

חיוב שבועה מספק

ראשי הפרקים

- א. מחלוקת האחרונים בחיוב שבועת הנוטלים מספק
- ב. שתי אפשרויות להגדרת חיוב השבועה
- ג. תליית צדדי החקירה במחלוקת תוס' וריטב"א
- ד. באור דעת הר"ן לשיטתו
- ה. מחלוקת האחרונים בדינו של תרוה"ד
- ו. באור מחלוקת האחרונים בדין מיגו לחייב שבועה
- ז. באור דעת התומים
- ח. טענת קים לי לפטור משבועה
- ט. סיכום

א. מחלוקת האחרונים בחיוב שבועת הנוטלים מספק

בש"ך (פז, י) מבואר, שלא משביעים אדם מספק כאשר ישנה מחלוקת שלא הוכרעה אם לחייב שבועה. ומקור דבריו מתשובת המוהריב"ל (ב, מו) וז"ל:

וכי היכא דבממונא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה ותיקו דממונא קולא לנתבע הכי נמי לענין שבועה לא משביעין ליה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא ומצי אמר קים לי כהני דאמרי דנאמן בלא שבועה.

המהרי"ט בתשובה (א, קנא) כתב, דדבר פשוט הוא לפטור משבועת הנפטרים בספק, ולמד דין זה מדברי תוס' שבועות (מא ד"ה ומאן דתני אסיפא), שכתבו בשם ר"ת הואיל ויש מחלוקת אם משביעים היסת במקום שאין דררא דממונא אין להשביע מספק משום שהמוציא מחברו ע"ה. וא"כ נראה, שכך הדין בכל שבועת הנפטרים. ומבאר המהרי"ט, שיש להסתפק בשבועת הנוטלים אם יש ספק חיוב שבועה, שבזה היה אפשר להחשיב הנוטל כמי שמוציא ויצטרך להוכיח שפטור, אך פוסק שגם בשבועת הנוטלים לא משביעים מספק. ומוכיח זאת מדברי הרא"ש (כתובות ט, כח) ונבאר ראייתו.

הגמ' בכתובות פח מבארת, שלדעת ת"ק ור' אליעזר אשה שבעלה הושיבה חנונית יכול להשביעה, שלא לקחה מנכסיו. לדעת ר"ש רק אם תתבע

כתובתה יכול להשביעה וכן הדין ביורשי הבעל. הרי"ף פוסק כת"ק ור"ת ור"ח פוסקים כר"ש. ומבאר הרא"ש, שפוטרים אשה שהושיבו חנונית מלהישבע כשבאה ליטול כתובתה. ואף שיש טענת ספק של היתומים שמא כבר גבתה כתובתה, הואיל ויש בזה מחלוקת הרי"ף מול ר"ת ור' חננאל איך לפסוק אם חייבת שבועה ליתומים או לא. מבואר שגם בשבועת הנוטלים¹ לא מחייבים שבועה מספק.²

והנה הרי"ן בשבועות (מא,א) ע"ד התוס' שם (אשר ממנו דייק המהרי"ט, שבשבועת הנפטרים פוטרים במקום ספק) כתב וז"ל:

ולפיכך פסק (רבינו יעקב) כמאן דמתני לה אסיפא אבל כל היכא דליכא דררא דממונא פטור דכיון דמדינא בכל ענין פטור ובגמרא מספקא להו בדבר נחמן היכי אתקין ונקטינן לקולא.

¹ דברי מהרי"ט צריכים לכאורה באור, משום שמבואר במשנה (כתובות פז) שכאשר האשה באה לגבות כתובתה חייבת להישבע גם לדעת ר' שמעון וא"כ גם לשיטת ר"ח שפוסק כר"ש, כשהאשה באה ליטול חייבת להישבע. וא"כ מניין מוכיח המהרי"ט, שגם בשבועת הנוטלים הרא"ש פוטר מספק (וכך מקשה בשו"ת בעי חיי סי' קג)? ונראה לבאר, שהמהרי"ט הבין שדעת הרא"ש לבאר מסקנת הסוגיא שם כרש"י, שפירש שר"ש חולק על ת"ק גם בדין הפוטר אשתו מן השבועה, שבזה ר"ש מחייב, כאשר באה ליטול (וכהעמדת אביי) וגם בזה כותב הרא"ש שלא מחייבים מספק אף שבאה להוציא, וכך אפשר לדייק בלשונו (פרק ט ס' כח) שכתב "ומסיק" והביא גם העמדת אביי וגם העמדת ר"פ למחלוקת התנאים משום שלפי הסבר זה ר"פ מוסיף על דברי אביי עיי"ש.

² אך בשו"ת הרא"ש עא, ח פוסק לגבי מלוה שיש לו נאמנות ובה לגבות מן הלקוחות הואיל ויש מחלוקת הפוסקים אם הנאמנות מועילה כנגד הלקוחות ויכול לגבות בלי שבועה שלא נפרע, או שאין הנאמנות מועילה כלפי הלקוחות אלא רק כלפי הלוה וחייב שבועה, לא נוציא ממון עד שישבע. וא"כ מוכח שכדי ליטול חייב שבועה בספק פלוגתא וכך הקשה על המהרי"ט בשו"ת בעי חיי קג.

אך לכאורה יש לעיין בדין זה, שכן הרא"ש בפסקים בכתובות (פרק ט ס' כב), לאחר שהביא מחלוקת הראשונים, האם נאמנות למלוה מועילה כנגד הלקוחות או לא פוסק כך, וז"ל: "אבל מתוך דברי רב אלפס ז"ל משמע שלא ירד לחילוק זה, דמשמע דמפליג בין ירתי ללקוחות וכן כתב רבינו חננאל ז"ל ומעשים בכל יום שאין נפרעין מן המשועבדים אע"פ שיש להם נאמנות אלא בשבועה ומן היתומים שלא בשבועה וכו' והראב"ד וה"ר מאיר הלוי ז"ל חלקו גם הם בין קדמו הלקוחות ובין קדם הנאמנות והאידינא דנפשי רמאי נכון להחמיר כדברי ר"ח ורב אלפס ז"ל. ומבואר מדבריו שרק בגלל ש"נפשי רמאי" מחייבים שבועה אך אם היה ספק לא היינו מחייבים שבועה ומזה נראה מוכח כדברי המהרי"ט.

ואולי אפשר לבאר, שרק במצב שיטען קים לי יפסוק הרא"ש לחייב גם בספק פלוגתא, אך בסתם ספק לא נחייב שבועה מספק אף כשבא ליטול, ולכן פסק הרא"ש שמחייבים שבועה רק בגלל ש"נפשי רמאי". ועיין לקמן בהערה 28, שיש חילוק בין טענת קים לי לבין טענת מוחזקות במקום ספק.

מבואר מדבריו, שהואיל ויש ספק אם לחייב היסת במקום שאין דררא דממונא הדין שפטור מלהישבע.

ובהגהות רע"א על השו"ע (על הש"ך דלעיל) דייק מדבריו שרק בגלל שהספק הוא בשבועה דרבנן לא נחייב מספק, אך בספק בשבועה דאורייתא כן נחייב מספק. וא"כ נראה שחולק על המהרי"ט, שבכל שבועת הנפטרים פשוט שפטור במקום ספק.

אך מבאר רע"א, שגם בספק חיוב שבועה דאורייתא פוטרים ומוכיח זאת מתוסי' בשבועות מ,א.

