

מקום, **איצטריך קרא**, צריך את חידוש התורה ש'אין נשבעין על הקרקעות', **להיבא** למקרה שתבע ממנו שתי קרקעות, והתובע מודה לו בשדה אחת⁽²⁾, ולמקרה **דחפר בה**, שחפר וקלקל את הקרקע שעליה הודה —

וכגון שחפר בה **בורות** [בור עגול], **שיחין** [בור ארוך וצר], **ומערות** [בור עם תקרה]⁽³⁾, כי היות וקלקל את הקרקע, אין הודאתו נחשבת 'הילך', שהרי אינו משיב בשלמות את אותה הקרקע שקיבל⁽⁴⁾.

אי נמי, לכך צריך את המיעוט שאין נשבעין בקרקעות, **להיבא דטענו**, שתבע ממנו גם **כלים** וגם קרקעות, והודה **בכלים**, והלה הודה על תביעת הכלים ולא אמר עליהם 'הילך', **וכפר בקרקעות**. ועל מקרה זה חידשה התורה, שאף על פי שהודאתו היתה על מטלטלין [ועליהם לא אמר 'הילך'], אף על פי כן פטור משבועה, משום שכפר בקרקעות, ואין נשבעים על כפירת קרקעות.

תא שמע להוכיח שהילך חייב שבועה, מהא:

דתני רמי בר המא —

כל שומר הטוען טענה הפוטרתו מלשלם, כגון שומר חנם הטוען 'נגנבה', או שומר

אפשר לומר שהתנא בא ללמדנו דין גלגול שבועה? והלא כבר **תנינא**, שנינו זאת במשנה במסכת קידושין: **זוקקין הנכסים שאין להן אחריות את הנכסים שיש להן אחריות לישבע עליהם?**

ומתצינן: **הכא, עיקר**, כאן התנא שנה את עיקר דין גלגול שבועה — אבל **התם, אגב גררא נסבה**. במשנה בקידושין התנא שנה זאת בדרך אגב.

א-ה ומקשינן: **ולמאן דאמר** שבהודאה במקצת באופן של "הילך", **פטור** משבועת מודה במקצת, תיקשי —

אמאי איצטריך קרא למעוטי קרקע משבועה? מדוע הוצרכנו [בשבועות מב ב] לדרוש מן הפסוק ולמעט שאין חיוב שבועה בתביעת קרקעות?⁽¹⁾ והרי, **הא כל קרקע, הילך הוא!** הרי כל המודה על תביעת קרקע, הרי זה כאילו אמר 'הילך', היות ומיד עם הודאתו, הקרקע עומדת ברשות בעליה —

ואם כן, גם לולי המיעוט שאין נשבעין על הקרקעות, לא היה חיוב שבועה בקרקע מדין 'הילך'?

ומשנינן: **אמר לך**, אף על גב שכל המודה בקרקע הרי זה כאילו אמר 'הילך', מכל

1. על פי תוס'.

2. כן הוא לפירש"י ועי' בהערה 4

3. עפ"י רש"י בבא בתרא יז א, ומקורו מהסוגיא בבבא קמא נ ב.

4. על פי רש"י. [ועיין במגיד משנה פרק ה'

מהלכות טוען ונטען הלכה ב', מה שכתב
בביאור דברי רש"י
שיטת רבינו יונה

בשטמ"ק הביא בשם רבינו יונה שנחלק על רש"י, וסובר כי גם אם חפר בקרקע בכל זאת זה נחשב כאילו אמר לו 'הילך', ואף על פי כן צריך את חידוש התורה שאין נשבעים על הקרקעות, כי לולי החידוש הזה הוא היה חייב שבועה על

וכדי שתהיה הודאה וכפירה, צריך השומר לכפור בפרה אחת לגמרי, ולטעון שלא קבלה מעולם [או שיטען 'החזרתי לך'], ולהודות בפרה אחת שהיא בידו, וחייב להחזירה [אבל טענת 'נאנסה' או 'נגנבה' או 'מתה מחמת מלאכה' אינה נחשבת לא כהודאה ולא ככפירה] —

ואם כן, נמצא שאין השומר נשבע על טענת 'נאנסה' או 'נגנבה', אלא אם כן תבע ממנו הבעלים שלש פרות, שבאחת מהן כפר, ועל אחת מהן הודה, ועל השלישית טוען נגנבה או נאנסה — ורק במצב זה, כיון שהיתה 'הודאה' ו'כפירה', חייב להשבע על טענת 'נאנסה' או 'נגנבה'.

