

ר' אברהם משניות

לעילוי נשמות

סבי מורי ר' דב ב"ר יעקב הכהן משניות זצ"ל

שנתבקש לישיבה של מעלה בעת כתבי שורות אלו

ביום ג' שבט ה'תשס"ט

ואשתו סבתי מרת חיה ב"ר שמחה ע"ה

ת.נ.צ.ב.ה.

## בדין מתוך שאינו יכול ישבע משלם בחשוד / ה.

### תוכן

- א. ביאור במחלוקת שני תירוצי התוס' האם שייך מעיקר הדין משאיל"מ בחשוד
- ב. יסוד הביאור הנ"ל הוא שנחלקו בגדר דין משאיל"מ ובגדר השבועה
- ג. ג' דרגות של אינו יכול לישבע
- ד. ביאור בדעת ההגהות אשרי והנפק"מ בינו לבין התוס'
- ה. ביאור הגרנ"ט במחלוקת שני תירוצי התוס'
- ו. קושיא על ביאורנו בתוס' מהא דשניהם חשודים ודעת הנוב"י בשיטת התוס'
- ז. תירוץ התפארת ישראל- בועז
- ח. תירוץ הגר"ש רוזובסקי
- ט. תירוץ נוסף לקושיא הנ"ל ע"פ התוס' לק' (צח).
- י. ביאור דברי התוס' ד"ה ותקנתא
- יא. סיכום

### א. ביאור במחלוקת שני תירוצי התוס' האם שייך מעיקר הדין משאיל"מ בחשוד

אומרת הגמ' (ה.): "ההוא רעיא וכו' א"ר זירא אם איתא לדרי' חייא קמייתא משתבע אשאר. א"ל אביי אם איתא משתבע, והא גזלן הוא, א"ל שכנגדו קאמינא".

**ובתוספות** (ד"ה שכנגדו) הקשו: "וא"ת מאי שנא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל, אמאי לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, כדאמר גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ובנסכא דר' אבא". ותירצו: "וי"ל הכא אי אמרי' משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו. ועוד, דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם, אבל הכא הוא ברצון יישבע אם נניחנו, ולכך לא ישלם". וצ"ב במה נחלקו תירוצי התוס'.

ובפשטות נראה שהתירוץ הראשון סובר שדין שכנגדו נשבע ונוטל הוא תקנה לטובת החשוד, שאם לא היינו מתקנים כן לא שבקת ליה חיי, אולם התירוץ השני סובר שדין זה הוא תקנה לטובת התובע שיטול ולא יפסיד. ולפי"ז מבואר, שהתירוץ הראשון סובר שללא תקנת שכנגדו נשבע ונוטל היה מתקיים כאן דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, שבזה לא שבקת ליה חיי, ולכן תיקנו לטובתו שכשנגדו ישבע ויטול. אולם התירוץ השני סובר שגם ללא התקנה לא היה מתקיים כאן דין משאיל"מ, כי יש כאן סברא עצמית לפוטרו, שברצון היה נשבע, ואינו דומה לחמשין לא ידענא ולנסכא דר' אבא, ולכן התקנה היא רק לטובת התובע שיכול עכ"פ ליטול בשבועה ולא יפסיד כל תביעתו.

וביאר הב"ח (חוי"מ צב, יא - יב) לפי"ז את מחלוקת הרמב"ם עם ה"ר ישעיה והרמ"ה שהביא שם הטור, גבי שומר שהיה חשוד וטען שאבד הפיקדון או נגנב, שבזה הכשנגדו אינו יכול לישבע, שכן אינו טוענו ודאי שאכלו, שלרמב"ם פטור מלשלם, ולה"ר ישעיה ולרמ"ה ישלם מכיוון שחייב שבועה דאורייתא ואינו יכול לישבע מפני שהוא חשוד. וביאר הב"ח שה"ר ישעיה והרמ"ה סוברים כתירוץ הראשון שבתוס', שמעיקר הדין שייך דין משיאל"מ גם בחשוד, והתובע נוטל בלא שבועה, ורק מפני התקנה דשבקת חיי תיקנו שכשנגדו ישבע ויטול, אבל כאן בשומר לא שייך שבקת חיי, שכן מי הכריחו להיות שומר, ועוד שהשבועה כאן הגיעה אל השומר רק ע"י המאורע שאבד או נגנב, ולא ע"י עצם טענת התובע.<sup>29</sup> ולכן בזה לא תיקנו כלל שכשנגדו ישבע ויטול, אלא העמידוהו על דין תורה דמשיאל"מ. אולם הרמב"ם סובר כתירוץ השני בתוס' שמעיקר הדין לא שייך דין משיאל"מ בחשוד, אלא רק בחמשיין לא ידענא ובנסכא דר' אבא, אלא שתיקנו לטובת התובע שיכול ליטול בשבועה, ואם אינו יכול לישבע ולממש זכותו, יפסיד התובע, והשומר החשוד יהיה פטור לגמרי, כי לא שייך בו דין משיאל"מ.

גם קצות החושן (סי' עה, יא) למד כן בדברי התוס', והביא ראיה לתירוץ השני מדברי הגמ' בהמשך הסוגיא: "השתא נמי דליתא לדר' חייא, נחייביה מדרב נחמן, דתנן וכו', ואמר רב נחמן משביעין אותו שבועת היסט. דרב נחמן תקנתא היא, ותקנתא לתקנתא לא עבדינן".

והנה בשלמא אם נאמר כתירוץ השני שמעיקר הדין אין דין משיאל"מ בחשוד, וא"כ מה שהשכנגדו נוטל זה גופא תקנתא, א"כ מובן היטב מדוע בשבועה דרבנן, לא שייך לתקן שכנגדו נשבע ונוטל, שבזה הווי תקנתא לתקנתא, התקנתא הראשונה היא השבועה דרבנן, והתקנתא לזה שאם אינו יכול לישבע אותה, יטול השכנגדו בשבועה. אולם אם נאמר כתירוץ הראשון, שמעיקר הדין יש דין משיאל"מ בחשוד, א"כ מה שהשכנגדו נוטל אינו תקנתא אלא הוא מעיקר הדין, וכל התקנתא היא רק שישבע כדי ליטול מה שמגיע לו מן הדין, וא"כ אין כאן תקנתא לתקנתא במה שנוטל.

ולתוספת ביאור נראה שכוונתו, שאם מה שנוטל הוא מעיקר הדין וכל התקנה היא רק שצריך לישבע על זה, א"כ זו תקנה מצד התובע להחמיר עליו, ואין לזה שייכות לשבועה שמחויב הנתבע לישבע, שהיא תקנה מצד הנתבע להחמיר עליו, ולכן אין כאן תקנתא לתקנתא לא מצד מה שנוטל ולא מצד מה שנשבע. משא"כ אם מעיקר הדין לא שייך בחשוד משיאל"מ, ומה שנוטל השכנגדו הוא מתקנה, א"כ יש כאן תקנתא לתקנתא, שכן בזה שתי התקנות הן מצד הנתבע להחמיר עליו: א) עצם השבועה דרבנן שהוא התחייב. ב) שאם אינו יכול לישבע, השכנגדו יוכל ליטול ממנו בשבועה.

אמנם הקצה"ח יישב הסוגיא גם לפי התירוץ הראשון, לשיטתו (צב, א), שחשוד על השבועה פסול רק מדרבנן, אך מדאורייתא נותנים לו לישבע, וא"כ שפיר הווי תקנתא לתקנתא. ולדברינו הנ"ל הביאור בזה הוא, שבזה יש כאן שתי תקנות להחמיר על הנתבע: א) עצם השבועה דרבנן שהוא התחייב. ב) מה שאינו יכול לישבע. אך לפי יישוב זה תתפרש הגמ' שתקנתא לתקנתא לא עבדינן באופן אחר, שכאן לא יתקנו שיהיה פסול לשבועה, וא"כ יוכל לישבע, וממילא א"צ לתקן שהשכנגדו ישבע ויטול. אולם יש להעיר, שלא כ"כ משמע כן פירוש הגמ', אלא משמע יותר כמו שהיה הפירוש עד עכשיו, שכאן לא יתקנו שכשנגדו ישבע ויטול כי אם יתקנו זאת זה יהיה תקנתא לתקנתא.

<sup>29</sup> משא"כ במורה במקצת שילוה לו מעט ויתבענו הרבה ויהיה מודה במקצת כפי האמת ולא יוכל לישבע ויפסיד כל אשר לו, שמזה איננו יכול להימלט, והתביעה עצמה גורמת להפסד זה, ולא רק איזה מאורע שיכול להתרחש.

ומ"מ מבואר מדברי קצה"ח שאף הוא למד ששני תירוצי התוס' נחלקו האם מעיקר הדין שייך דין משאיל"מ בחשוד או לא.

### **ב. יסוד הביאור הנ"ל הוא שנחלקו בגדר דין משאיל"מ ובגדר השבועה**

וידוע לבאר ביסוד מחלוקת תירוצי התוס', שנחלקו בגדר דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, האם הוא מעיקר הדין או שהוא דין חדש? וביסוד הדברים השאלה היא מהו עניין השבועה? האם השבועה היא רק אפשרות להיפטר מחובת תשלומין, או שזהו דין בפ"ע?