הגמ' אומרת, שנחלקו ר"ג וחכמים בדין טענו חיטים והודה בשעורים ולא בטענו חיטים ושעורים והודה באחד מהם כדי "להודיעך כוחו דר"ג". ותוסי' שם בארו, מדוע הגמ' מעדיפה להשמיע את כוחו דר"ג שמחייב אפי' בטענו חיטים והודה בשעורים ולא את כוח חכמים שפוטרים משום שעדיף כוחו על דברי רבנן שהם "כח דפטורי". ומכאן מוכיח רע"א שגם בשבועה דאורייתא יותר קשה לחדש חיוב מלפטור וממילא במצב של ספק חיוב שבועה נפטור את האדם מלהישבע, מפני שאין בידינו כוח לחייבו.³

וא"כ יש לבאר במה נחלקו הר"ן ותוסי' לגבי חיוב שבועה דאורייתא מספק.

³ אך בהגהות חת"ס (שם) מבואר, שבספק חיוב שבועה דאורייתא כן מחייבים שבועה, כמדויק מלשון הר"ן ורק כאשר הדין מסתפק אז אין לחייבו אף בשבועת התורה וכך לומד מדברי התוסי' המובאים לעיל. וא"כ צריך באור במה נחלקו רע"א והחת"ס בשאר ספק שבועה דאורייתא ובמה מיוחד הדין כאשר הדין מסופק. בבאור המקרה שהדין מסופק, היה אפשר לומר, שגם כשיש חיוב שבועה ברור, לא משביעים מספק אך מצינו בש"ך (עה,ו) שהביא דברי תשובת הרא"ש (עא,ה) "שלא משביעים היסת אלא בטענה מבוררת" וביאר הש"ך שמדובר במקום שהדין מסתפק אם התובע ישר וטוען באמת או שיש לו רמאות בדבר ולכן רוצה לחייבו שבועה. ובמקרה זה פסק הרא"ש, שבדרבנן לא משביעים, ומדייק הש"ך שבשבועה דאורייתא יסבור הרא"ש שנשביע אף במקום שיש ספק שטענת התובע היא ברמאות. ולכאורה מבואר בדעת הרא"ש דלא כדברי החת"ס, שפטור במקרה בו הדין מסופק. אך נראה לבאר שספק לדין, כאשר ישנה סיבת חיוב ברורה, לא יגרום לשינוי הדין ורק בספק על עיקר החיוב מוכיח החת"ס מהגמ' שנפטור מספק. וכך גם נראה לדייק מדברי הש"ך (עה,ט) וז"ל "מ"מ נשמע דהיכא דאין הדין יכול לידע אם הודה כמערים או כמודה, והוא אומר ידעתי שאתה חייב לי ובדעתי היה לתבוע ממך מנה, פטור משבועה דאורייתא, ובשבועת היסת נראה דחייב וכמ"ש לקמן סימן פח סעיף לב (ס"ק נו) דלענין שבועת היסת לא בעינן שתקדום תביעה להודאה" עכ"ל. ומבואר מדבריו, שאף שהדין מסופק אם נוצר מצב של מוב"מ לא מחייבים בדאורייתא כיון שאין סיבת חיוב ברורה.

עוד יש לברר ע"פ הסברא שהבאנו בשם מהריב"ל, שחיוב שבועה הינו כחיוב ממון ולא נוציא מספק, מדוע לחלק בין חיוב שבועה דרבנן לחיוב שבועה דאורייתא הרי בחיוב ממון בשניהם לא מוציאים מספק?

ב. שתי אפשרויות להגדרת חיוב השבועה

ישנן שתי אפשרויות להגדרת חיוב השבועה:⁴

(א) חיוב שבועה הינה זהה לחיובי הממון כיון שהחובה להישבע היא חובה כלפי בעל הדין השני והשבועה היא מעין סוג של תשלום.

(ב) חיוב השבועה הינו דרך שבה בי"ד מברר ספק שקיים לפניו והחיוב להישבע אינו חיוב על הנשבע כלפי בע"ד השני אלא מעין חיוב של הלכות דיינים, שבי"ד צריך להטיל חיוב שבועה כדי לברר הספק.⁵

⁴ האחרונים חקרו האם שבועה היא חיוב עצמאי או שזה רק דרך להיפטר מחיוב הממון (עין בחידושי הגרש"ש ב"ב יט ובקוב"ש ב"ב קג). והוכיח הגרש"ש, שהשבועה היא חיוב עצמאי, מכך שלומדים מפסוק ששביעית משמטת שבועה. מבואר שזהו סוג של חיוב על האדם ולכך שייד בזה שמיטה עיי"ש. ולצד שזהו חיוב יש לדון האם זהו חיוב כלפי התובע או חיוב כלפי ביה"ד.

ובגמ' ב"מ יז מבואר שאדם שחייב עצמו שבועה שלא בביה"ד וטען שנשבע והוכחש בעדים לא הוחזק כפרן, אך אם נתחייב שבועה בביה"ד ואמר שנשבע והוכחש הוחזק כפרן לאותה שבועה. ומבואר בגמ', שהחילוק הוא, האם אדם כופר במה שלא חייבוהו בי"ד גם בלי שמתכוון לכפור בדין. ויל"ע בשבועה שאדם חייב בה את עצמו, אם שייד הצד שזהו חיוב כלפי בי"ד או שזהו וודאי חיוב כלפי התובע את השבועה.

⁵ לכאורה לפ"ז היה מקום לתלות צדדי החקירה במחלוקת רמב"ם ורמב"ן בספר המצוות מצות עשה ז' שהרמב"ם סובר שיש מצות עשה להישבע והרמב"ן בהשגות חולק, ששבועה אינה מצווה אלא התורה רק מרשה להישבע לצורך ברור הדין. וא"כ אפשר שהרמב"ם למד ששבועה הינה חיוב איסורי, שבא לברר וכדעת קצוה"ח ונתה"מ, אך הרמב"ן סובר שזה חיוב ממוני בלבד ובכל מקרה לא נחייב מספק. אך תליה זו קשה מכמה סיבות: (א) לפי המגילת אסתר מצות העשה לרמב"ם היא שכשנשבעים - להישבע בשם ה', אך לא עצם חיוב השבועה וא"כ גם לדעת הרמב"ם החיוב עצמו אינו איסורי.

(ב) בספק פלוגתא בארנו, שלכו"ע לא מחייבים מספק מפני שיכול הנתבע לומר קים לי (כמבואר בדברי מהריב"ל הובאו לעיל) ולכאורה אם נבאר ברמב"ם שזו מצווה מה שייד קים לי בחיוב מצווה?

(ג) אם גדר המצווה שכותב הרמב"ם הוא בהגדרת חיוב השבועה א"כ לכאורה בכל ספק שבועה היה לנו לחייב משום ספק דאורייתא לחומרא? (ואולי בכ"ז צריך לפטור משום ספק שבועת שוא, שנשבע ללא צורך, אך אולי לא חשוב לשוא וכמו בברכה שאינה צריכה בספק ברכות ואכמ"ל).

אלא נראה, שבין אם נגדיר, שחיוב השבועה הוא כחיוב ממון, שנוצר על הנתבע כמו שיתבאר לקמן בדעת תוס', ובין אם נבאר שזהו חיוב כלפי בי"ד כדי לברר האמת כנראה בדעת הריטב"א, שייכת המחלוקת האם כשאדם המחויב שבועה נשבע, מקיים בזה מצוות עשה או לא ואין מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן שייכת לזה (וכמו והשיב את הגזלה, שבעקבות החיוב הממוני, יש גם מצוות עשה).