ומוכיחה הגמרא: **חיבי דמי?** כיצד הודה לו על פרה אחת? **לאו**, האם לא מדובר כאן

שכר הטוען 'נאנסה', או שואל הטוען 'מתה מחמת מלאכה', הרי הוא חייב שבועה — וזוהי 'שבועת השומרים'.

וסובר רמי בר חמא, כי כדי שהארבעה שומרין יתחייבו שבועה, צריכין שתהיה בטענתם כפירה במקצת והודאה במקצת, ואם אינם כופרים במקצת ומודים במקצת אינם חייבים שבועה — וארבעת השומרים הם: שומר חנם, והשואל, נושא שכר, והשוכר!

וטעם הדבר הוא, משום שפרשת מודה במקצת נכתבה בתורה בתוך פרשת השומרים, ודרשו בגמרא שאין השומר מתחייב שבועה, אלא אם יודה במקצת וכפור במקצת.

הוא מסוגייתינו. שהרמב"ם פירש את הסוגיה שכוונת הגמרא לתרץ שצריך את הפסוק למקרה שתובע מחבירו תביעת נזיקין שהזיק לו שתי קרקעות, והלה מודה שהזיק רק קרקע אחת שבמקרה זה אינו צריך להשבע, ואף שהוא 'מודה במקצת' מכל מקום כיון שתובע ממנו 'דמי קרקע' הרי זה כאילו תובע ממנו קרקע — ואין נשבעין על הקרקעות.

ביאור הגר"ח בשיטת הרמב"ם

טעמו של הרמב"ם, ביאר רבינו חיים הלוי [שם], כיון שהמחייב של שבועת מודה במקצת הוא ההודאה והכפירה, אם כן, אין אנו דנין לפי מה שמשלם בפועל, אלא דנים על שורש התביעה. וכיון ששורש התביעה הוא על הקרקע, אף שתשלומי הנזק הם מטלטלין, מכל מקום, כיון שהתשלום הוא במקום הקרקע שהזיק, הרי הוא פטור משבועה מהדין שאין נשבעין על הקרקעות.

אף שהודאת הקרקעות הרי זה כהילך, מכל מקום, כיון שהודה שחפר וקלקל בקרקע, הרי זה כמודה בקרקע ובמטלטלין, שהרי מלבד מה שצריך להחזיר את הקרקע, חייב גם לשלם לו את נזקי הקרקע. והמודה בקרקע ובמטלטלין אינו נפטר משבועה, ועל זה בא הפסוק ללמדינו שכל הכופר בקרקע פטור משבועה.

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם יש לו שיטה חדשה בביאור הסוגיא. שכתב [פרק ה' מהלכות טוען ונטען הלכה ב'], התובע מחבירו ממון מחמת שהזיק לו את שתי מערותיו, והוא אומר לא חפרתי אלא במערה אחת, אינו חייב שבועה. ואף על גב שהוא 'מודה במקצת', בכל זאת פטור משבועה, משום דדמי קרקע הרי הן כקרקע, וכמו שאין נשבעין על תביעת קרקע הוא הדין דאין נשבעין על תביעת דמי קרקע!

וכתב שם המגיד משנה, שמקורו של הרמב"ם

כלום, וישנם עדים המעידים שאכן לזה הנתבע מן התובע, אלא שסכום ההלוואה היה חמישים זוז בלבד, נותן לו חמישים זוז כמו שהעידו העדים, ועל החמישים הנותרים ישבע הנתבע שאינו חייב לו. ושבועה זו נלמדת בקל וחומר מ'מודה במקצת'.

