

## אין נשבעים על טענת קטן

### מבוא

סוגיית "אין נשבעים על טענת קטן" היא בבחינת מעט המחזיק את המרוכה. מבחינה כמותית היא מתפרסת על פני פחות מחצי עמוד בגמרא, אך מבחינה איכותית ערכה כפול: ראשית, היא ציר מרכזי בתחום של שבועה בדיני ממונות. שאלת שבועה בקטן שופכת אור ומחדדת היטב את הגדרת חיוב השבועה בכל אחד מארבעת סוגי השבועה, עד אחד, מודה במקצת, שומרים והסת. שנית, תחום כללי ויסודי בדיני ממונות מתברר דרכה, טענת ברי על ידי אחר, תחום שבו לא נעסוק במאמר זה.

שנינו במשנה ריש פרק שבועת הדיינים (לה, ב)

אין נשבעין על טענת חש"ו, ואין משביעין את הקטן אבל נשבעים לקטן ולהקדש.

אם נפרק את דין המשנה לגורמים, נזהה שלושה מושגי יסוד: שבועה, טענה וחש"ו. על מנת להבין לעומק את דברי המשנה, נתבונן בכל אחד משלושת המושגים הללו בנפרד ולאחר מכן נשוב ונדון בדברי המשנה.

(א) שבועה - בדיני ממונות מצינו שלוש שבועות מדאורייתא: שבועת השומרים, שבועת מודה במקצת הטענה ושבועת עד אחד.

שבועת השומרים היא שבועה שהטילה תורה על כל שומר שטוען טענת פטור, כגון שומר חנם או שכר שטוענים שהפיקדון נאנס. על פי הכללים היבשים המפקיד הוא זה שבא להוציא ממון מהשומר והמוציא מחבירו עליו הראיה, ואעפ"כ התורה חייבה את השומר להישבע על טענתו ולא אפשרה לו להיפטר בלא כלום.

שבועת מודה במקצת נאמרה בכל מצב שבו הנתבע מודה חלקית לטענת התביעה. שבועת עד אחד נאמרה במצב שהנתבע כופר הכול אבל עד אחד מעיד לטובת התובע.

מדרבנן התחדשה שבועה נוספת, שבועת היסת. גם כאשר הנתבע כופר הכול ואין ראיה או סיוע לתובע, חכמים חייבו את הנתבע להישבע שבועת כופר הכול משום שחזקה אין אדם תובע ולא לו (שבועות מ, ב).

לענייננו, חשוב להדגיש ששבועה היא חיוב שחל מאליו. למשל, במודה במקצת, כאשר הנתבע מודה חלקית לתביעה, התורה היא שמחייבת אותו להישבע על השאר. היחס בין טענת התובע לטענת הנתבע הוא המסגרת שבה התורה הטילה את החיוב.

(ב) טענה - נראה לפצל בין שני מושגים שונים: תביעה וטענה. כאשר אדם טוען: 'הלווייתך מנה!', הוא קודם כול תובע מבית הדין את מימוש זכותו הממונית. דרישתו היא שיזדקקו לדינו. זהו המובן של "תביעה" בדיני ממונות וזהו בעצם הבסיס להלכות טוען ונטען. רק מכוח תביעת המלווה נוצר דיון בבית דין על החוב וכל אחד מהצדדים שוטח את טענותיו. אולם, מלבד התביעה שכלולה בדבריו, הוא גם טוען טענה, ובדיני ממונות טענה היא בעלת משקל שבכוחו להכריע את הדיון ולא רק ליצור אותו. ובלשון האחרונים, יש 'כוח' לטענה, דהיינו היא סיבה לזכות בממון. כך למשל נחלקו האמוראים בשלהי מסכת בבא קמא (ק"ח, א) במקרה שבו התובע טוען הלווייתך מנה והנתבע טוען שמא לא לווייתך ממך. לפי חר' מאן דאמר טענת הברי גוברת כך שהתובע זוכה בטענתו ומוציא ממון מהנתבע ללא ראייה שמגבה את טענתו. הרי שטענה בדיני ממונות היא סיבה לזכייה בממון. גם השיטה השנייה מודה שבמצבים מסוימים ברי ושמא ברי עדיף: כאשר טענת ברי מגובה בחזקת חיוב וכאשר טענת הברי אינה מוציאה ממון.

(ג) חש"ו - המכנה המשותף לשלושתם הוא היעדר דעת והבנת משמעות הדברים. משום כך, התורה פטרה אותם ממצוות, אין ביכולתם להחיל חלויות ואי אפשר לדרוש מהם לקחת אחריות על מעשיהם. כל דבר שזוקק דעת, חש"ו יצאו מכללו. כעת נחזור לדין המשנה "אין נשבעים על טענת חרש שוטה וקטן", ומיד תעלנה השאלות הבאות:

ראשית, באיזו שבועה מדובר? יש הבדל יסודי בין שבועת מודה במקצת לשבועת השומרים: שבועת מודה במקצת מכונה כפי הראשונים 'שבועת הטענה' משום שהיא חלה כתוצאה מטענת ברי של התובע והודאה חלקית של הנתבע. שבועת השומרים היא שבועה שהתורה הטילה על השומר ללא תלות בטענת המפקיד, שהרי בדרך כלל המפקיד אינו יודע מה אירע לפקדון. כלומר למעשה אין לו טענה ואעפ"כ התורה חייבה את השומר להישבע.