וראיתי בחכמת שלמה להגר"ש קלוגר (ר"ס עה), שהסתפק אם אומרים רוב לחייב שבועה, מכיון שמבואר לגבי אבדה שרוב עדיף מעד אחד ואם ע"א מחייב שבועה אז גם ע"י רוב היינו צריכים לחייב שבועה. ומכריע שממ"נ לא חייב שבועה מפני שמצד חיוב הממון אז פטור מכיון שאין הולכים בממון אחר הרוב, ומצד חיוב השבועה, בזה דנים כדין איסורים ולכן לא נוכל להשביע כיון שמכריעים באיסורים אחר הרוב אז וודאי לנו שמשקר עיי"ש. ומבואר מדבריו, שיש צד לומר שחיוב שבועה נידון כאיסורים ולכן לא נפטור במקרה של ספק חיוב שבועה מכח הכלל שאין הולכים בממון אחר הרוב.⁶

והרב ישראל יעקב פישר באבן ישראל (ח"ד עמ' קד) מביא שני צדדים אלו בהבנת חיוב השבועה וז"ל:

דנה בעיקר חיוב שבועה דאורייתא גבי מוב"מ או בהעדאת ע"א י"ל בתרי גווי:

א) י"ל דכל חיוב השבועה הוא כדי לברר טענותיו והוא דכיון דמוב"מ או בהעדאת ע"א חסר עיי"ז בהטענה ולכן הוא מחויב שבועה.

ב) י"ל דכל דין שבועה הוא חיוב שנתחייב לבעל דינו וכי היכי דאיכא חיובי ממון ה"נ איכא חיוב שבועה.⁷

⁶ ולדעת תוס' (כפי שיתבאר לקמן) היה נראה לומר שפשוט שרוב לא מחייב שבועה בגלל שאדם חשוב מוחזק בשבועתו כמו בממונו ולא מוציאים ע"י רוב. ולא יצטרך לומר שנשבע נגד רוב הוא וודאי משקר ולא נתלה במיעוט (כדברי הגר"ש קלוגר) מפני שלכאורה זה תלוי במחלוקת תוס' ושטמ"ק בב"מ ו' אם רוב זה הכרעה וודאית או לא ואכמ"ל. ועיין בחכמת שלמה להגר"ש קלוגר אבה"ע קנב, ושיאר הסברא מדוע לא אומרים מיגו להוציא. וביאר שם על פי דברי התומים - הואיל ומיגו בנוי על רוב אנשים שהם יודעים את הדין ורק אצלם קימת סברת המיגו, שאם היו שקרנים היו טוענים טענה אחרת שהיו זוכים ע"י בדין. אך אצל המיעוט שאינם בקיאים בדין אין שום ראיית נאמנות מכך שלא טענו את טענת המיגו. וא"כ מבואר הואיל ואין מוציאים ממון ע"פ רוב גם לא נוציא מכח מיגו. ולפי ביאור זה של התומים בדין מיגו יש להסתפק, האם לדעת רוב מחייב שבועה כיון שמבואר בתומים שאומרים מיגו לחייב שבועה, וא"כ לכאורה גם רוב יועיל כדי לחייב שבועה וצ"ע. אך נחל יצחק כללי מיגו סי' א רצה להוכיח, שמיגו עדיף מרוב, מכך שכו"ע מודים שאין מוציאים בממון ע"פ הרוב ובמיגו לדעת רמב"ן רשב"א וריב"ש אומרים אף להוציא ממון עיי"ש.

⁷ ועיין שם בדבריו, שביאר בזה דעת רב בב"ק קו, א שנשבע ואח"כ באו עדים שפטור משום שבועה כתשלום, ואף שבררו העדים את המציאות הוא כבר שילם בשבועתו אך בדעת המסקנה של הגמ' (שפוסקים כמותה להלכה) דלא כרב וחייב לשלם אם באו שני עדים, אפשר להסתפק בחקירה, האם השבועה היא כתשלום ושני עדים מחדשים חובה לשלם יותר משבועה או שתפקיד השבועה הוא ברור לבי"ד ושני העדים הם ברור יותר חזק שמבטל את השבועה. ועיי"ש בדבריו הנפלאים, שהאריך לתלות זאת בהרבה מחלוקות ראשונים.

ואף שביאר החקירה לגבי שבועה דאורייתא⁸ אולי אפשר לבאר זאת גם בשבועות דרבנן, מפני "שכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון" וגם בדרבנן קיימים שני ההסברים לחיוב השבועה.

וצריך להוסיף באור, מדוע אם נגדיר את חיוב השבועה כחיוב כלפי ב"ד נוכל לחייב גם בספק ולא נדון את הנשבע כמוחזק בשבועתו?

ונראה לבאר דברינו בהקדם דברי תוס' בב"ק (לז' ד"ה קמ"ל דאין), שהקשה מדוע אין הולכים בממון אחר הרוב הרי מצינו שהולכים גם בנפשות אחר הרוב ואפילו דליתא קמן. ועוד שואל, שגם בממונות הולכים לפי הרוב לגבי הכרעה כרוב הדיינים. וז"ל התוס': "תימה מה טעם אין הולכין לייתי בק"ו מדיני נפשות כדאמרינן בפ"ק דסנהדרין (ג,ב) ור' יאשיה מיייתי ליה בק"ו מדיני נפשות ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא זיל בתר רובא דיני ממונות לא כ"ש ואפי' רובא דליתיה קמן אזלינן בדיני נפשות בתר רובא כדאמר בריש סורר ומורה (סנהדרין דף סט) וי"ל דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה דהא ב"ד מפקי מיניה אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא."

מבואר בתירוץ התוס' (לאחר שביאר שאין רוב דיינים דומה לרוב במציאות), שבדיני נפשות לא אומרים שאדם חשוב מוחזק כבממונות ואין לו חזקה שיכולה להצטרף עם המיעוט כדי לפוטרו מספק כנגד רוב שמחייבו.

ובשב שמעתתא ד, ח הביא קושיית אחיו על דברי התוס' וז"ל:

...דהיכא אזלינן בדיני נפשות בתר רובא ואפי' ליתא קמן וכמו שהוכיחו תוס' מפרק בן סורר ממאי שנא ממון דאין הולכים אחר הרוב משום דמסייע למיעוט חזקת ממון דאלים טובא ולמה לא נימא כן בדיני נפשות כיון דמסייע ליה חזקת גופי' ואם גופו נידון ע"י רובא ממונו לא כ"ש והיא קושיא עצומה.

מבואר ש"ל שגם בדיני נפשות צריכה להיות חזקה כמו בדיני ממונות.

ובקוב"ש ח"ב (קונטרס דברי סופרים סימן ה אות ב) מביא קושית הש"ש על תוס' ותירץ בזה וז"ל "ונראה דאינה קושיא דלא שייכא טענת מוחזק אלא בדיני ממון, שהדין הוא בין אדם לחבירו אבל בדיני נפשות שהדין הוא בין

⁸ ועיין בדברינו לקמן בדעת הר"ן לחלק בין הגדרת שבועה דאורייתא לשבועת היסת.

אדם למקום⁹ לא שייך כלל מוחזק¹⁰ וכן מצינו דבספק מצוה שבין אדם לחבירו כגון במתנות כהונה אמרינן הממע"ה ובספק נדרי גבוה הולכין להחמיר כמבואר במנחות (קו) גבי פירשתי ואיני יודע מה פירשתי ולא אמרינן הממע"ה והטעם דלגבי גבוה אין אדם מוחזק¹¹ כלל לא בגופו ולא בממונו עכ"ל.