תא שמע, בוא ושמע ראה, מהא דתני אבה דרבי אפטוריקי, ששנה את דינו דרבי חייא קמייתא, באופן הפוך ממנו:

התובע מחבירו: מנה [מאה זוז] לי בידך; והלה מכחיש ואומר: אין לך בידי כלום — והעדים מעידים אותו שיש בידו המשים זוז, שיש עדים המעידים שאכן לזה הנתבע מהתובע, אלא שסכום ההלוואה היה רק חמישים זוז —

יכול, שמא תאמר, **ישבע** הלזה על השאר, על החמישים זוז הנותרים שהמלוה תובע ממנו [וכמו שחידש רבי חייא] —

תלמוד לומר, בפסוק שהתחדש בו דין שבועת מודה במקצת, **על כל אבדה אשר יאמר כי הוא זה**. ומשמע מלשון 'אשר

באופן **דאמר ליה הילך**, זו פרתך שאני מודה לך עליה.⁽⁵⁾

ומוכח, שגם באופן שאומר לו הילך, חייב בשבועת מודה במקצת!

ודחינן: **לא!** לעולם הילך פטור משבועה, וכאן מדובר שהשומר הודה ולא אמר הילך, וכגון **דאמר ליה הבעלים לשומר: שלש פרות מפירתי לך, ומתו כולהו**, כל השלש פרות בפשיעה. **ואמר ליה איהו, השומר טען לבעלים: הדא**, על פרה אחת שאתה תובע ממני אני אומר שלא היו דברים מעולם, אלא מסרת לי רק שתי פרות. **והדא**, הפרה השניה שאתה תובע, **מתה באונם**, ואני פטור מלשלם [ועל פרה זו חייב להשבע], **והדא**, הפרה השלישית שאתה תובע, **מתה בפשיעה**, דבעינא שלומי לך. אני מודה שעלי לשלם לך עליה. ונמצא **דלאו הילך הוא**, שהרי הפרה שהודה עליה, מתה, וכל הודאתו אינה אלא על חיוב דמיה.⁽⁶⁾

ועתה ממשיכה הגמרא לדון לגבי דינו הראשון של רבי חייא, שהתובע מחבירו מאה זוז, והלוה מכחיש ואומר אין לך בידי

5. נחשב להילך אלא אם הפקדון מזומן בידו לתת לתובע, אבל אם אינו מזומן ביד הנתבע אין זה הילך, כי אם נאמר שגם היכן שאין הפקדון בידו הרי זה הילך [ומשום שהפקדון בכל מקום שנמצא הרי הוא ברשות בעליו], אם כן, מדוע הגמרא לא מתרצת שהפרה אשר הוא מודה לו עליה עומדת באגם, ואין זה הילך — והראב"ד דחה את דבריו, דאין הכי נמי, שהגמרא יכלה לתרץ כן.

6. ועיין בפני יהושע שהקשה, מדוע הגמרא לא

5. רש"י פירש כאן על פי שיטתו שהובאה לעיל [ד א] שכל המודה בפקדון, אף על פי שאין הפקדון בידו הרי זה הילך, משום שהפקדון בכל מקום שהוא נמצא, שם בעליו עליו, ונמצא שמיד עם הודאתו, הפקדון עומד ברשות בעליו, ולכן הרי זה כהילך — והוא הדין כאן, אף על פי שהפרה אינה תחת ידי השומר, מכל מקום, כיון שמודה לו עליה, הרי זה כהילך, היות והפקדון, בכל מקום שהוא, שם בעליו עליו.

אבל בשיטה מקובצת לקמן דף צ"ז הביא שבעל המאור הוכיח מכאן שגם בפקדון אין

יאמר', שרק על הודאת פיו, שהוא מודה בעצמו על מקצת התביעה, אתה מחייבו שבועה, ואין אתה מחייבו שבועת מודה במקצת על העדאת עדים, שמעידים על כך שמקצת מתביעת המלוה היא נכונה. —

ומפורש מהלימוד בברייתא הזו, להיפך מדברי רבי חייא.

ותמהה הגמרא על עצם הקושיה מדברי אבוה דרבי אפטוריקי בברייתא, על רבי חייא:

וכי מתניתא [מדברי תנא הנשנים בברייתא] קא רמית [אתה מקשה] עליה דרבי חייא? ! הלא רבי חייא, תנא הוא נחשב, ופליגי! יש בידו לחלוק על דברי התנאים בברייתא. (7)

אלא שעדיין טוענת הגמרא:

והא קרא קאמר! הרי הוא הוכיח דין זה מלשון התורה, שמשמע ממנו שרק אם הודה בעצמו במקצת חייב שבועה. ומה יענה על כך רבי חייא?