אם נאמר שהשבועה היא רק אפשרות להיפטר מחובת תשלומין, אי"כ יש כאן מעיקר הדין חובת תשלומין, רק שחידשה התורה שאפשר להיפטר ממנו ע"י שבועה, וממילא אם לא ישבע חוזר כאן הדין המקורי שחייב לשלם, וזהו דין משאיל"מ שהוא מעיקר הדין. אולם אם נאמר שהשבועה היא דין בפ"ע, שעיקר חיובו הוא רק לישבע בלבד, אי"כ י"ל שמעיקר הדין אין כאן חובת תשלומין כלל, ורק אם לא נשבע נוצר כאן חיוב חדש של תשלומין, וזהו דין משאיל"מ שהוא דין חדש.

ובזה מבוארים שני תירוצי התוס', האם ללא תקנת שכנגדו נשבע ונוטל, היה בחשוד דין משאיל"מ. לפי האופן הראשון, שהשבועה היא רק אפשרות להיפטר מחובת תשלומין, וא"כ יש כאן מעיקר הדין חובת תשלומין, ודין משאיל"מ הוא מעיקר הדין, אי"כ אף בחשוד אמור להתקיים דין משאיל"מ, כי סוף סוף אינו נשבע, ואינו עושה את המעשה הפוטרו מחובת התשלומין, ורק משום התקנה לא מתקיים בו דין זה, וזהו התירוץ הראשון בתוס'. אולם לפי האופן השני, שהשבועה היא דין בפ"ע, ואין כאן מעיקר הדין חובת תשלומין, ורק אם לא ישבע יחול כאן דין חדש של משאיל"מ, בזה י"ל שבחשוד לא יחול דין זה, מכיוון שברצון היה נשבע, וא"צ לזה תקנה מיוחדת ששכנגדו ישבע, ולכן תקנה זו היא לטובת התובע שלא יפסיד.

### **ג. ג' דרגות של אינו יכול לישבע**

ולתוספת ביאור בחילוק שבין חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ונסכא דר' אבא לבין חשוד, יש לומר, דהנה לכאורה יש הבדל בין חמשין לא ידענא לבין נסכא דר' אבא. שהרי בחמשין לא ידענא הוא אכן לא יודע ואינו יכול לישבע באמת, אולם בנסכא דר' אבא הוא אכן יודע וברצון היה נשבע שחטף את שלו, ומה שאינו יכול לישבע, הוא משום שאין לו מחייב לשבועה זו, שכן המחייב שלו הוא עד אחד, היוצר חיוב שבועה להכחישו, וזה אינו יכול כיוון שמודה לו בזה שחטף. וא"כ מבחינה מסוימת נסכא דר' אבא דומה לחשוד שברצון היה נשבע על טענתו אם היה לו חיוב על כך, וא"כ אי יכולתו אינה עצמית אלא חיצונית, מצד מחייב השבועה ולא מצד ידיעתו, וזה דומה לחשוד שגם בו אי יכולתו היא חיצונית מצד הבי"ד שאינו מאמין לו, שזה רק מצד אישיותו ולא מצד ידיעתו, משא"כ בחמשין לא ידענא, שאי יכולתו היא עצמית מצד אי ידיעתו.

וע"כ צ"ל שיש ג' דרגות של "אינו יכול":

- (א) חמשין לא ידענא, שזו אי יכולת עצמית מצד אי ידיעתו וכנ"ל, וזהו "אינו יכול" הגדול ביותר.
- (ב) נסכא דר' אבא, שאמנם יש לו ידיעה ואי יכולתו אינה עצמית אלא חיצונית מצד מחייב השבועה וכנ"ל, אולם סוף סוף אי יכולתו נובעת מחמת טענתו, שטען טענה שאינו יכול לישבע עליה, ובזה הוא דומה לחמשין לא ידענא, שאף שם טען טענה שאינו יכול לישבע עליה, וזהו "אינו יכול" אמצעי.

ג) חשוד, שיש לו ידיעה ואף טען טענה שיכול לישבע עליה, אלא שמצד אישיותו אין הבי"ד מאמין לו, וזהו "אינו יכול" הקטן ביותר.

ועפ"י יבוארו דברי התוס' היטב, שהגדר של "אינו יכול" שבו מתחדש דין משאיל"מ, הוא דווקא באינו יכול אמצעי ומעלה, שעכ"פ טען טענה שאינו יכול לישבע עליה, ויש א"כ חסרון בטענתו, אך לא באינו יכול קטן שאין חסרון בטענתו ומצד זה היה יכול לישבע.

#### ד. ביאור בדעת ההגהות אשרי, והנפק"מ בינו לבין התוס'

הנהגה בהגהות אשרי כתב ג"כ תירוצים אלו שבתוס', אך מדקדוק דבריו נראה שהגדרים בזה שונים. וז"ל:

"וגם לא אמרי' משאיל"מ אלא בשבועה דאורייתא, כגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, התם אמרינן משאיל"מ, שכנגדו אפילו שבועה אין צריך, דאמר ליה עליך השבועה או תשבע או תשלם. אבל בחשוד איכא למימר הכי, דברצונו היה נשבע אם היו מניחין אותו, הלכך שכנגדו נשבע. ותו אם היה שכנגדו שקיל בלא שבועה, לא שבקת חיי לכל החשודים, שהיו מביאים אותו<sup>30</sup> לידי שבועה דאורייתא, והיו לוקחין מהן בלא שבועה. וגבי נסכא דר' אבא נמי שקיל בלא שבועה הווי טעמא כיוון שהעד מחייב שבועה שלא חטף, ואין יכול לישבע, שמודה שחטף, אומר לו או תשבע או תשלם, וכיוון שאין יכול לישבע משלם, וכשנגדו אפילו שבועה אין צריך".

ומדבריו נראה שהוא מחלק בין חמשין לא ידענא לבין נסכא דר' אבא, שהרי לא כללם יחד כפי שהתוס' כללום. וצ"ב הרי הסברא שביניהם לבין חשוד, לכאורה נראית שווה, שבשניהם אומר התובע לנתבע או תשבע או תשלם ואילו בחשוד ברצון היה נשבע אם היינו מניחים אותו, ומדוע חילקם ההגהות אשרי?

וע"פ דברינו נראה לבאר שההגהות אשרי סובר כפי מה שכתבנו לחלק בין חמשין לא ידענא, ששם אי יכולתו לישבע היא עצמית, מצד אי ידיעתו, לבין נסכא דר' אבא ששם אי יכולתו היא חיצונית, שהיא רק מצד המחייב. וסובר ההגהות אשרי שכדי לומר דין משאיל"מ שהוא דין חדש, לא מספיקה דרגת אינו יכול אמצעית כמו בנסכא דר' אבא, אלא צריך דרגת אינו יכול גבוהה כמו בחמשין לא ידענא. ולכן צ"ל שדין משאיל"מ בנסכא דר' אבא אינו דין חדש, כיוון שאינו מספיק "אינו יכול" כדי ליצור כאן דין חדש, אלא בזה דין משאיל"מ הוא מעיקר הדין, שאם לא נשבע, מאיזו סיבה שתהיה ממילא חוזר עליו חיוב תשלומין.

והביאור בזה נ"ל ע"פ מה שידוע לחקור בדין עד אחד שמחייב שבועה, האם הוא באמת מחייב גם ממון כמו שני עדים, אלא שבזה אפשר להיפטר ממנו ע"י השבועה, משא"כ בשני עדים שמחייבים אותו ממון שא"א להיפטר ממנו ע"י שבועה, או שכוחו של העד אחד הוא רק לחייב שבועה ותו לא מיד.

והנה לפי הצד הראשון בחקירתנו במהות השבועה, שהיא רק אפשרות להיפטר מחובת תשלומין, א"כ בכל חיוב שבועה ישנו חיוב תשלומין מעיקר הדין, וה"ה יהיה בעד אחד, שהוא אכן מחייב ממון, רק שאפשר להיפטר ממנו ע"י שבועה.

אולם לפי הצד השני שבשבועה סתם אין חיוב תשלומין מעיקר הדין, אלא זהו דין בפ"ע, יש לדון לגבי עד אחד. דהנה אפשר לומר שאכן שבועת עד אחד אינה שונה משאר השבועות וגם בה אין חיוב תשלומין

<sup>30</sup> אולי צ"ל אותם.

מעיקר הדין. אולם אפשר לחלק ביניהם, שכן בעד אחד השבועה מתחייבת בעקבות ידיעה שהביא לנו העד אחד, ואילו בשאר השבועות כגון מודה במקצת השבועה מתחייבת בעקבות חשד שמא הוא משתמט, אך אין לנו שום ידיעה על סיפור המעשה. וא"כ י"ל שעד אחד הוא כשני עדים לחייב ממון, שהרי אף שם יש חיוב ממון בעקבות הידיעה שהביאו לנו העדים, וא"כ י"ל שכל ידיעה על סיפור המעשה גורמת לחיוב ממון, שהרי מצד הידיעה אין הבדל בין אם אמרוה שנים לבין אם אמרה אחד, אלא התורה חידשה שבעד אחד ישנה אפשרות להיפטר מחיוב הממון ע"י שבועה, ולכן אם לא ישבע ממילא ישלם, ודין זה הוא מעיקר הדין.

וכך י"ל שסובר ההגהות אשרי, ולכן חילק בטעם שייכות דין משאיל"מ בין חמשין לא ידענא לבין נסכא דר' אבא, שבחמשין לא ידענא הוא דין חדש ואילו בנסכא דר' אבא הוא מעיקר הדין.