לגבי שבועת עד אחד נחלקו הראשונים בריש פירקין (מ, א) האם עד אחד מחייב שבועה דווקא כאשר התובע טוען ברי או אפילו בשמא. כלומר, לפי חלק מהשיטות שבועת עד אחד גם היא סוג של שבועת הטענה, ולפי שיטות אחרות בנקודה זו היא דומה יותר לשבועת השומרים.

אם ניצמד ללשון המשנה, נגיע למסקנה שמדובר דווקא בשבועה התלויה בטענת הקטן, שהרי המשנה נועצת את סיבת הדין במעמד טענת הקטן, 'אין נשבעים על טענת חש"ו'. זאת ועוד, כבר לעיל הערנו ששבועה היא חיוב שחל מאליו, כך שאם אין חיסרון בטענת הקטן או לחילופין אין צורך בטענתו כשבועת השומרים, כיצד

היעדר הדעת של החש"ו יפטור משבועה? הרי לא הקטן אמור להישבע אלא הנתבע הגדול שעומד מולו בבית דין? לכן מסתבר לומר שהמשנה חידשה שטענת קטן איננה טענה, וכך נבין בנקל מדוע שבועת מודה במקצת התמעטה בקטן. ננסח זאת כך: המשנה חידשה דין בהלכות טענות ולא בהלכות שבועות.

שנית, לאור המשמעות הכפולה במושג הטענה שהוצגה לעיל, טענה ותביעה, מהו מעמד טענת הקטן? האם טענתו אינה טענה או שגם תביעתו אינה תביעה? לכאורה ההסבר הפשוט הוא שלעולם בית דין מתייחס בעירבון מוגבל לאופן שבו הקטן מתאר את המציאות. הוא אמנם טוען שברי לו שכך וכך אירע, אבל מצדנו קשה לסמוך על כך. רק אדם גדול יכול לראות את התמונה השלמה ולצרף את כלל הנתונים לכלל ידיעה וודאית. לאור זאת, נוכל לחלק ולומר שקטן יכול לתבוע, שהרי מהזווית שלו הוא טוען ברי גם אם בית הדין מייחס לטענתו ערך ראייתי של טענת שמא. אולם, אין הכרח לחלק כך ואפשר להבין שקטן גם לא יכול לתבוע, ומאותה סיבה שלא מתייחסים ברצינות לדבריו גם אין לו את הכוח לתבוע לדין<sup>1</sup>.

למעשה, הקשר שבין שתי השאלות הללו הוא היסוד לכל הסתעפות הסוגיה. סוג השבועה ממנה התמעט קטן תלוי בתשובה שנספק לשאלה השנייה, קרי מהו החיסרון בטענת הקטן ומה הפירוש של מושג הטענה.

### מקור הדין וביאור הסוגיה בכבא קמא

הגמ' (שבועות מב, א) לומדת זאת מפסוק: "כי ייתן איש אל רעהו כסף או כלים וכו' ונקרב בעה"ב אל האלוקים", ודרשו חז"ל "איש" למעט קטן. הפסוק נאמר בתורה בפרשת משפטים כחלק מדיני השומרים המפורטים בה, והוא המקור לשבועת השומרים, "ונקרב בעל הבית אל האלוקים", ולשבועת מודה במקצת, "אשר יאמר כי הוא זה". אם חז"ל דרשו "איש" למעט קטן, מסתבר שהוא התמעט מכל הפרשה, הן מדיני השומרים כולל שבועת השומרים והן משבועת מודה במקצת<sup>2</sup>. הרי שבניגוד להנחתנו בפרק הקודם, בהסתמך על דיוק לשון המשנה ששורש הדין נעוץ בקלישות טענת הקטן, מהפסוק משמע אחרת.

1. חשוב להדגיש ששני הפירושים שהצענו עלו כחלק מהתבוננות אפריורית בסוגיה, וכאשר נצלול לעומק הסוגיה ושיטות הראשונים נגלה הבנות נוספות ומורכבות יותר.
2. הראשונים בריש פירקין (מ, א) נחלקו האם שיעור שתי כסף בשבועה נאמר דווקא בשבועת מודה במקצת או גם בשבועת השומרים. חלק גדול מהראשונים (רא"ש, רמב"ן ועוד) טענו שאם שיעור שתי כסף נלמד בפסוק בפרשת שבועת השומרים אי אפשר להעמיד אותו דווקא על שבועת מוב"מ שנלמדה בדרך אגב מאחד הפסוקים שם. ובלשון הראשונים, גם למאן דאמר עירוב פרשיות כתיב כאן, עיקור פרשיות בוודאי לא אמרינן. אותה סברא נכונה גם בנידון דידן.