ומשנינן: ההוא קרא, בא ללמד למודה מקצת הטענה. והיינו, גם רבי חייא מודה שהפסוק

בא ללמדנו רק את עיקר הדין, שהמודה במקצת הטענה חייב שבועה — אלא שמדין זה אנו למדים בקל וחומר, שגם אם כפר הכל, ועדים העידו שחייב במקצת, הרי הוא חייב שבועה (8). [וכמו שלמדנו לעיל ג ב].

ועתה מבארת הגמרא: ואבוה דרבי אפטוריקי, כיצד הוא הוכיח מהפסוק שאין חיוב שבועה בהעדאת עדים, והלא גם רבי חייא מודה שהפסוק מדבר רק על מודה במקצת, אלא שלמד בקל וחומר להעדאת עדים. —

אמר לך: כתיב 'הוא' וכתוב 'זה'. התורה האריכה בלשונה, וכתבה 'אשר יאמר כי הוא זה'. ואילו בא הפסוק רק כדי ללמד את דין מודה במקצת, די היה לו לכתוב לומר 'אשר יאמר כי הוא', או 'אשר יאמר כי זה'. ומכפילות הלשון של 'הוא וזה', יש ללמוד, כי קרא אחד בא ללמד את עיקר דין מודה מקצת הטענה שחייב שבועה, וחד קרא בא למעט העדאת עדים, ללמדנו דפטור משבועה.

ואידך, רבי חייא, אמר לך, שאין כאן מיעוט להעדאת עדים, אלא — חד בא ללמדינו את עיקר דין מודה מקצת הטענה שחייב שבועה,

דברי תנאים. — ולגירסה זו כתבו התוס' דמה דאמרין רבי חייא תנא הוא ופליגי' היינו שאף אם רבי חייא היה אומר דין זה מעצמו גם לא היה קשה.

8. דגם לאבוה דרבי אפטוריקי אין מיעוט שמונע ללמוד קל וחומר, אלא שאין במשמעות הפסוק שגם בהעדאת עדים יש חיוב שבועה — רש"י (ועל זה משנינן שיש מיעוט בפסוק המונע ללמוד קל וחומר).

תירצה בפשטות, שעל הפרה שהוא מודה לו עליה לא אמר הילך אלא טוען שמתה בפשיעה, ולמה הוצרכה הגמרא לומר שהבעלים תובע ממנו שג' הפרות מתו בפשיעה — עיין שם.

7. וכתבו התוס' שיש שגרסו לעיל בדברי רבי חייא 'תני רבי חייא'. והיינו שרבי חייא לא חידש דין זה מעצמו אלא שהביא דברי ברייתא, ולפי זה אין צריך להגיע לכך שרבי חייא תנא הוא ופליגי' שהרי אין אלו דברי רבי חייא אלא הוא

ליה כל יומא חיותא בסהדי. שהיו מוסרים לו בכל יום צאן לשמירה, בפני עדים⁽¹⁰⁾ —

יומא חד, יום אחד מסרו ליה את הצאן בלא סהדי, בלא עדים. לסוף⁽¹¹⁾ אמר להו, בסוף היום אמר להם: לא היו דברים מעולם! היום לא קבלתי מכם צאן לשמירה. ולאחר מכן אתו סהדי, באו עדים, אסחידו ביה דאכל תרתי מינייהו, והעידו שהרועה אכל באותו יום שתי בהמות מצאן הבעלים —

אמר רבי זירא: אם איתא לרבי חייא קמייטא, אם ההלכה היא כרבי חייא, שעדים המעידים על חיוב במקצת הטענה מחייבים אותו שבועה על השאר כאילו הודה הוא עצמו במקצת, הוא הדין כאן, כיון שהעדים העידו שחייב להחזיר את דמי שתי הבהמות שאכל — משתבע אשאר. חייב הרועה להשבע על שאר הצאן שכופר בו ואומר לא

