דנה בדברי רב ובלימודו מהפסוק[932], נראה שהלימוד הכפול מהפסוק ננקט להלכה כפי שכתב הסמ"ע בחו"מ סימן פ"ח ס"ק י':

עד שיודה ממין הטענה. דכי הוא זה [שמות כ"ב ח'] תרי מיעוטי נינהו, משום הכי דרשינן ג"כ מיניה דבעינן שיודה לו מזה שטענו.

על פי דברינו באות ב', הפסוק מלמד שאין להביט על הערך הכספי של התביעות כי אם על החפצים לגביהם דנים התובע והנתבע.

---

[931] עיין הערה 924.

[932] עי"ש "אלא אמר רב..." ונראה שאף למסקנה זו, הלימוד הכפול מהפסוק "כי הוא זה" אינו בטל, ו"אלא אמר רב" מתייחס לביאור לשאלה האם "כסף" שנאמר בפסוק הוא כסף הטענה או כסף הכפירה, עי"ש. ועיין ברש"י שם ד"ה שכתב "נהי נמי דלמקצת הטענה ולמין הטענה", ודברי רש"י מוסבים על קושיית הגמ' (ושמואל) על רב, משמע לכאורה שאף שמואל מודה שניתן ללמוד שני מיעוטים מהפסוק, למרות שמעיקרא ביאר את הפסוק באופן שונה, עי"ש.

ד. רב אינו מבאר מדוע המיעוט שבפסוק ממעט דוקא הודאה ממין הטענה ולא מיעוט אחר, ובביאור דבריו כתב הלבוש בחו"מ סימן פ"ח סעיף ז':

> מדכתיב אשר יאמר 'כי הוא זה' תרי מיעוטי, 'הוא וזה', משמע דוקא, כלומר אינו חייב שבועה אלא כשיטעון כך כמו שהוא משמעות הפרשה, דהיינו שזה טוענו שנתן לו לשמור או בהלואה כסף או כלים, והוא משיבו על טענתו בהודאת מקצתה ואומר דבר זה מן הטענה הוא מה שנתת לי והשאר לא נתת לי, והיינו שההודאה היא ממין הטענה[933]...

<u>ההודאה אינה נחשבת הודאה</u>

ה. בטענו חיטים והודה לו בשעורים, הנתבע פטור משבועת מודה במקצת (משנה, אות ב'), ואף פטור מלשלם את דמי השעורים (שיטת רבה בר נתן - לקמן). בביאור טעמו של רבה בר נתן נחלקו ראשונים (לקמן). אולם מכלל דבריו עולה שההודאה בשעורים אינה מוגדרת הודאה[934]. ונמצא שעל פי שיטתו לפנינו דין 'כופר הכל' כיון שהתובע תבע חיטים, והנתבע כפר בחיטים, ובמקרה זה מן התורה הנתבע פטור לגמרי ורק מדרבנן מוטלת עליו שבועת היסת (עמ' 114), וההודאה בשעורים אינה מחייבת את הנתבע.

---

[933] כלומר, דין מודה במקצת בהלואה נלמד מהפסוק "כי הוא זה" שנאמר בתוך דיני שומרים. ובפרשת שומרים מוסכם על שני הצדדים שנמסר חפץ לשמירה והשומר טוען טענות פטור כגון גניבה או אונס. ולכן ברור שהפרשה דנה על מי שמודה על חלק מטענת התובע (ממין הטענה), וסובר הלבוש, שכיון שפרשת שומרים דנה על הודאה ממין הטענה, אף דין מודה במקצת בהלואה הינו בהודאה ממין הטענה. אמנם, אילו לא היה מיעוט של "כי הוא זה" היה מקום לומר שכיון שדין מודה במקצת בהלואה הוא דין בפני עצמו, לכן אין בו את ה'מיגבלה' של הודאה ממין הטענה שקיימת בפרשת שומרים, אבל כיון שקיים מיעוט, הרי שהוא בא ללמד שחיוב השבועה הוא רק במודה במין הטענה.
אמנם, עיין לעיל עמ' 18 שיש הסוברים שלשיטת רש"י שבועת השומרים נאמרה גם כאשר הנתבע כופר בעצם קבלת הפקדון.

[934] אמנם, עיין תוס' ב"ק דף לה: ד"ה "לימא" שמדבריו עולה, שההודאה בשעורים היא הודאה, רק שאין לחייב עליה שבועת מודה במקצת, כיון שהתובע הודה שהנתבע אינו חייב לו שעורים, וכיון שכך מחל לו על השעורים, ונמצא שאינו חייב לשלם דמי שעורים מחמת הודאת ומחילת התובע, אבל לולי הודאתו ומחילתו היה חייב לשלם.

ועל פי דרך זו, מי שמודה שלא ממין הטענה, פטור משבועה כיון שאין כאן כלל הודאה במקצת, וכיון שכך אין סיבה לחייבו שבועת מודה במקצת. אולם אף לדרך זו נראה שאנו זקוקים ללימוד מיוחד מהפסוק כדי לפטור אותו משבועה (אות ג') שלולי הלימוד היינו מביטים על הערך הכספי ולא על החפצים השונים[935], וכנ"ל באות ב'.

שִׁיטַת רַבָּן גַּמְלִיאֵל /בִּיאוּר מַחְלֹקֶת ת"ק ו"ג

ו. רבן גמליאל סובר שגם מי שמודה שלא ממין הטענה חייב שבועת מודה במקצת (אות ב'). נראה שטעמו הוא שבטוען ונטען יש להביט על הערך הכספי, וכיון שהתובע תובע חיטין שערכם רב מערך השעורים, לפנינו הודאה במקצת שמחייבת שבועה[936].

ונמצא, שמחלוקת ת"ק ור"ג יסודה בשאלה האם יש להביט על הערך הכספי של התביעות וזו שיטת רבן גמליאל ולכן נחשב מודה במקצת או שיש להביט על החפצים של התביעות (חיטים לעומת שעורים), ולכן אין כאן הודאה במקצת לשיטת ת"ק.

ז. על פי רבן גמליאל שמדובר בהודאה במקצת מסתבר שהנתבע ישבע על דבריו וישלם את השעורים שהודה בהם. אולם תוס' בב"ק דף לה: ד"ה "לימא" כתב:

> ועוד יש לומר, דרבה בר נתן אמרה למילתיה ככולי עלמא ולא מחייב רבן גמליאל אלא שבועה...

כלומר רבן גמליאל מחייב את הנתבע שבועת מודה במקצת אבל בניגוד למודה

---

[935] עיין שו"ת בית הלוי חלק ג' סימן מ"א, הלכה ברורה (מכון עיון הלכה - חושן משפט, נדברונה) על הלכות טוען ונטען חלק ב', סימן פ"ח סעיף י"ב עמ' קא ואילך.

[936] הגמ' למדה שיש לפטור בהודאה שלא ממין הטענה ממיעוט "כי הוא זה" וכנ"ל באות ג', ויש לעיין מה ישיב רבן גמליאל על לימוד זה. יתכן שהוא סובר שניתן למעט מפסוק זה רק את דינו של מודה במקצת אבל אין מכאן לימוד נוסף לגבי הודאה שלא ממין הטענה, וקצ"ע.

במקצת במין הטענה שעליו לשלם את מה שהודה, במקרה של הודאה שלא ממין הטענה, הנתבע פטור מלשלם את מה שהודה עליו. והטעם הוא:

> דרבה בר נתן לכולי עלמא[937] פוטר מדמי שעורים, דמשמע ליה דסברא הוא שהוא פטור כיון שהודה לו שאין חייב לו שעורין, ומחל לו ובשבועה דוקא פליגי אי בעינן ממין הטענה.

כלומר, התובע הודה שהנתבע אינו חייב לו שעורים (עיין לקמן עמ׳ 394 בפירוט דינו של רבה בר נתן), ולכן הנתבע פטור מלשלם שעורים. אבל ההודאה של הנתבע קיימת, ולולי הודאתו ומחילתו של התובע, היה מוטל על הנתבע לשלם שעורים[938]. ולכן, ההודאה מחייבת אותו שבועת מודה במקצת.

ועל פי תוס׳ נראה שהמחלוקת בין ת״ק לרבן גמליאל היא, האם התוצאה של אי חיוב הנתבע בתשלום השעורים מחמת הודאת ומחילת המלוה, מפקיעה מהנתבע דין מודה במקצת. לשיטת ת״ק, כיון שהוא פטור מתשלום דמי השעורים, לא מוטלת עליו חובת שבועה. אבל לשיטת רבן גמליאל כיון שהפטור מדמי השעורים נובע מהודאת ומחילת התובע (ולולי הודאתו ומחילתו של התובע טענת הנתבע מחייבת אותו לשלם שעורים), על הנתבע מוטלת חובת שבועה כמו כל מודה במקצת.

לדברינו, ת״ק סובר שיש להביט את התוצאה הסופית, וכיון שהתוצאה הסופית היא שהנתבע פטור מתשלום השעורים, אין כאן דין שבועת מודה במקצת, ואילו רבן גמליאל סובר שיש להביט על הסיבה בגינה נפטר הנתבע מתשלום השעורים, וכיון שהנתבע נפטר רק בזכות התובע, אין לפוטרו משבועת מודה במקצת[939].

---

[937] הן לת״ק והן לרבן גמליאל.

[938] ולשיטתו, הלימוד מהפסוק (אות ג׳) מלמד שהתובע נחשב כמי שהודה ומחל, וקצ״ע.

[939] יש לעיין מה הדין במקרה בו התובע תבע מאה והנתבע הודה במקצת. ואמר התובע שהוא רוצה או לקבל את הכל או לא לקבל כלום, אבל לקבל רק את הסכום אותו הודה התובע, הוא לא רוצה, ומוחל עליו. האם במקרה זה בו התובע פוטר את הנתבע מלשלם את הסכום לגביו הוא הודה קיימת שבועת מודה במקצת, שהרי גם אחר שישבע לא ישלם כלום שהרי התובע מחל לו. ושמא הדבר תלוי במחלוקת ת״ק ור״ג על פי האמור בפנים. אולם יתכן שכיון שמדובר בהודאה ממין הטענה, הרי שבאמת הנתבע חייב את הסכום הקטן רק שהתובע מוחל לו, ואילו בהודאה

סיכום

ח. העולה מהאמור לעיל:

- מודה שלא ממין הטענה פטור משבועת מודה במקצת לשיטת ת"ק, ולרבן גמליאל חייב (אות ב').
- סיבת הפטור היא לימוד מפסוק. ונראה שעיקר הלימוד הוא שאין להביט על הערך הכספי הכולל אלא על חפצי התביעה וההודאה (אות ג').
- טעמו של רבה בדין מודה במקצת יש בו כדי לפטור בהודאה במין הטענה (אות ב'), ולשיטת רבה בר נתן שפוטר מדמי שעורים, יש לפוטרו כיון שאין כאן הודאה במקצת המחייבת תשלום (אות ה').
- שיטת ר"ג לחייב שבועה (וממון) בהודאה שלא ממין הטענה כיון שיש להעריך את התביעות בכסף (אות ו') או מפני שהפטור נובע ממחילת הנתבע ולא מכח דברי הנתבע (אות ז').
- בפשטות רבן גמליאל מחייב דמי שעורים, אולם לשיטת תוס' הנתבע פטור אף מדמי שעורים מחמת הודאת ומחילת התובע (אות ז').

שלא ממין הטענה, התובע מודה שמעיקרא לא היה מוטל על הנתבע לתת לו שעורים. ועוד, שלכאורה יש להשביעו כדי שיפרוש מן השבועה ויודה שהוא חייב הכל, שהרי במקרה זה שהוא מודה ממין הטענה, קיימת סברתו של רבה, וכנ"ל אות ב', וצ"ע.

הודאה שלא מפי הטענה / פטור אף מדמי השעורים

הקדמה / הודאת בעל דין שחייב לשלם – תגובת הצד שכנגד

א. ראובן שהודה בפני שני עדים או בפני בית דין שהוא חייב ממון לשמעון בלי ששמעון תבע אותו, הודאתו מחייבת אותו לשלם, ויכול שמעון לתבוע את ראובן לדין על סמך עדות העדים שהודה בפניהם[940].

אמנם, אם שמעון יגיב לדברי ראובן ויאמר לו מעולם לא היית חייב לי דבר ולא היו דברים מעולם. ראובן פטור מלשלם שהרי שמעון פטר אותו מלשלם, ואפילו אם ראובן יודע בודאות שהוא חייב לשמעון.

ונראה שנוכל לפרש את דברי שמעון בשני אופנים. האחד, ששמעון אומר שמעולם לא היה דין ודברים בינו לבין ראובן ולכן אינו חייב לי דבר. והשני, ששמעון אומר שהוא מוחל לראובן, כלומר הוא מסכים עימו שהיה חיוב, אבל הוא מוחל אותו, ולכן ראובן פטור מלשלם[941].

---

[940] בגמ׳ בקידושין דף סה: נאמר ״הודאת בעל דין כמאה עדים דמי״. וכתב שם רש״י שמקור הדין הוא במודה במקצת שנאמר בו ״אשר יאמר כי הוא זה, הרי שסמך על מקצת הודאתו״ (אמנם עיקר הדין שם הוא במודה לתביעה של חבירו ולא במודה מעצמו. ועיין רא״ש ב״ק פרק ג׳ סימן ט״ו בשם הרמ״ה שאם הודה מעצמו יכול לחזור בו ולומר שמשטה הייתי בך, אמנם הרא״ש עצמו חולק עליו. ועיין רא״ש סנהדרין פרק ג׳ סימן כ״ה והשו״ע בחו״מ סימן פ״א סעיף ה׳ פסק שמי שמודה מעצמו אינו יכול לומר משטה הייתי בך, כיון שאינו יכול לומר כשם שאתה שיטית בי כך שיטיתי בך – עי״ש בקצות ס״ק ח׳, ובפני בית דין בדרך הודאה שוב אינו יכול לטעון משטה הייתי בך, שם סעיף ו׳).
ועיין קצות סימן ל״ד ס״ק ד׳, שכתב בשם המהר״י בן לב לדחות את האפשרות שהודאת בעל דין יסודה בנאמנות (שהמודה נאמן שמעיקרא הוא חייב לפלוני) ולחייבו מכח התחייבות (שעתה נוצרת התחייבות חדשה), והקצות עצמו סובר: ״ דהא דנאמן אדם על עצמו אעפ״י שהוא קרוב אל עצמו היינו משום גזירת הכתוב שיהא אדם נאמן על עצמו בכל הפסולין שיש בו. וכבר האיר עינינו מאור העולם רש״י בקידושין פרק האומר דף ס״ה (ע״ב) שם הודאת בעל דין כמאה עדים ז״ל רש״י, דכתיב (שמות כב, ח) אשר יאמר כי הוא זה הרי שסמך על מקצת הודאתו ע״כ. וא״כ כי היכי דהאמין התורה שני עדים על אחרים כן האמין התורה לכל אדם על עצמו אע״ג דהוא קרוב לעצמו, דקרוב לא פסלה התורה אלא על אחרים אבל על עצמו נאמן, משא״כ לזכות דבא להעיד על אחרים משום הכי אינו נאמן״.
ובתומים סימן פ״ח ס״ק ז׳, כתב שהודאת בעל דין מועילה מדין מחילה, עי״ש.

[941] שו״ת הרשב״א המיוחסות לרמב״ן סימן קי״ז (וחלק מראיותיו מסוגיית טענו חיטין והודה לו בשעורים שפטור אף מדמי שעורים). ונפסק להלכה בשו״ע חו״מ סימן ע״ה סעיף י״א (ועי״ש בסמ״ע ובש״ך). ועי״ש שנקט טעם של מחילה. ובפנים חילקנו בין טעם של הודאה והיינו שאומר

דינו של רבה בן נתן – פטור מדמי שעורים

ב. גמ׳ ב״ק דף לה: :

אמר רבה בר נתן, טענו חטין והודה לו בשעורים פטור[942].
מאי קמ״ל תנינא טענו חיטין והודה לו בשעורים פטור[943].
אי מהתם הוה אמינא פטור מדמי חטין וחייב בדמי שעורין קמ״ל דפטור לגמרי[944].

רבה בר נתן אינו מפרש מדוע המודה בשעורים אינו מתחייב לשלם עליהם. לכאורה כיון שהודה שחייב, לפנינו הודאת בעל דין שמחייבת אותו תשלום אף ללא תביעת התובע (כנ״ל אות א׳) ועליו לשלם. ונראה שניתן להציע שתי סיבות בסיסיות מדוע יש לפטור אותו:

שמעיקרא לא היה כלום לבין מחילה, ועיין לקמן בדברי הרא״ש באות ו׳. ועיין תומים סימן פ״ח ס״ק ז׳ שהאריך לדון האם יש חילוק בין הודאה לבין מחילה. ובתחילה כתב, שהודאה פירושה הודאת בעל דין, ששמעון מודה ופוסל כל מי שיעיד שחייבים לו, אולם אם ראובן יעמוד על כך שהוא חייב לשלם, עליו לשלם. ואם מטעם מחילה, אינו חייב לשלם שהרי מחל לו. והתומים עצמו סובר שהודאה ומחילה הם טעם אחד, עי״ש ועיין לקמן בעמ׳ 52 בביאור שיטת הרא״ש ובהערה 955. ובש״ך חו״מ סימן פ״ח ס״ק י״ז כתב שאם הטעם הוא משום מחילה, הנתבע שהודה בשעורים פטור אפילו אם הוא יודע שהוא חייב ואפילו אם יש עדים שהוא חייב שעורים, אבל אם הטעם הוא משום הודאת התובע, הנתבע עצמו שיודע שהוא חייב, עליו לשלם, אולם בית דין לא יוציאו ממנו, שהרי התובע הודה.
ועיין בחידושי הריטב״א למסכת נדרים דף כז. ד״ה ״ההוא גברא״ שמעיקרא כתב טעם של הודאה (׳מודה שהם פסולין׳) ולבסוף בדף כז: ד״ה ״ויש לומר״ נקט טעם של מחילה, ושמא מכאן ראיה לסוברים שמחילה והודאה חד הם, ועי״ש בהערת המו״ל במהד׳ מוסד הרב קוק (הערה 467).

[942] עיין בר״ח שיש מי שאומר שאין הלכה כרבה בר נתן. ובאו״ש פרק ג׳ מטוען הלכה י׳ כתב שכל חכמי ישראל חולקים עליו, ועיין בפסק ההלכה לקמן אות טו.

[943] עיין לעיל עמ׳ 52.

[944] אם רבה בר נתן בא להשמיענו שפטור אף מדמי שעורים, מדוע נקט כלשון המשנה, והרי היה יכול לומר במפורש שפטור מתשלומין, ומדוע נקט כלשון המשנה, ורק מלשונו היתרה אנו למדים שכוונתו היא לפטור משעורים. ונראה, שהלשון ״והודה לו בשעורים, פטור״ יכול להתפרש הן על פטור שבועה והן על פטור תשלומים. וכאשר הוא בא בפני עצמו, מסתבר שהכוונה היא לפטור מתשלומים, וכדברי רבה בר נתן שבאו בפני עצמם. לעומת זאת במשנה שמדברת על דין שבועה המשמעות יכולה להתפרש רק ביחס לשבועה, ולכן רבה בר נתן אמר את הדין בפני עצמו, ומובן שכוונתו לפטור מתשלומים.
עוד יש לעיין האם רבה בר נתן מוסיף על המשנה או מבאר את לשון המשנה, ועיין בדברי הרשב״א לקמן באות יא.

- התובע עצמו פוטר אותו מהודאתו (אות ג׳ ואילך).
- קיים פגם בהודאת השעורים (אות יא ואילך).

<u>התובע עצמו פוטר את הנתבע מהודאתו</u>

ג. במקרה בו הנתבע מודה בשעורים, והתובע אומר לו בצורה מפורשת שאתה לא חייב לי שעורים, יש לפטור את הנתבע מלשלם (כנ״ל באות א׳)[945]. אולם במקרה של רבה בר נתן, התובע לא פטר את הנתבע במפורש, ומסתבר שמכלל דבריו אנו מסיקים שהוא סובר שהנתבע אינו חייב לו שעורים. ונראה להציע שתי אפשרויות:

- התובע תבע רק חיטים, ומתביעתו מוכח שהנתבע אינו חייב לו שעורים.
- התובע שתק בשעה בה הנתבע הודה בשעורים, ושתיקתו מלמדת שאינו תובע שעורים מהנתבע.

ההבדל המרכזי בין שתי האפשרויות הוא, במקרה בו אחר הודאת הנתבע בשעורים, יאמר התובע שנכון הדבר והנתבע חייב לו (גם) שעורים. על פי האפשרות הראשונה, הוא כבר פטר את הנתבע משעורים בשעת התביעה, ולא יוכל לחזור ולתבוע שעורים, ואילו על פי האפשרות השניה, כיון שלא שתק אלא אמר במפורש שהנתבע חייב לו שעורים, הודאתו של הנתבע תחייבו לשלם שעורים (ועיין אות ה׳ לקמן).

ד. רש״י בב״ק דף לה: ד״ה ״פטור״ כתב את הטעם בגינו הנתבע פטור מדמי שעורים:

[945] עיין עמ׳ 52 ובהערה שם, שיש הסוברים שאם הנתבע יעמוד בדבריו, יתחייב לשלם.

פטור אף מדמי שעורין, דהא אמר ליה תובע לאו שעורין יהבי לך, ואחולי מחיל גביה.

מפשטות דברי רש״י היה מקום לומר, שהתובע אמר בפיו במפורש שהוא לא נתן שעורים לנתבע. אולם בגמ׳ לא נאמר שהתובע חזר ואמר שהוא לא נתן שעורים לנתבע. ועוד, שאילו היה מדובר במציאות שכזו, לא היה צורך לדברי רבה בר נתן, והדברים היו מתבארים מלשון המשנה עצמה.

ולכן נראה שכוונת רש״י היא שתביעת החטים בלבד, היא עצמה מהווה אמירה לנתבע שהוא תובע דוקא חיטים ולא שעורים[946].

ה. בדברי רש״י קיימת לכאורה סתירה. בפשטות ׳מחילה׳ פירושה שהיה חוב והתובע מוחל על חובו. ואילו רש״י נוקט, שמכלל דברי התובע עולה שהוא לא נתן שעורים, כלומר, מעיקרא לא היה חוב של שעורים. ואם זו המציאות מדוע צריך התובע למחול על השעורים, על דבר שמעיקרא לא היו חייבים לו[947] ?

נראה לבאר שבדברי רש״י קיימת הן הודאה והן מחילה. בשעה בה התובע תבע חיטים ולא שעורים הוא מודה שהנתבע אינו חייב לו שעורים, אולם בשעה בה הנתבע מודה בשעורים מתעורר חיוב השעורים מכח הודאת בעל דין של הנתבע, ועל כך אומר רש״י שהתובע מוחל על השעורים, שהרי הוא אינו אומר לנתבע שהצדק עימו, אלא שותק ואינו מגיב, והוכח שהוא עומד בדבריו הראשונים שהנתבע חייב לו רק חיטין[948], והוא מוחל לנתבע על החיוב החדש של

---

[946] עיין רא״ש ב״ק פרק שלישי בתחילת סימן ל״ה שתמה על שיטת רש״י ותוס׳ (לקמן אות ו׳) ומדבריו עולה בבירור ששיטת רש״י היא שהתובע לא אמר בפיו שהוא אינו תובע שעורים, אלא כך אנו מפרשים את דבריו (שהרי תמה מנין שאינו תובע שעורים. ואילו התובע היה אומר בפיו במפורש שאינו תובע שעורים לא היה מקום לקושייתו).
וברי״ח בסוגייתנו כתב: ״ורבה בר נתן פוטרו אפילו מן השעורים שהרי התובע אין טוען שיש אצלו שעורין, ואין מחייבין הנתבע בחטים לשלם שעורים״. כלומר התובע אינו אומר אמירה מפורשת ביחס לשעורים, אלא כך אנו מסיקים מדבריו.

[947] עיין הערה 941 במחלוקת האם קיים חילוק בין הודאה לבין מחילה, לקמן ננקוט שקיים חילוק בין מחילה לבין הודאה.

[948] עיין ש״ך סימן פ״ח ס״ק י״ט שכתב: ״כיון שיצא מבי״ד ולא תבע ממנו השעורים שהודה הרי כאילו הודה לו שאין לו בידו שעורים דאל״כ ה״ל להשיב אחר שהודה בשעורים אמת שאתה

השעורים[949].

ונראה שכדברינו נוכל לדייק גם בדברי תוס׳ בב״ק דף לה: בסוף ד״ה ״לימא״:

> דרבה בר נתן לכו״ע פוטר מדמי שעורים, דמשמע ליה דסברא הוא שהוא פטור, כיון שהודה לו שאין חייב לו שעורין, ומחל לו[950]...

לדברינו, התובע הודה בשעת התביעה ״שאין חייב לו שעורים״, ובשעת ההודאה של הנתבע בשעורים התובע ״מחל לו״ בשתיקתו, וכנ״ל[951].

קוּשְׁיַית הָרַא״שׁ עַל שִׁיטַת רַשׁ״י – שִׁיטַת הָרַא״שׁ

ו. הרא״ש בב״ק פרק ג׳ סימן ט״ו תמה על שיטת רש״י ותוס׳ שסוברים שהתובע אינו תובע שעורים (וכנ״ל אות ד׳- ה׳):

> אמר רבה בר נתן טענו חטים והודה לו בשעורים פטור... פירש רש״י פטור אף מדמי שעורין, דהא אומר לאו שעורין יהיב ליה, ואחולי אחליה גביה. וכן פירשו התוספות כיון דטענו חטים ולא טענו שעורים מוחל לו השעורים.
>
> ותמיהני על סברא זו דמילתא דשכיחא הוא שיש לאדם כמה תביעות על חבירו ואין רוצה לתובעם בפעם אחת ותובע אחת מהן ומשום הכי לא מחל על שאר התביעות ?...

מדברי הרא״ש מוכח שביאר את דברי רש״י ותוס׳ שלא כדברינו (לעיל אות ה׳,

---

חייב לי שעורים ג״כ ולא היה בדעתי לתבעך עליך בפעם הזה״ (אמנם עיין בדחייתו של הש״ך שם), ואף הנתיבות כתב: ״ הש״ך בס״ק י״ט כיון דלא השיב התובע גם שעורים וכו׳, ודאי מחל לו. ולאו דוקא מחל, אלא דאודיתא קנין מחילה ומתנה הוא...״.

[949] למרות שבמקרים רבים ״שתיקה כהודאה״ (ב״מ לז:, ועוד), והשותק מסכים לתביעת האדם שעומד מולו, במקרה שלפנינו שתיקה לא תתפרש כהודאה בכך שהוא מסכים שפלוני חייב לו, כיון שמעיקרא דיבר ודרש רק חיטים.

[950] עיין רא״ש ב״ק פרק שלישי תחילת סימן ל״ה שסובר ששיטת רש״י והתוס׳ היא שיטה אחת.

[951] אמנם עיין בדברי הרא״ש לקמן אות ו׳ שמוכח שביאר את דברי רש״י ותוס׳ שלא כדברינו.

שהתובע הודה בשעת התביעה שלא חייבים לו שעורים, ומחל על השעורים בשתיקתו אחר הודאת התובע). לשיטתו רש"י ותוס' סוברים שהתובע מחל לנתבע על השעורים עוד קודם הודאתו של הנתבע בשעורים, וכיון שמעיקרא מחל לו על השעורים, פטור הנתבע מלשלם את השעורים.

בישוב קושיית הרא"ש על תוס' היה ניתן לומר על פי דברינו לעיל באות ה', שהמחילה איננה בשעת התביעה, כי אם בשעה בה שתק ולא תבע את השעורים בשעה בה הנתבע הודה בהם ונשאר בתביעת השעורים בלבד, אולם מדברי הרא"ש הנ"ל מוכח שתולה את המחילה בשעת התביעה, ולא בשתיקתו של התובע בשעת ההודאה (ואף הרא"ש עצמו בשיטתו סובר שהכל תלוי בשעת התביעה, וכדלקמן באות ז'-ח', ועיין אות י').

ז. הרא"ש עצמו מבאר את דברי רבה בר נתן באופן הבא:

> הלכך נראה לי לפרש דרבה בר נתן אייריי... כגון שטענו חטין הלויתיך באותו יום ובאותה שעה[952] והלוה אומר שעורין היו. אם איתא דהלוהו שניהם, היה טוען על שניהם כיון דבבת אחת הן. אלא ודאי הודה שלא הלוה לו שעורין... הלכך ליכא לפרושי אלא מטעם הודאה.

הרא"ש מחליף את המחילה של רש"י ותוס' בהודאה ('ודאי הודה...'), וההוכחה שמדובר בהודאה היא מכך, שהתובע נקט בתאריך והנתבע הודה בשעורים ביחס לאותו בתאריך, וכיון שבתאריך זה התובע לא תבע חיטין, מוכח שהודה שבאותו תאריך לא נתן שעורים לנתבע.

לדברינו לעיל באות ה', הודאה פירושה שמעולם לא היה חוב של שעורים. אמנם יש לעיין שסוף סוף הנתבע הודה שהוא חייב שעורים, ואף שהתובע לא דרש ממנו שעורים, הודאת בעל דין יכולה ליצור חיוב חדש שמחייבת את הנתבע

[952] עיין ש"ך חו"מ סימן פ"ח ס"ק ט"ז שכתב על דברי הרא"ש: "דזהו דוחק שהרי רבה בר נתן סתמא קאמר והודה לו בשעורים פטור... אפילו הודה לו בזמן אחר פטור, משום דכיון שלא הודה לו מה שתבעו..." ועי"ש בכל שיטתו.

לשלם מכח החיוב שמחייב את עצמו[953].

יתכן שהרא״ש סובר שאין בכוחה של הודאת בעל דין לחייב, במקרה בו הצד שכנגד טוען שלא קיים חיוב, ויתכן, שהנתבע מפאת עצמו אכן חייב לשלם, רק התובע איבד את זכות התביעה בבית דין, מכח הודאתו[954] - ועיין לקמן.

ח. למרות שהרא״ש מזכיר 'הודאה' ולא 'מחילה' בהמשך דבריו הוא דוחה את השיטה שסוברת שאם התובע תפס שעורים מועילה תפיסתו, ומבאר:

> ולשעורין לא מהניא תפיסה שהרי כבר הודה שאין חייב לו שעורין או מחל לו שעורין. הלכך לא מהניא תפיסה...

וכך גם כתב הרא״ש במסכת ב״מ פרק ח' סימן י':

> ומדלא טענו גם שעורין מחל לו עליהם או הודה שאין חייב לו שעורין.

ט. מדברי הרא״ש מוכח שההודאה או המחילה הינה בשעת הטענה של התובע ('ומדלא טענו...'). ולמרות שכתב ״ליכא לפרושי אלא מטעם הודאה״ (לעיל אות ז') הוא מפרש (אות ח') שמדובר או בהודאה או במחילה. ונראה שאין סתירה בדבריו כיון שבדבריו ״ליכא לפרושי אלא מטעם הודאה״ עיקר כוונתו היא לסתור את שיטת הרמ״ה (לקמן אות יב), שסובר שהנתבע פטור מלשלם כיון שהודאתו אינה הודאה (והוא יכול לטעון משטה הייתי בך), וסובר הרא״ש שה'פגם' אינו בהודאתו של הנתבע אלא בדברי התובע שפוטר את הנתבע מחמת הודאתו (אות ז') או מחמת מחילתו (אות ח')[955].

---

[953] עיין הערה 940 ביסוד החיוב של הודאת בעל דין (התחייבות, נאמנות, גזירת הכתוב, מחילה).

[954] ועיין הערה 941.

[955] עיין תומים סימן פ״ח ס״ק ז' ובהערה 941 שהוכיח מדברי הרא״ש שאין חילוק בין מחילה להודאה ״אלא ברור דהיא היא מחילה, היא היא הודאה, דהודאה מטעם מחילה דלכך הודאת בעל דין כמאה עדים דמי משום דמחיל, וכראיה לדבריו ציין בסוף דבריו לדברי הרא״ש באות ח' שכתב שאו מחל או הודה, עי״ש. ולכאורה מדברי הרא״ש מוכח שהודאה או מחילה מועילות אבל מנין שמחילה והודאה הינם אותו דבר, וקצ״ע.

י. לכאורה, שיטתו של הרא״ש יכולה לבאר אף את שיטת רש״י ותוס׳ ואף הם יכולים להודות שמדובר שהתובע והנתבע דנים על אותו תאריך, שהרי בית דין מבררים מתי אירע הדבר, ומכלל חקירות הדיינים יוכח האם הם מדברים על אותו תאריך או לא, ולכן לכאורה פשוט שאף רש״י ותוס׳ יוכלו להודות להסברו של הרא״ש, וצ״ע מדוע הרא״ש כתב שדבריו הם שיטה חדשה ולא ביאר את דבריו כהשלמת שיטתם. והסמ״ע בסימן פ״ח ס״ק כ״ג כתב שהרא״ש מפרש כרש״י ותוס׳ רק תמה עליהם שלא פירשו שמדובר שהתובע והנתבע דיברו על אותו תאריך, וצ״ע[956]. והשו״ע הזכיר את שיטת הרא״ש בשם יש מי שאומר – לקמן אות טז.

<u>הַהוֹדָאָה אֵינָהּ מַחֲיֶבֶת / מַשְׁטָה הָיִיתִי בָּךְ</u>

יא. חידושי הרשב״א ב״ק דף לה: ד״ה ״כתב הראב״ד״:

> וגם הראב״ד ז״ל בעצמו דחה תירוץ זה ואמר דעל כרחין מתניתין דחטים ושעורים דרבה בר נתן, כשאינו מעמיד דבריו הוא, דאי מעמיד דבריו בודאי נותן לו כמו שמודה[957], אלא ודאי בחוזר ואומר ׳מצחק הייתי בו׳ ואין לו בידי לא חטים ולא שעורים.

כלומר הודאתו של הנתבע מחייבת אותו לשלם שעורים, אולם יש לו זכות לטעון ׳מצחק הייתי בו׳ ולפטור את עצמו, אבל אם הוא עומד בדיבורו עליו לשלם שעורים. כלומר, דברי רבה בר נתן תקפים רק במקרה בו הנתבע חוזר ומסביר ש׳מצחק הייתי בו׳ אבל לולי זאת עליו לשלם.

---

[956] עיין רמב״ם פרק א׳ מהלכות עדות הלכה א׳, שחכמים ביטלו דרישה וחקירה בדיני ממונות כדי שלא תנעול דלת בפני לווין. ״כיצד אמרו העדים בפנינו הלוה זה את זה מנה בשנה פלונית, אע״פ שלא כיוונו את החדש ולא את המקום שהלוה בו ולא את המנה אם היה ממטבע פלוני או ממטבע פלוני עדותן קיימת״. ועל פי דרך זו ניתן לבאר, שהרא״ש שמחייב שהתובע והנתבע ידברו על אותו יום, דן על המציאות כפי שהיא קודם שביטלו דיני דרישה וחקירה, ואילו רש״י ותוס׳ שלא חייבו שידבר על אותו יום, דנים אחר שביטלו דרישה וחקירה בדיני ממונות. אולם תמוה לומר שהרא״ש פסק הלכה ומתעלם מביטול דרישה וחקירה בדיני ממונות. ונראה שסברתו היא, שאמנם ביטלו דרישה וחקירה, אבל כשהדבר נוגע לבירור הדין, על בית דין לחזור לעיקר הדין ולברר, וצ״ע.

[957] ובפשטות בית דין יוציאו ממנו על פי הודאתו, ועיין מאירי כאן.

על פי הראב״ד, מתביעת החיטים אין להסיק שהתובע מוחל או מודה שאין חיוב של שעורים. או שלמרות שמעיקרא התובע תבע רק חיטים, הודאתו של הנתבע בשעורים גוברת, והוא מחייב עצמו בחיוב חדש של שעורים.

יב. הראב״ד אינו מבאר מדוע יש בכוחו של הנתבע לחזור ולטעון ׳מצחק הייתי בו׳, ולכאורה כיון שטען טענה בבית דין שוב אינו חוזר וטוען. הרא״ש בב״ק פרק ג׳ סימן ל״ה ביאר את הטעם לדבר בשם הרמ״ה:

> והר״מ הלוי ז״ל פירש... דהודאתו שהודה בשעורין לאו הודאה היא דנתחייב עלה. דכי אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי היכא דאמר להו לסהדי אתם עדי ואפילו בפני שנים כדאיתא בפרק זה בורר (דף כט ב). א״נ בפני ב״ד ואפילו לא אמר להו אתם עדי. והוא שתבעוהו והודה. כדאיתא בתוספתא הודאת בעל דין כמאה עדים (דמי) אימתי בזמן שתבעו והודה אבל אם הודה מעצמו יכול לחזור בו. הלכך אי הדר טעין ואמר תן לי לכל הפחות שעורין שהודית לי וקאמר משטה אני בך פטור. אבל אם לא טען משטה אני בך חייב.

כלומר, אדם יכול לטעון ׳משטה אני בך׳ אפילו אם הודה בבית דין[958], במקרה בו הודה מעצמו ללא תביעה של חבירו. והודאה בשעורים נחשבת ׳הודאה מעצמו׳ (למרות שהיא באה כמענה לדברי התובע שתבע חיטים) כיון שהנתבע הודה בדבר שלא תבעו ממנו.

יג. בפשטות, כדי שהנתבע יפטור את עצמו בטענת ׳משטה אני בך׳ עליו לטעון טענה זו במפורש. הש״ך בסימן פ״ח ס״ק ט״ז נוקט להלכה כשיטת הרמ״ה (למרות שהשו״ע והרמ״א לא נקטו בשיטה זו, עיין לקמן אות טו-טז), ובסוף ס״ק כ״ב מבאר הש״ך שאין הכרח שהנתבע יטען טענת משטה:

[958] עיין סמ״ע סימן פ״ח ס״ק כ״ג שכתב את דברי הרא״ש בביאור הרמ״ה ומשמע מדבריו שהרמ״ה דן על הודאה מחוץ לבית דין, וצ״ע.

> ונראה דלהרמ״ה אפילו לא טען משטה טענינן ליה... אבל הכא שתובעו בחטים והודה לו בשעורים ויצאו מבית דין, א״כ כשבאים אח״כ לבית דין לשמוע הפסק דין, אומרים לזה בסתם פטור אתה, שהרי התובע אינו תובעו על מה שהודה לו בשעורים... ונראה דגם מה שהוזכר בדברי הרמ״ה שבהרא״ש [שם], ואי לא טעין משטה לא טענינן ליה. היינו כשאח״כ כשאומרים לו הבית דין פטור הוא, חוזר וטוען התובע ואומר יתן לי שעורים, כי לא רציתי לתובעו על השעורים כי אדרבה תבעתי חטים שהוא יותר וכדי להרויח עשיתי אם היה שעה ידועה, או לא הייתי רוצה לתובעו בפעם הזה רק על החיטין ולא על השעורים ועכשיו אני תובעו על השעורים אם לא היה בשעה ידועה, טענתו טענה, ואז צריך שישיב זה משטה הייתי בך, דכיון שתובעו זה על הודאתו צריך שיטעון הוא בעצמו משטה הייתי בך, ואי לא טען לא טענינן ליה. כן נ״ל ברור בדינים הללו.

כלומר, כל עוד התובע לא דרש את השעורים באופן מפורש, הדיינים פוטרים את הנתבע מדמי השעורים, והם אינם מייחסים ערך להודאתו, והם עצמם סוברים שאין בכך הודאה. אולם אם התובע יאמר במפורש שהוא תובע את השעורים שהודה בהם הנתבע ויבאר מדוע מעיקרא לא תבע את השעורים, בית דין יחייבו את הנתבע לשלם אלא אם יאמר במפורש ׳משטה אני בך׳.

ונראה שטעמו של הש״ך הוא, שכל עוד התובע אינו תובע את השעורים, בית דין מניחים שהנתבע הודה בשעורים במעין ׳לגלוג׳ על דברי התובע (כשם שאתה אמרת שטות שאני חייב לך חיטים אף אני עונה לך בשטות שאני חייב לך שעורים). ונראה להציע, שיש צד להניח (כדברי רש״י ותוס׳ הנ״ל) שיש מקום להסתפק שמא התובע שלא תבע שעורים הודה או מחל לגביהם, ומכח ספיקות אלו אין לחייב את הנתבע בשעורים. אולם כאשר התובע שב ותובע במפורש את השעורים ומבאר שלא מחל עליהם בשעת התביעה הראשונה, כיון שמעיקרא לבית דין היה ספק בדבר ורק מחמת הספק לא הוציאו מידו את השעורים, עתה שהוא מבאר את דבריו, יש להתייחס לדבריו, וטענת השטאה של הנתבע תתקבל.

יד. כנ״ל, הראשונים נחלקו מדוע הנתבע פטור מלשלם דמי שעורים. יש אומרים מטעם הודאת התובע, ויש אומרים שהתובע מחל לנתבע את השעורים (עיין אות ו׳ ואילך), ויש הסוברים שהנתבע יכול לטעון טענת ׳משטה אני בך׳ (אות יא ואילך).

הנתיבות בחו״מ סימן פ״ח בחידושים ס״ק ה׳, ובביאורים ס״ק ג׳, כורך את כל השיטות יחדיו, וסובר שניתן לבאר שאין ביניהם מחלוקת[959] כיון שמדובר במקרים שונים:

- התובע טוען שהלוה חיטין בניסן, והנתבע מודה שלוה שעורים בתשרי, והתובע שב וטוען על החיטין מניסן – התובע נחשב כמי שמחל על השעורים, והנתבע פטור מדמי השעורים.
- התובע והנתבע דנים על אותו תאריך. זה תובע חיטים וזה מודה בשעורים, נמצא שהתובע מודה שלא נתן חיטים[960]. במקרה זה, ישלם הנתבע שעורים או מפני הודאת הנתבע או מפני שיש לתובע שיעבוד נכסים על הנתבע, והשעורים בכלל השיעבוד[961].
- אם הנתבע חוזר בו מהודאת השעורים (במקרה בו מדובר על אותה שעה), וטוען טענת משטה הייתי, פטור מלשלם דמי שעורים.

[959] הנתיבות ודאי יודע שהראשונים חלקו זה עם זה כמו שהם כותבים במפורש (עיין אות ו׳, ואמנם עיין בדברי הסמ״ע באות י׳). שיטתו היא שניתן להעמיד כל אחת מסברות הראשונים באופן שלא תסתור את דברי האחרת, אף שהם עצמם חולקים.

[960] ואי אפשר לומר שהתובע מוחל על השעורים, שהרי הוא תובע תביעה גדולה יותר מתביעת השעורים, עי״ש בנתיבות.

[961] ולמרות שהרא״ש כתב שהנתבע פטור משעורים, דוקא אם התובע דורש ממנו את השעורים בדוקא ולא מכח השיעבוד, עי״ש.

<u>פסק השו"ע</u>

טו. שו"ע חו"מ סימן פ"ח סעיף ז, יב ,יד:

אין מודה מקצת חייב, עד שיודה ממין הטענה...
(יב) תבעו חטים והודה לו בשעורים, פטור אף מדמי שעורים[962].
ויש מי שאומר שהטעם משום דחשיב כאילו הודה לו התובע שאינו חייב לו שעורים, ולפיכך אפילו יש עדים על השעורים, פטור, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. הגה, ואפילו יודע הנתבע שחייב לו השעורים, פטור לשלם לו, דהוי כאילו מחל לו התובע... ודלא כיש מי שחולק.

מדיוק לשון השו"ע והרמ"א נראה, שהשו"ע נקט את הטעם של הודאה, ואילו הרמ"א נקט את הטעם של מחילה. ולכן, הרמ"א שסובר שפטור מטעם מחילה, מוסיף שהנתבע אינו חייב לשלם מעצמו אפילו אם הוא יודע שהתובע צודק, כיון שהתובע מחל. אבל, לשיטת השו"ע, יש מקום לומר שלמרות שבית דין לא יכפו על הנתבע לשלם שהרי התובע הודה שאינו חייב לו, על הנתבע עצמו קיימת חובה לשלם לנתבע, שהרי הוא יודע שהוא חייב, והודאת התובע היא בטעות (ועיין ש"ך סימן פ"ח ס"ק י"ז).

אמנם שיטת התומים (סימן פ"ח ס"ק י"ז) שמחילה והודאה הינם אותו דבר, ולשיטתו ודאי שאין חילוק בין השו"ע לרמ"א.

אמנם, הש"ך (ס"ק ט"ז) סובר שהנתבע פטור מדמי שעורין כיון שיכול לטעון משטה הייתי בך, ולא כפי שהכריעו השו"ע והרמ"א, ואילו הנתיבות חיבר בין השיטות וכנ"ל אות יד.

טז. המשך פסק השו"ע:

[962] אבל מתחייב שבועת היסת על השעורים, ככל כופר – סמ"ע ס"ק כ"ב ויל"ע מדוע לחייבו שבועה אם התובע הודה או מחל שהנתבע אינו חייב לו.

ויש מי שאומר[963] דדוקא כשא״ל חטים הלויתיך ביום פלוני ובשעה פלונית, והלה אומר שעורים היו, דאם איתא שהלוהו שניהם, היה טוען על שניהם, כיון דבבת אחת הלוהו, אלא ודאי הודה שלא הלוה לו שעורים. (אבל בלאו הכי, ודאי חייב, דאין אדם מוחל על שאר תביעות אם לא תבע אלא אחת) (טור).

(יד)...אבל אם לאחר שהודה לו בשעורים אמר התובע, ודאי כדברך כך הוא שיש לי בידך שעורים אבל איני שואלם עתה, חייב לשלם לו דמי שעורים[964].

סיכום

יז. העולה מהאמור לעיל:

- נחלקו הראשונים האם הנתבע פטור מהחיטין מחמת דברי התובע שהוא מודה או מוחל שהנתבע אינו חייב לו שעורים (אות ג׳ ואילך) או כיון שההודאה אינה מחייבת את הנתבע (אות יא ואילך),
- בביאור המחלוקת הנ״ל ניתן להציע שהשאלה היא האם מדברי התובע שתובע רק חיטים נוכל לדייק שהוא מודה או מוחל על השעורים (אות ו׳,יא) או שהמחלוקת היא האם הודאת התובע גוברת על הודאת הנתבע (אות ו׳) או שהודאת הנתבע גוברת על הודאת התובע (אות יא) או האם ניתן לטעון טענת משטה אני בך בבית דין (אות יב).
- רבה בר נתן חידש שטענו חיטים והודה לו בשעורים פטור מלשלם אף דמי חטים (אות יב).
- שיטת הרא״ש בביאור רש״י ותוס׳ היא שהתובע מודה או מוחל על הודאת

[963] שיטת הרא״ש, לעיל אות ז׳.

[964] ומשמע שלא נחשב שמחל מעיקרא, או שגם אם מחל מעיקרא עתה שהודה התובע מתעורר החיוב. ובט״ז (כאן) כתב שמדובר שהודה הנתבע תוכ״ד של התובע שתבע שעורים, ובסיום דברי הנתבע אומר התובע שמעיקרא רצה להשלים דבריו ולתבוע גם שעורים. אבל אם ההודאה של השעורים באה אחר זמן, לא יכול התובע לתבוע את השעורים. וכתב הבאר היטב בס״ק י״ט שדבריו אינם מוכרחים, וקצ״ע. ולשיטת הרמ״ה גם במקרה זה יוכל לטעון משטה הייתי בך. ועיין ש״ך סוס״ק כט(כח).

הנתבע, בכך שטען חיטים ללא שעורים (אות ו'), והרא"ש עצמו מסייג זאת למקרה בו התובע והנתבע מדברים על אותו תאריך (אות ז') והשו"ע ציין לשיטתו (אות טז).

- לולי שיטת הרא"ש ניתן היה להציע שהתובע בשעת התביעה מודה שהנתבע אינו חייב שעורים, ובשתיקתו ביחס לדברי הנתבע הינו מוחל על השעורים (אות ה').
- לשיטת הראב"ד (אות יא) והרמ"ה (אות יב) הודאת הנתבע אינה מחייבת אותו ויכול לטעון משטה אני בך.
- לשיטת הש"ך, אם התובע אינו מעלה מעצמו את טענת השעורים בית דין יפטרו את הנתבע משעורים, ואם התובע יעלה את טענת השעורים, בית דין יפטרו את הנתבע רק אם יטען במפורש טענה משטה אני בך (אות יג).
- השו"ע הזכיר את הטעם של הודאה, והרמ"א את טעם המחילה (אות טו). הש"ך הכריע כשיטת הרמ"ה (אות יג), והנתיבות שילב בין השיטות (אות יד).

הודאה ממין הטענה – מה היא

הקדמה / הגדרת מין הטענה על פי סברתו של רבה

א. מודה במקצת חייב שבועה מן התורה. ורבה ביאר שהטעם הוא מפני שהוא יודע שהוא חייב ומשתמט מלהודות בכל הסכום כיון שעתה אין בידו את כל הסכום (לעיל עמ' 100). אולם מודה במקצת מתחייב בשבועה רק אם הודה ממין הטענה ואם הודה שלא ממין הטענה פטור משבועה ואף אינו משלם את מה שהודה (עמ' 394). לקמן נדון מה נכלל בהודאה ממין הטענה ומה היא הודאה שלא ממין הטענה.

מחלוקת רב ושמואל – שוה קאמר

ב. משנה שבועות דף לח: :

שתי כסף לי בידך, אין לי בידי אלא פרוטה - פטור[965].

בגמ' בדף לט: נחלקו רב ושמואל, מה היא הסיבה שהנתבע פטור משבועת מודה במקצת. לדעת שמואל הנתבע פטור מפני שהודה שלא ממין הטענה. ולדעת רב הנתבע פטור כיון שהפער בין התביעה לבין ההודאה, הינו פער קטן שאינו מחייב שבועת התורה[966]. ומבואר שם בגמ':

תנן, שתי כסף יש לי בידך, אין לך בידי אלא פרוטה – פטור...
אמר לך שמואל, מי סברת שוה קתני, דוקא קתני, מה שטענו לא הודה לו, ומה שהודה לו לא טענו.

---

[965] עיין בדיוק שבהערה 976..
[966] עיין הערה 924.

(רש״י: שתי כסף יש לי בידך, קס״ד דשוה כסף טעין ליה וקא״ל אין לך בידי אלא שוה פרוטה דהויא ליה הודאה ממין הטענה ואפ״ה פטור. מאי טעמא לאו משום דחסרה לה כפירת טענה משתי כסף. דוקא קתני- זה טוען כסף וזה הודה לו נחשת דליכא הודאה ממין הטענה[967])...

אמר לך רב כולה מתניתין שוה, תדע דקא קתני סיפא דינר זהב יש לי בידך, אין לך בידי אלא דינר כסף וטריסית ופונדיון ופרוטה חייב, שהכל מין מטבע [אחת] הן (רש״י שם: דבעי למימר ׳שוה קתני׳ הכי מפרש סיפא, דקאמר דבכל מין מטבע אחד הוא שכל המטבעות השנויות כאן דין אחד להם, שאף הקטנה שבהן יש בה כדי הודאה לחייבו שבועה) ...[968]

על פי שיטת שמואל, התובע שתבע דינר של כסף, התכוון דוקא לדינר של כסף, ולכן הודאה בפרוטה, נחשבת הודאה שלא ממין הטענה. ואילו רב סובר שמעיקרא התובע התכוון ל׳שוה ערך׳ ולאו דוקא למטבע של ה׳דינר כסף׳ ולפיכך הודאתו של התובע בכל סוגי מטבע (או אפילו בסוגי סחורה – עיין חידושי הרמב״ן שבועות דף לט: ד״ה ״וכיון דקי״ל כרב״), נחשבת הודאה ממין הטענה[969].

---

[967] יש לעיין מה היא המציאות.אם מטבעות הנחושת והכסף הם כמו היחס בין אגורות לשקלים, מדוע ׳דוקא קאמר׳, והרי התובע מחבירו מאתיים אגורות יכול לתבוע מחבירו גם שני שקלים, וברור שכוונתו לאותו סכום. אמנם מסתבר שלא זו המציאות, שהרי במשנה בתחילת פרק רביעי במסכת ב״מ נחלקו האם מטבע כסף קונה את מטבע הזהב או ההיפך (מה נחשב טיבעא ומה נחשב פירא). ובמציאות המוכרת לנו, מסתבר שכל סוגי המטבעות הינם ׳טיבעא׳. ושמא מדובר שעיקר כוונתו למתכת ולא למטבע עצמו, ולפי״ז במציאות שלנו שהממשלה מנפיקה שטרות כסף והשינוי ביניהם אינו בחומר אלא בסך הנקוב עליהם, כו״ע יודו ששוה כסף קאמר.

[968] ועיין שו״ת הרשב״א המיוחסות לרמב״ן סימן ס״ב, שמי שאומר שיתנו סוג מסויים של מטבעות מרכושו, כוונתו דוקא לסך זה ולא לשוויו וכך גם במי שמודה מעצמו, ומחלוקתם של רב ושמואל היא רק בתובע ונתבע, ויש לעיין מה הוא הטעם.
ובספר מעדני ארץ, תרומות פרק ג׳ הלכה י״א, כתב שהנודר עשרה אחוז מפירותיו לצדקה, החישוב הוא על פי הערך הכספי ואילו בנתינת מעשרות החישוב איננו על פי הערך הכספי אלא במנין או מידה או משקל. כלומר, לכל נושא יש את דרך החישוב המיוחדת לו.

[969] כלומר, בכל מקרה בו התובע לא פירט ואמר שהוא הלוה מטבע זהב והחוב הוא במטבע זהב, תביעתו נחשבה תביעה של ׳שוה ערך׳ ולכן כל הודאה שיודה הנתבע הינה ממין הטענה. ומסתבר שאומדן דעת זה קיים הן ביחס לתובע והן ביחס לנתבע, ששניהם בשעה שהם מזכירים מטבעות אינם מתכוונים דוקא למטבע זה, אלא לשוויו. ויש לעיין מה הדין במקרה שהתובע אמר במפורש שהוא הלוה במטבע של כסף והחוב הוא במטבעות של כסף (שאז לא ניתן לומר שכוונתו לשוה ערך), והנתבע הודה לו במטבע מסוג אחר. האם גם במקרה זה נוכל לומר שכיון שהנתבע לא פירט ממילא הוא אומר ׳שוה ערך׳, ונפרש שהוא התכוון ל׳שוה ערך׳ למטבע של התובע, או שהכל תלוי בתובע, וצ״ע.

שיטת רב

ג. שיטת רב ש"הכל מין מטבע [אחת]", והעובדה שהתובע נקב בסוג מסויים של מטבע אינה מלמדת על כך שמדובר דוקא במטבע זו אלא כוונתו ל'שוה ערך' יש לעיין בה - באיזה מקרה סובר רב ש'שוה קאמר':

- התובע תבע את חובו בסוג מטבע שלא בו בוצעה ההלואה (רמב"ן – לקמן אות ד').
- התובע תבע את חובו את בסוג המטבע בו בוצעה ההלואה (חזו"א – לקמן אות ה'-ז').

על פי האפשרות הראשונה, יתכן שהתובע עצמו 'תירגם' את ההלואה לסוג מטבע שנוח לו לתבוע בו, כיון שדרכם של בני אדם להלוות במטבע אחד ולתבוע במטבע אחר (כיון שבסוג מטבע זה מתנהלים רוב עסקיו וכדו').

לעומת זאת על פי האפשרות השניה, למרות שידוע שאדם תובע דוקא במטבע בו בוצעה ההלואה, אין משמעות לעובדה שהוא נקט דוקא סוג מטבע זה, כיון שמבחינתו החוב הוא 'שוה ערך' והעובדה שההלואה והתביעה הינם בסוג מסויים של מטבע אין לה משמעות כלל, כיון ש "כל מין מטבע אחד".

בית הדין שומע את דברי התובע. על פי האפשרות הראשונה בית הדין אינו יודע באיזו מטבע נערכה ההלואה ואילו לפי האפשרות השניה בית דין יודע שההלואה היתה במטבע אותו נקב התובע. על פי האפשרות הראשונה, במקרה בו בית דין יודע ומבין שההלואה היתה במטבע אותו נקב התובע, הנתבע יחשב מודה במקצת רק אם יודה באותו סוג מטבע עצמו.

כלומר, על פי האפשרות הראשונה שיטת רב נאמרה רק במקרה של חוסר

ידיעה[970], אבל אם התובע יאמר במפורש שההלואה היתה בסוג מטבע מסויים, ההודאה חייבת להיות באותה מטבע (אמנם עיין שיטת החזו״א בביאור הרמב״ן באות ה׳). ואילו על פי האפשרות השניה, כל סוגי המטבעות ערכם רק בשווים ואין כלל משמעות לסוג המטבע שהזכיר התובע, וכל הודאה תחשב הודאה ממין הטענה כיון שאין משמעות לסוג המטבע.

ד. חידושי הרמב״ן, שבועות דף לט: :

> וכיון דקי״ל כרב שמעינן מינה דמאן דתבע לחבריה שתי כסף לי בידך הלואה והלה אומר לא כי אלא פרוטה, ואפילו אמר אין לך בידי אלא כך וכך חטים ושעורים שהלויתני, כיון שהודה מקצת הטענה אע״פ שלא הודה ממש ממין הטענה חייב דאמרינן ׳שוה קא תבע ליה...׳
> ובהלואה נמי לא אמרן אלא שתובע שתי כסף או דינר זהב או מעות שאדם עשוי לשום כל דבר במעות והם נעשין דמים באחר... אבל... מטבע שאינו יוצא כגון של מלכים אחרים שאין דרך לשום באותו מטבע ואינו נעשה דמים על אחר, דוקא טעין ליה, הילכך אי מודה ליה ממין אחר פטור.

מדברי הרמב״ן נראה שהוא סובר כאפשרות הראשונה שבאות ג׳. שהרי כתב ׳דאמרינן שוה קא תבע ליה׳ וכן ״אדם עשוי לשום כל דבר במטבעות״. כלומר אנו מניחים שיתכן שהתובע לא הקפיד לתבוע דוקא בסוג המטבע בו היתה ההלואה אלא העריך את שוויה בכסף, כפי הנוהג במקומו. ולכן אם התובע הזכיר מטבע שאינה יוצאת באותה מלכות או סוג של סחורה (עי״ש ברמב״ן), מסתבר שהוא נקט את דבריו בצורה מדוייקת, ולכן הודאה ממין הטענה תחשב רק אם הנתבע יודה באותה מטבע ובאותה סחורה.

---

[970] עיין שער המלך סימן פ״ח ס״ק ו׳ ובערך שי חו״מ סעיף ט׳, שדנו מדוע במקרה זו של חוסר ידיעה, בית דין לא ישאלו את התובע האם הוא טוען ׳שוה ערך׳ או שטענתו היא ׳דוקא׳ (והיינו שבמטבע זה נערכה ההלואה). ותירץ שער המלך, ששאלת בית הדין היא אחר הודאת התובע, וכיון שבשעת ההודאה היתה זו הודאה על דבר שאינו ממין הטענה, אינו חייב שבועה. וקצ״ע מדוע בית דין לא ישאלו את התובע עוד קודם שהנתבע יודה. ועיין בערך שי הנ״ל. ועיין בחזו״א לקמן שעל פי שיטתו אין נפ״מ באיזה מטבע היתה ההלואה.

ה. החזו״א בחו״מ סימן י״א ס״ק י״א מבאר את דברי הרמב״ן באופן שונה:

> עיין רמב״ן, רשב״א ור״ן. ונראה דרב סבר דהמלוה את חברו דינרי זהב יכול לתובעו דינרי זהב אם יש לו, ואם אין לו משלם לו דינרי כסף ושאר מטבעות מדין שוה כסף.
> ומיהו כשתובעו סתם דינרי זהב הלותיך, אמרינן שאין בטענתו אלא עיקר החוב אבל לא נחית לתובעו אותן המטבעות [...] וכיון דאינו תובעו אלא שויו, כשמודה לו כסף או פרוטות מיקרו ממין הטענה.

כלומר, תביעה והודאה ממין הטענה איננה תלויה בסוג המטבע בו בוצעה ההלואה (כפי שהבנו לעיל), אלא בבחירתו של המלוה, מה הוא רוצה לתבוע מהלוה. אם המלוה דורש מהלוה שיפרע לו דוקא באותו מטבע בו היתה ההלואה, הודאה שאיננה באותו סוג מטבע נחשבת הודאה שלא ממין הטענה, אבל אם המלוה אינו מתייחס למעשה ההלואה אלא דורש את פרעון ׳ערך׳ ההלואה (והוא פוטר את הלוה מחובתו להשיב במטבע בה בוצעה ההלואה), כל הודאה של הנתבע תחשב הודאה ממין הטענה.

על פי שיטת החזו״א, השאלה האם בית הדין יודע האם ההלואה היתה במטבע מסויים או לא (לעיל אות ג׳), איננה משנה במקרה בו המלוה איננו דורש שהפרעון יהיה דוקא במטבע זה או אחר.

לשיטת החזו״א, תביעה ׳סתם׳ והיינו שהמלוה אומר שהלוה לו דינרי זהב, אין פירושה שהוא הלוה דינרי זהב, אלא שהוא עתה (מוותר על הדרישה לקבל את המטבע בו היתה ההלואה) ודורש ממנו שווי דינרי זהב, ולכן כל הודאה של הנתבע נחשבת הודאה ממין הטענה (ועיין בשיטת הריטב״א באות ט׳)[971].

ו. על פי שיטת הרמב״ן מלוה ׳חכם׳ יזהר בלשונו ולא יפרט ויאמר שההלואה היתה

[971] עיין הערה 972.

במטבע מסויים (ולשיטת החזו״א הוא לא יתבע פרעון באותו מטבע בו בוצעה ההלואה), כיון שאם יאמר כך, יוכל הלוה להודות בסוג אחר של מטבע ועל ידי כך להתחמק מחיוב שבועה ומחיוב תשלום. אבל אם המלוה נוקט רק את סכום ההלואה ואינו מפרט באיזה מטבע היתה ההלואה, כל הודאה של הלוה תחשב הודאה ממין הטענה. וההפסד של המלוה במקרה זה הוא, שהנתבע אינו חייב לקבל את הפרעון באותו מטבע בו היתה ההלואה.

ז. החזו״א (הנ״ל) מעלה אפשרות נוספת בביאור שיטת רב:

> ואפילו נימא דהאומר דינר זהב הלותיך מתפרש הלואה של דינרי זהב ממש, מ״מ לא הוי טוענו חיטים והודה לו בשעורים כיון שאין תובעו דינר זהב אלא שוויו.

על פי ההצעה הראשונה שבדברי החזו״א, התובע כלל לא הזכיר בלשונו את מעשה ההלואה, וכל דבריו מתפרשים ביחס לשווי החוב, ואילו על פי ההסבר שלפנינו, המלוה הזכיר את המטבע בה היתה ההלואה, אבל אין הוא דורש פרעון באותה מטבע, אלא את שוויה, ולכן כל הודאה שיטען הנתבע תהיה ממין הטענה, וכנ״ל, וכפי האפשרות השניה שהועלתה באות ג׳.

<u>'מין מטבע אחד'</u>

ח. הרמב״ן הדגיש ש״כל מין מטבע אחד״ נאמר רק במטבע היוצא ולא במטבע של מלכים אחרים (אות ד׳), כיון שאין דרכם של בני אדם לשום את חובותיהם במטבע של מלך אחר. וכיון שהרמב״ן תלה את החילוק בדרכם של בני אדם, הרי שבמציאות בה בני אדם נוהגים לחשב ולהתחשב במטבעות שונים יש ללכת אחר מנהגם.

כגון, בארץ נהגו עד לעת האחרונה לנקוב את מחירי הדירות להשכרה בדולרים, בעוד התשלום בפועל היה בשקלים, על פי השער של יום התשלום. במציאות זו השקל והדולר משמשים בעירבוביא, ולכן אם היה דו״ד בין משכיר לשוכר

והמשכיר תובע את חובו בדולרים והנתבע מודה בשקלים, יש מקום לומר שזו הודאה ממין הטענה.

ונראה, שכיון שהכל תלוי במנהג בני אדם, אין צורך שהתביעה תהיה דוקא במטבע ממשי, ואף אם המטבע אינו קיים בפועל כמטבע טבוע, והוא רק משמש כיחידת מדידה, אם נהוג לנקוב את החוב באותו מטבע, אין בכך הודאה שלא ממין הטענה (וכפי שהיה עם מטבע האירו, שעוד קודם שהיו מטבעות ושטרות בשוק, היתה יחידית מניה שלו וסחרו בו וכו').

ובודאי, כשמדובר בעיסקאות שנעשות בין מדינות שונות, שדין ודברים בין שני צדדים שיש בו הודאה במקצת במטבע שונה ממה שנקב התובע, הינה בכלל הודאה ממין הטענה וכו'.

<u>שיטת הריטב"א בביאור דברי רב / דין תביעה במלוה והודאה בפקדון</u>

ט. חידושי הריטב"א, שבועות דף מ. :

> והנכון מכל מה שאמרו בזה דאע"ג דרב מפרש דמתניתין דקתני 'דינר זהב יש לי בידך' שוה קאמר, מכל מקום כך הוא אומר לו דינר זהב יש לי בידך שקבלת ממני לתת לי שוה אותו דינר זהב. והלה אומר דינר כסף או טריסית הוא שיש לך בידי שקבלתי ממך.
>
> והוה סלקא דעתך דכיון דאינו מודה לו בגורם החיוב אין זה ממין הטענה אע"פ שמה שיש לו לקבל הוא ממין הטענה, קמ"ל דלא קפדינן אגורם כיון דסוף סוף מה שתובעו עתה ומה שמודה לו מין מטבע הוא והוא נפטר מתביעתו אף לדברי התובע ממין מטבע.

על פי שיטת הריטב"א, התובע והנתבע חולקים באיזה מטבע היתה ההלואה. ואילו התובע היה טוען שהפרעון חייב להיות מהמטבע אותה הלוה והנתבע היה מודה בסוג אחר של מטבע, היתה זו הודאה שלא ממין הטענה. אבל במקרה עליו

מדובר במשנה, התובע טוען שמעיקרא סוכם בין הצדדים שהפרעון יהיה בכל סוג מטבע ולכן המחלוקת בין הצדדים באיזו מטבע היתה ההלואה הינה חסרת חשיבות, והודאתו של הלוה היא הודאה ממין הטענה[972].

י. לשיטת הריטב״א, ה׳גורם לחיוב׳ איננו הדבר הקובע לענין הודאה ממין הטענה, אלא החיוב עצמו, ולפיכך:

> ולמדנו מכאן שהתובע לחבירו מנה של מלוה והוא מודה לו חמשים של פקדון או מקח וכיוצא בו מודה במקצת גמור הוא שאין הגורם מעלה ומוריד בזה, וכן כתבנו בפרק השואל (ב״מ צ״ח ב׳)[973] בס״ד, וכן דעת הרמב״ם[974] ז״ל והרמב״ן ז״ל ומורי הרא״ה והרשב״א ז״ל.

לעיל נסב הדיון על מקרים בהם התובע והנתבע הסכימו שגורם החיוב הוא אחד (מלוה), והתחדש שתביעת התובע במטבעות אינה דוקא במטבעות אלו אלא בשווים, ולכן כל הודאה של הנתבע נחשבת ממין הטענה.

במקרה שלפנינו המציאות היא הפוכה, קיימת הסכמה בין התובע לנתבע לגבי סוג המטבע, והמחלוקת היא האם הגורם הוא מלוה או פקדון (ומסתבר שאין נפ״מ האם התובע טוען שמדובר בהלואה ונתבע אומר שהיה בפקדון או ההיפך).

---

[972] אף החזו״א (אות ה׳) ייחס לחשיבות לתביעה ולא למטבע בו היתה ההלואה. אולם החזו״א דן על מציאות בה המלוה בשעת התביעה מוותר ואינו דורש דוקא את המטבע בו היתה ההלואה, ואילו הריטב״א מבאר שמעיקרא סוכם שהפרעון יוכל להיות בכל מטבע. ועיין בחזו״א חו״מ סימן י״א ס״ק י״א ד״ה ״וכ׳ הריטב״א״.

[973] חידושי הריטב״א ב״מ דף צח: ״ומיהו לענין התובע לחברו שיש לו אצלו פרה שאולה והוא אומר שאין לו אצלו אלא פרה שכורה הרי הוא חייב לתת לו השכורה, ואין זה חטים ושעורים דחטים ושעורים הם שני מינין בגופן אבל שאלה ושכירות אינם שני מינים ממש כי אפשר לשאולה להיות שכורה או בהיפך, ואין זה אלא כאומר מנה של מלוה יש לי והוא אומר אינו אלא מנה של פקדון וכיוצא בו שהוא חייב במה שהודה, ואם יש כאן מודה במקצת כגון שאומר אינם אלא חמשים של פקדון חייב שבועה, וכן אם אמר לו פרה שלי שוה מאה דינרין שאלת והוא אומר לא כי אלא פרה של חמשים דינרים השכרת לי כי כחושה היתה הרי זה מודה במקצת גמור, והדבר הזה נראה מבואר בעצמו ואם הוא שלא כדברי הראב״ד ז״ל, ואין לי להאריך בכאן יותר״.

[974] פ״ג מהלכות טוען הלכה י״ד, והראב״ד שם חולק (ועי״ש במ״מ לגבי מנה מלוה והודה לו מנה של פקדון). ועיין ש״ך סימן פ״ח ס״ק לח שכתב שהטעם הוא שבסופו של דבר התובע מקבל את מה שהוא ביקש, הוא ביקש כסף וקיבל כסף, והגורם לתביעה אינו משנה (עי״ש שביאר זאת על פי שיטתו שטענו חיטין והודה לו בשעורים, פטור מדמי שעורים לא מטעם הודאה ולא מטעם מחילה אלא משום ״דחויי קמדחיי ליה״ והיינו שטוען שמשטה היה בו).