מבואר מדבריו, שבחיוב שאינו בין אדם לחברו לא שייך דין מוחזק וא"כ מובנים דברי התוס' שכתבו "ולכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה דהא בי"ד¹² מפקי מיניה", שחיוב נפשות, בי"ד הם המוציאים וכנגדם אין מוחזק.

וא"כ נראה לבאר גם לגבי שבועה, אם נגדיר שהוא חיוב כלפי בי"ד לא נדון בו כדין של מוחזק בספק חיוב בדאורייתא או בדרבנן.

ג. תליית צדדי החקירה במחלוקת תוס' וריטב"א

ונראה שיש אפשרות לתלות צדדי החקירה במחלוקת התוס' והריטב"א בשבועות מ,א. הגמ' מביאה, שנחלקו ר"ג ורבנן בדין טענו חיטים והודה לו בשעורים, לר"ג חייב שבועה ורבנן פוטרים. ומוסיפה הגמ', שנחלקו התנאים גם בטוענו חיטים ושעורים והודה באחד מהם, שר"ג מחייב ורבנן פוטרים. אך הסיבה שנחלקו בברייתא דווקא במקרה של טענו חיטים והודה לו

⁹ ולכאורה נראה שבאור זה בתוס' יהיה תלוי במחלוקת ר"י ור"ת בתוס' בב"ק כב, ד"ה בעבד דחד וגדי דחד. לדעת ר"י בחיוב מיתה כלפי אדם אחד וחיוב ממון כלפי אדם אחר אפשר שלא יהיה דין של קם ליה בדרבה מיניה, כיון שחשוב חיוב כלפי שני אנשים נפרדים וא"כ יהיה יותר קשה לחלק בין חיוב מיתה לחיוב ממון, כיון שגם חיוב מיתה על הריגת אדם הוא כלפי חברו ובכ"ז בפשטות הולכים אחר הרוב. אך לדעת ר"ת שם שמשוה חיוב מיתה על אדם מסוים לחיוב מיתה על חילול שבת, נראה שהבין, שכל חיוב מיתה הוא כלפי שמים ולא כלפי חברו וא"כ יהיה אפשר לחלק בין חיוב מיתה לחיוב ממון עיי"ש.

¹⁰ והרב מאיר ברקוביץ הסביר בזה שאפשר והואיל גם המחויב עצמו הוא כביכול בבעלות שמים לא שייך שיחשב מוחזק בחיוב כלפי שמים ודפח"ח. ודברים אלו מובנים לפי דברי הרדב"ז סוף פ' יח מהלכות סנהדרין עיי"ש.

¹¹ עיין בסמ"ע ס"י ס"ק טז שמבאר, שגם בספק הקדש קימת טענת "המוציא מחברו וכו' " וכך מבאר שם נתה"מ וא"כ צריך באור בדברי הקוב"ש.

¹² ועיין גם בשע"י (ג,ג) שביאר דברי התוס', שיש להכרעת רוב של בי"ד שפוסק דין וודאי של פסק בי"ד, ויש להכרעתם "כוח בי"ד" ולכך לא יועיל למחזיק דין מוחזק כיון שבי"ד הכריע נגדו. ולפי באורו ג"כ אתי שפיר דברינו שהואיל ובי"ד מסופקים בדין ורוצים לחייבו שבועה אין סיבה להכריע ע"פ דין מוחזק.

בשעורים "להודיעך כוחו דר"ג", ובארו התוס' (שם) וז"ל "דכחו עדיף דמילתא דרבנן הוי כח דפטור". ודייקו רע"א והחת"ס מדברי התוס', שבספק חיוב שבועה לא נחייב, משום שיותר קשה לחייב שבועה מאשר לפטור ולכן הגמ' רוצה להשמיע את הרבותא שר"ג מחייב.

אך מדברי הריטב"א שם נראה שחולק. וז"ל:

להודיעך כוחו דרבנן גמליאל. וא"ת אדרבה ליתני טענו חטין ושעורין להודיעך כוחן דרבנן דפטרי, י"ל דהיא לא חשיב להו כח כיון דבעו הודאה ממין כל הטענה.

מבואר מדבריו שבאמת החידוש היותר גדול בדין השבועה הוא לפטור ובספק יש לחייב אלא בגלל שלדעת חכמים ההודאה לא חשובה הודאה במקצת כיון שאינה ממין כל הטענה יותר פשוט שפטור ואין חידוש שפוטרים אף בטענו חיטים ושעורים והודה באחד מהם.

בביאור מחלוקתם נראה לומר, שלדעת התוס' חיוב שבועה הוא סוג של חיוב ממון ולכך כמו שבממון בסתם יותר קשה להוציא מאדם כך גם בשבועה ולכך הרבותא היא מה שר"ג מחייב. אך לדעת הריטב"א חיוב השבועה הוא צורת ברור של ב"ד ולכך הייתה סברא לחייב מספק כדי לברר לבי"ד את המציאות, ולכן צריך לתרץ שבדעת רבנן אין חידוש וזו הסיבה שכוחם אינו עדיף.

ד. באור דעת הר"ן לשיטתו

לדברינו אפשר לבאר דברי הר"ן (שבועות מא), שדייקו האחרונים מדבריו, שבספק שבועה דאורייתא כן משביעים. ולכאורה לסברת תוס' (שם מ) מדויק מדברי הגמ' עצמה, שבסתם קל יותר לפטור מאשר לחייב ומדוע בספק שבועה דאורייתא נחייב? ויתכן שהר"ן יבאר הגמ' כריטב"א וממילא לא יצטרך ללמוד כדעת התוס' לפטור בספק חיוב שבועה דאורייתא.

נחלקו ראשונים בריש ב"מ האם ע"א המסייע לנתבע פוטר משבועה. והר"ן שם הביא את ראיית המהר"ם, שע"א פוטר משבועה, מכך שהגמ' בב"מ ג, ב רצתה ללמוד דין רבי חייא קמייטא מפיו וע"א שמחייבים שבועה, ולא דחתה מה לפיו וע"א שכן אינם מוכחשים מכיוצא בהם. וע"כ משום דע"א פוטר משבועה ושפיר מוכחש מכיוצא בו. וביאר הר"ן שאין ראית המהר"ם מוכרחת כיון שבע"א כנגד ע"א פטור משבועה לכו"ע (גם אם בעלמא ע"א לא פוטר) כיון שהעד המחייב מוכחש ע"י העד הפוטר. ואפילו אם באו בזה אחר

זה לא אומרים שהראשון חשוב כשנים כמו לגבי ע"א אומר מת והתירוה להינשא, שאף אם יבוא אח"כ ע"א שיכחישו, לא נחזור לאוסרה כיון שלגבי חיוב שבועה חשוב עדיין מחוסר מעשה, שצריך להישבע ולא חשוב שכבר נפסק על פיו.

והתשב"ץ (סי' צב) חולק על הר"ן וסובר, שיש לדמות חיוב שבועה לפסיקת דין של אשה וגם בזה היינו צריכים לומר בבאו בזא"ז שהראשון חשוב כשנים. ומבאר הרב פישר (שם), שהתשב"ץ סבר שהעד מפיל מעין חיוב על הנתבע להישבע ולכן דומה לעד המתיר אשה שמחיל עליה דין פנויה.