וחד בא למודה ממין הטענה, ללמד שכדי להתחייב בשבועת מודה במקצת, צריך שההודאה תהיה באותו מין שהתובע טוען ממנו, אבל אם תבע ממנו חטיטין, וכפר בחטיטין והודה לו בשעורים, פטור⁽⁹⁾. —

ואידך, אבוה דרבי אפטוריקי, את דין מודה ממין הטענה, לית ליה: אינו סובר שצריך לחיוב שבועה שתהא ההודאה ממין הטענה. ולכך יכול הוא לדרוש מהפסוק שבהעדאת עדים אין חיוב שבועת מודה במקצת.

וסבר ליה אבוה דרבי אפטוריקי כרבן גמליאל.

דתנן: טענו חטיטין, והודה לו בשעורין, פטור, ורבן גמליאל מחייב:

ההוא רעיא, מעשה ברועה צאן, דהו מסרי

11. הגר"א [בשו"ע סי' פ"ז סקמ"ו, ובאורן בשנות אליהו ליקוטם סוף מסכת זרעים] פירש שמדובר באופן שכבר נשבע הרועה שבועת היסת קודם שבאו העדים. וגרסינן ולסוף אתו סהדי. והיינו, לאחר שנשבע. כי גרסת הגמרא לפנינו 'לסוף אמר להו לא היו דברים מעולם' אינה מובנת. שהרי כבר בתחילה, משעה שמסרו לו בלי עדים, מיד טען לא היו דברים מעולם — ומזה הביא הגר"א מקור למה שכתב שם השולחן ערוך, שאם כפר הכל ונשבע שבועת היסת, ולאחר מכן בא עד אחד והעיד נגדו שעליו לחזור ולהשבע שבועה דאורייתא. שהרי הגמרא כאן מקשה שלרבי חייא עליו להשבע שבועת מודה במקצת אף שכבר נשבע שבועת היסת. — ודברי הגר"א תמוהים, דהלא כאן כיון שבאו שני עדים והעידו שאכל שתי בהמות אם כן הוברר ששבועתו הראשונה שכפר הכל הייתה

9. ובמקרה זה פטור אף מהשעורים שעליהם הודה, כמבואר בתוס' כאן. והטעם בזה כתב רש"י [בבא קמא לה ב ד"ה פטור] כיון שהתובע אומר שלא נתן לו שעורים, מחל לו על אותם שעורים. ובתוס' [סנהדרין ו א ד"ה לא צריכא] כתבו, שהטעם הוא, כיון שלא תבע שעורין מודה הוא שאינו חייב לו שעורים, והודאת בעל דין כמאה עדים — ועי' פני יהושע.

10. וכתבו תוס' ד"ה מסרי, שצריך לומר שהיו מתנים עמו שיחזיר את הצאן בפני עדים, שהרי הדין הוא שהמלוה את חבירו בפני עדים אינו צריך לפרוע את החוב בפני עדים, אלא אם כן התנה עמו שיפרענו בפני עדים, ואם לא התנו עמו שיחזיר בעדים, אין מועיל מה שמסרו לו בעדים לחייבו להחזיר בעדים.

היו דברים מעולם.

אמר ליה אב״י: אם איתא, וכי אם ההלכה כרבי חייא, האם גם כאן **משתבע** הרועה על השאר? **והא,** והרי כאן יש כאן עדים שגזלן **הוא,** שהתברר בעדים שהוא שיקר במה שאמר לא היו דברים מעולם. והחשוד על הממון אינו יכול לישבע (12) —

[אבל בדינו של רבי חייא, אין הוא נחשב כחשוד על הממון, כיון שרבי חייא אמר את דינו בהלואה, ושם יש סברא לתלות שסיבת כפירת הלוח הוא אינו משום שהוא רוצה לגזולו אלא משום שאין לו כסף לפרוע, ולכן הוא משתמט לזמן קצר עד שיהא לו ממה לפרוע, ומשום כך אינו חשוד על הממון והשבועה. ואף באופן שכופר בפקדון, יש סברא לתלות שהפקדון אבד לו, והוא משתמט לזמן קצר עד שימצא את

הפקדון או עד ששיגי כסף לשלם תמורתו — מה שאין כן כאן, שיש עדים שאכל שתי בהמות שאינן שייכות לו, וגזלן הוא, ולכן אינו יכול לישבע].

