

# כּוּתֵל חֶצֶר שֶׁנֶפֶל

## מקורות

משנה ה' עמ' א "כּוּתֵל חֶצֶר שֶׁנֶפֶל" – ו' עמ' א נקודותיים, רש"י, תוספות (חוץ מד"ה "ואפילו מיתמי"); רמב"ם פירוש המשנה והל' שכנים פ"ג הל' ב, מ"מ ולח"מ שם; רשב"א על הסוגיא; סמ"ע בשו"ע סי' קנז סק"א; ב"ח על הטור סי' קנז סד"ה "ואם לאחר זמן", ש"ך שם סקי"א, קצות סק"ט; רמ"א סי' עח סוף סע' א בשם המרדכי, ש"ך שם סקי"ב (הגהות אמרי-ברוך עליו), תומים ס"ק ד-ה; גידולי-תרומה שער ט"ז ח"ב סק"ה; רמ"ה (מובא גם בטור ס"ס קנז); נתיבות סק"ח (להרחבה – תומים סי' ע"ח סק"ז, קצות סי' קנז סקי"ב בקטע "ובזה נלענ"ד ליישב דברי הרמב"ם...").

## שאלות

- א. מה דינו של לווה שטוען 'פרעתי'? רמב"ם הל' מלוה ולווה פי"א הל' א.
- ב. מהי החזקה ברישא ובסיפא? מה היא מוסיפה על מה שהיה בלעדיה? רש"י במשנה, ובעמ' ב' ד"ה "מי יימר", רשב"א ד"ה "מתני' כּתל חֶצֶר" וד"ה "למעלה מד' אמות". רמב"ם בפיהמ"ש, ובהל' שכנים פ"ג הל' ב. האם דבריו בפיהמ"ש ובהלכה זהים? לפי הרמב"ם – האם יש חידוש גם ברישא וגם בסיפא או רק באחד מהם?
- ג. מה החידוש ברישא "בחזקת שנתן", ובסיפא "בחזקת שלא נתן" – לפי ר"ל, ולפי אב"י ורבא? שים לב לאוקימתות שבעקבות הבעיה אם אדם נאמן במיגו בטענת פרעתיך תוך זמני. ראה גם תוס' ו' עמ' א ד"ה "ואמר לו", רשב"א ה' עמ' ב ד"ה "שאני התם" בסופו "והאי טעמא דמי יימר" וכו'.
- ד. "שאני הכא דכל שפא ושפא זימניה הוא" – זימניה של אותה שפא או של כל הכותל? בתחילת הבניה שלה או בסופה? רשב"א, ר' יונה (הוצ' מכון ירושלים) והערת המהדיר עליו מס' 259, טור סי' קנז בסופו, ב"ח שם ד"ה "ואם לאחר זמן", סמ"ע סי' קנז סק"א, ש"ך שם סקי"א, קצות סק"ט.
- ה. האם הנתבע מוגדר כמוחזק או כמוציא? רמ"א סי' עח סוף סע' א בשם המרדכי, ש"ך שם סקי"ב, הגהות אמרי-ברוך עליו, תומים ס"ק ד-ה, גידולי-תרומה שער ט"ז ח"ב סק"ה – איך כל אחד מסביר את חידוש המשנה ברישא? מהי הגדרת "כל שפא ושפא"?
- ו. איך מביאים ראיה שלא נתן? רא"ש סוף סי' ט.
- ז. האם 'בחזקת שלא נתן' מאפשרת תשלום בלי שבועה, או שהתובע צריך להישבע? האם מעמד הנתבע בלמעלה מד' אמות זהה או שונה ממעמד הלווה בתוך זמן ההלוואה? שים לב למהלך סוגית הגמ' בהשוואה בין הסברות של פריעה תוך הזמן בשני המקרים. רמב"ם שכנים פ"ג הל'

ב, רמ"ה (מובא גם בטור ס"ס קנז). איך יתרחץ הרמב"ם את קושית הרמ"ה? עי' קצות סי' קנז סקי"ב בקטע "ובזה נלענ"ד ליישב דברי הרמב"ם..." , ונתיבות סק"ח (להרחבה – עיין תומים סי' ע"ח סק"ז).