ועפ"י מה שנתבאר, הר"ן פוסק לשיטתו שחיוב השבועה בשבועה דאורייתא הוא חיוב שבי"ד מחייבים כדי לברר הדין והחיוב הוא כלפי בי"ד. וא"כ העד רק יוצר את הספק של ביה"ד, ולא מחדש חיוב על הנתבע ולכן לא מגדירים את הע"א כיוצר חיוב ופוסק דין כמו בחיוב ממון. וממילא ע"א שיבוא אחריו יכול להכחישו גם בלי חידוש דין עד המסייע. וכן ברור מדוע בספק (ואפילו ספק פלוגתא) בשבועה דאורייתא נחייב, שכן חשוב שיש ספק לפני בית הדין והם צריכים לבררו ע"י השבועה. אך בנוגע לשבועת היסת נראה בדעת הר"ן, שזה חיוב כלפי התובע (וכך מוסבר יותר דין 'מיפך' שהוא רק בשבועה דרבנן) ולכן פסק הר"ן בדעת ר"ת שפטור בספק פלוגתא בשבועת היסת, כיון שהנתבע אומר קים לי שאני פטור.

ה. מחלוקת האחרונים בדינו של תרוה"ד

בתרוה"ד (א, שלד) פסק, שכאשר ע"א בא לפטור אדם משבועת השומרים אף שיש עד שמכחישו ומעיד לחייב, פטור משבועה וכן במודה במקצת. וביאר טעם הדבר שכן ע"א פוטר משבועה כאילו היה שנים, ומה שיש שתי סיבות לחייב שבועה אין זה משנה וכמו שבשני עדים אומרים תרי כמאה ולא יועילו עוד סיבות לחיוב.

השי"ך (פז, טו) חולק על תרוה"ד ומבאר דאמרינן סלק עדותם של שני העדים וחשוב כאילו אין אף עדות ברורה ואם יש סיבה לחייב שבועה חוץ מהעד המחייב צריך להישבע. ומביא ראיה לשיטתו מפסק המחבר בסי' פב כששנים אומרים היה תנאי ושנים אומרים לא היה תנאי חייב הלוה היסת ולא נפטור ע"י העדים.

ובתומים הביא דברי הש"ך והקשה¹³ עליו מפסק המחבר (בסי' עא) במקרה שהמלווה מוציא שטר ושני עדים אומרים שהיה תנאי בשטר שלא התקיים ולכן הלווה פטור מלשלם, ושני עדים אומרים שלא היה תנאי והלווה חייב לשלם, ופוסק השו"ע שאי אפשר לגבות ע"י השטר. ולכאורה לפי הש"ך היינו צריכים לומר סלק עדותם ולגבות עם השטר? אלא מוכח שלא אומרים לסלק לגמרי עדותם ונשאר ספק ולכך לא מוציאים ממון. וא"כ מבאר התומים שגם בשבועה לא נאמר סלק עדותם אלא נשאר ספק ולא נחייב שבועה מספק כתרודה"ד ולא כש"ך.

קצוה"ח וכן נתה"מ¹⁴ פוסקים כש"ך וס"ל שאומרים "סלק עדותם" וחיוב השבועה נשאר בין בחד וחד בין בתו"ת. והנתיבות מתרץ קושיית התומים, שדין שבועה שונה מדין ספק בהוצאת ממון¹⁵ וז"ל "ולא קשה מידי, דשאני התם דהא ידוע דלא חייביה רחמנא ממון כי אם על הוודאי ולא על הספק, אבל בשבועה דחייביה רחמנא על הספק, במקום שיש ספק לבית דין אי התובע אומר אמת או הנתבע, חייביה רחמנא שבועה, וא"כ כי איכא נמי תרי ותרי אין הספק אלים יותר מקודם, דהא מקודם היה ג"כ ספק אם התובע אומר אמת או הנתבע וחייביה רחמנא שבועה על ספק זה, וא"כ מה בכך דאיכא ג"כ תרי ותרי על ספק זה, הא מקודם היה ג"כ ספק לבית דין אי התובע אומר אמת או הנתבע, ועל ספק כזה שיש ספק לבית דין אם האמת כדברי התובע חייביה רחמנא שבועה. משא"כ כשיש מחלוקת הפוסקים אי

¹³ ובקצוה"ח (פז, ח) הביא קושיית התומים על הש"ך מסי' עא ותירץ בזה בשם אחיו בעל תרומת הכרי לחלק בין מצב של תו"ת בממון, שפוסקים שפטור מספק ולא מוציאים הממון לבין הדין של תו"ת, כאשר יש חיוב שבועה. ומחלק שכאשר הספק הוא בממון אז אומרים בתו"ת סלק עדותם שאין הכרעה לגבי הממון ואז חוזר להיות חיוב שבועה אך במקרה של תרוה"ד שיש ע"א לפטור וע"א לחייב אז פטור משבועה שכן כל הספק שהעלו העדים הוא על חיוב השבועה ובוה לא אומרים סלק עדותם. ומביא ראיה ליסוד זה מגמ' (בי"מ ק, א), שבספק דררא דממונא ויש חיוב שבועה חייב להישבע אף שלגבי הממון לא מוציאים ממנו משום שהכרעה בממון לא יוצרת פטור משבועה. ונראה לבאר בדעת בעל תרוה"כ, שחיוב שבועה אינו נובע מחיוב הממון אלא נחשב כחיוב נפרד, שבי"ד מטילים כשאין ראיות על חיוב ממון. ולכן כאשר יש ספק לגבי חיוב השבועה (כמו בחד וחד) אז לא נחייב מספק כיון שאין לפנינו סיבה לחייב כשהעד הוכחש. אך כאשר יש סיבה לחיוב שבועה והספק הוא על חיוב הממון (כבתו"ת) נחייב שבועה, כיון שיש צורך לברר את הספק הממוני ע"י השבועה ואין הראיות לגבי הממון גורמות לפטור משבועה. אך למסקנה מקשה על תרוה"ד, משום שע"א בהכחשה לאו כלום הוא ואינו חשוב עד המסיע לפטור משבועה עיי"ש.

¹⁴ פז באורים ד (הובא לעיל).

¹⁵ כהסבר נתה"מ מבואר גם בקצוה"ח פב, יט בהסבר דברי הש"ך וכן מבאר החזו"א עיי"ש.

חייביה רחמנא שבועה, בענין כזה ודאי דפטור משבועה, כיון שיש ספק בגוף השבועה אי חייביה רחמנא שבועה כלל.¹⁶

ואפשר לבאר, שהדין בו נחלקו האחרונים יהיה תלוי בשני הדרכים שהבאנו להגדיר את חיוב השבועה:

(א) לדעת התומים צורת חיוב שבועה הינה זהה לחיובי הממון כיון שהחובה להישבע היא חובה כלפי הבעל דין השני והשבועה היא מעין סוג של תשלום וזה כדעת התוס'. וא"כ כאשר יש עדות שיוצרת ספק על חיוב הממון אנו מסופקים גם לגבי חיוב השבועה כיון שבכוח העדים לבטל את סיבת חיוב השבועה. ולכן פוסקים שלא נוציא (נחייב) שבועה מספק.