ומשנינן: **אמר ליה רבי זירא לאב״י:** אין כונתי לומר שהרועה ישבע ויפטר, שהרי הוא חשוד על הממון ואינו יכול לישבע. אלא **שכנגדו קאמינא**.⁽¹³⁾ כונתי היא, שהתובע ישבע כמה בהמות מסר לרועה לשמור, ויטול ממנו — לפי שכך שנינו במסכת שבועות [מד ב], שאם נתחייב הנתבע שבועה, ואינו יכול להשבע משום שהוא חשוד על השבועה, תקנו רבנן שהתובע ישבע במקומו של הנתבע ויטול⁽¹⁴⁾. — וכיון שהרועה נתחייב שבועה מדינו של רבי חייא, ואינו יכול להשבע מחמת שהוא חשוד, ישבע המפקיד ויטול את בהמותיו.

שהחזיר ובשעה זו היה פסול לשבועה לכן אינו נשבע. — ובביאור הדבר כתב הקצות החושן דיסוד דעת הב״ח שגם אם השיב בכפיה את הגזילה כשר לשבועה, הוא משום שזהו תשובת הגזלן להשיב את האבידה, ואחר ששב בתשובה כשר לשבועה, ואם כן, זהו דוקא אם החזיר את הגזילה אבל כל זמן שלא החזיר עדין נחשב לגזלן ופסול לשבועה — ועי' מה שכתב בזה בקובץ שמועות במסכתין אות ג' בשם הגאון רבי אליעזר מטלז.

13. בגדר שבועת שכנגדו, עי' חזו"א סימן י' ס"ק ט"ו שהארין לבאר שאין הגדר שהפכו את השבועה מהנתבע לתובע, אלא הוא דין חדש שהתובע מחשוד עליו להשבע — ועי' לקמן.

14. והקשו התוס' מדוע אם אינו יכול להשבע

שבועת שקר, ולכן עליו לחזור ולהשבע, אבל במקום שלא הוברר ששבועת ההיסת הייתה בשקר יתכן שאין צריך להשבע, ומה ראייה היא מכאן. ועיין בחידושי רבי שמואל סימן ז' אות ג' שעמד בזה, יעוי"ש מה שביאר.

12. הב״ח [חו"מ סימן ל"ד סעיף ט"ו] כתב לחדש, דמי שגנב או גזל פעם אחת, והשיב את גזילתו, כשר לשבועה, ואף על פי שהשיב את הגזילה בעל כרחו על פי כפית בית דין, מכל מקום כיון שהשיב את גזילתו כשר לשבועה.

והקשה הקצות החושן מסוגיתנו שמבואר שהרועה נפסל לשבועה מחמת עדות העדים שהעידו שאכל שתי פרות, דלכאורה כיון שנתחייב להשיב על פי עדותם שוב כשר הוא לשבועה ומדוע פסלוהו. וכתב הקצות החושן דצריך לומר שכיון שנתחייב שבועה קודם

ומקשינן: הלא שבועה זו שנשבע הנתבע, אינה תלויה בדינו של רבי חייא, דהשתא נמי דליתא דרבי חייא, גם אם נקוט שאין ההלכה כרבי חייא, נחייביה, יש לחייבו שבועה מכח דינו של רב נחמן —

דתנן, כמו ששינו במשנה במסכת שבועות — הטוען מחבירו מנה [מאה זון] לי בידך, והנתבע משיבו אין לך בירי, ומעולם לא לויתי ממך, פטור הנתבע מלשלם — ואמר רב נחמן, אף שמעיקר הדין הכופר הכל

מחמת שהוא חשוד על השבועה הדין הוא שכנגדו נשבע ונוטל, ואילו בשאר מקומות שאינו יכול להשבע הדין הוא שמתוך שאינו יכול להשבע משלם.