ויש לעיין מה הדין כאשר המחלוקת ביניהם היא כפולה. כגון שהתובע אומר שהוא הלוה דינרים והנתבע מודה שהוא קיבל סוג אחר של מטבעות בפקדון. האם גם במקרה זה יאמר הריטב"א שהדבר נחשב הודאה ממין הטענה – ועיין לקמן.

יא. הרמב"ן (שהריטב"א מציין אותו כמי שנוקט כשיטתו) כתב בחידושיו למסכת שבועות דף לט: :

> אבל אם אמר לו שתי כסף פקדון לי בידך והלה אומר לא כי אלא כך וכך חטים ושעורים פקדון, אע"פ שהודה מקצת טענה פטור, שאי אפשר לומר בפקדון שוה קאמר ליה אלא דוקא קא טעין ליה.

הריטב"א עצמו (בדף מ.) כתב את דברי הרמב"ן. כלומר, דברי הרמב"ן אינם מהווים סתירה לדברי הריטב"א לעיל. ונראה, שדברי הרמב"ן נאמרו במדוייק, והיינו שהתובע טוען שהיה פקדון, ובפקדון לא ניתן לפרש שכוונתו לשוה כסף, כיון שמהותו של פקדון הוא הדבר עצמו. אבל אם התובע יאמר שהיתה הלואה בשוה כסף והנתבע יאמר שמדובר בפקדון של סחורה, הרי זו הודאה ממין הטענה שמחייבת שבועה, וקצ"ע.

<u>הודאה בעצם החוב והודאה ביתרת החוב</u>

יב. שו"ת הרדב"ז חלק א' סימן תס"ח:

> שאלת ממני אודיעך דעתי בראובן שטען על שמעון עשרה דינרי זהב ושמעון השיב אין לך בידי מהם אלא ה' מיידי' אם זו הודאה ממין הטענה לחייב את שמעון שבועה דאורייתא...

תשובה... בנידון דידן כ״ע מודו דהוי ממין הטענה דהא לא אמר ליה ׳לא הלויתני אלא ה׳ מיידי׳ טבועים׳ דבכה״ג איכא למימר דלא הוי ממין הטענה, אבל היכא דאמר פרעתי הכל ׳ולא נשאר אצלי אלא ה׳ מיידי׳ הדבר ברור דהוי שפיר ממין הטענה שהרי שארית הטענה אשר טען עליו היא וזה פשוט מאד אצלי.

כאשר הנתבע אינו סותר את דברי התובע ביחס לסכום היסודי של ההלואה, וטענתו היא שהוא שילם, ונותרה יתרת חוב בסך מסויים והוא נוקב את היתרה במטבע שונה ממה שנקט התובע, אף שמואל (לעיל אות ב׳) שסובר שתובע שמזכיר סוג מטבע מסויים מתכוון דוקא למטבע ולא לשוויו, מודה שזו הודאה ממין הטענה. ויש לעיין בטעם הדבר והרי הנתבע הודה במטבע שונה ממה שהיתה בו התביעה.

ונראה שטעמו של הרדב״ז הוא, שאף שמואל מודה לכך שאנשים מעריכים את חובותיהם בסוגי מטבעות שונים (כפי שפירש הרמב״ן את דברי רב – אות ד׳). המחלוקת בין רב לשמואל היא, האם בשעה בה התובע בא לדין הוא נוקב בסכום בו היתה ההלואה (ובו הוא מצפה לקבל את הפרעון – שיטת שמואל) או שאף בזמן דיון בבית דין אדם עשוי ׳לתרגם׳ את החוב למטבע שונה (שיטת רב). אבל במקרה בו הנתבע אינו מגיב על עצם סך החיוב כי אם על יתרת החוב, מודה שמואל שיתכן שהוא מזכיר את היתרה כפי שהוא נוהג לחשב את חובותיו, והרי זו הודאה במין הטענה, וקצ״ע.

<u>פסק השו״ע וסיכום</u>

יג. השו״ע בחו״מ סימן פ״ח סעיף ט׳ פסק כשיטת רב[975]:

[975] אמנם, הרשב״א בתשובות המיוחסות לרמב״ן סימן ס״ב פסק כרב.

תבעו דינר כסף או דינר זהב, כאילו תבעו שוה דינר כסף או שוה דינר זהב, ובכל מה שיודה לו חשיב ממין הטענה. ודוקא כשתבעו מטבע היוצא בהוצאה, בהא אמרינן בסתמא שוה דינר קאמר, לפי שאדם עשוי לשום כל דבר במטבע. אבל תבעו ליטרא זהב, או מטבע שנפסל ואינו יוצא בהוצאה, לא חשיב כאילו תבעו שוה.

מטבע שאינו יוצא בהוצאה יכול להיות מטבע שהמלך פסלו מלצאת בהוצאה או מטבע של מלך אחר שהמלך אוסר להשתמש בו במדינתו, או שלא נוהגים להשתמש בו במדינה זו. ואף שהרמב"ן (אות ד') הזכיר רק מטבע של מלכים אחרים נראה שאין חילוק מהותי בין המקרים (והרא"ש בשבועות פרק ד' סימן ו' כתב ע"פ הרמב"ן שמדובר במטבע של מלכים הראשונים). והכלל הוא שאם המטבע אינו נוהג במקום זה מכל סיבה שהיא, התביעה היא ב'דוקא' ולא ב'שוה ערך'.

יד. שו"ע שם סעיף י':

הא דאמרינן שאם תבעו דינר כסף או דינר זהב כאילו תבעו שוה דינר כסף או שוה דינר זהב, יש אומרים דהני מילי במלוה, אבל בפקדון, דוקא קאמר דינר זהב ולא שוה דינר. ויש מי שחולק ואומר שדין הפקדון שוה לדין המלוה.

לדברינו לעיל (אות יא), דוקא במקרה בו התביעה היא בפקדון הדין 'דוקא קאמר' אבל אם התביעה היא במלוה וההודאה בפקדון, הרי זו הודאה ממין הטענה. ובסעיף י"ט פסק השו"ע:

מנה לי בידך הלואה, לא היו דברים מעולם ולא לויתי ממך אבל חמשים דינרים יש לך בידי פקדון, וכיוצא, הרי זה מודה מקצת וישבע שבועת התורה. (והוא הדין שאלה ושכירות, בית יוסף בשם הרמב"ן).

טו. העולה מהאמור לעיל:

- לשיטת שמואל התובע שנוקב סוג של מטבע בתביעתו מתכוון דוקא למטבע זה (אות ג'), ואילו רב סובר שכוונתו ל'שוה ערך', והלכה כרב (אות יג).
- הרמב"ן מבאר, שהתובע תובע 'שוה ערך' ויתכן שאינו מציין את המטבע בו היתה ההלואה ולכן כל הודאה של הנתבע היא ממין הטענה (אות ד'), ועל פי החזו"א בהסברו הראשון, התובע אינו מזכיר את ההלואה אלא את מה שהוא דורש מהנתבע (אות ה'). ועל פי הסברו השני של החזו"א, התובע מזכיר את אופן ההלואה אבל אינו דורש פרעון במטבע בה היתה ההלואה (אות ז'), ושיטת הריטב"א שמעיקרא הלוה לא חייב לפרוע במטבע בה לוה (אות ט').
- אם המלוה ולוה מסכימים לסוג המטבע אבל חלוקים לגבי גורם התביעה (הלואה או פקדון), הרי זו הודאה ממין הטענה (אות ט, יד). ואם הם חלוקים ביניהם הן לגבי סוג המטבע והן לגבי נסיבות הענין, אם התובע תובע פקדון אין זו הודאה ממין הטענה ואם הוא תובע הלואה הרי זו הודאה ממין הטענה (אות י' ואילך).
- לכל השיטות, נתבע שהודה שיתרת החוב היא בסוג מטבע שונה ממה שתבע התובע, הרי זו הודאה ממין הטענה, כיון שלא דיבר על עצם יצירת החוב אלא על על היתרה שנותרה מהחוב (אות יב).

סכום הכסף המחייב שבועת מודה במקצת – הפער בין התובע לנתבע

עיקר הדין

א. משנה שבועות דף לח: :

שבועת הדיינין הטענה שתי כסף[976], וההודאה בשוה פרוטה[977].

לקמן נדון בביאור לשון המשנה "הטענה שתי כסף" (אות ב') ובמקור הדין (אות ג') ובמקור הדין ש"ההודאה בשוה פרוטה" (עמ' 427 ואילך).

הטענה שתי כסף

ב. בגמ' (דף לט:) נחלקו רב ושמואל בביאור לשון המשנה "הטענה שתי כסף". לשיטת רב הפער בין דברי התובע לבין דברי הנתבע הוא "שתי כסף", ואילו לדברי שמואל התובע דורש "שתי כסף", כמבואר בגמרא:

---

[976] לגבי הטענה נאמר 'שתי כסף' ואילו לגבי ההודאה לא נאמר 'פרוטה' כי אם 'שוה פרוטה'. ומכאן ראיה שהמדד איננו הפרוטה עצמה אלא דבר אחר שערכו הוא כפרוטה, ועיין לקמן עמ' 52 ואילך.

[977] עיין רמב"ם פרק ג' מטוען הלכה א'. היחס בין פרוטה לשתי מעות כסף הוא 1:64. פרוטה היא במשקל חצי שעורה כסף (שהם 0.022 גרם כסף, מידות ושיעורי תורה עמ' תט"ז, ועי"ש שיטות נוספות), ואילו שתי (מעות) כסף הינם 32 שעורות כסף נקי. מעה כסף היא ששית הדינר (זוז). משקלה של המעה הוא 0.7 גרם כסף וא"כ שתי מעות כסף הם 1.4 גרם כסף. (מדות ושיעורי תורה עמ' תכ"א). בפרוטה היה ניתן לקנות אתרוג או רימון או ככר לחם (הנ"ל עמ' ת'). חישוב מחירו של גרם כסף: מחיר הכסף כיום הינו באונקיות, כל אונקיה כ – 31.1 גרם. מחיר אונקיה כיום (כ"ד אלול תשס"ח) הינו כ – 13$ שערו של הדולר הינו כ – 3.4 ₪, ומחיר אונקית כסף כ – 44 ₪. וגרם כסף מחיר כ – 1.4 ₪. דינר שהוא זוז הינו 4.25 גרם כסף. כלומר 200 זוז שאדם חייב בכתובת אשתו הינם: 840 גרם כסף דהיינו כ – 1190 ₪ (ובזמנם זו היתה פרנסת שנה של עני שבישראל). מנהג האשכנזים לחשב את הרכוש שאשה הביאה בכתובתה ב-100 זקוקים כסף והבעל מוסיף עליהם עוד מאה סה"כ 200 זקוקים שיש מחשבים כל זקוק ב 233.1 גרם כסף וא"כ 200 זקוקים הינם: 46620 גרם כסף שהינם כ65200 ₪ (ולדעת החזו"א 57600 גרם). אבל יש הסוברים שכל 200 הזקוקים הם לא יותר מ-3846 גרם כסף (יש לסייג את כל האמור לעיל לאחת השיטות וישנם שיטות נוספות [והשינוים לא כ"כ משמעותיים], ועיין מדות ושיעורי תורה, והנישואין כהלכתם ואכמ"ל), ועיין הערה 995 ובתשובת הריב"ש בעמ' 52. ובדברינו בהערה 1031, ובדברי ערוה"ש בעמ' 52.

אמר רב כפירת טענה שתי כסף (רש"י: טענה דתנן במתני' לאו אתחלת הטענה קאי אלא אכפירה שהוא כופר בטענת חבירו, לבד הודאת הפרוטה דבעינן שתהא תחלת הטענה שתי כסף ופרוטה[978]).

ושמואל אמר, טענה עצמה שתי כסף, אפילו לא כפר אלא בפרוטה ולא הודה אלא בפרוטה, חייב.

על פי שיטת רב, דברי המשנה ה"הודאה בשוה פרוטה", פירושם שההודאה היא לפחות פרוטה, וחוץ מזה יהיה פער של "שתי כסף" בין דברי התובע לדברי הנתבע. ואילו לשיטת שמואל, "ההודאה בשוה פרוטה", פירושה, שההודאה חייבת להיות לפחות שוה פרוטה, ובכל תביעה מעל שוה פרוטה, די שהפער בין התובע לנתבע יהיה פרוטה, כדי לחייב שבועת מודה במקצת. וכמבואר לקמן:

הטענה	ההודאה	רב	שמואל
שתי כסף	פרוטה	אין שבועה	שבועה
שתי כסף ופרוטה	פרוטה	שבועה	
שתי כסף ופרוטה	חצי פרוטה	אין חיוב שבועה	
שתי כסף	שתי כסף חסר פרוטה	אין שבועה	שבועה

ג. השיעור של "שתי כסף" שנאמר במשנה מקורו בפסוקי התורה, אלא שנחלקו רב ושמואל כיצד לבאר את הפסוק, וכמבואר בגמ' בשבועות דף לט:

אמר רבא... וקראי כותיה דשמואל, דכתיב: 'כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור' (כי יתן איש - תחלת נתינה ב' כסף ועלה קאי 'כי הוא זה', דבר חשוב ושיערו חכמים שמעה כסף דבר חשוב הוא), מה כלים שנים אף כסף שנים, מה כסף דבר חשוב אף כל דבר חשוב, וקאמר רחמנא, 'כי הוא זה'[979].

---

[978] פירוש, כיון שהכרחי שהנתבע יודה לפחות בשוה פרוטה, ממילא הטענה הנמוכה ביותר המחייבת שבועת מודה במקצת היא טענת "שתי כסף ופרוטה". וכך גם בכל מקרה בו נתבע יודה במקצת, יש לשמור על הפער של "שתי כסף" כדי לחייב שבועת מודה במקצת. וכשיטת רב פסק השו"ע בחו"מ סימן פ"ח סעיף א', עי"ש.

[979] 'כי הוא זה' - מכאן למדים עיקר דין מודה במקצת, כנ"ל עמ' 8'.

... אלא אמר לך רב, כסף כי אתא מעיקרא לכפירה הוא דאתא (ולאו לתחלת טענה)..[980].

כלומר מסמיכות ה׳כלים׳ (לשון רבים) לכסף מוכח שכסף הינו גם כן לשון רבים ומיעוט רבים שנים, ומכאן שהשיעור עליו יש לדבר הוא ׳שתי כסף׳. אמנם רב ושמואל חולקים האם ׳שתי כסף׳ הינו סך התביעה הפחות ביותר או שהוא הפער הפחות ביותר בין התובע לנתבע וכנ״ל אות ח׳.

ד. כסף הינו סוג מתכת, וכסף הינו גם מטבע היוצא בהוצאה (ומטבעות היוצאים בהוצאה חלקם עשויים ממתכת הכסף וחלקם עשויים מנחושת או זהב וכדו׳). ויש לעיין האם ׳שתי כסף׳ פירושו שתי חתיכות של כסף או שני מטבעות (העשויים מכסף או ממתכת אחרת)[981].

רש״י (הנ״ל) מבאר שהכסף עליו מדובר הוא ״מעה כסף״ והיינו מטבע העשוי מכסף, ועל פי הסמיכות לדין הכלים הרי שדין המשנה הוא ביחס לשתי מעות

---

[980] עיין רש״י בסוגייתנו ועיין בסוגיא בקידושין דף יא: ובדברי הראשונים שם וכאן.

[981] השאלה היא כללית, האם בכל מקום בו נקטה תורה ׳כסף׳ ולא פירטה, האם כוונת התורה היא למטבע או למתכת הכסף. עיין חידושי הריטב״א קידושין דף יא:, ש״ך חו״מ סימן תי״ט סו״ס ג׳ (ובעמ׳ 52 ואילך). ובחזו״א חו״מ סימן ט״ז ס״ק א׳ – ה׳ כתב: ״כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, והנה לא העמידה תורה את התשלומין לפי הכלי שהחסיר לו אלא הערך מתערך בשיווי כסף וחיוב התשלומין חל על שיעור של החפץ שגזלו או הזיקו, ואם הוזל החפץ ירויח ואם הוקר יפסיד. ויש לענין כסף, שתי דרכים. אפשר שתלוי בכסף ואפשר שתלוי במטבע, ומצינו בה׳ שקלים של פדיון הבן שקצבה התורה הדבר במשקל כסף צרוף. ואע״ג דבזמן שנצטוינו על המצוה היה השקל מטבע, אבל לדורות לא הקפידה תורה במטבע אלא משקל כסף צרוף כפי שהיה אז ה׳ שקלים וכדאיתא יו״ד סימן ש״ה סעיף א׳. והיה אפשר לפרש תשלומים שבתורה שנערך כל חפץ הנגזל על פי שיווי משקל כסף צרוף, ויתחייב לשלם משקל זה בין שיוזל החפץ כנגד הכסף ובין שיוקר, וכדין פדיון הבן שהוקבע לדורות. אבל מנהגנו לשער בערך מטבע בכל מדינה ומדינה ולמדנו שקבעה התורה את ערך התשלומים ע״פ ערך המטבע היוצאת במדינה. ותימה שא״כ נתמכין דיני התורה בזה על הסכם מקרי שהרי אין ענין המטבעות טבעי אלא הסכם ואם יסכימו שלא לעשות מטבעות אין לנו הלכה בתורה במנהג התשלומין, ואע״ג דמצינו בחילול מעשר שני שהקפידה תורה על המטבע ואם אין מטבע אין חילול, התם אכתי אם אין חילול יכול להביא את המע״ש לירושלים אבל הכא אם אין מטבע בטל הלכות תשלומין. ואפשר שאם אין מטבע חייב לשלם לו כדי שישיג חפץ שגזלו. ואפשר דכיון דמצוות התורה נתמכין על הנהגת המטבע, חייבין להנהיג כן כדי שיהיה אפשר להנהיג הלכות התורה [ואפשר שאם אין מטבע בעולם, כסף צרוף הוא המטבע לכל דיני התורה כדין פדה״ב ושאר דברים ואם גזל חפץ מתחייב לשלם משקל כסף צרוף שהיה שוה בשעת הגזילה אלא שבזמן שיש מטבע במדינה חשיבא מטבע המדינה יותר מכסף צרוף]״

ומהגרז״נ גולדברג שליט״א שמעתי, שתמה על החזו״א מנין לו שהמנהג הוא לשער על פי ערך המטבע ולא במשקל הכסף, והרי לא דנים דיני גזלות בזמן הזה. ועוד אין להקיש ממקום שאין בו אינפלציה למקום שיש בו אינפלציה.

כסף.

ונראה, כיון שהתורה כתבה "כסף או כלים" מוכח שהכסף עליו מדבר הפסוק הינו מטבע, שהרי מטילי כסף כבר כלולים בכלים[982]. אמנם המשנה מבארת שמדובר במטבע העשוי דוקא מכסף ולא ממטבע אחר. ויתכן שטעם הדבר הוא, שלא מצאנו בתורה מטבעות של נחושת כי אם מטבעות של כסף, וממילא לשון התורה "כסף" שבפרשתינו, הינו מטבע של כסף.

אמנם שיטת התומים (לקמן אות ח') היא שמן התורה יש להשביע על טענת שתי פרוטות, ולשיטתו כסף האמור בפרשתינו אינו מטבע של כסף אלא מטבע כלשהו[983].

ה. אולם, יש לעיין מנין לחז"ל שהפסוק מדבר דוקא על 'מעה כסף'[984], ולא בסוג אחר של מטבע מכסף. ואם ננקוט שמעה הינה מטבע של כסף הנמוך ביותר שהיה בזמן התורה[985], יש מקום לומר, שכשם שמיעוט כלים שנים, אף מיעוט המטבעות הוא המטבעות הנמוכים ביותר והיינו שתי מעות כסף. וכן כתב הרמב"ן בחידושיו למסכת שבועות דף לט:

> ופירש מה כסף דבר חשוב, לכל הלשונות שכל מטבע כסף חשוב הוא, כיון שהוא יוצא[986], וכיון שלא הוזכר בתורה אלא כסף סתם, אין לך בו אלא פחות שבמטבעות של כסף...

---

[982] ואין לומר שכלים שנאמרו בפסוק הינם דוקא כלים כפי שהם מוגדרים לענין טומאה (שיש להם בית קיבול), שא"כ נמצא שמי שמפקיד אצל חבירו חפץ שאין לו תורת כלי לענין טומאה, לא נאמרו בו דיני שמירה וכדו' ולא מצאנו דין שכזה בגמ'. ולפיכך ברור שבכלים נכללים כל סוגי הכלים, וממילא 'כסף' הינו דוקא ביחס למטבע כסף.

[983] עיין הערה 986.

[984] מעה כסף היא ששית הדינר (זוז) כסף, עיין בפרק א' מהלכות שקלים הל' ב'-ג': ועיין בספר מדות ושיעורי תורה, פרק כו בדבריו ביחס למעה, שהיא הגרה שבלשון התורה.ואמנם, עיין בשיטת ר"ת בקידושין דף יא: בתוס' בסוד"ה "והרי" שכתב: "דגרה לא הוי מעשה, אלא משקל היה בימי משה שהיה שוה מעה, ושוב עשו ממנו מטבע וקראוהו מעה".

[985] כדברי רש"י בקידושין דף יא: ד"ה "ותנן", ועיין בדברינו לקמן.

[986] צ"ע, שהרי גם פרוטת נחושת היא מטבע היוצא, ומדוע לא נקט שדי בשתי פרוטות (וכשיטת התומים שבאות ד'). ונראה שהרמב"ן סובר שהתורה נקטה 'כסף' ללמד שמדובר במטבע של כסף (ואילו התומים סובר שהתורה נקטה כסף, לומר שצריך מטבע, ואף מטבע של נחושת נכלל

ו. אמנם רש"י במסכת קידושין בדף יא: ד"ה "ותנן" לא הסתפק בכך שהמעה היא המטבע הפחות ביותר, וכתב:

> ותנן שבועת הדיינין - אינה בפחות מטענת שתי מעות כסף... מ"מ מדקתני 'שתי כסף' ש"מ קרא לאו דוקא כסף[987] קאמר, אלא אממונא בעלמא קפיד, וכיון שלא פירש כמה, לא מסרו הכתוב אלא לחכמים, ולא קים להו לרבנן לאשבועיה בבציר מהכי, דאי קרא דוקא כסף כתיב, נהי דמעה היא מטבע הפחותה שבצורי מיהו שתים מנא להו... (תירוץ) ומה כסף דבר חשוב אף כלים דבר חשוב שיהיו שוים שתי כסף...

על פי דברי רש"י, התורה עצמה לא נתנה שיעור של 'כסף', ומלשון התורה אין הכרח לבאר ש'כסף' הינו דוקא מעת כסף, אלא שחכמים הם ששיערו שאין להשביע בפחות משתי מעות כסף[988].

ז. החילוק בין שתי האפשרויות שהועלו לעיל הוא, שאם ננקוט כדברי הרמב"ן שבאות ה', הרי ששתי מעות כסף הוא דין תורה. אבל אם ננקוט כדברי רש"י שבאות ו' שהשיעור של שתי כסף נובע מכך ש'לא קים להו לרבנן לאשבועי בבציר מהכי', יש לעיין מה הדין במציאות בה מחירו של הכסף הוזל, וכח הקניה שלו הינו נמוך, ועיין עמ' 435 ואילך.

שִׁיטַת הרמב"ם

ח. רמב"ם פרק ג' מהלכות טוען ונטען הלכה א'—ב':

בלשון הכתוב).

[987] כלומר שהמשנה ביארה שלשון התורה "כסף" אינו מטיל כסף אלא מטבע.

[988] לכאורה קיימת סתירה בין דברי רש"י במסכת קידושין לדבריו במסכת שבועות, ובדוחק ניתן ליישב ביניהם, אולם מדברי הרמב"ן שבאות ה' מוכח שהוא חולק על דברי רש"י שבמסכת קידושין.

> אין מודה במקצת חייב שבועה מן התורה עד שיודה בפרוטה או יתר ויכפור בשתי מעין כסף או יתר... כל כסף האמור בתורה הוא שקל הקדש והוא עשרים מעה וכל כסף של דבריהן ממטבע ירושלים שהיה הסלע שלהן אחד משמנה בו כסף והשאר נחושת כמו שבארנו, אבל המעה היא היתה כסף נקי אפילו בירושלים והיא כסף של ירושלים, ולפי שזה שהצריכו להיות כפירת הטענה שתי כסף היא מדבריהם עשו אותה שתי כסף של ירושלים שהן שתי מעין ולא עשו אותה שני שקלים בשקל הקדש[989]....

המגיד משנה במקום תמה על הרמב״ם, מדוע נקט שכפירת טענה שתי כסף הוא מדבריהם והרי מסוגיית הגמ׳ עולה שדין זה נלמד מפסוקים, ונשאר בצ״ע.

ועוד יש לעיין על פי שיטת הרמב״ם לולי תקנת חכמים, מה היה השיעור עליו היו נשבעים. התומים בסימן פ״ח ס״ק א׳ כתב:

> וזהו כוונתו שמה שהצריכו להיות כפירה טענת ב׳ כסף הוא מדבריהם הכוונה דמהתורה סגי ב-ב׳ פרוטות[990] רק חז״ל עשו שיהיה שני מעין ותקנו מעות מדינה ולא של צורי, והוא פשוט ונכון.

כלומר, מן התורה תביעה של שתי פרוטות והודאה בפרוטה, מחייבת שבועת מודה במקצת, אבל חכמים הפקיעו את חיוב השבועה במקרה זה עד שיגיע לשיעור של שתי כסף[991]. ולשיטתו, הלימוד מהפסוק בסוגיית הגמ׳ הינו אסמכתא

---

[989] עי״ש כותב שרבותיו חולקים עליו, והוא סובר שדעתם מוטעית.

[990] לשיטתו, כסף האמור בתורה הינו כל מטבע, והיינו המטבע הפחות ביותר שהוא פרוטה (שאינו מכסף כי אם מנחושת). אמנם לשיטתו מתעורר הקושי שפרוטה לא נזכרה בתורה, ועיין לקמן עמ׳ 52 ואילך.

[991] ולשיטתו, במקרה בו על פי דין תורה יש להשביע, ועתה קבעו חכמים שאין להשביע עליו, (כגון שתי פרוטות כנגד פרוטה), מסתבר שהנתבע יתחייב לשלם את הפרוטה כפי שהודה, אבל לא תוטל עליו חובת שבועה, אמנם תוטל עליו שבועת היסת מדברי חכמים. ויש לעיין מדוע ראו חכמים להרחיב את הגבול של שבועת מודה במקצת. ואף שקושיא זו קיימת גם לשיטת רש״י שתלה את השיעור של שתי כסף באומדן דעתם של חכמים וכנ״ל אות ו׳, לשיטת רש״י ניתן לישב שכיון מעיקרא תורה מסרה את הדין לחכמים, על כורחם הם היו חייבים להחליט. אבל לשיטת הרמב״ם ע״פ התומים שתורה קבעה שיעור של שתי פרוטות, יש לעיין מה ראו חכמים להגדיל את הסכום. ושמא ראו חכמים שכח הקניה של הפרוטה הולך וקטן לכן הכריעו שאין להשביע על סכום קטן כ״כ כדי שלא יבואו לזלזל בשבועות, וצ״ע. ועיין הערות 995, 1018.

ט. לולי דברי התומים ניתן להציע ביאור (הפוך) בשיטת הרמב״ם. כסף של תורה הינו שקל המכיל עשרים מעות, ומדאורייתא חיוב שבועה הוא רק אם הטענה היא ׳שני שקל׳ שהרי בפסוק נאמר ׳כסף׳ ומהסמיכות לכלים הסיקה הגמ׳ שכשם שכלים הם שנים אף הכסף הוא שנים, והיינו שני שקלים שהם ארבעים מעות, והלימוד מהפסוק הינו לימוד גמור. אולם חכמים תיקנו שלא רק בטענה של ארבעים מעות יהיה חיוב שבועה במודה במקצת, אלא גם בטענה נמוכה יותר והיינו שתי מעות כסף.

נמצא, שלשיטת התומים חיוב שבועה מן התורה הוא בשתי פרוטות וחכמים צמצמו את החיוב לשתי מעות. ולדברינו, מן התורה יש חיוב שבועה בארבעים מעות וחכמים הרחיבו וחייבו שבועה בשתי מעות כסף.

י. דרך נוספת בביאור דברי הרמב״ם, לפרש ששיטתו היא כשיטת רש״י, והיינו התורה קבעה ׳שתי כסף׳ ומסרה לחכמים שיקבעו מה הם המטבעות שנכללים ב׳שתי כסף׳ ואחר שחכמים הכריעו, הרי הכרעתם היא הפירוש לדין התורה. ובספר יד המלך על הרמב״ם (כאן) כתב (בהסברו השני) שהרמב״ם סובר שהלימוד מהפסוק הוא לימוד בהיקש, ולימוד בהיקש קרוי לשיטת הרמב״ן מדרבנן[992].

יא. אמנם יש לעיין בלשון הרמב״ם שלכאורה הוא סותר את עצמו. שבתחילת דבריו כתב שהחיוב של שתי כסף הוא מן התורה ולבסוף כתב שחכמים הם אלו שתיקנו זאת.

על פי ההסברים שבאות י׳ לא קשה כלל, כיון שאחר שחכמים קבעו את השיעור, השיעור הוא מן התורה, וכנ״ל. אולם על פי הסברו של התומים (אות ח׳) ועל פי הסברנו באות ט׳ לכאורה קשה. ובספר יד המלך (כאן) תירץ:

[992] עיין בספר המצוות לרמב״ם, בשורש השני בתחילתו. ועל פי האמור שם יש לבאר את דברי הרמב״ם בפרק א׳ משופר הלכה א׳, שהדגיש שהלימוד שם הוא מן התורה (ועיין בפירושו של הרב קפאח זצ״ל שם).

ואפשר לומר שמה שכתב בראש הפרק אין מודה במקצת חייב שבועה מן התורה עד שיודה בפרוטה וכו' לא קאי אלא אעד שיודה בפרוטה כדדייק לישניה דנקיט אין מודה במקצת חייב וכו' ולא נקט נמי כופר במקצת דבהודאה דנפיק מדכתיב כי הוא זה משמע פשטיה דקרא דהוי לפחות פרוטה דבציר מינה לא הוי ממון אבל בכפירה אי בעיא שתי מעין או שתי שקלים לא הוי אלא מדרבנן כדקאמר הכא...[993].

<u>סיכום</u>

יב. העולה מהאמור לעיל:

- נחלקו רב ושמואל האם דין המשנה "הטענה שתי כסף", פירושו שסך התביעה שתי כסף, או הפער בין התובע לנתבע הינו שתי כסף. ולכו"ע סך ההודאה צריך להיות לפחות פרוטה ומחלוקתם הינה בביאור הפסוק (אות א'- ג').
- בתורה לא הוזכרו מטבעות נחושת ויש מקום להסתפק האם ה'כסף' שבתורה פירושו מטילי כסף, מטבע של כסף, או מטבע שאינו של כסף (אות ד').
- לשיטת הרמב"ן התורה חייבה שהתורה תהיה במטבע הפחות של כסף, והיינו מעה (אות ה').
- לשיטת רש"י חכמים הם אלו ששיערו שכסף האמור בתורה הינו סף של תי מעות כסף (אות ו').
- התומים מפרש, ששיטת הרמב"ם היא שהחיוב של טענת שתי כסף הוא מדרבנן ומן התורה נשבעים על טענת שתי פרוטות (אות ח'). וניתן להציע שמן התורה הטענה היא גבוהה ורבנן חייבו שבועה אף בטענה פחותה של שתי כסף (אות ט') או ששיטת הרמב"ם היא מעין שיטת רש"י (אות י').
- עיין לקמן עמ' 427 ואילך לגבי שיעור ההודאה בפרוטה.

[993] וקצ"ע שהרי הרמב"ם בתחילת דבריו כתב באותו משפט "ויכפור בשתי מעין כסף...".

הודאה בפרוטה ושווי הפרוטה

הקדמה

א. במשנה בשבועות דף לח: (לעיל עמ׳ 419) נאמר, שהודאתו של מודה במקצת היא לכל הפחות ב׳שוה פרוטה׳[994]. הקושי הוא, שהמשנה דנה בדין תורה של מודה במקצת, ובתורה לא הוזכרו מטבעות של פרוטה (וכן לא מטבעות נחושת). קושי זה קיים גם בשיטת בית הלל שקידושי אשה הינם בפרוטה (משנה תחילת מסכת קידושין). ולפיכך צריך עיון מנין שההודאה היא לפחות בשוה פרוטה. הראשונים דנו על פרוטה בדין קידושי אשה, ומדבריהם ננסה להסיק על דין הודאה במקצת.

פרוטה – חצי שעורה מכסף – שיטת הרי״ף, רמב״ם והטור

ב. טור חו״מ תחילת סימן פ״ח:

> ושיעור הפרוטה כתב ר״ח ורב אלפס היא משקל חצי שעורה של כסף נקי[995].

על פי דרך זו ניתן לבאר שהשיעור של פרוטה שנאמר בהודאה במקצת ובקידושי אשה לשיטת בית הלל (משנה, תחילת מסכת קידושין), הינו ׳תרגום׳ של משקל חצי שעורת כסף, שהוא השיעור הקובע.

ולשיטתם המשקל הוא הקובע (ולא המטבע), ועל פי משקל חצי שעורת כסף

---

[994] עיין הערה 977.

[995] לגבי קידושין יש לחשוש שמא שוה פרוטה במדי (קידושין דף יב.) ויש לעיין, האם יש היום מקום בעולם בו יש משמעות לסך נמוך שכזה בו ניתן לקנות דבר מה בשוה פרוטה (שוה ערך 0.022 גרם כסף שערכם כ – 2 אג׳). בשנת 2007 המשכורת השנתית בזימבובאה היתה כ $200 לשנה כלומר 16.6 לחודש, ושמא שם יש משמעות לסך שכזה – ועיין הערות 977,991. ובהערה 1027 על דברי הסמ״ע.

נקבע סך הכסף בו מקדשים אשה (שהוא במציאות המוכרת שלנו שוה פרוטה, אבל לא הפרוטה היא הקובעת) ובמשקל זה נאמר דין מודה במקצת (ולא במטבע) וכדין פדיון הבן שיש לפדות במשקל חמישה סלעים של כסף[996], ועיין באבני מילואים סימן כ״ז ס״ק א׳ שהאריך בביאור שיטה זו[997], בשם הרי״ף בקידושין בדף ו.[998] מדפיו, והרמב״ם בפירוש המשנה[999].

ועל פי דרך זו, אם משתנה היחס בין מחיר הנחושת (שממנו עשויה הפרוטה) לבין מחיר חצי שעורת כסף, הדבר הקובע הוא שיעור חצי שעורת כסף, ולכן יתכן מצב בו הסך בו ניתן לקדש אשה יהיה שתי פרוטות נחושת או מחצית פרוטת נחושת וכדו׳, הכל על פי הערך של מחצית שעורת כסף (ועיין באבני מילואים הנ״ל).

ג. אמנם, אף על פי דרך זו, יש לעיין מנין לחכמים שהשיעור הקובע הוא משקל חצי שעורת כסף[1000], וצ״ע.

החזו״א בקונטרס השיעורים סימן ל״ט ס״ק ג׳ כתב, שהקב״ה מסר למשה ששיעור הפרוטה הוא על פי משקל שעורה בכסף צרוף[1001]. וטעם הדבר הוא:

---

[996] עיין ערוה״ש סימן ש״ה סעיף ט״ז ואילך, חזו״א חו״מ סימן ט״ז ס״ק א׳- ב׳.

[997] ובתחילה כתב שכסף של תורה הינו מטבע, ולאחר מכן כתב ששיטת הרי״ף והרמב״ם (והטור) היא ״דכסף דקרא הוא מתכת כסף... ופרוטה דנחושת נמי אינו אלא שוה כסף, ופרוטה דאמרי בית הלל היינו משקל חצי שעורה ושוה פרוטה היינו כל דבר ששוה משקל חצי שעורה כסף... ולפי״ז כסף דקרא היינו כסף ממש ולעולם בעינן משקל חצי שעורה או שוה משקל חצי שעורה ובין הוקר ובין הוזל אזלינן בתר שוה משקל חצי שעורה...״.

[998] הרי״ף שם כתב ש״פרוטה על פי השיעור הזה חצי חכה״ וכתב שם בשלטי הגיבורים אות ב׳: ״וכן פירש הטור שהוא חצי משקל שעורה״.

[999] וכ״כ הרמב״ם בפירוש המשנה בתחילת קידושין (׳חצי גרגר׳), ובפירוש המשנה לבכורות פרק ח׳ משנה ז׳ כתב הרמב״ם שקבלה איש מפי איש שהגרגר הוא משעורה.

[1000] עיין במאמרו של הרב חיים בניש בתחומין י״ט, שכסף של תורה הינו ״מטבע״ אבל הגאונים קיבעו את ערך המטבעות על פי משקל הכסף, כתקנה לדורות, כדי שבכל הגלויות ובכל סוגי המטבעות יהיה בסיס אחיד וידוע. אמנם שיטתו היא ודאי שלא כשיטת האבני מילואים שהוזכרה לעיל. ועיין דברי החזו״א לקמן.

[1001] ועיין בדבריו באבן העזר סימן קמ״ח בביאורו לגמ׳ קידושין דף יא ע״פ שיטת הריטב״א (עיין לקמן אות ה׳), ששיעור פרוטה הוא שיעור שאותו אנשים לא מוחלים או שהוא בכלל שיעורין הלל״מ. והסברו השני הינו כדבריו בקונ׳ השיעורים, ועל פי המבואר בקונ׳ השיעורים שיעור הפרוטה הוערך בשעורים.

דגם פרוטה שנמסרה בשיעורין נמסרה על משקל דבר טבעי שקיים לדורות. ואע״ג דהראה הקב״ה למשה מטבע ונתאמת לו אורך ורוחב של הפרוטה בכסף צרוף והיה השיעור שיעור אמיתי, מ״מ לדורות אי אפשר שיעור להשתמר[1002] וע״כ דניתן לחכמים לקבוע משקל הפרוטה ע״פ גרעין טבעי הקיים לדור דור... כשקבעו הגאונים שיעור פרוטה משקל חצי שעורה, הוא שיעור אמיתי קבוע לדורות כמו כל השיעורים... והלכך אף אם השעורה משתנית לחליפת הזמנים או לשינוי הארצות מ״מ שיעורן של הגאונים קיים, ושעורה קובעת את הפרוטה.

על פי החזו״א, הקב״ה הראה למשה מטבע העשוי נחושת והוא הנקרא 'פרוטה' (שיתכן שהיה בימי משהו ויתכן שלא היה)[1003], וכיון שמטבעות אינם משתמרים הגאונים קיבעו את השיעור על פי מידות טבעיות של שעורים שקיימים לעולם. וחישבו שהפרוטה שוה משקל חצי שעורת כסף. ולדורות, יש להתחשב רק בשיעור חצי שעורת כסף לפרוטה, ומחיר הפרוטה (כמטבע, וכנחושת) אינו מעלה ואינו מוריד. וטעם הדבר הוא, שכיון שידוע שמטבעות משתנים, מעיקרא הקב״ה מסר לחכמים לקבוע את השיעור לדורות על פי חכמתם, והם קיבעו את המחיר על פי משקל הכסף (ועיין לקמן בעמ' 445 בדברי הגר״א).

נמצא, שעל פי האמור באות ב' השיעור הבסיסי הוא משקל מחצית שעורת כסף ש'תורגם' לפרוטה. ואילו ע״פ החזו״א הבסיס הוא בפרוטה שהקב״ה הראה למשה שיש לה תרגום במשקל חצי שעורת כסף, ולדורות יש לילך אחר משקל השעורה ולא אחר הפרוטה. והמשותף לשתי הדעות הוא, שלעולם קיים שיעור קבוע המחייב לדורות.

<u>חֲצִי שְׂעוֹרַת כֶּסֶף וּפְרוּטָה בְּמוּדָה בְּמִקְצַת – עַל פִּי שִׁיטוֹת הָרִי״ף וְהָרַמְב״ם</u>

[1002] כלומר הקב״ה הראה למשה פרוטה ואת המקביל לפרוטה במשקל כסף, והגאונים נקטו לדורות את משקל הכסף כדבר הקובע – וכדלקמן.

[1003] ובחזו״א חו״מ סימן ט״ז ס״ק י״ז כתב: ״ואפשר דהיתה פרוטה של נחושת בימי משה״.

ד. האמור לעיל מובן ביחס לקידושי אשה בהם נאמר שהאשה מתקדשת בכסף, ומבואר בגמ׳ בתחילת מסכת קידושין שאלו קידושין של תורה. ושיעור הכסף עבור קידושין הוא לפחות שוה פרוטה, והיינו משקל חצי שעורת כסף (וכפי שהראה הקב״ה למשה, ע״פ דברי החזו״א הנ״ל).

אמנם, לגבי הודאה במקצת לא נאמר בתורה שההודאה צריכה להיות ב׳כסף׳ (ורק לגבי הטענה נאמר בתורה ׳כסף׳ והגמ׳ דרשה שהכוונה היא ל׳שתי כסף׳, וכנ״ל עמ׳ 420), ויש לעיין מנין למשנה שההודאה חייבת להיות בשיעור פרוטה (חצי שעורת כסף), ושמא אף הודאה בשיעור קטן מחצי שעורת כסף ג״כ מחייב שבועת מודה במקצת.

יתכן, שכשם שהטענה היא בכסף אף ההודאה היא בכסף, והשיעור הנמוך ביותר של כסף הוא ׳חצי שעורת כסף׳. אולם, יש לעיין מנין שההודאה היא בכסף. ועוד, כיון שמדובר במשקל ולא במטבע, מה היא החשיבות של משקל חצי שעורה על פני משקל של רבע שעורה ?

ונראה להציע, שהכרחי לומר שלהודאה יש שיעור של כסף הנמדד במטבעות. שהרי, הודאה המחייבת שבועת מודה במקצת היא הודאה ממין הטענה. וכיון שהתביעה היא במטבעות של ׳שתי מעות כסף׳, כפי שהוכח לעיל מדרשות הפסוקים (וכנ״ל עמ׳ 420) לא יתכן שההודאה עליה דיברה תורה היא הודאה במטיל מתכת, שא״כ זו הודאה שלא ממין הטענה. ועל כורחנו ההודאה חייבת להיות בכסף, וכיון ששיעור כסף הקטן ביותר שהראה הקב״ה למשה בסיני הוא פרוטת נחושת (חזו״א הנ״ל), נמצא שהכרחי שהשיעור הנמוך ביותר של הודאה הוא שיעור של מטבע והיינו פרוטה.

אמנם, הגאונים קיבעו לדורות ששיעור הפרוטה היא חצי שעורת כסף, אולם הודאה זו צריכה להיות נמדדת במטבעות, ולכן נקטה המשנה שההודאה היא ״בשוה פרוטה״. אמנם, אם תהיה מציאות בה שיעור המטבע הקטן ביותר יהיה פחות משיעור חצי שעורת כסף, ואדם יודה בו במקצת, לא יהיה חיוב שבועה, וצ״ע.

ה. משנה קידושין דף ב. – בדין קידושי אשה:

...בכסף. בית שמאי אומרים, בדינר ובשוה דינר, ובית הלל אומרים, בפרוטה ובשוה פרוטה[1004].

הריטב"א בחידושיו בדף יא: אף הוא מציין לשיטת ר"ח והרי"ף (לעיל אות ב'), לגבי שיעור הפרוטה:

ושיעור שני מעין ופרוטה לפי מה שכתבו רבינו יצחק ורבינו חננאל..., ופרוטה הוא משקל חצי שעורה של כסף נקי.

ולעיל (עיין אות ג' בסופה), הובאו השיטות שלדורות קיים שיעור קבוע המחייב. אולם הריטב"א בדף יא. (ובחלק מהמהדורות נדפס בדף ב.) כתב:

ובדין הוא דלא הוה להו לבית הלל למתני בפרוטה דהא בקרא כסף כתיב וסבירא להו לבית הלל דלאו כסף ממש, אלא ממון, דהיינו שוה פרוטה, וכיון דכן פרוטה עצמה שהיא של נחשת היינו שוה פרוטה עצמה ולאו כסף היא. אלא דאיידי דקתני בית שמאי אומרים בדינר דלא סגיא בלאו הכי כיון דקתני בכסף תנא נמי לבית הלל בפרוטה ובשוה פרוטה, אבל התם בפרק הזהב (ב"מ נ"ה א') דקתני חמש פרוטות הן לא קתני אלא האשה מתקדשת בשוה פרוטה.

'כסף' שנאמר בתורה (לגבי קידושי אשה) יכול להתפרש כמטיל כסף במשקל מסויים או כמטבע של כסף או באמצעי תשלום שאינו עשוי דוקא ממתכת של

[1004] בפשטות, השיעור הוא פרוטה, וניתן לתת את הפרוטה גם בשוה פרוטה. אמנם, עיין לעיל באות ב', בשיטה הסוברת שיסוד הדין אינה בפרוטה כי אם בשעורת כסף, ועל שיטתם ניתן לבאר שהמשנה נקטה את האופן המעשי המצוי של קידושין במטבעות ולא באה לקבוע כיצד נקבע השיעור. ועיין בדברי הריטב"א לקמן.

כסף. בית שמאי סוברים שקידושי אשה הינם במטבע (דינר) העשוי מכסף[1005]. ואילו בית הלל סוברים שאשה מתקדשת בפרוטה שהיא מנחושת, ופרוטה לא נזכרה בתורה. ולכן מבאר הריטב״א שלשיטתם, כסף האמור בתורה אינו מטבע של כסף ואינו מטיל מתכת העשוי מסף אלא ׳ממון׳. והיינו סך כלשהו שיש לו חשיבות של ׳ממון׳ ושיערו בית הלל שסך זה הינו פרוטה, אולם לא המטבע של פרוטה היא שעמדה כנגד עיניהם של בית הלל, כי אם השווי הממוני שיש לפרוטה (כח הקניה של הפרוטה וביחס למכלול הוצאות החיים וכדו׳), ולכן השיעור שקבעו בית שמאי הינו שיעור של ׳שוה פרוטה׳ שבאופן ׳מקרי׳ קיים גם מטבע נחושת של פרוטה.

ו. לשיטת הריטב״א יש לעיין מה היא המשמעות לדורות של קביעת בית הלל ש׳ממון׳ הינו שוה פרוטה. האם אחר שבית הלל קבעו את הפרוטה כסך המחייב לקידושין זאת אומרת, שפרוטה היא שיעור קבוע לדורות, אפילו אם שווי הפרוטה ישתנה. ולכאורה לפי שיטת הריטב״א, ה׳פרוטה׳ אין לה משמעות מהותית כי אם בשווי הממון שלה (כח קניה[1006] וכו׳), ולכן היה מקום לומר שלשיטת הריטב״א יש צורך שבכל דור ודור ימדדו את כל הקניה המקביל לכח הקניה של הפרוטה כפי שהיה בימי בית הלל[1007] – ועיין לקמן.

ז. אבני מילואים, סימן כ״ז ס״ק א׳:

[1005] ולשיטתם, כסף קידושין שנאמר בתורה מסתבר שהוא מטבע העשוי מכסף (או מטיל כסף במשקל מסויים המקביל לדינר כסף).

[1006] כח הקניה איננו המדד היחידי להשוואה בין זמנם לזמנינו, כיון שיש לבחון נקודות התייחסות נוספות, כגון מחירי שאר הסחורות, אחוז ההוצאה של מוצר מסויים ביחס לסל המוצרים הכללי, ועוד (עיין מדות ושיעורי תורה פרק כג סעיף ז-ח׳, תחומין כ״ג במאמרו של הרב יונתן אדלר).

[1007] החזו״א (לעיל אות. ג׳) כתב שלמשה הראו פרוטה, ולדורות קבעו חכמים שיעור של מחצית משקל שעורת כסף. והתעלמו מערך הפרוטה. ומכאן, שאף אליבא דהריטב״א היה ניתן לומר שאחר שנקבע הפרוטה, היא הקובעת ולא כח הקניה. אולם נראה שקיים חילוק, על פי שיטת החזו״א, מעיקרא הקב״ה הראה למשה פרוטה והיינו סוג של מטבע, שיש לו גם משמעות במשקל כסף. ואילו על פי הריטב״א, מעיקרא לא דובר על כסף כי אם על ׳ממון׳ והיינו כח קניה וכדו׳, ולכן יש מקום לומר שלדורות יש לשמר את כח הקניה, ועיין באבני מילואים ובחזו״א לקמן.

והריטב״א... ומשמע דכסף דקרא אינו מתכת כסף אלא ׳שם ממון׳ וכל מידי דחשוב היינו ממון, וליכא פרוטה כלל אלא שוה פרוטה, וא״כ אין לשער כלל במשקל חצי השעורה אלא במידי דחשוב ממון, ואם פחות מחצי שעורה הוא שוה טובא מדברים אחרים[1008], נמי ראוי להיות קידושין.

כלומר, לא השיעור של פרוטה ולא השיעור של משקל חצי שעורת כסף הוא הדבר הקבוע לדורות, אלא כח הקניה שיש לו חשיבות ממון[1009].

שִׁיטַת הַחָזוֹ״א בְּבִיאוּר דִּבְרֵי הָרִיטְבָ״א

ח. החזו״א באבעה״ז סימן קמ״ח בביאורו לגמ׳ בקידושין דף יא: אינו מקבל את הסברו של האבני מילואים בביאור הריטב״א, כיון שלא יתכן שאין שיעור קבוע לפרוטה, ועוד שאין הגדרה של כח הקניה ש׳שוה טובא׳ שעל פיו ניתן לקבוע שסך כלשהו הוא שוה ממון. ולכן לא יתכן שזו כוונת הריטב״א, ולכן מבאר החזו״א את דברי הריטב״א באופן שונה:

וכוונת הריטב״א ׳דכסף היינו ממון׳, רצונו לומר, דסתם כסף אינו משוער במטבע פחותה שיהיה שיעור זה דוקא, אלא ממון של כסף, ואם יתן לה מטבע כסף היינו דינר ויקנה לה בו אחד מקצ״ב[1010] ויקדשנה בפרוטה שנתן לה – מקודשת. ושיעור פרוטה דחשיב ממון הוא שיעור חכמים דפחות מזה לא חשיב ממון דמחלי בו אינשי אי נמי הוי בכלל שיעורין הלל״מ. ואי הוי כסף דוקא, נראה דצריך מטבע כסף, מיהו סגי שיקנה לה פרוטה ותחזיר לו השאר בכל מה שתחזיר, ושוה פרוטה דמרבינן היינו בין נסכא בין כל דבר[1011].

[1008] כלומר, שיש ׳כח קניה׳ בסך המקביל לרבע שעורה וכדו׳.

[1009] בגמ׳ נאמר שבדבר בו יש לחשוש שמא הוא שוה פרוטה במקום אחר, הקידושין תופסים לפחות מספק (קידושין דף יב. ועי״ש במפרשים ובפוסקים). ולפי זה, אם אנו באים לשער את כח הקניה בדורות אחרים, יש לבחון מה הוא כח הקניה אפילו במקומות רחוקים.

[1010] היחס בין דינר כסף לבין פרוטה הינו 192:1.

[1011] ועיין שו״ת שבט הלוי חלק ד׳ סימן קע״א.

כלומר, דברי הריטב"א 'כסף היינו ממון' אינם מתפרשים כ'כח קניה' וכדו' וכנ"ל אות ה' אלא שיש להעריך את הכסף במטבעות של כסף. הערכת ה'ממון' נעשית לעולם רק על ידי 'כסף' או על ידי 'מטבע של כסף'. ולכך יש שיעור קבוע של 'שוה פרוטה' הנ"ל, שנמדד ביחס של קצ"ב מדינר כסף. אמנם יש להעיר שלכאורה דברי החזו"א אינם מדוקדקים כ"כ בלשון הריטב"א שאילו זו היתה כוונת הריטב"א היה עליו לכתוב "ממון היינו כסף" ולא ההיפך, וקצ"ע.

שׁוה פרוטה במודה במקצת לשׁיטת הריטב"א

ט. דברי הפוסקים הנ"ל, הינם ביחס לקידושי אשה. ועל פי שיטת הריטב"א (על פי אבני מילואים, כנ"ל אות ז'), הודאה המחייבת שבועה את המודה במקצת היא אך ורק הודאה שיש בה שווי ממון (בכל דור ודור - עיין אות ו').

סיכום

י. העולה מהאמור לעיל:

- פרוטה היא מטבע נחושת, שלא הוזכר בתורה ואע"פ כן נאמרו בה שיעורים של תורה כמודה במקצת וקידושי אשה (אות א').
- שווי הפרוטה הוא משקל חצי שעורת כסף (אות ב'), ויתכן שהשיעור הוא במשקל כסף, וחכמים 'תרגמו' שיעור זה לפרוטת נחושת (אות ב').
- החזו"א מחדש, שהקב"ה הראה למשה פרוטת נחושת, ולדורות נקבע שיעור על פי משקל מחיר שעורה כסף (אות ג').
- בתורה לא נאמר שהודאה במקצת היא בשיעור כלשהו, ואע"פ כן הכרחי לומר שמדובר בשיעור של מטבעות כסף (אות ד').
- לשיטת הריטב"א על פי האבני מילואים, פרוטה מהווה כח קניה שיש לבדוק אותו בכל דור ודור (אות ה'-ז') ויש לה משמעות הן לקידושין והן להודאה במקצת (אות ט'). ולשיטת החזו"א הריטב"א סובר שפרוטה נמדדת בכסף (אות ח').

שינוי ערך מטבע האם משפיע על שיעורי תורה

הקדמה

א. [1012]מטבעות משתנים במשך הדורות[1013] וכח הקניה של מטבעות משתנה במשך הדורות ועל פי חילופי המקומות[1014]. ויש לעיין האם לשינויים אלו יש משמעות

[1012]בכל הענין עיין במדות ושיעורי תורה פרק כ"א ואילך ובמאמרו של הרב חיים בניש בתחומין י:ט. ועיין בתחומין כ"ג במאמרו של הרב יונתן אדלר, תחומין כ"ה במאמרו של הרב מתיתיהו ברויד, ובתחומין כ"ח במאמרו של הרה"ג שלמה דייכובסקי לגבי ערך הכתובה כיום. וע"ע שו"ת אג"מ יו"ד סימן קפ"ט ואילך, אבעה"ז חלק ד' סימן צ"א. ועיין גם בתפארת ישראל על המשנה בשבועות פרק ו' משנה א' בבועז אות א'. ואכמ"ל.

[1013]השינוי הינו בין מקום למקום ובין תקופה לתקופה וכו'. ועוד, שבמציאות שלנו ה'כסף' הינו בעיקר יחידת שווי ולא כסף בפועל, הן מכיון שהכסף אינו מחמת סוג המתכת ממנו הוא עשוי אלא מהווה דבר הסכמי על פי המוטבע עליו (או על השטר, וכתבו אחרונים ששטרות כסף שלנו נחשבים גופם ממון. ועיין חזו"א חו"מ סימן ט"ז אות כ"ו שכתב: "ולא אמרה תורה שט"ח אין גופו ממון אלא בהיותו בגדר הפרי איננו פרי, אבל בהיותו בגדר המטבע כבר הוחשב ערכו לעצמיות, גם י"ל דהו"ל גופו ממון מצד הנאת תשמישו... יש בהן דין שומרים ופודין בהן את ההקדשות ... והח"ס ז"ל הכריע כן בדין שומרים והניח בספק לענין פדיית בכור... ולפי המבואר אין חילוק...". ועיין פתחי חושן פקדון ושאלה פרק א' סעיף כ"א, קובץ הישר והטוב ה' עמ' מ"ה והערה 977.

[1014]חז"ל הוסיפו על המטבע (עיין בכורות דף נ.) וכדברי הרמב"ם פרק א' משקלים הלכה ב': "מנין כסף האמור בתורה באונס ובמפתה ובמוציא שם רע והורג עבד הוא כסף הוא שקל הנאמר בכל מקום בתורה, ומשקלו שלש מאות ועשרים שעורה, וכבר הוסיפו חכמים עליו ועשו משקלו כמשקל המטבע הנקרא סלע בזמן בית שני, וכמה הוא משקל הסלע שלש מאות וארבע ושמונים שעורה בינוניות" – ועיין במשנה בבכורות דף מט: . וכיון שחכמים ייספו את השקל מעתה יש לשלם סך גבוה יותר במשקל כסף. ובגמ' בבכורות דף נ. נאמר: "דתניא עשרים גרה השקל, למדנו לשקל שהוא עשרים גרה, ומנין שאם רצה להוסיף יוסיף, ת"ל 'יהיה', יכול יפחות - ת"ל 'הוא' ". ועיין בספר מדות ושיעורי תורה (מהד' תש"ס) פרק כ"א סעיף ג' ואילך. ועל פי דרך זו, כתב החכמת אדם בהלכות פדיון הבן סימן ק"נ שבמקומות מסויימים נתנו סך גדול יותר משקלי התורה. והטעם, כיון שהמטבעות במקומות שלהם היו גדולים יותר, ויש לתת מהמטבע הגדול שבכל דור (וכדבריו כתב באג"מ יו"ד סימן קפט ד"ה "וזה". ויסוד לסברא זו בשטמ"ק, ב"מ דף מ"ד ד"ה "נפקא מינה לפדיון הבן" בשם הרא"ש, שכתב "דמסתמא כשקצב המקום שיעור פדיון הבן, תלה הקצבה במטבע החשוב..."). ועיין מדות ושיעורי תורה הנ"ל הערה 25 (שציין להנ"ל) שאם אין מטבעות כסף, יש לתת כסף במשקל של חמשה סלעים שקל צורי הנ"ל.

ואמנם, היסוד על השקל נוגע רק לגביו, ואילו לגבי שאר המטבעות, הן נשארו כמו שהיו, ולכן מעתה יש בשקל/סלע יותר מעות ויותר פרוטות – עיין מידות ושיעורי תורה הנ"ל סעיף ו'.

והטעם בגינו הוסיפו על משקל המטבעות, לגבי פדיון הבן סובר החכמת אדם שחכמים היו חייבים להוסיף כיון שזה המטבע הגדול שבזמנם, אולם יש לעיין האם גם בשאר דינים בהם נאמרה חובת תשלום ב'כסף' יש להוסיף מטעם זה, וצ"ע.

ובאבי עזרי בפרק א' מהלכות שקלים הלכה ב' חלק על המהרי"ט אלגאזי שסובר שהתוספת היא רק בפדיון הבן, והוא עצמו סובר שהתוספת היא גם באונס ומפתה. והכלל הוא: "והטעם שדוקא במצוה שייך שהוספו אבל לא בחיובים שבין אדם לחבירו", עי"ש, ובשקל הקודש (ביאורו של הגר"ח קנייבסקי שליט"א לרמב"ם) הלכות שקלים פרק א' הלכה ב' בביאור ההלכה ד"ה "וכבר הוסיפו".

החזו"א בחו"מ סימן ט"ז ס"ק י"ד כתב שיש להסתפק האם ההוספה היא הסכמת חכמים או

ביחס לדיני תורה[1015]. כגון, האם דין מודה במקצת שדינו הוא בטענת שתי כסף (עמ׳ 420) מול הודאה בפרוטה[1016] תקף בשיעורים אלו אף אם יש שינויים בכח הקניה של המטבעות הללו. וכן האם מאתים זוז שנקבעו לכתובת אשה כדי שלא תהיה קלה בעיניו לגרשה, מהווים שיעור קבוע לדורות במציאות בה סך של מאתיים זוז אינו מהווה מחסום מפני גירושין וכו׳[1017].

ולגבי מודה במקצת, אף שבתי דינים לא נוהגים להשביע, יש משמעות לקביעת ערך הפרוטה ושתי הכסף, לגבי פדיון השבועה, כיון שבתי דינים קובעים תשלום עבור אי השבועה, ויש לדעת מה הוא השיעור של השבועה כדי לדעת האם יש צורך לחייב את המחוייב שבועה בתשלום עבור פדיון השבועה.

ואמנם השו״ע בחו״מ סימן פ״ח סעיף ו׳ פסק, ששבועת היסת משביעין אפילו על שוה פרוטה (כלומר אין צורך בטענת שתי כסף)[1018], ובטעם הדבר כתב הסמ״ע

שנובעת מהסכמת המלכות (ואם המלכות תפחית – יש להפחית גם את השער ההלכתי), והסיק שההוספה היא על פי חכמים, והוספה זו קיימת לעולם. ואף אם נאמר שחכמים הגדילו את המטבע בעקבות המלכות, הסמכות היא ביד חכמים ולא ביד המלכות, ועי״ש שדייק את דבריו גם מדברי הרמב״ם הנ״ל. אולם הוא לא ביאר מה היתה הסיבה בגינה החליטו חכמים להוסיף על המטבע.

[1015] ברור הדבר שביחס למצות צדקה והגדרת עני, השיעור שנאמר במשנה, אינו שיעור לדורות, אלא תלוי בכל מקום ובכל זמן. ועיין במאמרו של הרב עידו רכניץ בתחומין כ״ז.

[1016] יש לעיין האם נוכל לבחון שאלה זו על פי הטעם הבסיסי של רבא בדין מודה במקצת, שכיון שהודה במקצת הוכיח שרוצה להודות בכל רק אין בידו את כל הסכום והוא משתמט, האם הודאה בפחות מסך כלשהו עדיין מלמדת על רצונו להשתמט, או שהדבר כלל אינו תלוי בכך, והכל תלוי בשאלה האם הדבר מוגדר ממון.

[1017] אמנם, תוקף שאלה זו כהה אחר חרם דרבנו גרשום שאוסר גירושי אשה בעל כורחה.

[1018] בפסקי המשנה לבעל טהרת ישראל (הרבי ינובסקי) שנדפסו דבריו במשניות תפארת ישראל מהד׳ חורב במסכת שבועות פרק ו׳ משנה א׳ כתב, שהיו קהילות שתיקנו שאין להשביע היסת כי אם בטענה של שלשה זהוב פוליש, ובפחות מכך היו מטילין חרם ולא שבועה, ובהורדונא תיקנו שאין להשביע בפחות מעשרה זהובים (ולא כתב האם מחרימין), ועיין הערה 991.
וכתב בשו״ת אורח משפט חו״מ סימן ד׳: ״הגיעני יקרתו ע״ד השבועה והיא מילתא דתמיהא טובא, לנסע בשביל שבועה של עשרה פרנק, ומחזי כחוכא, וחלילה לזלזל כ״כ בכבוד התורה, אפילו המועטת דידן, ומה שהיה פ״א שהשתדלתי לאיים כדי לבטל רצון העומד לישבע, היה בסך הגון של כמה נאפ׳, וענין של יתומים, ולא בשביל כך נסעתי לפ״ת, רק הם השתמשו בהזדמנותי. ולפ״ד ראוי לגעור בזמן הזה במי שמתעקש שלא לקבל פשרה, ומזקיק עצמו או את חבירו לשבועה בשביל סך פעוט כזה. ובימים הקדמונים קבעו הקהילות שלא להשביע שבועת התורה, כ״א על עשרה זהובים, ולפי ערך הכספים בזמן הזה ופינוק הדיעות בעניני שבועה, ראוי להגדיל הסכום, וראוי להרחיבו גם על שבועה כעין שבועת תורה מפני חילול ד׳. וק״ו שאין להוסיף איומים שלא נהגו כלל כמבואר בד׳ האחרונים, ולע״ד ראוי לעשות בכה״ג פשרה גם שלא מדעת בע״ד, במקום שמבינים שכל תביעת השבועה אינה כ״א ניצוח בעלמא. ובזמה״ז דד״ת בטלים מה״ת משום דאנן הדיוטות אנן, לרוה״פ י״ל דעכ״פ דיני יושר נוהגים מה״ת מטעם דינים דב״נ

בס״ק ט׳, שכיון שחכמים תיקנו שבועה זו למנוע גזל, ממילא יש להשביע אפילו על שוה פרוטה. ויש מהראשונים שסוברים ששבועת היסת חלה אף במודה במקצת ששיעור תביעתו הינו שוה פרוטה והיינו פחות מטענת שתי כסף (עיין פירוש המשנה לרמב״ם, שבועות דף לח:, והו״ד במאירי)[1019]. אולם, גם לשיטה זו, ישנם בתי דינים שפודים שבועה דאורייתא בסכום גדול יותר משבועת היסת. ועוד שיש לקבוע את סכום הפרוטה, כיון שגם שבועת היסת אין משביעין בפחות משו״פ.

<u>שִׁיעוּר מִשְׁבַּעוֹת מִדִּין תּוֹרָה אוֹ הֶעֱרֵכַת חֲכָמִים, וְהַשְׁלָכָה לְדִין יְרִידַת עֶרֶךְ הַמִּשְׁבָּע</u>

ב. בדין ׳שתי כסף׳ שהוא סכום הטענה במודה במקצת, נחלקו ראשונים במקורו. לשיטת רש״י (עמ׳ 422) והרמב״ן (עמ׳ 422) במסכת שבועות דף לט: התורה עצמה קבעה ששיעור הטענה הוא בשני מטבעות של מעה כסף. ואילו לשיטת רש״י במסכת קידושין (עמ׳ 423) חכמים הם אלו שהעריכו שסך הכסף הוא שתי מעות כסף, ולדעת התומים מה״ת הטענה היא בשתי פרוטות, וחכמים הם אלו שקבעו שאין להישבע על טענה הפחותה משתי כסף (עמ׳ 424).

ומכאן, שלכאורה היה מקום לומר, שאם ננקוט שהשיעור של שתי מעות כסף הוא מן התורה, הרי זו גזרת הכתוב שכך הוא הסכום, אבל אם הסכום של שתי כסף הינו תקנת חכמים ששיערו שאין להשביע על טענה שאין לה חשיבות משמעותית, יתכן שכיון שתקנת חכמים יסודה בסברא, הרי שעל פי יסוד הסברא (שהוא כח הקניה וכדו׳) יש לשנות את שווי סכום הטענה על פי המקום והשעה.

ואם ננקוט שכסף האמור בתורה הוא משקל כסף ולא מטבעות כסף[1020], יש מקום לומר שמשקל זה אינו משתנה, ולעולם יש ללכת אחר המשקל של הכסף ללא

דלא גרעינן מינייהו, ובמקום שרואה הדיין שיש עיוות אשר ראוי לעשות למגדר מילתא בדרך שהדיעה הישרה, וכבוד שם השי״ת מחייב לפי מצב הדור״.

[1019] ולגבי שבועת השומרים, האם מחייבת טענת שתי כסף, כתב השו״ע בסימן פ״ח סעיף ה׳ שאין צריך שתי כסף, ואילו הרמ״א כתב בשם י״א שצריך שתי כסף.

[1020] עיין הערה 981.

התייחסות למחירו בשוק (עיין פרישה חו״מ סימן פ״ח ס״ק ב׳ בסוף דבריו שהעלה סברא זו, ועיין בנחלת שבעה באות ז׳)[1021].

ולגבי שווי הפרוטה, יש הסוברים (עמ׳ 427) שמעיקרא מדובר על משקל חצי שעורת כסף שחכמים תירגמו זאת למטבע של פרוטה. ואילו לשיטת החזו״א הפרוטה נאמרה למשה וחכמים קיבעו שיעור זה לדורות (עמ׳ 428). ולשיטת הריטב״א על פי שיטת האבני מילואים מעיקרא נקבעה פרוטה כביטוי לכח קניה (עמ׳ 433). ונמצא שעל פי שיטת הריטב״א יש פתח גדול לומר שיש לחשב את כח הקניה של הפרוטה בכל דור ובכל מקום, על פי כח הקניה שלו.

ג. בניגוד לדברינו לעיל, מדברי הצפנת פענח (פרק א׳ משקלים הלכה ג׳-ה׳, מכתבי תורה, מכתב רלג), עולה ההיפך. והיינו אם המטבעות נקבעו על פי בית דין, הרי זה שיעור קבוע לדורות, אבל אם המטבעות הינם דין התורה, יש מקום לומר שיש לקבוע על פי מטבע שבכל דור ודור[1022].

ד. נמצא, שלא נוכל להגיע לידי הכרעה האם שינוי המטבעות או שינוי כח הקניה משפיע על ההלכות השונות הנוגעות לכסף של תורה, כיון שעל פי כל אחת מהשיטות תהיה אפשרות להסביר לכאן או לכאן.

יתכן, שיש לבחון כל דין בפני עצמו. כגון, בקידושין שחכמים אמדו שדעת האשה שלא להסכים להתקדש בפחות משוה פרוטה, יתכן שבכל דור יש לבחון מה הוא הסכום בו אשה מסכימה להתקדש (עיין סמ״ע באות ז׳). ובסכום הכתובה שנקבע מאתים זוז, כדי שלא יהיה קל בעיניו לגרשה, לכאורה יש לקבוע את הסכום על פי הסכום שיש בכוחו להביא לידי תוצאה זו (ועיין שו״ת הריב״ש לקמן אות ה׳).

[1021] אא״כ נאמר שתורה קבעה את המחיר על פי הכסף, כיון שהוא היווה היסוד של של סחר החליפין בזמן התורה, וא״כ אף הוא עצמו מהווה כח קניה שיש למדוד על פיו, ויש להעריך את כח הקניה בכל דור ודור, וצ״ע.

[1022] עיין כתבי ר׳ יחיאל חלק א׳ עמ׳ רל״ג ובהערות שם (שהפנה למקורות הנ״ל), ספר מדות ושיעורי תורה, פרק כא סעיף ה׳ ובהערות שם.