בכרי להבין היטב את תוכן הלימוד מהפסוק, ניגש להתבונן בסוגיה בב"ק (קו, ב):

א"ר יוחנן: הטוען טענת גנב באבדה - משלם תשלומי כפל; מאי טעמא? דכתיב: על כל אבדה אשר יאמר. איתיביה רבי אבא בר ממל לרבי חייא בר אבא: כי יתן איש - אין נתינת קטן כלום; ואין לי אלא שנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן, נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מנין? ת"ל: עד האלהים יבא דבר שניהם, עד שתהא נתינה ותביעה שוין כאחד; ואם איתא, תיהוי נמי כאבדה!

ר' יוחנן קבע שהטוען טענת גנב באבדה חייב כפל<sup>3</sup>. כלומר משיב אבדה חייב בשמירתה ככל השומרים, ועל כן גם שומר אבדה מחויב בשבועה על מנת להיפטר בטענת אבדה או גניבה. אם הוא נשבע לשקר (כגון שהעידו עדים שבשעת שבועה הפיקדון היה תחת ידו) ונפטר בטענת גנבה, דינו זהה לכל שומר ששיקר בשבועתו על מנת להיפטר והוא חייב בכפל מלבד השבת הפיקדון. הגמ' הקשתה על דבריו מברייתא שמיעטה קטן משבועת השומרים<sup>4</sup>. לפני שנסביר את הקושיה נעיין בברייתא עצמה. מבואר שהמיעוט הוא כפול: אם היה רק את המיעוט של כי יתן איש פרט לקטן, היינו מעמידים אותו בנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן, ומהמילים "יבוא דבר שניהם" הברייתא הקישה שעת נתינה להעמדה בדין ובשניהם נדרשת גדלות.

יוצא מכך שכל עוד שהנתינה היתה בקטנות, השומר פטור משבועה גם אם בשעת התביעה המפקיד גדול. והנה, סברא פשוטה שהגדרת הטענה נקבעת לפי שעת העמדה בדין ובשעה זו הוא הרי טוען טענת גדול. נראה מכך שלהבנת הברייתא המיעוט נאמר לגבי חיובי שמירה בהפקדת קטן. כלומר, הפסוק אינו עוסק בהלכות שבועה אלא בהלכות שומרים<sup>5</sup>. כעת נוכל להבין יותר מדוע שעת הנתינה קובעת, שהרי שעת ההפקדה היא זמן חלות חיובי השמירה ובה השומר מתחייב באחריות ובשבועה<sup>6</sup>.

3. טוען טענת אבדה או גניבה הוא חומרה שהחמירה תורה על שומר חנם. אם הוא נשבע ונפטר בטענת גניבה או אבדה ונמצא שקרן, לא רק שהוא חייב לשלם את הקרן אלא גם כפל. כביכול בעזרת השבועה שפטרה אותו הוא גנב את הפיקדון. יש הרבה להרחיב בדין זה אבל אין כאן המקום.

4. כך לפום ריהטא, ועי' להלן דפליגי בהכי הראשונים.

5. לפי שיטת רש"י הבנה זו תתברר כלא נכונה לאור האופן שפירש את קושיית הגמ', ולפי שיטת הרמ"ה הבנה זו נכונה גם למסקנה. עי' להלן.

6. סיבת הדבר היא מפני ששבועת השומרים איננה מהלכות טוען ונטען אלא היא חלק מהחיובים המוטלים על השומר כלפי בעל הבית. וראיה לדבר מלשון הגמ' בריש פרק המפקיד לה, ב ששבועת השומרים נועדה להפיס דעתו של בעה"ב יעוי' שם. עוד יש

נשוב לסוגיה, הגמ' הקשתה על דבריו מהברייתא, "דאי איתא תהווי נמי כאבדה". כלומר, אם שומר אבדה שטען נגנבה ונשבע לשקר חייב כפל, אז גם שומר שקיבל פיקדון מקטן שהגדיל צריך להתחייב מאותו טעם. אולם, לא ברור מהי קושיית הגמ': בשומר אבדה נטילת החפץ גררה איתה חיובי שמירה ואחריות כלפי בעל האבדה הגדול, וככל שומר מוטל עליו להישבע שבועת השומרים. לעומת זאת, בנתינת קטן, הנתינה היא הסיבה לחלות חיובי השמירה, ומאחר שהפיקדון נמסר על ידי קטן חידש הפסוק שהפקדה שכזו אינה מחייבת את השומר בדיני השומרים. וגם לאחר שהקטן הגדיל גדרי האחריות שחלו בשעת ההפקדה במקומם עומדים כל עוד שלא נוצרה הפקדה חדשה.

רש"י הסביר את קושיית הגמ' כך: "דליכא נתינה והוי טענה להשביע ולהתחייב כפל וכי תבעו כשהוא גדול ליחייביה להאיך שבועה וכפילא אף על גב דנתינה ליכא". משמע שהמקשן סבר להוכיח מאבדה שכל עוד שהמפקיד הוא גדול בשעת תביעה "הווי טענה להשביע", בעוד שמהברייתא שמיעטה קטן בשעת נתינה עולה שאין טענה להשביע ללא הפקדת גדול. בביאור הדברים נראה שלפי רש"י הנידון סביב נתינת קטן אינו בהלכות שומרים, אלא גדר המיעוט של קטן הוא שסיבת החיוב שיוצרת את זכויות הממון של הקטן - כגון הלוואה, נזיקין או הפקדה - אינה עילה מספיק טובה בכדי שבית הדין ישביע את הנתבע. ורו"ק שיש כאן הגדרה חדשה, לא מיעוט מתורת טענה או תביעה אלא שהיסוד לתביעה, היינו זכות הממון, אינו מספיק בכדי שבית דין ישביע על תביעת זכות שכזו.