ואפשר לומר שכך מדוקדק קצת בלשונו, שגבי חמשין לא ידענא כתב: "דאמר ליה עליך השבועה או תשבע או תשלם", ואילו גבי נסכא דר' אבא כתב: "אומר לו או תשבע או תשלם", ולא כתב גם שאומר לו "עליך השבועה". ואפשר שדקדק כך מהטעם הנ"ל, שבחמשין לא ידענא, השבועה היא דין וחייב בפ"ע, ורק אם לא נשבע נוצר חיוב חדש של משאיל"מ, ולכן הסיבה לחייבו ממון הוא משום שעליו היתה מוטלת השבועה. אולם בנסכא דר' אבא ישנו חיוב ממון מעיקר הדין והשבועה היא רק אפשרות להיפטר ממנו, וא"כ הסיבה לחייבו ממון אינה משום שעליו היתה מוטלת השבועה ולא נשבע אותה, אלא משום שכך הוא עיקר הדין, ואם לא מימש זכותו לישבע ולהיפטר ממילא ישלם. ולכן בזה הטענה כלפיו היא רק "או תשבע או תשלם". ואכן התוס' כתבו שטענת התובע כלפי הנתבע היא: "עליך השבועה או תשבע או תשלם", משום שלשיטתם בין בחמשין לא ידענא ובין בנסכא דר' אבא, חובת התשלומין כשלא נשבע היא דין חדש הנובע מחובתו הראשונית לישבע.

נמצאנו למדים שמחלוקת התוס' בתירוצם השני עם ההגהות אשרי תלויה בגדר עד אחד. התוס' סוברים שעד אחד מחייב רק שבועה, ודין משאיל"מ שבו הוא דין חדש ככל משאיל"מ, אולם ההגהות אשרי סובר שעד אחד מחייב גם ממון אלא שיש אפשרות להיפטר ממנו ע"י שבועה, ודין משאיל"מ שבו הוא מעיקר הדין.

ולפי"ז י"ל נפק"מ בחשוד שחייבו עד אחד שבועה. לפי התוס' י"ל שאף בזה מעיקר הדין אין דין משאיל"מ משום שברצון היה נשבע, משום שכל שבועה היא דין בפ"ע ואינה רק אפשרות להיפטר מחובת תשלומין, ודין משאיל"מ הוא דין חדש שאינו נאמר במקרה של חשוד, ולכן גם בזה שכנגדו נשבע ונוטל, כדין כל חשוד, שעושים בזה תקנה לטובת התובע. אולם לפי ההגהות אשרי י"ל שבזה מעיקר הדין יש דין משאיל"מ, משום שבעד אחד יש חובת תשלומין מעיקר הדין, והשבועה היא רק אפשרות להיפטר ממנו, ואם לא ישבע מאיזו סיבה שתהיה, ממילא יהיה חייב לשלם, כיוון שלא מומשה זכותו להיפטר. ובזה שבועת כשנגדו יכולה להיות רק מטעם דשבת חיי, שהיא תקנה לטובת הנתבע, אך אפשר שבזה אין משום לא שבת חיי, שכן לא שייך לומר שכל העולם יביאוהו לידי שבועת עד אחד ויטלו כל אשר לו, שכן אין לחשוש שמא כל העולם ישכרו עליו עד שקר, משא"כ בשבועת מודה במקצת שכ"א יכול להלוות לו פרוטה ולתובעו כל אשר לו ויהיה מודה לו במקצת כפי מה שבאמת לוח ממנו וחייב לו, ומתוך שאינו יכול לישבע יטול כל אשר לו בלא שבועה, וכמ"ש התוס' לקמן צח. (ד"ה מתוך).

אמנם ע"י בשו"ת **נודע ביהודה** (מהד"ת חו"מ סי' ט"ז) שכתב שגם בשבועת עד אחד שייך לא שבת חיי "שכל אחד ימציא לעצמו עד אחד נגד החשוד", ולכן כתב שם שאף אם התובע טוען שמא ואינו יכול לישבע, לא יטול בלא שבועה משום שבת חיי, שכ"א ימציא לעצמו עד אחד נגד החשוד ויטעון שמא.

ולפניי י"ל שאכן בסתם חשוד שחייבו עד אחד שבועה, לא תהיה הנפק"מ הנ"ל, ואף להגהות אשרי שכנגדו ישבע ויטול, משום שבקת חיי, אולם י"ל שמה שהסיק מזה הנוב"י שאף אם התובע טוען שמא, לא ישלם בלא שבועה, הוא תלוי במחלוקת הנ"ל ועדיין יהיה נפק"מ. שלפי התוס' אכן לא ישלם אף אם אין התובע יכול לישבע, אלא שלפי התוס' כלל א"צ לזה טעמא דשבקת חיי, כיוון שבלא"ה הם סוברים שמעיקר הדין אין דין משאיל"מ בחשוד, ומהיכא תיתי לחייבו. אולם לפי ההגהות אשרי אכן י"ל שישלם בלא שבועת שכנגדו, ולא כמו שהסיק הנוב"י, ואע"פ שיש כאן משום שבקת חיי, כיוון ששבקת חיי אינו טעם המבטל דין משאיל"מ, אלא רק מועיל לתקן ששכנגדו ישבע ויטול, אך כשהתובע טוען שמא לא שייכת תקנה זו, ומכיוון שסוף סוף יש כאן מעיקרא חובת תשלומין, שא"א להיפטר ממנה ע"י שבועה ואף לא ע"י תקנת שבועת שכנגדו, ממילא נחזור לדין המקורי ומשאיל"מ.

### ה. ביאור הגרנ"ט במחלוקת שני תירוצי התוס'

והנה מדברי הגרנ"ט (סי' קמב) נראה לכאורה שביאר באופן שונה מעט את יסוד המחלוקת בין שני תירוצי התוס'. והוא האם גדר השבועה הוא ברור, שע"י השבועה הוא מברר את המעשה, ואם אינו יכול לברר ע"י השבועה צריך לשלם, או שהשבועה היא חיוב שהטילה עליו התורה, ואם אינו רוצה לישבע צריך לשלם. והנפק"מ בזה היא בחשוד, שהוא יודע מה היה ורוצה לישבע, אך אין ברור בדבריו. אם נאמר שהשבועה היא ברור, א"כ אף אם יקפוץ וישבע, אין שבועתו שבועה, שכן לא בריר כאן שום דבר, ויתקיים בו דין משאיל"מ. אולם אם נאמר שהשבועה היא חיוב, א"כ אם יקפוץ וישבע, שבועתו תהיה שבועה, ויקיים בזה את חובו, ויהיה פטור מלשלם. וא"כ י"ל שהתירוץ הראשון סובר ששבועה היא ברור, ולכן אף בחשוד שייך מעיקר הדין דין משאיל"מ, ורק מפני תקנת חכמים דשבקת חיי, שכנגדו נשבע ונטול. אולם התירוץ השני סובר ששבועה היא חיוב, והרי הוא ברצון היה נשבע, רק שאנו איננו מניחים אותו לישבע ולקיים חובו, וא"כ המניעה היא מצידנו, שהרי אם היה קופץ ונשבע, שבועתו היתה שבועה, ובה י"ל שלא יתקיים כאן דין משאיל"מ, אלא יהיה כעיקר דינו.

אולם נראה לומר, שאין ביאור זה שונה מביאורנו, אלא הוא תוספת ביאור על כך, שכן זהו גופא יסוד וטעם למה שחקרנו האם השבועה היא אפשרות להיפטר מחובת תשלומין או שזהו דין בפ"ע. שהרי צ"ב כיצד יכולה שבועה לפטור מחובת תשלומין? ודוחק לומר שזו גזה"כ בעלמא בלא טעמא. אמנם הביאור בזה י"ל כדברי הגרנ"ט הנ"ל, שאם אנו רואים בשבועה ברור הדברים, א"כ אתי שפיר כיצד היא יכולה לפטור מחובת תשלומין, שכן התברר בשבועתו שדבריו נכונים והוא פטור מלשלם. וממילא מובן ג"כ שאם אינו יכול לברר דבריו ע"י השבועה, שיהיה חיוב לשלם, כי אין כאן מה שיפטרהו מתשלומין, וזהו דין משאיל"מ שהוא מעיקר הדין.

אולם אם איננו רואים בשבועה ברור הדברים, א"כ ע"כ צ"ל שאין כאן חובת תשלומין מעיקר הדין, שא"כ כיצד תפטור השבועה את חובת התשלומין, אלא וודאי שיש כאן חיוב שבועה בלבד, ואם אינו נשבע נוצר כאן חיוב חדש של תשלומין, וזהו דין משאיל"מ שהוא דין חדש.

אלא שלפניי לא נוכל לומר מה שביארנו בדברי ההגהות אשרי הנ"ל, שכן אם בשבועה בעלמא אנו אומרים שאין בה ברור, אלא היא חיוב ודין בפ"ע, שאינה באה לפטור מחובת תשלומין עיקרית, א"כ כיצד ייתכן לומר שעד אחד מחייב תשלומין והשבועה היא רק באה לפטור ממנו, הרי אין כאן ברור שיפטור מחובת התשלומין?