<u>תשובת הריב"ש</u>

ה. בשו"ת הריב"ש סימן קנ"ג נשאל, כיצד תקנו חז"ל דבר מועט (מאתים זוז) לכתובת אשה, והרי המטרה היא שלא תהא קלה בעיניו לגרשה, וסכום מועט שכזה אינו מונע מאדם מלגרש את אשתו, והשיב להם הריב"ש:

> אתה שערת באנשי מיורקה, שעשיריה היו להם בתים מלאים כל טוב, אוצרות כסף וסחורה ומטמוני מסתרים, מרגליות ורוב פנינים, ומערות מלאות דינרי זהב. ואשר אין לו כל אלה, אף אם יהיו לו חפצים ותכשיטים ואלפי זהב, ואומנות נקייה להרויח בה פרנסתו והותר, נקרא עני.
>
> אבל תשער בתושבי הארץ הזאת, שאינם מספיקים ללחם צר ומים במשורה, ועל הארץ ישנים, או על שטיח עור, ובכסות יום מתכסים בלילה, ומלבושיהם טלאי על גב טלאי, ורובם הולכים יחפים. ובימי חז"ל כך היו[1023]...
>
> ושנינו במסכת פאה (פ"ח), מי שיש לו נ' זוז והוא נושא ונותן בהן, הרי זה לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני, לפי שאינו בגדר עני, וחמשים זוז הם חצי כתובת אלמנה.
>
> ותמה על עצמך, איך אשה מתקדשת בפרוטה, שיש בדינר קצ"ב פרוטות, והוא דבר מועט עד מאד, וגם ב"ד נזקקין לתביעת פרוטה, לפי שלא נתנה לימחל מן הסתם. וחכמים ז"ל קתנו כתובה לאשה לכלן בשוה, שלא לבייש את מי שאין לו, ושערו בעני, ואמרו, שאם רצה להוסיף אפילו מאה מנה, יוסיף. והעני, אם ירצה לגרש את אשתו, את כל אשר לו צריך ליתן....

מדברי הריב"ש שכתב "וחכמים ז"ל תקנו כתובה לכולם בשוה שלא לבייש..." נראה, שחכמים שתיקנו מאתים זוז לכתובת אשה ולא יותר, סברו שעני לא יתחתן אם ידרשו ממנו סכום גבוה יותר לצורך כתובת אשתו, הן כיון שהוא לא יהיה

[1023] עי"ש שציין לדוגמאות מפרנסותיהן של האמוראים, ועוד.

מוכן להתחייב סך גבוה יותר והן מצד האשה, שתאמר שהוא מתחייב בסכום שאין לו אפשרות לשלמו, וממילא אין ערך להתחייבות שלו[1024].

אף סך הפרוטה שבו אשה מתקדשת, והוא הסך הנמוך ביותר לגביו ניתן להגיש תביעה, מתבאר על רקע העניות שהיתה בזמן חז״ל, שסך של פרוטה היה סך שאנשים לא היו מוחלים אותו, ומכאן שאף בהודאה במקצת שהסך הנמוך שלה הוא פרוטה, הינו סכום אותו אנשים אינם רגילים למחול.

ואנשי מיורקה שהם עשירים, לגביהם נאמר ״אם רצה להוסיף... יוסיף״, כלומר אדם יכול להוסיף תוספת כתובה מעל הסך של מאתים זוז, ונראה שכיון שאדם יכול להוסיף מעל מאתיים זוז, אף הנשים יכולות לדרוש זאת, כדי שלא יהיה קל בעיני בעליהם לגרשן. ואף בקידושין, יכולה אשה לומר שהיא אינה מתרצה בפרוטה ויכולה לדרוש יותר מכך.

ו. אולם, בניגוד לקידושין וכתובה, בהם יש יכולת ביד האיש או האשה לקבוע יחדיו סך גבוה יותר. ישנם מקרים בהם הדבר הצדדים אינם יכולים ולעולם לא ירצו להגיע להסכמה. כגון, לגבי הסכום הנמוך ביותר לתביעה שהוא פרוטה (במציאות בה אנשים בדרך כלל מוחלים על סכומים הגבוהים מפרוטה אבל תובע זה מתעקש לתבוע סכום נמוך). וכן במציאות דומה במודה במקצת שכל צד טוען את טענתו, והנתבע מודה בפרוטה (במקום רוב האנשים מוחלים על פרוטה), ואף תביעה של ׳שתי כסף׳ אין לה חשיבות ממונית מרובה. יש לעיין האם במקרה זה על בית דין מוטלת חובה לקבוע מה הוא שיעור התביעה, ועל כך לא כתב הריב״ש, וצ״ע מה היא דעתו במקרה זה.

[1024] ניתן להבין את המציאות הזו, על פי גלגוליה השונים של הכתובה כמבואר בגמ׳ בכתובות בדף פב:, שמעיקרא הבעל היה מוציא את סך הכתובה מכיסו בשעת הנישואין ונותן ליד האשה, עי״ש. ובמציאות שכזו לא אדם עני לא היה יכל לשאת אשה אילו הסכום היה גבוה ממאתים זוז. ואף אחר שהפכו את הכתובה לחוב שמועד פרעונו הוא בשעת הגירושין (באלמנות, אחר מותו), עני לא היה מתחייב סכום אינו עומד בו, וכמבואר בפנים. אמנם כיום ישנם הכותבים סכומים מוגזמים בכתובות שאין להם יכולת לפרוע אותם, אבל נראה שכיום (מסיבות שונות) אנשים אינם מייחסים משמעות רבה לסכום הכתוב בכתובה, כיון שחושבים (פעמים בצדק) שבשעת הגירושין בין כך יגיעו להסכם ממוני.

וכן יש לעיין לאידך גיסא, והיינו במקום בו אנשים עניים יותר מזמן הגמ׳, ואינם מוחלים על פרוטה, ושיעור מאתיים זוז הינו שיעור גבוה אף לעני, האם יש לשנות את סכום הכתובה וסך הקידושין או הסכום לגביו יושב בית דין, וצ״ע.

שִׁיטַת הַסמ״ע, שַׁ״ךְ, נַחֲלַת שִׁבְעָה

ז. הסמ״ע בחו״מ סימן פ״ח ס״ק ב׳ מחשב את ערך חמשת הסלעים של פדיון הבן, ואת ערך הפרוטה, על פי מטבעות זמנו:

> ...נמצא ה׳ סלעים... נמצא דשיעור פרוטה יהיה שמינית מ״פעניק ווינר וליטוויש״. וקצת קשה לומר כן, דשמינית מפעניק יחשב ממון לקדש בו את האשה ולהיות הדיינים נזקקים לו.
> ואפשר לומר שבימיהן היו הפירות והקנינים בזול ובעד פרוטה היו קונים הרבה פירות ולכך היתה הפרוטה חשובה כממון, ולפ״ז בזמנינו דאין יכולין לקנות בפרוטה כי אם מעט מזעיר[1025], מן הדין הוה לן למימר דאין קידושי אשה סגי בפרוטה ולא פדיון הבן בשני זהובים, צ״ע.

הסמ״ע אינו מציע מה הוא השיעור הנכון לקידושי אשה ולפדיון הבן (ולשיעור תביעה והודאה במקצת) במקומו ובשעתו[1026], ומכל מקום מדבריו עולה במפורש שיש לחשב את הפרוטה, באופן שתהיה לה חשיבות של ׳ממון׳. אמנם בעל הנחלת שבעה בסימן י״ב אות ז׳ חלק על דבריו:

[1025] עיין בדברי ערוך השלחן באות יג. ובהערה 977.

[1026] וכמו כן הסמ״ע אינו נכנס לברר את הספקות שהעלנו באות ב׳, ואולי טעמו הוא על פי דברינו באות ד׳. ועיין בשיעורי ר׳ שמואל רוזובסקי, קידושין דף ב. ס״ק י״ד, שכתב שהסמ״ע סובר שהכל תלוי במשקל חצי שעורת כסף, וכיום שניתן לקנות בכך רק ׳מעט מזעיר׳ סך זה איבד חשיבות ממון, ולכן לא די שיש בסך זה שיעור פרוטה, ועי״ש בדבריו. ועיין בקונטרסי השיעורים, לקמן אות יד. ועיין גם חזו״א חו״מ סימן ט״ז, לגבי תשלום כסף ושינוי ערכו בנזיקין האם החיוב הוא על פי המטבעות או על פי משקל הכסף.

> אבל אין קושיית הסמ״ע קושיא... לאו ביוקרא וזולא תליא מילתא, דאטו אם הקנינים בזול עד שנוכל לקנות הרבה בחצי פרוטה יקדש אשה בחצי פרוטה.
>
> ועל כרחך אין נפקותא כלל אם לזול אם ליוקר, רק הפרוטה לקדושין צריך להיות משקל חצי שעורה כסף נקי... במעה כסף שלושים ושתים פרוטות, ומעה כסף הוא ששה עשר גרעיני שעורים נמצא שהפרוטה הוא חצי שעורה כסף נקי, וא״כ אף אם עכשיו אין הקנינים בזול אין נפקותא בזה[1027].

לדעת הנחלת שבעה, יש לחשב את הפרוטה ואת המעה על פי משקל כסף צרוף, בלי להתייחס לכח הקניה שלהם, ולכן העובדה שכח הקניה שלהם שונה ממה שהיה בזמנם, אין לו שום השפעה, ולשיטתו אם המציאות היא שפרוטה אין לה שווי של משקל מחצית שעורה, אין לקדש בה אשה, כי משקל חצי שעורה הוא הקובע.

אמנם יש להעיר על דברי הנחלת שבעה, שהסמ״ע עצמו בפרישה בסימן פ״ח ס״ק ב׳ העלה את האפשרות שיש לחשב במשקל, ואילו בדבריו בסמ״ע הוא אינו מביא אפשרות זו, משמע שלא קיבל אותה להלכה.

ונמצא, מחלוקת הסמ״ע והנחלת שבעה יסודה בשאלה האם פרוטה, מעת כסף, סלעים של פדיון הבן וכו׳, נמדדים על פי ערך הקניה שלהם (סמ״ע), או על פי משקלם בכסף (נחלת שבעה).

ח. ש״ך יו״ד סימן ש״ה ס״ק א׳:

[1027] ועוד כתב שם, שאפילו אם נאמר כדברי הסמ״ע, עדיין יש לחוש שמא שוה פרוטה במדי (עיין קידושין דף יב., שמי מקדש אשה בדבר שאין לו שווי פרוטה, יש מקום לחשוש לקידושיו שמא שוה פרוטה במדי, ועיין הערה 995. ועי״ש שכתב שאם קידש בכסף שמשקלו פחות מחצי שעורה, אין לחוש לקידושיו כיון שהכל תלוי במשקל.

ובסמ״ע סי׳ פ״ח כתב... עכ״ל. ותמהני נהי דהל״ל דאין קדושי אשה סגי בפרוטה מ״מ אמאי לא תיסגי פדיון הבן בשני זהובים דהא ממון חשוב הוא... ולכתחלה טוב לצאת ידי כולם[1028].

הש״ך נוקט כשיטת הסמ״ע שיש לחשב את כח הקניה, אולם בניגוד לסמ״ע שמשמע ממנו שיש להשוות את כח הקניה של הפרוטה ושל סלעי פדיון הבן לכח הקניה שהיה בזמנם, הש״ך סובר שאין חיוב להשוות את כח הקניה, רק יש צורך שיהיה חשיבות בדבר. ולכן, בפרוטה שאין לה חשיבות הוא מקבל את דברי הסמ״ע, ואילו בפדיון הבן, שערכם של הסלעים נמוך מערכם של הסלעים בזמן חז״ל, אין הכרח להשוות את המידות, כיון שיש להם ערך גם כיום.

ט. **אמנם, הנחלת שבעה (לעיל אות ז׳) שסובר שיש למדוד את השיעורים על פי משקל חולק על הש״ך בדין פדיון הבן, כיון שלשיטתו יש לפדות במשקל כסף שהיה בזמנם:**

וכן מה שכתב (בש״ך) דשני זהובים ממון חשוב הוא[1029] נמי לאו כלום הוא, דהרי צריך עכ״פ חמשה סלעים כסף נקי, ועכשיו אין שני זהובים שוים חמשת סלעים כמו שכתבתי.

י. **העולה משיטות הסמ״ע, ש״ך והנחלת שבעה:**

- **לשיטת הסמ״ע, פרוטה וסלעי פדיון הבן, יש מקום לחשב אותם על פי כח**

[1028] השו״ע ביו״ד סימן רצ״ד סעיף ו׳ כתב שפירות רבעי יש לפדותן על שווה פרוטה שהוא אחד מל״ב מעת כסף. והרמ״א שם כתב: ״ומטבע הרגילה במדינות אלו, החצי וי״נר, הוא יותר משוה פרוטה פודין עליו (תה״ד סי׳ קצ״ב)״. והש״ך בס״ק ט״ז תמה שחצי וינ״ר הוא יותר משוה פרוטה, על פי החשבון שהרמ״א עצמו כתב בתחילת סימן ש״ה, וממנו עולה ששמינית וינ״ר היא שות פרוטה. ויישב הש״ך: ״אלא שלפי שאין מטבע קטנה מחצי ווינר לכך כתב דאם פדה בחצי ווינר סגי עכ״פ שהיא עכ״פ יותר משוה פרוטה ולפ״ז כשפודה במה ששוה פרוטה ולא במטבע ממש סגי שיהא שוה שמינית מווינר אי נמי לפי מה שכתב הסמ״ע שם דבזמנינו זה שאין יכולין לקנות בפרוטה כי אם מעט מזעיר יש לומר דלא סגי בפרוטה לכך צריך כאן שיהא שוה חצי ווינר וע״ל ר״ס ש״. כלומר, על פי הסברו השני של הש״ך, אף הרמ״א מודה שיש צורך להתחשב בכח הקניה של הפרוטה. אולם גבי פדיון הבן אין צורך לחשב את כח הקניה על פי מה שהיה בזמנם, כיון שדי בכח קניה בעל משמעות אף אם אינו בעל אותו כח קניה כמו שהיה בזמנם, אולם הפרוטה שאין לה כח קניה כלל, אי אפשר לקדש בה אשה, וכמבואר בדבריו בסימן ש״ה.

[1029] ולכן די בהם כדי לקיים מצות פדיון הבן.

הקניה של התקופה, אולם הוא לא הכריע, ושאר בצ״ע.

- הש״ך מודה לסמ״ע בקידושין[1030] כיון שלפרוטה אין כח קניה כלל, ואילו בפדיון הבן שיש ערך לזהובים, ניתן לפדות בהם אף שערכם אינם כערך הסלעים שבזמנם.
- לשיטת הנחלת שבעה, הפרוטה נמדדת במשקל חצי שעורת כסף (ללא תלות בערך הקניה), ופדיון הבן יש לבצע על פי משקל הכסף שהיה בזמנם.

יא. הפוסקים הנ״ל, לא התייחסו לדין מודה במקצת שדין המשנה הוא שהטענה היא בשתי כסף וההודאה בפרוטה (עמ׳ 420) . ונראה להסיק מדבריהם (על פי ההנחה שאין דין מיוחד במודה במקצת שבגללו יש לשנות את הכללים):

- על פי הסמ״ע, יש להעריך את השווי על פי כח הקניה הנהוג כיום.
- על פי הש״ך, יש צורך להעריך על פי השווי שקיים היום רק במקרה בו אין כלל כח קניה, ולכן יש להעריך את כח הקניה של הפרוטה (כיון שכיום אין לה ערך), ושתי מעות כסף אם יש להם משמעות ממונית אין צורך להעריכם מחדש[1031].
- לשיטת הנחלת שבעה, הכל תלוי במשקל הכסף, והטענה וההודאה הם כפי משקל הכסף שקבעו חז״ל.

שִׁיטַת הגר״א וְעֵרוּךְ הַשֻּׁלְחָן

יב. ביאור הגר״א יו״ד סימן ש״ה ס״ק ד׳:

[1030] ובפדיון נטע רבעי – על פי הסברו השני ביו״ד סימן רצ״ד ס״ק ט״ז, לעיל הערה 1028.

[1031] אא״כ יווצר מצב בו הפרוטה המוערכת מחדש יהיה ערכה גדול יותר מסך של שתי כסף, ויתכן שזו היא המציאות כיום, על פי המבואר בהערה 977, שערך שתי המעות הוא נמוך מאד, ויתכן שכשיבואו להעריך את הפרוטה ערכה יהיה כשווי השתי כסף, וצ״ע.

צריך לידע שאין משתנה שיעור הפרוטות וכל המטבעות מימות משה... ושקלו הגאונים הפרוטה ומצאו ששוקל חצי שעורה... וכתבו הגאונים שכל זה כסף צרוף מזוקק[1032].

מדברי הגר"א אין הכרעה לדורות האם יש ללכת אחר פרוטת הנחושת או אחר משקל מחצית שעורת כסף (והאם בימי הגאונים כח הקניה של הפרוטה היה כמו בימות משה), אבל ברור מדבריו שאין להעריך אותם על פי כח הקניה כיום, ועיין דברי החזו"א בעמ' 429.

יג. קרקע נקנית בכסף, ולפחות בשוה פרוטה, וכתב על כך בערוך השולחן, חו"מ סימן ק"צ סעיף ב':

ודע דפרוטה הוי חשיבות מקום[1033] בכל מקום ובכל זמן דכל שיעורי חז"ל נתקבלו איש מפי איש עד מרע"ה שקבלה מפי הקב"ה מסיני והרי גם עתה אנו רואים ברוב הישוב שבעד פרוטה יקנו כזית לחם או בצל או או מחט וכיוצא בזה דלא כיש מי שמפקפק בזה.

ונכפלו הדברים בערוה"ש אבהע"ז סימן כ"ז סעיף ג', בדין קידושי אשה בכסף:

וכן יש שמפקפק לומר דבזמה"ז אין חשיבות בפרוטה כלל וכבר בארנו בח"מ סי' ק"צ שחלילה לומר כן וכל שיעורי חז"ל קבלו עד למשה מסיני וגם עתה יש קצת חשיבות בפרוטה כמ"ש שם [ובמטבע כתב גם הא"מ כמ"ש, והמקנה בס"נ נדחק בזה ואין שום טעם לזה].

מדבריו עולה, שאף שעתה כח הקניה של הפרוטה קטן ממה שהיה פעם (וכדבריו: "וגם עתה יש קצת חשיבות בפרוטה" – משמע שפעם היתה חשיבות

[1032] ועי"ש בחשבון הכסף, ובסיבת התייקרות הכסף (עקב העירבוב בנחושת). ובתפארת ישראל שבועות פרק ו' משנה א', בועז ס"ק א' כתב, שבכל מקום בו הכסף מרובה מהמאכלים - המאכלים ביוקר, וזו הסיבה שישיבת כרכים קשה, ואילו במקום בו הכסף מועט והמאכלים מרובים, המאכלים זולים, וכיום נתרבה הכסף בעולם כיון שחופרים אותו מ"תחת למעמקי ארץ" ולכן לא נחשב כמאכלים בזמן הקודם.

[1033] קצ"ע.

גדולה יותר), סוף סוף יש לפרוטה כח קניה ולכן די בפרוטה כדי לקדש אשה או לקנות בה קרקע.

אף הסמ״ע (לעיל אות ז׳) כתב שיש בפרוטה כח קניה אולם הוא ״מעט מזעיר״, ולפיכך כתב שסכום זה אי אפשר לקדש בו את האשה. אולם לשיטת ערוה״ש העובדה שניתן לקנות דבר מה בפרוטה די בה כדי להשאיר את דין קידושי אשה וקנין קרקע בכסף על כנו.

יתכן, שהמחלוקת בין הסמ״ע לערוה״ש היא האם אותו סך של ׳מעט מזעיר׳ יש בו כדי להשאיר את דין קידושי אשה כפי שהיה בזמנם[1034]. אולם נראה לשיטת ערוך השלחן, גם אם תהיה מציאות בה לא יוכלו לקנות שום דבר בפרוטה, הדין לא ישתנה כי מדובר על שיעורים קבועים לדורות, והראיה שהביא ערוה״ש מיכולת הקניה בפרוטה אינה עיקר טעמו, ונמצא שדבריו כדברי הגר״א.

יד. ובטעם שיטה זו כתב בספר קונטרסי השיעורים למסכת קידושין עמ׳ 32:

> וכוונת הסמ״ע[1035] אינה להסתפק בהלכה זו רק להקשות בגדר קושיא בהבנת הענין[1036], איך דבר קטן כזה יחשב ממון לקדש אשה או להשביע עליו...
>
> ובישוב קושיית הסמ״ע צ״ל שאה״נ דעיקר החשיבות של כסף תלוי בימי משה, דכיון שבימי משה היה זה שיעור כסף חשוב לא נתבטלה ממנו חשיבות זו בכל הדורות וגם בזמנינו אע״פ שהוא דבר מועט מ״מ אשה מתקדשת בו, וכן חשוב הוא להשביע עליו[1037].

[1034] בהנחה, שכח הקניה עליו מדבר ערוה״ש הוא כח הקניה עליו דן הסמ״ע, וצ״ע.
[1035] לעיל אות ז׳.
[1036] עי״ש שהאריך לבאר שאף הראשונים ידעו מירידת ערך, ולא כתבו שיש לשנות את הדין.
[1037] שבועת מודה במקצת.

ודוגמא לזה[1038] מצינו בהלכות שבת דתליא במשכן וכל מלאכה שהיתה חשובה במשכן או בזמן המשכן אע״פ שאינה חשובה בזמנינו אפי״ה מקרי אב והכא נמי פרוטה גם בזמנינו כיון שהיתה חשובה בימי משה...

אמנם, מדבריו אין הוכחה חותכת האם הדבר הקובע הוא משקל הכסף או ערך הפרוטה, וצ״ע.

סיכום

טו. העולה מהאמור לעיל, וההשלכה לדין מודה במקצת:

- יש לדון האם שינוי כח הקניה של המטבעות משפיע על דיני התורה התלויים בהם, ויתכן שהדבר תלוי בטעמם של חז״ל בקביעת השיעורים, והאם השיעורים הם מה״ת או קביעת חכמים, והאם חכמים תלו דבריהם בממון או במשקל הכסף (אות א׳- ד׳).
- לשיטת הריב״ש, חכמים קבעו שיעור כתובה על פי עני שבישראל (אות ה׳), אבל לא נוכל להסיק מדבריו לגבי דין מודה במקצת (אות ו׳).
- עיין לעיל אות יא מה היא המסקנה הנובעת לדין מודה במקצת, משיטות הסמ״ע, נחלת שבעה והש״ך.
- על פי שיטת הגר״א וערוה״ש, דין פרוטה ושתי כסף של מודה במקצת לא השתנה, אולם יש לעיין האם הדבר תלוי במחיר הפרוטה או במחיר משקל חצי שעורת כסף.

[1038] נראה, שיש לדייק שאין זו הוכחה חותכת אלא דוגמא, שהרי ניתן למצוא חילוק בין הלכות שבת ובין הנידון שלפנינו, ולגבי הלכות שבת עיין בספר מערכי לב עמ׳ שד״מ, ואכמ״ל.

דברים שאין נשבעין עליהם – קרקעות, עבדים ושטרות

עיקר הדין / שיטת הגאונים בקרקעות בחו"ל

א. בשלשה מקרים חייבה תורה שבועה, מודה במקצת, שומרים ומי שעד אחד מעיד כנגדו (עיין בהרחבה בעמ' 8 ואילך). אם הנתבע יודה ולא ישבע, יזכה התובע בדינו והנתבע ישלם. ואם הנתבע ישבע, יתקבלו דבריו והוא פטור מלשלם. אולם לא בכל דבר נאמר דין שבועה, כמפורש במשנה במסכת שבועות דף מב: :

ואלו דברים שאין נשבעין[1039] עליהן[1040], העבדים[1041], והשטרות[1042], והקרקעות[1043], וההקדשות, אין בהן תשלומי כפל ולא תשלומי ארבעה וחמשה, שומר חנם אינו נשבע, נושא שכר אינו משלם[1044].

[1039] וכיון שלא נשבעין פטור הנתבע. כמבואר בדברי הרמב"ם בפרק ה' מהלכות טוען ונטען הלכה א': "אע"פ שהודה במקצת או שיש עליו עד אחד או ששמר וטען טענת השומרין הרי זה פטור".

[1040] ואף אין בהם אונאה – משנה ב"מ פרק ד' משנה ט' (והלימוד הוא מאותו פסוק שממנו למדים מיעוט שבועה) ועיין תוי"ט שם ובהפנייתו לתוס' ב"ק דף סג. ד"ה "למה לי" שביאר את דרך הלימוד מהפסוק שיובא לקמן, שהיה ניתן ללמוד מריבוי ומיעוט של "כל".

[1041] בפשטות מדובר בעבד כנעני. אולם עיין שו"ע חו"מ סימן רכ"ז סעיף ל"ג שכתב שבשכירות פועל (שכיר יום ולא בקבלנות) אין דין אונאה. וכתבו שם המפרשים, שכיון שהשכיר את עצמו הרי הוא כעבד כנעני שהוקש לקרקעות (ודין אונאה ודין שבועה נלמדו מאותו פסוק), ונמצא שאף בעבד עברי אין דין שבועה, וציין לכך התפארת ישראל בשבועות פרק ו' משנה ה' אות לז. ומכאן, שמי שיש בינו לבין הפועל מחלוקת האם שכרו ליום או ליומים, אין במקרה זה דין שבועת התורה.

[1042] בהגהות אושרי בכתובות פרק ט' אות כ"ד (ובמרדכי כתובות אות רכ"ז) הקשה מדוע יש צורך למעט שטרות משבועה, והרי כל שטר יש בו שיעבוד קרקעות, וא"כ בשעה שנפטרו קרקעות משבועה, ממילא נפטרו גם שטרות. ויישב שמדובר במקרה בו "כתב בפירוש בשטר שמחל לו שיעבוד, רק שיגבה מן המטלטלין" ובחידושי הרי"מ בכתובות דף פז: יישב את הקושיא באופן אחר, שאכן שבמקרה של שטר שיש בו שיעבוד קרקעות אין צורך למעט שטרות (כגון במקרה של 'סלעים דינרין' שבגמ' בב"מ דף ד: שבו היה שטר הלואה שכתוב בו 'סלעים' ולא נכתב סך הסלעים, והמלוה אומר שהלוה חמישה סלעים והלוה אומר שלוה שלשה, שלמרות שמדובר בהודאה במקצת, אין חיוב שבועה כיון שמדובר על שיעבוד קרקעות), אבל במקרה של פקדון שהמפקיד "תובע להחזיר לו שטרות שעל אחרים, אין דנין על השעבוד קרקעות כלל רק על חזרת השטר ששוה כסף כשאר מטלטלין לכך צריך מיעוט משום דאין גופן ממון רק גורם".
ועוד כתב בהגהות אושרי הנ"ל: "ועוד הקשה ר"י, לעולא דאמר בסוף גט פשוט, דשיעבודא דאורייתא, קשה היאך נשבע מודה במקצת, הא כפירת שיעבוד קרקעות הוא. ויש לומר כשאין קרקע ללוה הוא". ונראה שתירוץ זה מועיל אף להלואה בשטר כשאין ללוה קרקע, ועיין בתוס' בב"מ דף ד: ד"ה "אין נשבעין' (הראשון) שהרחיב בענין זה וכתב שלמ"ד דאוריתא, חכמים

ובגמ׳ בדף מג. מבואר מקור הדין:

> מנא הני מילי, דת״ר ׳כי יתן איש אל רעהו׳ (שמות כ״ב ו׳) כלל, כסף או כלים פרט, לשמור חזר וכלל, כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט, מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המטלטל וגופו ממון. יצאו קרקעות שאין מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות[1045], יצאו שטרות שאף על פי שמטלטלין אין גופן ממון. הקדש, רעהו כתיב[1046].

ב. הגמ׳ אינה מבארת האם בנוסף לגזרת הכתוב קיימת סברא מדוע אין חובת שבועה במקרים אלו. על פי סברא לא נראה לחלק בין שבועה במטלטלין, לבין שבועה בקרקעות וכו׳, שהרי הבירור שיכול להתבצע באמצעות השבועה במטלטלין, יכול להועיל אף בקרקעות וכו׳. ואמנם אף אם טעם הדין אינו מבורר, יש לעיין האם קיים דבר משותף בין הדברים שאין נשבעין עליהם, ותחילה נקדים את שיטת הגאונים לגבי קרקעות שבחו״ל.

ג. טור חו״מ סימן צ״ה:

הפקיעו את השיעבוד במלוה על פה, והרי זו כמחילה של המלוה על שיעבוד הקרקע.
עוד יתכן לישב על פי הגמ׳ בכתובות דף סז. שבערביא סומכים על גמלים וכו׳, ובפשטות נראה שבמקומות אלו הקרקע אינה משתעבדת כי המלוה סומך על גמלים וכו׳, ובמציאות זו יש לחדש שאין נשבעין על שטרות למרות שאין בהם שיעבוד קרקעות, וצ״ע.

[1043] בפשטות, אף עציץ נקוב, בכלל.

[1044] נחלקו ראשונים בסוגייתנו האם פטור מלשלם רק קנסות או גם את הממון עצמו. אבל ברור שאם לא מדובר בפשיעה כי אם במזיק בידים (כגון: שומר שקיבל חפץ לשמור ושברו), שחייב לשלם.
ועיין בחקירתו של הברכת שמואל בב״ק סימן ל״ב, האם לא קיים חיוב שמירה ולכן לא נשבעין, או שקיים חיוב שמירה רק נאמן בדיבור, או שהכפירה אינה נחשבת כפירה ולכן פטור משבועה.

[1045] תורה תמימה, שמות פרק כ״ב פס׳ ז׳ אות ע״ב: ״ויש לומר עוד טעם בזה שאין נשבעין על העבדים, משום דבאנשים בכלל לא שייך שמירה מעולה כמו בחפצים, ולכן לא סמכה דעת המפקיד״. וסברתו מועילה רק בשומרים, ואינה מועילה למודה במקצת ולכפירה כנגד עד אחד.

[1046] עיין מכילתא, שמות פרק כ״ב פס׳ ח׳ שדרשה את הדין מהפסוק ״על כל דבר פשע על שור... מה הפרט מפורש בנכסים מטלטלין שאין להם אחריות אף אין לי אלא הכלל המפורש נכסים מטלטלים שאין להם אחריות״ וכתב שם בתורה והמצוה (המלבי״ם), שניתן ללמוד מכאן למעט קרקעות, עבדים ושטרות, עי״ש.

> יש גאונים שכתבו, מה שאין נשבעין על קרקעות, דוקא בארץ ישראל, אבל בחוצה לארץ נשבעין עליהן מן התורה, שחשובין עליהן כמטלטלין[1047]...

ונראה לבאר, בארץ ישראל קרקעות אינם עומדות למכירה, וביובל קרקעות אמורות לחזור לבעליהם. ועוד שאין אדם רשאי למכור שדהו אלא מתוך דוחק (רש"י, ויקרא, כ"ה, כ"ה) לעומת זאת בחו"ל אין מיגבלה על מכירת קרקעות, והמכירה יכולה להיות לצמיתות, וניתן לקנות ולמכור קרקעות כמו מטלטלין.

ולכן סוברים הגאונים, שהדין הוא שאין נשבעין על הקרקעות תקף אך ורק בארץ ישראל, שהקרקע איננה נמכרת, אבל בחו"ל שמכירת קרקעות הינה כמכירת מטלטלין, נשבעין על הקרקעות כמו על מטלטלין[1048].

שיטת הגאונים נדחתה להלכה, והשו"ע בחו"מ סימן צ"ה סעיף א' פסק שנשבעין על קרקעות אפילו בחו"ל.

ד. אף ששיטת הגאונים נדחתה להלכה[1049], נראה שנוכל להסיק ממנה לגבי המשותף בין קרקעות, שטרות ועבדים.

כנ"ל (אות ג') קרקע אינה מיועדת למכירה חלוטה[1050]. עבדים הוקשו לקרקעות, וההיקש הוא מלשון הפסוק: "והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה לעולם בהם תעבודו" (ויקרא, כ"ה מ"ו), והמשחרר את עבדו עובר על עשה של

[1047] ובב"י ציין למקור הדין בספר התרומות שער ז', ח"ב סימן י"ג, בתשובת הראב"ד, והראב"ד עצמו חולק. ועי"ש האם לשיטת הגאונים יש להסיק מכאן לדין אונאה, ועיין מש"כ בשו"ת בעי חיי חו"מ סימן קנ"ג.

[1048] בספר משפט שלום, חו"מ סימן רכ"ז ס"ק כ"ט כתב, שנראה לו ש"בזמן הזה שניתן חופשי לישראל לקנות שדות [בחו"ל], ובעוה"ר הגלות נמשך ויצאו מה שיצאו, גם הגאונים מודים דהוי קרקעות לגבי אונאה ושבועה". ונראה שסברתו היא, שבחו"ל לא היו קונים קרקעות כי אם לזמן קצר כיון שמהרה חוזרים לא"י, אבל עקב אריכות הגלות אנשים הורגלו לקנות קרקעות לטווח ארוך, וממילא יש להם דין קרקע לענין שבועה. ומשמע מדבריו שלא תלה את שיטת הגאונים בדין היובל (כפי שכתבנו בפנים) אלא בהרגלי קניית קרקע בחו"ל.

[1049] ונראה שהטעם הוא מפני שהפסוק לא חילק בין א"י לחו"ל.

[1050] וכיון שעיקר דיני התורה בא"י, קרקע חו"ל נגררת אחר א"י.

לעולם בהם תעבודו (גיטין לח:).

נמצא, שהן קרקעות והן עבדים אינם נכסים שעומדים למכירה. ושטרות שניתן למוכרם, השיעבוד הראשוני הינו לבעל השטר, ואם בעל השטר מכר את שטרו ואח"כ מחל את החוב, החוב בטל והקונה נשאר עם שטר שאין לו תוכן (קידושין דף מח. ועוד). נמצא שמכירת השטר איננה מכירת 'תוכן השטר' אלא זכות הגביה שבו, ואף היא כפופה להחלטת מי שמעיקרא השטר נכתב לטובתו.

ומכאן, שהמשותף לקרקעות, עבדים ושטרות, שהם אינם מיועדים למכירה או שהמכירה שבהם מוגבלת ואינה מכירה חלוטה. ולגביהם אמרה תורה שאין נשבעין עליהם. אולם עדיין יש לעיין מדוע הגורם המשותף פוטר משבועה.

ושמא ניתן לבאר על פי הדין שנאמר בדיני שומרים, שאם יש מקום לברר על ידי עדים אין להשביע את השומר (ב"מ דף פג.). ולכן, בקרקעות וכו' שיש סבירות לבירור על פי עדים, לא חייבה תורה שבועה, וצ"ע.

אמנם, העובדה שתורה לא חייבה שבועה אינה מלמדת על אי יכולת של בית דין להטיל שבועה (עיין רמ"א חו"מ סימן ט"ו סעיף ד')[1051]. ונמצא שכאשר תורה פטרה משבועה בקרקע וכו', פירוש הדבר הוא שתורה לא חייבה שבועה במקרים אלו, אבל לדיינים קיים שיקול דעת האם לחייב שבועה על פי הבנתם. ואמנם, חכמים תיקנו שכיום יש להישבע על קרקע וכו' שבועת היסת מדרבנן (שו"ע חו"מ סימן צ"ה סעיף א').

<u>המקור לפטור משבועה במודה במקצת ובכפירה כנגד עד אחד</u>

ה. הפסוק ממנו למדים שאין נשבעין על קרקעות נאמר בדיני שומרים (אות א'). ודין מודה במקצת 'מובלע' בפרשת השומרים וממילא ניתן ללמוד שאף שבמודה במקצת אין נשבעין על קרקעות וכו'. ומוסכם בפוסקים שאף במודה במקצת

[1051] עיין הערה 10.

ובכופר כנגד עד אחד נאמר דין זה (שו״ע חו״מ סימן צ״ה סעיף א׳). ויש לעיין מנין שלא נשבעים על קרקעות וכו׳ בכפירה שכנגד עד אחד, שנאמרה במקום אחר (דברים י״ט, ט״ו, גמ׳ כתובות דף פז:).

תוס׳ כתובות פ״ז: ד״ה ״ועוד״:

... אבל בכפירת שעבוד קרקעות לא מצינו בשום מקום במינו שבועה, והילכך גבי עד אחד אית לה למיפטריה.

דברי תוס׳ לכאורה מוקשים, שהרי בשעבוד קרקעות אין חיוב שבועה מחמת מיעוט שנלמד מהפסוקים בדיני שומרים ומודה במקצת. ואין לנו אלא מה שחידשה תורה, ובעד אחד תורה לא חידשה למעט שבועה בקרקעות, וא״כ יש להישבע[1052].

ו. חידושי הריטב״א כתובות דף פ״ז:

וקשיא לן דהא דאין נשבעין על הקרקעות נפקא לן מכלל ופרט וכלל דכתיב בפרשת שומרים וא״כ הניחא [לשבועת השומרים או] לשבועת מודה במקצת דכתיב ׳כי הוא זה׳ אלא לשבועת עד אחד מנ״ל דאין נשבעין על הקרקעות ?

[1052] פנ״י כאן: ״אבל לולי דבריהם היה נראה לי לתרץ קושייתם דלענין כפירת שיעבוד קרקעות נמי גילוי מילתא בעלמא הוא דכפירת קרקע לאו כפירה מיקרי תדע דהא לא אשכחן בהו שבועה אפילו בשבועת העדות ושבועת פקדון כדאיתא בגמרא דשבועות והיינו על כרחך מהאי טעמא דלא מיקרי כפירה כלל משא״כ לענין ב׳ כסף ודאי לא הוי אלא מגזרת הכתוב דהא לא אשכחן בשום דוכתא לחלק בין פרוטה ליותר מפרוטה ואשכחן נמי שבועת העדות ופקדון בפרוטה וא״כ הא דדרשינן אבל קם הוא לשבועה היינו בשוה פרוטה, כן נראה לי״.

וי״ל דבפרשת שומרים כתיב ׳ולקח בעליו ולא ישלם׳ ומקרא מיותר הוא לכל הנשבעין שנשבעין ולא משלמין שמי שעליו לשלם הוא נשבע[1053] וכיון [שכן] כלל ופרט [וכלל] דכתיב בפרשה לכל הנשבעין שבתורה קאי כנ״ל:

<u>סיכום</u>

ז. העולה מהאמור לעיל:

- אין נשבעים על קרקעות, עבדים, שטרות, והקדש מכח גזירת הכתוב (אות א׳) אבל נשבעים שבועת היסת מדרבנן (אות ד׳).
- שיטת הגאונים שנשבעים על קרקעות שבחו״ל ולהלכה לא נפסק כשיטתם (אות ג׳-ד׳).
- נראה שהמשותף לקרקעות, עבדים ושטרות, שכולם לא מיועדים למכירה (אות ד׳).
- אין שבועה על קרקעות וכו׳, בכל שבועות התורה (שומרים, מודה במקצת, כופר כנגד עד אחד – אות ה׳-ו׳).

[1053] עיין שבועות דף מה. שמהפסוק (שמות כ״ב י) למדה הגמ׳ שכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין (נפטרים מתשלום), ורק שבועות דרבנן יש בהן מציאות של ״נשבעין ונוטלים״, ועי״ש בפסוק. וכיון שהפסוק הינו ׳כללי׳ לכל השבועות, מכאן שדיני שבועות יכולים להילמד זה מזה.

שבועה בדבר שאינו במידה ובמנין ובמשקל

עיקר הדין וטעמו

א. [1054]משנה שבועות דף מ״ב: :

אין נשבעין אלא על דבר שבמדה, ושבמשקל, ושבמנין. כיצד, בית מלא מסרתי לך, וכיס מלא מסרתי לך, והלה אומר, איני יודע, אלא מה שהנחת אתה נוטל – פטור[1055].

רבא בדף מג. ביאר את הכלל שבדברי המשנה:

אמר רבא, לעולם אינו חייב - עד שיטעננו בדבר שבמדה שבמשקל ושבמנין, ויודה לו בדבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין[1056].

[1054] במסגרת שיעורי בית ועד לתורה, חלק מהשיעור דלקמן נאמר ע״י הרב איתי אליהוא ליפשיץ שליט״א.

[1055] הנידון במשנה הוא לגבי שומר, והמחלוקת היא כמה פירות הוא קיבל לשמור, והיינו שבועת מודה במקצת. אמנם יש לעיין האם בשבועת השומרים עצמה ובשבועה שכנגד עד אחד ג״כ נאמר הדין של חיוב שבועה במידה ובמנין ובמשקל. ועיין חזו״א חו״מ סימן י״ב ס״ק ח׳ ואילך שכתב שרק במודה במקצת יש חיוב של בירור המנין או המידה או המשקל.

[1056] הדין שבפנינו לכאורה מהוה ׳פירצה׳ כיון שכל מודה במקצת שהוא פיקח שירצה לפטור עצמו משבועה יודה הודאה כללית ללא נקיבת מידה וכדו׳, ויפטור את עצמו משבועה, ואולי זו סיבה להטיל עליו שבועת היסת (ולא שמענו שבמקרה זה הוא מחוייב שבועה שאינו יכול להישבע שחלה עליו חובת תשלום). ועיין לקמן בעמ׳ 52 בשאלה דומה לגבי הילך, ובדברינו שם.
האחרונים הקשו לאידך גיסא, מדוע כל מודה במקצת לא יהיה פטור משבועה (למ״ד שאומרים מיגו לאפטורי משבועה) במיגו שהיה מודה שלא במידה וכו׳ (ואין זו העזה). ובשו״ת חלקת יעקב חו״מ סימן ד׳ בהערה בשולי הגליון כתב: ״ושמעתי תירוץ נכון דמיגו זו אינו דמי לכל מיגו שבש״ס, דבכל מיגו אמרינן כיון דחזינן דלא טעין טענה אחריתי טובה יותר ש״מ שהוא איש אמת ומה שטוען הוא אמת ומשה״כ לא טעין טענה האחריתי משום שהיא שקר, אבל בני״ד גם טענה השניה מה שהנחת אתה נוטל ג״כ אמת ומדוע לא טעין טענה האחריתי (ואף שהוא יודע האמת שהי׳ עד החלון ואינו יכול לטעון ״איני יודע אלא מה שהנחת״ יטעון עכ״פ הסיום מה שהנחת אתה נוטל ואי״צ כלל לומר הלשון ״אינו יודע״ רק הי׳ לך הבית ומה שהנחת אתה נוטל אני לא חסרתי דבר ואם יטעון כך, ג״כ יהי׳ פטור) ומדוע באמת לא טעין כך, ועכ״ח משום דלא סלקא כלל אדעתיה, וא״כ אין לנו הוכחה מחמת המיגו שהוא איש אמת בטענתו, ועי׳ כתובות ט״ז א׳ ברש״י סוף העמוד לענין מיגו ג״כ הסברא דילמא לא אסקא אדעתי׳, ונכון מאד״. ובספר דברי יעקב, נזיקין לשבועות דף מב: כתב תירוץ זה בשם הגר״ח מבריסק וכתב שם, שכיון שלא טען

כלומר, יש צורך שהן התובע והן הנתבע יאמרו דבר שבמידה וכו׳. אבל אם אחד מהם טען טענה שאיננה במידה וכו׳, לא קיים חיוב שבועה[1057]. ובמשנה שלפנינו התובע טען טענה כללית של ״בית מלא״ והוא טוען שהנתבע השיב לו פחות מכך, והנתבע טוען ״מה שהנחת אתה נוטל״. נמצא ששניהם טענו טענה שאיננה טענה שבמידה.

החידוש שבדברי המשנה (ורבא) הוא שלמרות שניתן לדעת מה הוא שיעור ההודאה של הנתבע, על ידי מדידת הפירות שבבית, אע״פ כן טענת הנתבע נחשבת טענה שאינה מבוררת, וכך כתב הר״ן[1058]:

> ותמהני, מה שהנחת אתה נוטל, למה פטור, והרי בשאנו רואים הפירות הודאתו ידועה ועדיין הוא עומד בה[1059] ?
> ונראה לי דהיינו טעמא, משום שבשעה שהודאה יוצא מפיו בעינן שתהא בדבר שבמידה, ואע״פ שאח״כ מודה בדבר שבמדה, כיון שהודאה ראשונה לא חייבתו שבועה, שוב אינו חייב בהכי[1060]...

כך, ״על כרחך שאינו מבין בטענות ובטל ראיית המיגו״. וכתב שם ששאלה זו ותשובתה נכתבו גם בקובץ תשובות של הגרי״ש אלישיב סימן ר״נ, עי״ש.
ויש לעיין האם התירוץ הנ״ל מועיל גם לדעת האחרונים שסוברים ש״מיגו״ אינו נאמנות אלא ״כח הטענה״. שהרי, אם ננקוט שמיגו מלמד על נאמנות, כיון שלא שיקר (כאשר היתה לו יכולת לשקר) הדבר מלמד על נאמנות, אבל אם לא טען טענת אמת אחרת, אין כאן נאמנות, אולם אם מיגו הוא ״כח הטענה״ לכאורה יש להאמינו ולפטור אותו משבועה. ועוד נראה לומר, שאפילו למ״ד שאומרים מיגו לפטור משבועה, לא יתכן שהמיגו יצליח ׳להפיל׳ את כל חיובי השבועה, וכיון שה׳מיגו׳ הנ״ל יכול לחול על כל מודה במקצת, ואע״פ כן תורה חייבה מודה במקצת שבועה, מוכח שהתורה גזרה שאין לקבל מיגו זה, וצ״ע. ועיין עמ׳ 52.

[1057] ועיין שם בדברי אביי שדי שאחד הצדדים יטען במידה וכו׳, ועיין ביאור הגר״א חו״מ סימן פ״ח ס״ק מ״ד.

[1058] והובאו דבריו בקצות סימן פ״ח ס״ק י״ט.

[1059] ולכאורה, יש לפטור במקרה זה כיון שטענתו של התובע אינה מבוררת שהרי הוא טען בית מלא, ובית מלא אינו דבר שבמנין, ולכן אף אם טענת הנתבע יכולה להתברר, סו״ס טענת התובע אינה יכולה להתברר (קושיית הרב איתי ליפשיץ שליט״א), ונראה שלשיטת הר״ן (בניגוד לשיטת הרא״ש לקמן אות ז׳) בית מלא יכול להתפרש כמידה ידועה (שהרי ניתן להכניס פירות לבית ולגלות כמה פירות נכנסים לבית מלא), והיה יכול להקשות אותה קושיה על התובע, וחד מתרי נקט. ועוד ניתן לומר, שהר״ן דן אליבא דשיטת אביי בסוגיא (עי״ש), שאם אחד הצדדים אמר במידה די בכך.

[1060] השו״ע בחו״מ סימן ע״ב סעיף ט״ז פסק, שמלוה שקיבל טבעת כמשכון ואבדה, והוא (המלוה) טוען שהיא היתה שווה כמו טבעת הנמצאת ביד השולחני, ואילו הלוה (בעל הטבעת) טוען שהיתה שווה יותר ולשניהם יש טענת ברי, ה״ז דין מודה במקצת והמלוה חייב שבועה. והקשה הקצות בס״ק י״ז, שנתבע (הלוה) הודה בדבר שאינו מסויים שהרי הוא טוען שהטבעת

ב. בגמ׳ לא נאמר מה הוא מקור הדין שאין נשבעים על דבר שאינו במידה וכו׳, תוס׳ בשבועות דף מג. ד״ה ״אלא״[1061] כתב:

> אלא על דבר שבמדה כו׳ - פריב״א דנ״ל מההיא דדרשינן בריש מרובה (ב״ק דף סג: ושם) ׳שלמה׳ למעוטי דבר שאינו מסוים, והיינו שלא במדה ובמשקל ובמנין[1062].

ואילו הרמב״ן בחידושיו לשבועות דף מב: ציין למכילתא:

> מפיק לה במכילתא (שמות, כב, ו׳) מכסף או כלים, מה כסף שדרכו להמנות אף כלים שדרכן להמנות. מכאן אמרו כל טענה שאינה במדה ובמשקל ובמנין אינה טענה[1063]...

אמנם המכילתא ביארה שקיימת חובה שהתביעה תהיה במידה וכו׳ אבל לא ציינה מנין שאף ההודאה חייבת להיות במידה וכו׳, וכתב על כך הסמ״ע בסימן פ״ח ס״ק מ״ג:

> דכסף או כלים [שמות כ״ב ו׳] דתביעה הוא דבר שבמדה ובמשקל, גם בהודאה כתיב [שם ח׳] כי הוא זה, דמשמע דבר מבורר וידוע[1064].

שאבדה היא כמו הטבעת שביד השולחני, ולבית דין אין ידיעה מה היא הטבעת שביד השולחני (עד שיבדקו), ונמצא שבשעת הודאתו אין זו הודאה במידה וכו׳ וכמ״ש הר״ן שהידיעה חייבת להיות בשעת ההודאה ולא לאחר מכן. ויישב הקצות, שהודאתו שהטבעת היא כמו הטבעת שביד השולחני היא הודאה בדבר קצוב, שהרי הטבעת בפנינו, אבל אם הטבעת בביתו של השולחני, יש לפוטרו. והנתיבות בסימן פ״ח בביאורים ס״ק ח׳ דחה את דברי הקצות ותירץ, שבמקרה של השולחני בית דין יכול למדוד ולדעת. אבל במקרה של הר״ן, הדבר עצמו לגביו הוא מודה אינו מבורר לאף אחד, ואם הוא יאנס ויאבד לא תהיה אפשרות לדעת מה ערכו, ולכן זו הודאה בדבר שאינו במנין.

[1061] וע״ע תוס׳ ב״ק דף סג. ד״ה ״דבר״. ובראשונים שבשטמ״ק ב״ק דף סג: .

[1062] אכמ״ל האם דבר שאינו מסויים הינו דבר שאינו במידה ובמשקל, עיין תוס׳ ב״ק דף סג. ד״ה ״דבר״.

[1063] עיין גמ׳ סנהדרין דף לד. וברש״י ד״ה ״אין מונין״, שכתב ששני דיינים שאמרו אותו טעם משני מקראות, נמנין במנין הדיינים כדיין אחד, כיון שלא יתכן ששני מקראות ילמדו אותו דין בדיוק, וממילא אחד מהם טועה, ולשיטתו שני הלימודים (תוס׳ והמכילתא) ודאי אינם באותה שיטה, אמנם עיין בדברינו לקמן.

[1064] וקצ״ע, שהרי ״כי הוא זה״ נדרש לדין מודה במקצת (ב״ק דף קו:), ושמא מקרא אינו יוצא מידי פשוטו.

על פי דברי הסמ״ע יתכן להציע שדברי המכילתא וריב״א משלימים זה את זה, המכילתא דנה על תביעה שבמידה ומנין, ואילו ריב״א שלמד מ׳שלמה׳ דן על ההודאה במידה וכו׳ (ובסוף הפסוק שם נאמר ׳כי הוא זה׳ והיינו הודאת הנתבע), אולם מדברי ריב״א עצמו לא נראה כדברינו, שהרי לא חילק, וקצ״ע.

ג. יש לעיין האם נוכל לתת טעם לדין המשנה (שכנ״ל בסוגייתנו לא נאמר מקור לדין זה). היה מקום להציע, שבמקרה בו הצדדים (או אחד מהם) אינו מפרט את המידה המדוייקת, יתכן שכלל אין ביניהם מחלוקת, ובסופו של דבר הם טוענים אותה טענה. כגון, שהתובע טוען שהבית היה מלא, ואילו הנתבע אומר שלא היה מלא. יתכן ששניהם מכוונים לאותה מידה, שהרי יש בני אדם שאינם מדקדקים בלשונם ובאומרם ״בית מלא״ אין כוונת דבריהם שהוא היה מלא על גדותיו, ואילו אחרים מדקדקים, ובית שאינו מלא עד גדותיו הם אינם קוראים לו בית מלא (עיין רא״ש פרק ו׳ סימן כ״ז, לקמן אות ז׳), ולכן לא ניתן להטיל במקרה זה שבועת מודה במקצת.

וכך גם בשאר דברים. בגמ׳ בדף מג. נאמר שאם התובע אומר ״מנורה גדולה״ ואילו הנתבע אומר ״מנורה קטנה״ אין חיוב שבועה, ולדברינו יתכן לבאר, שהמושגים ״גדול״ ו״קטן״ יכולים להשתנות בן בני אדם וכלל אין ביניהם מחלוקת.

אמנם, ודאי שקיימים מקרים בהם ברור לבית דין שקיימת מחלוקת בין הצדדים למרות שהם לא פירטו את המידה וכו׳, אולם כדי למנוע ספקות, הופקע חיוב שבועה בכל מקרה בו אין פירוט של מידה או מנין או משקל.

ובמקרה בו התביעה אינה במידה וכו׳, יש גם מקום לומר שכיון שהוא לא בירר את תביעתו, אין לו זכות לתבוע מהנתבע שיברר את דבריו על ידי שבועה[1065].

[1065] והוסיף על כך הרב איתי ליפשיץ שליט״א, שכיון ששבועה היא דבר חמור, צריך להיות ברור מעל כך ספק על מה הוא נשבע בדיוק. אולם כ״ז בהנחה שאין משביעין על דבר שאינו במידה

ד. אולם, דברינו לכאורה אינם תואמים את דברי הר״ן (אות א׳), שהרי על פי שיטתו אף במקרה בו ניתן לגלות מה הוא השיעור המדוייק, רק הצדדים לא פירטו זאת בלשונם ג״כ לא קיים חיוב שבועה. ולכאורה במקרה זה, אין סיבה שלא לחייב שבועה, שהרי ברור שקיימת ביניהם מחלוקת.

ונראה, שכיון שלא בכל מקרה ניתן לברר את טענות הצדדים, ויהיו מקרים בהם ניתן לברר ויהיו מקרים בהם לא ניתן לברר, הדין הוא שבכל המקרים בהם הצדדים לא פירטו מנין וכו׳ לא קיים חיוב שבועה.

שומר שאינו יודע את שוויו של הפקדון / שיטת הר״י מיגא״ש

ה. חידושי הר״י מיגא״ש, שבועות דף מג. :

... דהיכא דאמר שומר אנא לא ידענא כמה היה שויא, ובעל הפקדון אמר ידענא דהוי שוה כך וכך, דכיון דמכל מקום הא קא מודה ליה הנתבע דמתחייב ליה מידי ולא ידע כמה הוי ניהו, הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול להישבע ומשלם. כדאמרינן ׳מנה לי בידך ואמר לו חמשים יש לך וחמישים איני יודע – הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול להישבע ומשלם (ב״מ דף צח.).

הילכך משלם כל מה שאמר התובע... ואם רצה הנתבע להחרים סתם על מי שנטל ממנו שלא היה ליטול – אין מונעין אותן מכך.

הראשונים בסוגייתנו (רמב״ן, רשב״א, רא״ש פרק ו׳ סימן כ״ז) הקשו, שדברי הר״י מיגא״ש לכאורה תמוהים, שהרי הנתבע שאומר שאינו יודע כמה היה שוה, פטור משבועה כיון שהודאתו לא היתה במידה או במנין או במשקל, וכיון שכך אין להגדירו כמי שמחוייב שבועה ואינו יכול להישבע (ולכן ישלם כדברי

מחמת אי ידיעה מה הוא סך הויכוח, אבל לשיטת הר״ן (אות א׳) שקיימת יכולת לברור, מסתבר שבשעת השבועה כבר ניתן לדעת מה הוא הסך המדובר ולהשביע עליו.

התובע). ומכח קושיא זו יש מהראשונים שדחו את דברי הר״י מיגאש (עיין ראב״ד פרק ה׳ מהלכות שאלה הל׳ ו׳, שו״ת הריב״ש סימן שפ״א). אולם הרמב״ם (פרק ה׳ מהלכות שאלה הלכה ו׳) והשו״ע (חו״מ סימן רצ״ח סעיף א׳ - לקמן אות ט׳) פסקו כדברי הר״י מיגא״ש להלכה.

ו. הרמב״ן בסוגייתנו (דף מג.) יישב את הקושיא הנ״ל, וכתב:

> נמתי לו, דילמא שאני התם[1066] דאמר ברי לי שלא הנחת אצלי אלא אותו הסך שהנחת בבית ואיני יודע כמה הוא פטור, דהאי לאו דבר שבמידה הוא, שהרי הוא מודה לו בכל מה שבבית ואין אנו יודעים כמה הוא
>
> (הערת הגרא״ז מלצר זצ״ל על הגליון: פירוש, והכפירה אינה ידועה בשביל שההודאה אינה ידועה).

הש״ך בחו״מ סימן ע״ב ס״ק נ׳ האריך בביאור דברי הרמב״ן[1067]. וביאר, שבנידון של המשנה (אות א׳) אין לבית דין ידיעה בכמה הוא מודה שהרי ״מה שהנחת אתה נוטל״ יכול להיות שיעור פרוטה ויכול להיות שיעור כמה פרוטות, ובית דין אינם יודעים מתוך דבריו (עיין ר״ן אות א׳) בכמה הוא הודה (שהרי יש למדוד כדי לגלות מה הוא שיעור ההודאה). וממילא גם לא ידוע לבית דין מה הוא שיעור הכפירה, ולכן אין כאן חיוב שבועה.

לעומת זאת בנידון של הר״י מיגא״ש, הרי הוא מודה שקיבל חפץ לשמור, ונמצא שהודה בשוה פרוטה ולא יותר, ועל השאר הרי הוא כופר גמור, שהרי הפקדון אבד ואי אפשר לומר שיתכן שהוא מודה ביותר, שהרי אין אפשרות לברר זאת. ולכן בשעת הודאתו בית דין יודעים שיש לחייבו פרוטה על פי הודאתו, והרי הוא מחוייב שבועה, שאינו יכול להישבע (כיון שאינו יודע ואין אפשרות לדעת בכמה הוא מודה), ומשלם[1068].

[1066] התם- במשנה שבה נאמר ״איני יודע, אלא מה שהנחת אתה נוטל״ – לעיל אות א׳.

[1067] ובדחיית שיטת הרא״ש (שתובא לקמן).

[1068] וע״ע נתיבות, חידושים סימן פ״ח ס״ק י״ז.

ז. ביסוד תירוצו של הרמב״ן קיימת הנחה, שהסיבה בגינה אין נשבעין על דבר שאינו במידה וכו׳ היא, שלמרות שקיימת הודאה במקצת, היא אינה מבוררת, ואין נשבעין על הודאה וכפירה שאינן במידה וכו׳ אמנם מדברי הרא״ש (שמיישב את הקושיא על הר״י מיגא״ש עולה כיוון שונה:

> ונראה דלא קשה דכיון שאומר ׳יודע אני שהיה שוה יותר ממה שיש לי עליו׳ הודה ששוה פרוטה יותר... הלכך על כל השאר יאמר שאיני יודע... וכיון שאמר אין יודע הוי מחויב שבועה שאין יכול לישבע.
>
> ולא דמי ל׳בית מלא מסרתי לך׳ והלה אומר ׳איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל׳ דהתם אין הנתבע משיב ׳שמא׳ אלא כך הוא אומר, מה שאמרת שבית מלא הפקדת אצלי מזה לא נתתי לבי לידע אם היה ממש מלא, וגם הטענה אינה כל כך בריאה שכן מורגל בלשון ׳מלא׳ שבית שהוא קרוב להיות מלא קורין אותו בית מלא פירות, אבל זה אני יודע בודאי שכמו שהנחת אתה נוטל הלכך אין כאן הודאה כלום כיון שלא טען ולא השיב דבר שבמדה ומשקל ומנין שהרי לא טען עליו אלא חסרון פירותיו והלה אומר שלא חסרו[1069].

אליבא דהרא״ש, הסיבה שאין נשבעין אלא על דבר שבמידה וכו׳ היא מפני שבמקרים בהם לא הוזכרה המידה וכו׳, יתכן שאין כלל מחלוקת בין התובע לנתבע, ולמרות שינוי הנוסח שבדבריהם, שניהם נתכוונו לדבר אחד, כיון שאנשים שונים מתארים מציאות בסגנונות שונים (ועייל לעיל אות ג׳).

ולכן, בנידון של הר״י מיגא״ש, קיימת חובת שבועה שהרי ברור לדיינים שקיימת מחלוקת בין הצדדים שהרי המפקיד נוקב בסכום והנתבע משיב כנגדו, שאינו יודע, אבל ברור לו שהוא קיבל חפץ של חבירו לשמירה, וברור שחפץ זה שוה לפחות פרוטה, ונמצא שהודה בפרוטה ולגבי השאר הוא אומר אינו יודע, וברור שהתובע תובע יותר משיעור פרוטה, ולכן הנתבע נחשב מחוייב שבועה שאינו

[1069] ועיין תומים ס״ק סימן ע״ב ס״ק כ״ח בביאור דבריו.

יכול להישבע, חייב לשלם.

ח. שו״ת הליכות ישראל סימן מ״ט :

> מעשה באחד שנתן שק מלא בגדים למכבסה לכבס אותם, ובעל המכבסה החזירם לביתו של בעל הבגדים. ואחרי שקיבל הבגדים טען שחסר לו חמשה בגדים, ובעל המכבסה השיב שלקח את כל הבגדים שנמסרו לו והכניס אותם למכונת הכביסה, והוציא אותם ומה שנתן לו החזיר...

והסיק בעל ההליכות ישראל, שבמקרה זה אי אפשר לחייב את הנתבע שבועת מודה במקצת, כיון שלא מדובר על דבר שבמידה וכו׳, שהרי שהן התובע והן הנתבע לא מנו את מספר הבגדים, ועי״ש.

ולכאורה הדבר תלוי במחלוקת הרמב״ן והרא״ש. על פי הרמב״ן, יש לפטור את בעל המכבסה, שהרי אין כאן דבר שנמדד וכו׳. אבל על פי שיטת הרא״ש (בהנחה שהרא״ש איננו נוקט כשיטת הר״ן שבאות א׳) שאין נשבעים על דבר שאינו במידה וכו׳ כיון שאין בירור האם הצדדים חולקים ביניהם, במקרה שלפנינו ברור שקיימת מחלוקת ביניהם לגבי חמישה בגדים, וכיון שברור שקיימת ביניהם מחלוקת, לכאורה עליו להישבע, וכיון שאינו יכול להישבע, ישלם, וצ״ע.

<u>פסק השו״ע / סיכום</u>

ט. שו״ע חו״מ סימן פ״ח סעיף כ״ג:

> אין מודה מקצת חייב עד שיטענו דבר שבמדה ובמשקל ובמנין, ויודה לו דבר שבמדה ובמשקל ובמנין.

ובשו״ע חו״מ סימן רח״צ סעיף א׳ פסק כשיטת הר״י מיגא״ש (לעיל אות ה׳):

כל שומר שנתחייב לשלם ואמר, איני יודע כמה דמים אני חייב לשלם, והבעלים אומרים אנו יודעים כך וכך היה שוה, כגון שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו, הבעלים אומרים ק״ק דינרים היו, והשומר אומר ודאי שהיו בו דינרים אבל איני יודע כמה היו, נמצא זה כטוען ק״ק ומודה לו במקצת ואמר השאר איני יודע, שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם[1070].

י. העולה מהאמור לעיל:

- אין נשבעין אלא על דבר שבמידה ובמשקל ובמנין (אות א׳) ולמדו זאת מפסוקי התורה (אות ב׳), ויתכן שטעם הדין הוא שאם לא נאמרה מידה וכו׳ יתכן שאין כאן הודאה במקצת ושניהם מודים זה לזה (אות ג׳ ז׳).
- הפטור משבועה נאמר גם במקרה בו יש אפשרות לבית דין לגלות מה היא המידה (אות א׳).
- נחלקו ראשונים האם שומר שאינו יודע מה היה ערך הפקדון, הינו מחוייב שבועה שאינו יכול להישבע ומשלם הכל כדברי התובע (ר״י מיגא״ש – אות ה׳, שו״ע - אות ט׳) או שיש לפוטרו כיון שלא הודה במידה וכו׳ (ראב״ד – אות ה׳).
- במקרה בו לא ידוע סך התביעה ולא סך ההודאה אבל ידוע שיש ביניהם ויכוח על סך ברור, יש מי שסובר שיש לפוטרו כיון שאין כאן הודאה במידה וכו׳, אולם יתכן שעל פי הרא״ש יש מקום לחייב (אות ח׳).
- עיין בעמ׳ 482 בדין ׳הערמה׳ בדבר שאינו במידה וכו׳.

[1070] עי״ש בקושיות שהעלו הנו״כ.

טַעֲנַת הַיִלֶד

עִיקַר הַדִין

א. מודה במקצת חייב שבועת התורה. רבה ביאר שהטעם הוא מחשש שמא הלוה יודע שהוא חייב הכל ואין לו לשלם הכל, וחזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו ולכן אינו כופר בכל ומשתמט ומודה בחלק, ואומר לעצמו שאת השאר הוא ישלם כשיהיה לו (עיין בהרחבה בעמ׳ 100[1071]).

ב. גמ׳ ב״מ דף ד. :

...דאמר רבי חייא מנה לי בידך, והלה אומר אין לך בידי אלא חמישים זוז, והילך (רש״י: לא הוצאתים[1072], והן שלך בכל מקום שהם), חייב (לישבע על השאר, ולא אמרינן הני דקמודי ליה בגוייהו, הואיל ואיתנהו בעינייהו כמאן דנקיט להו דמי, אלא כשאר מודה במקצת הוא, וחייב). מאי טעמא, הילך נמי כמודה מקצת הטענה דמי....

ורב ששת אמר, הילך פטור[1073]. מאי טעמא, כיון דאמר ליה הילך, הני זוזי דקא מודי בגוייהו, כמאן דנקיט להו מלוה[1074] דמי. באינך חמשים, הא לא מודי, הלכך ליכא הודאת מקצת הטענה.

ולרב ששת קשיא מתניתין, אמר לך רב ששת, מתניתין תקנת חכמים היא.

לקמן (אות יז) נעמוד על טעם הדין. אולם תחילה נעמוד על ביאור המקרה, על פי שיטות שונות שנאמרו בדברי הראשונים.

[1071] עיין הערה 276.

[1072] יש לעיין האם דברי הלוה ״לא הוצאתים״ מתקבלים ללא כל ראיה, או שעליו להוכיח את דבריו, שהרי אם דבריו יתקבלו הוא פטור משבועה. ועוד, שהוא יוכל לגבות קודם לבעלי חובות אחרים, כמבואר בדברי הב״ח, לקמן אות ח׳.

[1073] עיין הערה 684 (להציע לחבירו לטעון הילך כדי לפוטרו משבועה).

[1074] עיין ביאור הגר״א חו״מ סימן פ״ח ס״ק י״ז, שלשיטות הראשונים שרש״י דן רק על פקדון, אין לגרוס כאן ״מלוה״ וכ״כ בה״ת.

יש לעיין מה הם המקרים בהם חולקים ר׳ חייא ורב ששת. נראה שקיימים שני מקרי ׳קצה׳:

- הלוה מודה במקצת, אבל אין לו את המעות עצמם שלוה, ואף אינו מביא לבית דין מעות אחרות לתשלום מיידי. במקרה זו ברור שעל הלוה מוטלת שבועת מודה במקצת ואין זה ׳הילך׳ אפילו לרב ששת.
- הלוה מודה במקצת, ויש בידו את המעות שהוא מודה בהם, והוא מוסרם למלוה בבית דין. מקרה זה ודאי נחשב לרב ששת כ׳הילך׳, ויש לעיין מה שיטתו של רבי חייא במציאות זו.

לעומת שני מקרי ה׳קצה׳ קיימים מקרי ביניים:

- הלוה מודה במקצת, ומביא לבית דין מעות כסכום ההודאה, אבל אין אלו המעות עצמן שלוה.
- הלוה מודה במקצת, ולדבריו יש בידו את המעות שלוה, אבל הוא לא הביא אותם לבית הדין.

ג. פירושה של המילה ׳הילך׳ הוא ׳הא לך׳/׳זה לך׳. ונראה שקיימות שתי אפשרויות בסיסות בכוונתה:

אפשרות א׳: האומר ׳הילך׳ נותן לחבירו את הדבר עליו הוא אמר ׳הילך׳- וזו האפשרות הפשוטה המדוייקת בביאור דבריו.

אפשרות ב׳: אמירת ׳הילך׳ אינה מחייבת שהדבר עליו המדובר נמצא בפנינו, וכוונת האומר ׳הילך׳ היא, שהדבר מצוי בשבילך, ואביא לך אותו בזמן אחר (ואין אפשרות לדייק מדבריו האם מדובר במעות ההלואה עצמם או בחליפיהן)

כיון שהמובן הפשוט הוא כאפשרות הראשונה, אם נבוא לפרש כאפשרות השניה, יש לתת טעם לדבר.

ד. רש"י בסוגייתנו (לעיל אות ב') כתב: "הילך. לא הוצאתים והם שלך בכל מקום שהם". ונראה שקיימות שתי אפשרויות בביאור דבריו:

- רש"י מפרש שהמילה 'הילך' בסוגייתנו מתפרשת "לא הוצאתים...". הלוה מודה במקצת ואומר שלא הוציא את המעות של ההלואה בהם הוא מודה, אבל אין הכרח שהוא משיב את המעות עתה (כאפשרות השניה באות ג').
- רש"י אינו מפרש את המילה 'הילך'. והיא מתפרשת כפשוטה "הרי לך" ומדובר שהלוה מודה במקצת, והמעות בהם הוא מודה נמצאות בידו, והוא נותנן למלוה עתה, ומוסיף את האמירה "לא הוצאתים...", וכאפשרות הראשונה באות ג'.

ה. ראשונים רבים למדו שכוונת רש"י היא כאפשרות הראשונה שהוזכרה באות ד'. הריטב"א בב"מ דף ד. ד"ה "אלא כי" כתב:

> פרש"י ז"ל... ונראה מדבריו תרתי, חדא דמלוה שהוציאה אע"פ שנותן לו מעות אחרים בבית דין לא חשיב הילך. ועוד דכל שלא הוציאם והם בעין ברשותו אע"פ שאינם עתה בבית דין הוי הילך.

רש"י מדגיש "לא הוצאתים" וממילא הפטור של "הילך" על פי שיטת רב ששת הוא במקרה בו מעות ההלואה עצמן חוזרות למלוה, אבל אין הכרח שיוחזרו עתה ליד המלוה. וכיון שכך, אם הלוה מוציא מכיסו מעות שאינן מעות ההלואה עצמם, אין בכך כדי לפטור את הלוה משבועה אפילו לשיטת רב ששת.