בכך נבין את היחס שבין לשון המשנה, 'אין נשבעין על טענת חש"ו', ובין הברייתא שפוטרת גם בנתינה בקטנות ותביעה בגדלות, למרות שהטענה היתה בגדלות. התירוץ הוא שבניגוד למה שהנחנו בפרק המבוא, אליבא דשיטת רש"י הסיבה לכך שאין נשבעים על טענת קטן אינה חיסרון בכוח הטענה שלו, אלא שזכות הממון שאותה הוא בא לתבוע קלושה בכדי שבית דין ישביע עליה. ובכך מתחננו קו ישיר בין שבועת מודה במקצת לשבועת השומרים: המכנה המשותף בשתייהן הוא שבית דין לא משביע על זכויות ממון של קטן. על פי זה נוכל גם להבין מדוע גם בנתנו כשהוא

להוכיח מהמשנה ב"מ צד, א ששומר יכול להתנות להיות פטור משבועה. ברור שאי אפשר היה להתנות בשעת ההפקדה אם סיבת החיוב של השבועה הייתה מהל' טוען ונטען. אלא מוכח ששעת חיוב האחריות היא המחייב של השבועה. אמנם לאמיתו של דבר שאלה זו, האם שבועת השומרים היא חלק מחיובי השומר כלפי בעה"ב תלויה במחלוקת הראשונים בב"ק דף ק"ז במאן דאמר עירוב פרשיות כתוב כאן ושומר מתחייב אפילו אם הוא כופר הכול; מפירוש רש"י שם בסוגיה עולה שאין חידוש מיוחד בשבועת השומרים, אלא היא שבועת כופר הכול כל עוד הבעל חוב מעיז פניו ושיטתו צריכה עיון כמבואר שם בדברי הראשונים.

קטן ותבעו כשהוא גדול אין נשבעים על טענת קטן: זכות הממון נוצרת בשעת ההפקדה.

על כך שואלת הגמ' שאמנם ההפקדה הייתה של קטן, אך אם בזמן התביעה הוא גדול במה הוא גרוע משומר אבדה, וכשם שבעל האבדה יכול להשביע למרות חסרון ההפקדה, שגם קטן שהגדיל יוכל להשביע.

לאור מה שנתבאר בשיטת רש"י, נתבונן בתירוץ של ר' חייא בר אבא לקושיה על ר' יוחנן. הוא העמיד את הברייתא הפוטרת במצב שבו השומר אכל את הפיקדון לפני שהקטן הגדיל. רש"י בד"ה שאכלו הסביר את התירוץ כך: "כשאכלו בעל הבית לפקדון בעוד שהמפקיד קטן דלא ירד פקדון זה לתורת טענה מעולם אבל אבדה מכי מטא לירדיה דהאי איחייב ליה שהרי יש לה בעלים בני טענתא". ונפלא לראות איך רש"י דייק בלשונו במה שכתב שהפיקדון לא ירד "לתורת טענה". ונראה מזה כמו שביארנו, ששורש החיסרון בקטן הינו שאין בזכותו הממונית עילה מספיקה לחייב שבועה. ולכן, אם המפקיד היה קטן בשעת אכילת הפקדון, תביעתו לאחר שהגדיל היא מכוח השמירה שהייתה בהיותו קטן, והיא ככל זכויות הממון של הקטן אינה מספיקה בכדי שבית דין ישביע עליה.

רב אשי תירץ את קושיית רבי חייא בר אבא באופן אחר: "רב אשי אמר לא דמי, אבדה קא אתיא מכוח בן דעת, והא לא אתיא מכוח בן דעת". כלומר, הוא כופר בהנחת היסוד של הקושיה. לעולם המפקיד תובע מכוח החיוב שהוטל על השומר בשעת הפקדה ואם הוא היה קטן בשעה זו זכות הממון שלו קלושה בכדי שב"ד ישביע עליה, ואין להקשות משומר אבדה שכלל לא הייתה הפקדה ואעפ"כ הוא חייב בחיובי שומרים כלפי בעה"ב, מכיון ששעת הלקיחה של החפץ היא למעשה שעת מסירת הפיקדון. ההפקדה לא חייבת להיות מסירה בידיים של החפץ, אלא פעולת הלקיחה של השומר את החפץ לרשותו היא "המסירה" שמחייבת את השומר באחריות.

עולה אפוא משיטת רש"י פירוש מחודש למושג הטענה במשנה, פירוש שלפיו קיים מכנה משותף בין שבועת הטענה לשבועת השומרים.