## מהלך השיעור

מה חידש דין "בחזקת שנתן" על המצב הקודם ללא חזקה זו? בחזקת שנתן, בחזקת שלא נתן – ודאי או אולי?  
 לדעת אב"י ורבא – הרישא במשנה עיקר (עביד איניש דפרע גו זימניה) והסיפא סייג (לעתים לא פרע, בגלל סברת "מי יימר"). לדעת ר"ל להיפך – הסיפא עיקר (חזקה א"א פורע תו"ז) והרישא סייג (לעתים פרע בגלל "כל שפא ושפא").  
 האם חזקת שלא נתן יוצרת זכות לגביה ללא ראייה או שבועה? לרמב"ם יישבע כיון שחזקת שלא פרע אינה ודאית.  
 מחלוקת ראשונים בשאלה האם גם ריש לקיש מודה לסברת 'מי יימר'?  
 שלשה פירושים למלים "כל שפא ושפא זימניה הוא" – דין זה לכל גלוי; אין הנתבע רוצה שיטרידנו; כל סיום שורה הוא זמן פירעון.  
 דעת המרדכי בתשלום עבור עבודה הכוללת כמה חלקים ("מלאכה המתפרדת") ופירוש התומים בדעת רש"י החולק על המרדכי.  
 מהי הגדרת החוב כשבונה את כתלו מול כותל חברו מעל ד' אמות – תוך זמנו או לאחר זמנו? מה פירוש כל שפא ושפא זימניה הוא – תוך זמנו או לאחר זמנו?  
 תובע חוב בתוך-זמנו – לר"ף לא יישבע כדי לגבותו, מחמת החזקה שלא פרע. לרא"ש יישבע למרות החזקה, שאינה מוחלטת, או מסיבה אחרת.

## שיעור

### א. בחזקת שנתן, בחזקת שלא נתן

לווה שטוען פרעתי נשבע שבועת היסת ונפטר, וגם אם לווה בעדים – אין צריך לפרעו בעדים (רמב"ם הל' מלוה ולווה פי"א הל' א). כיוון שכך, יש לשאול מה חידשה המשנה שאמרה "בחזקת שנתן"? הלא בין כך ובין כך פטור מלשלם. רש"י פירש שהחזקה ברישא היא שכיון שדין זה גלוי לכל – **הבונה** לא היה עושה כותל בלי לגבות את הכסף משכנו. לרמב"ם (פיהמ"ש) – החזקה היא **שהשכן** פרע מן הסתם, כיון שיודע שדינו לשלם. לכאורה נראה שלדעת שניהם אין ברישא חידוש מיוחד, אלא היא באה רק אגב הסיפא ובניגוד לה. החידוש בסיפא הוא, שכיוון שהדין לשלם על מה שבנה מעל ד' אמות לא ידוע לכל – לא

יוכל לטעון שכבר פרע (אבל עיין להלן אות ג' בדברי התומים). אבל הרשב"א מפרש ש"חזקה" דרישא באה להורות שגם אם תבעו וסירב – עדיין בחזקת שנתן, שמסתמא יודע שהוא חייב ושילם אח"כ, וכמו שאמרה הגמ' דכל שפא ושפא זימניה הוא, ונמצא שגם ברישא יש חידוש. חזקת שלא נתן בסיפא, באה לדעת הרשב"א להורות שאם סירב מתחילה בעדים – אף שאח"כ סמך אליו כותל – מן הסתם לא שילם, כיון שסבור שאינו חייב.<sup>א</sup>

על הרמב"ם יש להקשות שלש קושיות. בהלכות שכנים (פ"ג הל' ב), הביא את המשנה כצורתה, אך השמיט בסיפא את המלים "בחזקת שלא נתן", ובמקומם כתב רק "אינו נאמן", וקשה מדוע שינה את הלשון? בנדון הסיפא כתב גם שהבונה נשבע בנקיטת-חפץ ונוטל, ומנין לו שבועה שלא הוזכרה במשנה? עוד יש לשאול – למה השמיט את תירוצו של ריש לקיש "דכל שפא ושפא זימניה הוא"? והלא הלכה כר"ל בדין א"א פורע תו"ז, כמו שפסק הרמב"ם עצמו (מלוה ולווה יד, א)!