ותירצו התוס' שבחשוד אי אפשר לומר 'מתוך שאינו יכול להשבע משלם' שאם כן, כל אחד יבא ויטען טענות שיביאו את החשוד לחיוב שבועה, והוא לא יוכל להשבע ויהיה חייב לשלם, ומתוך כך יטלו את כל אשר לו. (וכמו שביארו התוס' לקמן צח — א שכל אחד ילוח לאותו חשוד פרוטה ולאחר מכן יתבע ממנו את כל אשר לו, ואז החשוד יהא מודה במקצת שהרי יודה לו רק על אותה פרטה, ומתוך שאינו יכול להשבע יהא עליו לשלם את כל אשר לו.) ומשום כך תקנו שמי שאינו יכול להשבע מחמתת שהוא חשוד 'שכנגדו נשבע ונוטל'.

עוד תירצו התוס' שבכל מקום יכול התובע לומר לנתבע — אתה חייב לי שבועה דאורייתא, ואם כן, או שתשבע או שתשלם, ומתוך שאינו יכול להשבע משלם. אבל החשוד ברצון רוצה להשבע אלא שאנו אין מניחים אותו להשבע, ועל כן אין לו חיוב תשלומים ושכנגדו נשבע ונוטל.

וביאר החזון איש [ח"מ סי' ט' סק"ג] דמדאורייתא לא אכפת לנו במה שהחשוד רוצה להשבע, ואם אינו יכול להשבע עליו לשלם. אלא סברא זו שכתבו התוס' היא מדרבנן שראו חכמים לתקן לטובת החשוד שלא ישבע — ולפי דבריו אין חילוק בעיקר הדין בין תירוצי

התוס', ועיקר התירוצ' הוא שבחשוד תקנו רבנן שכנגדו ישבע, אלא שבתירוצ' הראשון כתבו התוס' שטעם התקנה הוא דאם לא כן יטלו את כל אשר לו, ובתירוצ' השני כתבו שטעם התקנה הוא משום שרוצה להשבע. ועי' שם בחזון איש שדייק את דבריו מלשון התוספות. [וכעין דברי החזון איש כתב בנודע ביהודה מהדו"ת].

אבל הקצות החושן [סימן ע"ה סקי"א] כתב שסברא זו שכתבו התוס' שהיכן שהנתבע רוצה להשבע ואינו יכול אין אומרים 'מתוך שאינו יכול להשבע משלם' — זוהי סברא דאורייתא. ואין זה רק טעם לתקנה דרבנן. והוכיח כן מהמשך הסוגיא. — וכן כתב הב"ח בסימן צ"ב. ובביאור דבריהם כתב בחידושי הגרנ"ט [וכן הוא בחידושי רבי שמואל סימן ז' באריכות] שתירוצ' זה סבר שגם שבועת חשוד מועילה, ומה דאמרינן שהחשוד על הממון חשוד גם על השבועה אין הכוונה שאין שבועתו שבועה אלא שאין מוסרים שבועה לחשוד מפני חילול ה' או משום לפני עור לא תתן מכשול, אבל אם נשבע הרי שבועתו מועלת מן התורה. ולכך אינו נחשב 'אינו יכול להשבע' ואף שמדרבנן הוא פסול לשבועה ויש לחייבו כדין כל שאינו יכול להשבע שמשלם, מכל מקום כיון שמהתורה יכול להשבע תקנו חכמים לכשנגדו שישבע ויטול.

וביסוד החילוק בין שני תירוצי התוס' ביאר בחידושי הגרנ"ט שהתירוצ' הראשון סבר שמהותה של שבועה הוא לברר את המעשה, ולכן החשוד על השבועה אין שבועתו מבררת

וכמו כן הדין שהחשוד על השבועה, ה-ב
 'שכנגדו נשבע ונוטל', גם הוא רק תקנה
 דרבנן, שהרי בדאורייתא מצינו רק שבועה
 הפוטרת מתשלומין ואין נשבעין מדאורייתא
 כדי ליטול —

והכלל הוא שרק לדינים דאורייתא תקנו
 רבנן תקנות, אבל **תקנתא לתקנתא לא**
עבדינן. חכמים לא תקנו תקנה על תקנתם,
 וכיון ששבועה זו של רבי נחמן היא מדרבנן,
 לא תקנו עליה עוד תקנה שאם אינו יכול
 להשבע שכנגדו נשבע ונוטל⁽¹⁷⁾, ולכך
 הוצרך רב זירא לדינו של רבי חייא, שבדרכי

פטור משבועה, מכל מקום תקנו חכמים
שמשביעין אותו שבועת היסת.⁽¹⁵⁾ וחייב
 לישבע על כפירתו.