וע"כ צ"ל שאף אם נאמר ששבועה היא חיוב ודין בפ"ע אין זה אומר שאין כאן בירור, אלא הכוונה היא רק שא"צ להגיע ע"י השבועה לבירור, כיוון שהוא חיוב, ולכן אף בחשוד אם יקפוץ וישבע שבועתו שבועה כיוון שמילא חובתו אע"פ שאין בשבועתו בירור. אמנם כל זה הוא בשבועה בעלמא, אך בשבועת עד אחד סובר ההגהות אשרי, ע"פ דברינו, שיש כאן חובת תשלומין עיקרית, שכן עד אחד מחייב ממון, אלא שיש אפשרות להיפטר ממנו ע"י שבועה, ובזה וודאי שנצטרך להגיע ע"י השבועה לבירור, ואכן בנתבע בעלמא יש גם בירור ע"י שבועתו ומועיל לו להיפטר מחיוב הממון דעד אחד, אולם בחשוד אכן אין בירור ע"י שבועתו, ומעיקר הדין יהיה שייך בו משאיל"מ וכנ"ל. ואמנם קשה להעמיס כוונה זו בדברי הגרנ"ט, אולם כך נלע"ד לפי דברינו הנ"ל, שמצד אחד הכרחנו את סברת הגרנ"ט ומצד שני ביארנו בדברי ההגהות אשרי שסובר שעד אחד מחייב ממון וכו'.

ומ"מ, עפ"י כתב הגרנ"ט לבאר דברי התוס' בב"ק (קח. ד"ה 'ותרי'), גבי הא דבעי התם ר"פ תרי כפילי בחד גברא מהו, וכגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים, וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים. וכתבו התוס' וז"ל:

"מחמת שנעשה פסול בשבועה שניה, משעה שנמצא שקרן בראשונה, אין לפוטרו, משום דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל כדמוכח בשבועות, דקתני "ושכנגדו חשוד על השבועה", ומשמע התם דמדרבנן הוא, וכיוון דמדאורייתא שבועתו שבועה, מחייב כפל".

כלומר שהוקשה לתוס', כיצד ייתכן שיתחייב כפל ע"י שבועתו השניה, הרי כיוון שהוא חשוד על השבועה כבר משבועתו הראשונה, א"כ הוא פסול מלישבע שבועתו השניה, ואין שבועתו שבועה? ולזה תירצו שפסול חשוד הוא מדרבנן, אבל מדאורייתא שבועתו שבועה, ולכן מצד זה יוכל להתחייב כפל על שבועתו השניה. אך צ"ב ראייתם מדין שכנגדו חשוד על השבועה שנשבע ונוטל, שפסול חשוד הוא רק מדרבנן.

ומבאר הגרנ"ט ע"פ הנ"ל, שכוונתם לתירוץ השני שבתוס', ששבועה היא חיוב, ובחשוד אנו איננו מניחים לו לקיים חיובו, אך אם היה קופץ ונשבע, אכן שבועתו שבועה, ולכן מעיקר הדין לא מתקיים בו דין משאיל"מ, ומה שכנגדו נשבע ונוטל הוא דין דרבנן שיכול ליטול בשבועה. וממילא מבואר מזה שפסול חשוד הוא רק דין דרבנן, וזה מש"כ התוס' בב"ק. אולם לפי התירוץ הראשון, ששבועה היא בירור, וזה לא מתקיים אצל החשוד, א"כ אף אם יקפוץ וישבע אין שבועתו שבועה, ומעיקר הדין שייך בו דין משאיל"מ, וא"כ פסולו הוא מדאורייתא, ומה שכשנגדו נשבע ונוטל הוא לא תקנה דרבנן שיכול ליטול, אלא התקנה היא לטובת החשוד שמה שיטול התובע יהיה ע"י שבועה.

#### **ו. קושיא על ביאורנו בתוס' מהא דשניהם חשודים ודעת הנוב"י בשיטת התוס'**

והנה ידוע להקשות על ביאורנו בתירוץ השני של התוס' מהא דאיתא במשנה בפרק כל הנשבעין (שבועות מה.): "היו שניהן חשודין חזרה השבועה למקומה דברי ר' יוסי, ר' מאיר אומר יחלוקו". ובגמ' שם (מז.):

"חזרה שבועה למקומה. להיכן חזרה? א"ר אמי רבותינו שבבבל אמרו חזרה שבועה לסיני. רבותינו שבארץ ישראל אמרו חזרה שבועה למחויב לה. אמר רב פפא רבותינו שבבבל רב

ושמואל וכו', רבותינו שבא"י ר' אבא, דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה וכו', א"ל ר' אבא הוה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם".

ומבואר בגמ' דלמאן דאית ליה משאיל"מ אף בחשוד שייך דין זה, וזהו דין דחזרה שבועה למחויב לה שבניהם חשודים. ואע"פ שר' אבא איירי שאינו יכול לישבע מצד טענתו, שבגללה אינו יכול להכחיש העד, משא"כ בחשוד שמצד טענתו יכול לישבע וברצון היה נשבע, אלא שאנו איננו מניחים אותו לישבע, מ"מ הגמ' אינה מחלקת ביניהם. וא"כ בשלמא לתירוץ הראשון, שסובר שמעיקר הדין שייך דין משאיל"מ בחשוד, ורק משום שבקת חיי תיקנו לטובתו שהשכנגדו ישבע, אתי שפיר שבניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומשאיל"מ, כיוון שא"א לממש את התקנה שלטובתו, וממילא עלינו לחזור לדין המקורי. אולם לפי ביאורנו בתירוץ השני, שסובר שמעיקר הדין לא שייך משאיל"מ בחשוד, מדוע שבניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומשאיל"מ, הרי כלל אין בחשוד דין משאיל"מ? ועי' בקובץ **שיעורים** בבא בתרא (אות קמז) שהניח קושיא זו בצ"ע.

ואכן בשו"ת **נודע ביהודה** (מהד"ת חו"מ סי' ט"ו) כתב לבאר, שאף התירוץ השני שבתוס' סובר שמעיקר הדין שייך דין משאיל"מ בחשוד, ומש"כ התוס' שברצון היה נשבע אם נניחנו, הוא סיבה לכך שתיקנו שבועת שכנגדו. וא"כ שני תירוצי התוס' נחלקו מהי סיבת תקנת שכנגדו, האם משום שבקת חיי או משום שברצון היה נשבע. וז"ל:

"וידע מעלתו שדברי הב"ח בח"מ סי' צב, שכתב דלהרמב"ם ס"ל אידך שינויא בתוס' בפ"ק דמציעא, דלא שייך בחשוד משאיל"מ וכו', הם שלא בדקדוק, דוודאי גם לתירוץ השני של התוס', מצד דין תורה דחשוד משלם, רק שכיוון דעכ"פ הוא רוצה לישבע תיקנו חכמים שלא ישלם עד שישבע שכנגדו, וזה ברור".

ומכיוון שאין חילוק בין שני תירוצי התוס' בדין משאיל"מ, כי לפי שניהם יש עליו חיוב מעיקר הדין ורק רבנן פטרוהו, א"כ י"ל ג"כ שאין ביניהם חילוק בגדרי השבועה ובגדי דין משאיל"מ. ושניהם יכולים לסבור ששבועה היא אפשרות להיפטר מחובת תשלומין, ואם לא נשבע ממילא חלה עליו חובת תשלומין, וזה שייך אף בחשוד, אלא שתיקנו לטובתו שהשכנגדו ישבע ויטול. וכמו"כ שניהם יכולים לסבור ששבועה היא חיוב ודין בפ"ע, ואם לא נשבע אז חל חיוב חדש של תשלומין, אלא שמדין התורה זה שייך בכל מי שלא נשבע, ואין חילוק בין הסיבות השונות מדוע הוא לא נשבע, ורק רבנן באו ותיקנו בחשוד שהשכנגדו ישבע ויטול, או משום שבקת חיי או משום שיש סברא לחלק בינו לבין שאר אלו שאינם נשבעים.

ומ"מ לפי"ז מבואר שפיר מדוע שכשניהם חשודים וא"א לממש את התקנה, חזרה שבועה למחויב לה ומשאיל"מ, כפי עיקר דינא דאורייתא.

וכן כתב **החזון איש** (חו"מ סי' ט"ו ס"ק ג') לבאר בדעת התוס' מפני קושיא זו. וכתב עוד **שהרשב"א** ו**הר"ן** בריש פרק כל הנשבעין (שבועות מד:): סוברים ג"כ שמדינא יש בחשוד דין משאיל"מ.

אולם כשנתבונן בדברי הרשב"א שם נראה אף יותר מכך, שאכן אף תירוץ זה שברצון היה נשבע וכו' סובר שזה רק טעם לתקנה שכנגדו ישבע, אך באמת מדינא שייך דין משאיל"מ בחשוד. דהנה הקשה שם הרשב"א, מדוע מונה המשנה שם דין שכנגדו חשוד על השבועה שנשבע ונוטל יחד עם כל הנשבעין ונוטלין, הרי המשנה מונה את אלו שמעיקר הדין הם פטורים מלשלם, ורק מתקנת חכמים שכנגדו נשבע



ונוטל<sup>31</sup>, ואילו חשוד מעיקר הדין צריך לשלם, שהרי אינו יכול לישבע, וכדרי' אבא, ורק מתקנת חכמים החמירו על התובע שיטול בשבועה? ותירץ ש"כיוון דאיהו טעין ברי ובעי לאישתבועי, אלא דאנן לא שבקינן ליה, הווה ליה כאילו החמירו עליו ושיטול שכנגדו". ומדבריו מבואר שסברא זו שברצון היה נשבע וכו', אינה אומרת שמעיקר הדין באמת לא שייך בחשוד דין משאיל"מ, אלא רק שטעם התקנה כאן הוא כאילו מחשיב שהתקנה היא שאנו מחמירים עליו שאפשר בכלל ליטול ממנו ע"י שבועה, ולכן אפשר למנותו יחד עם שאר הנשבעין ונוטלין שבמשנה, אבל באמת התקנה היא לחומרת התובע שמטעם זה מה שיטול יטול בשבועה.