ה"ה נדחק ותירץ את השאלה השניה, שזו שבועת הנשבעין ונוטלין, ודימה למקרה שאומר לו 'הישבע לי שלא פרעתיך'. אבל קשה להבין את הדמיון לנשבעין ונוטלין, שהלא במקרה דנן אינו דורש מהבונה להישבע, רק אומר שפרע כבר בתוך הזמן.<sup>ב</sup> גידולי-תרומה (שער ט"ז ח"ב סק"ה) פירש שהרמב"ם הסביר "חזקת שנתן" דרישא, שבודאי נתן, וכסברת רש"י "שכיון שמשפט זה לכל גלוי" וכו'. אמנם בסיפא חזקת שלא נתן אינה מוחלטת כמו ברישא – שהרי יתכן שנתן ולא חיכה שיחייבוהו – ועיקר פירושה הוא שאין חזקה שנתן, ומשום מי יימר, כפירש"י הנ"ל שגם בזמנו לא ישלם. לכן שינה הרמב"ם את הסגנון וכתב רק שאינו נאמן והנוטל צריך להישבע, כיון שאין חזקה היוצרת ודאות שלא שילם. כך מיושבות שתי הקושיות הראשונות גם יחד.

## ב. מי יימר

מפשט הגמ' נראה שלאב"י ורבא הרישא מחדשת את הדין העיקרי, דעביד איניש דפרע גו זימניה. הסיפא באה לסייג, שיש מקרים בהם מן הסתם לא ישלם מחמת "מי יימר", ולכן בחזקת שלא נתן. לדעת ר"ל, דוקא הסיפא מחדשת את הדין העיקרי, שאין אדם פורע תו"ז.

א. ראה להלן אות ד מחלוקת רש"י עם הרא"ש והרשב"א בדין ראייה שלא נתן.

ב. גם הלח"מ נדחק בהסבר הלכה זו, וטוען שהדימוי לנידון פרעתיך אינו מוחלט ולכן משלם.

הרישא מציינת מקרה שבו נחרוג מהכלל, כיון שכל שפא ושפא זימניה הוא (כהסבר הרשב"א או הש"ך להלן אות ג).

אבל קשה, שכן בהמשך הסוגיא בדין מיגו במקום חזקת א"א פורע תו"ז, הוזכרה סברת "מי יימר" בתור חידוש הסיפא בדעת ר"ל, והלא זו סברת אביי ורבא החולקים עליו! תוס' (ד"ה "ואמר לו") פירשו שהסוגיא הביאה תירוץ זה כדי שהסיפא לא תקשה לאביי ורבא וכנ"ל, אבל ר"ל אינו סובר כך, ולשיטתו היה אפשר לתרץ שמדובר במקרה שבא לתבעו תוך זמנו. לעומתם, הרשב"א כתב שהיא סברא אמיתית וגם ר"ל מודה לה, אלא שאינה נצרכת כשמדובר בתוך הזמן, שאין אדם פורע תו"ז. אמנם היא נדרשת אם בא לאחר הזמן ותבעו, והלה טוען פרעתי לאחר הזמן. בחוב אחר – היינו מאמינים שפרע, אבל בנידון זה אינו נאמן כיון שלהערכתנו לא שילם מחמת שסבר "מי יימר". כך נראה גם מהרמב"ם בפיהמ"ש, שנימק את הסיפא בסברת "מי יימר". גם רש"י (ה עמ' ב ד"ה "מי יימר") פירש "הילכך אפילו אמר פרעתיך בזמני לא מהימן", ומי הכריחו לזה? אלא שסובר שהחידוש הוא גם אליבא דר"ל.

הרמב"ן והרמ"ה מדייקים מהגמ' שסברת "מי יימר" עדיפה מחזקת שלא נתן. הקצות (קנו סקי"ב) מסביר שהדיוק הוא ממה שאפילו אביי ורבא שלא מקבלים חזקה א"א פורע תו"ז, מקבלים את סברת "מי יימר". כך נראה גם ממ"ש הגמ' לקמן, שגם אם מיגו יועיל נגד חזקת א"א פורע תו"ז – לא יועיל נגד סברת "מי יימר". מאידך אפשר לדחות ולטעון שהגמ' לא אמרה כן אלא בצירוף עם חזקת א"א פורע תו"ז, שהרי הסוגיא בדין זה היא לשיטת ר"ל.

לדעת הרמב"ן והרמ"ה, בנדון הסיפא אי"צ להישבע ונוטל מחצית הכסף מחבירו, אבל הרמב"ם פסק שנוטל דוקא בשבועה כדין הנשבעין ונוטלין. לכאורה קשה מהדיוק הנ"ל, שסברת מי יימר עדיפה מחזקת שלא נתן, ולמה ישבע? אבל אפ"ל שהרמב"ם סובר כתוס' שלדעת ר"ל אין סברת מי-יימר, וכיון שתובע לאחר זמנו ויש מיגו לנתבע והיא בעיא דלא איפשיטא – לכן צריך להישבע.<sup>3</sup>

ג. עוד היה אפשר לתרץ, שסובר כרא"ש שאם יש מי שמכחישו וטוען ברי – צריך להישבע. אבל אי"ז נכון, כיון שהב"י סי' עח ד"ה "וכתב ר"ן מיגש" כבר דייק מהרמב"ם שסובר כר"ף ושאר פוסקים שאי"צ להישבע.