(ב) לדעת קצוה"ח (פביט) והנתיבות חיוב השבועה הינו דרך שבה בי"ד מברר ספק שקיים לפניו והחיוב להישבע אינו חיוב על הנשבע כלפי הבע"ד השני אלא מעיין חיוב של הלכות דיינים, שבי"ד צריך להטיל חיוב שבועה כדי לברר הספק וזה כדעת הריטב"א. וא"כ כאשר יש לבי"ד ספק שמחייב שבועה אף שנוספו עדים לכ"א מצדדי הספק, לבי"ד הספק נותר שקול ולכך מבררים ע"י חיוב השבועה. אך בספק של מחלוקת הפוסקים וודאי פטור כיון שאז יש ספק אם בכלל יש צורך לברר ובזה בי"ד לא נצרכים לברור של השבועה.¹⁷

ו. באור מחלוקת האחרונים בדין מיגו לחייב שבועה

האחרונים הנ"ל נחלקו בשאלה נוספת: האם בכח מיגו לחייב שבועה? הבי"ש (אבה"ע צו) הביא תשובת הרי"ף (מח), שפסק בדין אשה שתובעת כתובתה לאחר הגרושין והבעל טוען שפרע לה בזמן הנישואין, שהדין שגובה כתובתה בלי שבועה משום שאין אדם פורע תוך זמנו. והקשה הגדו"ת מדוע פטורה משבועה, הרי אם יטען הבעל פרעתי אחר הגרושין יכול לחייבה שבועה וא"כ נאמינו במיגו כשטוען פרעתיך בנשואין לחייבה שבועה. ומוכיח מקושיתו יסוד, שלא אומרים מיגו לחייב שבועה.

התומים (קיצור כללי מיגו קיח) חולק, ופוסק שאומרים מיגו לחייב שבועה. ומבאר, שהרי"ף פסק, שהאשה פטורה מלהישבע עפ"י מסקנת הגמ' בב"ב ה

¹⁶ ובתומים הביא סברא זו אך דחה אותה, שהיא סברא חלשה, וא"כ מבואר שתפס אחרת את חיוב השבועה.

¹⁷ ונראה מדברי הרי"ן בשבועות מא. (ע"פ דיוקם של הרע"א והחת"ס שהובאו לעיל), שגם בספק פלוגתא משביעים בספק חיוב שבועה דאורייתא ועיין בדברינו לעיל.

בדין מיגו במקום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. ומסיקה הגמ', שספק לנו האם אומרים מיגו במקום חזקה או לא. ולכן מספק לא יכולים לחייב האשה שבועה ויכולה לגבות את כתובתה, שכן חיוב הכתובה הוא וודאי וחיוב השבועה הוא ספק. רואים שחיוב שבועה נידון כחיוב ממוני וכדעת תוס' ולא מחייבים מספק אף בשבועת הנוטלים, שבאה להוציא ממון.¹⁸

אך מבואר מדבריו שחיוב שבועה אינו ממש כחיוב ממון, שכן להלכה בממון יש מחלוקת אם אומרים מיגו להוציא או לא ואילו לגבי שבועה מבאר התומים, שמחייבים ע"י מיגו.

נראה לבאר חילוק זה ע"פ דברי התומים עצמו (קיצור כללי מיגו של הכנה"ג ס"ק ז). כנה"ג פוסק שם כדעת המהרי"ט, שאי אפשר לחייב יבם לחלוף עפ"י נאמנות האשה במיגו נגד היבם. אך התומים חולק שם על המהרי"ט ומבאר, שהכלל שלא אומרים מיגו להוציא מכוון להוצאת ממון "משום דאליס חזקת ממון", אך בדברים אחרים, שאינם נוגדים את חזקת הממון לא נאמר הכלל,¹⁹ שאין אומרים מיגו להוציא. ומדייק כדבריו בדעת התוס' והמרדכי, ולכן מובן מדוע פוסק שאומרים מיגו לחייב שבועה אף שבספק לא מחייבים.

לעומתו, קצוה"ח (פב,טז) פוסק כגידו"ת שסובר שלא אומרים מיגו לחייב שבועה. ומתוך קושיית התומים, שאם היינו מחייבים שבועה ע"י מיגו אז מספק היינו אומרים שלא נוציא הממון מהבעל עד שהאשה תישבע, ומכך

¹⁸ אך מדברי רע"א בהגהות נראה שלא תלה המחלוקת. מחד רע"א מביא את פסיקת הגדולי תרומה שלא אומרים מיגו לחייב שבועה ומאידך נראה שמכריע כתוס', שבספק חיוב שבועה דאורייתא פטור ודלא כר"ן. ואפשר שמחלק בין שבועה דאורייתא לבין שבועת הנוטלים שהיא דרבנן. שבועה דאורייתא היא כתשלום ולא נחייבה מספק אך שבועה דרבנן היא ברור של בי"ד ולכן קודמת לדיון על תשלומי הממון. אך א"כ סברתו תהיה הפוכה מהסברנו בשיטת הר"ן (ראה לקמן), שפוטר בשבועות דרבנן ומחייב בספק שבועה דאורייתא! ואפשר שזה בכלל מחלוקת תוס' והר"ן וצ"ע. אך עיין בנחל יצחק (פב סו"ס ז), שפוסק שאומרים מיגו לחייב שבועה דווקא את התובע כיון שהנתבע מחזיק בממון, אך לחייב את המוחזק בשבועה ע"י מיגו אי אפשר כיון שחשוב מיגו להוציא ואף בשבועות דרבנן שאין בהם ירידה לנכסים הדין כן משום שכעין דאורייתא תיקנו עיי"ש.

¹⁹ ובביאור החילוק בין חיוב שבועה לחיוב ממון, אף שבשניהם אדם מוחזק, אפשר להסביר ע"פ דברי הט"ז (רצו,א), שאף למ"ד שאומרים מיגו להוציא לא נאמר מיגו לאפטורי משבועה כיון שהואיל ואפשר לברר יותר לא מסתפקים רק במיגו או רוב. ולכך גם לגבי חיוב שבועה אפשר שנחייב להישבע מכח מיגו כדי לברר אף אם ממון לא מוציאים במקום שיש מיגו או רוב לחייב. אך במקום ספק שקול לא נחייב, כיון שאדם חשוב מוחזק בשבועתו נגד הבע"ד השני. אך מהתומים שמחלק גם בין ממון לחליצה נראה שסובר שהמוחזקות מיוחדת היא לממון.

שמוציאים, מוכח שכלל לא אומרים מיגו לחייב שבועה. וזה מתאים לשיטת הריטב"א שחיוב השבועה הוא חיוב שבי"ד מטיל כדי לברר הדין והוא קודם לחיוב הממון.

ז. באור דעת התומים

קצוה"ח מקשה על התומים מדין פוגמת כתובתה. באבה"ע (צ,ז) פסק השו"ע ע"פ הרא"ש והרי"ף, שגם בפגמה פחות משו"פ, אע"פ שיש ספק בגמי' אם חייבת שבועה, פוסקים שחייבת להישבע כדי ליטול. וא"כ כך יהיה הדין גם בספק מיגו במקום חזקה, שנחייבה שבועה כדי ליטול. על דברי תרוה"ד (הובאו באות הקודמת) לא קשה קושיית קצוה"ח, שכן אפשר שמחלק בין שבועה דאורייתא לשבועת הנוטלים כנראה בדעת הר"ן (הובאה לעיל), אך על התומים קשה.

ובתירוץ קושיית קצוה"ח על התומים נראה להקדים ולהקשות מדברי המהרי"ט (הובאו לעיל אות א) שמוכיח מדברי הרא"ש שגם להוציא לא מחייבים האשה שבועה מספק. הרי בספק פוגמת פסק הרא"ש הואיל והגמרא נשארה באיבעיא אם חייבת שבועה או לא, חייבת להישבע כדי להוציא. וא"כ מדוע שונה הפסק לגבי מחלוקת ת"ק ורבי שמעון שיש ספק כמי פוסקים ושם מוציאה בלי שבועה?