וכן משמע ברשב"א בבבא בתרא (לד.) גבי נסכא דר' אבא שכתב וז"ל: "ו"משלם" דקאמרינן, משלם ולא צריך שכנגדו לישבע, ואינו דומה לחשוד דשכנגדו נשבע, דהתם הוא דאיהו בעי לאישתבועי מאי דחייבתו תורה ואנן לא שבקינן ליה, ועוד דאי לא תימא הכי לא שבקת חיי לכל חשוד, הילכך רמו רבנן שבועה על שכנגדו".

ומבואר בדבריו ששני הטעמים האלו באים לומר רק מדוע תיקנו חכמים שהתובע צריך לישבע, אך לא לומר מדוע תיקנו שהנתבע צריך לשלם, והיינו משום שמעיקר הדין הוא מחויב לשלם, ורק תיקנו להחמיר על התובע שמה שיטול יטול בשבועה. וכן משמע על זה הדרך, גם בשו"ת הרשב"א (ח"ב סי' קי) עי"ש.

## ז. תירוץ התפארת ישראל - בועז

אולם בפירוש המשנה תפארת ישראל - בועז (שבועות פרק ז' אות ג') כתב לבאר שאכן רבותינו שבבבלי ורבותינו שבא"י נחלקו בשני תירוצי התוס' ע"פ ביאורנו.

דהנה הוכחת הגמ', שרבותינו שבבבלי, שאמרו חזרה שבועה לסיני, הם רב ושמואל, היא מדתנן: "וכן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה", והווינן בה דה"ק: "וכן היתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה". ואמרו רב ושמואל: "לא שנו אלא שמת מלווה בחיי לווה, אבל מת לווה בחיי מלווה כבר נתחייב מלווה לבני לווה שבועה, ואין אדם מוריש שבועה לבניו". כלומר שבמת לווה בחיי מלווה אין יורשי המלווה יכולים לישבע את השבועה עצמה שהיה חייב אביהם שלא נפרע החוב, מכיוון שאין הם יודעים בעסקי אביהם, ומה שהם יכולים לישבע זה רק שבועת שלא פקדנו אבא, אך היא כבר שבועה אחרת, שאין עליה חיוב, וא"כ יש כאן ממון שיש עליו חיוב שבועה שאינם יכולים לישבע אותה, ולכן אינם יכולים לגבות חובם. א"כ מבואר שרב ושמואל סוברים שאם אין התובע יכול לישבע וליטול, התובע מפסיד ואין הנתבע משלם, וה"ה י"ל שיהיה בשניהם חשודים, שאם אין התובע יכול לישבע וליטול, התובע מפסיד ואין הנתבע משלם, וזהו דין דחזרה שבועה לסיני.

אך קשה מה הראיה בזה, הרי ביתומים חיוב השבועה מעיקרא היה מוטל על הצד התובע, ואילו בשניהם חשודים חיוב השבועה מעיקרא היה מוטל על הנתבע, וא"כ אדרבה יש להוכיח משם להיפך, שאם מי שהשבועה מוטלת עליו מעיקרא אינו יכול לישבע, יפסיד. וא"כ בשניהם חשודים על השבועה יפסיד הנתבע וישלם; ועי"ש שהביא נסיון לתירוץ אך דוחה אותו.

<sup>31</sup> שאל"כ הרי יש עוד הרבה שנשבעין ונוטלין כגון הפוגמת כתובתה וכו' וכן המכיר כליו וספריו ביד אחר ( - הר"ן שם).

והאריך שם לבאר שקודם רב ושמואל אמרו שחזרה שבועה לסיני מסברא דנפשייהו ומתוך כך אמרו את דינם לגבי יתומים שאם מת לוה בחיי מלווה אין יורשי המלווה נשבעין ונטליו, ולא כפי שנראה על פניו מפשט הגמ' שמדינם לגבי יתומים למדנו סברתם לגבי שניהם חשודים<sup>32</sup>. אך עדיין צ"ב סברתם, הרי מעיקרא השבועה מוטלת על הנתבע, וטפי מסתבר שיפסיד הוא וכדברותינו שבא"י?

ומבאר שהדבר תלוי בשני תירוצי התוס' הנ"ל ע"פ ביאורנו, שנחלקו האם שייך מעיקר הדין מדאורייתא דין משאיל"מ בחשוד. דהנה וודאי לפי שני תירוצי התוס' בחמשין לא ידענא יש דין משאיל"מ מדאורייתא, וכמו שדרשו שם מהפסי' "שבועת ה' תהיה בין שניהם" – ולא בין הירשים, והעמידו שם בטוען חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, שבזה חייב האב לשלם מתוך שאינו יכול לישבע, ולזה איצטריך קרא למעט הירשים. אלא שהתירוץ הראשון סובר שה"ה יש בחשוד דין משאיל"מ מדאורייתא, ורק רבנן תיקנו ששכנגדו ישבע כדי ליטול מה שמגיע לו מעיקר הדין משום שבקת חיי, והתירוץ השני סובר שחשוד שונה מחמשין לא ידענא משום שהוא טוען ברי ורוצה לישבע, רק שאיננו מניחים לו, ומהיכ"ת שבזה חידשה התורה שנוציא ממנו ממון, כמו בחמשין לא ידענא.

ולפי"ז מבאר שרבותינו שבא"י, ר' אבא, סובר כתירוץ הראשון, ולכן בשניהם חשודים חוזר הדין דמשאיל"מ, שבזה אין חשש דלא שבקת ליה חיי, דאטו כל העולם חשודים! ועוד שאם השכנגדו ג"כ חשוד יזהר הנתבע שלא להתחייב לו שבועה. אולם רבותינו שבבבל, רב ושמואל, סוברים כתירוץ השני, וא"כ מה שכנגדו נשבע ונטל הוא קנס לחשוד ותקנה לטובת התובע, ולכן כשניהם חשודים מסתברא טפי לקנוס למוציא משנקנוס למחזיק. ונ"ל שכוונתו בזה שאם נקנוס לנתבע, זהו כעין קנס כפול עבורו, שגם קנסוהו שהשכנגדו יכול להוציא ממנו בשבועה, וגם קנסוהו שאם השכנגדו אינו יכול לישבע, שיוציא ממנו בלא שבועה.

אולם קשה לביאורו, שבגמ' שם מבואר שרב ושמואל כלל אינם שסוברים דין משאיל"מ, שכן נאמר שם: "ורב ושמואל האי שבועת ה' מאי קדרשי ביה? מיבעי ליה לכדתניא שמעון בן טרפון אומר, "שבועת ה' תהיה בין שניהם", מלמד שהשבועה חלה על שניהם", וא"כ אין לומר שהתירוץ השני בתוס' הוא בשיטת רב ושמואל, מכיוון שאף תירוץ זה סובר דין משאיל"מ בחמשין לא ידענא ובנסכא דר' אבא.

#### ח. תירוץ הגר"ש רוזובסקי

<sup>32</sup> ותמצית דבריו היא: דהנה יש להקשות עוד מהיכן אמרו רב ושמואל דלא שנו אלא שמת מלווה בחיי לוה אבל מת לוה בחיי מלווה יפסידו יורשיו, הרי במשנה אין חילוק כזה, וא"כ י"ל אדרבה שלעולם יגבו יורשי המלווה אף כשמת הלווה תחילה ואינם יכולים לישבע, וא"כ יתקיים כאן דין משאיל"מ אפי' התובע, ישלם הנתבע, וה"ה יהיה בשניהם חשודים? אלא ע"כ צ"ל שאין הוכחת הגמ' שמדינם של רב ושמואל לגבי יתומים נלמד מהי סברתם לגבי שניהם חשודים, שהרי יש לחלק ביניהם ונכ"ל שביתומים השבועה מעיקרא מוטלת על התובע ובחשודים על הנתבע, אלא הלימוד הוא להיפך שדין היתומים נלמד מדין דשניהם חשודים. דבשלמא אם הם סוברים בשניהם חשודים שמפסיד התובע אם אינו יכול לישבע, והיינו שחזרה שבועה לסיני, אע"פ שהשבועה מעיקרא מוטלת על הנתבע, כ"ש שביתומים מן היתומים אם מת הלווה בחיי המלווה, שבזה השבועה מעיקרא מוטלת על התובע, שיפסידו יורשיו אם אינם יכולים לישבע. אך אם הם סוברים בשניהם חשודים שמפסיד הנתבע אם אינו יכול לישבע, לא הוא ולא התובע שכנגדו, והיינו שחזרה שבועה למחויב לה, א"כ י"ל הק"ו בהיפך, ומה בשניהם חשודים שהנתבע טוען ברי ועוד אין עליו חיוב ממון מעיקרא אלא רק חיוב שבועה, בכ"ז הוא מפסיד מתוך שאינם יכולים לישבע, כ"ש שביתומים, שבני הלווה הנתבעים אינם טוענים ברי וגם יש עליהם חיוב ממון מעיקרא, שישלמו מתוך שאין התובע יכול לישבע. ואע"פ שיש לחלק כנ"ל, שהרי השבועה לא היתה מוטלת עליהם מעיקרא, מ"מ מג"ל לרב ושמואל לאוקמי סתם מתני' דווקא במת המלווה תחילה? אע"כ הם סוברים מסברא דנפשייהו שבשניהם חשודים מפסיד התובע, ומזה למדו ק"ו שביתומים אם מת הלווה תחילה יפסידו יורשי המלווה וכו"ל.