על ההסבר הראשון קשה, כיון שהרמב"ם לא חילק בין תבעו תו"ז או לאחר זמנו, משמע שגם תו"ז יצטרך להישבע כדי ליטול.<sup>7</sup> הנתיבות (קנז סק"ח) מסביר שסברת מי-יימר לפי ר"ל אינה כמו שמבינים אותה אביי ורבא, ולדעתו הדבר דומה למקרה אחר (ב"מ יז עמ' א), בו "מי יימר" יוצר רק הסתברות גבוהה אבל עדיין יש צורך בשבועה.<sup>8</sup> אמנם אביי ורבא סוברים שחזקת א"א פורע תו"ז גרועה אפילו מסברת מי-יימר. לא זו אף זו, בנד"ד אין "תוך זמנו" כיון שכל שפא ושפא זימניה הוא, שכשסומך ומוסיף מעל ד"א כל שורה זהו זמן חיובה, כיון שמגלה דעתו דניח"ל, ולפי זה מן הסתם שילם. אלא שכנגד סברות אלה עומדת סברת "מי יימר", שאינו חושב שיחייבוהו בבי"ד, לכן כשמוציאים ממנו כסף צריך להישבע. בעומק העניין נראה שחזקת א"א פורע תו"ז היא חזקת התנהגות קבועה, ואילו "מי-יימר" היא אומדן שרובא דאינשי אינם יודעים את ההלכה ומחכים לפסק בי"ד. אילו היו יודעים את ההלכה – היו ודאי משלמים, ושמא איש זה מן המיעוט הוא, לכן צריך התובע להישבע.

### ג. כל שפא ושפא זימניה הוא

על תירוץ הגמרא "כל שפא ושפא זימניה הוא", יש לשאול מה פירוש המושג? בנוסף יש לשאול – האם תירוץ זה מתקבל להלכה למרות שנאמר לדעת אביי ורבא בעוד שהלכה כר"ל?

הש"ך (סי' עח ס"ק י"ב) הקשה על תירוץ הגמ' "כל שפא ושפא זימניה הוא" – דהשתא ודאי יפרע בזמן, וא"כ חוזרת קושיית פשיטא? אמנם הרשב"א תירץ שהגמ' נתכוונה לומר שזהו חידוש המשנה שכל שפא ושפא וכו' – "לעולם אין כאן תוך זמן, אלא לאחר זמן", אך הש"ך טוען שתירוץ זה דחוק. לדעתו, ר"ל מודה במקרה כזה שאדם פורע תו"ז כדי שלא יטרידנו, שהרי כל שפא וכו'.<sup>1</sup> לפי-זה, לא סברת "משפט זה לכל גלוי" שאמר רש"י תגרום לו לשלם, אלא החשש שלא יטרידנו. כך אפשר לתרץ גם את הרמב"ם, שסברת "כל שפא ושפא" באה רק להסביר מדוע הוא בחזקת שנתן, ואי"צ להכניס סברא זו לפסק ההלכה,

ד. הקצות (קנז סק"ב) תירץ ע"י שתלה מחלוקת ר"ל עם אביי ורבא במח' בירושלמי אם חברו יוכל לעכב בעדו לשים את התקרה, אבל זהו דוחק לומר כן כיון שלא נזכר מזה כלום בגמרא, ועוד דחק עצמו בסברות עיי"ש.

ה. מעין סברת גידולי-תרומה שהובא לעיל א.

ו. אמרי-ברוך (על גיליון הש"ך) הוסיף שמדברי כמה ראשונים נראה כש"ך.

ואכן כך מסביר הש"ך את השמטת המחבר שהלך בעקבות הרמב"ם. אמנם גם לפי הרשב"א נוכל לתרץ את הרמב"ם באותו אופן, שכיון שהזמן באמת בכל שפא ושפא לכן הוא בחזקת שנתן, והרמב"ם הביא את ההלכה ולא את נימוקיה.