נראה שישנם שני קשיים בהבנת שיטת רש"י:

א) מדוע פירש את המילה 'הילך' שלא כפשוטה (אות ג', ולקמן אות ו').

ב) כיון ש"מלוה להוצאה ניתן" והמלוה אינו מצפה לקבל את המעות שנתן

אלא את ערכן, לכאורה אין משמעות לעובדה שהלוה אומר שהמעות שברשותו הן אותן המעות עצמן שקיבל מהמלוה (לקמן אות ח׳).

מחמת הקושי השני בדברי רש״י, כתבו ראשונים רבים (עיין רשב״א, ר״ן[1075] ועוד ראשונים בסוגייתנו[1076]) ששיטת רש״י היא שדין הילך נאמר רק בפקדון בו יש משמעות האם החפץ עצמו הינו בעין או לא, אבל בהלואה אין מציאות של הילך לשיטת רש״י. אולם לקמן ננסה לבאר שרש״י דן אף על מלוה (אות ח׳).

ז. הפני יהושע בסוגייתנו מבאר, שהקושי בגללו נאלץ רש״י לבאר שהמובן של הילך בסוגייתנו אינו כפשוטו (עיין אות ג׳), הינו לשונו של רב ששת ״כמאן דנקיט להו מלוה״ (המלוה נחשב כמי שמחזיק את המעולת, אבל אינו מחזיקם בפועל) כלומר הלוה הודה ואמר ׳הילך׳ אבל לא הביא את המעות לבית דין והמלוה נחשב כמי שמחזיק את המעות בידו, למרות שבפועל הוא אינו מחזיק אותן בידו, וממילא ״הילך״ בסוגייתנו מהתפרש שלא כפשוטו אלא שאומר לו ״לא הוצאתים והם שלך בכל מקום שהם״, אבל אין הכרח שיתן אותם עתה לידו של המלוה.

ח. אמנם, יש לבאר מה היא המשמעות של אמירת הלוה (על פי רש״י) ״לא הוצאתים והם שלך בכל מקום שהם״ (עיין אות ה׳[1077]). בב״י חו״מ סו״ס צ״ו בד״ה ״כתב בעל התרומות״ כתב:

[1075] ר״ן על הרי״ף, שבועות דף יז: מדפיו. ובביאור הגר״א על הגליון שבגמ׳ כתב: ״אבל הר״ן חולק על זה, וכתב דהא מלוה להוצאה ניתנה, ודוקא בפקדון הדין כן״. משמע מדיוק לשונו, שרש״י עצמו סובר שמדובר גם במלוה רק הר״ן כתב שההסבר של רש״י יכול להיות נכון רק בפקדון. אולם מעיון בדברי הר״ן לכאורה משמע שלא כפי שעולה מדיוקו, והעיר על כך בספר שערי זבולון על סוגייתנו, וצ״ע.

[1076] ועל פי שיטות אלו יש לבאר שבהמשך הסוגיא בה נאמר ״כמאן דנקיט להו מלוה״ הם אינם גורסים ״מלוה״ – כ״כ בביאור הגר״א לשו״ע חו״מ סימן פ״ח ס״ק י״ז בשם ספר התרומות.

[1077] עיין באוצר מפרשי התלמוד לסוגייתנו (ב״מ חלק א׳, עמ׳ קס״א) שציין לכמה שיטות אחרונים בביאור הענין.

כתב בעל התרומות בשער ל״ו, זה שפסקנו שהעבד והאשה אין משלמין אלא לאחר זמן, אם יש עדים שמעות עצמן של הלואה או מאי דאתי מחמתייהו קיים, בודאי שאין בו ספק שנפרע מהם המלוה[1078].

ועל פי שיטתו כתב שם הב״ח בד״ה ״וכן יש תשובה״:

ולפי״ז ה״ה לוה שאין לו לשלם לכל בע״ח אם הסחורה שלקח בהקפה הוא בעין או מאי דאתא מחמתייהו קיים, אין לאחרים חלק בהם.

אף שהב״ח דן על סחורה, הוא הדין בלוה שקיבל מעות שאם הן או חליפיהן בעין, יש כח ביד המלוה כח לגבות את המעות שלו קודם לשאר בעלי חובות, וראיה לדבר, שספר התרומות שהוא מקור דינו של הב״ח דן הן על סחורה והן על מעות.

ועל פי דרך זו יתבארו דברי רש״י בדין הילך. הלוה מודה במקצת ואומר למלוה ״לא הוצאתים״, כלומר מדובר במעות עצמם אותם אתה הלוית לי[1079], וכיון שכך ״הם שלך בכל מקום שהם״. כלומר, למרות שהלוה לא הביא את המעות לבית הדין, יש למלוה זכות לקחתם קודם לשאר בעלי חובות. וכיון שהמעות ׳שייכות׳ למלוה ויש לו זכות קדימה בגבייתן, אין כאן דין מודה במקצת הטענה, ופטור משבועה לדעת רב ששת. אולם רבי חייא סובר שאף במקרה זה, קיימת חובת שבועת מודה במקצת.

ט. העולה מדברינו בביאור שיטת רש״י:

[1078] בקרקעות מי ששטרו קודם גובה תחילה אבל מטלטלין שבעל חוב אינו סומך עליהם בשעת ההלואה, אין קדימה למי ששטרו קודם, ויש לחלק את הרכוש בין כל הנושים ללא התחשבות בזמן ההלואה, וחידושו של בעה״ת הוא, שאם המעות או חילופיהן בעין, יכול המלוה לגבות קודם לשאר בעלי חובות אחרים.

[1079] ועל פי ספר התרומות יתכן שאפילו אם משיב לא את המעות עצמם אלא יש בידו מעות שהוחלפו באותם מעות די בכך, וצ״ע.

- הלוה מחזיק בידו את המעות עצמם שלוה ומודה בהם אבל אינו משיב אותם עתה לידי המלוה – לדעת רב ששת ה"ז 'הילך' ופטור, ולדעת ר' חייא חייב.
- כנ"ל, ומשיב את המעות לידי המלוה עתה. לדעת רב ששת ודאי שמדובר בהילך (ק"ו מהמקרה הקודם), וצ"ע מה היא שיטת ר' חייא במקרה זה. והפנ"י בסוגייתנו כתב שבמקרה זה ר' חייא מודה שפטור, כיון שעל בית דין לא מוטל לדון כי אם על הכפירה, שהרי על מה שהודה ונתן לא מתקיים דיון בבית דין, וה"ז ככל מודה במקצת רגיל[1080].
- הלוה מודה במקצת ומשיב מעות אחרות מאלו שלוה. רב ששת לא גילה דעתו בענין, והפנ"י כתב שבכל מקרה בו המעות מוחזרות, כו"ע מודים שפטור משבועה.
- לוה מודה במקצת ואומר שיש בידו מעות לפרוע ואינו פורע עתה, לכו"ע חייב שבועת מודה במקצת.

<u>שִׁיטַת רַשְׁ"י – הַסַּבָּר ב' – הִילַּךְ – הַמָּעוֹת עַצְמָן שֶׁלָּוָה בְּיָדוֹ וּמַחֲזִירָן עַתָּה</u>

י. כנ"ל באות ד', קיימת אפשרות לבאר ששיטת רש"י היא שהמילה "הילך" מתפרשת כפשוטה, והנתבע נותן את המעות בהן הודה לידיו של התובע, ומוסיף ואומר "לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם". ונמצא, שרב ששת פטור בהילך רק אם מתקיימים שני תנאים (נתינה בפועל ונתינת המעות עצמם שניתנו בהלואה). והצורך של הלוה לומר "לא הוצאתים..." יתפרש כנ"ל באות ח' על פי שיטת ספר התרומות והב"ח. והנתבע מחזיר את המעות, ומוסיף שלא הוציא אותם, ולשונו "הם שלך בכל מקום שהם" פירושו, והם תמיד היו שלך בכל מקום (אף שלשון זו קצת דחוקה בלשונו של רש"י)[1081].

[1080] ועי"ש שציין להגהות אושרי שחולק על דבריו. ועיין בהגהת הב"ח על הגהות אושרי בב"מ פרק א' סימן ח'.

[1081] חיזוק לשיטה זו שמדובר במקרה בו הנתבע נותן את המעות בבית דין, מדברי ר' חייא שהוכיח את שיטתו מהמשנה בתחילת מסכת ב"מ "שנים אוחזין בטלית, זה אומר אני מצאתיה וכולה שלי וזה אומר אני מצאתיה וכולה שלי, זה ישבע שאין לו בה פחות מחציה וזה ישבע שאין לו בה פחות מחציה". ומוכיח מכאן רבי חייא, שלמרות שראובן מחזיק רק חצי, ז"א שאת החצי השני הוא כבר נתן לשמעון ('הילך'), אע"פ כן קיימת חובת שבועה, ומשמע שקיימת חובת שבועה בהילך. אמנם, בהמשך הסוגיא רב ששת דוחה ראיה זו ומבאר שבמשנה מדובר לא בשבועת מודה במקצת כי אם בשבועה שהיא תקנת חכמים מיוחדת עי"ש. אולם, ניתן לכאורה

נמצא שעל פי שיטה זו, רב ששת פוטר בהילך רק בצירוף שני תנאים (נתינת מעות עתה, השבת אותן המעות עצמן שהלוה לוה), אבל בכל אחד משני מיקרי הביניים (לעיל אות ב׳) מודה רב ששת שקיים חיוב שבועה.

יא. אם ננקוט בדרך זו, יש לעיין מדוע בהמשך הסוגיא נאמר ״כמאן דנקיט להו מלוה...״ והרי לא מדובר ״כמאן דנקיט״ אלא הוא ממש מחזיק בידו את המעות. ונראה שהזמן לגביו נאמר ״כמאן דנקיט״ אינו שעת הדיון בבית דין, אלא כל הזמן בו היו המעות ביד הלוה, וכיון שלא הוצאו על ידו, הרי הן היו כל הזמן כמוחזקות ביד המלוה[1082], לענין יכולת הגביה שלו קודם לשאר בעלי חובות, וכמבואר בשיטת ספר התרומות והב״ח לעיל אות ח׳.

יב. אור זרוע, חלק ג׳, פסקי ב״מ פרק א׳, סימן ח׳[1083]:

> ונראה בעיני דלא הוי הילך אלא היכא שמחזיר לו אותם מעות עצמם שהלווהו או אותו פקדון עצמו שהפקיד בידו או אותה בהמה עצמה שהשאילו.
>
> אבל אם אמר לו אין לך בידי אלא חמישים והילך חמישים והם מעות אחרים או שאמר לו חדא אין ודאי בעידן שאלה מתה והילך דמיה או בהמה אחרת אין זה הילך וחייב שבועה אפי׳ לרב ששת שכך פי׳ רש״י זצ״ל בדברי ר׳ חייא והילך לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהן. ועל זה פליג רב ששת ואמר הילך פטור. אבל אי הוה מודה שהוציא והוה יהיב ליה חמשין אחרינו בהא מודה רב ששת דחייב דאין זה הילך.

להוכיח שדין ׳הילך׳ עליו דנים בסוגייתנו הוא במקרה בו החפץ נמסר מיד התובע לידי הנתבע, וצ״ע כיצד ישיב רש״י (ע״פ ההסבר הראשון של שיטתו) לראיה זו.

וע״ע בבעל המאור ובראב״ד (הו״ד גם בשטמ״ק בסוגייתנו לגבי עצם הראיה מדין שנים אוחזין לדין הילך) שהובאו דבריהם בספר התרומות, שער ז׳, חלק ב׳ סעיף ד׳ ובשטמ״ק בסוגייתנו שדנו האם בהילך חייב להשיב את המעות עתה בבית הדין.

[1082] עיין ספר התרומות, שער ז׳, חלק ב׳, סימן ד׳ בסופו, שדברינו מעין דבריו.

[1083] הו״ד בקיצור בהגהות אושרי פ״ק דב״מ סימן ה׳ ובב״י חו״מ סימן פ״ז. ועיין בשו״ת מהר״ח או״ז סימן רמ״ה.

נראה, שמדברי האו"ז שסומך את דבריו על דברי רש"י, נוכל להביא ראיה להסברנו ברש"י (שיש צורך בשני התנאים כנ"ל אות י'). שהרי האו"ז כותב שאם נותן לו חמישים אחרים אין זה 'הילך' וברור שבמקרה זה הוא נותן לו את החמישים עתה (שאל"כ הוא מודה במקצת רגיל), ו'הילך' הוא מקרה בו הוא מחזיר את המעות עצמם, ומהניגוד בין המקרה שאינו נחשב 'הילך' (שמשיב מעות אחרות) למקרה שנחשב 'הילך' מוכח ש'הילך' הוא במקרה בו משיב את המעות עצמם שלוה עתה ליד התובע, ונמצא שמדברי האו"ז ראיה להסבר שלפנינו בשיטת רש"י.

יג. העולה מדברינו בביאור שיטת רש"י (הסבר ב'):

- נתבע שמודה במקצת ומחזיק בידו את המעות שלוה ומוסרם עתה ליד הלוה – ה"ז הילך ופטור לרב ששת וחייב לר' חייא.
- בכל שאר המקרים (עיין אות ב'), קיים חיוב שבועה הן לר' חייא והן לרב ששת.

<u>הילך – כל מקרה בו הלוה נותן את המעות בשעת הודאתו</u>

יד. חידושי הריטב"א, ב"מ דף ד. ד"ה "אלא כי":

> דכל שנותן מעות בבית דין זה הילך גמור כאילו פרע והוי באידך כופר הכל, וכל שאינם שם בבית דין אין כאן פריעה של כלום, ומשום דהוי זוזי דמלוה גופיה ברשותיה מאי הוי, דהא מלוה להוצאה ניתנה ודידיה נינהו[1084]...

על פי הריטב"א 'הילך' הינו כפשוטו, ובכל מקרה בו הלוה משיב מעות (הם עצמן או ערכן) ללוה בשעת ההודאה בבית דין הרי זה הילך ופטור משבועה לשיטת רב ששת (וכן כתב ספר התרומות בשער ז' חלק ב' סימן ד' בשם הראב"ד

[1084] וכן כתב הר"ן על הרי"ף בדף ב. מדפי הרי"ף ד"ה "אמר ר' חייא".

והרמב"ם והסמ"ע בחו"מ סימן פ"ז ס"ק ח' – לקמן אות יח)[1085], ואילו ר' חייא יחייב שבועה במקרה זה.

<u>הילך – מזומן לתת והם בידו / שיטת הר"ן והנמוק"י / כסף בבנק והמחאה בנקאית</u>

טז. ר"ן על הרי"ף, שבועות דף יז: מדפיו:

> ...ואין כן דעת הגאונים ז"ל, שהם הסכימו דהילך איתיה בין במלוה ובין בפקדון. ובמלוה כל שהן בידו והוא מזומן לתת לתובע הוה ליה הילך ופטור, בין שאותן מעות בעצמן שהלוה לו או אחרים דכמי שנותנם לו עכשו דמי[1086]....

נמוק"י, ב"מ דף ב. מדפי הרי"ף:

> הגאונים... במלוה כל שהם בידו והוא מזומן לתת לתובע הוה הילך ופטור, בין שהם אותם מעות עצמם שהלוה לו או מעות אחרים, כמי שנתנן לו כבר דמי, ואין כאן מודה במקצת, דכל השאר כופר בכל הוא.

על פי הנמוק"י והר"ן, דין 'הילך' נאמר בכל מקרה בו הלוה מזומן לתת את המעות בהם הוא הודה (בין המעות שלוה ובין חליפיהן), למרות שלא הביא אותם לבית דין. ובתנאי שהן בידו. ונדייק מדבריהם, שאם הנתבע אומר שהוא מוכן לשלם, אבל עליו לגבות תחילה מעות מאדם אחר שחייב לו כסף, לא נאמר במקרה זה דין הילך. ומכאן שבמקרה בו הלוה אומר שהוא מזומן לשלם ועליו להוציא מזומנים מהבנק, לכאורה לא נאמר דין הילך, כיון שהכסף שבבנק הינו כסף שבעל חשבון הבנק הלווה לבנק. ועוד יש לעיין במקרה בו המלוה עצמו אינו מצפה לקבל תשלום במזומן והוא מוכן לקבל המחאה או העברה בנקאית, מה

[1085] אמנם עיין ש"ך חו"מ סימן פ"ח ס"ק ב' שכתב שאף ספר התרומות והסמ"ע מודים שאין הכרח לתת את המעות ודי בכך שהוא מזומן ומוכן לתת אותם – עיין הערה 1090.

[1086] ובפקדון - אפילו עומד באגם, עי"ש.

יחשב כ׳הילך׳ במקרה זה, האם לוה שיש ברשותו פנקס המחאות ומוכן לכתוב את סך החוב בבית דין נחשב הינו בדין הילך לשיטת הנימוק״י והר״ן, וצ״ע. ועיין לקמן אות יח שהש״ך סובר שהשו״ע פוסק כשיטת הר״ן והנמוק״י.

מְדוּעַ הָאוֹמֵר ׳הִילַךְ׳ פָּטוּר מִשְּׁבוּעַת הַתּוֹרָה

יז. חיוב שבועה במודה במקצת הוא דין תורה (עמ׳ 13׳), ואילו רב ששת הפוטר משבועה ב׳הילך׳ אינו מביא ראיה לדבריו מפסוק. ויש לעיין כיצד מופקע דין תורה של שבועה במקרה של ׳הילך׳ (על פי כל אחת מהשיטות שהוזכרו לעיל בדין הילך).

מסתבר, שרב ששת סובר שהמקרה של ׳הילך׳ אינו נכלל בדין מודה במקצת עליו דיברה תורה. ונראה, שאם ננקוט שהילך הוא מקרה בו הנתבע מודה במקצת ונתן בידי התובע את הסכום בו הוא מודה עתה (כשיטת הריטב״א – אות יד), הטעם הוא שאחר שהוא שילם, בית הדין דן אך ורק על הסכום של הכפירה והרי זה דין כופר הכל ולא דין מודה במקצת (ועיין לעיל באות ט׳ בדברי הפני יהושע) וכך כתב הסמ״ע בחו״מ סימן פ״ז ס״ק ח׳:

> כיון דנתן לו מיד מה שמודה לו, הוה ליה על הנשאר כופר בכל, ודין כופר בכל יש לו[1087]

על פי שיטתו השניה של רש״י (אות י׳), לא די שהנתבע יתן את הכסף, אלא מוטל עליו לתת דוקא את המעות אותן לוה, יש לומר שאם הוא מחזיר את המעות אותן הוא לוה, הרי שהוא החזיר את המצב לקדמותו וכאילו כלל לא לוה מעות אלו (ביחוד על פי שיטת הב״ח שבאות ח׳), אבל אם הוא משיב מעות אחרות, הרי זה פרעון חוב, ונמצא שהדיון בבית הדין הינו על כל הסכום, והרי זה כמו כל מודה במקצת.

[1087] עיין בש״ך ס״ק ב׳ שחולק על הסמ״ע בביאור דעת השו״ע. ועיין באות יח בשיטת הש״ך.

אמנם, על פי הסברו הראשון של רש״י (אות ד׳), נתבע שמודה שיש בידו את המעות עצמן אותם הוא לוה, פטור משבועה למרות שאינו מביא את המעות לבית דין, ועל בית דין לדון בדינו ולחייבו להביאם, יש לעיין מה הטעם שאין לחייבו שבועה, והרי בית דין חייב לדון על כל התביעה והרי הוא ככל מודה במקצת ויתחייב שבועה.

יתכן שעל פי שיטת רש״י, טעם הדבר הוא, שאם הוא ישיב את המעות אותן לוה, הרי שהוא השיב את המצב לקדמותו ולמפרע כאילו לא לוה כלל, ולכן אין כאן חיוב שבועה, וצ״ע.

ולשיטת הר״ן והנמוק״י (אות טז) שעצם הסכמתו לתת והעובדה שהמעות מזומנות בידו, מוגדר הדבר ׳הילך׳, כתב הנמוק״י עצמו, שאם הוא מזומן לתת, הרי הוא כמי שנתן ונחשב הנתבע על השאר כופר הכל. ונראה שהטעם הוא שלמרות שהמעות עוד לא הושבו למלוה, הדיינים אינם צריכים לדון על עצם החיוב, וממילא נחשב כופר הכל על השאר (ונימוקו ודאי מועיל גם לשיטת רש״י הנ״ל).

אמנם כל האמור לעיל אין בו כדי להשיב על דברי רבה שבמודה במקצת קיים חשש של ׳אשתמוטי׳ ולכן הטילה תורה עליו שבועה (לעיל עמ׳ 100). ודחוק לומר שדברי רבה נאמרו רק אליבא דשיטת ר׳ חייא שמחייב שבועה בהילך. ויתכן שלמרות שקיים החשש של ׳אשתמוטי׳ כיון שהמציאות היא שהדיון בבית דין הוא דיון של ׳כופר הכל׳ (וכנ״ל לשיטת הריטב״א ולשאר השיטות שמחזיר את המצב לקדמותו) אין התובע יכול להטיל שבועת מודה במקצת על הנתבע[1088],

[1088] דברות משה, ב״מ חלק א׳ סימן כ׳ הערה כב עמ׳ קנ״ד: ״יפה ביאר בני הרה״ג ר׳ דוד נ״י דהמחלוקת בהילך הוא בסברא דהעזה, דתלוי איך זה מחשיב הלוה דרב ששת הפוטר בהילך סובר דאף שלדינא מכיון שמלוה להוציאה ניתנה הם ברשות הלוה ושלו ממש כמו בהוציאם כבר, מ״מ הלוה אפשר לא מחשיב זה להלואה כל זמן שהן בעין ולא הוציאם ורק הסך שהוציא מחשיב שלוה ולכן כשהוציא מחצה מחשיב שלוה רק המחצה וכשכופרם הרי הוא כופר הכל במה שלוה לפי דעתו, ואינו מעיז כיון שעשה לו טובה״ וביאור דבריו הוא, אדם שמחזיק בידו את הממון שלוה ולא הוציא חושב בליבו כאילו הוא לא לוה סכום זה, כיון שבידו להשיב את המצב לקדמותו בכל עת. לעומת זאת, הוא מחשיב את המעות שהוא כבר הוציא כ״חוב״. ולכן, כאשר הוא כופר במעות שכבר הוציא, אין לחייבו שבועה, שהרי הוא ׳כופר הכל׳ כיון שלפי ׳הרגשתו׳

וצ״ע.

פֵּסֵק הַשו״ע וְשִׁיטַת הַש״ך / סִיכּוּם הַשִּׁיטוֹת בְּדִין הַיִּלֶּךְ

יח. שו״ע חו״מ סימן פ״ז סעיף א׳:

> אם אמר לו, הילך המקצת שאני מודה, אינו חייב אלא היסת. ואינו נקרא הילך אלא אם כן יהא המקצת שהוא מודה לו מוכן בידו בפני בית דין ליתנו לו מיד, אבל אם אמר, הרי הוא בביתי ואתננו לך, לא...

מלשון השו״ע מוכח שאין הכרח שהנתבע ישיב את המעות עצמם שלוה (כפי שדורש רש״י – אות ד׳ - י׳) ודי בכך שהוא מודה שהכסף מוכן בידו. אמנם הסמ״ע והש״ך נחלקו האם השו״ע פסק כריטב״א (אות יד) או כנמוק״י והר״ן (אות טז). הסמ״ע בס״ק ח׳ כתב:

> אם אמר לו הילך כו׳. דכיון דנתן לו מיד, מה שמודה לו הוה ליה על הנשאר כופר בכל ודין כופר בכל יש לו.

כלומר, שיטת השו״ע כשיטת הריטב״א, שדין הילך נאמר במקרה בו הנתבע נותן את המעות שהודה בהן, עתה בבית דין בשעת ההודאה. אולם הש״ך בס״ק ב׳ העתיק את דברי הסמ״ע בביאור דברי השו״ע וחלק עליו:

שאר הסכום כאילו כבר הושב למלוה, ונמצא שאם הוא כופר, הוא דובר אמת, ואין להשביעו ובקצות סימן פ״ז ס״ק ה׳ כתב שהילך פטור כיון שאם הוא נותן את המעות, בית דין אינו זקוק להודאתו, ואין זה דין מודה במקצת. אמנם שיטתו אינה מבארת את שיטת רש״י על פי ההסבר הראשון, ועי״ש ובנתיבות פ״ז ביאורים ס״ק א׳.

ועיין בשיעורי הרב דוד פוברסקי ב״מ דף ד: שכתב שטעם הפטור בהילך הוא שע״י אמירת הילך הוא מוכיח שמעיקרא היו המעות מזומנות בידו לשלם, ואף ללא התביעה היה משלם לו, ולכן אין המעות שמשלם הנתבע בכלל הטענה, אבל במקרה בו הנתבע ׳מערים׳ (עיין עמ׳ 52 ואילך), מוכח שלא היו המעות מזומנות בידו מעיקרא ולכן חייב שבועת התורה. ועיין גם בשיעורי הגרב״ד (הגאון הרב ברוך דוד פוברסקי) בסוגייתנו שדן האם הפטור בהילך הוא מפאת חסרון בהודאה או מפאת חסרון בטענה.

ואין לשון זה מדוקדק, דהא הטור והמחבר נקטו 'מוכן בידו בפני בית דין ליתנו לו' כו', משמע שעדיין לא נתנו לו אלא שהוא מוכן בידו ליתנו לו... דאה"נ שאם הוא מזומן ליתנו לפני בית דין, כמי שנתנו כבר דמי[1089], ודוק.

השו"ע מסיים שאם הנתבע "אמר הרי הוא בביתי ואתננו לך", אין זה הילך. ולשיטת הש"ך החילוק הוא, שאם הוא אומר שהוא 'מזומן' לתת למרות שעתה המעות אינן אצלו, הרי זה הילך, אבל אם הוא אומר שהמעות בביתו ואינו מוסיף שהוא מזומן לתת אותם אין זה הילך[1090].

יט. העולה מהאמור לעיל, בדין מודה במקצת שאומר 'הילך', על פי שיטת רב ששת (אות ב') שפוטר משבועת מודה במקצת[1091]:

	יש בידו המעות שלוה		אין בידו המעות שלוה	
	משיב עתה	לא משיב עתה	משיב עתה מעות אחרות	לא משיב מעות כלל
רש"י א' (אות ד')	הילך	הילך	חייב שבועה	חייב שבועת התורה
רש"י ב' (אות י')		חייב שבועה	חייב שבועה	
ריטב"א (אות יד)		חייב שבועה	הילך	
ר"ן ונמוק"י (אות טז)		הילך, אם אומר שמוכן בידו לתשלום	הילך	

- ר' חייא סובר שהילך חייב (אות ב'), ויש מקום להסתפק האם לשיטתו (ע"פ

[1089] נראה שהמחלוקת בין הסמ"ע לש"ך היא האם הדגש בשו"ע הוא על כך שהוא "מוכן" (ש"ך) או על כך שהוא נותן "מיד" (סמ"ע).

[1090] עי"ש בש"ך שכתב: "ואף על פי שהבעל התרומות [שער ז' ח"ב ס"ד] כתב דהיינו שפורע לו עתה בפני ב"ד מידו לידו, מכל מקום דעת הטור והמחבר אינו נראה כן... ונראה דגם הבעל התרומות והסמ"ע לאו דוקא נקטו לשון נתנו מידו לידו, דאה"נ שאם הוא מזומן ליתנו לפני בית דין כמי שנתנו כבר דמי, ודוק". כלומר לשיטת הש"ך אף ספר התרומות והסמ"ע אינם מחייבים נתינה מיידית והם מסתפקים בנכונות לתשלום מיידי, וצ"ע.

[1091] אבל שבועת היסת – ישבע וכנ"ל בשו"ע באות יח.

שיטת רש"י בהסבר הראשון) הילך חייב אפילו אם מחזיר את המעות שלוה בשעת הודאתו בבית דין (אות ט').

- יש הסוברים שדין 'הילך' נאמר רק אם מחזיר את המעות עצמם, ונראה שנימוקם הוא, שאם לא הוציא את המעות, יש למלוה זכות קדימה על פני שאר הנושים (אות ח').
- הטעם לפטור ב'הילך' הוא מפני שבית דין דנים אך ורק על חלק הכפירה ואינם צריכים לדון על חלק ההודאה. ולשיטה הסוברת שקיימת עליו חובה להשיב את המעות עצמם, המצב חזר לקדמותו (אות יז).
- הסמ"ע סובר שהשו"ע פסק כריטב"א והש"ך סובר שהשו"ע פסק כר"ן (אות יח), אבל אם המעות בביתו ואינו אומר שמוכן לשלם - לכו"ע אינו הילך.
- יש לדון האם תשלום בהמחאה נחשב הילך (אות טז).
- עיין רמ"א סימן ע"ה סעיף ד' האם כל מלוה בשטר נחשב "הילך".

הערמה להיפטר משבועה באמצעות הילך / הודאה שלא ממין הטענה / הודאה שלא במידה

הקדמה

א. נתבע שמודה במקצת ואומר 'הילך' נפטר משבועת התורה (על פי השיטות השונות, כנ"ל עמ' 475). ונמצא שלכל נתבע כדאי לומר 'הילך' כדי לפטור את עצמו משבועת התורה. אמנם, על פי השיטות שמחייבות שהנתבע יביא את המעות לבית דין, יתכן שלא לכל נתבע מזומנות המעות לשלם עתה, ולכן לא כל נתבע ינצל אפשרות זו. אולם ודאי שמי שיש בידו מעות עדיף לו לנקוט בדרך של 'הילך' ולפטור עצמו משבועה.

גם במקרה בו אדם מודה הודאה שאינה במידה ובמנין ובמשקל, הרי הוא פוטר את עצמו מן השבועה (עמ' 454). ומכאן שכל נתבע שרוצה לפטור עצמו משבועה יודה בהודאה שאין בה פירוט של מנין וכו' ויפטור עצמו מן השבועה. ובניגוד להילך שכדי לפטור עצמו מהשבועה עליו להביא עימו את המעות לבית הדין, במקרה שלפנינו עליו רק לטעון טענה לא מפורטת, ויפטור עצמו מן השבועה (לקמן אות ז')[1092].

דינו של ספר התרומות – הערמה בטענת הילך / מדוע רוצה הנתבע להתחמק משבועה

ב. ספר התרומות, שער ז' חלק ב' סימן ו':

[1092] עיין הערה 1056 בדברי האחרונים מדוע כל מודה במקצת לא יהיה פטור במיגו שהיה מודה שלא במידה וכו', ובפשטות אותה שאלה קיימת גם בכל מודה במקצת מדוע לא יהיה פטור במיגו שהיה אומר "הילך", ועיין תוס' ב"מ דף ד. ד"ה "וש"מ" ובריטב"א שם.

טענת הילך שפטרנוהו משבועת התורה דוקא שלא יהא כמערים[1093], אבל אם נראה לדיין שהוא כמערים לדחות השבועה מעליו, חייב שבועת התורה[1094], וכן פסק ר״ח ז״ל, ע״כ.

כשהנתבע ״כמערים לדחות השבועה מעליו״, יתכן שהדיין סובר שהוא מתחמק מהשבועה כיון שהוא יודע שהוא משקר, ולכן על הדיין מוטלת החובה להטיל עליו שבועה. ויתכן שהדיין סובר שהנתבע רוצה להיפטר משבועה כיון שהוא מהאנשים שאינם רוצים להישבע אפילו שבועת אמת[1095], וגם במקרה זה יטיל הדיין שבועה על הנתבע[1096].

הש״ך בחו״מ סימן כ״ד ס״ק א׳, מבאר שההלכה שאין נזקקין אלא לתובע תחילה (שו״ע חו״מ סימן כ״ד סעיף א׳), פירושה שאם קיים ויכוח בין התובע לנתבע מי יטען ראשון, הדין הוא שהתובע טוען ראשון, והטעם הוא:

ונפקא מינה דאולי יודה מקצת ואין מודה מקצת חייב שבועה דאורייתא אלא כשהודה לאחר שטען התובע, אבל אם הודה בנ׳ ואח״כ תבעו התובע בק׳ וכפר, פטור משבועת התורה... דנזקקין לתובע לשמוע דבריו תחילה, שאף אם יודה לו הנתבע מקצת, מכל מקום כל זמן שלא שילם לו, הרי הוא הנתבע, ובעל דינו מיקרי תובע. וחייב שבועה דאורייתא, דהיה לו לפרוע מה שיודה לו קודם שתבעו בב״ד[1097].

[1093] עיין הערה 1221 ביחס לדין מיגו.

[1094] ועיין ב״ח חו״מ סימן פ״ז ד״ה ״ואם נראה לדיין״, שמשמע מדבריו שדברי בעל ספר התרומות נאמרו אחר שתוקנה שבועת היסת, שאז מ״מ חייב שבועה דרבנן, ומטילים עליו שבועה בחומר דאורייתא כשבועת מודה במקצת. ויתכן לדייק מדבריו שאף לשיטת ספר התרומות אין זו שבועת מודה במקצת מן התורה, אלא כעין שבועת מודה במקצת שכתב שם: ״כאילו נשבע בשקר שבועת התורה״, וצ״ע.

[1095] עיין עמ׳ 52 ואילך האם יש מעלה להימנע משבועת אמת.

[1096] מקושייתו ותירוצו של הב״ח בחו״מ סימן פ״ז ד״ה ״ואם נראה לדיין״ מוכח שהב״ח סובר שהדיין מבין שכוונת הנתבע להתחמק משבועה, אבל הוא אינו יודע האם הוא רוצה להתחמק משבועת שקר או משבועת אמת (ואם רצונו להתחמק משבועת אמת, הוא נוהג כשורה כיון שכל אדם מנסה להיפטר אפילו משבועת אמת, עי״ש).

[1097] עיין הערה 498, ולקמן אות ג׳.

כלומר, למרות שקיימת דרך למנוע את השבועה על ידי מתן אפשרות לנתבע לטעון תחילה, אין נוקטים בדרך זו. והטעם הוא, שאילו הנתבע היה רוצה למנוע מעצמו את השבועה, היתה יכולת בידו לפרוע (את הסכום שהוא מודה בו) עוד קודם בואם לבית הדין, וכיון שלא פרע קודם לכן, יש לתובע זכות להטיל שבועה על הנתבע.

אמנם, הש"ך מקשה על עצמו, מדינו של ספר התרומות הנ"ל, ממנו מוכח שמי שמנסה להערים על ידי טענת הילך מתחייב שבועת התורה, כלומר ההערמה אינה מועילה לו, וא"כ גם אם הנתבע יטען תחילה כדי להתחמק מן השבועה, ניתן להטיל עליו שבועת התורה, ותירץ:

> י"ל דהכא מיירי שהדיין רואה שאינו כמערים אלא שקשה לישבע אפילו באמת.
> אי נמי התם כבר טענו, משא"כ כאן שמדיינין על זה מיד בתחילה, ודו"ק.

על פי תירוצו הראשון של הש"ך, נתבע שהדיין איננו חושש שהוא משקר, שהקדים והערים וטען ראשון (כדי להימנע משבועה), אין להטיל עליו שבועה. רק שלכתחילה התובע יתבע ראשון, כיון שזכותו של התובע לדרוש את שבועת התורה (ועוד שהיה יכול לפרוע מקודם). אולם בנידון של ספר התרומות, אף אם הערים יש להטיל עליו שבועה כיון שקיים חשש שהוא רוצה לשקר.

ונסיק מדבריו לדין הילך, שאם לדיין ברור שהנתבע טוען הילך כדי להיפטר משבועה, ונראה שהוא דובר אמת, עורמתו הועילה לו.

ועל פי תירוצו השני של הש"ך, אין לדמות בין הנידון של ספר התרומות לנידון של נתבע שרוצה לטעון תחילה. כיון שבנידון של ספר התרומות, היתה כבר הודאה במקצת, רק שהנתבע מנסה להתחמק ממנה על ידי טענת 'הילך', ולכן עורמתו לא תועיל לו. אבל בנידון של הש"ך שהדיון הוא מי יטען תחילה, אם הנתבע קדם וטען, כלל לא הגענו למצב של הודאה במקצת המחייבת שבועה,

ולכן עורמתו היתה יכולה להועיל לו. אמנם על פי תירוץ זה אין הוכחה מדברי הש"ך האם ההערמה היא להינצל משבועת אמת או משבועת שקר.

ג. ראשונים ואחרונים דנו האם יש להימנע מלהישבע שבועת אמת לעיל (עמ' 178 ואילך). אם ננקוט שיש להימנע משבועת אמת, נראה שבנידון של ספר התרומות, דיין שסובר שמטרת הנתבע שטוען הילך היא להתחמק משבועת אמת, הרי הוא נוהג כהוגן ואין להטיל עליו שבועה, אבל אם ננקוט כשיטה הסוברת שאין להימנע משבועת אמת, ואף מצוה להישבע שבועת אמת, יש מקום לומר שגם אם הנתבע טוען טענת הילך כדי להתחמק משבועת אמת, יטיל עליו הדיין שבועה.

<u>מה היא 'טענת הילך' שהנתבע מערים בה</u>

ד. נחלקו ראשונים מה הוא 'הילך' הפוטר משבועת מודה במקצת (עיין סיכום השיטות בעמ' 475). ולכאורה היה מקום להציע שדברי בעל ספר התרומות הינם על פי השיטה, שב'הילך' אין הכרח לשלם עתה, ואפילו אם ישלם כעבור זמן והוא רק אומר שהמעות מזומנות בידו הרי זה הילך, וכיון שנראה לדיין שהוא כמערים, הדיין יטיל עליו שבועה. אבל אם אם הנתבע משלם מייד לתובע את הסכום בו הוא הודה, לכאורה אין מקום להטיל על הנתבע שבועת מודה במקצת[1098].

אולם, ספר התרומות עצמו (שער ז' חלק ב' סימן ד') מציין למחלוקת בדין הילך, ונראה שמסקנתו היא שהילך פירושו שהנתבע נותן את הכסף לתובע בבית הדין. משמע שאפילו במקרה בו הנתבע שילם כבר לתובע, אבל לדיין נראה שהנתבע מערים כדי לפטור את עצמו משבועה – קיים דין הילך לשיטת ספר התרומות (ועיין לקמן אות ח').

<u>הערמה בהודאת שעורים, הערמה בטענת הילך, הערמה בהודאה שלא במידה</u>

[1098] והיה מקום לדייק מדברי ספר התרומות שנקט "טענת הילך" והיינו שטוען טענה זו אבל אינו משלם עכשו, אולם עיין בפנים לקמן.

ה. גמ׳ שבועות דף מ: :

אמר רב ענן אמר שמואל, טענו חטין וקדם והודה לו בשעורין (מי שהיה לו לטעון על חבירו חטין ושעורין וטענו חטין ולא הספיק לטענו שעורין עד שקדם זה ואמר חטין אין לך בידי אבל שעורין יש לך בידי).

אם כמערים[1099] חייב (אם נראה לב״ד שקפץ להודות כדי שלא יטעננו זה שעורין ויתחייב לו שבועה בהודאת שעורים חייב לו שבועה אם אמר לו זה שניהם יש לי בידך).

אם במתכוין פטור (ואם במתכוין להשיב לו על טענתו של חטין ולא כקופץ, פטור).

הב״י בחו״מ סימן פ״ז כתב שדינו של ספר התרומות נלמד מדינו של שמואל, כיון שבשני המקרים יש כח ביד הדיין שחושב שהנתבע מערים כדי להתחמק משבועת מודה במקצת, להטיל עליו שבועה. אמנם, הגדולי תרומה על ספר התרומות הנ״ל הקשה שאם יש כח ביד דיין להטיל שבועת התורה במקרה של הערמה, לכאורה יהיה בידו כח להטיל שבועה גם במקרה של כופר הכל או בשאר מקרים בהם הוא פטור משבועת התורה אם הדיין חושש להערמה, ותירץ:

אמנם נראה דעיקר מאי דשייך ביה ערמה הוא שהנתבע טוען טענה שמחייב בה שבועה דהיינו שמודה במקצת ממש אלא שהוא בעורמתו רוצה להסתיר טענתו וכאילו הוא כופר בכל דהיינו כההיא דקדם והודה בשעורים דכפי דעת התובע שדעתו לתבוע הכל מודה מקצת הוא.

וכה״ג נמי באומר הילך הא מודה מקצת טענת התובע הוא, אלא שהוא כמערים רוצה להסתיר הענין. ומשום הכי כשהדיין רואה שהוא מערים מניח הדבר כמות שהוא ומחייב אותו כפי טענתו שהוא מודה במקצת ואינו מוסיף בה כלום אלא מסלק המרמה, אבל כשהוא כופר ממש בכל, אע״ג דנימא שהוא כמערים, הא מיהא אין בדבריו מודה במקצת כלל ועל איזו טענה יחייבהו הדיין שבועה דאורייתא.

[1099] עיין הערה 1221

כלומר, כוחו של הדיין להטיל שבועת התורה הוא במקרה בו היתה הודאה במקצת שהנתבע מצא דרך להתחמק ממנה[1100], אבל במקרה בו לא היתה כלל הודאה במקצת (וכפר בכל), אף אם הדיין סובר שמטרתו של הכופר בכל היא להתחמק משבועת מודה במקצת, תורה לא נתנה לו את הכח להטיל שבועת התורה במקרה זה.

ו. אמנם יש לעיין בדמיון שבין מי שקדם והודה בשעורים לבין הנידון של הערמה על ידי הילך. המקדים ומודה בשעורים לא הפסיד דבר, ובהודאתו המוקדמת הוא רוצה לפטור עצמו משבועת התורה, ולכן אם הוא מערים, הוא לא נפטר משבועת התורה. לעומת זאת, במקרה של הערמה באמצעות הילך, הנתבע הפסיד בכך שהוא חייב להביא מעות עתה לבית דין שאל"כ לא יפטר (עיין במחלוקת בעמ' 475 ושיטת בעל התרומות שהילך נאמר רק במקרה שהנתבע משלם בשעת ההודאה בבית דין), ואף התובע הרויח את מעיותיו עתה. ולכן יש מקום לומר שאין להסיק מדינו של המקדים ומודה בשעורים לדינו של המערים להתחמק משבועה ע"י הילך, וצ"ע.

ז. אמנם מדינו של שמואל (המקדים להודות בשעורים שבמקרה זה שיש לנתבע רק רווח, יש להטיל עליו שבועה אם הוא מערים) לכאורה נוכל להסיק, שמי שמודה בהודאה שאינה במידה ובמשקל ובמנין (עיין עמ' 454), ובית דין סוברים שהוא יודע את הסכום אבל הוא מערים ואינו מודה בסכום מדוייק כדי להיפטר משבועת מודה במקצת (ויש לו רק רווח מהודאה באופן זה), ניתן להטיל עליו שבועת מודה במקצת[1101] (ואם הוא יסרב להישבע, יתכן שדינו יהיה כמו כל מחוייב שבועה שאינו יכול להישבע, וישלם).

ושמא ניתן לדחות את דברינו, כיון שבנידון של שמואל, הנתבע הודה במקצת

[1100] ובמקרה שבו הנתבע קפץ והודה בשעורים קודם התביעה של התובע, נחשב כאילו התובע כבר תבע, וכמבואר לעיל.

[1101] כלומר, שהוא יגלה מה הוא הסכום בו הוא מודה.

הודאה מלאה, רק שהוא הקדים את התובע (וכן בנידון של הילך הודאתו הודאה מלאה, רק שהוא מערים ומשלם עתה), לעומת זאת, בנידון שלפנינו יתכן שאין כח ביד בית דין לחייבו שבועת מודה במקצת, כי מעיקרא לא היתה הודאה המחייבת (ומעין דברי הגדולי תרומה לגבי כופר הכל, כנ"ל)[1102], וצ"ע.

<u>פסק השו"ע וסיכום</u>

ח. שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף ג':

אם נראה לדיין שהוא מערים לומר הילך לדחות שבועת התורה מעליו, חייב לישבע שבועת התורה.

הסמ"ע והש"ך נחלקו האם השו"ע סובר ש'הילך' מחייב פרעון מיידי (סמ"ע), או שעצם העובדה שהוא מזומן לתת כבר מחילה דין 'הילך' (ש"ך, עמ' 475). אם ננקוט ששיטת השו"ע היא ש'הילך' פטור משבועת מודה במקצת כבר בהיותו מזומן לתת, ועל כך נאמר הדין שאם הוא מערים חלה עליו חובת שבועה, יתכן שאם הוא שילם בפועל בעת ההודאה בבית דין לא נוכל לחייבו שבועה אפילו אם הוא מערים (עיין לעיל אות ד').

ט. העולה מהאמור לעיל בדין הערמה:

- אם נראה לדיין שהנתבע מערים וטוען הילך כדי לפטור עצמו משבועה, הדיין יטיל עליו שבועת התורה (אות ב, ח'), וכך הדין במי שמקדים להודות בשעורים (אות ה'), ויש מקום להסתפק בדינו של המערים ומודה שלא במידה וכו' כדי לפטור עצמו משבועה (אות ז').
- כופר הכל, אפילו אם נראה לדיין שהוא מערים, אין אפשרות לחייב אותו שבועת התורה (אות ה').
- המערים לטעון הילך, חייב שבועת מודה במקצת אפילו אם שילם בפועל

[1102] עיין לעיל הערה 1056 מדוע אין למודה במקצת מיגו שהיה מודה שלא במידה וכו'.

לידי התובע (אות ד'), ויש מקום להסתפק מה דעת השו"ע במקרה זה (אות ח').

- אם המערים רוצה לפטור עצמו מחמת שאינו רוצה להישבע שבועת שקר, יש להשביעו, אולם צ"ע מה הדין אם הוא רוצה לפטור עצמו משבועת אמת (אות ב'-ג').

הפה שאסר הוא הפה שהתיר / מיגו

עיקר הדין

א. המושג "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", יכול להתפרש במספר אופנים (ובכולם ה'איסור' איננו דוקא 'איסור' אלא כל חיוב ממוני שהוא מחייב בו את עצמו), ולגבי כל אחד מהם יש לעיין (מדוע יש לו זכות לאסור מעיקרא וכן) מדוע יש לו כח להתיר לבסוף. וכפי שיתבאר לקמן, קיימים (לפחות) שלשה מובנים[1103]:

- ביאור ופירוש הדברים: מי שיש לו כח לאסור, יש בכוחו לשוב ולפרש שכוונתו היתה לאסור רק במקרה מסויים ובשאר המקרים מותר או שאחר שהיה איסור, השתנה המצב להיתר (לקמן אות ד').
- סמכות לשנות החלטה: מי שיש לו כח לאסור, יש בכוחו להתיר את אותו הדבר שהוא אסר. כגון, מלך שאסר דבר מסויים לבני המדינה ולאחר מכן שב והתיר (לקמן אות ב').
- כח לסתור את דבריו הקודמים: מי שיש לו כח לאסור, יש בכוחו לחזור בו מדבריו ולטעון שמה שאמר מתחילה אינו נכון, ועתה הוא אומר דברים נכונים (לקמן אות ג').

בפשטות המקרה הראשון הוא המובן ביותר, ואילו שני המקרים שלאחריו הינם חידוש גדול יותר. כיון שבמקרה הראשון, הוא מבהיר את דבריו, במקרה השני הוא משנה את דבריו אבל אינו סותר את מה שהיה מעיקרא, ואילו במקרה השלישי הוא סותר את מה שהיה מעיקרא.

לקמן נדון האם בשלשת הסוגים הסמכות לאסור ושוב להתיר נובעת מאותו טעם והאם מדובר ב'סמכות' לשנות או ב'נאמנות' (אות ו' ואילך).

[1103] כמו כן יש לעיין מי הם האנשים שיש להם סמכות לאסור ואח"כ להתיר, עיין לקמן עמ' 52 ואילך.

הפה שאסר – סמכות לשנות החלטה

ב. (מדרש[1104]) שכל טוב (מהד׳ בובר)[1105], בראשית פרק ל״ה פס׳ י׳:

ויאמר לו אלוקים שמך יעקב (לא יקרא שמך עוד יעקב כי אם ישראל)... יכול הקוראו יעקב עובר בלאו ת״ל ׳שמך יעקב׳, ועוד חזר הקב״ה בלכתו למצרים וקראו יעקב, ולכך משה רבינו ע״ה קראו יעקב... ואע״פ כן הפה שאסר הוא הפה שהתיר, שנאמר אלוקי אברהם ואלקי יצחק ואלקי יעקב[1106]...

משמע, ש״הפה שאסר...״ מתפרש במובן של סמכות, מי שמעיקרא אמר ששמו של יעקב הוא ישראל יש בסמכותו לשוב ולשנות ולקרוא לו ״יעקב׳ (למרות שתמוה שכביכול הקב״ה חזר בו, וצ״ע).

ואף אם נדחוק ונאמר שאין זו כוונת המדרש[1107], הרי שעצם הלשון ״הפה שאסר...״ ודאי יכולה להתפרש, שיש בכוחו של האוסר לשוב ולהתיר (או ההיפך).

הפה שאסר – סתירה למפרע של דבריו הקודמים

ג. תוספתא ב״מ פרק א׳ הלכה ו׳ (י׳):

הודאת בעל דין כמאה עדים אימתי בזמן שטענו והודה אבל אם הודה מפי עצמו יכול לחזור בו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

[1104] הספר מכונה ״מדרש שכל טוב״, אולם יש לדקדק האם המחבר עצמו כיון לקרוא לספרו ׳מדרש׳. ועי״ש במבוא אות א׳ שציטט מדברי המחבר ״אמרתי אני בלבי לפתוח ספר... ולקרותו שכל טוב... חיבורי זה... שכל טוב.

[1105] חברו רבינו מנחם ב״ר שלמה, והוא היה בתקופת הראשונים (עי״ש במבוא).

[1106] עיין גמ׳ בברכות דף יג.

[1107] בדוחק היה ניתן לומר, שהסוף מבהיר את כוונתו בתחילה. אולם ממהלך הדברים לא נראה כך.

היכולת של מי שהודה מפי עצמו לחזור בו, משמעותה היא שמעיקרא הוא אמר שהוא חייב ממון לחבירו, ועתה הוא חוזר בו ואומר שמעיקרא לא היה חייב. ורבים דנו בביאור דברי תוספתא זו. הש"ך בחו"מ סימן פ"א ס"ק נ"ו[1108] האריך לדון בשיטות הגאונים והראשונים, ומסקנתו היא:

ועל כרחך לאחר כדי דיבור מיירי, דאי תוך כדי דיבור בטענו והודה נמי יכול לחזור.. כתב רב האי גאון בשערי שבועות וז"ל, אימתי בזמן שתבעהו והודה, אבל אם הודה מעצמו יכול לומר משטה אני בך שהפה שאסר הוא הפה שהתיר כו'.....ונראה שדעת בעל העיטור דהתוספתא מיירי שלא בבית דין, רק שהודה כן בפני עדים ולא אמר אתם עדי. אבל לא נהירא... ועוד אוכיח לקמן בהרבה הוכחות דהתוספתא מיירי בהודה כן בבית דין....

מיהו נראה לפע"ד דהתוספתא ורב האי גאון וסיעתו לא קאמרי אלא בהודה בבית דין בסתם דרך שיחה, אבל בהודה דרך הודאה שאמר אני מודה לפניכם דרך הודאה שאני חייב לפלוני לא מסתבר כלל לומר דיכול לומר משטה הייתי, דמי דמודה דרך הודאה גמורה לפני בית דין מסתמא אינו משטה [ועיין.. ס"ק י"ט כתבתי איזו מיקרי דרך הודאה גמורה]...

והא דקתני בתוספתא יכול לחזור בו, נראה דהתוספתא לא מיירי מהשטאה, דהא לא הוזכר בתוספתא כלל משטה....
אלא נראה דהכי פירושו, יכול לחזור מהודאתו ולומר כשהודיתי חשבתי כך ועכשיו אני חושב כך ונזכרתי וטעיתי בהודאתי, נמצא שבשעה שהודה אסר באמת והודאתו היתה הודאה ועכשיו הוא חוזר, ושייך שפיר הפה שאסר הוא הפה שהתיר...

[1108] ועיין חמרא וחיי סנהדרין כט שהאריך לדון ולחלוק על דברי הש"ך, ציין לו בתוספתא כפשוטה כאן. ונראה שקיימות מספר טענות. משטה (מודה שלא אמר אמת ומנמק דבריו), שלא להשביע את עצמי (כנ"ל) ,טעיתי (כנ"ל ומבאר את טעמו). או שחוזר בו ממש (ויש לו זכות לכך).

העולה מזה, מי שתבע את חבירו בבית דין והודה לו, אינו יכול לחזור בו בכל ענין אלא תוך כדי דיבור. ואם הודה מעצמו יכול לחזור בו ולומר טעיתי בהודאתי[1109], אבל אינו יכול לטעון משטה הייתי בך...

לשיטת הש"ך, "הפה שאסר..." מתפרש כיכולת של אדם לחזור בו מחיוב שהטיל על עצמו, ויכולתו לחזור בו היא אפילו אחר תוך כדי דיבור, אולם הוא חייב לבאר את הטעם בגינו הוא חוזר בו ("ונזכרתי וטעיתי בהודאתי").

ולשיטה האומרת שטענתו של החוזר בו היא "משטה אני בך" (שיטה שהש"ך חולק עליה), המשמעות של "הפה שאסר..." היא אינה חזרה ממשית ממה שאמר, אלא 'הבהרה' שמה שהוא אמר היה דרך שטות (אות ד').

<u>הפה שאסר – ביאור והבהרת דבריו הראשונים / שינוי מצב שמתיר את האיסור</u>

ד. משנה כתובות דף כב. :

האשה שאמרה אשת איש הייתי[1110] וגרושה אני נאמנת, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר[1111],[1112].

[1109] יל"ע האם בסיום דבריו הש"ך חוזר בו מדבריו שההודאה צריכה להיות 'דרך שיחה' ולא דרך הודאה, וצ"ע.

[1110] הלשון "הייתי" יכול להתפרש בשני מובנים. האחד, הייתי ועתה אינני אשת איש (אבל לא ידוע האם היא גרושה או אלמנה) והשני. "הייתי ועדין אני במצב זה" (כמו אדם האומר "היה לי חבר..." ואין כוונתו שחבירו נפטר אלא כיון שמספר על העבר נוקט לשון עבר בכל דבריו), ועיין הערות 1111, 1154.

[1111] עיין מ"מ פי"ב מגירושין הלכה א' שהציע שאם היא אומרת "אשת איש הייתי ונתגרשתי" דבריה חלים אפילו אחר תוכ"ד דיבור, אבל אם היא אומרה "אשת איש אני" ומוסיפה "נתגרשתי" חייבת לומר את דבריה תוכ"ד דיבור. וכתב הישי"ש בכתובות פ"ב סימן י"ט: "ותימא במאי קמיירי ר' יונה והרמ"ה, אי באומרת אשת איש הייתי, א"כ משמע שעתה אינה אשת איש, וגרושה או אלמנה היא, כמו שכתב המגיד משנה (ה' גירושין פי"ב ה"א), ואי שאמרה אשת איש אני, פשיטא שצריך כדי דבור, או אמתלא לדבריה, דהא עקרה נפשה, וכאלו חזרה ואמרה פנויה אני דמי. ונראה לי לקיים דבריהם, כגון שאמרה קדשוני איש אחד, דאינו מוכח מידי, אם עדין א"א, או גרושה, או אלמנה היא". ונמצא שלשון המשנה אינה הלשון בה היא עצמה אמרה את דבריה, וקצ"ע. ועיין בב"ח סימן קנ"ב בביאור דברי הטור. ובדברי הב"ש סימן קנ"ב ס"ק י' – עמ' 515.

[1112] עיין פת"ש אבהע"ז סימן קנ"ב ס"ק ו' שדן האם כיום שרווקות הולכות ללא כיסוי ראש ונשואות מכסות את ראשן, ובאה לעיר לבושה כמנהג הנשואות, לא מפיה אנו יודעים שהיא נשואה, וא"כ לא תוכל לומר שנתגרשה, עי"ש. ועיין בשו"ת עמק הבכא (הרה"ג שמעון אפרתי זצ"ל) שדן האם אשה כבת ארבעים שאומרת שהייתה נשואה ונתגרשה, שייך בה דין הפה שאסר,

ואם יש עדים שהיתה אשת איש, והיא אומרת גרושה אני, אינה נאמנת.

אמרה נשביתי (רש"י: לבין העובדי כוכבים) וטהורה אני (שלא נבעלתי לעובד כוכבים), נאמנת (ומותרת לכהן), שהפה שאסר הוא הפה שהתיר[1113], ואם יש עדים שנשבית, והיא אומרת טהורה אני אינה נאמנת.

בשני המקרים שבמשנה, האשה איננה חוזרת בה מדבריו הראשונים, אלא היא מוסיפה עליהם תוספת ביאור שמסייגת את דבריה הראשונים, ונמצא ש"הפה שאסר..." אינו מתיר את האיסור למפרע, ואינו חוזר בו מדבריו, אלא מבאר שיש הסתייגות לאיסור, ועתה אינו חל או שהוא חל באופן חלקי וכדו'[1114].

כיון שרוב הנשים בגיל זה נשואות וא"כ האיסור ידוע לא רק מפיה, ועי"ש צדדים להיתרא. ועיין גם בשו"ת כח שור (הרב יצחק שור), חלק א' סימן כ"ט שדן בדינה של אשה שבאה לבושה בבגדי נשואה (וכן יל"ע בדינה של אשה שאומרת אשת איש הייתי, ועונדת על ידה טבעת נישואין).

[1113] בתוס' רעק"א על המשנה (כתובות פרק ב' משנה ה' אות כ"א) תמה מדוע זקוקים כאן (במקרה של אדם שמדבר על עצמו) ל'כח הגדול' של "פה שאסר..." שכוחו הוא כלפי העולם, לומר שמעיקרא היה כך ומעתה אחרת, והרי האשה שאומרת שהיתה אשת איש, אין בית דין מאמינים לה ביחס לאחרים ואין לדבריה תוקף של נאמנות או עדות ודבריה חלים רק ביחס לעצמה מדין "שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא", וכיון שהיא אומרת שהיא גרושה, מוכח שמעולם לא התכוונה לאסור את עצמה, וכ"ש בנידון של שבויה, שהשבי בפני עצמו אין בו 'איסור' והחשש הוא מפני שנטמאה, וכיון שהיא מגלה שלא נטמאה מוכח שמעיקרא לא אסרה על עצמה כלום, ונשאר בצע"ג (אולם מי שמעיד על אחרים וסמכותו היא ביחס לאחרים ברור שיש צורך ב"הפה שאסר..." כדי לאפשר לו לחזור מדבריו – ועיין לקמן בעמ' 52 לגבי סוגים שונים של אנשים שקיים לגביהם הכח של "הפה שאסר".

ובקובץ שיעורים, כתובות דף כב. (אות נח) כתב, שקושייתו של רעק"א קיימת רק אם דין "שויא אנפשיה" כוחו מדין נדר, אבל אם כוחו מדין נאמנות אין מקום לקושייתו (וע"ע חידושי הגרש"ש שקאפ, כתובות סימן ז'), אבל לא ביאר את דבריו. ונראה שכוונתו היא שאם "הפה שאסר..." חל מדין "נאמנות" הרי שהיא עצמה סוברת שהיא נאמנת כלפי כל העולם, רק אנו לא מקבלים את דבריה, ועל פי דבריה שלה יש צורך לכח של "הפה שאסר..." וקצ"ע.

ובספר ראשי שערים (הרב גורביץ ראש ישיבת גייטסהד), כתובות סימן י' כתב, שכיון שהיא נאמנת לאסור על עצמה, בית דין מצווים להפרישה ולהענישה על פי דבריה, וממילא היה מקום לומר שאין לה אפשרות לחזור בה, לולי הדין של הפה שאסר (ועיין הערה 1130 ביחס לכוחו של "הפה שאסר..."). ועיין בדברינו בעמ' 52 ובהערה 1166.

[1114] ועל פי דרך זו נראה לבאר את המשנה בדמאי פרק ו' משנה י"א: "המוכר פירות בסוריא ואמר משל ארץ ישראל הם, חייב לעשר. מעושרין הן, נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר (אילו מקור הפירות לא היה ידוע, לא היה צריך לעשר מספק בסוריא [עיין פיהמ"ש לרמב"ם], אבל כיון שאמר שהם של ארץ ישראל, חייבם במעשרות, והתירם באכילה באמירתו שהם מעושרים, ועי"ש במפרשים, ולקמן הערה 1134). וכך גם מבוארת המשנה בכתובות דף יח: "העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה, אבל אנוסים היינו, קטנים היינו, פסולי עדות היינו, הרי אלו נאמנים" וכתב שם רש"י: "כיון דאין כתב ידם ניכר אלא על פיהם, הפה שאסר הוא הפה שהתיר...". ואמנם עיין יש"ש כתובות פרק ב' סימן י"ט, שכתב שעדים שאמרו היו אנוסים הרי הם סותרים את דבריהם הקודמים כיון ששטר נחשב כמי שנחקרה עדותו בבית דין ולכן יש צורך שיאמרו את טענת האונס

מה היה קורה לולא דבריו/ משמעות האמירה השניה

ה. לולי היה האדם אוסר הוא לא היה זקוק להתיר את דבריו. ולפיכך יש לעיין האם כאשר הוא שב ומתיר אנו סומכים על דבריו האחרונים או שדבריו (הן הראשונים והן האחרונים) בטלים לגמרי וממילא שבנו למצב שהיה קודם דבריו. הנתיבות בחו"מ סימן ע"א, ביאורים ס"ק ד' כתב:

> וכל הפה שאסר לא מגרע בדבריו הראשונים מידי, וחשבינן כאילו לא אמר חובתו כלל כיון שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, כך נראה לי ברור.

ויש לעיין האם כוונתו לומר שכאילו לא אמר כלל את דבריו הראשונים, או שאנו מקבלים את דבריו האחרונים ומשלבים אותם בדבריו הראשונים ואת מסקנת האיסור שעלתה מדבריו הראשונים אנו מבטלים ומקבלים את דבריו האחרונים, וקצ"ע.

ונראה, במקרה שבאות ב' (סמכותו של המלך), שבנו למצב שהיה מעיקרא (למרות שמי שעבר על מאמרו של המלך בתקופה הראשונה דינו להיענש שהרי היתה תקופה שהיה בה איסור), וכך ודאי גם במקרה של מי שהודה מעצמו וחזר בו למפרע מהודאתו (אות ג'). אבל בנידון של האשה שאמרה שהיתה אשת איש (אות ד'), עתה שהיא אומרת שהיא גרושה, לא בטלו דבריה, שהרי מעתה היא גרושה שאסורה לכהן וכו'.

מקור הכח לאסור ולהתיר

ו. יש לעיין מה הוא מקור הכח של האדם לחייב עצמו ולאחר מכן לפטור את עצמו מחיובו. ונראה, שבמקרה שבאות ב', מקור הסמכות היא המציאות שבה יש למלך

תוכ"ד, אבל בא"א הייתי ונתגרשתי א"צ תוכ"ד.

סמכות להורות כרצונו, ולכן הוא יכול פעם לאסור ופעם להתיר. אולם במקרה של סתירה למפרע של דבריו הקודמים (אות ג׳) ושל הבהרת דבריו הראשונים (אות ה׳). יש לעיין מה הוא מקור הכח לאסור ומה הוא הכח להתיר.

ז. גמ׳ כתובות דף כב. :

א״ר אסי מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר מן התורה, שנאמר (דברים כ״ב) את בתי נתתי לאיש הזה לאשה. לאיש - אסרה, הזה – התירה (רש״י: נתתי לאיש אסרה לכל העולם דלא ידעינן למאן, וכי אמר הזה התירה לו. שנאמן לאסור את בתו כשהיא קטנה או נערה שבידו לקדשה...)
למה לי קרא סברא היא[1115], הוא אסרה והוא שרי לה[1116]...

כנ״ל (אות א׳) קיימים שלשה סוגים של ״הפה שאסר...״. ויש לעיין ביחס לאיזה מקרה דנה הסוגיא.

האב שאומר שקידש את ביתו ואינו מגלה למי קידש, אוסר את בתו לכל העולם, כיון שלא ידוע לנו למי הוא קידש אותה. אולם ברור שהוא קידש לאיש אחד בלבד (שזו מהותם של קידושין), רק אנו מכח חוסר הידיעה חוששים ואוסרים אותה לכל העולם. וכאשר האב מגלה למי הוא קידש את בתו, הוא לא מסייג את דבריו הראשונים, אלא מגלה למה היתה כוונתו מעיקרא, ואף לנו היה ברור שמדובר רק באדם אחד, רק שהוא לא גילה את דבריו.

המקרה של רב אסי, לכאורה אינו דומה לאף אחד מהמקרים שהוזכרו לעיל. שהרי, לא מדובר במלך שיש לו סמכות לחוקק חוק ולשנותו (אות ב׳)[1117], וכן לא מדובר במי שסותר את דבריו למפרע (אות ג׳).

[1115] עיין פני יהושע ברכות דף לה בתוקף הסברא שהיא מה״ת שאל״כ א״א אפשר לומר ״למה לי קרא...״.
[1116] עיין הערה 1242.
[1117] למרות שבכוחו של האב לקדש את בתו, אין בסמכותו להפקיעה את הקידושין אחר שחלו, והוא אינו ׳מחוקק׳.

ולכאורה המקרה של רב אסי גם אינו דומה למקרה בו האשה אמרה שהיתה אשת איש ונתגרשה (אות ד׳) כיון שבנידון של אשת איש, אין הכרח שהיא התגרשה, ובדיבורה השני היא מגלה זאת. לעומת זאת בנידון של רב אסי, הכרחי הדבר שהתקדשה רק לאיש אחד, רק שמעיקרא האב לא הודיע למי, ועתה הוא מגלה. ולכן לכאורה לא נוכל להסיק מדינו של רב אסי, בו הדיבור השני מגלה דבר שהיה ברור לנו שהוא נכון (רק לא ידענו מי הוא האיש שקידש אותה), לנידון של אשת איש הייתי ונתגרשתי שהוא חידוש יותר גדול כיון שבדיברו השני נוספת ידיעה שאינה מחוייבת המציאות.

ונמצא לכאורה, שדינו של רב אסי, הינו דין חדש של ״הפה שאסר...״ שאינו יכול ללמד על שאר מקרים של הפה שאסר.

אולם דברי רב אסי בגמ׳ כתובות דף כב. מובאים אחר דברי המשנה שבה נאמר ״האשה שאמרה אשת איש הייתי...״ (אות ד׳), ונמצא שהגמ׳ סוברת שמדינו של רב אסי, נוכל להוכיח אף את הנידון של המשנה, ועוד שדברי רב אסי ״מנין שהפה...״ נשמעים כהוראה כללית ולא כדין פרטי למקרה שלפניו ?

בדוחק היה ניתן לישב, שעל פי דברי רב אסי אכן אין ראיה לנידון שבמשנה (ולא לשאר המקרים של ״הפה שאסר...״), ורק על פי מסקנת הגמ׳ שמדובר בסברא, יש בכח הסברא להכיל אף את המקרה שבמשנה. אולם כנ״ל מלשונו של רב אסי מוכח שהוא בא ללמוד מפסוק את הדין הכללי של הפה שאסר לא רק את המקרה הפרטי עליו הוא דן – ועיין לקמן בדברי תוס׳.

ח. תוס׳ בכתובות דף כב. ד״ה ״מנין״ מעמיד את דברי רב אסי במקרה הבא[1118]:

[1118] עי״ש בתוס׳ שהקשה: ״ותימה דאם בא אחד ואמר קדשתי את בתי ולאחר שעה או למחר אמר לפלוני קדשתיה לא יהא נאמר כיון דהשתא ליכא מגו״. כלומר ברור לתוס׳ שהאב נאמן במקרה זה, אף ללא מיגו (ותוס׳ לא ביאר מנין לו שהוא נאמן).

ואומר ר״י דבענין זה שאינו סותר דבריו הראשונים ולא בא אלא לפרש דבריו הראשונים מהימן אע״ג דליכא מגו. והכא דריש מ׳את בתי׳ הפה שאסר הוא הפה שהתיר כגון דקאי האיש שקידש לו קמיה וקאמר ׳את בתי נתתי לאיש׳ ושתיק דמשמע ודאי שאינו מכיר שזה חתנו מדלא אמר ׳את בתי נתתי לזה׳ או ׳לאיש הזה׳ ביחד בלא הפסק מרובה הלכך לא יהא נאמן אחר כך אלא תוך כדי דבור דאיכא מגו[1119].

כלומר, היכולת להתיר ולומר שנתן את בתו לאיש מסויים, היא אפילו במקום בו לכאורה איבד את נאמנתו לומר שאיש זה קידש את בתו. ומכאן, שבדיבורו השני הוא מחדש דבר שלא היה צפוי מעיקרא (כיון שמעיקרא חשבנו שלא זה האיש אליו נתקדשה בתו). ואע״פ כן דבריו מתקבלים, וא״כ נוכל ללמוד מכאן שאשה שאמרה אשת איש הייתי ואח״כ היא מחדשת שנתגרשה שיתקבלו דבריה, כיון שבשני המקרים בדיבור השני הוא אומר דבר שלא היה הכרחי על פי דבריו הראשונים.

ועל פי דברי תוס׳ הכרחי לומר, שגם למסקנת הגמ׳ שאין צורך בפסוק ודין ״הפה שאסר...״ הינו סברא, הסברא כוללת אף את המקרה עליו דן תוס׳ שאל״כ הגמ׳ היתה דוחה ואומרת שיש צורך בפסוק לנידון של תוס׳.

ט. לדברינו לימודו של רב אסי, מועיל לנידון שבאות ד׳ והיינו למקרה בו אדם אמר דבר ואח״כ מבהיר את דבריו. ובמקרה בו אדם הוא ׳מלך׳ סמכותו ברורה לשנות את חוקיו (אות ב׳) אולם יש לעיין מה הוא מקור הסמכות לסתור למפרע את דבריו (אות ג׳), ועיין לקמן אות יג.