#### שיטת הרמ"ה בביאור הסוגיה ומשמעות הנתינה בשומרים

הרמ"ה הלך בדרך אחרת מדרכו של רש"י בביאור הסוגיה. לשיטתו, הברייתא למדה מהפסוק שני דינים חלוקים: הראשון, נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול. השני, תבעו כשהוא קטן. המיעוט של קטן משעת נתינה הוא דין בהלכות שומרים: התורה חידשה שאין חיובי שומרים בהפקדת קטן, והשומר פטור מתשלומין אפילו בפשיעה. בכך בולט מאוד שהמיעוט של שעת נתינה אינו נוגע לסוגיית שבועה על טענת קטן. הדין השני שנלמד מהמיעוט הוא תבעו כשהוא קטן, שטענת קטן לא יכולה להשביע.

מיעוט זה רלוונטי רק בשבועות הבאות מחמת טענה, ולהוציא שבועת השומרים וכדלהלן.

יוצא שקטן והגדיל התמעט רק משבועת השומרים משום שנתנית קטן אינה כלום ולא חל עליו דין שומר. אולם, בשבועת מודה במקצת ועד אחד הזמן הקובע הוא שעת תביעה. ולאידך גיסא הפקדת גדול מחייבת את השומר בשבועה גם אם למעשה המפקיד מת ומי שעומד עמו בדין הוא קטן, שהרי שומר נשבע אפילו בטענת שמא ועל כן אין נפקא מינה למצב המפקיד בשעת התביעה אלא רק לשעת ההפקדה. ובשבועת הטענה, ע"א ומודה במקצת, גם אם ההלוואה הייתה של גדול, אם בשעת תביעה הטוען הוא בנו הקטן אין בכך חיוב שבועה שהרי טענת קטן לאו כלום היא.

יש להבין כיצד מהפסוק למדנו שני דינים. דוחק לומר שההיקש לימד אותנו זאת, שכן משמע שהלימוד בא רק להרחיב את המיעוט של שעת נתינה גם אם בשעת תביעה המפקיד כבר גדול. ואכן המדייק בלשון הרמ"ה ייווכח שהמקור למיעוט של טענת קטן הוא המיעוט של כי יתן איש, זה לשונו:

אבל בטוענו כשהוא קטן לא דכיון דנתינת קטן לאו כלום היא משום דלאו בר דעת הוא טענה דידיה נמי לאו כלום היא. והיינו דתנן אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן ואמרינן עלה מנא הני מילי ואמרינן אמר קרא כי יתן איש אין נתינת קטן

מפורש בדבריו ששני הדינים – 'נתינת קטן לאו כלום' ו'טענת קטן לאו כלום' נובעים מיסוד אחד. ואע"פ שבנתינת קטן לא חלים כלל חיובי שומר ואילו בטענת קטן אנו דנים רק לעניין שבועה לא קשיא מידי. בהלוואה או גזלה חיובי הממון חלו מאליהם ולזהות הבעלים לא אמורה להיות השפעה, שכן קטן התמעט מנתינה שבאה ליצור באופן חיובי את חיוב האחריות כהפקדה בשומרים. על כך אומר הרמ"ה שכשם שנתנתו אינה יכולה להחיל את חיובי השמירה, כך גם טענתו אינה יכולה לגרום חיוב שבועה. ממוצא דבר אנו למדים שאין כאן שני דינים, והמיעוט של קטן מנתינת איש אינו הלכה בהלכות שומרים, אלא התורה חידשה דין כללי שאין משמעות לפעולת קטן כל עוד שפעולתו באה ליצור דין ממוני. ההשלכות הנולדות מחידוש זה מתחלקות: בשומרים בכלל לא נוצרו חיובי שמירה, ואילו בשבועת עד אחד ומוכ"מ אין לו יכולת להשביע.

ראשונים נוספים שהלכו בדרכו של הרמ"ה הם הרמב"ן (שבועות מב, א ד"ה הא דתנן) והרשב"א (שם ד"ה מאי טעמא). גם לפי שיטתם הנתינה היא מיעוט ספציפי בחיובי השומרים, ובשבועת ע"א ומב"מ השעה הקובעת היא שעת הטענה בבית דין. אלא שהרמב"ן הסתפק האם "כי יתן" ממעט דווקא מחיוב שבועת השומרים או גם מחיובי התשלומין. ומשמע מלשונו שיותר מסתבר לו כפי האפשרות השנייה אבל לא בוודאות. לעומתו, הרשב"א כתב שאלמלא שהרמב"ן הסתפק בדבר, הוא היה נוקט בוודאות שאין חיובי שמירה כלל בנתינת קטן, שכן קטן התמעט מ"כי יתן" ונתינתו כמי שאינה ואם אין נתינה אין חיובי שמירה.