כדי לתרץ את הסבר הרשב"א מהערת הש"ך, יש לומר שלדעת הרשב"א המשנה לא חדשה רק הגדרת זמן, אלא את העיקרון שהחיוב חל כל הזמן, כיון שמוטל עליו לבנות כותל מלכתחילה בגלל היזק ראייה. ר' יונה תפס סברא זו לעיקר כבר מתחילת הסוגיא, ולכן הקשה על קושיית הגמרא – למה קוראים למצב זה "תוך הזמן"? הרי מוטל עליו לבנות כותל מעיקרא! ר' יונה תירץ, שלמרות חיובו לבנות את הכותל – אינו צריך להקדים את הוצאות הבניין מעיקרא טרם שבנו. עוד תירץ, שכיון שאחד התחיל לבנות לבדו – נחשב כאילו זקף את החוב הממוני על חברו במלווה. לפי זה, מה שאמרה הגמ' "שאני הכא דכל שפא ושפא זימניה הוא", לדעת ר' יונה הכוונה לחדש שלא תאמר שהוא תו"ז עד סוף הבנייה, אלא זמנה של אותה שפא בלבד. כך היא גם דעת הטור (סי' קנז).

המרדכי (ריש ב"ב סי' תסח) מיישם את סברת "כל שפא" במקרה שאדם שכר סופר לכתוב לו ספר והלה כותב קונטרסים. לדעתו כל קונטרס וקונטרס זימניה הוא, ובחזקת שנתן לגביו, כיון שלדעתו סברת "כל שפא ושפא" קיימת "בכל מלאכה המתפרדת" כלשונו. הרמ"א פסק כמותו (סי' עח ס"ס א). אמנם יש הבדל בין הטור הסובר שעוד טרם שסיים לבנות את השפא כבר מתחייב חברו, לבין ר' יונה הסובר שחייב לשלם רק בגמר השפא. מכל מקום, לדעת שניהם, אם אמר שפרע לפני שהכותל הושלם – נחשב כטוען שפרע בזמנו לגבי השפות שנגמרו בלבד.

הסמ"ע (קנז, סקכ"א) הקשה על הטור שפסק את סברת "כל שפא" – הרי פסק (עח, ד) שמיגו שהיה אומר פרעתיך בתוך זמני מועיל לפטרו כשבא לתבעו לאחר מועד הפרעון, ואם כן אין צורך לסברא זו. לכן תירץ שהטור רצה לרמוז על כל המקרים, וגם על מקרה שתבעו תוך-זמנו. אבל הב"ח (שם, סד"ה "ואם לאחר זמן") סובר שבמקרה שלנו א"א להשתמש במיגו, כיון שהשכן רוצה לזכות בכותל להשתמש בו, והמיגו לא מועיל להוציא אלא רק להחזיק ולפטור, כיון שזו בעיא דלא איפשיטא. לכן פירש שסברת כל שפא נדרשת כדי לבטל חזקת א"א פורע תו"ז, ואדרבא חזקה שפרעו. בדרך זו הלך הש"ך (לעיל) שפירש את דין כל שפא ושפא כגורם לכך שירצה לשלם בתוך הזמן.

צריך לומר שהסמ"ע סובר כר' יונה שכיון שהלה החל לבנות – כאילו זקף על השני את הכל במלווה, והכותל שלו עוד טרם ששילם. נמצא שהסומך מוחזק בכספו ובכותל, והדיון הוא

רק אם לחייבו בתשלום. אשר על כן – מיגו זה [שהוא נגד חזקה ובעיא דלא איפשיטא], מועיל להחזיק בידו את כספו. כך משמע גם מדברי הקצות (סק"ט), באופן קצת אחר, שתמך דין זה בהסבר ה"ה בדעת הרמב"ם שקונה חצי הכותל כיון שמונח על חלקו. לדבריו, כשיגלה הסומך את דעתו לקנות מחצית הכותל – יקנה את חלקו מאחר שמחצית הכותל בנויה על חצרו. דעת הקצות צ"ע, שלא מסתבר שהבונה יסכים לזה, שהרי מיד הופך להיות ממוחזק בכותל למוציא חוב, ויפסיד מעותיו כיון שהלה טוען ששילם בתוך הזמן. לכן נראה כמש"ל בדעת ר' יונה, שמתחילה בנה עבור שניהם, וזקף עליו הכל במלווה כיון שהיה בטוח שישלם לו.<sup>1</sup>