<u>׳סַבְרָא הִיא, הוֹאִ אַסְרָה וְהוֹאִ שְׁרִי לָהּ׳ / שְׂדֵה זוֹ שֶׁלְּ אֲבִיךְ הִיתָה וּלְקַחְתִּיהָ</u>

[1119] והמיגו הוא שהיה שותק ולא אומר כלום. ותירוץ נוסף כתב שם בתוס׳: ״ועוד אמר ר״י דאיכא למימר אפילו בכה״ג מהימן בלא מגו וקרא יתירא קדריש ואם אינו ענין כאן דאפילו לאחר זמן נאמן דסברא הוא שיהא נאמן לפרש למי נתנה אע״פ שלא פירש מתחלה שלא היה חושש לפרש תנהו ענין להיכא דאינו נאמן לאחר זמן שיהא נאמן בתוך כדי דבור במגו״.

י. דברי הגמ׳ שאין צורך בפסוק כדי לדעת את הדין של ״הפה שאסר...״ (ביחס לאמירת דבריו וביאורו וכנ״ל באות ד׳ ואות ז׳ ואילך), והדין נלמד מסברא, יש לעיין בהם – מה היא הסברא.

אם ננקוט כדברי הראשונים (עיין לקמן עמ׳ 501) שמדובר שהוא מבאר את דבריו תוכ״ד דיבור, החידוש איננו גדול כ״כ[1120], כיון שיתכן שאדם בשטף לשונו לא ביאר את עצמנו היטב, ועתה הוא מבאר את דבריו, אבל אם ננקוט שמדובר אפילו אחר תוכ״ד, יש לעיין מה היא הסברא להאמינו – ועיין לקמן.

יא. משנה כתובות דף טו: / גמ׳ טז. :

ומודה רבי יהושע, באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו שהוא נאמן[1121], שהפה שאסר הוא הפה שהתיר (רש״י: זה אינו יודע שהיתה של אביו אלא על פיו של זה ומה שאסר הרי התיר).
ואם יש עדים שהיא של אביו, והוא אומר לקחתיה הימנו אינו נאמן.
(גמ׳)...וקאמר ר׳ יהושע לר״ג, בהאי מגו דהכא מודינא לך[1122]...

ההודאה שהשדה היתה של אביו של המערער דומה למקרה של האשה שאמרה שהיא אשת איש (לעיל אות ד׳), והאמירה שהוא לקחה דומה לאמירה של האשה שהיא התגרשה (שם). ונמצא שבמקרה שלפנינו מדובר ב״הפה שאסר...״ שהוא אינו סותר את דבריו (אות ב׳) ואינו חוזר בו למפרע (אות ג׳), אלא מפרש את דבריו, ולגבי מקרה זה אמרה הגמ׳ שמכח הסברא יש לקבל את דבריו (אות ז׳).

[1120] עיין יש״ש כתובות פ״ב סימן ל״ה, שכתב (בדין שבויה הייתי וטהורה אני) שאף אם מדובר תוכ״ד דיבור יש צורך לדין הפה שאסר: ״דקמ״ל, דלא תימא, דאין שייך כדי דיבור אלא בחזרה, אבל הכא, שעומדת בדבריה הראשונים, שהיא שבויה, א״כ (הא) [הוה אמינא] שצריכה ראייה לפרש דבריה, אף על פי ששבויה היא, מכל מקום טהורה היא, לכן אמר דנאמנת, משום מגו דהפה שאסר וכו׳. ומכל מקום אין צריך כדי דיבור, כל זמן שעוסקת באותו עניין...״.

[1121] יתכן שמדובר במקרה בו אדם אומר מעצמו ״שדה זו...״ ללא תביעה מצד חבירו, ויתכן שהתובע טוען שהקרקע שלו ואין לו שום ראיה, ואילו הנתבע היה אומר ״לאו בעל דברים דידי את״ או אפילו שותק (במקרה ששתיקה לאו כהודאה), לא היה התובע מקבל כלום, שהרי הנתבע מוחזק בקרקע, עיין תוס׳ ב״ב דף נב: ד״ה ״דברים״ ועיין רע״ב, תוי״ט ותפארת ישראל על המשנה.

[1122] עיין לקמן באות יב ביחס בין הפה שאסר לבין מגו.

רש״י, מבסס את דבריו על סברת הגמ׳ שבדף כב. (אות ז׳). ונראה, שהסברא לסמוך על דבריו היא שיש לסמוך על דברי הנתבע כי מפיו אנו יודעים, כלומר הוא ה״בעלים״ על דבריו, וכיון שכך הוא ה״בעלים״ על כל מה שהוא אומר, ויש לקבל את כל דבריו ולא לחלקם (ועוד, שאילו היה רוצה היה אומר לתובע שאינו בעל דברים שלו כלל).

מדברי רש״י נראה, שהסיבה בגללה מתקבלים דברי התובע, איננה מכח הוכחה כלשהי שדבריו אמת, שהרי אין לנו שום ידיעה ביחס לדבריו. דבריו מתקבלים רק כיון שהוא ה״בעלים״ על דבריו, וכל עוד אין ידיעה אחרת מתקבלים דבריו. ולדבריו משמעות ״הפה שאסר...״ במקרה של ביאור דבריו הראשונים, היא אותה משמעות של ״הפה שאסר...״ במקרה בו מלך משנה את גזרתו (אות ב׳), שיש לו ״בעלות״ על דבריו והוא יכול לפרשם כרצונו (אולם, בניגוד למלך, אין לו זכות לחזור בו לגמרי).

אולם מדברי המאירי בכתובות דף טו: נראה טעם אחר:

> ...שהרי לא על ידי ערער הוא טוען כן[1123] אלא שמאחר שהוא מכניס עצמו בדבר שלא היה אדם תובעו כלל ודאי אלמלא שהדבר כמו שהוא טוען לא היה מכניס עצמו בספק ונאמן אפילו לא החזיק בה שני חזקה[1124].

כלומר, הנאמנות של ״הפה שאסר...״ יסודה בכך שדבריו נראים כדברי אמת שאילו הדבר לא היה כטענתו, לא היה מכניס עצמו לספק. כלומר, הסברא בגינה הגמ׳ בדף כב. אומרת שיש לקבל את דבריו (אות ז׳), היא בכך שהדברים נוטים

[1123] עי״ש במאירי שמדובר שהודה מעצמו

[1124] כדברי המאירי ש״הפה שאסר...״ מלמד על כך שהוא דובר אמת נראה גם בחידושי הרשב״א בכתובות דף טז: : ״שהרי מוחזק הוא בשדהו ואין לתובע שום טענה ושום ראיה שיהא ראוי להסתפק בחזקתו של זה... אילו רצה לומר לאו דבעל דברים דידי את, הדין עימו עד שיברר זה בעדים שהיתה של אביו, הילכך כשטען ואמר אין של אביך היתה ולקחתיה ממנו נאמן, דיש כאן מיגו ברור דמה אם ירצה לומר של אבותי היתה מעולם או לאו בעל דברים דידי את״.

שדבריו דברי אמת.

יב. נראה שהמחלוקת בין רש״י למאירי היא שני צדדי הספק שמעלה המחנה אפרים בהלכות איסורי ביאה סימן י״ח סוף הלכה י״ז:

> ואיכא לעייוני ולמיקם בהאי מלתא שאמרו בכל מקום הפה שאסר הוא הפה שהתיר מאיזה טעם הוי.
> אי משום מגו[1125] מטו בה דחזקה לא משקר מגו דאי בעי הוה שתיק, או דלמא טעמא לאו משום מגו הוייא אלא משום דכל מקום שאין לנו חזקת איסור אלא על פיו, נאמן הוא להתיר מה שאסר[1126].

על פי האפשרות הראשונה, ״הפה שאסר...״ מועיל כיון שמסתבר שהוא דובר אמת כמו בכל מיגו. ואילו על פי האפשרות השניה, דבריו מתקבלים לא משום חזקת אמת שבדבריו אלא משום שיש לו ׳נאמנות׳ וסמכות לומר, וכנ״ל הטעם הוא מפני שהוא ׳בעל הבית׳ על אמירה זו (וכנ״ל אות ב׳).

ובהמשך דבריו כתב המחנ״א, שמחלוקת המפרשים האם אמירת ההיתר צריכה להיאמר תוכ״ד של האיסור, יסודה במחלוקת הנ״ל:

> ולכאורה נראה שזו מחלוקת ישנה בין המפר׳ נ״נ דאיכא מאן דפריש לה להאי מלתא דמיירי דוקא כשאומרת כן תוך כדי דבור ואיכא מאן דפריש לה ואפי׳ לאחר כ״ד.

[1125] עיין לקמן הערה 1139 ואכמ״ל לראיות נוספות בדברי הראשונים.

[1126] על פי האפשרות הראשונה, הוא אינו סותר את דבריו הראשונים, אלא יש בכוחו להבהיר אותם, ויש לו זכות בכך. ואילו לפי ההסבר השני, הוא סותר את עצמו ויש לו סמכות כמו במדרש שכל טוב הנ״ל באות ב׳ (וצ״ע מסוגיות הגמ׳׳ שאדם אינו יכול לסתור א״ע אלא אם נותן אמתלא), כיון שהוא בעה״ב על הדברים כמו מלך שחוזר בו. ויש לעיין בסברת כל אחד מהצדדים. ועל פי האפשרות השניה המילה ׳נאמנות׳ אינה מלמדת על כך שהוא דובר אמת, אלא שיש לו כח לחייב אותנו לפעול על פי דבריו ולקבלם.

ונראה דבהא פליגי דמאן דפריש לה בתוך כ״ד סובר דטעמא דנאמנותה הוא משום מגו[1127] ולהכי לאחר כדי דיבור לא מהימנא דמגו למפרע[1128] לא אמרינן, ומאן דפריש לה אפילו בלאחר כ״ד סובר דלא צריך למגו אלא כיון שאין לנו איסור אלא ע״פ נאמן הוא להתיר מה שאסר...

הן אמת דסוגיין דשמעתין כפום פשטא מטעם מגו רהטא דגבי מתני׳ ד׳מודה ר׳ יהושע באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו נאמן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר׳ קאמר עלה בגמרא דהוי משום מגו[1129]...

אמנם, יתכן להציע שלמרות שהגמ׳ נוקטת לשון ״מגו״ אין כל סוגי המיגו שווים, ו״הפה שאסר...״ הינו מיגו ׳חזק׳ יותר משאר סוגי מיגו[1130]. ועיין בדברינו שהצענו שלמרות ש״הפה שאסר..״ יסודו במיגו, יש בכוחו לומר את ההיתר אחר תוכ״ד (ועיין לקמן עמ׳ 508).

יג. **המחלוקת בין רש״י למאירי (אות יא) וספקו של המחנ״א (אות יב) הינם ביחס למקרה בו דבר ההיתר שנאמר אחר האיסור אינו מהוה סתירה לאיסור, אלא מסייג ומפרש את דבריו (כנ״ל אות ד׳). אבל במקרה יש כח ביד ״הפה שאסר...״ לחזור בו לגמרי מדבריו ולסתור את דבריו הקודמים (אות ג׳), לא ניתן לומר שיש להאמין**

[1127] עיין הערה 1155 בביאור דבריו.

[1128] מגו למפרע, פירושו מיגו על דבר שהיה יכול לומר מפני זמן, ועתה לא היה יכול לטעון טענה זו. ובספר גופי הלכות פרק י״ג, כללי אות מ׳ כלל תי״ד כתב: ״מגו למפרע לא אמרינן. תוס׳ פרק הכותב [כתובות פה. ד״ה אית לך] גבי מלוגא דשטרי, ובהגהת הרא״ש ז״ל [סימן ה] כתב מהרי״ח ז״ל, וז״ל בכל מקום לא אמרינן מגו אלא היכא דההיא שעתא דקא טעין הך טענה אז אפשר לו לטעון טענה יותר טובה, אבל אם תחלה הודה ולאחר שעה טוען שום טענה, אין להאמינו במגו דאי בעי לא הוה מודה בתחלה, דהשתא מיהא הא מודה...״. אמנם יש הסוברים שאף שלא אמרינן מגו למפרע, ״הפה שאסר...״ ניתן לומר למפרע – ועיין במחנ״א כאן.

[1129] לעיל אות יא.

[1130] בשטמ״ק כתובות טו: כתב שר׳ יהושע סובר ש״הפה שאסר..״ מועיל למרות שסתם מיגו לא מועיל כיון שמגו שאי בעי שתיק דהיינו הפה שאסר הוא הפה שהתיר... אבל מגו בעלמא ע״י תביעה דלאו הפה שאסר הוא, לית ליה לר׳ יהושע משום דדילמא לא אסקא אדעתיה אי נמי איערומי מערים״. משמע לכאורה ש״הפה שאסר...״ חזק ממיגו. אבל נראה שאין מכאן ראיה, כיון שלדעת השטמ״ק ״הפה שאסר...״ מועיל רק כאשר לא היתה תביעה מהצד השני אלא הוא הודה מעצמו, וא״כ ה״נסיבות״ הן אלו שמחזקות את ״הפה שאסר...״ ולא ש״אי בעי שתיק״ חזק יותר מסתם מיגו, ועיין הערה 1113.

לו מכח "מיגו", שהרי על פי דברי הש"ך (אות ג') מדובר שהוא חוזר בו אפילו אחר תוכ"ד דיבור, ולשיטת המחנ"א הנ"ל, חזרה המועילה אחר תוכ"ד איננה מטעם מיגו. ועוד, שלא שייך "מיגו" כשהוא עצמו סותר את עצמו. ועל כורחנו במקרה זה כוחו של "הפה שאסר..." הינו מכח ה"בעלות" שיש לו על דבריו, שמאפשרת לו אפילו לחזור בו ולומר שטעה (וכנ"ל בדברי הש"ך).

ומכאן, שיש מקום לומר, שאף שמהגמ' בכתובות מוכח שהיא נוקטת ש"הפה שאסר..." נחשב כמיגו (כפי שהוכיח המחנ"א באות יב), הרי שהגמ' דיברה רק על "הפה שאסר..." שבו האוסר מפרש ומסייג את דבריו (כנ"ל אות ד').

ועוד נראה לומר, שאף שב"הפה שאסר..." בו האדם מפרש ומסייג את דבריו הראשונים יש בו גדר מגו, אין בכך כדי להפקיע ממנו את "כח הבעלות" שיש לו על דבריו. ונמצא שיש שתי סיבות לקבל את דבריו. האחת מכח ה"בעלות" והשניה מכח ה"מיגו" שמלמד שדבריו דברי אמת. והגמ' הזכירה את ה"מיגו" כי יש לו תוקף חזק יותר, ועוד ששם בגמ' הגמ' מדמה בין "הפה שאסר..." לבין מקרה שהוא ודאי מיגו (ולא "הפה שאסר..." עי"ש), וכדי לדמות בין המקרים הזכירה הגמ' את הכל של מיגו, שיש לטוען טענת "הפה שאסר..." אבל אין כח המיגו מגרע את "כח הבעלות" שיש לו על דבריו.

סיכום

יד. העולה מהאמור לעיל:

- "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" יש לו שלשה מובנים (אות א'), סמכות לשנות החלטה (אות ב'), כח לסתור את דבריו הקודמים (אות ג'), ביאור והסתייגות לדבריו הראשונים (אות ד').
- אחר אמירת דברי ההיתר, מתקבלים דבריו האחרונים (אות ה').
- על פי מסקנת הגמ' יסוד הדין של "הפה שאסר..." הוא בסברא "הוא אסרה והוא שרי לה" (אות ז').

- במקרה של שינוי החלטה (אות ב׳) היכולת לשינוי ההחלטה נובע מהסמכות של האדם ביחס לענין עליו הוא מדבר (אות ט׳).
- במקרה של ביאור והסתייגות של דבריו (אות ד׳), יש מקום לומר שהיכולת לשוב ולהתיר נובעת מה"בעלות" שיש לו על דבריו או שמוכח שדבריו הינם דברי אמת (אות יא, יב), ויתכן שיש לו את שני המקורות (אות יג).
- במקרה של סתירת דבריו הראשונים (אות ג׳), מקור הכח הוא ה"בעלות" שיש לו על דבריו (אות יג) ולשיטת הש"ך יש בכוחו לומר שטעה באומרו את האיסור, אולם כ"ז רק אם הודה מעצמו ללא תביעה (אות ג׳).
- במקור דין מיגו – עיין לקמן עמ׳ 516 ואילך.

"הפה שאסר..." בעדים, באדם על עצמו / תוך כדי דיבור

הקדמה

א. בסוגיות הגמ' מצאנו שהכח של "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", מסור לאנשים שונים, כגון:

- עדים בבית דין: עדים שאמרו כתב ידינו הוא זה, אבל אנוסים היינו (כתובות דף יח:) - לקמן אות ב' ואילך.
- אדם על עצמו[1131] באיסורין: אשה שאומרת אשת איש הייתי ונתגרשתי, שבוייה הייתי וטהורה אני[1132] (כתובות דף כב., לעיל עמ' 488)[1133] – אות ד' ואילך.
- הודאה בממון של בעל דין בבית דין: שדה זו של אביך הייתה ולקחתיה ממנו (כתובות טו., לעיל עמ' 494), הודה מעצמו וחזר מהודאתו (לעיל עמ' 487) – לקמן אות ט'.
- עד אחד באיסורין: מוכר פירות בסוריא שאומר פירות אלו של א"י

[1131] ואכמ"ל האם האיסור נאמר דוקא בבית דין או אפילו חוץ לבית דין. ועיין נתיבות סימן קמ"ו ביאורים ס"ק י"ז, שכתב כדבר פשוט שאשה האומרת אשת איש הייתי ונתגרשתי, מועילים דברים אף מחוץ לבית דין (ועיין הערה 1168).

[1132] ונראה שיש לצרף למקרים אלו גם את דינה של אשה נידה שאומרת לבעלה שנטמאה ואח"כ אומרת לו שנטהרה, שמעיקרא אסרה עצמה על בעלה ואח"כ התירה, וא"כ ה"ז "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" (ולכאורה הגמ' היתה יכולה ללמוד מכאן את הדין של הפה שאסר, ושמא אין ללמוד ממקרה זה, כיון שאילו לא היתה לה אפשרות להתיר, לעולם לא היתה יכולת לאיש לחיות עם אשתו [עיין ברמב"ן גיטין דף ב: ד"ה "עד אחד" שכתב סברא זו בתירוצו השני] ואין דנים אפשר משאי אפשר [ולכאורה, ע"פ דרך זו לא נוכל ללמוד מדין נידה את הדין שעד אחד נאמן באיסורין, וע"ע שו"ת נו"ב, קמא, אבהע"ז סי' ס"ט ד"ה "ומלבד"], ונאמנותה היא (אפילו) לאחר תוכ"ד. אולם יתכן שבמקרה זה מהות המקרה היא שאין אפשרות להיטהר מיידית, ולכן הכרחי שתהיה לה סמכות להתיר כעבור זמן. ויש לעיין האם לולי הדין הכללי של "הפה שאסר..., יכולה אשה לומר לבעלה "נטמאתי ונטהרתי" תוכ"ד (כלומר שמספרת שנטמאה לפני זמן, ועתה נטהרה), ומסתבר שבמקרה זה אין צורך לדין של הפה שאסר, והרי היא כמו כל מי שחוזר בו תוכ"ד, שיכול לתקן דבריו, אמנם על פי דברי השטמ"ק שבאות ג' במקום בו אין תיקון וחזרה מדבריו אלא תוספת וביאור, יש צורך דין הפה שאסר אפילו תוכ"ד. ומכאן, שאף נידה זקוקה לדין "הפה שאסר..." תוכ"ד שאינה חוזרת בה שהיתה טמאה, ויל"ע האם כוחה לומר זאת נובע מעיקר דין נידה או מדין "הפה שאסר", וקצ"ע.

[1133] עיין בהערה 1113 בקושייתו של רעק"א שיש לחלק בין מי שאוסר על עצמו לבין מי שעדותו על אחרים.

ומעושרים הם (משנה דמאי פרק ו׳ משנה י״א[1134]) - לקמן אות יא.

ומכאן שיש לעיין האם למרות שבכל המקרים הנ״ל קיים דין של ״הפה שאסר הוא הפה שהתיר״, הפרטים של הדין שווים. ויסוד הספק הוא שהכח לאסור ונסיבות האיסור אינם שווים בכל המקרים, ויש מקום להסתפק האם דינו של מי שאומר את דברו בבית דין דומה לדינו של מי שאומר את דברו מחוץ לבית דין, והאם דומה דינו של מי שדן על עצמו לבין מי שמעיד על אחרים וכו׳. לקמן ננסה לדון בשאלה זו ביחס לדין ״תוך כדי דיבור״[1135].

״הפה שאסר...״ בעדים – האם חייב להאמר תוכ״ד

ב. עדים שחתומים על השטר ואין כתב ידם יוצא ממקום אחר (ולכן ב״ד זקוקים לעדותם שיאמרו שזה הוא כת״י כדי לסתור את טענת בעל הדין האומר שחתימות אלו מזוייפות) ואמרו אנוסים היינו (מחמת נפשות) נאמנים, אבל אם כתב ידם יוצא ממקום אחר, אין להם נאמנות לומר שהיו אנוסים, כיון שאף ללא דבריהם בית דין יודעים שזו היא חתימתם בשטר, וכיון שהשטר מונח לפני הדיינים הרי שהם נחשבים כאילו כבר העידו על כשרותו[1136] ואין להם סמכות לשוב ולפוסלו

[1134] עיין הערה 1114. ולכאורה יש לעיין, שהרי אילו היה מדובר בארץ ישראל, שבה הפירות חייבים במעשרות, ואף לולי אמירתו של המוכר היינו יודעים שקיים חוב, והמוכר היה אומר שהפירות מעושרים, היינו סומכים עליו, ומדוע בחו״ל הוא נאמן רק מכח ״הפה שאסר...״ (שמועיל מדין מיגו או ׳בעלות׳ – עיין לעיל עמ׳ 52 ואילך), והרי עד אחד נאמן באיסורין להתיר (עיין שו״ע יו״ד סימן קכ״ז סעיף ג׳) ? אלא שמדובר במוכר עם הארץ (יש לחלק בין עם הארץ [שרוב עמי הארץ מעשרים, אבל גזרו שלא להאמין להם]לבין חשוד – עיין רמב״ם פי״ב ממעשרות הלכה ט״ז וחזו״א דמאי סימן י׳ סוס״ק ג׳, ויל״ע האם החילוק ביניהם מלמד שלחשוד גם אין דין של ״הפה שאסר...״, וצ״ע) שאינו נאמן על המעשרות, ולפיכך לולי הדין של ״הפה שאסר...״ לא היה ניתן לקבל את היתרו (עיין תורת ארץ ישראל - עשר תעשר (הרה״ג יוסף צבי הלוי זצ״ל), שער ההלכה עמ׳ קע״ה שהרחיב בענין)

[1135] בדין זה רבו הדעות והשיטות, לקמן נציין בעיקר את השיטות שהובאו להלכה בשו״ע.

[1136] ש״עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין״ (שם בגמ׳). ולכן, אם כתב ידם יוצא ממקום אחר לא ניתן לטעון טענת זיוף כנגד השטר, והרי הוא כמקויים בבית דין. ויש לעיין האם העדים נחשבים כמי שנחקרה עדותן בבית דין עוד קודם הגעת השטר לידי הדיינים או שאף מחוץ לבית דין, השטר נחשב כבר כמי שנחקרה עדותו בבית דין, ונפ״מ למקרה בו העדים עצמם מביאים את השטר לבי״ד ואומרים אנוסים היינו, שאם ננקוט שכבר חוץ לבית דין חתימתם על השטר נחשבת כעדותם שנחקרה בבית דין, לא יהיה בכוחם לומר עתה בבי״ד (אחר כדי דיבור לקיום השטר מחוץ לבי״ד) שאנוסים היו, אבל אם ננקוט שרק בשעת ההגעה לבית דין נחשב השטר כמי שנחקרה עדותו, ובשעה זו הם אומרים שהיו אנוסים, יתקבלו דבריהם שהרי אמרו תוכ״ד, וקצ״ע.

ולומר שהיו אנוסים על פי הכלל 'כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד' (כתובות דף יח:). וכתב שם רש"י בד"ה "כיון שהגיד":

כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, דגבי עדות חדא הגדה כתיבא אם לא יגיד וגו' (ויקרא ה). והכא נמי כיון דחתימי בשטרא היינו הגדה דידהו והיכי מהימני תו למיעקר הואיל וכתב ידן יוצא ממקום אחר. בשלמא רישא כשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר ועלייהו סמכינן, כולה חדא הגדה היא, דהא באותו דבור [בכדי] שאילת שלום קאמרי אבל אנוסים היינו, אבל הכא לאו אפומייהו סמכינן.

מדברי רש"י לכאורה נסיק שהחיוב שהעדים יאמרו 'אנוסים היינו' תוכ"ד הינו דין בהלכות עדות, אבל לא נוכל להסיק מכאן לגבי דין "הפה שאסר..." במקרים בהם לא מדובר בעדות של שני עדים בבית דין[1137] (עיין אות א', במקרים בהם נאמר דין "הפה שאסר..." שלא בעדות).

ג. שטמ"ק, כתובות דף יח: ד"ה "הרי אלו" בשם "שיטה ישנה"[1138]:

ודוקא דקא אמרי אנוסין, היינו תוך כדי דיבור אבל לאחר כדי דבור כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד.
ואם תאמר אי תוך כדי דבור מאי איריא דמהימני משום מגו[1139] תיפוק ליה משום דמהדרי בהו[1140].

[1137] ועיין קובץ שיעורים ב"ב אות קיד.
[1138] בחלק מדפוסי השטמ"ק הציון לדף יח: מופיע אחר תחילת הפירוש לעמ' זה.
[1139] מדבריו מוכח ש"הפה שאסר..." חל מדין מיגו – ועיין עמ' 52.
[1140] עדים יכולים לחזור בהם תוכ"ד - עיין בפרטי הדין בשו"ע חו"מ סימן כ"ט סעיף א'. ותוכ"ד כולל לא רק את דבריהם אלא גם "בשאר צרכי העדות" כגון התראה, או שהעידו על אדם שקידש אחת מבנותיו ולא פירשו לאיזו בת, יכולים לחזור בהם ולבטל את דבריהם הראשונים, כי עדיין לא נסתיימה עדותם, עיין בפרטי הדין בספר הלכות עדות - הלכה פסוקה לסימן כ"ט עמ' שצה.

> י״ל אי קא הדרי בהו הכי נמי[1141], אבל השתא מיהא לא הדרי בהו שהרי מודים דכתב ידן הוא אלא שאומרים אנוסין היינו, ומהימני לעקור עדותן אע״פ שמודים בו שהוא כתב ידן, משום שהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

אף מדברי השטמ״ק מוכח (כדברי רש״י) שהחיוב שאמירת ״אנוסים״ יהיה תוכ״ד דיבור הינו דין בהלכות עדות, ואין הכרח להסיק מכאן לשאר מקרים של ״הפה שאסר...״ (לעיל אות א׳). והצורך לדין ״הפה שאסר...״ תוכ״ד נובע מכך שהעדים אינם חוזרים בהם לגמרי אלא מוסיפים על דבריהם, ואילו היו חוזרים בהם לגמרי, היו הדברים מתקבלים תוכ״ד דיבור אף ללא הדין של ״הפה שאסר...״. ובטעם החילוק בין חזרה לבין הוספת דברים, כתב הלח״מ בפרק י״ב מהלכות גירושין הלכה א׳:

> ...וי״ל דתוך כדי דיבור עדיף ׳חזרה׳ מכשעומד בדיבורו. דכשחזר אמרינן ודאי אתקיל ליה מילוליה[1142] כיון דתוך כדי דיבור חזר אבל כשעומד בדיבורו ליכא למימר הכי[1143]. אבל לאחר כדי דיבור גרע חזרה משום דליכא למימר אתקיל ליה מילוליה כיון שלא חזר תיכף תוך כדי דיבור[1144].

נמצא, עדים שחוזרים בהם תוכ״ד, דבריהם מתקבלים כיון שיתכן שאדם טועה בדבריו, אבל עדים שמוסיפים על דבריהם, דבריהם יכולים להתקבל רק מדין ״הפה שאסר״, תוכ״ד ולא לאחר מכן, כיון שבעדות קיים דין של ״כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד״ (ועיין לקמן אות ו׳), וכך פסק השו״ע בחו״מ סימן מ״ו סעיף ל״ז:

[1141] ״הכי נמי״ – שאין צורך לדין של ״הפה שאסר...״.

[1142] כלומר, ״פליטת פה״.

[1143] וסיים שם שאחר תוכ״ד לא ניתן לומר ״איתקיל ליה מילוליה״ ולכן אינו יכול לחזור בו (אבל הפה שאסר לכאורה יכול לחול אף אחר תוכ״ד – עי״ש בדבריו).

[1144] עיין הערה 1153 בשיטת המ״מ.

עדים שאין כתב ידם יוצא ממקום אחר ואמרו כתב ידינו הוא זה, ואומרים בתוכ״ד אנוסים היינו מחמת נפשות או קטנים היינו... הרי אלו נאמנים.

אולם, אין מדין העדים[1145] ראיה לשאר מקרים של ״הפה שאסר... ״[1146]. ועיין לקמן.

<u>אדם על עצמו באיסורין שחוזר ומפרש את דבריו / א״א הייתי ונתגרשתי האם רק תוכ״ד</u>

ד. רמב״ם פרק י״ב מהלכות גירושין הלכה א׳:

האשה שבאה ואמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

הרמב״ם לא פירט האם יש בכוחה לומר ״גרושה אני״ רק תוכ״ד דיבור או אף לאחר מכן, ובהגהות הרמ״ך (כאן) כתב:

היה לו לפרש והוא שאמרה תוך כדי דיבור אבל לאחר זמן מרובה לא מהימנא כי היכי דאמרינן בנשביתי וטהורה אני... דאינה נאמנת אם תאמר היום נשביתי ולאחר שנה תאמר טהורה אני[1147] וצ״ע.

לשיטת הרמ״ך, ברור הדבר שהיכולת לומר נתגרשתי או טהורה אני קיימת אך ורק תוכ״ד. ויש לעיין מדוע (ולעיל הסקנו שרק בעדות שקיים דין של ״כיון

[1145] ויש לעיין האם יש מקום לחלק בין שני עדים המעידים על חתימתם, ועל ידי כך מתקיים השטר, לבין עדים שמעידים עדות בעל פה, ואח״כ לאחר תוכ״ד מסייגים את דבריהם. שלכאורה היה מקום להציע, שרק כשקיימו שטר, השטר עומד בפני עצמו ולכן אינם יכולים לחזור ולסייג את דבריהם אבל בעדות בעל פה, שמא יש בכוחם לשוב ולומר. אמנם כנגד דברינו עומד הכלל ״כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד״ שנאמר לגבי עדים שאמרו את דבריהם בעל פה, שבפשטות כלל זה מונע מהעדים לא רק לחזור בהם לגמרי אלא לשנות ולהוסיף על דבריהם הראשונים.

[1146] שיטת המאירי בכתובות דף כב. (לקמן אות ד׳) שרק בעדים קיים הכלל של ״כיון שהגיד...״ ולכן דין ״הפה שאסר...״ חל רק עדים ולא בבעל דין שלגביו לא נאמר כלל זה, עי״ש. אולם המאירי לא גילה דעתו בדינו של עד אחד.

[1147] עיין בדברי רעק״א שבהערה 1113.

שהגיד...״ יש הכרח לתוכ״ד, וכנ״ל אות ב׳-ג׳, ועיין לקמן אות ה׳). ועוד יש לעיין האם במקרה שתתן אמתלא לדבריה הוא יודה שאף לאחר זמן תהיה נאמנת[1148].

המגיד משנה במקום הביא את דברי הרמ״ך וכתב שכשיטתו כתבו קצת מפרשים[1149] ולולי דבריהם היה מקום לומר:

> דודאי משנתנו[1150] בכל גוונא היא, דלא אמרינן דוקא תוך כדי דיבור אלא לחזרת דיבור ממש שמהפך דבריו, אבל כל שעומד בדבריו הראשונים אלא שפוטר את עצמו מצד אחר והכל אפשר שהוא אמת כיון שאין לנו איסור אלא מפיה ודאי אפילו לאחר כדי דיבור נאמנת. שהרי אפילו בחוזרת מדיבורה וכגון שאמרה אשת איש אני עכשיו וחזרה ואמרה למחר פנויה אני ולא הייתי אשת איש[1151] כל זמן שנתנה אמתלא לדבריה כנזכר פ״ט מהלׄ אישות[1152] כ״ש כשאמרה אשת איש הייתי שיכולה לומר אחר כדי דיבור גרושה אני שהרי אינה עוקרת דבורה הראשון[1153]...

לשיטתו, תוכ״ד יש כח באדם לחזור בו, ואחר תוכ״ד יש כח באדם לתקן את דבריו ללא עקירת הדבר הראשון. וזו גם שיטתו של המאירי בכתובות דף כב. :

[1148] בדינה של אשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני (ויתכן שבאמרה פנויה אני עוקרת לגמרי את דבריה הראשונים כיון שמעולם היתה פנויה, ויתכן שאין בכך סתירה כיון שנתגרשה ועתה היא פנויה, אמנם עיין הערה 1151), נאמר בגמ׳ שאם יש לה אמתלא נאמנת ואפילו אחר תוכ״ד, והאמתלא שהיא יכולה לומר היא שכיון שהיא ״גדולה בנוי״ קפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים, ולפיכך אמרה שהיה נשואה, ועתה היא מגלה את האמת שהיא פנויה. ויש לעיין האם אמתלא מעין זו תועיל גם כאן, ועיין לקמן.

[1149] עיין חידושי הרשב״א כתובות כב. ועיין תוס׳ כתובות דף כב. ד״ה ״מנין״.

[1150] לשון המשנה - לעיל עמ׳ 52.

[1151] לשיטת המ״מ האומרת אשת איש אני ואח״כ חזרה ואמרה ״פנויה אני״ אין לפרש את דבריה באופן בו היא פנויה מחמת גירושין או אלמנות, אלא שחוזרת בה לגמרי, ואומרת שמעיקרא היתה פנויה.

[1152] הלכה ל״א: ״אמרה מקודשת אני ולאחר זמן עמדה וקידשה עצמה אם נתנה אמתלא לדבריה ואמרה מפני כך וכך אמרתי בתחלה שאני מקודשת וראינו בדבריה ממש הרי זו מותרת לשני, ואם לא נתנה אמתלא או שנתנה ואין בה ממש הרי זו אסורה..״. ועיין הערה 1148.

[1153] עיין לעיל אות ג׳ בדברי השטמ״ק שכתב סברא הפוכה, והמ״מ בהמשך דבריו מציין לסברתם, אבל אינו חוזר בו בעקבות דבריהם, עי״ש.

> ... בדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר האמור בכתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו שהם נאמנים ודוקא בתוך כדי דבור אבל באשת איש הייתי שחזרה ואמרה גרושה אני אף לאחר זמן נאמנת וכן בנשביתי אפילו אם לאחר זמן אמרה טהורה אני וכן בשדה אם אמר של אביך היתה ולאחר זמן חזר ואמר לקחתיה ממנו נאמן... והטעם בכלם מפני שאין אנו מצריכין לתוך כדי דבור אלא מטעם חוזר ומגיד ואין דין חוזר ומגיד נאמר בבעל דבר אלא בעדים.

אמנם המ"מ הנ"ל, לא פירט האם תוכ"ד היכולת לחזור נובעת מהדין של "הפה שאסר..." או אף לולי זאת שמורה לאדם הזכות לחזור בו תוכ"ד מחמת הנימוק של " אתקיל ליה מילוליה" (כנ"ל, בדברי הלח"מ באות ג'), וקצ"ע.

ובאשת איש שחזרה ואמרה פנויה אני, עליה לתת אמתלא לדבריה, אבל באשת איש הייתי ונתגרשתי, לא פירט המ"מ האם היא חייבת לתת אמתלא לדבריה. והוא עצמו סיים את דבריו:

> ומצאתי בשם רבינו יחיאל ז"ל שהאומרת 'אשת איש הייתי' ולאחר זמן אמרה פנויה אני אינה צריכה אמתלא ונאמנת דאשת איש הייתי משמע דעכשיו פנויה היא ע"כ[1154], וזה מסכים לדברי שאין דין המשנה דוקא תוך כדי דיבור.

אשה האומרת "אשת איש אני" מעידה על מצבה העכשוי, וכשהיא באה אחר זמן ואומרת שהיא "פנויה" היא סותרת את דבריה וזקוקה לאמתלא להצדיק את עצמה, אבל אם מעיקרא אמרה "אשת איש הייתי" כלול בדבריה שעתה היא איננה אשת איש, אולם לא ידוע לנו האם היא גרושה או אלמנה, ועתה היא מבארת את דבריה, ואינה זקוקה לאמתלא, ומתקבלים דבריה אחר תוכ"ד מדין "הפה שאסר...".

[1154] ונראה שכוונתו היא, שכאשר אמרה "אשת איש הייתי" יש מקום להסתפק האם כוונתה שהיתה ועתה היא איננה אשת איש, או הייתי ונשארתי (עיין הערה 1110), ולכן כאשר היא אומרת "נתגרשתי" אינה חוזרת מדבריה אלא מסבירה מה שלא הובן מעיקרא, וקצ"ע. ואמנם עיין במשנה ראשונה בעמ' 52 שמוכח שחולק על שיטת רבינו יחיאל.

ומסתבר שהוא הדין באשה האומרת שבוייה הייתי ואחר זמן אמרה שטהורה אני, שדבריה יתקבלו, כיון שאינה סותרת את דבריה, ואומרת שמעיקרא כלל לא נטמאה[1155].

ואילו הרמ"ך ושאר מפרשים סוברים שרק תוכ"ד יש בכוחו של אדם לפרש את דבריו מכח "הפה שאסר..." ולחזור בו מכח הדין הכללי של תוכ"ד (עי"ש במ"מ) ואחר תוכ"ד אינו יכול לתקן דבריו בשום אופן.

ועיין באות יג, בחידושו של המשנה ראשונה, שאם ההיתר אין בו שום שינוי מהאיסור, כולם יודו שיכול להתיר אף לאחר תוכ"ד.

<u>יסוד המחלוקת</u>

ה. המחנ"א תלה את המחלוקת האם דין "הפה שאסר..." מועיל אחר תוכ"ד, בשאלה האם "הפה שאסר..." יסודו במיגו כלומר שהוא שדובר אמת[1156], ומיגו למפרע לא אמרינן, ולכן אינו יכול לומר את ההיתר אחר תוכ"ד. או ש"הפה שאסר..." יסודו בבעלות שיש לאדם על דבריו, וכח זה אינו פוקע ממנו אף לאחר תוכ"ד, עי"ש.

אמנם, יתכן שאף אם נאמר ש"הפה שאסר..." יסודו בכך שאנו מאמינים שהוא דובר אמת (ואילו היה רוצה לשקר, לא היה אומר את האיסור מלכתחילה), ניתן להאמין לו אף לאחר תוכ"ד דיבור. כיון שמיגו אינו מועיל אחר תוכ"ד דיבור, כיון שיש במגו סתירה לאמור מעיקרא, אבל במקרה של "הפה שאסר..." שאינו סותר לגמרי את דבריו אלא מוסיף תוספת שאינה עוקרת לגמרי את דבריו, מסתבר

[1155] והדברים ק"ו, על פי שיטת רעק"א - עיין הערה 1113.

[1156] ברור ש"מיגו" אינו "הפה שאסר...", שהרי במיגו הוא טוען טענה אחת ואנו מאמינים לו כיון שאילו היה רוצה היה טוען טענה חילופית שהיתה מתקבלת, ואילו ב"הפה שאסר" הוא טוען שתי טענות, האחת אוסרת והשניה מתירה. וכוונת הדברים ש"הפה שאסר..." מועיל מדין מיגו, היינו בסברת הדבר, שיש הוכחה שמדובר בדברי אמת.

שדבריו דברי אמת, אף שאומר אותם לאחר זמן (שאילו היה רוצה, לא היה אומר שום דבר מעיקרא), ולכן יכולים דבריו להתקבל אפילו אחר תוכ"ד, וצ"ע.

וכן, אם נאמר שיסוד הדין של "הפה שאסר...." הוא בבעלות שיש לאדם על דבריו, יש מקום לומר שאחר שאמר את דבריו, שוב הוא אינו בעלים עליהם, כיון שלדבריו יש השפעה על אחרים, וממילא אין בכוחו לשוב ולהתיר אחר תוכ"ד (מעין האמור בעדות שכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, וכנ"ל אות ב').

ו. יתכן להציע, שיסוד הדיון האם ההיתר צריך להאמר תוכ"ד לאיסור, יסודו בשאלה האם דין "הפה שאסר..." הינו דין עצמאי או דין שנשען על העקרון של "אתקיל ליה מילוליה" (עיין לח"מ לעיל אות ג'), שחל רק תוכ"ד. כיון שמי שטועה ולא אמר את דבריו בצורה נכונה או מלאה שם לב לכך מייד ולכן יש לו סמכות לתקן את דבריו.

אם ננקוט שדין "הפה שאסר..." נשען על הדין של "אתקיל ליה מילוליה" קיים הכרח שההיתר יאמר תוכ"ד לאיסור[1157] (כי אדם מגלה את טעותו מייד). אבל יתכן שהדין של "הפה שאסר..." הינו דין העומד בפני עצמו, ולכן ההיתר יכול להאמר גם בזמן מרובה אחר שנאמר האיסור.

<u>פַּסַק הַשו"ע אִשֶׁת אִישׁ הִיתֵּתִי וְנִתְגָּרַשְׁתִּי / שְׁבוּיָה וְשֶׁהוֹרָה אֲנִי</u>

ז. שו"ע אבהע"ז סימן קנ"ב סעיף ו':

[1157] ועיין בדברי הלח"מ לעיל אות ג', שכתב שמי שחוזר בו לגמרי, לגביו אומרים שיכול לחזור תוכ"ד כי "אתקיל ליה מילוליה" ואילו מי שמסייג את היתרו הראשון (א"א הייתי ונתגרשתי) אין לומר שאיתקיל לה מילולה, ולכן יש להזדקק לדין של "הפה שאסר...". לעומת זאת הצעתנו בפנים שונה, והיא שגם דין "הפה שאסר..." מבוסס על "אתקיל ליה מילוליה" שאם חוזר לגמרי מדבריו תוכ"ד אינו זקוק לדין של "הפה שאסר..." כיון שמתקן לגמרי את דבריו והוכח שהיתה טעות, אבל אם מסייג את דבריו הראשונים אין זו טעות ולא ניתן להסתפק ב"אתקיל ליה מילוליה" לולי הסברא הנוספת של "הפה שאסר...".

האשה שבאה ואמרה אשת איש הייתי וגרושה אני, נאמנת, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, וי״א דוקא כשאומרת כך בתוך כדי דיבור, אא״כ נתנה אמתלא לדבריה.

בית שמואל ס״ק י׳ :

אשת איש הייתי. נראה לי״א קמייתא נאמנת אפילו אחר כ״ד דהוי כמפרש דבריה מה שאמרה בתחלה ׳א״א הייתי׳ היינו הייתי כבר ועכשיו גרושה אני׳[1158]. אבל אם אמרה ׳א״א אני׳ לכ״ע אינה נאמנת אחר כ״ד לומר גרושה אני דהא מכחשת דבריה אלא תכ״ד נאמנת אפילו להכחיש דבריה וכמ״ש בש״ס בענין אם אמרה א״א אני ואח״כ אמרה פנויה אני דאינה נאמנת לאחר כ״ד כמ״ש בסי׳ מ״ז[1159]...

כלומר, היכולת לפרש אחר כדי דיבור קיימת (גם לדעה הראשונה שבשו״ע) רק אם ההיתר אינו סותר את האיסור, אבל אם ההיתר סותר את האיסור, ניתן להתיר רק תוכ״ד (כיון דאתקיל ליה מילוליה – וכדברי הלח״מ באות ג׳), אמנם עיין אות ט׳ בדברי השו״ע והש״ך.

ח. אמנם בדין שבויה, כתב השו״ע באבהע״ז סימן ז׳ סעיף ד׳:

האשה שאמרה נשביתי, וטהורה אני נאמנת, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

השו״ע לא פירש האם יכולה לומר שטהורה אפילו אחר תוכ״ד. ויתכן לומר שבמקרה זה תהיה נאמנת אפילו אחר תוכ״ד, כיון שהשבי מפאת עצמו אין בו ׳איסור׳, האיסור נובע מתוך הידיעה שבמקרה של שבי יש חשש שהאשה נטמאה, (לעומת האמירה ״אשת איש הייתי״ שעצם המציאות של אשת איש יש בה

[1158] עיין בדברי המשנה ראשונה לקמן אות יג.

[1159] סימן מ״ז סעיף ד׳, אא״כ נותנת אמתלא לדבריה, וכנ״ל בהערה 1148. ועיין בדברי המ״מ בהערה 1111. ועיין לקמן בדברינו באות ט׳ על פי שיטת הש״ך.

איסור), ולכן היא יכולה לבאר את דבריה אף לאחר תוכ״ד[1160]. או שדין השבי אינו שונה מדין אשת איש הנ״ל, שכיון שחז״ל קבעו שדין השבויה שאסורה, עצם האמירה על השבי כוללת את האיסור[1161], וצ״ע.

הודאה ממונית של בעל דין בבית דין / חוזר לגמרי מדבריו הראשונים

ט. נתבע שהודה בחיובו וחזר ואמר שאינו חייב וחוזר בו וסותר את דבריו הראשונים חזרתו אינה מתקבלת לאחר תוכ״ד דיבור. והשו״ע בחו״מ סימן פ״א סעיף כ״ב פסק:

> הודה בפני ב״ד של שלשה[1162], בין שהודה מעצמו בין שתבעו אחר והודה, אינו יכול לחזור אלא תוך כדי דבור[1163].

הש״ך בס״ק נ״ו האריך להוכיח שאם הודה מעצמו יכול לחזור בו אפילו אחר תוכ״ד – עיין לעיל עמ׳ 487 (ועי״ש בחילוק שבין הודאה רגילה לבין הודאה בדרך שיחה). אבל אם לא הודה מעצמו אלא הודה לדברי התובע, אף הש״ך מודה שאינו יכול לחזור בו אחר תוכ״ד דיבור.

על פי דברי הש״ך יש לעיין בדינה של אשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני ומעולם לא הייתי אשת איש, שלכאורה על פי דברי הש״ך תהיה נאמנת אפילו אחר תוכ״ד, כיון שאמרה מעצמה והרי היא כמו מי שהודה מעצמו שחייב לחבירו (בניגוד לשו״ע באבהע״ז סימן מ״ז סעיף ד׳ שכתב שנאמנת רק תוכ״ד דיבור[1164] אא״כ נתנה אמתלא לדבריה, וציין לדבריו הב״ש לעיל אות ח׳).

[1160] ומעין סברת רעק״א - עיין הערה 1113.

[1161] עיין בחילוק שבהערה 1166.

[1162] עי״ש בשו״ע לגבי הודאה בפני עדים, ולגבי היכולת לומר פרעתי, ואכמ״ל.

[1163] עיין בשטמ״ק באות ג׳.

[1164] אא״כ נעמיד את דברי השו״ע בהודאה רגילה, ונאמר שהש״ך כתב את דבריו רק בהודאה שהיא דרך שיחה. אמנם, הש״ך עצמו חולק על השו״ע שהוזכר בפנים וכותב שאף שהשו״ע פסק שנאמן רק תוכ״ד הוא חולק על דבריו, וא״כ כשם שחולק על דברי השו״ע בחו״מ הוא חולק על דבריו באבהע״ז.

י. במקרה בו בעל דין הודה בבית דין ואינו חוזר בו אלא מוסיף על דבריו, כגון שמעיקרא הודה לתובע ששדה זו היתה של אביו של התובע, ואח"כ אמר שלקחה ממנו (כתובות טו., לעיל עמ' 494), יש לעיין האם יכול לומר את דבריו אף אחר תוכ"ד.

לעיל באות ד' צויינה מחלוקת בדין אשת איש הייתי ונתגרשתי האם יכולה לומר שנתגרשה לאחר תוכ"ד דיבור, ולכאורה מחלוקת זו קיימת אף בנידון שלפנינו. אולם יתכן לחלק כיון ששם אין תובע, ואילו בנידון שלפנינו יש תובע, ולכן יש הכרח שההודאה תהיה תוכ"ד. ובחידושי הרמב"ן לכתובות דף דף קט: ד"ה "א"ל" כתב:

> ...ולא נהירא לי אטו מי שאמר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולאחר זמן מרובה אמר לו חזרתי ולקחתיו ממך אחר שהודיתי לך מי מהימן הא ודאי לית דינא ולית דיינא דלא מהימן דהא השתא לית ליה מגו...

הרמב"ן תולה את אי היכולת לומר "לקחתיה" אחר תוכ"ד בכך שעתה אין לו מיגו[1165]. ולעיל כתב המחנ"א, שאם "הפה שאסר..." יסודו במיגו ניתן לומר את ההיתר רק תוכ"ד דיבור. ומכאן, שאם היסוד של "הפה שאסר..." הוא בבעלות שיש לאדם על דבריו, יש יכולת להתיר אף כעבור זמן וה"ה בנידון שלפנינו.

ובספר בין המשפתיים (הרב ראובן פיין) עמ"ס דמאי פרק ו' משנה י"א כתב, שכל מי שדבריו תקפים ביחס לכל העולם, אין בכוחו לחזור אחר תוכ"ד, ולכן בנידון של "שדה זו של אביך היית ולקחתיה ממנו", שיש בדבריו משמעות לכל העולם, אינו יכול לחזור בו אחר תוכ"ד דיבור, עי"ש[1166].

[1165] עיין בשיעורי ב"ב מאת הרב מיכאל שילוני, סימן י"ב עמ' קמ"ב שדן בסתירה לכאורה בשיטת הרמב"ן בגדרי "הפה שאסר...".

[1166] וכתב שם, שרק בדבר בו הנאמנות מכח "שויא אנפשיה" שייך להסתפק האם ניתן לומר את ההיתר אחר תוכ"ד, כגון בא"א הייתי ונתגרשתי אבל בעדות של שני עדים, או בעד אחד באיסורין (מוכר פירות בסוריא – לקמן אות יב), שדבריהם מועילים לגבי אחרים, אין אפשרות להתיר אחר תוכ"ד. ועי"ש שכתב שהאומרת נשביתי וטהורה אני, יכולה לומר את דברה רק תוכ"ד דיבור כיון שקיים בה איסור שקבעו חכמים, עי"ש בדבריו. ואמנם עיין בדברי רעק"א בהערה 1113 שנראה

אמנם המאירי בכתובות דף כב. חולק על הרמב"ן:

> ...וכן בשדה אם אמר של אביך היתה ולאחר זמן חזר ואמר לקחתיה ממנו נאמן... והטעם בכולם מפני שאין אנו מצריכין לתוך כדי דבור אלא מטעם חוזר ומגיד ואין דין חוזר ומגיד נאמר בבעל דבר אלא בעדים.

עֵד אֶחָד בְּאִיסּוּרִין – הַאִם יָכוֹל לַחֲזוֹר וּלְפָרֵשׁ אֶת דְּבָרָיו אַחַר תּוֹכ"ד / הֵיתֵר שֶׁאֵין בּוֹ שׁוּם עֵד סְתִירָה לְאִיסּוּר

יא. עד אחד נאמן באיסורין (שו"ע יו"ד סימן קכ"ז סעיף ב'). ויש לעיין האם דין "הפה שאסר..." בעד אחד הינו כמו בשני עדים שבהם קיים הכלל "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד" שאינם יכולים להתיר אחר תוכ"ד (אות ב'-ג'), ואף הוא לא יוכל להתיר אחר תוכ"ד. או שנאמנותו של עד אחד איננה בתורת עדות[1167], ולכן לא נאמר בו הדין של "כיון שהגיד" ויוכל להתיר אף אחר תוכ"ד[1168].

ועוד, אם ננקוט שנאמנותו של עד אחד איננה בתורת עדות, האם נוכל לדמות את דינו למקרים של מי שאוסר ואח"כ מתיר את עצמו (אות ד' ואילך) שנחלקו הפוסקים האם יכול להתיר אף לאחר תוכ"ד, או שדינו של עד אחד שונה ממי

מדבריו שבשבויה האיסור הוא חיצוני. ועי"ש בראשי שערים שכתב שאף בא"א הייתי ונתגרשתי האיסור הוא ביחס לעולם, כיון שבית דין חייבים להפרישה.

[1167] או שאף שהוא בתורת עדות, כיון שדבריו מתקבלים גם מחוץ לבית דין, לא קיים לגביו הכלל של "כיון שהגיד...".

[1168] בשבט מיהודה (הרה"ג איסר יהודה אונטרמן זצ"ל) שער שלישי אות ב', דן האם דין "כיון שהגיד..." קיים בע"א באיסורין, ובתחילה כתב שכיון שעדותו איננה בבית דין, אין על דבריו תורת הגדת עדות, ולכן יכול לחזור בו. אולם יש מקום לומר ההיפך, כיון שדבריו מתקבלים גם מחוץ לבית דין שורת הדין נותנת שאחר שאמר את דבריו אינו יכול לחזור בו. ועי"ש שציין לתשובת הר"ן סימן מ"ז שבעדות אשה, עד שהעיד חוץ לבית דין שמת בעלה, ושב והעיד בבית דין, יכול לחזור בו (ומעין זה נפסק בשו"ע אבהע"ז סימן י"ז סעיף ב'), ונמצא שלא קיים דין "כיון שהגיד..." בעד אחד מחוץ לבית דין. אמנם כתב שם שמדברי הריב"א בקידושין דף סה מוכח שחולק, עי"ש. וכתב שם השבט מיהודה (ס"ק ד') ע"פ דברי השערי ישר בשער ו' פרק ה' ועל פי תשובה שקיבל ממנו, שאם עד אחד מעיד על דבר שכל אחד יכול לפעול על פי עדותו, אינו יכול לחזור בו, שנחשב כאילו העיד בפני בית דין, אבל אם מעיד בדבר שרק מורי הוראה יכולים לפעול על פי דבריו יכול לחזור בו כל עוד לא העיד בפניהם, ועי"ש באריכות. ועיין שו"ת התשב"ץ חלק א' סימן פ"ד ד"ה "עוד כתבת ז"ל" שדן בדברי הרמב"ן האם בגדרי עד אחד.

שאוסר על עצמו.

יב. משנה דמאי פרק ו׳ משנה י״א:

המוכר פירות בסוריא ואמר משל ארץ ישראל הם, חייב לעשר. מעושרין הן, נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר[1169].

במשנה מדובר בעם הארץ שאין לו נאמנות לומר שפירותיו מעושרים, אולם אם הידיעה שהפירות מארץ ישראל ולכן הן חייבים במעשרות באה ממנו, הרי הוא נאמן בדבריו, והוא גם נאמן לומר שהפירות מעושרים, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

ועל פי דברינו לעיל, יש להסתפק האם יש בכוחו לומר שהפירות מעושרים רק תוכ״ד או אפילו לאחר מכן[1170].

יג. משנה ראשונה דמאי פרק ו׳ משנה י״א:

בפ״ב דכתובות גבי האשה שאמרה א״א הייתי וגרושה אני.... פליגי הפוסקים די״א דוקא תוכ״ד מיהמנא וי״א אפילו אחר כדי דיבור כיון שאינה סותרת דבריה דלשון הייתי משמע ׳כבר הייתי׳ א״א ואח״כ נתגרשה[1171]. ומשמע שה״ה הכא שייכא פלוגתא זו.

[1169] עיין הערה 1114.

[1170] עיין הערה 1166. ועיין ט״ז יו״ד סימן מ״ח ס״ק י״ט. ויש לעיין האם הנידון שם נחשב תוכ״ד.

[1171] כנ״ל אות ד׳ ואילך.

ומיהו יש לחלק דהתם אע״פ שאמרה ׳הייתי׳ מיחזי כסותרת דבריה דלמאי נ״מ אומרת ׳א״א הייתי׳, אם לא לאסור עצמה ותו לא מיהמנא להתיר עצמה[1172]. אבל הכא כשאמר ׳של ארץ ישראל הן׳ י״ל דלא בא לאסור אלא להשביח מקחו שידוע שאין כל הארצות שוין בשבח הפירות והלכך אפילו לאחר כ״ד נאמן כיון שאינו סותר.

ובשו״ע חו״מ סו״ס מ״ו בעדים שאמרו כ״י זה אלא לאלומי שטרא ותו לא מיהמני לאורועי[1173] אבל באבהע״ז סימן קנ״ב הביא שתי הדעות[1174].

מדברי המשנה ראשונה עולה, שאין חילוק מהותי בין עד אחד באיסורין לבין אדם האוסר על עצמו, בשני המקרים הדיון האם ההיתר צריך להאמר תוכ״ד הינו אותו דיון, והמחלוקת בדין אדם האוסר על עצמו תקפה גם בעד אחד באיסורים.

אולם קיים חילוק בנסיבות, בנידון של אשת איש הייתה לה מטרה לאסור את עצמה ולכן דבריה שנתגרשה מהווים שינוי מהאמור מדבריה הראשונים, וכיון שכך נחלקו הפוסקים האם יכולה לומר את דבריה אף לאחר תוכ״ד דיבור. לעומת זאת בנידון של ״פירות ארץ ישראל״ אין לו כוונה לאסור אלא לתאר מצב שיגרום ללקוחות לקנות ממנו וממילא האמירה שהפירות מעושרים אינה מהווה שום סתירה או שינוי לדבריו ולכן לכו״ע נאמן אף לאחר תוכ״ד דיבור, וצ״ע.

<u>סיכום</u>

יד. העולה מהאמור לעיל, האם מי שיש לו את הסמכות של ״הפה שאסר...״ יכול לומר את ההיתר לאחר תוכ״ד:

[1172] עיין הערה 1154.

[1173] לעיל אות ג׳, בדין העדים, שדין ה״פה שאסר...״ קיים רק תוכ״ד דיבור, ולדברינו שם בעדים כו״ע מודים שיכולים להתיר רק תוכ״ד כיון שבהלכות עדות נאמר הדין של ״כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד״.

[1174] לעיל אות ז׳ – בדין אשת איש הייתי ונתגרשתי. ולדברינו (עיין בהערה הקודמת) יש מקום לחלק בין עדות לבין אשת איש שאין בה תורת עדות.

- לשיטת המחנ״א הדבר תלוי האם יסוד הדין הוא במיגו או בבעלות על דבריו (אות ה׳), ויתכן שיסוד המחלוקת הוא האם דין ״הפה שאסר...״ הינו דין בפ״ע או נובע מדין ״איתקיל ליה מילוליה״ (אות ו׳).
- עדים בבית דין יכולים לחזור בהם לגמרי תוכ״ד אף בלי הדין של ״הפה שאסר...״. ולהוסיף ולסייג (ולהתיר) הם יכולים מדין ״הפה אסר...״ רק תוכ״ד, כיון שקיים לגביהם הכלל של ״כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד״ (אות ב׳-ג׳).
- אדם שאוסר על עצמו ורוצה להתיר את האיסור (ללא סתירה לדבריו הראשונים), נחלקו ראשונים האם יכול לומר את ההיתר אפילו אחר תוכ״ד (אות ד׳, ט׳),
- בהנ״ל, אם סותר את עצמו לגמרי נאמן באמתלא אפילו אחר תוכ״ד (רבינו יחיאל באות ד׳).
- נתבע שהודה לדברי התובע וחזר בו וסתר את דבריו תוכ״ד, דבריו מתקבלים. ואחר תוכ״ד אינם מתקבלים (אות ג׳ ט׳).
- נתבע שהודה מעצמו בבית דין, נחלקו ראשונים האם יכול חזור ולבאר דבריו לאחר תוכ״ד (אות י׳).
- עד אחד באיסורין, יש מקום לומר שיכולת החזרה שלו תלויה במחלוקת של מי שאוסר על עצמו ורוצה להתיר האיסור ללא סתירה לדבריו הראשונים (אות יג).
- המשנה ראשונה חידש, שאם מוכח שבאיסור לא היתה כוונה לאסור, כולם יודו שיכול להתיר אחר תוכ״ד. כגון שמי שמשביח את מקחו ואומר שהוא מפירות א״י ולאחר מכן אומר שהם מעושרים. ודבריו תקפים הן לעד אחד באיסורין והן למי שאוסר על עצמו ואח״כ אומר היתר ללא סתירה לדבריו הראשונים (אות יג).

כח המיגו / מיגו למי שלא חשב לטעון טענה חילופית

הקדמה / יסוד דין מיגו – מה לי לשקר / שיטת ר׳ יהושע שאין סומכים על מיגו

א. תובע ונתבע שטוענים את טענותיהם בבית דין, בית דין אינם יודעים האם הם דוברי שקר או אמת. וכשבית דין בוחן את טענות הצדדים, הוא מנסה להבין מה הוביל את התובע או הנתבע לטעון את טענתו.

לצדדים יש מטרה, כגון להוציא ממון או להיפטר מתשלום ממון, האמצעי להגיע למטרה הוא ה׳טענה׳. ולכן, נתבע שמטרתו היא לא לשלם, ינסה להגיע למטרה זו על ידי טענה שלדעתו תפטור אותו והוא יכול לטעון טענות שונות, כגון: להד״ם [ואם יש שטר, הוא יוסיף שהשטר מזוייף][1175], פרעתי[1176], מחלת לי על החוב[1177], איני יודע אם לוותי[1178].

כנ״ל, בית הדין אינו יודע האם העומדים בפניו דוברי אמת או לא, והוא ינסה לברר האם מדברי שניהם עולה הסכמה כלשהי. אם הנתבע טוען להד״ם, הרי שבין הצדדים יש הכחשה ברורה, וכיון שהנתבע מוחזק בממון לא תהיה אפשרות להוציא ממנו את הממון בו הוא מוחזק. אבל אם הנתבע טוען פרעתי (עוד בתוך הזמן שנקבע[1179]), הרי הוא מודה לדברי התובע שהיה חיוב, והמחלוקת ביניהם האם היה פרעון. במקרה זה כוחו של הנתבע ׳חלש׳ יותר, כיון שהוא הביא את עצמו לחזקת חיוב בסיסית. ועליו ׳לחלץ׳ עצמו מחזקת חיוב זו[1180].

[1175] שו״ע חו״מ סימן ע״ח סעיף א׳.

[1176] עיין הערה 1180.

[1177] עיין שו״ע חו״מ סימן פב סעיף י״א, האם טענת מחילה כמוה כטענת פרעון.

[1178] שו״ע חו״מ סימן ע״ה סעיף ח׳.

[1179] עיין הערה 1180.

[1180] עיין סימן צ״ז בסמ״ע ס״ק מ״ג ובקצות ס״ק י׳ שבמלוה על פה, טענת פרעתי מועילה בפני עצמה אף ללא מיגו (ועיין גם באורים ס״ק מ״ט שם). אמנם אם הלוה אומר פרעתי בתוך הזמן, לכו״ע נאמן רק במיגו שהיה טוען להד״ם (עיין שו״ע חו״מ סימן ע״ח סעיף א׳). ובמלוה בשטר נאמן לומר פרעתי במיגו שהיה טוען שהשטר מזוייף (שו״ע חו״מ סימן מ״ו סעיף א׳).

ב. הנתבע שאמר 'פרעתי' (בתוך הזמן[1181]) היה יכול לומר 'להד"ם'. ולכן בית דין מבררים מדוע הוא טוען 'טענת פרעון' שהיא חלשה מטענת להד"ם בה הוא היה יכול להיפטר ולא להטיל על עצמו חזקת חיוב ראשונית. יתכנו מספר אפשריות, כגון:

א. הנתבע דובר אמת, והוא רוצה לומר אמת, ואילו היה רוצה לשקר היה אומר להד"ם (והוא יודע שטענת להד"ם היתה מתקבלת).

ב. הנתבע משקר, ולא טען טענת להד"ם כדי לעורר אמינות בבית דין[1182] (לקמן עמ' 530 ואילך).

ג. הנתבע משקר, ועלה בדעתו לשקר ולומר להד"ם אבל הוא חשב (בטעות) שההלכה היא שטענת להד"ם אינה מתקבלת בבית דין (אות ה' ואילך).

ד. הנתבע משקר, והוא אדם 'תמים' ולא עלה בדעתו לשקר ולומר להד"ם (אות יב).

אפשרות א' היא הבסיס לכל מיגו, וכלשון הגמ' בכמה מקומות "מה לו לשקר"[1183] כלומר "מה לו לשקר" בטענה הנוכחית (מה הסיבה שיאמר זו כטענת שקר בפני בית דין), והרי אין לו סיבה לומר שקר זה, שאילו היה רוצה לשקר היה טוען שקר טוב יותר, וממילא מוכח שהוא דובר אמת (אמנם עיין לקמן עמ' 540 ואילך בשיטות הסוברות שמיגו מועיל מחמת "כח הטענה"). ונקודת המוצא היא שהנתבע ידע שיש אפשרות לטעון טענת להד"ם ובאופן מודע הוא החליט לא לטעון אותה, כיון שלא רצה לשקר.

[1181] עיין הערה 1180.

[1182] אילו היה טוען להד"ם, בית דין היו אומרים שאין להוציא ממנו ממון, אולם לא היו יכולים לחוות דעה מי צודק, לעומת זאת אם הוא טוען טענת 'פרוע' שבה הוא מגרע את כוחו, הוא מעורר אמינות, ובית דין יאמרו שהוא פטור במיגו שהיה יכול לומר להד"ם, ונמצא שהוא יוצא מבית דין עם 'הוכחה' לאמיתת דבריו, ויש חשש שאדם לא הגון ינצל 'אמינות' זו כדי לעורר אמינות מזוייפת.

[1183] מטבע הלשון אינו אחיד. וכגון: מה לי לשקר (ב"ב פא:) מה לו לשקר (ב"ב לא.), וכן "דאי בעי אמר" (ב"מ דף קי.). אמנם לא בכל מקום בו מוזכר מיגו בש"ס הוזכר בגמ' 'מה לי לשקר' וכדו' ורק נאמרה המילה 'מיגו'. אולם במקומות רבים הראשונים ביארו שזו היא כוונת הדברים. ואפילו במקרים בהם הגמ' לא הזכירה כלל את הלשון 'מיגו' הראשונים ביארו שקיים מיגו, עיין רש"י גיטין סד. ד"ה "גירשתי" ועוד. אמנם יתכן שלא כל מיגו כוחו נובע מכך שהנתבע עצמו היה מעלה בדעתו לשקר – ועיין בפנים לקמן. ובהערה 1213 בביאור "מה לו לשקר".

אולם יתכן שלא האמת היא המובילה את הנתבע לומר 'פרעתי'. כגון, כדברינו באפשרות ב', שאין ראיה שדבריו דברי אמת, שיתכן שהוא ידע שטענת להד"ם מתקבלת בבית דין (כיון שאין לתובע שום ראיה נגדו, ובית דין לא יוציאו ממון מספק) והוא החליט לטעון טענת "פרעתי" כדי לתת אמינות לדבריו (כדי שבי"ד יחשוב שאילו היה רוצה לטעון טענת שקר היה טוען להד"ם, וכנ"ל, עיין עמ' 530).

נימוק נוסף שיכול לערער את אמינות המיגו, שהנתבע לא העלה על דעתו לטעון להד"ם או מפני שהוא טועה בדין (וסובר שטענת להד"ם אינה מתקבלת) או מפני שהוא אינו מספיק חכם כדי להעלות על דעתו לטעון להד"ם, וכנ"ל אפשרויות ג'-ד'[1184] (ולקמן אות ה' ,יב).

ג. שיטת ר' יהושע (כתובות דף טו:), שהאומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו נאמן, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר (לעיל עמ' 494) ובשטמ"ק בכתובות דף טו: כתב:

> אבל מגו בעלמא ע"י תביעה[1185], דלאו הפה שאסר הוא, לית ליה לר' יהושע[1186] משום דדילמא לא אסקא אדעתיה אי נמי אערומי קא מערים[1187].

[1184] האם מותר לדיין לשאול את הנתבע מדוע הוא לא אמר "להד"ם", ואם הנתבע יענה שלא עלה על דעתו לטעון טענה זו, יתברר שאין לו מיגו, אבל אם הוא יענה שלא אמר כך כיון שהאמת היא שפרע ולא רצה לשקר ולומר להד"ם, יחזור הספק לדיין שמא גם עתה הוא ממשיך לשקר. אבל לכל הפחות במקרה שהוא ענה שלא על דעתו לומר להד"ם יוכל בית דין להכריע, וצ"ע. ועיין הערה 1187 בביאור שיטת ר' יהושע.

[1185] ויל"ע מה דינו של מיגו שלא ע"י תביעה, ושמא בכל מקרה בו אין תביעה ה"ז בגדרי הפה שאסר ולא בגדרי מיגו, כיון שהפה שאסר נחשב כאילו נאמרה תביעה והפה שמתיר ה"ז טענת הפטור של הנתבע, וקצ"ע.

[1186] אמנם בסוגיות הגמ' קיים עירוב בין הדין של "הפה שאסר..." לבין מיגו, עיין בכורות לו. ועוד.

[1187] הרחבה בדין הערמה לקמן עמ' 52. ולכאורה נפ"מ בין הטעמים במקרה בו הנתבע אומר מעצמו שיש להאמין לו, שאילו רצה לשקר היה אומר להד"ם. שעל פי הטעם הראשון, עתה הוכח שהוא העלה על דעתו לטעון טענה זו וממילא יש לו מיגו, ואילו על פי הטעם השני עדיין קיים חשש הערמה, ועיין הערה 1184. ולקמן באות יב.