ואם כן, אף ללא דינו של רבי חייא, כיון
 שהרועה חשוד על השבועה, ולכן אינו יכול
 לישבע שבועת היסת שהטילו חכמי על כופר
 הכל — ישבע הבעלים כנגדו ויטול⁽¹⁶⁾.

ודחינן: הרי כל דינו של **רב נחמן** שהכופר
 בכל חייב להשבע — **תקנתא היא**, הוא רק
 תקנה דרבנן, שהרי מדאורייתא כופר הכל
 פטור משבועה —

דברי הש"ך שהוכיח מכאן כהשיטות הסוברות
 שגם בשבועת היסת עליו להשבע בנקיטת חפץ
 כמו בשבועה דאורייתא. דאם אין צריך להשבע
 בנקיטת חפץ מאי מקשינן דגם ללא דינו של רבי
 חייא על שכנגדו להשבע מדרב נחמן, והלא יש
 נפק"מ אם נשבע מדרכי חייא או מדר"נ מדרכי
 חייא עליו להשבע בנקיטת חפץ מה שאין כן
 בשבועת היסת — ובהכרח שגם בשבועת היסת
 צריך להשבע בנקיטת חפץ. וכתב הקצוה"ח
 שכבר הובאה ראייה זו בעיטור. — אבל החזו"א
 [סימן י' ס"ק ט"ו] חלק על הש"ך על פי שיטתו
 שהובאה לעיל דשבועת שכנגדו אין זו אותה
 שבועה שהיה צריך להשבע הנתבע, אלא זוהי
 שבועה חדשה שחידשו חכמים שהתובע מחשוד
 צריך להשבע. ואם כן, אין נפקא מינה מה חומר
 השבועה שהיה על הנתבע להשבע, דלעולם
 שכנגדו נשבע רק שבועה קלה דרבנן.

17. עפ"י רש"י. אבל בקצוה"ח [סימן צ"ב
 סק"י] פירש שהתקנתא לתקנתא היא שעצם מה
 שתקנו רבנן שהחשוד אינו נשבע לא תקנו זאת
 אלא על שבועה דאורייתא ולא על שבועת היסת
 מדבריהם.

ובעיקר דברי הגמרא הקשו התוס' מדוע

את המעשה ונחשב שאינו יכול לישבע [אלא
 שרבנן פטרוהו], ובתירוץ השני סברו התוס'
 שאין ענינה של שבועה לברר את המעשה, אלא
 שיש דין תורה להשבע [כדי שיפרש על ידי
 שבועתו, ע"י בזה ב'חידושי רבי ראובן] ולצד זה
 שייך שבועה גם בחשוד אלא דדין תורה הוא
 שאין מוסרים שבועה לחשודים, אבל משום זה
 עדיין לא נחשב שאינו יכול להשבע' שהרי
 רוצה להשבע אם נניחנו ושבועתו שבועה.

ובעיקר קושית התוס' העיר הגרעק"א [בגליון
 הש"ס] מדוע הקשו זאת תוס' כאן, דהיה להם
 להקשות כן על עיקר הדין שנתחדש במשנה
 בריש פרק שביעי דשבועות שהחשוד על הממון
 שכנגדו נשבע ונוטל. — וע"י בתשובות
 החדשות סימן קי"א מה שתירץ.

15. מלשון הסתה, כיון שיש חזקה שאין אדם
 תובע אלא אם כן יש ממש בתביעתו, ואם כן,
 יש לתלות שהתביעה נכונה, משום כך חייבוהו
 חכמים לישבע להסיתו להודות — על פי רש"י
 כאן. וברש"י בשבועות מ — ב פירש שהוא
 מלשון 'שומא' שהשיתו עליו חכמים להשבע.

16. הקצות החושן [סימן ע"ה ס"ק י"ז הביא