התומים (סי עח ס"ק ד-ה) הקשה על פירש"י במשנה, שלדבריו איך הוכיחה הגמ' מכאן דעביד איניש דפרע גו זימניה? והלא אינו תוך הזמן שכן מחויב לבנות את הכותל מתחילה! עוד הקשה – למה רש"י עצמו לא נקט לשון הגמ' "דכל שפא ושפא" וכו'? לכן הסיק שלדעת רש"י אין זו סברא נכונה לחייב בגמר כל חלק וחלק, שאין לו תועלת בו, אפילו לא קונטרסים של ספר, וק"ו שורת לבנים בחומה שעדיין לא מונעת היז"ר. לדעת התומים, מתחילה סברה הגמ' שכיון שהתחיל לבנות על חשבוננו זקף עליו במלווה (כדברי ר' יונה דלעיל), ולא יתבענו עד שיסיים וידע בדיוק כמה הוציא, לכן הקשתה דהוי תו"ז. אך בתירוצה סברה שלא היה עושה משלו, אלא צועק בבי"ד. זהו פירוש הביטוי "כל שפא ושפא זימניה הוא", היינו שגם מתחילה מחויב לבנות עמו ומשפט זה לכל גלוי והיה צועק עליו בבי"ד. לכן, במקרה ששכר סופר לכתוב קונטרסים ושכירות אינה משתלמת אלא לבסוף – לא שייך דין זה והוי תו"ז, ודלא כמרדכי.

נמצאו שלשה פירושים ב"כל שפא ושפא זימניה הוא":

1. דין זה גלוי והיה צועק עליו מתחילה, לכן אם בנה ודאי כבר קיבל את הכסף (רש"י לפי התומים).
2. בנדון זה אדם פורע תו"ז כיון שאינו רוצה שיטרידוהו בכל שורה ושורה (ש"ך).
3. כל סיום שורה הוא זמן פרעון (טור לפי הב"ח) או אפילו כל חצי שורה (ר' יונה) ולכן נאמן על השורות שכבר נבנו.

ז. הקצות הקשה על הב"ח, שלדבריו אם אינו צריך ליתן לו חצי הכותל, גם אח"ז לא יהיה נאמן לומר פרעתי, שהיא טענת לקוח, ואינו נאמן כשהחפץ בחזקת המוכר, והלא הכותל בחזקת הבונה! יש להוסיף על קושייתו, שלדעת הסמ"ע גם לאח"ז יהיה זה מיגו להוציא, וצ"ע.

#### ד. חיוב שבועה בתובע תוך זמנו

מח' רי"ף (ג עמ' א בדפי הרי"ף) וסייעתו<sup>17</sup>, עם הרא"ש וסייעתו. לדעת הרי"ף גם מהלווה נפרעים בלא שבועה בתו"ז, ואילו לדעת הרא"ש רק בשבועת היסת כיון שהנתבע טוען ברי ששילם (טור סי' עח סע' א'). הרי"ף סובר כנראה שהחזקה כאן מוחלטת וטענתו שפרע עומדת כנגד אנן-סהדי. לדעת הרא"ש – החזקה אינה כמו אנ"ס אלא הסתברות בלבד. עוד אפשר להסביר, שלדעת הרא"ש צריך שבועת היסת לבטל טענת ברי שיש לצד השני, למרות שמעיקר הדין אי"צ להישבע במקרים אלה, כך משמע גם מלשונו. אך הרי"ף סבור שבמקרה זה אי"צ לבטל את הטענה כיון שיש חזקת א"א פורע תו"ז, ולא על זה תקנו שבועת היסת, אלא בטוען ברי כשאין לצד שכנגדו חזקה המסייעתו. על דעת הרא"ש קשה, כיון שצריך להישבע, למה אמרה הגמרא שלא ישבע ליתומים – והלא טענינן ליתמי? פלפולא חריפתא<sup>18</sup> כתב, שדין זה בגלל חזקת א"א פורע תו"ז ששוללת את היכולת לטעון שמא פרע אביהם, והלא טענינן אינו אלא שמא. סמ"ע (חו"מ סי' עח סק"ב) פירש באופן אחר – ולדעתו ביתומים יש סברא שאם היה פורע היה אומר להם, וכיון שלא אמר לא טוענים עבורם.

ח. רמב"ם מלוה ולווה פי"ד הל"א, כפירוש ה"ה שם, הגהות אשר"י בשם מהר"ח.

ט. על הרא"ש פרק ראשון, סי' ט' סק"י. גם הש"ך שם סק"ב מסביר כע"ש הסובר כפלפולא חריפתא.