ר׳ יהושע אינו מקבל טענת ׳מיגו׳ למרות שיתכן שהוא דובר אמת ואילו היה רוצה לשקר היה טוען טענת פטור טובה יותר (אפשרות א׳ שבאות ב׳), אבל כיון שקיימות אפשרויות אחרות, שמא לא העלה על דעתו לטעון את הטענה החילופית מחמת אי ידיעתו בסדרי בית הדין או מחמת אי היותו אדם ערמומי (אפשרויות ג׳-ד׳ באות ב׳). ושמא הוא חשב על האפשרות החילופית ולא טען אותה כדי להערים ולעורר אימון (אפשרות ב׳ באות ב׳ ובדברינו שם, ולקמן עמ׳ 530 ואילך). בית דין אינם יודעים לאיזו קבוצת אנשים לשייך את האדם העומד בפניהם, ולכן סובר ר׳ יהושע שאין לקבל שום טענה מכח מיגו (ועיין רש״י כתובות דף טז. ד״ה ״הכא״ שסברתו היא כשיטת השטמ״ק[1188]).

<u>החולקים על שיטת ר׳ יהושע</u>

ד. בניגוד לשיטת ר׳ יהושע הנ״ל, בסוגיות גמ׳ רבות ׳מיגו׳ הינו דין מפורסם ותקף, ויש לעיין מה היא התשובה לטענתו של ר׳ יהושע. ניתן להציע שתי תשובות עקרוניות:

- למרות שישנם אנשים שלגביהם לא קיים דין מיגו (אפשרויות ב׳-ד׳ באות ב׳), רוב האנשים שייכים לקבוצה הראשונה (שבאות א׳), ולכן יש לקבל את דבריהם, אבל אם ידוע שאדם מסויים לא היה מעלה בדעתו לטעון את הטענה החילופית, אכן מיגו לא יועיל לו (לקמן שיטת המהרשד״ם – אות ה׳ ואילך).
- למרות שלא ידוע האם רוב האנשים שייכים לדוברי האמת או לדוברי השקר[1189], מיגו תקף ומועיל אף לאנשים שלא היו מעלין בדעתם לטעון את

[1188] רש״י שם בביאור שיטת ר׳ יהושע: ״אבל גבי לא מצא לה בתולים שור שחוט לפניך בתולים שלא מצא לה הם הסיתוהו לבא לב״ד ואע״פ שיש לה להשיב טענה טובה מזו, לא אמרינן מגו, דדלמא לא אסקה אדעתה א״נ איערומי קא מערמא״. ועיין ב״מ דף ח. בחשש הערמה שהוזכר שם. ויש לעיין מה היא ההערמה עליה מדובר, האם הוא טוען טענה, כדי להימנע מהטענה החילופית, כיון שבטענה החילופית יש לו הפסד כלשהו, או שאף אם אין לו הפסד בטענה החילופית, כיון שהטענה הנוכחית ׳מעוררת אימון׳ בבית דין, חושש ר׳ יהושע שזו הערמה.

[1189] בחידושי הרשב״א ב״ב דף לב: כתב: ״דהא טעמא דמגו טעמא רבה הוא, וכל מגו אטענה דלאו קושטא מסמכינן ליה״. ולכאורה מדוייק מדבריו, שכוחו של המיגו להועיל גם למי שאנו חושדים בו שאינו אומר אמת, וקצ״ע.

הטענה החילופית (אפשרויות ג׳-ד׳ שבאות ב׳ – לקמן אות יא) וכן מיגו מועיל למי שהעלה בדעתו לטעון את הטענה החילופית ואינו טוען אותה כדי לעורר אמינות (אפשרות ב׳ באות ב׳ – לקמן עמ׳ 530 ואילך).

לקמן (אות ה׳ ואילך) נדון בדינם של אלו שלא העלו בדעתם לטעון את הטענה החלופית, מחמת חוסר בקיאותם בדין או שאינם די חכמים לחשוב עליה (אפשרויות ג׳-ד׳ באות ב׳, ועיין אות יג בביאור המחלוקת עם ר׳ יהושע). ולאחר מכן (עמ׳ 530) נדון בדינו של אדם שמערים ומנסה לעורר אמינות בבית דין (אפשרות ב׳ באות ב׳).

<u>מַלְתָּא דְּלָא יְדִיעַ לְהַרְבֵּה / לְהַאֲמִין לְעַם הָאָרֶץ בְּמִיגּוֹ (כְּשֶׁאֵינוֹ בָּקִי בְּדִינִים)</u>

ה. שו״ת עזרת כהן (אבהע״ז) סימן ק״א:

...בכללא דמיגו, דאי לאו דאמרו חכמים לא היינו דנים בו, דאיכא למימר שמא לא עלה על דעתו האופן האחר[1190], אלא שאין לנו אלא מה שאמרו חכמים[1191]...

אמנם יש לעיין מה הדין במקרה בו ברור לנו שאינו מעלה בדעתו לטעון את הטענה החילופית. בשו״ת מהרשד״ם יו״ד סימן נ״ג[1192], דן על עושי גבינה שהעידו עליהם שהחלב שלהם הינו חלב שחלבו גוי ואין ישראל רואהו[1193], וכתב

[1190] עיין ערוה״ש סימן צ״ג סעיף ד׳ שכתב, שמיגו מהווה הוכחה שדבריו אמת ואדם מדקדק בדבריו כאשר הדבר נוגע לממונו. אבל, כאשר הדבר נוגע לפטור שבועה, לא אומרים מיגו לפוטרו משבועה, כיון שבענין זה אדם אינו מדקדק כ״כ ולא עלה בדעתו לטעון טענה אחרת.

[1191] עי״ש שכתב שמיגו מועיל שאם היה רוצה היה טוען טענה אחרת, אבל מיגו שאם היה רוצה היה עושה מעשה, לא אמרינן מיגו, ששמא לא היה עולה בדעתו לעשות את המעשה.

[1192] הו״ד בקצרה בקיצור כללי מיגו לכנסת הגדולה אות ע״ז, ובקיצור כללי מיגו לכנה״ג שבתומים אות כ״ח.

[1193] לשון המהרשד״ם: ״שאלה הממונים יראי ה׳ וחושבי שמו אשר עסקם לפקח על עדת ישראל להרים מכשול מקרב הקהל קדוש יע״א זה להם פעם אחרת שבשמעם כי עושי הגבינה היו מזלזלין בשמיר׳ החלב ובעשית הגבינה ויחרדו נועדו יחדיו ויקראו כל עושי גבינה ובתוכה יוסף ג׳יליק ושותפו שלמה אוריאל המכו׳ קואלייארו כי על אלה היה הקול נשמע שהיו מזלזלים הרבה ואחר שהתרו בהם הממונים אשר היו בימים ההם השביעום בספר תורה בזרוע שלא ליקח שום חלב מגוי אם לא שיהיה שם איש ישראל שומר וזה היה בשנה שעברה שנת השי״ח ועתה שנת

המהרשד״ם:

עוד אני אומר דלכ״ע קואלייאר[1194] גבינתו אסורה וכל גבינה היוצאת מתחת ידו אסורה. והטעם, שהרי הרשע הזה כשהביאוהו לפני הממונים י״א ושאלוהו למה עשיתה כך, כפר בעקר ואמר שלא היו דברים מעולם. ולא אמר 'עשיתי לפי שהייתי יכול לעשותו' ואמר שלא עשאו שלפי דעתו איסור חמור וגמור היה, כמו שהוא כן בעין כל ע״ה רשע כמוהו. והרי יש עדים שעשה...

ואין לומר אדרבא זיל לאידך גיסא ואימא שהאיש הזה יהא נאמן לומר לא היו דברים מעולם מגו דאי בעי אמר 'עשיתי והתר הוא'[1195] דהא ודאי ליכא למימר. חדא דמגו במקום עדים הוי[1196].
ותו דעם הארץ הוא, ומלתא דלא ידיע להרבה מהיהודים איך ידע, ודבר ברור הוא והאריכות בו מותר.

כלומר, עם הארץ שאינו מעלה על דעתו לטעון טענה חילופית, אין להאמין לו במיגו שהיה טוען את הטענה החילופית. ומלשונו של המהרשד״ם יתכן לדייק שמדובר באדם חכם, ורק כיון שהוא עם הארץ, הוא לא היה מעלה בדעתו לטעון טענה אחרת, כיון שבהיותו עם הארץ, הוא לא חשב שטענה זו תועיל לו (אפשרות ד' שבאות ב').

השי״ט באו ג' עדים והעידו בפני הממונים ובפני קואלייארו הנז' שהיה עושה גבינה מחלב שחלבו גוי ואין ישראל רואהו. וזה היה במה שהיה לו עשרים עדרים ולא היה לו אלא שומר אחד שעל הרוב היה מספיק לשני עדרים ושאר החלב כלו היה חלב שחלבו גוי בלתי ישראל. עוד העידו עליו שהיה לוקח גבינה עשויה מגוי ומערב אותה עם הגבינה שהיו עושין אותה היהודים ולהיות שאין לגוים הדפוסים כדפוסי היהודים היה זה הקואלייארו נותן לגוי הדפוס שלו ואז היה הגוי עושה הגבינה בדמות ובצלם גבינת הישראל ולא היה ניכר בין גבינת הישראל לגבינת הגוי כלל. גם יש מעידים על הג'יליק שמכר גבינת גוים לישראל והוא קאשקאבאל מבופאלו והממונים י״א אחר קבלת העדויות ביראת ה' בלבם אסרו הגבינה. ויקם ה' שטן מסית ומדיח הסית ופתה לקצת חכמי העיר הזאת והתירו הגבינה לא נראה אלינו טעמם...״

[1194] קואלייאר – שמו של עושה הגבינה.

[1195] היה אומר עשיתי בהיתר (עיין הערה 1195 שטענו כלפיו הן על החלב והן על עשיית גבינה ע״י גוי בתבניות של ישראל).

[1196] מגו במקום עדים, פירושו, שהנתבע טוען טענה וכנגדה יש עדים, אבל לכאורה יש להאמין לו שאילו היה רוצה לשקר, היה יכול לטעון טענה חילופית, שכנגדה אין עדים, והיא היתה מתקבלת בבית הדין. וההלכה היא שלא אומרין מיגו במקום עדים. ועיין בגמ' ב״מ פא:, ב״ב ל״א. , ב״ב לב. ועוד, בדין מיגו במקום עדים, שנראה שיש בדבר מחלוקת אמוראים ואכמ״ל.

המהרשד"ם קובע קביעה "מלתא דלא ידיע להרבה מהיהודים איך ידע". ויש לעיין מה הדין במקרה בו קביעה זו אינה ודאית, ולבית דין יש ספק האם אדם זה הוא עם הארץ או לא, האם במקרה זו טענתו תתקבל מכח האמינות שמעורר המיגו או שאין לקבל את המיגו, מכח הספק. ומפשטות לשון המהרשד"ם נראה שכדי להפקיע מאדם את המיגו, יש צורך שבית דין יוכלו לומר בודאות שאדם זה לא היה מעלה בדעתו את הטענה החילופית, אבל במקרה של ספק, הוא לא איבד את המיגו שיש לו, וצ"ע, ועיין אות יב.

ו. שו"ת תורת אמת סימן כ"ה[1197]:

וי"ל דמגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת גרע, משום דאפשר שהטוען לא היה יודע שיזכה בדינו בטענה זו, דלאו כולי עלמא דינא גמירי.

אף התורת אמת דן על מי שאינו בקי בהלכות (אפשרות ד' באות ג'). אולם לדבריו אדם מאבד את האמינות שיש לו בזכות המיגו, אף במקרה בו "אפשר שהטוען לא היה יודע...". ואילו מדברי המהרשד"ם לעיל נראה שכדי לאבד את המיגו יש צורך שבית דין יוכלו לומר בודאות שהאדם הינו עם הארץ, אבל בספק המיגו קיים (ועיין אות יב).

על פי העזרת כהן (לעיל אות ה'), החידוש במיגו שעבורו צריכים חכמים לגלות שהוא מועיל, הוא במקרה לגביו התורת אמת סובר שמיגו אינו מועיל (במקרה בו קיים ספק האם העלה בדעתו לומר את הטענה החילופית).

ז. קיצור כללי מיגו לבעל כנסת הגדולה אות ע"ז:

בכלל זה אין להאמין לע"ה במיגו דאי בעי אמר מילתא שלא ידיע אפילו להרבה מהיודעים, הרשד"ם חלק יו"ד סימן נ"ג.

[1197] וכנ"ל צויין שם – עיין הערה 1192.

ורב אחד הו״ד במהר״א ששון סימן כ״ה כתב דאפשר לומר שהטוען לא היה יודע שיזכה בדינו, לא אמרינן.

בעל כנה״ג לא כלל את דברי המהרשד״ם והתורת אמת יחדיו אלא ציין לכל אחד מהם בפני עצמו, ויתכן שטעמו הוא כדברינו באות ו׳ (ודאי וספק), אולם בקיצור כללי מיגו לכה״ג שהובאו בתומים אות כח כתב:

אין להאמין לע״ה במגו דטען טענה, דאפשר שהוא לא ידע כי אין טענה זו גלויה לכל מהרשד״ם וכן הובא במהר״א ששון.

התומים אינו מחלק בין שיטת המהרשד״ם לבין שיטת התורת אמת. ולדבריו אף המהרשד״ם מודה שבמקרה בו ׳אפשר שהוא לא ידע׳, האדם מאבד את המיגו שהיה יכול להיות לו, וקצ״ע מנין דייק זאת בדבריו.

ח. מרדכי כתובות אות ר״ז[1198]:

דלא אמרינן מיגו אלא בדבר שהיה יכול לפטור עצמו בטענה גלויה לכל שהיה פטור, וכן משמע בכמה דוכתין וכך מקובל אני מרבותי[1199].

אם הטענה החלופית (שלא נטענה) אינה גלויה לכל, לא נאמר דין מיגו. ומשמע, שאם יש ספק לבית דין האם טענה זו גלויה לכל, ג״כ לא חל המיגו, ורק אם ברור שהטענה גלויה לכל, חל המיגו. ומכאן, על פי דברינו שקיימת מחלוקת בין התורת אמת לבין המהרשד״ם (אות ו׳), נראה שהמרדכי מהווה סיוע לתורת אמת, שאף אם קיים ספק האם האדם מודע לאפשרות לטעון טענה חילופית, המיגו אינו מועיל.

[1198] בשם הראבי״ה.

[1199] ציין לו בביאור הגר״א בדיני מיגו (מהד׳ ברכת אליהו כרך ו׳ אות ט״ו ס״ק ב׳ עמ׳ רע״ה-ו׳): ״היכא שטענת המיגו אינה גלויה לכל שפטור בה לא אמרינן מיגו. מרדכי בשם ראב״ה רפ״ח דכתובות (סימן ר״ז)״. וכתב הש״ך בכללי מיגו אות ז׳: ״עוד כתב בד״מ וסמ״ע וז״ל, ובמרדכי פרק האשה בכתובות [סי׳ ר״ז] דלא אמרינן מיגו אלא בטענה שהיא גלויה, ע״כ. ודבר זה סתום, ועיין במרדכי עצמו פרק האשה שנפלו שם בשם ראבי״ה וצ״ע ללמוד משם למקום אחר ע״ש״. ונראה שהוא לשיטתו בסימן ס״ו ס״ק נ״ו - לקמן אות י׳.

ט. הרא״ש במסכת כתובות פרק ט׳ סימן כ״ח, דן בדינה של אשה שמכרה את כתובתה[1200], ובשעה שבאים הלקוחות לגבות את הכתובה, היא אומרת שבעלה פרע לה את הכתובה קודם המכירה (והדין הוא שחייבת להשיב להם את הסכום ששילמו לה עבור קניית הכתובה), שלכאורה יש לה מיגו שהיתה אומרת שמחלה את הכתובה. אולם הרא״ש סובר שאין לה מיגו, כיון שהיא טועה וחושבת שלא כדאי לה לטעון שהיא מחלה על הכתובה, כיון שאם תטען שמחלה היא תתחייב (על פי הטעות שלה) לשלם את כל הסך הכתוב בכתובה (ולא רק להחזיר את הכסף שקיבלה עבור מכירת כתובתה, אם נכון שנפרעה קודם המכירה [כדין מקח טעות]). ולמרות שיש מפרשים הסוברים שעל פי דין אשה הטוענת טענת מחילה איננה חייבת לשלם את כל הסך הכתוב בכתובה אלא רק את הכסף שקיבלה עבור מכירת הכתובה ונמצא שאם היא אומרת שבעלה פרע לה את הכתובה יש לה מיגו שהיתה אומרת שמחלה (ובשני המקרים משיבה לקונים את כספם, ולא את כל דמי הכתובה), אע״פ כן אין לה מיגו:

> ואף לדברי המפרשים דכל מוחל שטר חוב אינו חייב לשלם אלא דמי המכר. מכל מקום כולי עלמא לאו דינא גמירי והיא יראה למחול שמא תתחייב לשלם כל דמי השטר[1201].

כלומר, לאשה אין מיגו, כיון שהיא סבורה שאין לה מיגו, למרות שאליבא דאמת יש לה מיגו, אמנם מדברי הרא״ש נראה שלא נוכל להוכיח האם שיטתו היא כשיטת המרשד״ם או כשיטת התורת אמת[1202], וצ״ע.

[1200] אשה יכולה למכור את הזכויות שיש לה בכתובה, ואם בעלה יגרשנה או היא תתאלמן, יוכלו הלקוחות לגבות את הכתובה מהבעל או מהיורשים, אבל אם היא תמות קודם, בעלה יורש והפסידו הלקוחות.

[1201] וכשיטתו פסק השו״ע באבהע״ז סימן ק״ה סעיף ב׳, וכתב התומים בקיצור כללי מיגו אות כ״ח: ״מבואר בדברי הרא״ש פרק הכותב דף פ״ח דאין האשה נאמנת פרוע במיגו דמחילה דתצטרך לשלם הכל, ואף לדברי המפרשים דא״צ לשלם, רק דמים שקיבלה, מ״מ לאו כו״ע דינא גמירי וכו׳ ועיין סימן ס״ו בתומים ס״ק ל״ב שכתב, שעיקר חששו של הרא״ש הוא בזמה״ז שרבו השיטות וזה אומר בכה וזה אומר בכה. וע״ע מקצוע בתורה סימן ס״ו ס״ק מ״ח, ובשו״ת מראה יחזקאל סימן קכ״ד ד״ה ״והנ״ל בזה״.

[1202] עיין בש״ך לקמן. ועל פי המחלוקת בינו לבין הרא״ש נראה שסובר שהרא״ש דן על מקרה בו יש ספק.

י. **הש"ך חו"מ סימן ס"ו ס"ק נ"ו חולק על דברי הרא"ש:**

מכל מקום דבריו לא נהירין לי וקשיא לי בהו טובא שהם נגד הסברא... מה שכתב כולי עלמא לאו דינא גמירי והיא יראה למחול כו'. הוא נגד הסברא, דהא אשכחן כמה מיגות חמורות יותר מזה שצריכים לימוד ועומק גדול בים התלמוד שהאשה נאמנת באותן מיגות, וכל הש"ס והפוסקים מלאים מזה בכמה מקומות, ולא אמרינן 'שמא אינה יודעת הדין'. ואם מצינו לפעמים בש"ס 'אטו כולהי נשי דינא גמירי'[1203], היינו דוקא במקומות שאמרו הם, ושם יש טעם בדבר, משא"כ בשאר דוכתי, דאל"כ ביטלת רוב וכמעט כל המיגות שבש"ס ופוסקים[1204]...

ניתן להציע מספר אפשרויות בביאור המחלוקת בין הרא"ש לש"ך:

- **הש"ך חולק על הקביעה שקיימים אנשים שאינם יודעים שיש להם אפשרות לטעון טענה חילופית (דהיינו אין מציאות של אפשרות ג' שבאות ב').**
- **הש"ך מודה שקיימים אנשים שאינם יודעים מהטענה החילופית, אבל כל עוד לא ידוע לנו בבירור שהוא אינו יודע מהטענה החילופית, יש לו מיגו (עיין בדברי המהרשד"ם והתורת אמת באות ה'-ו').**

[1203] קידושין דף יג. ועיין שו"ת הרשב"א סימן תרכ"ט: "ביהודי עם הארץ שבא לגרש את אשתו ואמרו לו בית דין שיפרע לה כתובתה. ואמר שלא הבין כשקרא החזן הכתובה והמתנ' ולא הבין התנאי. ואמר כי שאלו את פי הרב רבי מאיר ז"ל. והשיב דשומעין לו. והוא אומר דאין שומעין לו דחזקה שהעידו עדים בעל פה ועל פיו חתמו בו. ואם אין אתה אומר כן לא הנחת חיוב לעמי הארץ ולא על הנשים דכולן יטענו כן. ואין אלו אלא דברי תמה. אבל מה אעשה שכבר הורה זקן יושב בישיבה חכם עם איש שיבה". ועיין בקהלת יעקב (הרב ישראל יעקב אלגאזי), ערך מידות חכמים אות א' "אדם יודע" שדן מתי אומרים אדם יודע ומתי לא, עי"ש (צויין בקצרה בהלכה פסוקה לחו"מ סימן ה' סעיף ב' עמ 66). ויתכן שלמרות שאנו יודעים שהוא לא יודע, א"א להתחשב בכך כי לעולם לא נוכל לחרוץ משפט. וכן יש לעיין בדין חשוד, שחשוד לעבור על דרבנן אינו חשוד על דאורייתא, האם תלוי בידיעת האדם מה דאורייתא ומה דרבנן. ועיין גם בחזקה רבה חו"מ ח"ב הלכה קנ"ג ועי"ש בעמ' 100.

[1204] נתיבות, קיצור כללי מיגו ומחודשים אות י': "אין להאמין לעם הארץ במיגו דטען טענה, דאפשר שהוא לא ידע כי אין הטענה גלויה לכל. ומסקנת הש"ך סימן ס"ו ס"ק נ"ו דאמרינן מיגו כי האי, והעיקר כדבריו (ועיין משפט האורים שם). אמנם התומים בכללי מיגו אות כ"ח כתב שהעיקר כשיטת הרא"ש והשו"ע. וע"ע גדו"ת יב, א', ה'.

- אף אם ידוע שהאדם העומד בפנינו אינו יודע שיש לו טענה חילופית טובה יותר מטענתו, יש לו מיגו.

נראה, שלא יתכן לחלוק על כך שישנם עמי ארצות שאינם יודעים שקיימת להם אפשרות לטעון טענה חילופית, ולכן לא מסתבר שהש"ך אינו חולק על קביעתו של הרא"ש, שקיימים אנשים שכאלו. ומלשונו של הש"ך, שכתב "ולא אמרינן שמא אינה יודעת הדין", נראה לדייק שאילו היה ברור לבית דין, שהיא אינה יודעת את ההלכה שיש לה אפשרות לטעון טענה חילופית, לא נוכל לקבל את הדברים במיגו שהיתה טוענת טענה חילופית. ולדברינו, המחלוקת בין הרא"ש לש"ך היא במקרה של ספק – עליו דן התורת אמת לעיל אות ו'.

יא. לולי דיוקנו מלשון הש"ך, היה מקום לומר שאף במקרה בו ידוע לבית דין שהאדם שבפניו אינו מודע ליכולת שלו לטעון טענה חילופית, זכות המיגו תעמוד לו, למרות שלא ניתן לטעון לגביו את הטענה "מה לו לשקר" (אות ב'), בית דין יקבל את דבריו כאילו הוא יודע לטעון את הטענה החילופית, כיון שמיגו הוא "זכות" שקיימת לאדם בבית דין למרות שהוא אינו מודע לזכותו, וכדברי המפרשים שהגדירו את המיגו כ"כח (זכות) הטענה" - עיין לקמן בעמ' 546.

<u>לְהַאֲמִין בְּמִיגּוֹ לְמִי שֶׁאֵינוֹ חָכָם לְשַׁקֵּר</u>

יב. עיקר דיונם של הפוסקים דלעיל (אות ה' ואילך), באדם שאינו בקי בהלכה ולכן יש לדון האם ניתן לקבל את דבריו מכח מיגו[1205], שהרי הוא לא העלה על דעתו, שהטענה החילופית יכולה להועיל לו (אפשרות ג' באות ב'). ולכאורה הוא הדין באדם שאינו חריף להעלות על דעתו שקר נוסף (אפשרות ד' באות ב')[1206].

[1205] כך נראה לדייק מדבריהם.

[1206] דרכי חושן, (הרב סילמן) חלק ב', עמ' לז: "ויש להעיר בשורש הדין, שבעולם מפורסם לבאר, מפני שכל ע"ה בענינים שלו הוא ת"ח, ואמנם פתרון זה קשה להבינו משום שיש הרבה טענות שמי שלא למד , לא ידע. ולכן נראה יותר בסגנון אחר קצת, שעכ"פ הע"ה מבין שעליו לברר אצל ת"ח גדול לפני שבא לד"ת את כל הטענות. והנה פשוט שאין זו סברא מוחלטת, ושפיר משכחת לה שלא ידע אלא שהיא מחזקת את האפשרות שהוא דובר אמת..." (עי"ש בכל הענין).

אמנם, היה מקום לחלק בין המקרים, כיון שמי שאינו בקי בדין עלה בדעתו לטעון טענה אחרת רק שהוא פסל אותה (בטעות), לעומת זאת אדם שאינו חריף כלל לא העלה על דעתו את האפשרות לטעון את הטענה החילופית, ושמא במקרה זה אף הש"ך (אות י') יודה שאין להעניק משמעות לדבריו מכח המיגו.

ויתכן לומר גם ההיפך, המהרשד"ם והתורת אמת וסיעתם (אות ה', ודייק בלשון הרא"ש באות ט'), לא קיבלו מיגו של מי שאינו בקי בדינים, כיון שהוא העלה על דעתו לטעון טענה חילופית ופסל אותה מחמת שסבר שאינה מועילה לו. לעומתו מי שאינו חריף לשקר, לא פסל את ההצעה החילופית, כיון שמעיקרא לא חשב עליה, ושמא לאדם זה יש כח במיגו יותר ממי שאינו בקי בדינים ובמודע פסל את הטענה החילופית, ובמיוחד אם ננקוט שמיגו הינו כל (זכות) הטענה", כפי השיטות שבעמ' בעמ' 546.

אמנם, פשוטם של דברים מורה, שאין לחלק בין המקרים, והשיטות הנותנות את כח המיגו לעם הארץ שאינו בקי בהלכה יתנו את כח המיגו גם לאדם שאינו חריף להעלות בדעתו שקר אחר, והשיטות הסוברות שמיגו אינו מועיל למי שאינו בקי בהלכה יסברו שמיגו גם אינו מועיל לאדם שאינו חריף.

<u>המחלוקת עם ר' יהושע</u>

יג. כנ"ל אות ג' על פי השטמ"ק, אחר מנימוקיו של ר' יהושע שלא להסתמך על מיגו הוא:

משום דדילמא לא אסקא אדעתיה.

כלומר, לא רק אדם שודאי שאינו מעלה על דעתו לטעון את הטענה החילופית אין לו מיגו, אלא גם אדם שיש לנו ספק האם הוא העלה על דעתו לטעון את הטענה החילופית מיגו לא יועיל לו. ויש מקום לומר שעל פי נימוק זה[1207],

[1207] עי"ש" שר' יהושע חושש גם להערמה.

במקרה בו ברור לבית דין שהנתבע העלה על דעתו לטעון את הטענה החילופית, יועיל מיגו אף לשיטת ר׳ יהושע[1208].

סוגיות גמ׳ רבות בהם נאמר דין מיגו חולקות על שיטת ר׳ יהושע. ומדברי המהרשד״ם נראה, שמיגו אינו מועיל אם ברור לבית דין שהאדם לא העלה על דעתו לטעון את הטענה החילופית, אבל במקרה בו קיים ספק האם העלה על דעתו, המיגו יועיל לו (לעיל אות ה׳), ובניגוד לשיטת ר׳ יהושע שמיגו אינו מועיל באופן זה, ונמצא שהמחלוקת היא במקרה של ספק האם העלה על דעתו לטעון טענה חילופית.

אולם, שיטת התורת אמת (אות ו׳) היא, שגם מי שיש לגביו ספק האם היה מעלה בדעתו לטעון את הטענה החילופית, איבד את הנאמנות של המיגו. ולכאורה על פי שיטתו אין מחלוקת בין ר׳ יהושע לבין הסוגיות בהם נאמר דין מיגו, שהרי היא גופא שיטתו של ר׳ יהושע על פי השטמ״ק. ושמא התורת אמת סובר שר׳ יהושע לא נחלק בדבר זה מעולם. ועוד, שהשטמ״ק כתב שר׳ יהושע חושש גם להערמה (אות ג׳), ולכן אף אדם שהעלה על דעתו לטעון את הטענה החילופית לא יועיל לו מיגו, משא״כ לתורת אמת שמיגו מועיל לו באופן זה.

סִיכּוּם

יד. העולה מהאמור לעיל:

- לשיטת השטמ״ק, ר׳ יהושע אינו סמוך על מיגו כיון שיתכן שהאדם לא העלה בדעתו את הטענה החילופית או שהוא מערים (אות ב׳ ועיין אות יג).
- למהרשד״ם, עם הארץ שאינו מעלה על דעתו שהטענה החילופית תועיל לו, אין לו מיגו (אות ה׳). ולשיטת התורת אמת גם אם קיים ספק האם הוא יודע מהטענה החילופית אין לו מיגו (אות ו׳), ונראה שזו גם שיטת המרדכי (אות ח׳), ויש להסתפק כמי נקט הרא״ש (אות ט׳).

[1208] עיין הערה 1187.

- לשיטת הש"ך, בש"ס נאמרו 'מיגות חמורות' ולא חוששים שהאומר אותם אינו מודע לטענה החילופית. ונראה שהש"ך דן על המקרה עליו דן התורת אמת (ספק האם יודע את הטענה החילופית), וחולק עליו וסובר שבמקרה זה מועיל המיגו (אות י').
- יתכן, שמיגו מועיל אף אם ברור שהאדם כלל אינו מעלה על דעתו את הטענה החילופית, כיון שמיגו הוא "כח (זכות) הטענה" (אות יא).
- נראה שאדם שאינו חריף לומר שקר חילופי, דינו כעם הארץ שאינו בקי בדינים (אות יב).
- עיין בעמ' הבא לגבי דינו של מי שמנצל את המיגו כדי לעורר אמון בבית הדין.

האם מיגו מועיל לאדם שמנצל את דין מיגו כדי לעורר אמינות / כוחו של מיגו (אמת, נראה כאמת, רוב, היכולת לשעון)

הקדמה

א. השטמ"ק בכתובות דף טו: ביאר שר' יהושע אינו מקבל את האמינות של המיגו, ואחר מנימוקיו הוא (עיין לעיל עמ' 518 בכל הענין[1209]):

אי נמי אערומי קא מערים.

ר' יהושע לא ביאר מה היא ההערמה אותה רוצה להרויח האדם. ניתן להציע שתי אפשרויות מרכזיות:

- הוא רוצה להרויח רווח ממשי (ממון ,שבועה) שהיה מתחייב בו אם היה טוען את הטענה החילופית.
- לא מדובר ברווח ממשי, אלא ברווח של 'אמינות'. אם הוא היה טוען 'להד"ם', בית דין היה משאיר את הממון אצלו, כיון שהוא מוחזק בממון אבל בי"ד לא קבעו שדבריו נכונים (עיין בדברי הרא"ש באות ג'). לעומת זאת, אם הוא טוען 'פרעתי', בית דין יקבלו את דבריו במיגו שהיה משקר ואומר "להד"ם"[1210]. ונמצא שבית דין יקבלו את דבריו ויתנו לדבריו 'חותמת' של דברי אמת, ולכן כדאי לו לומר טענת פרעון, למרות חולשתה הבסיסית (שיוצרת לו חזקת חיוב)[1211].

[1209] וזו גם שיטת רש"י - עיין עמ' 52.

[1210] עיין לעיל עמ' 52. וכן בשאר מקרים של מיגו.

[1211] עדים בבית דין, נחשבים כדוברי אמת שנאמר בתורה "ודרשת וחקרת... והנה אמת נעשה הדבר". אולם עד אחד שנאמן, האם דבריו מתקבלים כשני עדים או בגדר נאמנות שאינו מוגדר כעדות, האריכו הפוסקים. עיין ילקוט יוסף ערלה, פרק י' עמ' שנה ואילך באריכות.

בסוגיות הגמ׳ מוכח שדין מיגו הינו דין מקובל, ויש לעיין מה היא התשובה לטענתו של ר׳ יהושע. האם החולקים עליו מודים לו במקרה בו ההערמה ברורה וידועה, או שמחלוקתם היא רק במקרה בו קיים ספק האם קיימת הערמה.

במקרה בו הרווח הוא ׳ממשי׳ נראה שכולם מודים לשיטת ר׳ יהושע שהמיגו לא יתקבל מחשש הערמה, וכדברי הגמ׳ בב״מ דף ח., שכאשר שנים אוחזים בטלית וכל אחד טוען ׳אני מצאתיה׳ מי שטוען ׳חציה שלי׳ אין לו מיגו שהיה טוען ׳כולה שלי׳, כיון שמטרתו היא להערים ולהיפטר משבועה, ולכן יש להטיל עליו שבועה אף בטענת חציה שלי[1212].

במקרה של הערמה שמטרתה להרויח ׳אמינות׳, יש תחילה לקבוע שקיימת מעלה לטענה הנוכחית על פני הטענה החילופית (שהעובדה שהוא טען את הטענה הנוכחית ולא טענה טובה יותר מוכיחה שהוא דובר אמת). אולם אם אין מעלת ׳אמינות׳ לטענה אחת על פני השניה, ממילא אין מקום לדון על הערמה (עיין אות ד׳, ה׳, ז׳).

<u>מִי שֶׁעוֹמֶדֶת לְשׁוּבָתוֹ טְעָנַת מִיגּוֹ מוֹכַח שֶׁהוּא דּוֹבֵר אֱמֶת / נִרְאֶה כְּאֱמֶת</u>

ב. כנ״ל באות א׳, אדם שטוען להד״ם כנגד התובע, יוצא זכאי בדינו למרות שלבית דין אין הוכחה שהוא צודק, כיון שלזכותו עומדת מוחזקתו בממון. ולפיכך יש לעיין האם מי שטוען ״פרעתי״ שדבריו מתקבלים במיגו שהיה אומר להד״ם, טענת הפרעון שלו מתקבלת כ״אמת״ או שהיא לפחות ״נראית כאמת״ (אות ג׳ ואילך) או שלמרות שאין לבית דין הוכחה שטענה זו אמיתית, יש בכח הטענה והמיגו להשאיר בחזקתו את הממון שבידו (אות ו׳ ואילך).

ג. בכמה מקומות בש״ס הגמ׳ מבארת שטעם המיגו הוא בסברא של ״מה לו

[1212] עי״ש בגמ׳ ובתוס׳ דף ב. ד״ה ״וזה נוטל רביע״. ובסוגיית הגמ׳ בדף ד:, לגבי טענת שתים במיגו שהיה אומר שלש.

לשקר"[1213]. וכתב בשו"ת הרא"ש כלל ע"ט סימן ח':

> לא שייך מגו אלא בשתי טענות שאיזה מהם שיטעון זוכה בממון שבידו, אלא שאותה טענה שהוא טוען כדי לזכות בממון שבידו אינה בריאה וטובה, ולא היינו מאמינין לו בטענה שטוען לזכותו בממון[1214], אלא על ידי מגו של טענה אחרת טובה. ואמרינן, מה לו לשקר, ודאי גם טענה שטוען אמת היא, דאם היה רוצה לשקר, היה טוען טענה שנראית לעולם יותר שהיא אמת מזו הטענה שטען.

אילו היה הנתבע טוען את הטענה החילופית, היא היתה "נראית לעולם...שהיא אמת" ואף עתה שהוא טוען את הטענה הפחות טובה, בית דין יקבלו אותה כטענת "אמת", מכח המיגו, שאילו היה רוצה לשכנע את העולם בדבריו, היה טוען את הטענה החילופית (ועיין בדברינו באות א').

לגבי הטענה החילופית כתב הרא"ש "שנראית לעולם יותר שהיא אמת" ואילו לגבי הטענה הגרועה שנטענה בפועל כתב הרא"ש "גם טענה שטוען אמת היא", ובפשטות כוונתו לומר, שהטענה הגרועה שנתמכת במיגו היא טענת אמת. אולם כיון שהוא כותב "גם" יש מקום לומר שהמילה "גם" מתייחסת לטענה החילופית, שלגביה כתב הרא"ש במפורש שאין הכרעה שהיא אמת אלא היא "נראית לעולם... שהיא אמת" ומכאן שאף הטענה שנטענה בפועל איננה בהכרח "אמת"

[1213] עיין הערה 1183. ועל פי האמור לקמן קיימות מספר שיטות בביאור לשון זה שבגמ':

- על פי הרא"ש שבאות ג', "מה לו לשקר" פירושו שטענתו הנוכחית נראית כאמת, ואף אם הוא היה טוען את הטענה החילופית טענתו היתה נראית כאמת, אבל אחר שטען טענה שמועילה במיגו, אנו אומרים שעתה מוכח שאילו רצה לשקר היה טוען את הטענה החילופית (שעתה ידוע שהיא שקר, שהרי לא טען אותה).
- על פי האמור באות ד', "מה לו לשקר", הינו כפשוטו שטענתו הנוכחית היא אמת והטענה החילופית, אפילו אם היתה נטענת בפועל אין לגביה הוכחה שהיא טענת אמת.
- על פי העטרת חכמים שבאות ז', שתי הטענות אין הוכחה שהם טענות אמת, אלא שהיה יכול באחת מהם להיפטר ללא סייג, והיה שקרו מתקבל.
- ועיין לקמן בעמ' 52 שעל פי שיטת הרמב"ם "מה לי לשקר" פירושו, שהשקר לא יהיה כדאי לאדם הטוען אותו, עי"ש.

[1214] הרא"ש אינו מבאר מדוע לא היינו מאמינים לטענתו הנוכחית, ומסתבר שיש בה חסרון, כגון שטוען שפרע בתוך הזמן, וחזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו וכו'.

אלא נראית לעולם כטענת אמת, וקצ״ע.

ומכאן ששתי הטענות הן באותה דרגה של ״נראית לעולם... אמת״, ומבחינת ה׳אמת׳ אין לטענה אחת מעלה על פני חברתה.

דברי הרא״ש לכאורה מוקשים מסוגיות הגמ׳ בהם נאמר שכוחו של מיגו נובע מהסברא של ״מה לי לשקר״, והרי לשיטתו שתי הטענות נראות כטענות אמת. ונראה, שהרא״ש מבאר ש״מה לי לשקר״ פירושו שעתה נראים דבריו כדברי אמת, ואילו רצה לשקר היה טוען את הטענה החילופית. אולם, אם הוא היה טוען בפועל את הטענה החילופית, בית דין היה מקבלה כטענה שנראית טענת אמת (ועיין לקמן אות ה׳).

ד. בדברי פוסקים אחרים לא מצאנו הסתייגות של ״נראה כאמת״. ומדבריהם עולה שהטענה שנטענת בפועל, בית דין מתייחסים אליה כטענת אמת. בשו״ת הריב״ש סימן שצ״ו כתב:

תאמין אותו במגו שאומר אמת.

וכך מפורש בדברי הנתיבות סימן צ״ט ביאורים ס״ק ד׳:

מיגו היינו הוכחה שאומר אמת דאילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה אחרת, ואיכא הוכחה שטענת לקוח הוא אמת[1215].

הריב״ש והנתיבות לא ביארו האם במקרה בו היה בפועל טוען את הטענה החילופית היה האדם נחשב כדובר אמת או לא. בפשטות יש מקום לומר כדברינו באות א׳, שאין הכרח שטענתו החילופית היא טענת אמת, רק שאין כח להוציא ממנו בטענה זו, ואילו כאשר הוא טוען טענה שנסמכת על מיגו, הטענה הנוכחית

[1215] רעק״א ב״ב ל. ״בההיא של אבותי דהיה לו מגו דממך זבינתי׳ והוי הוכחה שאומר אמת...״. ערוה״ש חו״מ סימן פ״ב סעיף י״ח: ״דעיקר עניין המיגו הוא להאמינו בטענה זו שהיא אמת מיגו דאי בעי טענה אחרת״.

נחשבת "אמת" שאילו רצה לשקר היה טוען את הטענה החילופית, שאף כשהיא נטענת ומתקבלת בבית דין, אין הוכחה שהיא טענת אמת, אבל היא מועילה מכח המוחזקות (ולא כדברי הרא"ש לעיל).

כלומר, הטענה שנטענת בפועל היא טובה יותר מהטענה החילופית, כיון שהיא נחשבת "אמת" ואילו הטענה החילופית אם היתה נטענת בפועל לא היתה הוכחה שהיא אמת[1216].

ה. על פי שיטת הרא"ש, לכאורה אין הבנה לסברתו של ר' יהושע, שבמיגו הוא "מערים" כדי לזכות ב'אמינות' בבית דין, שהרי בשני המקרים בית דין מאמינים לו באותה דרגה ודבריו נראים כאמת. אולם על פי דברינו באות ד', חשש ההערמה הוא ברור, כיון שהטענה בה הוא זוכה מכח מיגו מתקבלת כ'אמת' ואילו הטענה שהיה יכול לטעון איננה נחשבת כאמת, ונמצא שכדי לו לטעון את הטענה הנוכחית כדי שתתקבל כאמת בבית דין.

וכנגד שיטתו של ר' יהושע נראה שיש להשיב, שאף שקיים חשש הערמה, רוב בני אדם אינם מערימים כדי לזכות באמינות, ולכן אין לחשוש לכך (אות ט'). אמנם, על פי דרך זו, אם יתברר לבית דין שאכן מי שעומד בפניהם הערים כדי לזכות ב'אמינות' בפניהם, בית דין לא יקבל את דבריו[1217], וצ"ע. או שגם במקרה זה בית דין יקבל את דבריו, כיון שמיגו הינו "כח (וזכות) הטענה" (עמ' 546 ואילך), והכח שיש ביד הנתבע גובר על החשש להערמה, או אפילו במקרה בו ידוע שהוא מערים.

עוד יתכן לבאר שר' יהושע, סובר שהטענה מתקבלת בבית דין כ"אמת" במיגו

[1216] ואפילו לשיטת הרא"ש הנ"ל היא רק נראית כאמת. אמנם לדברינו יל"ע שלכאורה אין לו מיגו כלל, שאם הטענה החילופית איננה בהכחר אמת והטענה שנטענת בפועל היא אמת, נמצא שכדאי לו לטעון את הטענה שטען שפועל ולא את הטענה החילופית, ואין כאן מיגו ? אמנם ההסבר הוא, שהטענה החילופית עומדת בפני עצמה ואילו הטענה שנטענת בפועל נשענת על הטענה החילופית, ולכן הטענה שנטענה בפועל היא חלשה יותר ורק מכח זאת הוא נחשב כדבור אמת, וקצ"ע.

[1217] עיין הערה 1221.

שהיה יכול לטעון שקר, ולכן הוא חושש מהערמה, אבל החולקים עליו סוברים כשיטת הרא"ש ששתי הטענות באותה רמה של אמינות ('נראה כאמת'), וממילא אין מקום לחשש הערמה כי אין לו שום רווח בטענה הנוכחית על פני הטענה החילופית.

<u>מִי שֶׁיֵּשׁ מִיגּוֹ לְזַכּוֹתוֹ, אֵין הַוּכָּחָה שֶׁדְּבָרָיו דִּבְרֵי אֱמֶת / סָפֵק דְּבָרָיו אֱמֶת/ רוֹב שֶׁדְּבָרָיו אֱמֶת</u>

ו. האמור לעיל (אות ג' ואילך), התבסס על כך, שמי שטוען טענה שיש לה מיגו, דבריו מתקבלים כ"אמת" או ש"נראים כאמת" (כדברי הרא"ש באות ג'). אולם בדברי האחרונים מצאנו שיש אפשרות לקבל את טענת הנתבע למרות שהמיגו אינו מוכיח שהוא דובר אמת או נראה כאמת – וכדלקמן.

ז. שו"ת עטרת חכמים[1218], חו"מ סימן כ' ד"ה "ואחרי ביאור":

וכי היכא דיש לבעל דין מגו אנו מחליטין דבודאי טוען אמת !?.
ע"ד משל, דנאמן הלוה לומר 'יש לי כנגדו' במיגו דפרעתי[1219], עכ"ז יכול להיות שמשקר ואחז אחד מהטענות שהדין שיופטר בהן.
רק כך מידות התורה דאף שטענת 'יש לי כנגדו' אין להאמין מצד עצמו כיון שיש עוד צד טענה להלוה להשתמט ולהיות נמצא זכאי נגד המלוה, אנו דנין בכל אשר יטעון 'במתוך שיכול לומר כך' ופטור מזה מתביעות המלוה כמו בטענה אחרת שיכול לטעון.
ולדעת כמה פוסקים אמרינן אף מיגו דלא שכיחא[1220] ומטענה טובה לטענה גרוע דשם אין צד אומדנות לומר מדטוען כך ולא כך בודאי אומר אמת, רק הטעם כנ"ל.

[1218] הרב ברוך פרנקל תאומים זצ"ל, בעל ה"ברוך טעם" וחותנו של הרב חיים מצאנז בעל ה"דברי חיים", בתשובה להרב וכו' מ' שבח הלוי. צוטט בספר משפטי המיגו סימן א'.

[1219] התובע טוען שהלוה, והנתבע מודה לדבריו אבל אומר שהמלוה עצמו חייב לו אותו סך כסף, ולכן הוא פטור מלשלם, ונאמן במיגו שהיה אומר פרעתי – עיין שו"ע חו"מ סימן ע"ה סעיף ז'.

[1220] וא"כ מסתבר שלא העלה על דעתו את הטענה החילופית, עיין לעיל עמ' 52 ואילך האם מיגו תקף כאשר הטוען לא העלה על דעתו את הטענה שלא טענה.

וזהו כלל גדול בדיני מיגו. ורבים משתבשים לומר וסוברים כשיש מיגו הוי כאילו עי״ז יש אומד הדעת שטוען אמת וחבירו משקר.

(לגבי עיקר שיטתו, עיין לקמן עמ׳ 540 לגבי ״כח הטענה״). על פי דברי העטרת חכמים, לשון הגמ׳ ״מה לי לשקר״ (לעיל אות ג׳) פירושה, שאילו היה רוצה לשקר היה יכול לטעון טענה אחרת ולזכות בה, אמנם אף עתה אין הוכחה שטענתו אמת רק דין התורה הוא שכיון שיש ביכולתו לטעון טענה אחרת ולהיפטר, אף טענה זו מועילה לו.

ולשיטתו, החולקים על ר׳ יהושע, אינן חוששים להערמה בטענה שהוא טוען עתה, כי שתי הטענות באותה ׳רמת אמינות׳ וממילא אין חשש שיבחר אחת על פני השניה כדי לעורר אמון (ור׳ יהושע עצמו סובר כדברינו לעיל בסוף אות ה׳).

ח. חידושי העילוי ממייצי״ט סימן ס״ה:

...לכאורה על הדין מיגו, דאמרינן היכא דיש לו טענה המחייבת וטענה הפוטרת, וטעין הטענה המחייבת דפטור, ומהימן משום דאמרינן דאי בעי טעין טענה הפוטרת.

נמצא דהשתא שתי הטענות הם פוטרות. וא״כ נמצא דליכא ראיה, דלעולם איכא למימר דהא דטען עכשו הוא שקר, ומאי אמרת דהא אי הוי שקר, היה לו לטעון שקר אחר, מה לו האי שקר ומה לו האי שקר, כיון דאין נפ״מ ליה, דמאי איכפת ליה דטעין האי שקר כיון דגם היא נעשית טענה פוטרת.

אלא דאם אמרת דחייב, נשאר הכא חד טענה המחייבת וחד פוטרת, ואז יש לו שפיר האי מיגו, הלכך לחייבו אין אתה יכול, משום דאי מחייבת ליה יש לו מיגו.

והא דפטרינן ליה, לאו משום דהוי ראיה דטוען אמת, דהא כיון שאין אתה יכול לחייבו נמצא דשוב אין לו מיגו כדפרשתי, אלא אמרינן דמספק אין אנו יכולים להוציא ממון מידו דדילמא טוען אמת. נמצא דהמיגו עושה שיהיה ספק אם טוען אמת, אבל לא בודאי[1221], זו היא סברת מיגו[1222].

נקודת המוצא של העילוי ממייצ׳יט היא, שהטענה שנטענת בפועל יש לה ׳אמינות׳ שאילו רצה לשקר היה טוען טענה טובה יותר, ולכן הוא מתקשה שעתה שחכמים קבעו שמיגו מועיל אין להאמינו בטענתו, שהרי נקבע שטענה זו מתקבלת בבית דין, ונמצא שהוא יכול לטעון אותה למרות שהיא שקר[1223].

לשיטתו, מובן היטב טעמו של ר׳ יהושע שסובר שאין לקבל מיגו כיון שהוא מערים (אות א׳). אולם החולקים על ר׳ יהושע סוברים שמכלל ספק לא יצאנו, ולכן המיגו מועיל לנתבע כדי להשאיר את הממון בידו[1224].

[1221] לענ״ד לשונו קשה קצת להבנה. נראה יסוד דבריו הוא, שעתה שהוא יודע שטענתו תתקבל, אין ראיה שהוא דובר אמת ולכן אין לקבל את טענתו הנוכחית. אולם אם נאמר שלא נקבל את טענתו (כיון שהוא יודע שהיא תתקבל), הרי העובדה שהוא טען אותה (למרות שלכאורה אין לו מיגו) מוכיחה שהוא דובר אמת, שאילו רצה לשקר היה טוען את הטענה החילופית. אבל אם נקבל את דבריו שוב הוא יכול לאומרם אפילו אם הוא משקר, וחוזר חלילה.
(עיין תלפיות ו׳ [א-ב׳] במאמרו של הרב ניסן ווקסמן בעמ׳ 23 שהעיר על הנוסח שבספר [שלא נכתב על ידי המחבר עצמו] וכתב שם את שיטת העילוי כפי ששמע ממנו בעל פה, עי״ש).
אמנם, לכאורה יש לעיין בדבריו, כיון שקבלת הטענה מכח מיגו אינה דבר מוחלט, כיון שיש סמכות לבית דין שלא לקבל את דבריו, כאשר הם חושבים שהוא מערים. וכפי שפסק השו״ע (חו״מ סימן פ״ז סעיף ג׳) בדין הילך, שאם בית רואים שהוא טוען טענת הילך כדי להערים, אין זה הילך. וכן מי שהקדים והודה בשעורים אינו נפטר מדין הודאה שלא ממין הטענה (שבועות דף מ:), עיין עמ׳ 52, 52 (והערה 1056). ומכאן, שגם בנידון של מיגו, יש לאדם את החשש שמא טענתו לא תתקבל כיון שהוא מערים, ונמצא שיש לו מיגו, כיון שהקביעה שהמיגו מועיל אינה החלטית ותלויה בשיקול דעתו של בית הדין.
ועוד, שעל פי מסקנת דבריו שיש לקבל את המיגו מכח ספק, יש לעיין שעתה שיודע הנתבע שדבריו יתקבלו מכח הספק, שוב אין לו מיגו, וחוזר חלילה, וקצ״ע.

[1222] בספר דרכי חושן (חלק ב׳), כללי מיגו עמ׳ ק״ל כתב בביאור שיטתו: ״שכל מיגו הרי מבוסס ע״ז שאם יש לו טענה מחייבת וטענה הפוטרת נאמן, שהרי יכל לטעון טענה הפוטרת, אך אחרי שנאמן אין שוב הוכחה, שכיון שנאמן בשתי הטענות, א״כ יכול לבחור באיזה שקר הוא רוצה, אלא שמאידך גיסא אי אפשר לחייבו, שיש כאן גלגל החוזר, ויוצא דלמעשה הסיבה שנפטר אינה משום שיש ראיה דטוען אמת אלא דמספק אי אפשר להוציא מידו דדילמא טוען אמת, וכתב דמה״ט לא אמרינן מיגו להוציא...״ ועי״ש שחולק על שיטתו, שא״כ כיצד יתכן שמיגו מועיל באיסורין, עי״ש. ועיין בדברי הקהילות יעקב לקמן.

[1223] עיין הערה 1221.

[1224] ודבריו חולקים על העטרת חכמים באות ז׳ שסובר שהמיגו שאינו בא להוכיח שהטענה הנוכחית היא טענת אמת, עי״ש. ועיין בדברי הרא״ש, באות ג׳ שסובר ששתי הטענות הינם טענות

ט. הקהילות יעקב ב״ב סימן כ״ד אות ג׳, איננו מציין לדברי העילוי ממייצ׳יט הנ״ל. אולם אף הוא סובר שהמיגו אינו יוצר ודאות אלא ספק, אבל ספק שיש בו הכרעת רוב:

> נראה די״ל הטעם דהא חזינן דמיגו להוציא לא מהני [...] אלמא המיגו לא נחשב בירור גמור שאינו משקר... אלא דלהחזיק מהני. והיינו משום דלהחזיק הא א״צ ראיה ברורה דגם מספיקא זוכה המוחזק, וכל הצורך למיגו [גבי להחזיק] הוא בגוונא דאיכא להתובע הוכחות לטענתו שמביא ראיה כגון שטר או ראיה אחרת המוכיח שזה חייב לו ומכח זה הוא בא להוציא ועל זה מועיל המיגו להחליש כח הראיה של שכנגדו וממילא זוכה משום שהוא מוחזק, דמספיקא אין להוציא מהמוחזק... אבל עכ״פ אין מחליטין מכח המיגו שהוא בודאי שלו... שאין המיגו עושה בירור החלטי בדיני ממונות, ואכתי מידי ספיקא לא נפיק [ואם כבר אינו בגדר ספק השקול {דהא לענין איסורין סומכין על מיגו בתור הכרעה בב״ב דל״ד ובגיטין ס״ד וכמה דוכתי} מ״מ אינו אלא כדוגמת רוב דמהני באיסורא ולא בממונא דאין הולכין בממון אחר הרוב...].

מיגו מועיל מכח רוב, ואינו מהווה הכרעה שדבריו אמת. ולדברינו, אף שקיים חשש של הערמה (כנ״ל באות א׳), אין לחשוש מכך כיון שקיים רוב שהוא דובר אמת (עיין אות ה׳).

ולשיטתו, ר׳ יהושע שחושש מהערמה (אות א׳), סובר שאין לסמוך על הרוב. והוא חולק על המציאות וסובר שאין כאן רוב. או שר׳ יהושע מודה שרוב הסיכויים שהוא דובר אמת, אולם אין בכח הרוב לתת ׳אמינות׳ לאדם, כיון שרוב נאמר רק כהכרעה בין דעות בבית דין, או כהנהגה במקרה בו יש תערובת וכדו׳,

---

אמת, ואינו חושש לדברי העילוי ממייצ׳יט, ויתכן שטעמו של הרא״ש הוא כדברינו בהערה 1221 עי״ש.

אבל בעל דין בבית דין, אין לקבל את דבריו מכח רוב[1225], וצ״ע.

סיכום

י. העולה מהאמור לעיל:

- לשיטת ר׳ יהושע, אין לקבל מיגו, ואחד מטעמיו הוא ׳הערמה׳ (אות א׳).
- בהערמה שמטרתה להרויח רווח ממשי אין חולק על ר׳ יהושע, המחלוקת היא כאשר הוא רוצה להרויח ׳אמינות׳ (אות א׳).
- לשיטת הרא״ש שתי הטענות יכולות להתקבל כיון שהן ״נראות כאמת״ (אות ג׳), לשיטת העטרת חכמים אף אחת מהטענות אינה מוכחת כאמת רק יש לו כח לטעון אותם (אות ז׳). לשיטתם אין מעלה בטענה אחת על פני השניה, ולכן אין חשש הערמה (אות ה׳, ז׳).
- אם ננקוט שהטענה שנטענה היא ׳אמינה׳ והטענה החילופית היא טענת פטור שאין בה אמינות קיים חשש להערמה, אולם נראה שהרוב מכריע כנגד חשש זה (אות ה׳, ט׳), אבל אם יוכח שהוא מערים דבריו לא יתקבלו (אות ה׳).
- אם ננקוט שמיגו הינו ״כח (זכות) הטענה״ נראה שאין לחשוש להערמה (אות ז׳).
- העילוי ממייצי״ט סובר שמיגו מועיל להטיל ספק, ומספק משאירים את הממון ביד המוחזק, ולשיטתו מובנת שיטת ר׳ יהושע שחושש להערמה, והחולקים עליו סוברים שמכלל ספק לא יצא (אות ח׳).

[1225] ואף שמצאנו שרוב מצויים אצל שחיטה מומחין הם, וכדו׳, אין להסיק מכאן לבעל דין בבית דין.

כוחו של המיגו בירור האמת או כח הטענה/כח המוחזקות

הקדמה / מיגו אינו בירור שהטוען דובר אמת

א. בדין "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" ביארה הגמ' שאין צורך בפסוק אלא זו סברא (לעיל עמ' 491[1226]). ובדין מיגו, ביארה הגמ' שיסודו הוא בטענה "מה לו לשקר" שבפשטות פירושה הוא, אם היה רוצה לשקר היה טוען טענה טובה שהיתה מתקבלת בבית דין כפי שהיא, וכיון שהוא לא טען טענה זו, מסתבר שהוא דובר אמת, כלומר "מה לו לשקר" בטענה הנוכחית, והרי אין לו סיבה לומר שקר זה, שהרי אילו היה רוצה לשקר היה טוען שקר טוב יותר, וממילא מוכח שהוא דובר אמת ועיין הצעות נוספות לעיל בעמ' 532 ולקמן באות ב' ואילך.

בדברי האחרונים מצאנו שהמיגו איננו בירור האמת, כי אם 'כח' שיש לאדם (עיין בלשונו של העטרת חכמים – לעיל עמ' 535). מהותו של הכח הוא, שאדם שבכוחו לטעון מספר טענות שיכולות לזכותו[1227], לא איבד את כוחה של הטענה הטובה ביותר, למרות שהוא טען טענה חלשה שאינה עומדת בפני עצמה, ובית הדין יקבל את טענתו הנוכחי כיון שהיתה לו אפשרות לטעון טענה חילופית, למרות שבית דין אינם מקבלים את טענתו הנוכחית כטענת אמת. האחרונים כינו יכולת זו בשם "כח הנאמנות שיש לו לטעון טענה אחרת" (קובץ שיעורים ב"ב דף לג., קובץ שיעורים חלק ב' סימן ג' אות ד') או "כח של הטענה האחרת" (קוב"ש ח"ב הנ"ל)[1228].

[1226] ועי"ש לגבי סוגים שונים של סמכות.

[1227] כגון: פרעתי, פרעתי תוך זמני, יש לי כנגדו, קיבלתי במתנה, מחלת לי, להד"ם מזוייף. אמנם ברור שאף שנותנים לו את כח הטענה החילופית, הטענה שנטענת בבית דין צריכה להיות טענת פטור, ועיין הערה 1246.

[1228] ועי"ש בראיותיו (ולכאורה מיתומים אין ראיה, כיון שבי"ד אביהם של יתומים וקיימים גדרים מיוחדים). עיין באוצר מפרשי התלמוד ב"מ חלק א' הערה 303, שציין למקורות רבים נוספים. ומהם, חידושי ר' שמעון שקאפ לכתובות סימן י"ח וסימן כ"ז ובחידושיו למסכת ב"ב סימן י"ח ("דהאי בירור של מיגו לא נתקבל לרבנן רק שיהיה הזכות לטעון בטענתו שהיה יכול

דברי האחרונים לכאורה מוקשים, שהרי האדם עצמו בטענתו סתר את הטענה החילופית שעמדה לרשותו. כגון, הטוען 'פרעתי בתוך הזמן' שהיתה לו אפשרות לטעון להד"ם (במלוה שבע"פ) או שהשטר מזוייף, הודה שהשטר תקף, וכיצד יתכן שדבריו יתקבלו כיון שהיה לו 'כח' לומר להד"ם, והרי הוא עצמו גילה שהוא אינו סובר שלהד"ם[1229].

וקושיא נוספת הקשה הרה"ג שאול ברייש, בהסכמתו לספר משפטי המיגו:

לטעון"), דרכי הקנינים (הרב עמיאל) שמעתתא ג' פרק ז', קובץ שיעורים חלק ב' סימן ג', ב"ב דף לג., ועוד. האחרונים הוכיחו את דבריהם מסוגיות שונות, ויש שכתבו שקיימים לפחות שני סוגי מיגו. האחד שמוכיח על אמיתת דברי הטוען, והשני שהוא "כח הטענה". ובכל פעם יש לדקדק על איזה מיגו מדובר - עיין שיעורי הגאון ר' חיים מטעלז, ב"ב, בשני שיעוריו על מיגו, ועיין טבעת החושן חלק ה' סימן ע"ה [עמ' עג] שבאיסורין אין כלל אפשרות לדון על "כח הטענה".

המשותף לדברי האחרונים, שהטענה שנטענה בבית דין אינה מתקבלת מחמת בירור שזו טענת אמת אלא מחמת היכולת שלו לטעון טענה חילופית. יתכן שיש לדקדק בדברי האחרונים, ולחלק בין אלו שסוברים שאנו מקבלים את טענתו הנוכחית, מחמת יכולתו לטעון את הטענה החילופית, ("שהוא דין נאמנות, דבכח הנאמנות שיש לו לטעון טענה אחרת נאמן גם על טענה זאת שהוא טוען" – קובץ שיעורים חלק ב', סימן ג' אות ד') לבין אילו הסוברים שבית דין 'מתעלם' מטענתו הנוכחית ומתייחס רק לטענה שהיה יכול לטעון ("שהטוען יש לו כח טענתו הראשונה, שלא איבד כוחו באמירתו טענה שניה" – חידושי ר' שמעון שקאפ כתובות סימן יח [דף עח]). ויתכן שאלו שנקטו שמיגו הוא "כח הנאמנות" נוקטים שיש לקבל את טענתו הנוכחית כיון שאילו היה רוצה היה נאמן לטעון את הטענה החילופית, ואילו הנוקטים "כח הטענה" סוברים שבי"ד מתעלם מטענתו הנוכחית, ומתייחס ליכולתו לטעון טענה חילופית, אולם צ"ע האם הדקדוק הלשוני הכרחי.

ובקהילות יעקב ב"מ סימן ג' כתב: "והנה כל יסוד ענין מיגו הוא הוכחה שטענתו אמת דמה לו לשקר, הא אי בעי לשקר היה טוען דעדיפה מיניה, אכן נראה דמיגו משוה נמי לבעל המיגו בשם "מוחזק" גם בממון הידוע לאחר, דכיון שיכול התופס לזכות על פי ב"ד באיזו טענה, שהוא כבר מחשב שהדבר תחת רשותו וממשלתו... ויתבאר לפי"ז דבמיגו איכא תרי ענינים. האחד, שהוא הוכחה על הגברא שטענתו אמת, והב' דמחמת המיגו נחשב האי גברא מוחזק בממון זה וכמו שנתבאר...".

ועיין בטבעת החושן חלק א', סימן מ"ז עמ' פ"ה שדחה את האפשרות לומר שמיגו הוא כח הטענה "גוף החקירה אינו נראה מן הסברא, דפשיטא דמיגו הוא מטעם מה לו לשקר, וא"כ מטעם בירור..." ועי"ש שדן האם מיגו מועיל רק בבית דין או גם חוץ לבית דין. ועיין דרכי חושן, חלק ב' כללי המיגו, עמ' קכ"ג ואילך ("בכל מקום שדיברו הראשונים... מפורש הטעם דהוי הוכחה שמדבר אמת...).

[1229] עיין בתירוצו של בעל משפטי המיגו, א' (עמ' ב'), ולקמן נצעד בדרכו בחלק מדבריו. ואמנם מצאנו מקרים בהם יש לאדם "כח" למרות שהוא אינו ממשש אותו ואינו מתכוון לממש אותו. כגון, לגבי עשיר שיש לו יכולת להפקיר את נכסיו, עיין נדרים פד:, סוכה לה:, אולם שם לא מדובר על טענה בבית דין אלא על כח שאמור להקנות לו שייכות, עי"ש.

ובתוס' ב"מ דף ב. ד"ה "ויחלוקו" כתב בביאור שיטת סומכוס, שכאשר ללא טענותיהם יש ספק לבית דין, הדין הוא שיחלוקו, כלומר בית הדין מתעלם מטענות הצדדים ופוסק על פי הספק שעומד בפניו, ושמא אף בנידון של "מיגו" בית דין מתעלת מהטענות ופסוק על פי יסוד הספק, אולם תמוה לומר זאת, כיון שיש צורך לתת לבית דין סיבה מספיק טובה כדי להתעלם מהטענות, וצ"ע האם במקרה שלפנינו יש לבית דין סיבה זו.

> וראיתי שבהרבה ענינים תמך... על מה שכתוב בספרים רבים שענין מיגו אינו משום הוכחה שטענתו אמת, אלא דיש לו כח הנאמנות של הטענה אחרת שהיה יכול לטעון. ולא הבנתי לדבריהם איו מקור להאי כללא רבתי של מיגו, הרי על הפה שאסר הוא הפה שהתיר שאלו בגמ׳ כתובות כב. מנ״ל ורצו להביא פסוק מן התורה עד דמסקו סברא הוא, וא״כ מיגו שהוא גרוע מהאי דהפה שאסר, בשלמא אם נאמר שטענתו אמת שפיר נאמר גם על זה סברא הוא והוי דין תורה, אבל להגיד שזה ענין של כח הטענה, מהיכן הוציאו חכמים האי כללא, אם אין על זה לא פסוק ולא סברא[1230]....

לקמן ננסה לבאר את האפשרות שמיגו איננו בירור שהאדם דובר אמת, אלא ׳כח׳ שעומד לטובתו של האדם, למרות שבטענתו טען טענה אחרת, שסותרת את ה׳כח׳ שעמד לרשותו מעיקרא, ועל יד כך לישב את הקשיים הנ״ל (אות ו׳).

<u>׳שֶׁהִתְנָאִי בְּמִיגּוֹ שֶׁיֹּאמַר מַה לִּי לְשַׁקֵּר׳ – פֵּירוּשׁ הַמִּשְׁנָיוֹת לְרַמְבַּ״ם</u>

ב. **פירוש המשנה לרמב״ם, פרק ו׳ משבועות משנה ב׳:**

> ...אבל המפקיד אצל חברו בשטר ואמר לו החזרתיו לך הרי זה נאמן ונשבע בנקיטת חפץ שהחזיר. לפי שמה שאין אנו מחייבים אותו לשלם, מיגו דיכיל למימר נאנס הפקדון והוא נאמן יכול למימר החזרתיו, וידוע שאלו אמר נאנס היה נשבע שבועת השומרים, ולפיכך כשאמר החזרתיו ישבע אותה השבועה עצמה כדי שלא יהא המיגו פוטרו מחיוב מסויים, לפי שהתנאי במיגו שיאמר מה לי לשקר[1231].

כנ״ל אות א׳, יסודו של המיגו הוא ב״מה לו לשקר״. והיינו שבית דין אומדים בדעתם שאילו אדם זה היה רוצה לשקר היה טוען טענה חילופית טובה יותר. אולם הרמב״ם כתב ״שיאמר מה לי לשקר״, והיינו שהאדם (ולא בית דין) הטוען

[1230] עי״ש בתשובת המחבר.

[1231] עיין הערה 1213.

הוא עצמו יאמר (בליבו) 'מה לי לשקר'[1232], ולכן הוא טוען את הטענה הנוכחית ולא את הטענה החילופית, ויש לעיין בכוונת דבריו.

ג. נראה, שבניגוד לדברינו לעיל, ש"מה לו לשקר" הוא אומדן של בית הדין שהאדם דובר אמת, הרמב"ם סובר ש"מה לי לשקר" הוא 'כלי' בו בית דין גורמים לאדם לומר אמת. בית דין רוצים לגרום לכך שאנשים יטענו טענות אמת בבית דין, ולא טענות שקר, והאדם יאמר לעצמו מה לי (ולמה לי) לשקר, והרי אני יכול לטעון טענת אמת, שתתקבל בבית דין באותה מידה כפי שהיתה יכולה להתקבל הטענה האחרת.

ולכן, אילו אדם שהיה טוען "החזרתי" היה נאמן ללא שבועה, ולעומתו הטוען שהוא נאנס היה חייב שבועה, היה הדבר גורם לאדם לשקר ולומר "החזרתי". לכן גם טענת "החזרתי" מחייבת שבועה, ואין חשש שהשקרן יבחר בטענת "החזרתי" כתחליף לטענת "אונס".

הרמב"ם אינו מבאר מה יסוד כוחו של המיגו. אולם ברור שתנאי בסיסי במיגו הוא, שהטענה שנטענת לא יהיה בה רווח יותר מהטענה החלופית, שאילו היה רווח מעין זה, הדבר היה גורם לאנשים רבים לשקר ולטעון טענה זו (כגון, כדי להיפטר משבועה).

ונראה (ע"פ הרמב"ם) שעצם האפשרות לקבל את טענת "החזרתי" היא תקנת חכמים (ועיין לקמן בדבריו ביד החזקה באות ה' שאין להסתפק בטענת פטור כללית אלא יש לפרט ובית דין רוצים שיפרט כפי האמת). והיינו, למרות שטענת "החזרתי" היא טענה חלשה (כיון שכנגדה יש ביד המפקיד שטר), חכמים מוכנים לקבל טענה זו, כדי שאנשים לא יתפתו לשקר ולומר טענת אונס. ועתה, שאדם יודע שאף טענת "החזרתי" מתקבלת, הרי שהוא לא יתפתה לטעון טענת שקר של

[1232] ונראה שהרמב"ם דייק וכתב "מה לי לשקר" כיון שמדובר על האדם עצמו, ולא נקט "מה לו לשקר" שזהו אומדן הדעת של בית הדין.

אונס[1233].

