

זה יפסלנו לעדות. (46)

והשתא, דאמר רב אשי לפי רב הונא שאמר כי כל שומר שמודה שלא שמר כראוי ומוכן לשלם, חייב גם להישבע שאין החפץ ברשותו. [חוששים שמא עיניו נתן בפקדון ומוכן לשלם את ערכו ובלבד שישאר אצלו].

ולפי דבריו אלו, קשה: מהו החשש האמור במשנתנו שמא יוציא המלוה את המשכון. והרי, נחייב את המלוה להישבע שאינו ברשותו, כדין כל שומר, וממילא לא קיים החשש שמא יוציא המלוה את הפקדון שהרי נשבע שאינו ברשותו,

ותירץ רב אשי, **דקיימא לן** שכך הוא דין משנתנו:

זה, המלוה נשבע מתקנת חכמים שהמשכון אינו ברשותו. וזה הלוח, נשבע שבועת מודה במקצת מדאורייתא כמה היה המשכון

שזה. ואם כן, שלמעשה שניהם נשבעין, אמאי קאמר תנא דמתניתין "מי נשבע — מי שהפקדון אצלו"?

אלא **הכי קאמר**: באמת שניהם נשבעין (47) [וכפי שעולה בדינו של רב אשי] ודין המשנה הוא: **מי נשבע תחלה — מי שהפקדון אצלו.** (48)

כי אם נאמר שהלוה ישבע תחילה, יש לחשוש שמא **ישבע זה הלוח**, ואז לא ישבע המלוה את שבועתו שאינה ברשותו, אלא אדרבה, **ויוציא חלה את הפקדון** ויוכיח ששיקר הלוח בשבועתו.

אמר שמואל: האי מאן דאוזפיה אלפא זוזי לחבריה, ומשבך ליה עבור חובו קתא דמגלא [בית יד לאחיזת המגל, ששויו מועט, ואינו עומד בשום יחס של הלואה לאלף זוז, ובכל זאת:]

וא' שבועה דרבנן, הרי שאין כל דין קדימה למחויב שבועה דאורייתא. שהרי כאן הלוח חייב שבועת מודה במקצת דאורייתא ואילו המלוה חייב שבועה דרבנן [שאינה ברשותו] ולא היה כל צד בגמרא להקדים את שבועת הלוח משום שהיא דאורייתא!

אולם בריטב"א בבא מציעא [לה א] כתב, הא דסלקא דעתך שהלוה נשבע תחילה, הוא משום ששבועתו היא מדאורייתא. ודלא כהשבות יעקב. ואמנם יש ליישב דברי הריטב"א מראית השבות יעקב ועיין בתומים [סימן פז ס"ק טו].

ובקצות החושן [טו ס"ק ד'] הביא את דברי השבות יעקב, והכריע ששבועה דרבנן שמחמתה יורדין לנכסיו, הרי היא שוה לשבועה דאורייתא לענין קדימה. והוא לכאורה שלא כדברי הריטב"א.

46. כך פירש רש"י במשנתנו. והקשה הר"ח בבבא מציעא והביאו התוס' כאן [וכל הקשה הרשב"א], וכי אנו אחראין לרמאין שלא יפסלנו?

ור"ח פירש שהחשש הוא שמא יוציא חלה את הפקדון, ונמצא שנשבע הלוח שבועה לבטלה. וכן משמע בדברי רי"ף שהחשש הוא שמא יוציא חלה את הפקדון ונמצא שם שמים מתחלל.

47. בשער המשפט סוף סימן כ"ד הביא מתשובת הגאונים שבשנים המחויבים שבועה זה לזה נזקקין לתובע שישבע תחילה.

48. השבות יעקב סימן קנא הוכיח מכאן שכאשר יש שנים החייבים שבועה, א' שבועה דאורייתא