והגר"ש רוזנבסקי (שיעורי ר' שמואל אות פא) כתב ליישב הקושיא הנ"ל ע"פ דברי הגרנ"ט דלעיל שהתירוץ השני סובר ששבועה היא חיוב וא"צ להגיע בה לבירור, ולכן אם החשוד יקפוץ וישבע שבועתו שבועה, ומכיוון שרוצה לישבע ואנו איננו מניחים לו, אין עליו דין משאיל"מ מעיקר הדין ורק רבנן תיקנו שיוכל התובע ליטול בשבועה, ומזה למדו התוס' בב"ק שפסול חשוד הוא מדרבנן. דהנה י"ל שמה שתיקנו שהשכנגדו יוכל ליטול ע"י שבועה, הוא מדין משאיל"מ, שכיוון שמדרבנן הוא פסול לשבועה, אי"כ מדרבנן צריך לחול כאן דין משאיל"מ, ולכן שכנגדו יוכל ליטול, אך כיוון שרק מדרבנן הוא נוטל, תיקנו שלא יטול אלא בשבועה, וזהו הגדר בדין שכנגדו נשבע ונוטל<sup>33</sup>. וא"כ י"ל גם כן שמה שבשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומשלם, הוא משום דמדרבנן שייך שפיר דין משאיל"מ בחשוד, ואע"פ שלזה תיקנו שהשכנגדו ישבע כדי ליטול, מ"מ כששניהם חשודים ואינו יכול לישבע, חזר הדבר למקומו ולעיקר דינו מדרבנן ששייך כאן דין משאיל"מ, ומשלם בלא שבועה.

### ט. תירוץ נוסף לקושיא הנ"ל ע"פ התוס' לקמן (צח).

ולענ"ד נראה עוד ליישב דברי התוס' באופן אחר. דהנה לקמן (צז): איתא דרב נחמן אית ליה דין משאיל"מ בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא. ובתוס' שם (ד"ה הי"ט) הקשו, דכאן משמע דר"נ אית ליה משאיל"מ, ואילו בשבועות (מז). גבי שניהם חשודים על השבועה פסק כר' יוסי דאמר יחלוקו, וחולק בזה על ר' אבא שהוא רבותינו שבא"י, שמשמע שם שפסק כר"מ שאמר חזרה שבועה למקומה, שלפי פירושו כוונתו חזרה שבועה למחויב לה, ומשאיל"מ. וא"כ משמע שר"נ לית ליה משאיל"מ! ותירצו דר"נ מעמיד משנתנו כר"מ ואליבא דר' אבא, אך ליה ס"ל כר' יוסי.

אך הקשו עוד התוס', דבב"ב (לד). גבי נסכא דר' אבא משמע דהלכה כר' אבא ומשאיל"מ ומצד שני הא קי"ל הלכה כר"נ בדיני! ועוד הקשו דבגמ' בשבועות (מח): גבי יתומים מן היתומים הביאו שוב דברי רב ושמואל, הסוברים דבמת לווה בחיי מלווה, אין יורשי המלווה נפרעים, משום שאינם יכולים לישבע ומפסידים, ור' אלעזר שם חולק וסובר שלעולם בני הלווה משלמים אף אם מת לווה בחיי מלווה. ואמרו שם בגמ' דעביד כמר עביד ודעביד כמר עביד, ולא הזכירו שם כלל דעת ר"נ שפוסק כר' יוסי בשניהם חשודים, וא"כ הי"נ יפסוק יחלוקו!

ותירץ ר"ת שאכן בנסכא דר' אבא ובחמשין לא ידענא הלכה כר' אבא דמשאיל"מ ובזה מודה גם רב נחמן, ובשניהם חשודים הלכה כר"נ ובזה מודה אף ר' אבא שיחלוקו. והטעם שאף דין יחלוקו נובע מדין משאיל"מ, שהרי שם שניהם מחויבים שבועה ואינם יכולים לישבע, ולכן שניהם מפסידים כ"א החצי, מדינא דר' אבא דמשאיל"מ, שכאן הוא מופעל פעמיים גם כלפי התובע וגם כלפי הנתבע. ומה שאמרו בגמ' שרבותינו שבא"י אמרו שחזרה שבועה למחויב לה והיינו דר' אבא, י"ל שכוונתם היא רק שר' אבא יפרש כך את דברי ר"מ שאמר חזרה שבועה למקומה, משום דס"ל בעלמא משאיל"מ, אי"כ מה שר"מ אמר שחזרה שבועה למקומה ע"כ כוונתו למחויב לה, ודין משאיל"מ מופעל כאן רק פעם אחת, כלפי מי

<sup>33</sup> אמנם מהלשון הכתוב בספר נראה שגם ביאור זה נכלל בדברי הגרנ"ט ורק מכאן ואילך הם דברי הגר"ש, אך כשנעיין בחידושי הגרנ"ט שם לא נמצא ביאור זה, וכנראה צ"ל שאף זה הוא מדברי הגר"ש. אולם מכיוון שהן "חידושי הגרנ"ט" והן "שיעורי ר' שמואל" הם ליקוטים הערוכים מכתבי וסיכומי התלמידים, לא נוכל לדעת בבירור סדר השתלשלות הסברות הנ"ל, ואין לנו אלא מה שענינו רואות.

שמחויב שבועה מעיקרא. אולם גם דינו של ר' יוסי שיחלוקו הוא מדין משאיל"מ וכנ"ל, ולהלכה יכול לר' אבא לסבור כמותו<sup>34</sup>.

אולם הקשה עליו ר"י:

א) הגמ' שם (מח): מדייקת שר"נ מסתפק גבי יתומים מן היתומים לפסוק כרב ושמואל, והקשו שם הרי ר"נ סובר בשניהם חשודים יחלוקו כר' יוסי, וא"כ לית ליה דרב ושמואל! אך לפי ר"ת קשה מה מקשה הגמ', הרי אף דינם של רב ושמואל נובע מאותו דין של משאיל"מ, אלא דסבירא להו שמי מוטלת עליו השבועה יפסיד, ושם הרי השבועה מוטלת על התובע, ולכן פסקו שיפסידו יורשי המלווה. וא"כ ר"נ יכול לסבור את רב ושמואל! ועיי"ש ניסיון לתירוץ ודחייתו.

ב) כיצד מוכח מיתומים, שרבותינו שבבבל, שהם רב ושמואל, סוברים שחזרה שבועה לסיני? הרי י"ל שמה שהם פסקו ביתומים שבני המלווה מפסידים הוא משום שהשבועה מעיקרא היתה מוטלת עליהם, שהם הצד התובע, ועל המחויב שבועה חל הדין דמשאיל"מ מפסיד. אבל בשניהם חשודים הם יכולים לסבור יחלוקו כר"נ, שבזה שניהם מחויבים שבועה ואינם יכולים לישבע, או אפילו יכולים לסבור חזרה שבועה למחויב לה, כי בזה עיקר השבועה מוטלת על הלווה!<sup>35</sup>

ולכן מסיקים התוס', שוודאי מאן דאית ליה משאיל"מ סובר שלעולם אם אינו יכול לישבע המחויב שבועה, בין אם הוא הנתבע ובין אם הוא התובע, ישלם הנתבע, ולכן לא יכול להיות דין יחלוקו שהוא מדין משאיל"מ, וכן רב ושמואל שפסקו שבני המלווה מפסידים אינם סוברים כלל דין משאיל"מ, וכדמשמע מפשט הגמ' בשבועות וכנ"ל.

והנה לפי"ז הדרא קושיא לדוכתה, כיצד מצד אחד הלכה כר"נ שבשניהם חשודים יחלוקו, ומצד שני הלכה כר' אבא שמשאיל"מ? ולא מצאנו התייחסות לזה בדברי התוס' שנשאר בקושיא.

אמנם נראה לומר, שכשנעניין בקושיות ר"י על ר"ת, נמצא שכל קושיותיו הן רק על מה שחידש ר"ת שדין יחלוקו שפסק ר"נ בשניהם חשודים נובע מדין משאיל"מ שמתקיים כאן פעמיים גם כלפי הנתבע וגם כלפי התובע, וכנגד זה מסקנתם שדין משאיל"מ הוא רק כלפי הנתבע, וזה בין אם הנתבע אינו יכול לישבע ובין אם התובע אינו יכול לישבע. אולם על מש"כ ר"ת שמה שאמרו שם שרבותינו שבא"י

<sup>34</sup> ועיי"ש שהקשה לפי"ז מדוע בפוגם שטרו וכד' שנוטל בשבועה, אם מת יורשיו גובים בשבועה, אע"פ שאינם יכולים לישבע שבועתו ולא אמרי' משאיל"מ מפסידים? ותירץ שדין משאיל"מ הוא רק בשבועה דאו' ולא בשבועה דרב'. ומה שביתומים מן היתומים דעביד כרב ושמואל עביד אע"פ שזו ג"כ שבועה דרב', י"ל ששם זו תקנה מיוחדת שלא להוציא מהיתומים בני הלווה. אך הקשה דא"כ מדוע אמרי' משאיל"מ כלפי התובע החשוד, הרי שבועתו שאינו יכול לישבע היא שבועה דרב'? ותירץ משום שהשבועה באה מחמת הנתבע שהיה חייב שבועה דאו', ולכן חשיבא גם בתובע כשבועה דאו' לענין זה.