ונראה לומר, שכאשר אין תביעה ברורה לבי"ד ורק ע"י השבועה מתבררת תביעת הממון בזה כן נחייב את התובע שבועה מספק, כיון שלולי השבועה אין כלל ספק לגבי הממון. ואם אשה הפוגמת פחות מפרוטה גם חשובה כלא דייקא, אז תביעתה חשובה כתביעת שמא. ולכן פסק הרא"ש שלא מחייבים את הבעל לשלם אם לא תשבע. אך בכותב לאשתו שפוטרה משבועה, תביעת הממון וודאית שתובעת כתובתה בברי ויש ספק אם חייבת שבועה לאמת התביעה ובזה פוטרים מספק אף אם באה להוציא ממון ע"י שבועתה.

בחילוק זה מבואר גם מדוע פוסק התומים כש"ד בסי' עה בשם הרא"ש, שבספק רמאות בטענת התובע בשבועה דאורייתא מחייבים שבועה, אף שלכאורה זה ספק²⁰ חיוב שבועה, מפני שגם שם התביעה וודאית והשבועה באה רק לאמת התביעה ולכן אפשר לחייב הנתבע שבועה למרות שהתעורר ספק.

²⁰ אף שלפי מה שכתבנו לעיל הערה 2 אפשר שמתורץ עי"ש.

ובזה תתורץ גם קושיית קצוה"ח על התומים, שבספק פוגמת התביעה מסופקת ולכך צריכה להישבע אך בנידון של מיגו להוציא שבועה תביעת הכתובה וודאית ויש ספק אם המיגו של הבעל מחייב שבועה בזה פוסקים שלא משביעים מספק. ואפשר שזה באור לשון התומים "שחייב הממון וודאי והשבועה ספק".

אך לפי דברינו עתה אפשר לבאר שאין מחלוקת בין דין הרא"ש²¹ בספק רמאות בטענת התובע, שבשבועה דאורייתא מחייבים את הנתבע להישבע, לבין פסק תרוה"ד בע"א וע"א בשבועת השומרים, שאף שזו שבועה דאורייתא פוטרים מספק, משום שע"א²² - וק"ו שנים - יוצרים ספק על עצם טענת התובע²³ מכיון שיש עדות נגדו וממילא מתבאר שכאשר יש ספק בעצם התביעה לא משביעים את הנתבע מספק הואיל ואין לפנינו תביעה ברורה,

²¹ שו"ת כלל עא הובא לעיל הערה 2.

²² ועיין במשנת יעבץ (חוי"מ כא) שרצה לבאר יסוד זה, שהשבועה אינה סיוע לאמת טענת הנשבע אלא ערעור לטענת התובע וע"י זה מתרץ קושיית הנוב"י (מובאת בשו"מ תניינא סי' נב) מדוע יש ק"ו לעד המסייע שיפטור משבועה מכך שמחייב (לדברי מהר"ם מרוטנבורג), הרי לכאורה שבועה מנצחת את העד וא"כ מנין לומר שע"א יועיל לפטור במקום השבועה, הרי הוא ברור פחות טוב משבועה? ומבאר הרב ז'ולטי שאפשר שהשבועה לא מצליחה להכחיש העד אלא מבטלת את תביעת התובע וא"כ נשאר הק"ו שאם בכח העד לחייב גם יכול לפטור ובאמת אפשר שע"א יותר חזק משבועה. וא"כ מבואר, שאפשר להגדיר גם ע"א כמי שיוצר ספק בעיקר התביעה כיון שהוא עדיף משבועה (כמחויב מעשיית הק"ו של המהר"ם) ואם שבועה יוצרת ספק בתביעה א"כ כך גם ע"א. ולפי האמור במקום ספק חיוב שבועה מול ע"א לא נחייב שבועה מספק שכן עצם התביעה מסופקת.

²³ ע"פ הגדרה זו אפשר אולי להבין יותר דברי המהר"י"ט (א,קנא), שמתרץ הסתירה בדברי הטור שפוסק בסי' פז (ובעוד מקומות) שעד המסייע פוטר אף משבועת היסת כתוס' ורא"ש אך בסי' קמו פסק ע"פ דברי הרמב"ם במחזיק שהביא ע"א על כך שהחזיק ג"ש באכילת הפירות, שאע"פ שפטור מלהשיב הפירות חייב להישבע היסת. ולכאורה סותר דבריו מדוע לא יפטור ע"א את המחזיק כדין עד המסייע? ומתרץ המהר"י"ט וז"ל "דשאני התם דאפילו לדברי העד עדיין אפשר שהשדה אינו שלו ואכילתו בפירות בגזל היתה שלא העיד העד אלא שאכלה שני חזקה אבל לא העיד שהוא יודע שהוא שלו, וכיון דאפילו לדברי העד עדיין אפשר שהשדה אינו שלו, ישבע הסת ויפטור מאכילת פירות. אבל היכא דעד אחד מסייעו בעדותו פטור מן התביעה דודאי בנדון דידן פשיטא ופשיטא שפטור מן השבועה מהטעמים שכתב מהר"ם ז"ל, עכ"ל. ומבואר בדבריו שכיון שהעד אינו מעיד בודאי נגד התובע אינו פוטר מהיסת.

ולכאורה קשה, הרי לפטור מתשלום בעד הפירות שאכל, די בעדות העד, כיון שעדותו חשובה כראיה על בעלותו וא"כ מדוע לא יועיל לפטור מהיסת מדין עד המסייע? ולדברינו אפשר לבאר, שכאשר אין העד יודע מי הבעלים על השדה לא חשוב כמספק את טענת התובע וממילא יש מקום לחייב היסת. אך כאשר הע"א מכחיש התובע בוודאי, אין בכלל תביעה ברורה ולכן פוטר משבועה ואפילו מהיסת.

כמו שבארנו בספק אם חשובה פוגמת כתובתה ואין זה דומה לספק רמאות, שאז ברור שיש תביעה אך ספק מי דובר אמת.

אך קצוה"ח ונתה"מ סברו, שאין חילוק, ובכל מקרה שיש ספק חיוב שבועה בשבועת הנוטלים נחייב את הנוטל להישבע כיון ששבועה היא יכולת של ב"ד לברר הספק וממילא היא קודמת להוצאת הממון. וזהו חיוב, שאם אדם רוצה שבי"ד יתערב ויוציא ממון אז צריך לברר לבי"ד את תביעתו. ובחיוב שבועה של הנתבע ויש תו"ת, מחייבים אותו להישבע, כיון שיש לבי"ד ספק אמיתי לגבי הממון. ולשיטתם, שפוסקים שאפילו בתו"ת ויש חיוב שבועה מחייבים אותו להישבע, מוכח שגם במצב שהתביעה בספק (משום שיש עדות נגדית) מחייבים²⁴ בשבועה דאורייתא כשיש סיבה להסתפקות ב"ד (כשבועת שומרים ומודה במקצת) ולא שייכת לשיטתם טענת הנשבע שמוחזק בשבועתו. ולכך מתבאר גם מדוע משווים דין ספק פוגמת כתובתה לדין תובעת בתוך הזמן מול מיגו של הבעל.

ולפי דברינו צריך לומר, שקצוה"ח ונתה"מ אינם מקבלים²⁵ את הבנת המהר"יט ברא"ש, שפוטר משבועה אף באשה שבאה להוציא כאשר יש ספק אם חייבת שבועת הנוטלים או לא. או מפני שלומדים אחרת בדעת הרא"ש (כמובא לעיל הערה 2 בשם שו"ת בעי חי) או משום שפסק זה של הרא"ש לא נתקבל להלכה ולכן לא סוברים כך.