ובאמת שדברי הרמב"ן צריכים ביאור, מה הסברה לחלק בין חיובי תשלומין לשבועה. ונראה שביסוד מחלוקת הראשונים עומדת שאלה יסודית בדיני השומרים: האם חיוב האחריות והתשלומים הינם תולדה של מסירת הפיקדון או שהם נובעים מעצם הימצאות החפץ אצל השומר, והמסירה רק נועדה לסלק את אחריות הבעלים ומעתה השומר אמור לשאת באחריות. יתכן שהרמב"ן מסתפק האם חיוב האחריות חל ממילא ולא מכוח הנתינה, ובכך הוא שונה מחיוב השבועה: יתכן שחיובי האחריות נולדים ממילא בעוד שחיוב השבועה ודאי נובע מהעסקה הממונית שנעשתה בין שניהם. היסוד לחיוב שבועת השומרים הוא כלשון הגמ' בפרק המפקיד (ב"מ לה, א): "להפיס דעתו של בעל הבית", וסברא זו נכונה רק כאשר בעל הבית מסר את הפיקדון לשומר ולא בחיוב אחריות שנולד מעצמו. בחפץ של קטן השמירה נוצרת בצורה של ממילא, ללא עסקה ממונית בין המפקיד לנפקד, ולכן חיוב שבועת השומרים אינו חל והספק הוא בתשלומים, האם הם נובעים מהמסירה או מעצם מציאות החפץ. לעומתו, הרשב"א נוקט שחיובי השמירה הינם תולדת הנתינה ואינם חלים ממילא מכוח עצם החזקת החפץ.

והנה, בהגהות רעק"א לשו"ע (צו, א) הביא את דברי המחנה אפרים (שומרים סי' י') שאם קטן השאיל לגדול לכולי עלמא הוא חייב באונסין, שכן לעניין שאלה לא כתיב איש. ובביאור דבריו נראה לומר שהטעם אינו רק מחמת שלא נאמר "איש", שהרי הגמ' מרחיבה את המיעוטים שנאמרו בשאר השומרים לשואל וכמו מיעוט עבדים שטרות וקרקעות, אלא שחיוב שואל שונה מחיוב שומר, וכאן אפילו הרשב"א והרמ"ה מודים שסיבת החיוב היא כל ההנאה שלו ומצב זה קיים אפילו בקטן. כלומר, חיוב השואל אינו נובע ממסירת החפץ, אלא מהימצאות החפץ ברשותו.

### קטן הבא בטענת אביו

נשוב לסוגיה. הגמ' העירה על הסתירה בלשון המשנה: ברישא נאמר שאין נשבעין על טענת חש"ו, ובסיפא נאמר שנשבעין לקטן ולהקדש. ותירצה (שבועות מב, א):

אמר רב: בכא בטענת אביו, ור' אליעזר בן יעקב היא; דתניא, רבי אליעזר בן יעקב אומר: פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו, כיצד? אמר לו מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס – הרי זה נשבע, וזהו שנשבע על טענת עצמו; וחכ"א: אינו אלא כמשיב אבירה ופטור.

ממשיכה הגמ' להקשות: ממה נפשך, אם נפרש כפשוטו שהלווה בא מעצמו וטוען שהאב הלווה לו מנה ופרע חצי, תמוה וכי ראב"י חולק על הסברה של משיב אבירה? ואם נעמיד שמדובר שהקטן טוען בבדי אביו הלווה לו, עדיין יהיה קשה מדברי המשנה שאין נשבעים על טענת קטן. לכן סברה הגמ' להעמיד שמדובר שהיורש הוא



גדול וטוען בכרי ועדיין נשאר קשה מדוע ר' אליעזר מכנה אותו נשבע על טענת עצמו.

### מחלוקת רש"י ותוס'

למעשה נחלקו הראשונים כיצד להבין את מסקנת הסוגיה. הגמ' ביארה את מחלוקת ר"א וחכמים בשאלה האם "חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו" היא דווקא כלפי הבעל חוב עצמו או גם כלפי בנו. לדעת ר' אליעזר הלווה לא מעיז בבן המלווה ולכן אין לו מגו שהיה טוען להר"ם. משכך, עליו להישבע כדין מודה במקצת הטענה. לדעת חכמים בבנו הוא מעיז, ומגו שהיה טוען לא היו דברים מעולם הוא מודה במקצת וכופר במקצת. רש"י (שבועות מב, ב ד"ה אלא בדרכה) הבין שהגמ' חוזרת ומעמידה את הברייתא בקטן הבא בטענת אביו. הלשון "טענת עצמו" מובנת נוכח העובדה שהתובע הוא למעשה קטן. לפי חכמים הוא מעיז פניו בבנו ומשום שהיה יכול לטעון להר"ם הוא פטור משבועת מוב"מ. הקושי בפירושו זה הוא שהגמ' עצמה דחתה אפשרות זאת בטענה שאין נשבעים על טענת קטן. התוספות (כתובות י"ה, א ד"ה אלא הכא) הבינו שלמסקנה מדובר בגדול ולא קשה כ"כ מדוע ר"א הגדיר זאת נשבע על טענת עצמו.

לפי שיטת רש"י צריך ביאור מהו למעשה היישוב לסתירה בשאלה האם נשבעים על טענת קטן. וזה לשונו בד"ה אלא בדרכה (מב, ב):

ולעולם בטוענו קטן ומשום דאין טענתו חשובה במקום אחר דכתיב כי יתן איש קרי ליה הכא טענת עצמו מיהו הכא טענה היא דהא איכא נתינת איש דמכח נתינת האב היא באה והיינו דקאמר פעמים וכי תימא רבנן אמאי פליגי עליה בדרכה קמיפלגי.