ד. לדברינו בביאור פירוש המשנה לרמב"ם, אדם האומר "פרעתי בתוך זמני" דבריו מתקבלים כיון שיש לו מיגו שהיה אומר להד"ם. כלומר, חכמים מוכנים לקבל את טענת הפרעון למרות חולשתה, כדי לגרום לו לומר את האמת שפרע ולא לשקר ולומר להד"ם, ועוד, שאם יאמר את האמת יוכל בית הדין לבחון האם חזרה זו פוטרת אותו (עיין בדברי הרמב"ם ביד החזקה לקמן אות ה').

אמנם, חכמים לא היו יכולים לקבל טענת חלשה של "החזרתי" בפקדון (שכנגדה עומד שטר) או טענה חלשה של "פרעתי" לולי היה בכוחו של האדם לטעון טענת אונס בפקדון או טענת להד"ם בהלואה. ונמצא, כיון שחכמים 'גרמו' לאדם לומר טענה 'חלשה' ("פרעתי" או "להד"ם") הם לא יטלו ממנו את הכח שהיה לו אילו היה טוען טענה חזקה של אונס בפקדון או להד"ם במלוה[1234], וזה הוא עיקר דין מיגו.

(אמנם לא כל מי שטוען טענת "החזרתי" בפקדון או "פרעתי" בהלואה, הוא דובר אמת בודאות, שהרי גם שקרן יכול לטעון פרעתי, אולם כיון שבכל מקרה אדם היה יכול לטעון טענת אונס בפקדון או להד"ם במלוה [וטענתו היתה מתקבלת אפילו אם היה טוען שקר], אין הפסד בכך שחכמים יאפשרו לו לומר את הטענה החלשה, והרווח הוא שיתכן שהוא יאמר אמת. ועיין לקמן בדברי הרמב"ם במשנה תורה).

"שהרי אנו דנין במתוך" – שיטת הרמב"ם במשנה תורה

ה. רמב"ם פרק ו' מהלכות טוען ונטען הלכה ב':

[1233] האמור בפנים לובן ביחד עם הרב איתי אליהוא ליפשיץ שליט"א.

[1234] ולדברינו, אם מדובר באדם שלא היה מעלה בדעתו לומר להד"ם (כיון שאינו יודע שטענה זו פוטרת אותו או שהוא אינו חריף לשקר), לכאורה טענת "פרעתי" לא תתקבל כיון שהוא טוען אותה מכח עצמו ולא מכוחם של חכמים, וכפי שדנו הפוסקים לעיל בעמ' 52 ואילך. אמנם עיין בדברי הרמב"ם ביד החזקה לקמן שיל"ע האם גם על פי דבריו כך הדין.

בעלי דינין שבאו לבית דין. טען האחד ואמר מנה יש לי אצל זה שהלויתיו או שהפקדתי אצלו או שגזל ממני, או שיש לי אצלו בשכר וכן כל כיוצא בזה, והשיב הנטען ואמר איני חייב כלום, או אין לך בידי כלום, או שקר אתה טוען, אין זו תשובה נכונה אלא אומרים בית דין לנטען השב על טענתו ופרש התשובה[1235] כמו שפירש זה טענתו ואמור אם לוית ממנו אם לא לוית, הפקיד אצלך או לא הפקיד, גזלתו או לא גזלתו, שכרתו או לא שכרתו, וכן שאר הטענות.

ומפני מה אין מקבלים ממנו תשובה זו, שמא טועה הוא בדעתו ויבא להשבע על שקר שהרי אפשר שהלוהו כמו שטען והחזיר זה את החוב לבנו או לאשתו או שנתן לו במתנה כנגד החוב וידמה בדעתו שנפטר מן החוב, לפיכך אומרים לו היאך תאמר איני חייב כלום שמא אתה מתחייב מן הדין לשלם ואין אתה יודע אלא הודע לדייניך פירוש הדברים והם יודיעוך אם אתה חייב או אין אתה חייב.

ואפילו היה חכם גדול אומרים לו אין לך הפסד שתשיב על טענתו ותודיענו כיצד אין אתה חייב לו מפני שלא היו דברים מעולם או מפני שהיו והחזרת לו שהרי אנו דנין במתוך[1236] שיכול לומר[1237] בכל מקום[1238].

[1235] עיין לעיל עמ׳ 52 בעיקר חובת הבירור, ובשיטת הרמב״ם בעמ׳ 52.

[1236] מיגו.

[1237] לחם משנה שם: ״שהרי אנו דנין במתוך שיכול לומר בכל מקום. פירוש אומר לחכמים אל תאמרו אני מפחד כשאני אומר איני חייב כלום לפרש טענתי ולומר פרעתי דאולי אתם אומרים לי תביא ראיה לכך אני סותם דברי כדי שתבינו שכוונתי לומר להד״מ לזה אומר דאפי׳ שיטעון פרעתי אנו מאמינין אותו במגו דלהד״מ שכל טענה שיטעון אנו מאמינים אותו במיגו שהיה יכול לומר הטענה שרוצה הוא שיבינו בדבריו״. ובפרישה סימן ע״ה ס״ק א׳ כתב: ״לכאורה נראה כוונת הרמב״ם בזה דבא ליישב איך אומרים לו אמרו אם דעתך ללהד״ם או להחזרתיו ושמא ילמד מתוך הבית דין לשקר לומר להד״ם או להחזרתיו ושמא ילמד מתוך דברי הבית דין לשקר לומר להד״ם או החזרתיו ולא היה כן, וניחא ליה שהרי דנין כו׳ ורצונו לומר אף אם לא היינו אומרים לו כן אנו דנין אותו במורגל במתוך שיכול לומר להד״ם או החזרתיו ש״מ שהם טעמים מורגלים בפי כל, וק״ל״. ועיין חידושי ברוך טעם, כתובות דף יח. ד״ה ״ובענין״, שכתב שאם אין מציאות של מיגו, אין חובה לפרט.

[1238] בפשטות מדוייק מדברי הרמב״ם שמיגו מועיל רק להחזיק ולא להוציא, שהרי רק ביחס לנתבע הזכיר את דין המיגו.

בית הדין רוצה שהתובע והנתבע יפרטו את דבריהם[1239]. וכדי שאדם יסכים לפרט את דבריו, בית דין 'מבטיחים' לו שהוא לא יפגע, כיון שבית דין 'דנין במתוך'[1240]. וכיון שבית הדין הם אלו שגורמים לאדם לפרט את דבריו[1241], לא יתכן שהדרישה של בית הדין תגרע את כוחו (שהיה יכול לטעון להד"ם), ולכן בית דין דנים ב"מתוך", וכנ"ל בדברינו באות ג'-ד'[1242].

ו. על פי דברינו, נראה לישב את השאלות שהועלו באות א'. הקושיא הראשונה, לגבי אי היכולת לתת לאדם את הזכות של הטענה החילופית כיון שהוא עצמו סתר אותה, מיושבת מאליה, כאמור לעיל באות ה'. ובדרך זו תיושב גם קושייתו של הרה"ג שאול ברייש, שבעיקר דין המיגו, טמונה התקנה שהטוען איבד את כוחו.

ז. שיטת הש"ך (עמ' 525), שמיגו מועיל אף במקרה בו הטוען אינו מעלה על דעתו לטעון את הטענה החילופית, ועל פי דברי האחרונים (עיין אות א') שמיגו הינו "כח הטענה (האחרת)"[1243], יש מקום לומר שמיגו מועיל כיון שיש לו את ה"כח" אף שהוא עצמו לא מודע לכח זה.

ועל פי דברינו בביאור שיטת הרמב"ם, יתכן שאפילו אם נאמר שמיגו הינו "כח הטענה החילופית", יש צורך שהטענה החלשה תאמר מחמת רצון חכמים ולא בעקבות אי ידיעה של האדם לטעון טענה חלופית. ושמא אחר שחכמים תיקנו את תקנתם אין לחלק, וצ"ע[1244].

[1239] עיין הערה 1267 לגבי מקרה בו לא יועיל לו מיגו.

[1240] ועל פי דרך זו, תוקפו של המיגו הוא מדרבנן.

[1241] יש הסוברים שחובת הבירור איננה דינא דגמ' אלא תקנה מפני רמאים (או טועים), ולפי זה ברורים יותר דברי הרמב"ם, שהתקנה ה'חדשה' לא תפגע בזכות הבסיסית שקיימת לאדם על פי דין הגמ' שאינו חייב לפרט. אולם אף אם ללא ננקוט כך, ונאמר שחובת הבירור והפירוט היא עיקר הדין, סו"ס לולי שבית דין דנין ב"מתוך" היה חשש שהוא ישקר ויאמר להד"ם, וכדי שלא יאמר להד"ם (כאשר לא זו האמת), אלא יפרט, בית דין דנים ב"מתוך".

[1242] על פי דברינו קיים חילוק מהותי בין הדין של "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" לבין דין מיגו, כיון שדין הפה שאסר יסודו בסברא (עמ' 52) ואילו דין "מיגו" יסודו בתקנה.

[1243] עיין בלשונם של האחרונים באות א'.

[1244] עיין בשיעורי הגאון ר' חיים מטעלז למסכת ב"ב בשיעוריו על דין מיגו, שכתב שבמיגו יש הן "כח הטענה" והן "מה לו לשקר" (בירור האמת) ובכל פעם יש לבחון איזה סוג מיגו עומד בפנינו. ועיין בדרכי הקנינים (הרב עמיאל) שמעתתא ג' פרק ז' שכתב שמיגו הוא "כח הטענה" אולם קיים בו גם היסוד של בירור האמת. ועיין הערה 1228.

סיכום

ח. העולה מהאמור לעיל:

- מפשט הגמ׳ עולה שדין מיגו יסודו בבירור האמת (אות א׳).
- האחרונים חידשו, שכוחו של המיגו הוא, שלמרות שאדם טען טענה ׳חלשה׳ יש לו כח מול התובע כאילו הוא אמר את הטענה החילופית החזקה למרות שבטענתו הנוכחית הוא סותר את הטענה החילופית (אות א׳).
- על פי דברי הרמב״ם ניתן לבאר, שחכמים הם אלו שמעוניינים שאדם יטען את הטענה החלשה ולא יטען את הטענה החזקה, וכיון שחכמים גרמו לו, הם לא יפסידו לו את הזכויות שהיו לו בטענתו החילופית (אות ד׳-ו׳).
- על דברי האחרונים, יתכן שמיגו יועיל אף לאדם שלא העלה בדעתו לטעון את הטענה האחרת, אולם על פי הסברנו בשיטת הרמב״ם יתכן שבכל מקרה עליו להיות מודע לטענתו החילופית (אות ז׳).

מיגו בבדמי / מיגו כשסבור שאומר אמת

הקדמה / ביאור המקרה

א. ביסוד דין מיגו עומדת הידיעה שיש לאדם הטוען טענה אפשרות לטעון טענה טובה יותר. אמנם, ברור הדבר שכדי שטענתו הנוכחית תתקבל, היא צריכה להיות טענה שנאמר בה הסבר מדוע הוא פטור מלשלם וכדו׳.

ומכאן, שבמקרה בו אדם טוען טענת ׳שמא׳[1245] אף אם יש לו מיגו שהיה יכול לטעון טענת ברי שהיתה פוטרת אותו. לא יועיל לו המיגו כיון שטענתו הנוכחית (טענת ה׳שמא׳) אין בכוחה לזכותו מול תביעת התובע[1246].

ב. לקמן נדון האם אדם שטוען טענה שאמורה להועיל לו אבל בית דין חושדים שלמרות שהוא טוען טענה זו בודאות (והוא סובר שהוא דובר אמת), יתכן שהוא טעה ולא ראה נכון את המציאות ויש לעיין האם בסמכותו של בית דין לדחות את דבריו מכח החשד שיש להם, ולהתייחס אל טענתו כטענת ׳שמא׳ ולא כטענת ודאי.

הספק הנ״ל קיים הן במקרה בו אדם טוען טענה שטובה בפני עצמה, והן במקרה בו אדם טוען טענה שכדי לקבלה בבית דין יש צורך ב׳מיגו׳ – ועיין לקמן.

אמרה בדבמי/ שלילת המיגו מחמת טעות של הטוען

[1245] עיין עמ׳ 52 בדיני ברי ושמא.

[1246] ועיין בכללי מיגו לתומים כלל נ״ט-ס׳ (ויסוד הדברים, בספר הכריתות, לשון לימודים שער ג׳ אות קפ״ו) בדין מיגו דאי בעי שתיק, שכתב שאף שלא אומרים ׳מיגו בדדמי׳ (עיין לקמן אות ג׳), מיגו דאי בעי שתיק אמרינן, ולכאורה מוכח מדבריו שמתייחס לטענה שהיתה יכולה להיטען ולא לטענה שטען בפועל (שהיא אינה טענה כיון שבית דין סובר שהוא טועה), וצ״ע. ועיין בכלל מיגו לנתיבות אות י״ז שחלק על דבריו ולקמן הערה 1249.

ג. במשנה ביבמות דף קיד: מבואר שאשה שבאה ממדינת הים ואומרת שמת בעלה, נאמנת אם יש שלום בינו ובינה ויש שלום בעולם. אבל בשעת מלחמה אינה נאמנת לומר שבעלה מת. ובדף קטו. מבאר רבא:

> אמר רבא, מאי טעמא דמלחמה, משום דאמרה בדדמי. סלקא דעתא, בכל הני דאיקטול הוא פליט (מאומד לבה, ואע"ג דלא חזיתיה דמית כדפרישית, דסברה סלקא דעתא בכל הני דאיקטול הוא פליט בתמיה)!?[1247]...

האשה טוענת טענה ודאית שבעלה מת במלחמה. אולם, בית הדין אינו יכול לקבל את טענתה כטענת ברי, כיון שיש לבית דין סיבה לחשוב שהיא טועה בדבריה, ודבריה הינם אומדן בעלמא ולא ידיעה וראיה ודאית.

נאמנותה של אשה לומר שבעלה מת, הינה נאמנות 'עצמית' (שאיננה זקוקה למיגו), ואע"פ כן בית דין אינם מקבלים את דבריה. ומכאן, שגם במקרה בו אדם טוען טענה שכדי לקבלה בית דין זקוק למיגו, אם לבית דין יש מקום לחשוב שהטוען טועה בדבריו, המיגו לא יועיל לו, כיון שהטענה הנוכחית איננה מתקבלת בבית דין[1248],[1249] - ועיין לקמן.

ד. טענה שאיננה טענת אמת, יכולה לנבוע או מרצון לשקר או מטעות. מיגו מועיל רק במקרה בו יש ספק האם האדם דובר אמת או דובר שקר (שנקבל את דבריו

[1247] וע"ש לגבי רעבון ולגבי נחשים ומפולת. ועיין ברשב"א בסוגייתנו ובשו"ת בית הלוי ח"ג סימן ח' בדקדוקיו בביאור הסוגיות. ואכמ"ל עד כמה מוטל על בית דין לחקור את האשה על נסיבות המוות.

[1248] עי"ש בהמשך הסוגיא לגבי המקרה בו היא עצמה זו שגילתה לבית דין שיש מלחמה בעולם, האם יש לה מיגו שהיתה אומרת ששלום בעולם. ובתוס' דף קיד: ד"ה "מי" תמה שכיון שעל פי שיטתה יש מלחמה בעולם כיצד יועיל לה המיגו הרי יתכן שהיא טועה, ועי"ש שביאר שכיון שהוא עצמה דייקה לומר שיש מלחמה בעולם, ממילא היא מדייקת גם בעובדת מותו של בעלה, עי"ש גם בדין חנוני על פנקסו, ובתוס' שבועות דף מה: ד"ה "מתוך".

[1249] האמור בפנים הוא על פי השיטה שמיגו מגלה שפלוני דובר אמת ('מה לו לשקר'), אולם לשיטת האחרונים שמיגו הינו 'כח הטענה האחרת' (עיין עמ' 52 ואילך), לכאורה אף אם בית דין סוברים שהוא טועה בדבריו, לכאורה יש לתת לו את הכח של הטענה האחרת. אולם על פי דברינו בביאור שיטת הרמב"ם, (שם) כל עוד שהוא לא טוען טענת ברי אין משמעות לכח הטענה האחרת, כיון שבית דין אינם יודעים מה הוא טוען, ומטרת המיגו היא לגלות מה הוא טוען, וקצ"ע. ועיין הערה 1246.

כטענת אמת, שאילו רצה לשקר היה טוען טענה אחרת), אבל במקרה בו הוא עצמו אינו טוען טענת ברי (עיין אות א'-ב') או שבית דין סוברים שהוא איננו טוען טענת ברי. טענתו אינה מתקבלת כלל וממילא אין לו מיגו שאילו רצה לשקר היה טוען טענה אחרת, כיון שעתה הוא לא טען שום טענה, והוא נחשב כמי שבא לבית דין וטען טענת שמא[1250].

ויש לעיין, מתי בית דין שוללים מאדם את ה'מיגו' בטענה שהוא אומר את דבריו מחמת טעות. והרי, בכל טענה שבעולם יתכן שהוא טוען, וגם שומר שטוען שהחזיר את הפקדון שדבריו מתקבלים במיגו שהיה טוען נאנס. יתכן שהוא טועה, ואע"פ כן דבריו מתקבלים. ומסתבר שיש דרגות בדבר, ובית דין צריך להכריע האם האדם העומד בפניו טועה (כמו המקרה של מלחמה, הנ"ל). ועיין לקמן אות ז'.

חֲצִיָּה שֶׁלִּי בְּמִיגּוֹ שֶׁכּוּלָּה שֶׁלִּי / טְעוּת בְּטַעֲנָה / טְעוּת בְּטַעֲנָה הַחִילּוֹפִית

ה. במשנה בתחילת מסכת ב"מ נאמר, ששנים האוחזים בטלית וכל אחד מהם אומר שהוא מצא אותה, יחלוקו. אבל אם אחד מהם טוען שכולה שלו, והשני טוען שחציה שלו. הטוען שכולה שלו יקבל שלשה חלקים והטוען שחציה שלו יקבל רבע. כיון שעל חצי טלית אין להם מחלוקת, ועל מחצית הטלית לגביה הם חלוקים, הדין הוא יחלוקו (עי"ש). הראשונים במקום תמהו מדוע האומר 'חציה שלי' לא יהיה נאמן במיגו שהיה אומר כולה שלי, ולכן יזכה בחצי הטלית (ולא רק ברבע)[1251]. בהגהות מרדכי השניות סימן תמ"ב תירץ:

[1250] אמנם, במקרים בהם טענת שמא מועילה לפוטרו, מסתבר שדבריו יתקבלו, עיין בדין 'ברי ושמא' בעמ' 52.

[1251] ונאמרו בדבר תירוצים רבים. עיין תוס' ד"ה "וזה נוטל רביע" שכתב שהמיגו הזה נחשב "מיגו להוציא" ומיגו להוציא לא אמרינן.

ועוד יש לומר, דלא אמרינן מגו אלא במקום שאנו חושדין אותו שמשקר (הגהת הב"ח אות נ: נ"ב במזיד, ואומרים אילו היה משקר היה יכול לומר טענה אחרת. אבל הכא אמרינן שהוא אינו חשוד לומר שקר במזיד, אלא סבור כצ"ל ותיבת 'אבל הוא' נמחק[1252]). (אבל), הכא הוא סבור לומר אמת, והכי אמר פרק בתרא דיבמות דאין נאמנת לומר מת בעלי במלחמה מגו דאי בעי אמרה מת במטתו משום דבמלחמה אמרה בדדמי...

ובביאור דבריו כתב הנחלת דוד בב"מ דף ב. :

הנכון שבכולם הוא מה שתירץ בהגהת מרדכי השניות... דהא אמרינן דליכא רמאי בודאי משום דאימור תרוייהו אגבהוה[1253] וכל אחד סבור אני הגבהתי תחילה, וא"כ אין שייך כאן מיגו, דאפשר דבאמת אינו טוען שקר אבל מ"מ מטעי קטעי וסבור שהגביה ביחד עם חבירו, ובאמת אינו כן רק שחבירו הגביה קודם ולכך אין כאן מיגו...

בנידון של הגבהת הטלית, בית דין מעריכים שיתכן שלא עומד בפניהם בעל דין שקרן (שתפס את טלית אחר ההגבהה של הראשון), אלא עומדים בפניהם שני אנשים שכל אחד מהם סובר שהוא טוען אמת, כיון שכל אחד מהם סובר שהוא הקדים את חבירו והגביה את הטלית לפניו, אבל יתכן שהם טועים.

על פי דברי הנחלת דוד, הטענה החילופית ('כולה שלי') איננה טענת ודאי, שהרי יתכן שהוא טועה והגביה יחד עם חבירו, ולכן אף מי שטוען שחציה שלו (ואנו מניחים שהוא אינו טועה אלא או דובר אמת או דובר שקר), אי אפשר להאמין לו במיגו שהיה אומר כולה שלי, כיון שהטענה החילופית איננה טענת ודאי[1254].

[1252] עי"ש בקושייתו.

[1253] גמ' ב"מ דף ב: : "אימור דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה". ובדף דף ג. : "אפילו תימא רבי יוסי, התם ודאי איכא רמאי, הכא מי יימר דאיכא רמאי, אימא תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה". ואמנם עיין בדף ח. וברשב"א שם ד"ה "התם".

[1254] ולכאורה צ"ע, ומה בכך שאיננה טענת ודאי, והרי גם טענת חבירו שכולה שלו איננה טענת ודאי, וחולקין.

לולי דברי הנחלת דוד, היה נראה לבאר, שהטענה 'חציה שלי' איננה טענת ודאי אלא טענת ספק[1255], ולכן אין לו מיגו שהיה אומר 'כולה שלי' (ואחר שישבע יוכיח שאינו אומר טענה מאומד ליבו אלא טענת ודאי).

ו. בין אם ננקוט שהטענה הנטענת בפועל היא טענה שבית דין מסתפקים שמא הטוען אותה טועה בדבריו, ובין האם ננקוט שהטענה החילופית היא טענת טעות. יש לעיין מה הוא ה'סיכוי' שסיפור המעשה היה ששניהם הגביהו יחדיו את הטלית (כל אחד מחצית או אחד רבע והשני שלשה רבעים) ומכאן נבעה הטעות שכל אחד חשב שהקדים את חבירו, ומה הוא הסיכוי שאחד הגביה בעצמו וחבירו שקרן שתפס לאחר מכן[1256].

הגמ' אינה מבארת מה הוא ה'סיכוי' שלא מדובר בשקרנים אלא בטועים. אמנם במקרה בו כל אחד מהם אומר ביחס לטלית "אני ארגתיה" כתב רש"י (ב"מ סוף דף ג.), שהטלית תהא מונחת עד שיבוא אליהו כיון שאחד מהם ודאי רמאי. אולם הריטב"א בדף ג. כתב:

> אבל יש אומרים דאפילו זה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה חולקין בשבועה כיון דאפשר דליכא ודאי רמאי כי אע"פ שהם טוענין כן שמא היא של שניהם... דילמא תרווייהו ארגוה או לקחוה ואינם טוענים, וכן נראה עיקר לרמב"ן ז"ל וכן דעת מורי נר"ו.

הסיכוי ששניהם ארגוה ידיו, ודאי אינו סיכוי גדול, ואע"פ כן סובר הריטב"א שיש להתחשב בו, ואילו רש"י סובר שאין להתחשב בסיכוי שכזה.

ז. על פי האמור במקרה בו אדם טוען טענה, ובית דין אינם יודעים אם הוא דובר אמת

[1255] שמעיקרא הגביהו יחדיו זה רבע וזה שלשה רבעים (עיין פנ"י בדף ב:).

[1256] ועיין ברמב"ן (ושאר ראשונים) בדף ב: שגם במקרה של מקח וממכר יתכן שלא מדובר בשקר אלא בטעות או ספק במציאות.

או שקר, יש לו מיגו, אבל אם לבית דין יש ספק שמא הוא טועה אין לו מיגו (וכנ"ל אות ד'), ונראה שרש"י והריטב"א נחלקו מה הם ה'סיכוי' של טעות שיש להתחשב בו כדי לשלול את המיגו מהאדם (בין אם הטענה עצמה היא טעות ובין אם הטענה החילופית היא טעות, וכנ"ל אות ה'), ועיין בספר הכריתות לקמן.

ח. ספר הכריתות, לשון לימודים שער ג' אות קצ"ב:

> מגו אמרינן היכא שהוא יודע שהוא אומר אמת, שאם היה רוצה לשקר היה אומר טענה טובה מזו, אבל היכא שנוכל לומר שאינו מתכוון לשקר ואולי אינו אומר אמת[1257] לא אמרינן מגו...

הש"ך בכללי מיגו (סו"ס פ"ב) אות ט' ציין לפוסקים שכתבו כדברי ספר הכריתות וביאר:

> שאין אומרים מיגו היכא שסובר שטוען אמת כו', כלומר שהוא סובר כן ואנן אמרינן דלא דייק אז לא שייך מיגו שהיה יכול לשקר....

מלשון הש"ך לכאורה נראה לדייק שבית דין אומרים בודאות שהוא לא דייק, ורק במקרה זה בטל המיגו, אבל מלשונו של ספר הכריתות מוכח שדי בכך "שנוכל לומר שאינו מתכוון לשקר" כדי לשלול ממנו את המיגו, וצ"ע.

<u>סיכום</u>

ט. העולה מהאמור לעיל:

- הטוען טענת שמא, לא יועיל לו מיגו, כיון שטענתו הנוכחית אינה יכולה להתקבל (אות א').
- הטוען טענת ברי שבית דין סוברים שיסודה בטעות אין לו מיגו (אות ג, ה'), ואף אם הטענה החילופית הינה טענה שבית דין סוברים שאם היה טוען

[1257] פירוש, שבית דין חושבים שהוא טועה בדבריו, וכנ"ל.

אותה היה טועה אין לו מיגו (אות ה').

- יש מקום להסתפק מה הוא הסיכוי לטעות בגינו בית דין ישללו את המיגו מהאדם (אות ד, ז, ח').

ברי ושמא

הקדמה

א. בעלי דין שבאים לבית דין ללא ראיות (עדים, שטר), מחייבים את בית הדין לפסוק על פי הטענות שבפיהם, ועל בית הדין לשקול טענתו של מי מתקבלת. כאשר שני הצדדים טוענים טענת ברי, כגון שהתובע אומר הלותיך ולוה כופר בכל ואומר לא לויתי הדין הוא שהלוה פטור אבל נשבע שבועת היסת (שו"ע חו"מ סימן פ"ז סעיף א', לעיל עמ' 28). ואם הנתבע מודה בעיקר החוב אבל אומר שפרע הרי הוא נאמן (עיין שו"ע חו"מ סימן צ"ז, סמ"ע ס"ק מ"ג וקצות ס"ק י').

לקמן נדון במקרים בהם טענות הצדדים אינם טענות ברי בדוקא[1258], או שהתובע אינו אומר דבר, כגון:

	טענת התובע	טענת הנתבע	הערות
א	ברי	שמא (אות ב',ג')	• בכל המקרים יש לעיין מי המוחזק. • קיים חילוק בין "לא נתחייבתי לבין "לא פרעתי" (אות ב')
ב	שמא	ברי	
ג	שמא	שמא	
ד		ברי	
ה		שמא (אות ג')	

כאשר יש ויכוח בין הצדדים, מסתבר שהמקרה בו קל ביותר לחייב את הנתבע הוא מקרה א' (עיין באות ב' במחלוקת האמוראים). והמקרה בו קשה ביותר לקבל את טענת התובע הוא מקרה ב', כיון שתביעתו אינה תביעה וברור שאין לחייב את הנתבע לשלם במקרה זה.

בשני המקרים האחרונים (ג'-ד'), הנתבע מודיע מעצמו על חיובו, והתובע אינו

[1258] עיין הערה 1246.

אומר דבר (או אומר שמא), במקרים אלו ודאי שאין אפשרות לחייב את הנתבע בבית דין, אולם קיים עליו חיוב כאשר הוא בא לצאת ידי שמים – לקמן אות ג׳.

מסתבר, שטענת ׳שמא׳ של הנתבע, לעולם אין בכוחה לגבור על טענת ברי של התובע. אולם במקרה בו לטענת השמא מצטרפת חזקה, יש לדון שמא המוחזקות גוברת למרות הטענה החלשה של הנתבע (לקמן אות ב׳).

ובכל הנ״ל, יש לדון האם למרות שאין ביד בית דין כח לחייב את הנתבע לשלם, האם מוטלת עליו חובה לשלם אם הוא עצמו יודע שהוא חייב, למרות שהתובע אינו תובעו או אומר שמא (אות ג׳).

<u>מַנַּה לִי בִּידָךְ וְהִלָּה אוֹמֵר אֵינִי יוֹדֵעַ אִם נִתְחַיַּבְתִּי / אֵינִי יוֹדֵעַ אִם פָּרַעְתָּיךְ</u>

ב. גמ׳ כתובות דף יב: / ב״ק דף קיח.[1259] :

מנה לי בידך והלה אומר איני יודע.
רב יהודה ורב הונא אמרי חייב.
ורב נחמן ורבי יוחנן אמרי פטור[1260].
רב הונא ורב יהודה אמרי חייב, ברי ושמא ברי עדיף.
רב נחמן ור׳ יוחנן אמרי פטור, אוקי ממונא בחזקת מריה (רש״י ב״מ דף צז.: ולא תפקיע ממון מספיקא)[1261].

מנימוקי הגמ׳ נראה, שלולי המוחזקות אף רב נחמן ור׳ יוחנן היו מודים לרב יהודה ורב הונא שחייב והברי היה גובר. משמע, שיסוד המחלוקת הוא האם יש משמעות למוחזקות במקרה בו הנתבע אינו משיב ״ברי לא שלא נתחייבתי״

[1259] וכן ב״מ דף צז: , אולם שם הגמ׳ אינה מציינת לנימוקיהם.
[1260] אולם, אחר שתוקנה תקנת שבועה היסת, עליו להישבע שפטור, שאל״כ כל אחד יאמר שאינו יודע – תוס׳ ב״מ דף צז: ד״ה ״רב נחמן״. ויש לעיין, שהרי רב נחמן הוא שתיקן שבועת היסת וכיצד הוא אומר פטור ולא מוסיף שעליו להישבע היסת ואל״כ יתחייב לשלם, וקצ״ע.
[1261] עיין עמ׳ 52 בחידושו של הראב״ן, שגם רב יהודה מודה ש״אוקי ממונא בחזקת מריה״ רק שבמקרה שלפנינו המוחזקות שייכת לתובע, עי״ש.

(שבמקרה זה פטור, עיין עמ׳ 28)[1262].

יתכן, שבסיס המחלוקת הוא בשאלה האם למוחזקות יש משמעות גם במקרה בו הוטל ספק בהוכחה שהדבר המוחזק בידו של האדם הוא שלו. לשיטת רב יהודה ורב הונא, כיון שהנתבע עצמו הטיל ספק בעצם המוחזקות שלו (שהרי אמר ששמא הוא חייב), אין משמעות למוחזקות, ולכן הברי של התובע גובר על טענת השמא של הנתבע. ולשיטת רב נחמן ור׳ יוחנן, למרות שהנתבע הטיל ספק בעצם הזכות שלו להחזיק בממון, עדין לא יצא הדבר מכלל ספק (שהרי יתכן ששלו), ומכח הספק בלבד, אין בכוחו של התובע להוציא ממון מיד מי שמוחזק בו[1263].

ג. משנה וגמ׳ ב״ק דף קיח. :

האומר לחבירו גזלתיך, הלותני, הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך, חייב לשלם.
(גמ׳)... בבא לצאת ידי שמים.

בנידון של המשנה, הנתבע הודה מעצמו בחובו והסתפק לגבי הפרעון, והתובע אינו תובע, ולכן חיובו הוא רק בבא לצאת ידי שמים. אבל אם התובע טוען טענת ברי, הנתבע חייב לשלם גם בדיני אדם, כמבואר ברא״ש בסוגייתנו (פרק י׳ אות

[1262] עיין שערי ישר שער ו׳ פרק י״ד, שהאריך לבאר שבמקום שאין מוחזק, ברי עדיף לכו״ע. ולכן בהשבת אבידה אם אדם אומר ברי ששלי, והמוצא אומר שמא אינו שלך, על פי ׳דיני המשפטים׳ הדין הוא שיש לתת לתובע כיון שהוא ברי והנתבע אין לו מוחזקות וכל טענתו היא ׳שמא אינו שלך׳ אבל אינו טוען ׳שמא שלי׳. ובמקרה זה חידשה תורה שאין להשיב כי אם אחר בדיקה שהתובע אינו רמאי, והיינו בטביעת עין לצורבא מרבנן, ובסימנים לכל אדם, עי״ש בהרחבה.

[1263] עיין ב״מ דף ק. בקושיית הגמ׳ הראשונה (מדוע יחלוקו במקרה של מחליף פרה בחמור, ולא נכריע על פי מי שמוחזק עתה בוולד) ומוכח שם שיש משמעות לחזקה אף כשברור שהחזקה אינה מוכיחה שהאמת כדבריו, שהרי הספק הוא מתי ילדה הפרה (קודם משיכת החמור או אחריו), והעובדה שהפרה נמצאת עתה אצל אחד הצדדים איננה מהווה הוכחה לאף אחד מהצדדים (כיון שהשאלה שצריכה להתברר היא מתי היתה המשיכה), ואע״פ כן מציעה הגמ׳ שמי שמוחזק בוולד יזכה בו. אמנם עיין בתוס׳ שם ד״ב ״וליחזי״ שהקשה קושיא זו (מכח דין הגודרות, שאין להן חזקה), ותירץ שכיון שבלא טענותיהם יש ספק לבין דין, הדין הוא יחלוקו (ויתכן שטעמו הוא שכיון שבמקרה של מחליף פרה בחמור, החלוקה איננה אמת, אין להוציא מיד המוחזק, אם כבר הגיע לידו, למרות שהמוחזקות איננה מלמדת על בעלות, שהרי אם נשאיר בידו יתכן שהאמת ששייך לו, אבל אם נפקיע מידו וניתן לכל אחד חצי, ודאי שאין זו אמת).

לב):

איתמר מנה לי בידך... אם אמר איני יודע אם החזרתי לך בהא מודו רב נחמן ורבי יוחנן דחייב.

ובטעם הדבר כתב הטור בחו"מ סימן ע"ה:

...כיון שיודע שהוא חייב לו, וספק לו אם פרעו אם לאו. והתובע אין צריך לישבע אבל אם ירצה יחרים[1264] סתם על כל מי שנוטל ממונו שלא כדין.

הטור לא ביאר מדוע אם ספק לו אם פרעו הוא חייב לשלם. הרי"ף בסוגיתנו, בדף מד: מדפיו כתב:

האומר לחבירו גזלתיך... בדקא תבע ליה חבריה, דכיון דברי ליה שגזל או לוה ואיסתפיק ליה אם החזיר אם לא החזיר חייב, דאין ספק מוציא מידי ודאי[1265].

ד. נמצא, תובע שטוען טענת ברי, והנתבע משיב לעומתו בטענת שמא. אם טענתו של הנתבע היא 'שמא נתחייבתי', נחלקו אמוראים בדינו (אות ב'), אבל אם הוא מודה שהתחייב וטוען שמא לגבי הפרעון, חובה עליו לשלם.

[1264] אם ירצה הנתבע, הוא יכול להחרים כל מי שנוטל ממונו שלא כדין. ובעיקר דין חרם, עיין לעיל עמ' 52.

[1265] יל"ע האם הספק הוא על הממון או על חזקת החיוב של הגברא. וכתב בשו"ת שואל ומשיב מהדורא א' חלק ב' סימן קל"ד: "וכעת נראה להוסיף דהנה בטעם א"י אם פרעתיך דחייב דעת הט"ז סי' ע"ה דהוא משום דהוה בחזקת חיוב הקודם (עיין לקמן אות ט') ולפ"ז ביורשים היה אפשר לצדד דלא הוה בחזקת חיוב וכמ"ש למעלה. אבל באמת האחרונים כתבו בטעם דא"י אם פרעתיך דחייב דהוא כמ"ש הקדמונים והובא דבריהם בחו"מ סי' מ"ו ובש"ך שם דבקום ועשה מוקמינן הדבר בחזקתו שלא נעשה כאן ענין חדש משא"כ בשב וא"ת אמרינן דמוקמינן אחזקתו שלא נתהווה כאן ענין הלואה (עיין ש"ך סימן מ"ו ס"ק ק"ז) משא"כ בא"י אם פרעתיך דהלואה היה כאן והפרעון ספק אמרינן דלא נתהווה כאן ענין הפרעון ועודנו הלואה כמעיקרא ע"ש ולפ"ז ביורשים דעכ"פ הלואה היה כאן מה בכך דהם לא נתחייבו אנו דנין על ההלואה וההלואה כבר נתהווה. ובזה י"ל דגם בנדון הט"ז דפרע לו רק שמסופק אם היה מטבע טובה או לא אין לך להעמיד על חזקת ההלואה דהא הפרעון לפניך וההלואה בודאי כבר נפקע רק על אותו מטבע יש ספק אי נפרע ועכ"פ חזקת ההלואה בודאי נפקע". ועיין פד"ר חלק י' עמ' 25 ואילך במסקנות שבתחילת הדברים. ועיין הערה 1278.

ועל פי דברינו לעיל אות ב׳ נראה לבאר. לשיטת רב נחמן ור׳ יוחנן שמחייבים את הנתבע שאומר שמא נתחייבתי (כיון שהטיל ספק במוחזקות שלו[1266]), כל שכן שיש לחייבו במקרה של שמא פרעתי, שהרי החיוב ודאי, והפרעון ספק. ולשיטת רב יהודה ורב הונא, שפוטרים במקרה שאומר שמא נתחייבתי, בנידון של ׳שמא פרעתי׳ שהוא מודה שהיה חיוב, הרי שהוא בעצמו הודה שמעיקרא אינו מוחזק בממון, ולכן עליו לשלם, על פי דברי התובע.

אמר ׳שמא׳ ולא פירש האם ׳שמא נתחייבתי או ׳שמא פרעתיך׳ / נתבע שמסופק האם התחייב או פרע

ה. הרמב״ם בפרק ו׳ מהלכות טוען ונטען הלכה ב׳ (עמ׳ 545)[1267] כתב שנתבע שסותם את דבריו ואומר לתובע ׳שקר אתה דובר׳ בית דין אומרים לו לפרט את דבריו, ואומרים לו, שהוא לא יפסיד אם יאמר את האמת למרות שהיא טענה ׳חלשה׳ כיון שיש בכוחו לטעון טענה חזקה יותר, ובית דין יקבל את טענתו ה׳חלשה׳ מכח דין ׳מתוך׳ (מיגו).

על פי דברי הרמב״ם יש לעיין מה דינו של אדם שענה לדברי התובע ׳שמא אתה צודק ושמא אינך צודק׳ ולא פירט האם הספק שלו הוא לגבי עצם ההתחייבות או לגבי הפרעון. שלכאורה לאדם זה לא כדאי לפרט את דבריו, כיון שאם יפרט ויאמר ׳שמא פרעתי׳ בית דין יחייבו אותו לשלם, ולמרות שהיה יכול לטעון ׳שמא נתחייבתי׳ והיה נפטר, והיה מקום לומר שמי שאומר ׳שמא פרעתי׳ יתקבלו דבריו במיגו שהיה אומר ׳שמא נתחייבתי׳. אבל, אין זה מיגו טוב, כי מיגו מועיל לקבל את הטענה הנוכחית, וכיון שעתה הוא טוען ׳שמא פרעתי׳, אף שבית דין יאמינו לו הדין הוא שעליו לשלם והמיגו לא יועיל לו כלום, ונמצא שאדם חכם

[1266] או מפני שמי שטוען טענת שמא, אין אנו מאמינים לו שאינו יודע, ומסתבר שהוא משקר (עיין קובץ שיעורים ב״ב סימן תסא). אולם על פי דרך זו, רק במקרה בו מדובר באדם שהיה צריך לדעת ואינו יודע, הברי גובר. אבל אם הוא לא היה אמור לגעת, לכאורה יועיל לו השמא, ועיין בעז״ה לקמן בשיעור 346 , בחילוקיו של תוס׳ ואילך.

[1267] עי״ש בהרחבה בביאור שיטת הרמב״ם.

לעולם לא יפרט מדוע יש לו ספק ויאמר 'שמא' סתמי. כיון שאם יאמר את האמת, יפסיד.

יתכן, שמי שטוען שמא ואינו מפרט את דבריו, יתחייב לשלם אפילו לשיטת רב נחמן ור' יוחנן (לעיל אות ב'). כיון, שרק במקרה בו הוא אומר 'שמא נתחייבתי' מועילה לו המוחזקות שלא להוציא ממנו ממון בספק, אבל כאשר יש לבית דין ספק שמא הוא התחייב או שברור שהתחייב ושמא פרע, יש בכח הברי של התובע להוציא ממנו, וקצ"ע.

ולדברינו, נתבע שיאמר שהוא מסתפק האם התחייב או האם פרע, בית דין יחייבו אותו לשלם, כיון שרק ספק שמא התחייב יכול לפוטרו לשיטת רב נחמן ור' יוחנן, אבל אם הוא עצמו מסופק שמא לוה ולא פרע או שמא התחייב או לא, עליו לשלם, וצ"ע.

<u>מלוה שטוען שנפרע במטבע מזוייפת</u>

ו. ט"ז חו"מ סו"ס ע"ה:

> מי שפרע לחבירו סך מעות, ואחר הפרעון בא המלוה והראה לו מטבע אחת מזוייפת מתוכם, ואמר קיבלתיה ממך בפרעון חובי, והלוה השיב איני יודע אם היתה מטבע זו באותן המעות, הלא כבר אני מוסלק ממך בשעת הפרעון בחזקת מעות טובות, ועכשיו איני יודע.
> ויש בזה חילוק בין הדיינים קצתם מדמים לאיני יודע אם אני חייב לך ונשבע ונפטר, וקצתם מדמים לאיני יודע אם פרעתיך.

התובע (המלוה) טוען טענת ברי, שקיבל מטבע מזוייף. אילו הנתבע היה עונה שברי לו שהוא לא נתן מטבע זו כפרעון היה פטור, כנ"ל אות א'.

המחלוקת בין הדיינים נובעת מכך שהנתבע (הלוה) אומר 'איני יודע'. ובדין איני

יודע קיים חילוק בין 'איני יודע אם פרעתיך' שחייב, לבין 'איני יודע אם נתחייבתי' שפטור (כנ"ל באות ב' בשיטת רב נחמן ור' יוחנן, ובפסק ההלכה באות יב), ויש לבאר את המחלוקת שבין הדיינים.

ז. בפשטות, הספק הוא האם מביטים על מעשה הפרעון בפני עצמו או על יסוד החיוב של הלוה. אם ההסתכלות היא על על מעשה ההלואה, המלוה טוען שעדין לא נפרע, וממילא טענת הלוה היא 'שמא פרעתיך'. אולם אם נאמר שאחר שהלוה נתן את המעות למלוה, הוא יצא ידי חובת פרעון, וטענת המלוה היא טענה חדשה, הרי שתשובת הלוה היא 'איני יודע אם נתחייבתי' (ועיין אות י' לקמן).

ח. על פי המחלוקת שבין הדיינים (אות ו') נראה שמוסכם ביניהם שאם ברור ומוכח שהמטבע מזוייפת, על הלוה לשלם שוב, כיון שלא פרע את החוב. ולמרות שבדיני מקח וממכר הכלל הוא שאם המום גלוי, והיה המקבל יכול לראותו וקיבל ולא אמר דבר, המקח קיים כיון שבקבלתו הוא נחשב כמי שאמר שהוא מוחל על המום (עיין שו"ע אבהע"ז סימן קי"ז סעיף ז'[1268]). יש לומר, שבנידון שלפנינו לא היה ניתן לגלות את הזיוף באופן מיידי, ולכן קבלת המטבע המזוייפת איננה מלמדת על הסכמת המלוה לקבלה בתורת פרעון[1269].

ומכאן, שאם אין תביעה על המלוה על כך שלא שם לב שבשעת הפרעון המטבע היתה מזוייפת, לכאורה לא הושלם הפרעון עד השעה בה הוכח שכל המטבעות הינן מטבעות טובות, וא"כ טענת הלוה שאינו יודע, נחשבת כאיני יודע אם פרעתיך.

ט. המשך דברי הט"ז:

[1268] ועיין בפירוט בשו"ע חו"מ סימן רל"ב (וע"ש בסעיף יז לגבי נאד השמן שנמצא מקולקל).

[1269] ולולי האמור בפנים, היה מקום לומר שמטבע מזוייף פעמים הוא מום שבגלוי (תלוי בדרגת הזיוף), שהמלוה היה יכול להכירו, וכיון שקיבל ולא מחה בשעת הקבלה, סבר וקיבל. ושמא הדיינים לא הציעו הצעה זו, כיון שבדר"כ זיוף אינו ניכר לעין בצורה גלויה.

תשובה. נ״ל כדברי האומרים איני יודע אם אני חייב לך[1270]... ועכשו נבאר הטעם, דלרב נחמן דקי״ל כוותיה בפרק הגוזל בתרא (קיח.) דס״ל איני יודע אם אני חייב לך דפטור, מפרשינן התם טעמא, דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, אלא מספיקא לא מפקינן ממונא ואוקי ממונא בחזקתו. ונראה שזה עצמו טעמא דמתניתין בחיובא דאיני יודע אם פרעתיך[1271], דדוקא באיני יודע אם אני חייב לך ועכשיו נולד הספק, מוקמינן בחזקתו שהיה תחילה קודם הספק, דלא היה עליו שום חוב. משא״כ באיני יודע אם פרעתיך, אם נוקי הממון בחזקה קמא קודם שנולד הספק אז היה ודאי חייב לו, ממילא עכשו נשאר החוב בתקפו[1272].

נמצא בנידון זה שכבר פרעו ונסתלק ממנו, ועכשו נולד הספק במטבע המזוייפת נוקי הדבר כמו שהיה בחזקה עד עכשיו, והוא בחזקת פרעון טוב דרוב מטבעות אינן מזוייפות, והוה עכשו כתבעו תביעה חדשה וזה טוען איני יודע אם אני חייב לך, שישבע היסת שאינו יודע ופטור.

דברי הט״ז לכאורה צ״ע, שהרי עיקר השאלה היא האם הפרעון היה פרעון טוב או לא, ואילו הט״ז קובע כדבר ברור שהפרעון היה פרעון, ועתה מתעורר ספק. ולכאורה מנין לט״ז קביעה זו (ועיין אות ח׳) .

ונראה שהט״ז סומך על כך ״דרוב מטבעות אינן מזוייפות״ ולכן, הפרעון נחשב פרעון, ותביעת המלוה הינה תביעה חדשה[1273]. ומכאן שמלוה שרוצה להיות בטוח שהמטבעות שקיבל אינן מזוייפות, עליו לבדוק זאת בשעת הפרעון (או לומר בפני עדים שמקבל מטבעות אלו בתנאי שמומחה יאמר שהן כשרות),

---

[1270] עי״ש בראיותיו מהגמ׳, לקמן נדון על הסברא.

[1271] משנה ב״ק דף קיח. באדם שאומר לחבירו איני יודע אם פרעתיך.

[1272] עיין הערה 1265.

[1273] אמנם כנגד דברינו (שיסוד דברי הט״ז בכך שרוב מטבעות אינן מזוייפות) עומדים לכאורה דברי ערוה״ש בחו״מ סימן ע״ה סעיף ל״ה שכתב: ״פסק הט״ז ז״ל דכיון דנפטר ממנו בחזקת פרעון הוה כתביעה חדשה ודומה לאומר איני יודע אם הלויתני״.משמע, שאף ללא הטעם שרוב המטבעות טובות, הפרעון נחשב פרעון, והעיר על כך גם בפד״ר חלק י׳ עמ׳ 30, עי״ש ובנפ״מ העולה מדבריו.

שאל״כ לעולם יוכל הלוה לומר שאינו יודע ולהיפטר.

י. ש״ך חו״מ סימן רל״ב ס״ק ט״ו:

> פסק בתשובת רשד״ם ח״ג סי׳ פ׳ באם שחייב לו בעד קנין חפץ או שאר דברים ונתן לו המעות ואחר כמה ימים רוצה להחזיר מחמת שמצא מקצתם לא טובים והלה טוען למה לא בררת אותם בשעת פרעון[1274].
>
> ופסק דאם הלה טוען שיודע בבירור שממנו לקח הרעים והלה טוען ברי לי שנתתי לו טובים נשבע הלה ונפטר. אבל אם טוען א״י אם הם שלי א״ל צריך לשלם ואין לו עליו אלא חרם סתם כדין איני יודע אם פרעתיך, ואם הוא טוען שמא והב׳ טוען שודאי נתן לו פטור בחרם סתם וע״ש[1275] ופשוט.

לשיטת המהרשד״ם, הלוה נחשב כמי שאמר ׳איני יודע אם פרעתיך׳ ולכן עליו לשלם כאשר המלוה טוען טענת ברי. ונראה שטעמו הוא כנ״ל באות ז׳ שעל הלוה יש חזקת חיוב, ואף שרוב המטבעות שהם כשרות ולא מזוייפות (כנ״ל בדברי הט״ז), אין בכח חזקה זו לפטור אותו מחזקת חיובו.

ולדברינו, יתכן לומר שהמחלוקת בין הט״ז לש״ך יסודה בשאלה האם החזקה שרוב המטבעות כשרים, בכוחה להפקיע את חזקת החיוב של הלוה. לשיטת הט״ז כיון שחזקת רוב המטבעות ככשרים, בשעת הפרעון פסקה חזקת החיוב של הלוה. ואילו לשיטת הש״ך, אין בכח חזקת כשרות המטבעות להפקיע את חזקת החיוב של הלוה, והרי הוא כמי שאמר איני יודע אם פרעתיך[1276].

[1274] ואילו מקבל המעות טוען, שהאחריות על בדיקת המטבעות מוטלת על המשלם – עי״ש בתשובת המהרשד״ם.

[1275] עי״ש בראיותיו, ובסיום דבריו כתב שאם המנהג הוא שהמקבל אחר שקיבל אינו מוחה, יש משמעות למנהג, אבל אם המנהג אינו כך, יש ללכת אחר עיקר הדין המבואר בדבריו שם.

[1276] ערוה״ש סימן ע״ה סעיף ל״ה: ״והדעת יותר נוטה לסברת הט״ז ז״ל ובפרט דאם לפי הבנת הב״ד לא היה לו להלוה לידע מזה הרי גם באיני יודע אם פרעתיך פטור בכה״ג כמ״ש בסעי׳ ט״ו וכמה מהגדולים הסכימו לסברת הט״ז ז״ל ועכ״ז מהראוי לעשות פשרה בעניינים כאלו״. ועיין

ועל פי דברינו באות ח׳, ניתן להציע שיסוד המחלוקת איננו בחזקת הכשרות של המטבעות, אלא בשאלה על מי מוטלת החובה לבדוק את כשרותם של המטבעות. אם ננקוט שהחובה היא על מקבל המעות, אם המלוה קיבל ולא בדק, נחשב הלוה כמי שאומר ׳איני יודע אם נתחייבתי׳. אבל אם חובת הבדיקה היא על הלוה, אם הוא אומר שאינו יודע, יש להחשיבו כמי שאומר איני יודע אם פרעתיך[1277].

יא. על פי האמור, במקרה בו אין חזקת חיוב מוקדמת, וכגון לוה שטען (בטענת ברי) שחלק מהמעות שקיבל מהמלוה בהלואה היו מזוייפות (ולכן אין עליו חובת פרעון, או שהוא מוכן להחזיר את המעות הללו עצמן), והמלוה אומר שאינו יודע, כיון שלא בדק את המטבעות באופן פרטני אבל חזקתם של רוב המטבעות שהן כשרות. יש לעיין האם יש על הלוה חובה לפרוע למרות שטענתו היא טענת ברי[1278], וצ״ע.

פְּסַק הַשו״ע וְסִיכּוּם

יב. שו״ע חו״מ סימן ע״ה סעיף ט׳:

> מנה לי בידך שהלויתיך או שהפקדתי בידך, והלה אומר, איני יודע אם הלויתני או אם הפקדת בידי, ישבע היסת שאינו יודע, ופטור. ואם בא לצאת ידי שמים, ישלם[1279]... מנה לי בידך שהלויתיך או שהפקדתי בידך, והלה אומר, יודע אני שהלויתני מנה או שהפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לאו, חייב לשלם, ואין התובע צריך לישבע אפילו שבועת היסת. אבל אם רצה, יחרים חרם סתם על כל מי שנוטל ממונו שלא כדין.

בחילוקים שבפת״ש סימן ע״ה ס״ק כ״ז. ויל״ע האם יש מקום לחלק בין הלואה לבין מקח וממכר או שומרים (שטען השומר שהמטבעות שקיבל לשמור היו מזוייפות).

[1277] עיין לעיל הערה 1273.

[1278] עיין הערה 1265, בדברי השו״מ שהאומר איני יודע אם פרעתיך יש לחייבו מכח חזקת החיוב של האדם או שמוקמינן הדבר על חזקתו שלא נעשה, ושמא יש נפ״מ לנידו״ד.

[1279] לגבי הדין של ״לצאת ידי שמים״, עיין מאירי ב״ק נו:, קצות ל״ב ס״ק א׳, ואכמ״ל.

יג. העולה מהאמור לעיל:

- נחלקו אמוראים בדינו של תובע שטוען טענת ברי והאומר לתובע איני יודע אם נתחייבתי. ויתכן שיסוד המחלוקת הוא, האם יש משמעות למוחזקות כאשר הוא עצמו הטיל ספק במוחזקות שלו (אות ב׳), ולהלכה לא מוצאין ממנו ממון מספק (אות יב).
- נתבע האומר לתובע שאינו יודע אם פרע, חייב לשלם לכו״ע, כיון שאין ספק מוציא מידי ודאי (אות ג, יב).
- נתבע שמשיב לתובע ׳שמא׳ ואינו מפרט האם ׳שמא נתחייבתי׳ או ׳שמא פרעתיך׳, נראה שחייב לשלם (אות ה׳).
- מלוה שטוען שגילה מטבע מזוייפת בין המטבעות שקיבל כפרעון, נחלקו הט״ז והש״ך האם נחשב שאינו יודע האם נתחייב או אינו יודע האם פרע (אות ט׳-י׳), ועיין לעיל (אות י׳) בביאור המחלוקת.
- לוה שטען שחלק מהמעות שקיבל בהלואה היו מזוייפות, יל״ע בדינו (אות יא).

בְּרִי וְשָׁמֵא – שׁוֹמֵר שֶׁאֵינוֹ יוֹדֵעַ הָאִם פָּשַׁע אוֹ לֹא

הַקְדָּמָה

א. לעיל התבאר החילוק בין נתבע האומר 'איני יודע אם נתחייבתי' שנחלקו אמוראים האם חייב (ולהלכה פטור) לבין איני יודע אם פרעתיך שחייב לשלם.

לקמן נדון בדינם של שומר, שוכר, ושואל, שהחפץ שקיבלו מבעל הבית (שתובע אותם) אינו ברשותם, אבל אינם יכולים לומר בבירור האם אובדן החפץ נבע מפשיעתם או מסיבה הפוטרת אותם מלשלם (שומר חינם בגניבה ואבידה ושומר שכר באונס וכו'), האם יש להחשיב את השומר כמי שאומר 'איני יודע אם נתחייבתי' או כמי שאומר 'איני יודע אם פרעתיך'.

ויש לעיין האם חלק מתפקידו של השומר הינו גם לדעת מחמת מה אבד החפץ שברשותו, ואי הידיעה היא עצמה פשיעה, ולכן ישלם. או שאף שמוטל עליו לדעת, אי הידיעה איננה פשיעה המחייבת תשלום, או שכלל לא מוטלת עליו חובה לדעת.

שׁוֹאֵל – מַתָּה הַבְּהֵמָה וְלֹא יָדוּעַ הָאִם מַתָּה מֵחֲמַת מְלַאכְתָּהּ אוֹ לֹא

ב. שואל (ושוכר) פטורים אם הבהמה או החפץ שברשותם מתה מחמת מלאכה (רמב"ם פרק א' מהלכות שאלה ופקדון הלכה א' ואילך) ונחלקו ראשונים בטעם הדין (עיין בשטמ"ק ב"מ דף צו:). הרמב"ן והריטב"א כתבו שהמשאיל פשע בכך שהשאיל דבר שאינו ראוי למלאכתו, ולכן הוא הפסיד לעצמו. ואילו הרשב"א כתב, שהמשאיל מעיקרא מוחל על כחש מועט ואפילו כחש מרובה של מיתה. והמחנה אפרים בהלכות שאלה ופקדון סימן ד' כתב, שיש לפוטרו כיון שהוכח שזו היתה שאילה בטעות. וכאשר השואל טוען שהבהמה מתה מחמת מלאכה (או הקרדום נשבר תוכ"ד עבודה), עליו להישבע שמתה מחמת מלאכה (רמב"ם הנ"ל, הלכה ב').

ג. ראי"ש ב"מ מציעא פרק ח' סימן ד':

> ומתה מחמת מלאכה היינו כגון שדרך הילוכה נכשלה ונפלה ומתה והשואל לא שינה בה ולא פשע בה, או נתייגעה ונתחממה ומתה. אבל אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות טורח בדרך לא יוכל לישבע שמחמת מלאכה מתה שמא אם היתה עומדת על אבוסה היתה מתה[1280].

כיון שהשואל איננו יכול להישבע שהבהמה מתה מחמת מלאכה קיימת עליו חובה לשלם (ש"ך חו"מ סימן ש"מ ס"ק ז' לקמן אות ה'), ולמרות שאין טענה נגדו שהיה אמור לדעת כיצד מתה הבהמה (שהרי לא היו סימנים מוקדמים שהיו יכולים להעיד על כך[1281]), עצם העובדה שהוא אינו יכול להישבע שמתה מחמת מלאכה, מחייבת אותו לשלם.

ולכאורה יש לעיין מדוע הוא חייב לשלם, והרי על פי דברי הראשונים (לעיל אות ב'), קיים ספק שמא המשאיל פשע בעצם ההשאלה או מחל או שהיתה זו שאילה בטעות, וכיון שקיים ספק ביחס למעשהו של המשאיל, כיצד ניתן להוציא

[1280] ועיין בדברי הש"ך באות ה' שכיון שאינו יכול להישבע משלם, למרות שלא היתה לו אפשרות לדעת. ובשו"ת תורת חיים חלק א' סימן ז' הקשה שהרא"ש לכאורה סותר את דבריו: "אמנם בדברי הרא"ש ז"ל גופיה קשיא לי טובא, דנראה מדבריו דאפילו במלתא דאינו יכול לידע כגון ההיא שכתב שלא הרגיש שום עייפות ולא יוכל לידע אם מחמת מלאכה... וממ"ש הטור ז"ל גופיה בשם הרא"ש סימן רצ"ח [ס"ג - ד] נראה שסותר לזה, שכתב עלה דההיא דירושלמי [ב"ק פ"ו ה"ז] מההוא גברא דאפקיד גביה חבריה חד שק צרור, וז"ל ואדוני אבי הרא"ש ז"ל [ב"ק פ"ו סי' טז] כתב דליכא לחייובי משום מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, דלא אמרינן אלא כשיש טענת רמאות כגון חמישים ידענא וחמישים לא ידענא לפי שהיה לו לידע אם היה חייב לו או לא, אבל הכא לא היה לו לנפקד לידע כמה היה בכיס דמילתא שכיח הוא שאדם מפקיד שקין וכו' ואינו יודע כמה יש בתוכן וכו', נראה מדבריו דלא אמרינן מתוך דאינו יכול לישבע במלתא [דלא הו"ל] לידע וכו'". ועיין נתיבות סימן ש"מ ביאורים ס"ק ז' שכתב בשם התורת חיים, שבנידון של הרא"ש היתה יכולת ביד השואל לדקדק ולגלות האם מתה מחמת מלאכה או לא, וכיון שלא דקדק, חל עליו הדין של מתוך שאינו יכול להישבע, ומשלם. ועוד נראה שיש לחלק בין מקבל שק צרור שאינו חייב לדעת מה הופקד אצלו, לבין שואל שהוא עצמו עושה את המלאכה עם הבהמה, שאף אם אינו יודע, מוטלת עליו חובת תשלום, כי הוא הביאה למצב של מלאכה. ועוד, שמא יש לחלק בין שומר שעושה חסד עם בעה"ב שאין לחייבו לשלם כשאינו יודע (ולא היה לו לדעת), לבין שואל שעשו עימו חסד, שעליו לשלם כשאינו יודע, אף שלא היה לו לדעת, וצ"ע.

[1281] ועיין אות יב.

מהשואל ממון מספק[1282] ?

יתכן להציע, שומר או שואל קיימת עליהם חובת שבועה כדי לפייס את בעל הבית (ב״מ דף לה:[1283]), ומעיקרא הוא מתחייב לפייס את בעל הבית או בתשלום או לכל הפחות בשבועה, וכיון שאין לו יכולת לפייס את בעל הבית בשבועה עליו לשלם ומעיקרא על דעת זו קיבל את החפץ מבעל הבית (עיין שערי ישר שער א׳ פרק ה׳[1284], ולקמן בסוף אות ז׳).

ד. אמנם הבית יוסף בבדק הבית סימן ש״מ תמה על הרא״ש:

> יש לתמוה דאטו משום שמא מחייבינן ליה, אדרבה ראויים לומר דכיון דמתה בדרך מסתמא מחמת מלאכה מתה, ואין צריך לישבע אלא שמתה בדרך ופטור.

על פי דברינו לעיל (אות ג׳) נראה לדקדק בדברי הב״י, שאילו היה מדובר בספק השקול, היה מקום לחייב את השומר שאינו יכול להישבע כיון שמוטלת עליו חובה לפייס את בעל הבית. אולם במקרה המדובר, ׳מסתמא מתה מחמת מלאכה׳ וא״כ אין זה ספק השקול, ונוטים הדברים לכך שמתה מחמת מלאכה, ולכן ישבע שמתה תוכ״ד מלאכה[1285] (למרות שאינו יכול להישבע שהמלאכה היא סיבת המוות), ויפטר, כיון שאין חובה לפייס את בעל הבית בשבועה כשמסתבר שמתה מחמת מלאכה.

ה. השו״ע בחו״מ ש״מ, לא כתב את דברי הרא״ש להלכה. הש״ך בס״ק ז׳ ביאר, שכיון שהב״י (הנ״ל) חלק על דבריו, לא כתבו להלכה. אולם הרמ״א בסעיף ג׳

[1282] לשיטת הרשב״א שיסוד הפטור הוא במחילה, ניתן לישב, שכל עוד שלא הוכח שמתה מחמת מלאכה, המשאיל אינו מוחל, אבל לשתי השיטות האחרות, שקיים ספק שמא מעיקרא השאיל דבר שאינו ראוי למלאכה, יש לעיין מדוע ניתן להוציא ממון מהשואל מכח הספק.

[1283] אמנם עיין בהערה 107.

[1284] עיין הערה 119.

[1285] יש לעיין האם השבועה שמתה בדרך שבועת התורה, או שזו שבועת דרבנן. ובפשטות זו שבועת התורה, שהרי חייב שבועה, אולם שבועת התורה היא שמתה מחמת מלאכה ולא בשעת מלאכה, וא״כ זו שבועה דרבנן להוכיח שהדבר אירע תוכ״ד מלאכה, וצ״ע.

העתיק את דברי הרא״ש להלכה (לקמן אות יג)[1286]. וכתב שם הש״ך בס״ק ז׳ בביאור שיטת הרא״ש ובישוב קושיית הב״י:

> ולא קשה מידי, דכל שומר צריך לישבע שיודע בבירור. אבל כשאינו יודע, א״כ חייב שבועה דאורייתא ואין נשבעין שבועה דאורייתא באינו יודע...
> ואפשר עיקר סברתו[1287] דמסתמא מחמת מלאכה מתה. אבל גם זה אינו כיון דלא הרגיש בה עיפא וטורח הדרך...
> גם בתרומת הדשן סי׳ של״ג[1288] הביא דברי הרא״ש וטור בסתם וכן עיקר[1289].

לשיטת הש״ך עצם העובדה שהשומר אינו נשבע (כיון שאינו יודע, למרות שאין טענה כלפיו על כך שאינו יודע), מחייבת אותו לשלם (ועיין בדברינו באות ג׳). וטענת הב״י שמסתמא מתה מחמת מלאכה, איננה מוכחת, שהרי לא היו סימנים המוכיחים על כך, וממילא הרי זה ספק השקול. ובסימן רמ״א ס״ק מ״ד הוסיף הש״ך, ששומר שאינו יודע, דינו כמי שאומר איני יודע אם פרעתיך, וחייב.

ולכאורה נדייק מדבריו שאילו הש״ך היה מודה לב״י שהמציאות היא שלא מדובר בספק השקול, ויש להניח שרוב הסיכויים שמתה מחמת מלאכה, היה הש״ך מסכים שיש לפוטרו. ונמצא, שאין בין הב״י והש״ך מחלוקת מהותית כי אם מחלוקת בניתוח המציאות. וכאשר הספק שקול, לכו״ע כיון שאינו יכול להישבע משלם וכאשר מסתבר יותר לומר שמתה מחמת מלאכה פטור ללא שבועה (אולם ישבע שהדבר אירע תוכ״ד מלאכה, וכנ״ל בדבר הרא״ש), וקצ״ע.

ו. נתיבות, סימן ש״מ, ביאורים ס״ק ז׳:

[1286] עיין לקמן בהערה 1303.
[1287] סברתו של הב״י.
[1288] לקמן אות יג.
[1289] ועיין ש״ך סימן רצ״א ס״ק מ״ד.

עיין ש"ך ס"ק ז' שכתב הטעם משום שאינו יכול לישבע וכו'. ולכאורה תמוה, דהא אין לך לא הוי למידע גדול מזה, דהא בלתי אפשרי לידע זה לכל העולם[1290].

הש"ך (בעקבות הרא"ש שבאות ג') 'מתעלם' מחוסר היכולת של השואל לדעת האם מתה מחמת מלאכה או לא. כיון שחיובו של שומר הוא לשלם או להישבע, ואם אין ביכולתו להישבע, עליו לשלם, ולא משנה הסיבה בגינה הוא אינו יכול להישבע. אולם הנתיבות סובר, שבמקרה בו אין יכולת להישבע, כי לא היתה לשואל אפשרות לדעת, האם מחמת מלאכה או לא, אי אפשר לחייב את השואל לשלם מחמת חוסר היכולת להישבע[1291]. ונמצא, לשיטתו שיסוד המחלוקת הוא, האם שואל שאינו יכול לדעת, מוטלת עליו חובת תשלום, ואם היתה ביד השואל יכולת לדעת, והוא לא ידע – מוטלת עליו חובת תשלום.

ח. אמנם, הנתיבות מודה לעיקר הדין, שקיימת חובת תשלום על שואל שאינו יודע אם הבהמה מתה מחמת מלאכה, אולם מטעם אחר:

ולכן נראה דהטעם הוא, כיון דאי אפשר לשום אדם לידע זה, הוי דררא דממונא, דהא הספק נולד לב"ד בלא טענותיהם... הרי איכא דררא דממונא ולא נפטר בספק פרעון.

חוסר היכולת של הצדדים (בעל הבהמה, השואל או עדים שהיו מעידים על המקרה), מלמד על ספק 'מהותי' שאינו נובע מטענות הצדדים, וכיון שעל השואל קיים חיוב בסיסי של תשלומים, אין בכח הספק לפוטרו, ועליו לשלם[1292].

[1290] ובסיום דבריו כתב בשם המהרח"ש (תורת חיים, חלק א' סימן ז'), שהשואל היה יכול לדעת, ולכן ישלם, ועיין הערה 1280, ולקמן אות יב.

[1291] וכשיטת הנתיבות מפורש בתוס' בב"ק דף מו. ד"ה "שור" שלא אומרים מתוך שאינו יכול להישבע משלם, שמי שלא היה יכול לדעת (כגון יורשים, ועיין לקמן אות יב), ויתכן שהש"ך סובר ששומר שכבר חייב את עצמו דינו שונה, כיון שחובה עליו לפייס את בעל הבית, וכנ"ל אות ג'. ועיין בהשגת הראב"ד על הרמב"ם בפרק ה' מהלכות שאלה הלכה ו'.

[1292] אילו לא היה חיוב בסיסי, והיתה מציאות של 'דררא דממונא' לא היה מקום לחייב את השואל לשלם, עיין בתחילת סוגיית הגמ' בב"מ דף ק. בדין מחליף פרה בחמור, שהדין יחלוקו כיון שאין מוחזק, ועיין בתוס' בסוגיא.

ח. העולה מהאמור לעיל, בדינו של שואל, שקיים לו ספק האם הבהמה מתה מחמת מלאכה, האם פטור או שעליו לשלם כדין שואל שחייב באונס:

- לשיטת הרא"ש כיון שאינו יכול להישבע עליו לשלם. ולמרות שקיים ספק שמא בעל הבית פשע, חלה על השומר חובה לפייס את בעל הבית (אות ג'). ועוד שנחשב כמי שאומר איני יודע אם פרעתיך (אות ה'). ולמרות שאין טענה כלפי השואל שהיה עליו לדעת (אות ג'), והנתיבות סובר שכיון שאינו יכול לדעת אי אפשר לחייבו לשלם (אות ו').
- הב"י סובר שאין לחייב את השואל מטענת 'שמא'. ועוד, שהדעת נוטה שהבהמה מתה מחמת מלאכה ולא מחמת אונס סתם (אות ד', ודברי הש"ך באות ה'). והנתיבות הוסיף, שאין לחייב תשלום (במקום שבועה) במציאות בה לא היה עליו לדעת (אות ו').
- יתכן שבמקרה של 'ספק השקול' אף הב"י יודה שיש לחייב את השואל לשלם (אות ד', ה').
- לשיטת הנתיבות, קיימת חובת תשלום, כיון שמדובר במקרה של דררא דממונא (אות ז').