ה. טענת קים לי לפטור משבועה

אך במקום מחלוקת הפוסקים, שאומר הנתבע קים לי כדעה אחת, מבואר שגם לדעת הש"ך, קצוה"ח ונתה"מ לא מחייבים מספק. וצ"ב מדוע לא נאמר שלבי"ד יש ספק ונשביענו מספק?

ומצאתי בתשובת מהרש"ך (א,קכד) שמסתפק אם אפשר לטעון קים לי כדי להיפטר, במחלוקת הפוסקים בחיוב שבועה. ורצה לתלות דין זה במחלוקת הראשונים האם אומרים מיגו לאיפטורי משבועה או לא. וביאר שלדעת הר"י

²⁴ אך אפשר לבאר בדעת הש"ך, קצוה"ח ונתה"מ, שהבינו שהתביעה נשאת בעינה אף שיש עדות נגדה. או בגלל שמסלקים העדים בגלל העדות הנגדית, או שהעד שמאמת התביעה מחזק אותה בחזרה.

²⁵ אולי היה אפשר לחלק ולומר, שבספק פלוגתא גם קצוה"ח ונתה"מ יפטרו, משום שהאשה טוענת קים לי שאני פטורה, אך זה קשה מאוד שהרי הבעל שהוא מוחזק בממון יאמר קים לי שאת חייבת ולכן נראה שאין לחלק.

מגאש, שלא אומרים מיגו לאיפטורי משבועה, גם לא יוכל לטעון קים לי. ונראה לי שכוונתו שאם מיגו לא פוטר משבועה, זה בגלל שנחשב המחויב שבועה כמי שאינו מוחזק אלא התובע מוחזק בחיוב השבועה ולכך לא יועיל לו המיגו. ולכן גם לענין טענת קים לי אינו חשוב מוחזק, שיאמר שידוע שהוא פטור.

ונראה שאפשר להסביר בדעתו, שחיוב השבועה הינו חיוב שבי"ד מחייבים וכמ"ש לעיל בדעת הריטב"א, ולכך לא מועילה טענת מוחזקות לפטור משבועה בשום מקרה אף לא כשהמחויב טוען קים לי.

אך מבואר בכנה"ג סי' לה אות עד, שפוסקים רבים חלקו²⁶ על מוהרש"ך בזה ובראשם המוהר"י בן לב, שפסק שאפשר לטעון קים לי להיפטר משבועה. וכך הש"ך ושאר הפוסקים, פסקו כמהרי"ט שאפשר לטעון קים לי בשבועת הנפטרים ולא תלו זאת בדין מיגו לאיפטורי משבועה.

וא"כ בדעת קצוה"ח ונתה"מ צריך להוסיף באור, מדוע בספק רמאות בטענתו מחייב הרא"ש בדאורייתא וכן נחייב בתו"ת ואילו במקום טענת קים לי בכ"ז פוטרים?

ונראה שבי"ד מטיל שבועה מספק, כאשר הצורך לברר הוא מכח סיבה וודאית לחיוב השבועה ויש ספק בסיבה לפטור מהשבועה, באופן זה מחייבים מספק.²⁷ אך כאשר הספק הוא, האם בכלל יש כאן דין שמצריך את בי"ד לברר, באופן זה בי"ד אינם מחייבים שבועה. ועולה מזה, שהאפשרות לומר קים לי היא רק הסיבה שבגללה הספק מוגדר כספק בעיקר השבועה, שכן למי"ד אחד אין סיבה להסתפק וממילא בי"ד לא מצריך לברר.²⁸ ולפי זה ייתכן, שאף אם בספקות גמורים כתו"ת וכן ספקות שנשארו בגמי' כאיבעיא דלא איפשיטא נחייב שבועה מספק, מכיון שיש לפני בי"ד ספק בנאמנות התביעה ואין אפשרות לדון בממון לפני הברור לבי"ד. אך במקום שיש טענת

²⁶ בבאור מחלוקת הראשונים אם אומרים מיגו לאפטורי משבועה האריכו האחרונים בדרכים שונות, שאינן תלויות בשאלה אם חיוב שבועה הוא כלפי בי"ד או כלפי הנתבע. ועיין קוב"ש ח"ב סי' ו' וקה"י ב"ב כב.

²⁷ ועיין לעיל הערה 3.

²⁸ וכעין סברא זו עיי' קצוה"ח קגו, שמחלק בין מקרה שאדם טוען קים לי ונפטר גם כאשר בא להוציא ממוחזק לעומת מקרה בו יש ספק במציאות ועל המוציא להביא ראיה, ע"ש.

קים לי להפטר לא ברור כלל אם יש לבי"ד צורך לברר²⁹ מאחר ויש בזה מחלוקת הפוסקים ובאופן זה לא מחייבים מספק.

נראה שהחתי"ס, שפסק בסתם שבועה דאורייתא כר"ן³⁰ שבספק מחייבים, למד שזה חיוב כלפי בי"ד (כדעת הריטב"א) וא"כ כאשר יש סיבת חיוב ברורה אז מחייבים בספק, ורק בספק בדין שקיים אצל הדיין עצמו לא מחייבים שבועה, כיון שחיוב השבועה נמדד לפי הצורך של הדיין לברר ואם הדיין לא יודע מה ההלכה במקרה שלפניו אין זה חשוב כספק שצריך להתברר בבי"ד. אך בכל ספק אחר ואפילו ספק פלוגתא, כל הסיבות לחייב ולפטור ברורות ולכך זה דומה לספק של תו"ת שבי"ד מחויב לברר.

והגמ' (שבועות מ) שהשמיעה הרבותא בדעת ר"ג, שמחייב להישבע, זה רק בגלל שהגמ' עצמה הסתפקה בגדר הודאה ממין הטענה, אם טענו חיטים והודה בשעורים חשוב כמודה במקצת או לא ובה היינו פוטרים מספק אף בשבועה דאורייתא, ולכן כתבו התוס' שצריך כוח עדיף כדי לחייב.

ט. סיכום

בארנו שישנם שתי אפשרויות להגדיר את חיוב השבועה.

בדעת התוס' שבועות והתומים נראה, שכל חיוב שבועה דומה לחיוב ממון ולכך לא נחייב מספק.

ובדעת הריטב"א, קצוה"ח והנתיבות נראה, שהבינו שזה חיוב שבי"ד מטילים כדי לברר הספק שלפניהם. ולכן גם כשיש צד לפטור אפשר לחייב כדי לברר.

כ"כ בארנו בדעת הר"ן, שיש מקום לחלק בהגדרת השבועה בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן וע"פ זה נכריע אם לחייב מספק.

בארנו, שבין שני הצדדים כיצד להגדיר את חיוב השבועה תהינה נפ"מ לשני דינים בהם נחלקו האחרונים. (עד כנגד עד ומיגו לחייב שבועה).

²⁹ וחילוק זה יותר מובן ע"פ הסברא שנכתוב לקמן בהסבר דעת החתי"ס עיי"ש.

³⁰ ולשיטת החתי"ס מבואר שהתוס' והר"ן לא חולקים ולא כהסברנו שהר"ן סובר כריטב"א ויחלוק על תוס'.

עוד הבאנו מספר מקרים בהם מבואר, שבכלל לא נוצר ספק לביה"ד משום שעצם התביעה מסופקת ולא נאמנותה ובזה לכל הדעות נחייב שבועת הנוטלים אף מספק.

וכן הבאנו אפשרות, שבספק פלוגתא שבו ניתן לטעון קים לי לכל הדעות, נפטור נתבע מלהישבע.