<sup>35</sup> ועיי"ל לעיל מש"כ בשם התפא"י בועז, מה שהקשה כעין זה על הגמ' גופא, וביאר שרב ושמואל מסברא דנפשייהו ס"ל בחשודים שחזרה שבועה לסיני, ומתוך כך אמרו דינם לגבי יתומים בק"ו, שאם כשהשבועה מעיקרא היתה מוטלת על הנתבע אינו משלם אם אינו יכול לישבע לא הוא ולא התובע, כ"ש שאם השבועה מעיקרא מוטלת על התובע ואינו יכול לישבע, שאין הנתבע משלם. וא"כ י"ל שר"ת למד כפירוש זה, ואין זה מדין משאיל"מ מפסיד המחויב שבועה, אלא זה משום שרב ושמואל כלל אינם סוברים דין משאיל"מ, וכדמשמע מפשט הגמ' שם וכמ"ש לעיל. ובה מיושבת גם הקושיא הראשונה כי ר"נ ס"ל לדין משאיל"מ ולכן אמר יחלוקו, אך רב ושמואל כלל אינם סוברים דין זה. אמנם מלשון התוס' משמע קצת שאף ר"ת הסביר בדעת רב ושמואל שטעמם הוא משאיל"מ מפסיד המחויב שבועה, שהרי הקשה (עי' בהערה לעיל) כיצד אמרי' דעביד כרב ושמואל עביד, הרי כאן לא אמרי' משאיל"מ כיוון שהיא שבועה דרב'. אך י"ל שבאמת רב ושמואל לא ס"ל משאיל"מ, וזהו טעמם, אולם אנו שפוסקים משאיל"מ, ע"כ אם אמרי' דעביד כרב ושמואל עביד הוא משום שאף בזה מתקיים משאיל"מ, שמפסיד המחויב שבועה, ועל זה הקשה ר"ת, כיצד ניתן לומר כן, הרי זו שבועה דרב'. ועדיין צ"ב.

סוברים חזרה שבועה למחויב לה הוא לאו דווקא, אלא כוונת הגמ' היא רק שר"מ יתפרש לפיהם כך, אך הם עצמם יכולים לפסוק כרי יוסי, על זה לא הקשה.

וא"כ עדיין י"ל שאף אם בנסכא פוסק ר' אבא משאיל"מ, מ"מ בשניהם חשודים יודה לר"נ שפוסק כרי יוסי שיחלוקו, ואין זה משום שגם ביחלוקו מתקיים דין משאיל"מ וכר"ת, אלא משום שבחשוד לא אמרינן משאיל"מ וכסברת התירוץ השני בתוס' כאן שברצון היה נשבע וכו'. וא"כ י"ל שלפי התירוץ השני בתוס', בזה גופא נחלקו ר"מ ור' יוסי האם יש בחשוד דין משאיל"מ מעיקר הדין או לא, לר"מ כן ולר' יוסי לא, ולהלכה פסקינן כרי יוסי, כי ר"נ פסק כוותיה.

אמנם עדיין צ"ב, שאם ר' יוסי לית ליה משאיל"מ, כיצד א"כ פסק יחלוקו? הרי הנתבע פטור מלשלם מעיקר הדין, ורק תיקנו לחובתו שהתובע יטול ממנו ע"י שבועה, ומכיוון שהתובע אינו יכול לישבע לא ישלם כלום והתובע יפסיד!

וני"ל שזה גופא חלק מהתקנה, שכשם שתיקנו לחובתו שהתובע יטול ממנו ע"י שבועה, כך גם תיקנו לחובתו שאם גם התובע חשוד שיחלוקו, אע"פ שמעיקר הדין הוא פטור מלשלם.

#### י. ביאור דברי התוס' ד"ה 'ותקנתא'

והנה הבאנו לעיל שבהמשך הסוגיא הקשו מדוע נזקקים לחייבו שבועה מדין ר' חייא קמייטא, הרי אפשר לחייבו שבועה מדינא דרב נחמן שמחייבים אותו שבועת היסת? ותירצה הגמ' ששבועת היסת דר"נ תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן, ובזה לא שייד לתקן שכנגדו נשבע ונטל. וכתבו התוס' (ד"ה ותקנתא): "ומתוך שאינו יכול לישבע משלם לא שייד הכא כדפרישית". וכונתם שאם הרועה היה מחויב רק שבועה דרבנן הוא לא היה משלם אע"פ שלא נשבע, ולכן במקרה זה הרועה היה נפטר לגמרי, מכיוון שאין בו דין משאיל"מ וכן לא מתקנים במקרה כזה שכנגדו נשבע ונטל. אך צ"ב למה התכוונו בדבריהם: "כדפרישית"?

**והמהר"ם** כתב לכך שני פירושים: (א) "י"ל דכוונת התוס' בזה כדפרישית לעיל בסמוך דגבי חשוד לא אמרי' משאיל"מ מטעמא דכתבו התוס' לעיל מזה בסמוך". (ב) "וי"ל ג"כ דרצו התוס' בזה מש"כ לעיל (ג): בדי"ה ויכולי בעי דלודי, דבשבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"מ".

וע"פ ביאורנו בדברי התוס' נ"ל ששני פירושו מכוונים כנגד שני תירוצי התוס'. דהנה לפי התירוץ הראשון גם בחשוד היה צריך להיות דין משאיל"מ מעיקר הדין, ורק משום שבקת חיי תיקנו שכשנגדו ישבע ויטול, אך בשבועה דרבנן, שאי אפשר לתקן לו חיי, משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, א"כ צריך לחזור הדין המקורי של משאיל"מ, שהרי אין טעם מצד כללי דיני משאיל"מ שהוא לא יחול על החשוד, אלא הטעם הוא חיצוני משום שבקת חיי. לכן לתירוץ זה נזדקק לפירוש השני במהר"ם שכאן לא מתקיים דין משאיל"מ, משום שדין זה נאמר רק בשבועות דאורייתא ולא בשבועות דרבנן, וא"כ מצד כללי דיני משאיל"מ הוא לא חל כאן, אך אין זה מצד שמדובר כאן בחשוד. אולם לפי התירוץ השני אכן בחשוד יש טעם מצד דיני משאיל"מ שלא יחול בו דין זה, משום שברצון היה נשבע וכו', ומכיוון שמשאיל"מ הוא דין חדש הוא לא יחול על מי שברצון היה נשבע. לכן לתירוץ זה נוכל לומר את הפירוש הראשון במהר"ם, שהתוס' לעיל בסמוך כתבו שבחשוד לא אמרינן משאיל"מ מטעמא שכתבו שם. אולם וודאי שלפי תירוץ זה נוכל לומר גם את הפירוש השני במהר"ם וכנ"ל.

והנה הרש"ש הקשה על הפירוש הראשון במהר"ם, הרי בשניהם חשודים פסק הרי"ף שחזרה שבועה למחויב לה ומשאל"מ, וא"כ הכא נמי כיוון שעל שכנגדו איננו יכולים להטיל שבועה, צריך להיות דין משאל"מ, שהוא דינא דאורייתא ולא תקנתא. ואף לפי התוס' שפסקו כר' יוסי שיחלוקו קשה כנ"ל, כי שם הוא רק משום קנס על התובע שאף הוא חשוד, וזה לא שייך כאן, שהמעכב הוא שהשבועה היא מדרב' ולא מה שהתובע חשוד, ואין כאן על מה לקונסו, ולכן צריך להיות כאן דין משאל"מ! ולכן מכריע הרש"ש כפירוש השני.

ונראה לומר שהרש"ש למד כנודע ביהודה שאף התירוץ השני בתוס' סובר שמעיקר הדין יש בחשוד דין משאל"מ, ומה שברצון היה נשבע וכו' הוא רק טעם לתקנה שהשכנגדו צריך לישבע כדי ליטול, אבל בשניהם חשודים שא"א לממש התקנה חוזר הדין המקורי דמשאל"מ, ולכן הקשה משניהם חשודים שאם אי אפשר לתקן שכנגדו נשבע ונוטל חזר הדין המקורי של משאל"מ. אולם לפי דברינו שהתירוץ השני סובר שמעיקר הדין לא שייך דין משאל"מ בחשוד, ורק תיקנו לחובתו ששכנגדו יוכל ליטול ע"י שבועה, א"כ וודאי שגם כאן בשבועה דרבנן, שא"א לתקן שכנגדו ישבע ויטול לחובתו, לא יתקיים כאן דין משאל"מ, כפי עיקר הדין. ומה שבשניהם חשודים אמרינן משאל"מ הוא רק לדעת ר"מ, והתוס' הרי פסקו כר' יוסי, ואין זה מטעם שקנסו את התובע כי גם הוא חשוד וכמ"ש הרש"ש, אלא שכך היא מעיקרא התקנה לחובתו של החשוד שאם שניהם חשודים שיחלוקו, כשם שתיקנו לחובתו של החשוד שכנגדו ישבע ויטול הכל כשאינו חשוד, אך כאן הרי לא שייך לתקן תקנתא לחובת החשוד משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן<sup>36</sup>.