התוס' דחו דבריו מכוח הסוגיה בב"ק כדף ק"ו שממנה עולה שהוקשה נתינה להעמדה בדין ובשני השלבים נדרשת גדלות, ואם כן ההיקש ממעט לא רק קטן והגדיל אלא גם נתינה בגדלות כאשר התובע הוא קטן. באופן פשוט יש להסביר את המחלוקת, שלפי רש"י למסקנה כי יתן איש מעט דווקא נתינת קטן אבל נתינת גדול מחייבת גם בתביעת קטן, ואילו התוס' הבינו שההיקש לימד ששני הזמנים קובעים ובשניהם נדרשת גדלות.

אלא שצריך עיון לאור פירוש רש"י בסוגיה בב"ק בביאור דברי הברייתא שהובאה שם. כאמור הברייתא למדה מן הפסוק "יבוא דבר שניהם" למעט נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול. על פי פרש"י שם, לולא ההיקש ההוא היתה למעט רק תביעה בקטנות ולא נתינה בקטנות:

דאיכא למימר דהאי איש אהשתא קאי וה"ק כי יתן מי שהוא עכשיו איש בשעת טענה פרט לנתינת מי שהוא עדיין קטן אבל אי הוי עכשיו איש לא ממעט ליה.

הרי מבואר שמסברא היינו מפרשים את המיעוט כי ייתן על שעת תביעה בלבד, וממילא מתבקש שההיקש רק הוסיף דרישה של גדלות בשעת נתינה אבל לא ביטל את מה שהבנו בהו"א שהתביעה צריכה להיות בגדלות.

נראה שדווקא לאור האופן שהגדרנו את החיסרון בקטן בשיטת רש"י, חסרון בזכות הממון בשבועה, הדברים יתיישבו היטב. גם בשלב ההו"א היה ברור לגמ' ששעת נתינה קובעת לא פחות משעת תביעה. אעפ"כ יש סברה לומר שגם אם בשעת נתינה או הלוואה הוא היה קטן, אם בשעת תביעה הגדיל הרי בשעה זו תובע זכות ממונית של גדול ולא של קטן, והאופן שבו נוצרת הזכות אינו רלוונטי. ההיקש של שעת נתינה לשעת תביעה מיעט את יכולת הגדול לתבוע זכות ממונית שנוצרה בקטנות, שכן זו עדיין זכות ממונית של קטן. על פי זה בקטן הבא מחמת אביו, כאשר ההלוואה הייתה של אביו, ברור שמקרה זה לא נכלל במיעוט קטן, שהרי הקטן תובע זכות ממון של גדול.

בדעת התוספות אין צורך לומר שנחלקו עקרונית, אלא שהיה ברור להם שההיקש מצריך שלאורך כל התקופה - משעת היווצרות הזכות ועד לתביעת מימושה בבית דין - על התובע להיות בכלל כי ייתן איש. כלומר, לפי שיטתם אם שעת תביעה בקטנות, האופן שבו נוצרה הזכות אינו משפיע, שכן למעשה יש כאן קטן התובע את זכותו שלו ולא של אביו.

### שבועת השומרים בקטן

חז"ל למדו מפסוק שנתינת קטן אינה כלום. לפי חלק מהשיטות כשם שאין משמעות לטענתו כך אין משמעות להפקדתו והשומר אינו מתחייב באחריות. לשיטות אחרות (שיטת רש"י) המיעוט מהפסוק מתייחס לחיוב השבועה בלבד וחיובי התשלומים נותרו על כנם ללא שינוי. מצאנו אם כן התייחסות מפורשת של הגמ' והראשונים לשבועת מודה במקצת בקטן ולשבועת השומרים בקטן. שבועת עד אחד לא התבררה במפורש ונצטרך להכריע את דינה על פי העקרונות העולים מדברי הראשונים ביחס לשבועות האחרות.

עיקר עניינו של פרק זה להעמיק בבירור שיטתם המחודשת של הר"י מיגאש והרמב"ם לפיה שבועת השומרים לא התמעטה בקטן. אבל כאמור נפתח קודם בבירור דינה של שבועת עד אחד.

7. וקצת קשה מלשון הגמ': "אין אלא נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן", ומשמע מזה שגם בהו"א סברנו שיש משמעות לשעת נתינה ממש. וצריך לומר שריכר הכתוב בהווה שכן בדרך כלל אם בשעת תביעה הוא קטן גם שעת נתינה הייתה בקטנות.

### שבועת עד אחד

הר"י מיגאש (שבועות דף מב, א ד"ה מתני') והרמב"ם (טוען ונטען ה, ט) כתבו בפירוש שאין שבועת עד אחד בקטן. אולם, הרמ"ג הולך בכך לשיטתו (דף מה, ב ד"ה מתני') שעד אחד מחייב שבועה רק בטענת ברי, וממילא אין סיבה לחלק בין שבועה זו לשבועת מודה במקצת. אמנם, יש לדון לפי שאר הראשונים שחלקו ולא דרשו טענת ברי בשבועת עד אחד, האם לשיטתם קטן התמעט משבועה זו. שורש הספק הוא השאלה השנייה שהועלתה לעיל בפרק המבוא, האם הפסוק מתייחס רק לטענת הקטן או בכלל לכוח התביעה שלו. אם קטן התמעט משבועת מוב"מ משום שאין לו כוח לתבוע, אז יש להרחיב את המיעוט גם לשבועת עד אחד. והנה, בדברי הרמ"ה (שטמ"ק בב"ק קו, ב ד"ה והאי שבועה) מבואר שקטן התמעט משבועת עד אחד. ואם נתלה זאת בכך שהרמ"ה סובר כדעת הר"י מגא"ש שעד אחד מחייב שבועה רק בצירוף טענת ברי, ולשיטתו החיסרון בקטן הוא ביכולת לטעון ברי ולא בתביעה, הרי שהטור בסי' ע"ה הכריע כדעת הרא"ש ורמב"ן שע"א מחייב שבועה אפילו בטענת שמא, ובסי' צ"ו משמע מדבריו שקטן התמעט משבועת עד אחד לכולי עלמא. וההסבר הוא שהחיסרון של קטן הוא לא רק בטענה אלא בכוח התביעה עצמה.