שׁוֹאֵל שֶׁנָּתַן לְאָחֵר (בְּרְשׁוּת) וְסָפֵק הָאֵם מֵתָה מֵחֲמַת מְלַאכָה

ט. ב"י חו"מ סימן ש"מ בשם הנמוק"י:

כתב נמוקי יוסף פרק הגוזל ומאכיל (ב"ק לט. ד"ה 'חייבין') השואל חמור לרכוב עליה שלוחו ומתה בדרך[1293].
והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה[1294] כיון דקיימא לן (כתובות לד:) דאינו חייב עליה עד שעת אונסין[1295] פטור, שהרי זה כאומר איני יודע אם הלויתני[1296] (ב"ק קיח.).

[1293] מעיקרא התנאי היה שהוא שואל עבור שלוחו, אבל אם שאל לעצמו ועבר על דעת בעל הבית ונתן לשלוחו לרכב, הרי הוא חייב אפילו אם לא ידע מה אירע, שהרי התחייב בשעת שאלה, והרי זה כמי שאומר איני יודע אם פרעתי – עי"ש בהמשך דבריו.
[1294] ואכמ"ל האם יש נאמנות לשליח לומר מה אירע. עיין ש"ך סימן רצ"א ס"ק מ"ד ולקמן אות

לשיטת הנמוק״י, כיון שחיוב התשלומים חל משעת אבדן הבהמה[1297] ובשעה זו השואל אינו יודע מה אירע ואין טענה כלפיו שאינו יודע (שהרי הודיע למשאיל ששלוחו ירכב על הבהמה), מספק לא ישלם. (ויש לעיין האם במקרה בו היתה לו אפשרות לדעת ולא ידע, ג״כ סובר הנמוק״י לפוטרו, וצ״ע).

הקצות בסימן ש״מ ס״ק ד׳ מחזק את סברתו של הנמוק״י (ששיטתו כשיטת הרא״ה[1298]), אפילו לשיטה הסוברת שחיובו של השואל הוא משעת משיכה:

> והוא דודאי לדעת האומר דשומר משעת פשיעה [משתעבד] א״כ כל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב[1299]...
> ואפילו להך לישנא דשומר מתחייב מעידן משיכה... דכל זמן שהוא בעין ליכא שום חיוב ואפילו מצות השבה אינו בשומרין[1300]...

כלומר, בניגוד לדברי הרא״ש והש״ך (אות ה׳) שהשומר נחשב כמי שאומר איני יודע אם פרעתיך, סובר הקצות שיש להחשיבו כמי שאומר איני יודע אם נתחייבתי.

טו.

[1295] עי״ש בסוגיא, האם חיובו של שואל בתשלומים הוא משעת משיכה או משעת אונס, ובנפ״מ בחילוק זה, ועיין בדברי הקצות לקמן.

[1296] הסיבה לפטור, היא שמתה מחמת מלאכה. אולם הנמוק״י לא כתב האם הסיבה לחייב היא אונס או פשיעה מצד השליח שרכב על הבהמה, ומשמע, שהנמוק״י אינו מחלק בין המקרים, ולעולם הדבר תלוי בספק.

[1297] וקודם לכן הבהמה היתה ברשות הבעלים, ועיין בדברי הקצות לקמן.

[1298] ועיין שו״ת תורת חיים חלק ב׳ סימן כ״ה שצין לסתירה לכאורה בדבריו.

[1299] עי״ש שחולק על שיטת היש״ש בב״ק פרק י׳ סימן ג׳, שסובר שהתחייב להשיב את הבהמה (אם המשאיל טוען ברי שפשע, כגון שעמד מרחוק וראה, אבל אם המשאיל טוען טענת שמא, פטור השואל [שטוען ששמא מתה מחמת מלאכה] אפילו אם השואל נתן לאחר שלא ברשות), וכיון שלא השיב, ישלם. והקצות עצמו סובר, שחפץ המופקד או מושאל שייך לבעלים ואין על השומר או השואל חובת השבה, וחובת השבה קיימת רק בגנב או גזלן, וכל זמן שהחפץ בבית השומר הרי הוא של הבעלים והבעלים מחזרין על שלהם. אמנם עיין בהגהות אמרי ברוך על הקצות שכתב ״גבי השואל לפוטרו מהשבה הוא כנגד השכל״, ועי״ש לגבי שומרים.

[1300] כלומר, אף שחיובו של השומר הוא משעת משיכה, מ״מ השעה בה התעורר החיוב היא בשעת מות הבהמה, ובשעה זו קיים ספק האם חייב, ולכן דינו כמי שאומר איני יודע אם נתחייבתי.

אמנם, לכאורה עדיין יש מקום לחייב את השומר לשלם, מכח הדין של מתוך שאינו יכול להישבע – משלם[1301]. ועל כך משיב הקצות:

> ונראה דס"ל להרא"ה דעיקר שבועת השומרין הוא שבועה שאינה ברשותו...[1302] וכיון דהשואל מכיר הבהמה שמתה אלא שאינו יודע אם דרך פשיעה או מחמת מלאכה וזה אינו אלא [מדין] גלגול וס"ל דלא אמרינן 'מתוך' גבי גלגול שבועה. והיכא דעיקר שבועה ע"י שמא ודאי לא אמרינן גלגול... אבל הרא"ש לטעמיה דס"ל פרק המפקיד (סי' ו' סי' כ') דשבועה דלא פשעתי נמי הו"ל משבועה העיקרית, ומשום הכי מחייב ליה כשאינו יודע דהו"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע – משלם[1303].

ולדברינו לעיל באות ג', ניתן לצרף את הסברא שקיים ספק אם המשאיל פשע במוסרו בהמה שאינה ראויה למלאכה, ובמקרה שקיים ספק על עצם ההשאלה, לא קיים חיוב שבועה, ופטור מכח הספק.

י. האחרונים (ש"ך חו"מ סימן רצ"א ס"ק מ"ד, קצות ש"מ ס"ק ד'), כתבו שהנמוק"י חולק על הרא"ש (לעיל אות ג'). כיון שלשיטת הנמוק"י, שואל שאינו יודע אם מתה מחמת מלאכה, נחשב כאינו יודע אם נתחייב ופטור, ואילו הרא"ש מחייבו לשלם.

לכאורה היה מקום לחלק בין המקרים. בנידון של הנמוק"י, מעיקרא ידע המשאיל

[1301] עיין קובץ שיעורים ב"ב דף ע: סימן רצ"א, שכתב שכל עוד לא טען בודאות שאבד לא חלה עליו חובת שבועה, ולכן לא חל עליו הדין של מתוך שאינו יכול להישבע משלם, עי"ש.

[1302] גמ' ב"מ דף ו. : "דאמר רב ששת, שלש שבועות משביעין אותו, שבועה שלא פשעתי בה, שבועה שלא שלחתי בה יד, שבועה שאינה ברשותי".

[1303] שו"ע חו"מ סימן רצ"ד סעיף ב': "טען, נגנב... ישבע שהוא כדבריו, ומגלגלין עליו בשבועתו שלא פשע בשמירתו אלא ששמרו כדרך השומרים ושלא שלח בו יד קודם לכן.... הגה: וי"א דאפילו איכא עדים שנגנב או נאבד צריך לישבע שלא פשע, ומגלגלין עליו שלא שלח בה יד. אבל אי איכא עדים שלא פשע, אין צריך לישבע שלא שלח בה יד (טור בשם הירושלמי והרא"ש ורמב"ם בפרק ו' דשאלה)". נמצא, שלדעת השו"ע שבועה שלא פשע היא רק מדין גלגול, ואילו לדעת הרמ"א, השבועה שלא פשע היא עיקר הדין. ולשיטת הקצות, השו"ע יכול לנקוט כשיטת הנמוק"י והרמ"ה ושואל ששאל כדי שאחר ירכב, ואינו יכול להישבע, אין לחייבו כי מדובר על שבועה שבאה מחמת גלגול. ולשיטת הרמ"א יש עליו חובה לשלם, כי השבועה שלא פשע היא עיקר הדין, וכשיטת הרא"ש. ועיין אות ה' לקמן.

שהשואל לא יוכל לדעת האם מתה מחמת מלאכה או לא, שמעיקרא השכיר לו את הבהמה כדי שירכב עליה אדם אחר, ולכן אף הרא"ש יודה שבמקרה זה אין לחייבו מחמת הספק, שמעיקרא מוחל בעל הבית על השבועה. לעומת זאת בנידון של הרא"ש, המשאיל סובר שהשואל יודע מה קורה לבהמה בכל שעה[1304], ולפיכך אם אינו יכול להישבע, עליו לשלם אף לשיטת הנמוק"י[1305].

שומר שאינו יודע האם פשע

יא. כנ"ל נחלקו ראשונים האם שואל שמסופק האם הבהמה מתה מחמת מלאכה חייב לשלם (שיטת הרא"ש באות ג', לעומת שיטת הב"י באות ד', ושיטת הנמוק"י באות ט'). ויש לעיין האם דינו של שומר שאינו יודע האם איבוד הבהמה שתחת ידו נעשה בפשיעה או באונס דומה לדינו של השואל.

בפשטות, אין סיבה לחלק, וכך נוקט התרומת הדשן שיובאו דבריו לקמן (אות יג). אולם יתכן שיש לחלק. כיון ששומר (חינם) עושה חסד עם בעל הבית, ולפיכך במקרה של ספק אונס ספק פשיעה, יש לזכור שמדובר באדם שעשה חסד עם חבירו, ולפוטרו. אולם בשואל שעשו עימו חסד, במקרה של ספק, יש מקום להחמיר עליו. ועוד, שמא היה מקום לחלק בין ספק אונס ספק מתה מחמת מלאכה, שאף החיוב אינו נובע ממעשה פשיעה של השואל אלא מחיוב שיקבל על עצמו, לבין ספק פשיעה ספק אונס, שצד החיוב נובע מכך שהשומר לא שמר כראוי.

אולם, הפוסקים לא הציעו חילוקים אלו, ונראה שטעם הוא, שאין להביט על הנסיבות בגינם הגיע ספק החיוב, אלא על עצם הספק, וכיון שעצם הספק הוא האם יש לפוטרו או לחייבו, דינו של השומר כדינו של השואל – וכדלקמן.

[1304] עיין בדברי הנתיבות באות ו'.

[1305] עיין שו"ת תורת חיים חלק א' סימן פ"ט שניסה לישב בדוחק, ולומר שבנידון של הרא"ש כשלא היו עדים רק הוא טוען שלא הרגיש עייפות ויש לו ספק האם מתה מחמת מלאכה, ואילו היה טוען טענת ברי שמתה מחמת מלאכה היה צריך להישבע, ולכן מכח הדין של מתוך שאינו יכול להישבע, משלם. אבל בנידון של הנמוק"י היו עדים ואילו היה ברי שמתה מחמת מלאכה, היו מעידים על כך והיה פטור משבועה, ולכך גם בספק יש לפוטרו.

יב. תוס׳, ב״ב דף ע: ד״ה ״מ״ד״ בדין פקדון ביד שומר:

> ...ואין להקשות לרבי אבא דאית ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם אמאי פטרינן להו הא מחויבין הן שבועה ואין יכולין לישבע, דלגבי יורשין לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כדדרשינן בפ׳ כל הנשבעין (שבועות דף מז. ושם) שבועת ה׳ תהיה בין שניהם ולא בין היורשין[1306].

לכאורה היה מקום לדייק, שתוס׳ אמר את דברו רק לגבי יורשים לגביהם קיים פסוק מפורש הפוטר אותם משבועה. אולם בתוס׳ ב״ק דף מו. ד״ה ״דאפילו״ סובר שניתן ללמוד מדין היורשים, שלא היה עליהם לדעת, אף למקרים אחרים:

> ועל כרחך צריך ליתן טעם למה באב חייב וביורשים פטור... היינו טעמא דבאב חייב לא ידענא, דהיה לו לידע אם חייב לו מנה אם לאו. אבל יורשיו לא היה להם לידע במילי דאבוהון. ומהאי טעמא אית ליה נמי למיפטר בשמעתין שאין לו לידע דבר זה אם משנגחה ילדה או קודם.

משמע, שתוס׳ סובר ששומר (וכ״ש שואל) פטור אם אינו יכול לדעת. אבל מי שהיה יכול לדעת ואינו יודע, לעולם חל עליו הכלל של מתוך שאינו יכול להישבע משלם, וכשיטת הנמוק״י בדין השואל שנתן לאחר לרכב (לעיל אות ט׳).

יב. בשו״ת תרומת הדשן סימן של״ג[1307] דן אודות שמעון שהופקדו אצלו מעותיו של ראובן, והוא שמרם בחדרו תחת מטתו סמוך לכותל באחד הימים נכנסה תרנגולת של לוי לחדר זה דרך החלון, ולוי נכנס (בהסכמת שמעון) לחדר וחיפש גם מתחת למיטה עד שמצא את התרנגולת. אחר זמן מועט חיפש שמעון את הפקדון להשיבו לראובן, ולא מצאו, ואומר שבשעה בה נכנס לוי, לא זכר מהימצאות

[1306] עיין הערה 1291.

[1307] הו״ד בסמ״ע סימן רצא ס״ק י״ב, ובש״ך ס״ק ט״ו ובסימן ש״מ ס״ק ז׳.

הפקדון שם, ואינו יודע מתי אבד, והאם נגנב או אבד או נלקח ביד לוי[1308]. והשיב בעל תרומת הדשן:

> ...מה שטען [ראובן שפשע] שמעון שהניח את לוי לחפש בחדרו, נראה דטענתו בהא טענה היא...
> אפילו אי לוי איניש בינוני הוא, מ״מ נראה דחשיב פשיעה במה שהניח לחפש בחדר בכל הזויות כדרך...
> ואם יטעון שמעון מאן לימא דבההיא שעתא דחפש לוי בחדרו היה הפקדון תחת המטה, דלמא כבר נגנב היה ע״י אחר ובההיא גניבה לא מחייבינן כי שמרתי כדרך השומרים כמו שמבואר לעיל... והטעם דכיון דכל שומר צריך לישבע שלא פשע היאך יוכל שמעון כאן לישבע בוודאי שלא פשע דילמא היה הפקדון תחת המטה עדיין בשעת שחפש לוי ונמצא שפשע בשמירתו....
> כדאיתא בהדיא באשירי פ׳ השואל[1309] גבי מתה מחמת מלאכה, היכא דמתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות דמשום דאינו יכול לישבע שמתה מחמת מלאכה משום דספק הוא חייב לשלם[1310]....

תה״ד מחייב את השומר להישבע, כדינו של השואל, ובשני המקרים אינו יודע ולכן חלה עליו חובת שבועה, משמע שיש ללמוד מדין השואל לדין השומר.

אמנם, בדינו של השומר, קיימת חומרא כיון שהוא ודאי עשה שלא כהוגן בכך שנתן ללוי להיכנס לחדר בעצמו. ולפיכך היה מקום לומר שכיון שאינו יכול להישבע, אבל היה עליו להישבע, לכן הוא חייב. אבל אם תהיה מציאות בה השומר לא ידע מה אירע, ולא היתה לו יכולת לדעת, והוא אינו פושע בכך שאינו יודע, שמא אין לחייבו לשלם אף לשיטת תה״ד, אבל נראה שבעל תה״ד עצמו שלא חילק בין המקרים, סובר שדינו של שומר שווה לדינו של שואל ובכל מקרה

[1308] עי״ש שהאריך שלמרות שלא שמר את הכסף בקרקע, השמירה היא שמירה מעולה.

[1309] דברי הרא״ש בדין השואל – לעיל אות ג׳.

[1310] ועי״ש, שניתן גם לומר העמד ממון על חזקתו, ולא נלקח עד שבא לוי ולקחו. וצ״ע שאפשר לומר העמד ממון על חזקתו, ולא נלקח עד שעה קלה לפני שחיפשו שמעון (בין שעת צאתו של לוי לבין שעת הבדיקה של שמעון), ובאותה שעה נגנב או נאנס.

שאינו יודע, אף שאין טענה על כך שלא היה יכול לדעת, מתוך שלא היה יכול להישבע – משלם.

ולשיטות הסוברות שיש לפטור את השואל שאינו יודע (לעיל אות ח', ושיטת הנמוק"י באות ט'), הוא הדין בשומר, אבל יתכן שבנידון של תרומת הדשן כולם יודו לחייב, כיון שהיה יכול לדעת, אילו היה מונע מלוי להיכנס, וכיון שפשע, ועתה אינו יודע, ישלם.

<u>פְּסַק ההלָכה</u>

יג. רמ"א סימן ש"מ סעיף ג' כתב את דינו של הרא"ש (אות ג') להלכה:

> בהמה שנתייגעה במלאכתה ונתחממה ומתה אחר כך, או נכשלה בדרך ונפלה ומתה, מיקרי מחמת מלאכה. ודוקא שהרגיש בעודו במלאכה, אבל אם לא הרגיש מיד, לא יכול לישבע דמתה מחמת מלאכה, דדילמא בלאו הכי נמי היתה מתה (שם בשם ר"י והרא"ש).

על פי הרמ"א שפסק כרא"ש, מוטלת חובת תשלום על השואל (עיין בש"ך באות ה'). אולם השו"ע לא הביא את דינו של הרא"ש להלכה. ועיין לעיל אות ה' בדברי הש"ך שביאר שהשו"ע חולק וסובר ששואל שאינו יודע מה אירע, ולא היה יכול לדעת, ואין טענה על כך שאינו יודע, פטור מלשלם.

אמנם הגר"א בס"ק י"ד כתב:

> וכמ"ש (סי' רצ"א סעיף כ"ו) בשומר שמסר לשומר דחייב משום דאינו יכול לישבע.

עיין לקמן בביאור דברי הגר"א.

יד. שו"ע חו"מ סימן רצ"א סעיף כ"ו:

שומר שמסר לשומר, חייב, אפילו אם הוא שומר חנם ומסר לשומר שכר, דאמר ליה את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה. אפילו אם ידוע לכל שהשני טוב וכשר יותר מראשון...
לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור מלשלם, והוא שלא ימעט שמירתו, אבל אם מיעט שמירתו, כגון שהראשון היה שומר שכר והשני ש״ח, או שהראשון שואל והשני ש״ש, פושע הוא הראשון ומשלם, אע״פ ששאל או שכר בבעלים...

אם הבעלים רגילים למסור לשומר השני, השומר הראשון לא פשע בכך שמסר את החפץ לשומר השני, אבל אם אינם רגילים למסור לו לשמור, חייב הראשון.

הגר״א (אות יג) כתב ששומר שמסר לשומר חייב, מפני שאינו יכול להישבע. בפשטות, דברי הגר״א מוסבים על תחילת דברי השו״ע, והגר״א מבאר שחיובו של השומר הראשון לשלם, נובע מכך שהוא אינו יודע מה אירע, וכיון שאינו יודע חיוב חובה עליו לשלם.

ונמצא, ששיטת הגר״א שהשו״ע והרמ״א אינם חולקים. ולמרות שבסימן ש״מ השו״ע השמיט את דברי הרא״ש ורק הרמ״א הביאם, השו״ע מסכים לשיטת הרא״ש כמבואר בדבריו בסימן רצ״א.

אולם, לכאורה יש לעיין בדברי הגר״א, כיון שיש מקום לומר שבנידון של השו״ע בסימן רצ״א בתחילת סעיף כ״ו, חיובו של השומר הראשון נובע מכך שפשע בעצם המסירה, ולכן חובה עליו לשלם. משא״כ בנידון של הרא״ש שלא פשע. ועוד, במקרה של השומר שבסימן רצ״א, הוא אינו יודע מה אירע לחפץ, והיה עליו לדעת (כיון שלא היה לו למסור), ואילו בנידון של של הרא״ש הוא אינו יודע מפני מה מתה הבהמה, ואין כלפיו טענה, ואע״פ כן חייב. ולכן מדינו של השו״ע בסימן רצ״א לכאורה אין ראיה שהוא מסכים עם דברי הרא״ש והרמ״א, וצ״ע.

בדוחק היה מקום לישב, שהגר"א מכוון למקרה השני שבשו"ע, שהיה מותר לו למסור לשני, כיון שהבעלים רגילים למסור לו, ובמקרה זה אם השומר השני איננו כאן, חייב הראשון לשלם כיון שאינו יכול להישבע. אולם הסבר זה דחוק, כיון שמקרה זה אינו מפורש בשו"ע עצמו (אף שהראשונים דנו בו, וכמבואר בדברי הש"ך לקמן).

טו. כנ"ל באות ה', הש"ך סובר שהשו"ע פוטר מתשלום וחולק על הרמ"א המחייב. הש"ך בסימן בסימן רצ"א ס"ק מ"ד העתיק את דברי הב"י בשם תלמידי הרשב"א, שבמקרה בו מותר לראשון למסור לשומר השני (המקרה השני בדברי השו"ע שבאות יד) אם השומר השני אינו רוצה להישבע או שהלך, מוטלת על הראשון חובת שבועה, וכיון שהוא טוען שאינו יודע אם נגנבה או אבדה בפשיעה אצל הראשון, יש לחייבו ואילו דעת רבינו שהוא פטור (כדינו של אדם שאומר איני יודע אם נתחייבתי), ועי"ש בש"ך שהאריך ותמה על 'דעת רבינו'. ותלה את המחלוקת בדין מסירה לשומר שני, במחלוקת בין הרא"ש והנמוק"י (אות ט') והש"ך עצמו סובר שיש לחייבו, וכשיטת הרא"ש והרמ"א הנ"ל.

סיכום

טז. העולה מהאמור לעיל:

- עיין אות ח' בסיכום השיטות בדין ספק מתה מחמת מלאכה. והכרעת הרמ"א לחייבו לשלם כיון שאינו יוכל להישבע (אות יג). ובדעת השו"ע כתב הש"ך שפטור (אות ה') ומדברי הגר"א נראה שסובר שחייב (אות יג-יד).
- שיטת הנמוק"י, ששואל שהשאיל את הבהמה לאחר (ברשות) ואינו יודע האם מתה מחמת מלאכה, פטור (אות ט'). ואף שיש מקום להציע חילוק בין נידון זה למקרה של הרא"ש, הפוסקים כתבו שהנמוק"י חולק על הרא"ש (אות י').
- שומר שאינו יודע אם פשע או לא, אף שלא היה עליו לדעת, דינו כדין

השואל הנ"ל, ונראה שאם היה לו לדעת ולא ידע, כולם יודו שיש לחייבו לשלם (אות יב).

בְּרִי וְשֻׁמְאָ – טוֹב וְגָרוּעַ

הקדמה – בְּרִי טוֹב וְגָרוּעַ, שֻׁמְאָ טוֹב וְגָרוּעַ

א. נתבע העונה לתובע בטענת שמא 'איני יודע אם נתחייבתי', נחלקו אמוראים בדינו. רב הונא ורב יהודה סוברים, ברי עדיף, ועל הנתבע לשלם ורב נחמן ור' יוחנן סוברים שיש להשאיר את הממון בחזקתו, והלכה כרב נחמן ור' יוחנן, והנתבע ישבע היסת ויפטר (עמ' 564). וכל זאת אם התובע טוען טענת ברי, אבל אם התובע עצמו אינו טוען טענת ברי אלא טענת שמא, אין כאן תביעה כלל.

ב. תוס' (ועוד ראשונים)[1311] חילקו בין סוגים שונים של ברי ושמא. בטענת ברי של התובע, קיימים שני סוגים[1312]:

- ברי טוב – אדם שטוען טענת ברי, ויודע שהצד שכנגדו מסוגל להכחישו, טענתו היא טענה טובה.
- ברי גרוע – אדם שטוען טענת ברי, ויודע שהצד שכנגד אינו מסוגל להכחישו[1313].

וכן קיימים שני סוגי שמא שיכולים להיאמר על ידי הנתבע[1314]:

[1311] תוס' ב"מ דף צז: ד"ה "רב הונא", ב"ק דף מו. ד"ה "דאפילו", תוס' ב"ב דף קלה. ד"ה "אבייי" (שם מגדיר תוס' 'ברי טוב' כ'ברי חשוב'), רשב"א כתובות דף יב:, ועוד.

[1312] בנוסף לאמור לקמן נראה סוג נוסף של 'ברי', במקרה בו התובע טוען טענת ברי, ובית דין חוקרים ומגלים שלמרות שהוא טוען ברי, טענת הברי שלו איננה מבוססת, והיא רק 'שמא', ובמקרה זה למרות שהוא טוען ברי, בית דין יתייחסו לדבריו כאל טענת שמא בלבד. ולעיל הערנו על כך שפעמים אדם טוען ברי ובית דין סוברים שהוא טועה – עיין עמ' 52.

[1313] עיין שו"ת הרא"ש שבהערה 532. וקיימת אפשרות ביניים, בה יש מקום להסתפק האם האדם חושש שהצד כנגדו יכחישו או שאין ודאות שקיימת יכולת להכחישו.

[1314] החלוקה בין סוגי הברי והשמא אינה מוזכרת במפורש בגמ'. ובגמ' מצאנו "חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו",ולכן יש לתת אמינות לדבריו". ונחלקו ראשונים בביאורה. רש"י סובר שאדם אינו מעיז פניו בפני מי שעשה לו טובה (עמ' 16) ואילו בתוס' נאמר שאדם אינו מעיז פניו בפני מי שמכיר בשקרו (עמ' 52). שיטת תוס' שברי טוב של התובע הינו ברי שהטוען יודע שניתן להכחישו, יש בה דמיון לחזקתו של הנתבע שאינו מעיז בפני מי שמכיר בשקרו. ושמא יסוד החילוק בין סוגי הברי של התובע, יסודו בניגוד לחזקתו של התובע (שיסודה האם חבירו מכיר בשקרו).

- שמא טוב – נתבע שטוען שמא, ואין טענה על כך שאינו עונה טענת ברי.
- שמא גרוע - נתבע שטוען טענת שמא וקיימת טענה, מדוע אינו טוען ברי.

נוכל לציין למספר מקרים בהם קיימים החילוקים שהעלה תוס׳, וכגון:

המקרה[1315]	סוג הטענה
״מנה לי בידך״ – יודע שהנתבע יכול להכחישו.	ברי טוב של התובע
שור שנגח את הפרה – טענת הניזק (התובע) שהולד מת בעקבות הנגיחה היא גרועה כיון שהנתבע לא היה שם	ברי גרוע של התובע
יתומים שאינם יודעים מחוב של אביהם[1316]	שמא טוב של הנתבע
נתבע שאינו יודע אם לוה,והיה אמור לדעת האם לוה או לא	שמא גרוע של הנתבע

ג. על פי האמור, יש לעיין במקרים הבאים:

תוס׳ אינו מזכיר שקיימת גם אפשרות ל שני סוגי ברי מצידו של הנתבע. ברי טוב וברי גרוע (יודע שהצד שכנגדו יכול להכחישו). ויתכן שכיון שהנתבע מגיב לדברי התובע, לא שייך לומר ׳ברי טוב׳ והיינו שהתובע יכול להכחישו, כיון שהוא מגיב לדברי התובע שכבר אמר את דבריו והכחישו מעיקרא, וא״כ ברור שמדובר ב״ברי טוב״. אמנם, אם יתומים יאמרו בודאות שאביהם פרע את החוב, יתכן שזה הוא ברי גרוע, שהרי הם יכולים להעיז בפני אדם שלא הלוה להם, וצ״ע.

[1315] ע״פ תוס׳ ב״מ דף צז: ד״ה ״רב הונא״.

[1316] תוס׳ לא הזכיר מקרה זה במפורש, אולם זה הוא דבר פשוט, שאין יתומים צריכים לדעת מהנעשה בעסקי אביהם. וכתב בשו״ת רעק״א החדשות סימן לא: ״...יקשה כנ״ל לס״ד דכתובות ד״ל ד״ה ור״י ברי ושמא ברי עדיף אפילו ברי גרוע ושמא טוב, א״כ כל אחד יוציא מיתומים בטענת ברי דאביכם חייב לי וצע״ג, ואולי אפשר למאי דס״ל לס״ד בכתובות דאף בלא הו״ל למידע אמרינן ברי ושמא ברי עדיף היינו היכי דאיכא ספק לפנינו כמו במשארסתני נאנסתי דידעינן דנשא אותה ונתחייב בכתובה אלא דנמצאת בעולה והוי ספק אימת נבעלה, בזה ס״ל לדמות כמו דס״ל לר״ה בא״י אם נתחייבתי דחייב, והיינו דמכח דהו״ל למידע אתרע טענתי׳ ונעשה כמו ספק מעליא לפנינו דראוי לספק הרבה דהדין עם התובע, ה״נ בעלמא היכא דיש ספק מעליא כגון במשארסתני נאנסתי בההיא דשור שנגח דהקשו תוס׳ מיני׳ אמרינן ג״כ ברי עדיף, אבל במנה לי ביד אביכם אין כאן דבר המוליד ספק בפנינו כיון דהשמא טוב דהיתומים לא הו״ל למידע גם להס״ד לא אמרינן ברי עדיף״.

התובע	הנתבע	השיטות	
ברי טוב	שמא גרוע	לרב הונא ורב יהודה ברי עדיף ולרב נחמן ור׳ יוחנן ממון בחזקתו (וכך הלכה)	אות ד׳
ברי טוב	שמא טוב	לתוס׳ הממון בחזקתו, לראב״ן מוציאים מידו ולמרדכי הממון בחזקתו, וצ״ע	אות י׳
ברי גרוע	שמא גרוע		
ברי גרוע	שמא טוב	שור שנגח את הפרה, לא מוציאין מהמוחזק	אות ד׳

<u>בְּרִי טוֹב וְשֻׁמָּא גָּרוּעַ / בְּרִי גָּרוּעַ שֻׁמָּא טוֹב</u>

ד. המקרה בו קיימת עדיפות ברורה לתובע הוא במציאות של ״ברי טוב ושמא גרוע״. כגון תובע האומר לחבירו שהלוה לו, והנתבע משיב שאינו יודע. הברי של התובע הינו טוב, כיון שיודע שהלוה מסוגל להכחישו, ואילו השמא של הנתבע הוא גרוע, שהרי הוא אמור לדעת האם לוה או לא. ובמקרה זה נחלקו האמוראים (עיין אות א׳), האם הברי עדיף או יש להשאיר את הממון ביד המוחזק.

וכנ״ל, להלכה נפסק שאף במקרה זה (שיש עדיפות ברורה לתובע), אין מוציאין מיד המוחזק, וא״כ כ״ש שבכל שאר המקרים (עיין טבלה שבאות ג׳), יש להשאיר את הממון ביד המוחזק.

עיקר הדיון לקמן יהיה על פי שיטת רב הונא ורב יהודה (ששיטתם לא נפסקה להלכה), שברי ושמא ברי עדיף (אות א׳).

ה. יש לעיין מדוע במקרה בו הברי טוב והשמא גרוע, ברי עדיף לשיטת רב הונא ורב יהודה (אות א׳), והרי בסופו של דבר הנתבע מוחזק, והמוציא מחבירו עליו

הראיה, והתובע לא הביא ראיה לדבריו, ומדוע נוציא מיד הנתבע[1317], ובפשטות השמא של המחזיק מערער את חזקתו, והברי של התובע גובר – ועיין לקמן.

ו. הראשונים[1318] הקשו מדוע בשור שנגח את הפרה ולא ידוע אם הולד מת מחמת הנגיחה או שנולד ומת קודם הנגיחה, סובר רב יהודה שהדין הוא המע"ה למרות שהניזק (התובע – בעל הפרה) טוען טענת ברי שהולד מת מחמת הנגיחה, ובעל השור המזיק אינו יודע (ב"ק דף מו.). ואילו במנה לי בידך והנתבע אומר איני יודע, סובר רב יהודה שברי עדיף ומוציאים מיד המוחזק. תוס' בב"מ דף צז: ד"ה "רב הונא" יישב:

> וי"ל דדוקא הכא[1319] אית ליה לרב יהודה דברי עדיף דהוי ברי טוב ושמא גרוע. אבל גבי ניזק[1320] הוי ברי גרוע דלפי שיודע שהמזיק לא היה שם ולא יכחישנו, טוען ברי והשמא של מזיק נמי טוב הוא שלא היה לו לידע ולכך מודה רב יהודה התם דלאו ברי עדיף.

הברי של התובע הינו ברי טוב, כיון שיודע שהנתבע יכול להכחישו, והשמא של התובע הינו גרוע כיון שמדובר עליו עצמו והיה לו לדעת. ובדברי תוס' מצאנו הגדרה שמחלקת בין דין מנה לי בידך לבין דין השור שנגח, אולם תוס' אינו מנמק מדוע מציאות זו יש בכוחה להפקיע מידי המוחזק.

ז. ראב"ן שו"ת שבסוף הספר[1321] בשם ר"י, בישוב הקושיא הנ"ל:

[1317] יש לעיין האם על הנתבע קיימת חובה להשיב לתובע שאינו מביא שום ראיה לדבריו, ואם ננקוט שאין עליו חובה להשיב, האם העובדה שהשיב 'שמא' גורעת מכוחו. עיין שו"ת אג"מ חו"מ חלק א' סימן כד, שנו"נ בענין זה עם הגרא"מ שך זצ"ל, ולדעת האג"מ אין חובה להשיב. ועיין בדברי הרמב"ם בעמ' 52.

[1318] תוס' ב"מ דף צז: ד"ה "רב הונא", תוס' ב"ק דף מו. ד"ה ""דאפילו", רשב"א כתובות דף יב:, ועוד.

[1319] מנה לי בידך והלה אומר איני יודע.

[1320] ניזק שאומר שנגיחת השור המתיה את הולד.

[1321] מהד' הנמצאת בתקליטור פרוייקט השו"ת.

נראה לי דלא קשיא, דבתרווייהו אית ליה לר״י אוקי ממונא בחזקת מריה[1322]. וגבי שור דממונו אזיק והניזק טוען בפני ב״ד שורך הזיק, שהניזק עצמו מחזיקו לשור בחזקת בעליו אמר רב יהודה תורא בחזקת מריה קאי והמע״ה, ושמא דקאמר, משום דלא התם היה ולא ידע אם שורו היזיק אם לאו והרי הוא אומר לניזק שמא אינו כדבריך ברר תברר בעדים וטול.

במקרה של השור, הניזק אינו מערער על בעלותו של בעל השור על שורו, אלא תובע ממנו דמי נזקו, ובעל השור (המזיק) שאיננו יודע מה אירע, אין כלפיו טענה, ולכן כל עוד התובע לא יוכיח את דבריו, הממון נשאר בידי בעל השור.

תוס׳ (אות ו׳) הגדיר את טענת הברי של הניזק כ׳ברי גרוע׳ לפי שיודע שהניזק אינו יכול להכחישו. הראב״ן בשם ר״י אינו דן על טענתו של הניזק. לשיטתו, טענתו של המזיק אינה מתקבלת כיון שמטרתו היא להוציא ממון, וטענת הניזק שעל המזיק להוכיח את דבריו מתקבלת.

המשך דברי הראב״ן:

אבל הכא במנה לי בידך שטוען לו מנה לי בידך פיקדון או מלוה וזה אומר איני יודע שמא יש שמא לא יש, כיון שנשא ונתן ביד[1323] והו״ל למידע וקא טעין שמא, מחזיקו למנה ביד התובע.
והיינו דקאמר ברי עדיף ומוחזק במנה יותר מן הנתבע שאומר שמא.
הילכך חייב הנתבע דאוקי למנה בחזקת התובע שאומר ברי.
ור״נ ור׳ יוחנן [ס״ל] אוקי ממונא בחזקת הנתבע שהוא עכשיו בידו והוי התובע מוציא מחבירו ועליו להביא ראייה.

במנה לי בידך, אי הידיעה של הנתבע (שהיה אמור לדעת) מעבירה את המוחזקות

[1322] בסוגיית הגמ׳ (עמ׳ 52) נאמר, שרב יהודה סובר ברי עדיף, ורב נחמן ור׳ יוחנן סוברים ״אוקי ממונא בחזקת מריה״. הראב״ן מחדש שרב יהודה מודה ש״אוקי ממונא בחזקת מריה״ וסברתו היא שבמקרה שלפנינו המוחזקות שייכת לתובע, וכדלקמן.

[1323] אם היתה הלוואה, הלוה קיבל את המעות ביד, ואם לא היתה הלוואה היה צריך לדעת שלא קיבל את המעות.

בממון לטובתו של התובע, שמי שאינו יודע דבר שהיה אמור לדעת, קלקל את המוחזקות שלו, ועתה המוחזק הוא התובע. חידושו של הראב"ן הוא, שלשיטת רב יהודה ורב הונא מוחזקות אינה נקבעת אך ורק על פי המוחזקות המעשית בממון, אלא (גם) על ידי הטענות, ובמשקל הטענות שלפנינו המוחזקות עוברת לידי התובע[1324]. לעומתם, רב נחמן ור' יוחנן סוברים שהכל תלוי במוחזקות המעשית בממון, ואף שהמחזיק טוען טענת שמא, סו"ס הוא מוחזק בממון, וכולם מודים שיש להעמיד ממון בחקת מריה, והמחלוקת היא מי נחשב הבעלים על הממון.

הראב"ן מדקדק שהגמ' שנקטה "ברי עדיף" ולא ה"ברי נאמן", אינה נותנת נאמנות לתובע, אלא מציינת שהוא 'עדיף' והיינו שהוא הופך להיות המוחזק.

בניגוד לתוס' הנ"ל, הראב"ן לא דן האם טענת הברי של התובע הינה טענה טובה או גרועה, השאלה היא האם בכח הברי של התובע לערער על המוחזקות של הנתבע. במקרה של השור, הוא מעולם לא ערער על המוחזקות, ולכן לא תועיל לו טענת הברי להוציא מיד המוחזק, משא"כ בנידון של מנה לי בידך, שהוא מערער על המוחזקות, והנתבע שהיה אמור להכחישו, לא הכחישו, הוא עצמו חיזק את דברי התובע, והמוחזקות היא של התובע.

יש לעיין האם גם תוס' יכול לקבל את חידושו של הראב"ן לגבי המוחזקות של התובע בעקבות טענת השמא של הנתבע, ונראה שאין בתוס' הוכחה שלא כדבריו אולם תוס' לא חידש חידוש זה, וקצ"ע.

[1324] מעשה בית דין נחשב כגבוי (עיין טור סימן ס"ז), ובשטר העומד להיגבות שיש בו שיעבוד נכסים, ב"ש סוברים שכגבוי דמי (ובעל השטר נחשב מוחזק בנכסים יותר מהנתבע שמחזיקם בפועל) ובית הלל סוברים שלאו כגבוי דמי (עיין סוטה דף כה. בסופו, ובעוד מקומות), ולכאורה נקט הראב"ן (בביאור שיטת רב יהודה) כשיטת ב"ש ולא כשיטת בית הלל. ומסתבר שהראב"ן סובר שבמקרה של השטר, הנתבע אינו מקלקל את המוחזקות שלו בטענת שמא (במקום שהיה אמור לטעון טענת ודאי), אבל בנידון שלפנינו שהנתבע קלקל את מוחזקותו, הוא עצמו העביר את המוחזקות לתובע, ואף בית הלל יודו לכך. ועוד יש להוסיף שאף שקי"ל כב"ה ששטר העומד להיגבות לאו כגבוי דמי, כתב בעל כנסת הגדולה בכללי מיגו (סימן פ"ז אות נ"ז, כפי שהובאו דבריו ביד מלאכי אות תקפ"ח- תקפ"ט) שאם יש לבעל השטר מיגו או שבשטר אין שום ריעותא, נחשב כגבוי.

ח. מרדכי כתובות, אות קלו[1325]:

ורא״ם [מ״י והר״ם] פירש דג׳ עניני איני יודע הם:

- היכא שהוא לגמרי בלא רמאות לדברי הכל פטור, כדמוכח פ׳ שור שנגח הפרה גבי ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא[1326]
- והיכא שהוא קצת רמאות כגון הכא מנה לי בידך בהא פליגי וקי״ל כרב נחמן בדיני (ממונות) ופטור ופרש״י דחייב לעשות שבועת היסת.
- והיכא שהוא נוטה ומוכח לרמאות לד״ה חייב.

לשיטת המרדכי, ה׳פגם׳ באמירת שמא, אינו פגם במוחזקות כפי שכתב הראב״ן. האומר שמא במקום בו היה עליו לדעת את העובדות, מעלה חשש שהוא משקר. דהיינו, שהוא יודע את האמת שהוא חייב, ואינו מודה ואומר איני יודע, ולפיכך יש לחייבו לשיטת רב הונא ורב יהודה (במנה לי בידך). ולשיטתו, אם הוא יצליח להוכיח שאין שקר בדבריו, העובדה שהוא יטען שמא במקום בו היה עליו לדעת, לא תפגע בו והממון ישאר בחזקתו, לעומת שיטת הראב״ן, שאי הידיעה היא עצמה הופכת את המוחזקות לטובתו של התובע, וכנ״ל.

הן המרדכי והן הראב״ן (לעיל) לא התייחסו לטענת הברי האם היא טענה טובה או לא[1327], ורק דנו על טענת השמא[1328] (וכך נקט גם הרשב״א בחידושיו לכתובות

[1325] עי״ש בקושיותיו מסתירת הסוגיות, וכנ״ל בתוס׳.

[1326] עיין תחילת אות ו׳.

[1327] עיין תוס׳ כתובות דף קלה. ד״ה ״אביי״ שביאר ששיטת אביי היא שאין לחלק בין ברי חשוב (טוב) לברי גרוע, עי״ש.

[1328] עיין נתיבות סימן ע״ה ביאורים ס״ק ז׳׳ שדן שמי שאומר לתובע איני יודע אם פרעתיך, שהדין הוא שחייב לשלם, והסיבה היא שהשמא שלו הוא גרוע, ומחזיקין אותו שהוא משקר, ואין לו מיגו שהיה טוען טענת ברי שאינו חייב, כיון שיותר נח לאדם לטעון טענת שקר איני יודע אם פרעתיך מאשר לומר טענת שקר שאינו חייב (או פרע). וגם אין לו מיגו שהיה אומר איני יודע אם נתחייבתי (על פי פסק ההלכה שאיני יודע אם נתחייבתי, פטור וכשיטת רב נחמן ור׳ יוחנן – עיין אות א׳), כיון שירא שמא יש עדים על ההלואה. ועוד, ששמא גרוע אין לתת לו נאמנות של מיגו, עי״ש.
ומ״מ למדנו מדבריו, ששמא גרוע חסרונו הוא מטעם שקר, וכדברי המרדכי (אמנם הוא לא ציין את דברי המרדכי כראיה לשיטתו).

דף יב:[1329]).

ט. העולה מהאמור לעיל:

- ברי טוב ושמא גרוע (מנה לי בידך): לשיטת רב הונא ורב יהודה ברי עדיף, ולשיטת רב נחמן ור׳ יוחנן אין להוציא ממון מיד המוחזק (אות ד׳).
- ברי גרוע ושמא טוב (שור שנגח): לכו״ע אין להוציא מיד המוחזק (אות ו׳).
- נחלקו ראשונים טענת השמא אינה מועילה, האם המוחזקות עוברת מהמוחזק לתובע (ראב״ן אות ז׳) או בחשש רמאות (מרדכי אות ח׳), ותוס׳ דן על ״ברי טוב לעומת ״ברי גרוע״ (אות ו׳)

<u>בְּרִי טוֹב וְשִׁמְאָ טוֹב / בְּרִי גְּרוּעַ שִׁמְאָ גְּרוּעַ</u>

י. כנ״ל שיטת הראב״ן והמרדכי (אות ז׳-ח׳), שיש להביט על טענת השמא, ואם טענת השמא היא טענה גרועה, מוציאין מיד המוחזק (עי״ש בטעמיהם), ובדבריהם לא מצאנו שהתייחסו לטענת הברי. ולכאורה נסיק מדבריהם, שאף במקרה בו הברי גרוע והשמא גרוע, יש להוציא מיד הנתבע, ובמקרה בו השמא טוב והברי טוב אין להוציא ממנו.

יתכן להציע, שלשיטת הראב״ן שבמקרה של שמא גרוע המוחזקות עוברת לידו של התובע, גם אם התובע טוען טענת ברי גרועה, שסו״ס הנתבע בתשובתו המסופקת העביר את המוחזקות לתובע. אבל לשיטת המרדכי, שסובר שבמקרה של שמא גרוע החשש הוא שהנתבע משקר, אם טענת הברי של התובע איננה טובה, אין לחשוש שהוא משקר, שהרי הסיבה לחשוד בו שהוא משקר נובעת מכך שאינו מעיז לשקר בפני מי שטוען כנגדו טענה מבוררת (ולכן משיב בטענת שמא), אבל אם הברי של התובע אינו ברי טוב, אין להסיק מכאן שהשמא מגלה שמדובר בטענת שקר, וצ״ע.

[1329] ״אבל הכא שמא דידיה ריע, דהוה ליה למידע...״ – עי״ש.

יא. תוס׳ (אות ו׳) כתב שבברי טוב ושמא גרוע סוברים רב הונא ורב נחמן שיש להוציא מיד המוחזק (משא״כ בברי גרוע ושמא טוב). ונראה לדייק מדבריו שרק במציאות שכזו בה יש עדיפות ברורה לתובע, ניתן להוציא מיד המוחזק אבל בשאר המקרים (ברי ושמא טובים, ברי ושמא גרועים) אין בכוחו של הברי לגבור על המוחזקות, וכן נראה לדייק זאת גם מלשון תוס׳ הנ״ל שכתב (לגבי ברי טוב ושמא גרוע) ״דדוקא הכא...״ משמע, רק במקרה זה יש בכח הברי להוציא מיד המוחזק.

דין ברי טוב ושמא טוב, מפורש בהמשך דברי התוס׳ בדינו של יורש שאומר לשאר האחים שאדם נוסף הוא אחיו, ושאר האחים אינם יודעים (ב״ב דף קל״ה.). ומסקנת תוס׳ היא שהברי שלו טוב (כיון שירא שיגלו את שקרו), והשמא של האחים הוא טוב (שלא היו אמורים לדעת), והדין הוא שאין להוציא מהם. משמע, שבברי ושמא טובים, אף רב יהודה מודה שאין להוציא מיד המוחזק.

ועוד נראה, שאף שתוס׳ אינו דן במפורש על ברי גרוע ושמא גרוע, מסתבר שאף במקרה זה אין להוציא מיד המוחזק, שלא גרע ממקרה ששניהם טובים שאין בכוחו להוציא, ועוד שבמקרה בו התביעה ׳חלשה׳ מסתבר שאין להוציא מיד המוחזק, ועוד לדברינו כך מדוייק מדברי תוס׳ עצמו שכתב ״דוקא הכא״. וכנ״ל[1330].

סִיכּוּם

יב. העולה מהאמור לעיל:

- עיין אות ג, ט׳. בדין ברי טוב ושמא גרוע וברי גרוע ושמא טוב.

[1330] עיין קובץ שיעורים ב״ב דף קל״ה. שדייק מדברי תוס׳ בב״ב דף קל״ה. ד״ה ״אבייי״, שתוס׳ דן רק על ברי טוב ושמא גרוע וברי גרוע ושמא טוב, אבל לא דן על ברי ושמא ששניהם טובים או גרועים, והסיק שהכל תלוי בברי אם הוא טוב, אולם לא ציין לתוס׳ בב״מ דף צז: ממנו דייקנו שגם בברי טוב ושמא טוב אין להוציא מידו, וקצ״ע.

- בברי גרוע ושמא גרוע יתכן שדינו תלוי במחלוקת הראב״ן והמרדכי (אות י׳).
- בברי טוב ושמא טוב אין להוציא מיד המוחזק (אות יא).
- להלכה, ברי ושמא לעולם אין מוציאים מיד המוחזק, אפילו שהברי טוב והשמא גרוע (עיין אות א׳)[1331].

[1331] אמנם, החילוקים בין ברי טוב וגרוע וכו׳ נזכרו בפוסקים, עיין נתיבות סימן נ״ט ס״ק א׳, ע״ה ביאורים ס״ק ה׳, ועוד.

תוכן עניינים מפורט

כופר הכל (להד"ם) בהלואה 6

הקדמה / הגדרת המקרה 6
כופר הכל מנלן דפטור 7
מדוע היה מקום לחייב כופר הכל בשבועה 9
מדוע כופר הכל פטור משבועה 12
סיכום 15

כופר הכל בפקדון (להד"ם, טענת גניבה) 16

הקדמה 16
פסוקי התורה 16
שיטת ר' חייא בר אבא בשם ר' יוחנן 18
שיטת ר' חייא בר יוסף 19
שיטת רש"י בביאור דברי ר' חייא בר יוסף 21
סיכום שיטת רש"י 25
שיטת הריב"א בתוס' 27
פסקי השו"ע 28
מתי נתבע נכלל בפרשת השומרים 30
סיכום 31

כופר הכל בנזיקין / טענת פטור בנזיקין – על מי חובת הראיה 33

הקדמה 33
מזיק שמודה שהזיק וטוען שפטור מחמת אונס 34
אייתי ראיה דממחית 36
ספק שאילה בבעלים 38
שיטת הרשב"א – ספק נזיקין להחמיר 40
שיטות הפני יהושע והחזו"א – מחלוקת האם שמר כראוי / השלכה לאדם המזיק האומר שהזיק באונס 44
סיכום 48
נספח – תשובת החת"ס 48

טענת 'פרעתי' בהלואה ובנזיקין 51

הקדמה 51
פרעתי בתוך זמני 51
המלוה את חבירו בעדים האם צריך לפורעו בעדים / גזלן שגזל בעדים ואומר שהחזיר 52
שיטת הריטב"א – גלי אדעתיה דלא מיהמן 56
פסק השו"ע וסיכום 57

השהיית שטר פרוע בתוך ביתו 58

הקדמה 58
אל תשכן באהליך עולה 58
מדוע מלוה רוצה להשאיר בידו שטר פרוע 61
מדוע לוה מוכן שהשטר ישאר ביד המלוה 64
כוחו של הלוה לתבוע את השטר / שטר כמשכון ואיסור ריבית 65
פסקי ההלכה 68

סיכום 69

טענת פרעתי כאשר המלוה מחזיק בשטר ההלואה 71

הקדמה 71
לוה אינו נאמן לומר פרעתי/ לוה יכול לדרוש שהמלוה ישבע 71
פסק השו"ע וסיכום 76

טענת 'החזרתי פקדון' כששטר ההפקדה ביד המפקיד 78

הקדמה 78
מיגו אי בעי אמר נאנסו 79
חילוקים בין שבועת התורה לשבועה מדרבנן 81
שיטת הסמ"ע והתומים: שבועת החזרתי היא מן התורה / כשל תורה ממש 82
שיטת השו"ע: שבועת החזרתי היא מדרבנן ומועילה למרות ששבועת נאנסתי היא מן התורה 83
שיטת ר"ת: שבועת החזרתי ושבועת נאנסו היא מדרבנן 85
שיטת הנתיבות: הכחשתו של המפקיד כמוה כאונס 86
סיכום 88

גזל בעדים וטוען ששיב 90

הקדמה 90
שיטה א': גזלן נאמן לומר פרעתי אף שהיו עדים על מעשה הגזלה / פרעתי אחר תביעה בבית דין... 90
שיטה ב': גזלן אינו נאמן לומר פרעתי כשהיו עדים על מעשה הגזלה / ביאור המחלוקת 91
סיכום השיטות – המחלוקת האם גזלן שגזל בפני עדים נאמן לומר פרעתי 94
בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן / סירוב בפני בית דין / הקושי בפסק השו"ע 95
מדוע הגזלן לא הוחזק כפרן לאותו ממון / כפירה בפני עדים ובפני בית דין 97
פסק השו"ע 98
סיכום 99

מודה במקצת בהלואה ובפקדון 100

הקדמה / דברי רבה 100
מפני מה אמרה תורה 100
חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו... והאי בכולי בעי דלודי... 103
שיטת רש"י 105
אשתמוטי הוא דקא משתמט / אין לו מעות כלל / יש בידו מעות לשלם הכל 106
פסק השו"ע / סיכום דין מודה במקצת בהלואה 107
מודה במקצת בפקדון 108
מודה במקצת בפקדון – האם היה מעיז פניו לכפור בכל - שיטת רש"י 109
מודה במקצת בפקדון - שיטת ר"ת וריב"א 110
'אשתמוטי' בפקדון 110
פסק השו"ע / סיכום דין מודה במקצת בפקדון 112

שבועת היסת בכופר הכל 113

הקדמה 113
דינו של רב נחמן – עיקר התקנה 113
חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו / מדוע חכמים הטילו שבועה במקום בו תורה לא הטילה
שבועה 115
אשתמוטי בכופר הכל 121

האם דינו של רב נחמן אינו סותר את יסוד חיוב השבועה של מודה במקצת 122
סיכום 123

שבועת היסת בטענת ספק / מהותה של שבועת היסת 124

שבועת היסת כשאין חזקת תובע אא"כ יש לו / מסתבר כדברי התובע ואין לו טענת ברי 124
ראה סלע שנפל משנים – האם המאבד יכול להשביע את חבירו 126
שבועת היסת כשאי אפשר להפוך את השבועה על התובע 130
תיבה פרוצה 131
פסקי ההלכה 133
סיכום 136

מקום השבועה / האם חובת שבועה היא דוקא בית דין 138

הקדמה 138
ונקרב בעה"ב / שבועת התורה בבי"ד / שבועה דרבנן / שבועה בדיינים שאינם סמוכים 138
שבועה דרבנן ושבועת אלמנה 141
שבועת היסת – על פי סוגיית כתובות הנ"ל 145
ואמר נשבעתי 146
דין ודברים בין שנים שאינם רוצים ללכת לבית דין 149
סיכום 150

שבועה ביום הכניסה בפני י' ובבהכנ"ס/ המנהג כיום ותקנת הגאונים ביחס לשבועה 151

הקדמה 151
שבועה ביום הכניסה / בפני עשרה (הוספה על עיקר הדין) 151
גזרת ארור והטלת חרם בפני עשרה / ביטול שבועה דאורייתא 154
פסקי השו"ע והרמ"א והמנהג כיום 158
סיכום 163

האם יש מצוה להישבע שבועת אמת בבית דין 165

הקדמה 165
פסוקי התורה – "ובשמו תשבע" / מדרש תנחומא 165
סוגיית הגמ' במסכת תמורה – האם מי שנשבע שבועת התורה יתחייב מלקות 168
שיטת הרמב"ם – מצוה להישבע (מה היא המצוה) / שיטת הרמב"ן / שיטת השו"ע 171
סיכום 176

האם מוטל על אדם להימנע מלהישבע שבועת אמת 178

הקדמה 178
סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים 178
ישוב הגמ' בשבועות ע"פ הרמב"ם / האם דרשתו של ר"ש בן טרפון נתקבלה להלכה 181
וכולם נחרבו על שבועת אמת / שיטת החת"ס 182
פסקי השו"ע / הטלת פשרה תמורת שבועה / סיכום 187

תובע המערים / נתבע שאינו נשבע שבועת אמת 190

הטלת דמי פדיון שבועה כשנתבע אינו רוצה להישבע / כשבית דין אינם משביעים 190
בעל דין שאינו רוצה להישבע האם בית דין יתחשבו בהנהגתו / תובע מערים 194
בעל דין שאינו רוצה להישבע / כפיית פשרה 196
תשובת הבני אהרן / מי שיש לו צוואה מאביו שלא ישבע / חרם במקום שבועה / במציאות כיום שבית

דין אינם משביעים אלא רק מטילים ארור 199
שיטת החקרי לב / חרם או פשרה כתחליף לשבועה 202
פשרה תמורת שבועה / שותף שנתפשר ללא הסכמת שותפו 204
סיכום 206

תובע שיש עד אחד לטובתו 207

הקדמה / עיקר דינו של עד אחד / עד אחד בממונות 207
כוחו של עד אחד/ מהות עדותו של עד אחד 209
שבועה כנגד עד אחד - כשהנתבע אינו יכול להישבע 212
פו 212
עד אחד מחייב ממון כששני הצדדים חשודים על השבועה 213
נתבע שטען איני יודע כנגד טענת עד אחד – וחזר בו והכחיש את דברי העד 215
עד אחד שנאמן לבית דין / חשש שקר בעדות עד אחד – מחלוקת התשב"ץ והריב"ש 216
סיכום 220

תגובת נתבע לעדות עד אחד / האם מותר לדיין להודיע לנתבע שעד אחד אינו מחייבו ממון 221

הקדמה 221
סוגיית הירושלמי – האם קיימת סתירה בדברי רב הונא 221
פסק הרמב"ם והשו"ע בהלכותיו של רב הונא 224
מדוע אסור לדיין לומר 'מקבלין עליכון חד סהיד' 225
מה מותר לדיין לומר לנתבע 226
תגובת הנתבע לדברי העד 227
סיכום 229

עד המסייע לנתבע 231

הקדמה 231
שיטת המהר"ם מרוטנבורג – עד המסייע לנתבע פוטר את הנתבע משבועת התורה 231
קושיית בית הלוי על שיטת המהר"ם 234
חקירת האחרונים 236
פסק השו"ע 237
סיכום 238

טענת שמא של התובע ועד אחד מעיד לטובתו 240

הקדמה / טענת שמא 240
טענת שמא בשומרים 241
טענת שמא בשני עדים ובעד אחד ובמודה במקצת – שיטות הריטב"א והציץ אליעזר 241
פסקי השו"ע 244
שבועה כנגד עד אחד בתביעת חרש שוטה וקטן ובטענת שמא של גדול 245
סיכום 250

טענות שאינן אמיתיות - שינוי סכום התביעה 251

הקדמה 251
אטעננו מאתיים... / תובע שטוען יותר ממה שהנתבע חייב 251
פסק הרמב"ם, ותשובת הרשב"א 255
אכפרנו בבית דין ואודה לו חוץ לבית דין / טענת שקר כנגד תביעת שקר 261
השמטת השו"ע 263

סיכום 265

האם מותר לטעון טענות שאינן אמיתיות 266

הקדמה 266
ספדי בעליך שאני מאניך 266
לטעון טענת שמא כדי להיפטר משבועה /שקר בתביעות לעומת שקר בטענות 271
'שיכול לומר פרעתי' – בשטר שלא לווה בו 275
סיכום 277

זיוף ראיות כדי להוכיח טענות אמיתיות 279

הקדמה 279
זיוף שטר במקום שטר שאבד 280
זיוף כנגד תביעת שקר 283
סיכום 284

שינוי בטענות ובתביעות כדי להגיע לידי פשרה (ופשרה טובה) 285

הקדמה / שינוי בטענות מחוץ לבית דין 285
מערקינא לה לאגמא/ האם מותר לעשות כך/ מדוע מועילה טענה זו 287
סיכום השיטות - האם מותר להגיע לפשרה כאשר יודע שחייב 291
אילוץ לפשרה במקרה שיודע שהאמת איתו 291
סיכום 294

ברר דבריך 296

הקדמה / טעמי הבירור 296
ספק מלוה ישנה / המעלה שלא לברר 298
חובת בירור משעה שרבו הרמאים 300
שיטת הרא"ש 302
ב 304
סיכום ביניים (יסוד הדין ושיטת המרדכי והרא"ש) 305
שיטת הרמב"ם – חשש טעות / שני צדדים שלא ביררו את דבריהם 305
האם בית דין ידרשו מהצדדים לפרש דברים אף ללא בקשת הצד שכנגד 310
האם קיימת מחלוקת בין המרדכי, הרא"ש והרמב"ם 311
פסק השו"ע והרמ"א 312
סיכום 314

חובת גילוי תביעות וטענות לפני הדיון 315

הקדמה / מדוע לא לגלות לנתבע את התביעות / בית דין קבוע לעומת זבל"א 315
זימון לדין / הודעה מי הוא התובע / חלוקה בין תביעה לטענה / עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא 316
גילוי שם הנתבע ללא נושא התביעה / גילוי נושא התביעה / גילוי התביעה וטענותיה 319
חובת גילוי טענות 320
גילוי נושא התביעה 321
גילוי שם התובע ללא נושא התביעה 322
שיטת הבאר שבע 323
הכרעת האחרונים / שיטת האגרות משה / תקנות הדיון 326
סיכום 329

כתיבת ומסירת הטענות (שנאמרו בב"ד) והשטרות לצד שכנגדו 331

הקדמה / טענת זיוף ומדוע לא כדאי לנתבע לטעון טענת זיוף 331
כתיבת הטענות ומסירתן לבעל הדין 332
מסירת שטר לצד שכנגד – שיטת הרשב"א / 'אין לך שטר שלא יהיה בו כמה סדקין' 334
שיטת תשובת הרמב"ם 338
שיטת הרא"ש ומחלוקת הב"י והסמ"ע בביאור דבריו 340
פסק ההלכה / דיונים שיש בהם מסמכים מרובים 344
סיכום 346

כפיית אדם למסור ראיות לטובת חבירו (העלמת ראיות) 347

הקדמה 347
שיטת הרמב"ם / חובת הצגת שטר על ידי אדם שאינו צד בדיון 348
תגובתו של מחזיק השטר לדרישה להראות את שטרו 352
איני מוצא שטרי 353
איני יודע אם יש לך בו ראיה \ אין לך שום תועלת מהשטר 354
יגרום לי נזק במקום אחר 355
סיכום שיטת הרמב"ם 356
שיטת הרא"ש – האם הרא"ש חולק על הרמב"ם 356
שיטת הרשב"א 361
פסק השו"ע 362
סיכום 364
נספח / אדם שיודע מי הוא העד שיודע את העדות 364

אדם שיש לו ראיה לטובתו ואינו רוצה לגלותה 366

הקדמה / שבועה במקום שניתן להביא עדים 366
רמאי פומפדיתא 367
סיכום דין רמאי דפומבדיתא 371
שלח אחוי (הפשט בגדיך) 371
סתירה הסוגיות וישוב הסתירה 372
סיכום 373

בעל דין שאמר שיש לו ראיות (יותר מהנדרש) ולא הביאם 375

הקדמה / צדדי הספק 375
הבא לידון בשטר ובחזקה / אמר שיש לו שתי כיתי עדים 376
מחלוקת הקונטרס ורבינו תם 378
משטה הייתי בך / לא דייק בדבריו 380
פסקי השו"ע / פרעתיך בפני פלוני ופלוני 381
סיכום 384

הודאה שלא ממין הטענה האם פוטרת משבועת מודה במקצת 386

עיקר הדין / האם סברתו של רבה תקפה במודה שלא ממין הטענה 386
גזרת הכתוב לפטור מודה שלא ממין הטענה 388
ההודאה אינה נחשבת הודאה 389
שיטת רבן גמליאל /ביאור מחלוקת ת"ק ו"ג 390
סיכום 392

הודאה שלא ממין הטענה / פטור אף מדמי השעורים 393

הקדמה / הודאת בעל דין שחייב לשלם – תגובת הצד שכנגד 393
דינו של רבה בן נתן – פטור מדמי שעורים 394
התובע עצמו פוטר את הנתבע מהודאתו 395
קושית הרא"ש על שיטת רש"י – שיטת הרא"ש 397
ההודאה אינה מחייבת / משטה הייתי בך 400
שיטת הנתיבות / הודאה ומחילה וטענת משטה 403
פסק השו"ע 404
סיכום 405

הודאה ממין הטענה – מה היא 407

הקדמה / הגדרת מין הטענה על פי סברתו של רבה 407
מחלוקת רב ושמואל – שוה קאמר 407
שיטת רב 409
'מין מטבע אחד' 412
שיטת הריטב"א בביאור דברי רב / דין תביעה במלוה והודאה בפקדון 413
הודאה בעצם החוב והודאה ביתרת החוב 415
פסק השו"ע וסיכום 416

סכום הכסף המחייב שבועת מודה במקצת – הפער בין התובע לנתבע 419

עיקר הדין 419
הטענה שתי כסף 419
שיטת הרמב"ם 423
סיכום 426

הודאה בפרוטה ושווי הפרוטה 427

הקדמה 427
פרוטה – חצי שעורה מכסף - שיטת הרי"ף, רמב"ם והטור 427
חצי שעורת כסף ופרוטה במודה במקצת – על פי שיטות הרי"ף והרמב"ם 429
שיעור פרוטה – שיטת הריטב"א 431
שיטת החזו"א בביאור דברי הריטב"א 433
שוה פרוטה במודה במקצת לשיטת הריטב"א 434
סיכום 434

שינוי ערך מטבע האם משפיע על שיעורי תורה 435

הקדמה 435
שיעור מטבעות מדין תורה או הערכת חכמים, וההשלכה לדין ירידת ערך המטבע 437
תשובת הריב"ש 439
שיטות הסמ"ע, ש"ך, נחלת שבעה 441
שיטות הגר"א וערוך השולחן 444
סיכום 447

דברים שאין נשבעין עליהם – קרקעות, עבדים ושטרות 448

עיקר הדין / שיטת הגאונים בקרקעות בחו"ל 448
המקור לפטור משבועה במודה במקצת ובכפירה כנגד עד אחד 451

סיכום 453

שבועה בדבר שאינו במידה ובמנין ובמשקל 454

עיקר הדין וטעמו 454
שומר שאינו יודע את שוויו של הפקדון / שיטת הר"י מיגא"ש 458
פסק השו"ע / סיכום 461

טענת הילך 463

עיקר הדין 463
שיטת רש"י - הסבר א' – הילך – המעות שלוה בידו, למרות שאינו מחזירן עתה 465
שיטת רש"י – הסבר ב' – הילך – המעות עצמן שלוה בידו ומחזירן עתה 468
הילך – כל מקרה בו הלוה נותן את המעות בשעת הודאתו 470
הילך – מזומן לתת והם בידו / שיטת הר"ן והנמוק"י / כסף בבנק והמחאה בנקאית 471
מדוע האומר 'הילך' פטור משבועת התורה 472
פסק השו"ע ושיטת הש"ך / סיכום השיטות בדין הילך 474

הערמה להיפטר משבועה באמצעות הילך / הודאה שלא ממין הטענה / הודאה שלא במידה 477

הקדמה 477
דינו של ספר התרומות - הערמה בטענת הילך / מדוע רוצה הנתבע להתחמק משבועה 477
מה היא 'טענת הילך' שהנתבע מערים בה 480
הערמה בהודאת שעורים, הערמה בטענת הילך, הערמה בהודאה שלא במידה 480
פסק השו"ע וסיכום 483

הפה שאסר הוא הפה שהתיר / מיגו 485

עיקר הדין 485
הפה שאסר – סמכות לשנות החלטה 486
הפה שאסר - סתירה למפרע של דבריו הקודמים 486
הפה שאסר – ביאור והבהרת דבריו הראשונים / שינוי מצב שמתיר את האיסור 488
מה היה קורה ללא דבריו/ משמעות האמירה השניה 490
מקור הכח לאסור ולהתיר 490
'סברא היא, הוא אסרה והוא שרי לה' / שדה זו של אביך היתה ולקחתיה 493
סיכום 498

"הפה שאסר..." בעדים, באדם על עצמו / תוך כדי דיבור 500

הקדמה 500
"הפה שאסר..." בעדים – האם חייב להאמר תוכ"ד 501
אדם על עצמו באיסורין שחוזר ומפרש את דבריו / א"א הייתי ונתגרשתי האם רק תוכ"ד 504
יסוד המחלוקת 507
פסק השו"ע אשת איש הייתי ונתגרשתי / שבויה וטהורה אני 508
הודאה ממונית של בעל דין בבית דין / חוזר לגמרי מדבריו הראשונים 510
עד אחד באיסורין – האם יכול לחזור ולפרש את דבריו אחר תוכ"ד / היתר שאין בו שום צד סתירה לאיסור 512
סיכום 514

כח המיגו / מיגו למי שלא חשב לטעון טענה חילופית 516

הקדמה / יסוד דין מיגו – מה לי לשקר / שיטת ר' יהושע שאין סומכים על מיגו 516

החולקים על שיטת ר' יהושע 519
מלתא דלא ידיע להרבה / להאמין לעם הארץ במיגו (כשאינו בקי בדינים) 520
להאמין במיגו למי שאינו חכם לשקר 526
המחלוקת עם ר' יהושע 527
סיכום 528

האם מיגו מועיל לאדם שמנצל את דין מיגו כדי לעורר אמינות / כוחו של מיגו (אמת, נראה כאמת, רוב, היכולת לטעון) 530

הקדמה 530
מי שעומדת לטובתו טענת מיגו מוכח שהוא דובר אמת / נראה כאמת 531
מי שיש מיגו לזכותו, אין הוכחה שדבריו דברי אמת / ספק דבריו אמת/ רוב שדבריו אמת 535
סיכום 539

כוחו של המיגו בירור האמת או כח הטענה/כח המוחזקות 540

הקדמה / מיגו אינו בירור שהטוען דובר אמת 540
'שהתנאי במיגו שיאמר מה לי לשקר' – פירוש המשניות לרמב"ם 542
"שהרי אנו דנין במתוך" – שיטת הרמב"ם במשנה תורה 544
סיכום 547

מיגו בבדמי / מיגו כשסבור שאומר אמת 548

הקדמה / ביאור המקרה 548
אמרה בדדמי/ שלילת המיגו מחמת טעות של הטוען 548
חציה שלי במיגו שכולה שלי / טעות בטענה / טעות בטענה החילופית 550
סיכום 553

ברי ושמא 555

הקדמה 555
מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי / איני יודע אם פרעתיך 556
אמר 'שמא' ולא פירט האם 'שמא נתחייבתי או 'שמא פרעתיך' / נתבע שמסופק האם התחייב או פרע 559
מלוה שטוען שנפרע במטבע מזוייפת 560
פסק השו"ע וסיכום 564

ברי ושמא – שומר שאינו יודע האם פשע או לא 566

הקדמה 566
שואל - מתה הבהמה ולא ידוע האם מתה מחמת מלאכה או לא 566
שואל שנתן לאחר (ברשות) וספק האם מתה מחמת מלאכה 571
שומר שאינו יודע האם פשע 574
פסק ההלכה 577
סיכום 579

ברי ושמא – טוב וגרוע 581

הקדמה – ברי טוב וגרוע, שמא טוב וגרוע 581
ברי טוב ושמא גרוע / ברי גרוע שמא טוב 583
ברי טוב ושמא טוב / ברי גרוע שמא גרוע 588
סיכום 589