#### יא. סיכום

א. התוס' הקשו מדוע בחמשין לא ידענא ובנסכא דר' אבא אמרינן משאל"מ ואילו בחשוד אינו משלם מיד אלא שכנגדו נשבע ונוטל? ותירצו שני תירוצים: א) אם יתקיים בחשוד דין משאל"מ לא שבקת ליה חיי, שכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו משאל"מ. ב) בחמשין לא ידענא ובנסכא דר' אבא אומר לו עליך השבועה או תשלם, אבל החשוד היה ברצון נשבע אם נניחנו.

ב. ביארנו ששני התירוצים נחלקו האם מעיקר הדין שייך משאל"מ בחשוד או לא, לתירוץ הראשון שייך ולתירוץ השני לא שייך. וכן ביארו הב"ח והקצה"ח. וביארנו עוד שישוד המחלוקת הוא בגדר דין משאל"מ האם הוא מעיקר הדין הוא שהוא דין חדש, לתירוץ הראשון הוא מעיקר הדין ולתירוץ השני הוא דין חדש. וביארנו עוד שהיסוד לכך הוא שנחלקו בגדר השבועה האם היא רק אפשרות להיפטר מחובת תשלומין או שהיא דין בפ"ע, לתירוץ הראשון היא אפשרות להיפטר מחובת תשלומין ולתירוץ השני היא דין בפ"ע.

ג. ביארנו שיש ג' דרגות של אינו יכול: א) אינו יכול עצמי שאינו יודע, כמו בחמשין לא ידענא, והוא הגדול ביותר. ב) אינו יכול שאינו עצמי שהוא כן יודע, אך עדיין מה שאינו יכול לישבע הוא מצד טענתו שאין לו מחייב עליה כמו בנסכא דר' אבא, והוא אינו יכול אמצעי. ג) אינו יכול שאינו עצמי שהוא כן יודע ואף מצד טענתו אין לו מניעה לישבע, וברצון היה נשבע, ומה שאינו יכול לישבע הוא רק מצד אישיותו שהבי"ד אינו מניח לו, כמו בחשוד, והוא הקטן ביותר. והתוס' סוברים שכדי לחדש דין משאל"מ צריך לכה"פ דרגת אינו יכול אמצעי, ולכן צירפו יחד את נסכא דר' אבא עם חמשין לא ידענא.

ד. ההגהות אשרי חילק בין חמשין לא ידענא לנסכא דר' אבא, וביארנו בדבריו שהוא סובר שכדי לחדש דין משאל"מ צריך דרגת אינו יכול גדולה, ודין משאל"מ בנסכא דר' אבא אינו דין חדש כמו בחמשין לא ידענא, אלא הוא מעיקר הדין משום דס"ל שאף אם בעלמא אמרי' ששבועה היא דין בפ"ע מ"מ שבועת עד אחד היא לפטור מחובת תשלומין, כי חיוב

<sup>36</sup> וע"ע בשיעורי ר' שמואל שם יישוב אחר לקושיית הרש"ש ע"פ דרכו.

השבועה מגיע בעקבות ידיעה ולא רק בעקבות חשד דמשתמט, וא"כ י"ל שעד אחד מחייב ממון כמו שניים, שמצד הידיעה אין חילוק ביניהם ורק חידשה התורה שיש בעד אחד אפשרות להיפטר מחיוב זה ע"י שבועה, ומכיוון שמעיקר הדין יש כאן חובת תשלומין, ממילא ישלם אם לא ישבע, ודין משאיל"מ הוא מעיקר הדין.

ה. נפק"מ בין התוס' להגהות אשרי הוא בחשוד שחייבו עד אחד שבועה. לפי התוס' לא יתקיים בו דין משאיל"מ ושכנגדו ישבע ויטול, אך לפי ההגהות אשרי יתקיים בו דין משאיל"מ, ולא נתקן ששכנגדו ישבע ויטול, משום שכאשר משאיל"מ הוא מעיקר הדין, צריך תקנה מיוחדת משום לא שבקת חיי כדי לומר שכנגדו ישבע ויטול, וזה לא שייך כאן.

ו. הגר"ט ביאר ששני תירוצי התוס' נחלקו בגדר השבועה האם היא בירור או חיוב, ונפק"מ בחשוד שקפץ ונשבע האם שבועתו שבועה או לא שהרי בדבריו אין בירור אך קיום חוב יש ויש. התירוץ הראשון סובר שבועה היא בירור וזה אינו מתקיים בחשוד ולכן מעיקר הדין משאיל"מ, והתירוץ השני סובר שבועה היא חיוב וזה מתקיים בחשוד ומעיקר הדין לא שייך בו משאיל"מ. וביארנו שאין זה חולק על ביאורנו הנ"ל אלא אדרבה הוא יסוד לו, שאם בשבועה יש בירור, ממילא היא תוכל לפטור מחובת תשלומין, משא"כ אם אין בה בירור. והוספנו עוד שלפי ביאורנו בהגהות אשרי נצטרך לומר שלפי הצד השני שהשבועה היא חיוב, אין הכוונה שאין כלל בירור בשבועה, אלא שא"צ להגיע לבירור בשבועה, אך זה רק בשבועה בעלמא שהיא חיוב בפ"ע, ולא בשבועת עד אחד שהיא באה לפטור מחובת תשלומין. ומ"מ ביאר הגר"ט שלפ"ז כתבו התוס' בב"ק שחשוד פסול לשבועה רק מדרב'.

ז. ידוע להקשות על ביאורנו בתירוץ השני מהא דבשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומשאיל"מ והרי בחשוד כלל לא שייך דין משאיל"מ! ובקוב"ש נשאר בצ"ע. ואכן הנוב"י, וכן החזו"א משום קושיא זו, ביארו שגם התירוץ השני סובר שמעיקר הדין שייך דין משאיל"מ בחשוד ומה שברצון היה נשבע וכו' הוא רק טעם לתקנה ששכנגדו יוכל ליטול בשבועה. ויש יסוד לזה כבר בדברי הרשב"א.

ח. התפא"י – בועז תירץ שאכן רבותינו שבא"י הסוברים שחזרה שבועה למחויב לה, ורבותינו שבבבל הסוברים שחזרה שבועה לסיני, חולקים בשני תירוצי התוס'. אך קשה ע"כ דבגמ' שם משמע שרבותינו שבבבל כלל אינם סוברים דין משאיל"מ, ואילו התירוץ השני בתוס' כן סובר דין משאיל"מ.

ט. הגר"ש רוזובסקי תירץ ע"פ הגר"ט הנ"ל, שמכיוון שחשוד פסול מדרב', צריך מדרב' להתקיים בו דין משאיל"מ, אך מכיוון שזהו רק דין דרב' תיקנו שכנגדו נשבע ונטול, אך באמת מה שמשלם לאחר שהתובע נשבע הוא מדין משאיל"מ, ולכן בשניהם חשודים חוזר עיקר הדין דרב' דמשאיל"מ.

י. תירוץ נוסף י"ל ע"פ התוס' לקי' (צח). שמה שאמרו שרבותינו שבא"י אמרו חזרה שבועה למחויב לה הוא רק בדעת ר"מ, שזוהי כוונתו בדבריו חזרה שבועה למקומה, אך עדיין הם יכולים לסבור גם כר' יוסי שאמר יחלוקו, ואע"פ שבעלמא אמרי' משאיל"מ, מ"מ זה לא שייך בחשוד מהטעם הנ"ל שברצון היה נשבע וכו', ואף רבותינו שבא"י מודים לזה. ומה שפסק ר' יוסי יחלוקו אינו מטעם שגם בזה מתקיים דין משאיל"מ, שכאן הוא מתקיים פעמיים גם כלפי הנתבע וגם כלפי התובע, אלא טעמו שכך היא מעיקרא התקנה לחובת החשוד כששניהם חשודים, כמו שתיקנו לחובתו ששכנגדו נשבע ונטול הכל אם אינו חשוד. ולתירוץ השני בתוס' י"ל שבוזה גופא נחלקו ר"מ ור' יוסי האם משאיל"מ הוא מעיקר הדין או שהוא דין חדש וככל הנ"ל.

יא. התוס' כתבו שאם היה חייב כאן שבועת היסת מדרב' לא היה מתקיים כאן דין משאיל"מ "כדפרישית". והמהר"ם כתב לכך שני פירושים: א) מה שכתבו התוס' בסוגייתנו שבחשוד לא אמרי' משאיל"מ. ב) מה שכתבו לעיל בדף ג': שבשבועה דרב' לא אמרי' משאיל"מ. הרש"ש הקשה על הפירוש הראשון מהא דשניהם חשודים דחזרה שבועה למחויב לה, וא"כ אמרי' בחשוד משאיל"מ, ואף לר' יוסי שפוסק יחלוקו הוא רק מטעם קנס לתובע, ולכן הכריע כפירוש השני. וכתבנו ליישב שהרש"ש למד בתי' השני בתוס' כנוב"י שאף הוא סובר שמעיקר הדין שייך משאיל"מ בחשוד, אולם לדברינו הנ"ל א"ש שאמנם ר"מ סובר שמעיקר הדין אמרי' בחשוד משאיל"מ, אך התוס' פסקו כר' יוסי שמעיקר הדין לא אמרי' בחשוד משאיל"מ ומה שבשניהם חשודים יחלוקו אינו מטעם קנס לתובע אלא מטעם שכך היא מעיקרא התקנה לחובת החשוד.