### שבועת השומרים

והנה, דווקא לגבי שבועת השומרים נפלה מחלוקת גדולה בין הראשונים. על פי רוב השיטות קטן התמעט משבועה זו, וראיה לכך היא כאמור הסוגיה בב"ק קו. אולם, בחידושי הר"י מיגאש (דף מב, א ד"ה מתני') כתב שאין נשבעים על טענת קטן אך ורק בשבועת הבאות מחמת הטענה, מה שאין כן בשבועת השומרים שעליה נשבעים אפילו בטענת שמא ובה נשבעים על טענת קטן. בכל זאת, לעניין שבועת היסת שאין משבעים אותה אלא בטענת ברי, כתב הר"י מיגאש ששבועה זו חלה אפילו בטענת קטן. הדרך הפשוטה ביותר היא לומר שלפי הר"י מיגאש החיסרון בקטן הוא לא בתביעת הממון אלא ביכולת לטעון ברי ולעולם טענתו תוגדר כטענת שמא. בכך הוא הולך לשיטתו (דף מה, ב ד"ה מתני') שמתנה את שבועת עד אחד בתביעת ברי, וממילא בתובע קטן ע"א לא יחייב שבועה. כמו כן, שבועת מודה במקצת חלה רק כשיש טענת ברי<sup>8</sup>. בניגוד לכך, בשבועת השומרים די בעצם תביעת המפקיד כלפי השומר,

8. במשנה מ, א נאמר: "מנה לאבא בידך, אין לך בידי אלא נ' דינר פטור מפני שהוא כמשיב אבידה". ולא התברר במשנה באיזו טענה מדובר. בכדי להעמיד את המשנה אפילו לדעת ראב"י (יעו' שם), הגמ' (מב, ב) נוקטת שמדובר בטענת שמא. ועולה מזה חידוש גדול; לא רק בשבועת עד אחד אלא אפילו בשבועת מודה במקצת לולא הפטור של "משיב אבידה" מודה במקצת היה חייב למרות שטענו אותו בשמא. והיינו שלפי כולי עלמא אין תנאי מהותי של טענת ברי בשבועת מודה במקצת והסיבה שבטענת שמא מודה במקצת פטור, היא שבכה"ג הוא מעיז פניו לכפור ככול, והוא נמצא משיב אבדה בהודאתו, ולכולי עלמא

גם אם למעשה הוא לא יודע וטוען שמא, ולכן נשבעים בה על פי קטן. לפי זה, נוכל להבין היטב מדוע שבועת היסת חלה אפילו בקטן. הסיבה היא שאין בה צורך דווקא בטענת ברי אלא די בתביעת ממון, וכלשון הגמ' בדף מ, ב: "אמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת היסת, מאי טעמא? חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו".

אלא שבשיטת הרמב"ם הגדרה זו של קטן, כתובע שלא יכול לטעון ברי, לא תספיק. מדבריו בסוף פרק ד' מהלכות גזלה הוכיח הרב המגיד שלפי הרמב"ם עד אחד מחייב שבועה אפילו אם התובע טוען שמא. למרות זאת, בהלכות טוען<sup>9</sup> (ה, ט-י) הוא פסק את שיטת הר"י מיגאש שחילקה בין שבועת ע"א ומורה במקצת לשבועת השומרים:

אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן, אחד הבא בטענת עצמו או בטענת אביו לפי שזה המקצת שהורה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבדה, וכן אם כפר בכל ובא עד אחד והעיד לקטן אינו נשבע שזה עד אחד ואין שם תובע שתביעת קטן אינה תביעה גמורה, נמצאת אומר קטן שאמר לגדול מנה לי בידך, או אבא היה לו בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים או אין לך בידי כלום ועד אחד מעירו שיש לו הרי זה פטור משבועת התורה, אבל אם שמר לקטן וטען שאבד הרי זה נשבע שבועת השומרים לפי שאינו נשבע מחמת טענה.

וצריך עיון, מה בין שבועת ע"א לשבועת השומרים, הרי בשניהם התובע טוען שמא והנתבע חייב שבועה. וצריך לומר על פי דיוק לשון הרמב"ם בהלכה ט' שהחיסרון של קטן הוא בתביעה עצמה. כלומר לא רק שטענתו איננה ברי כמו שביארנו ברמ"ג, אלא שעצם היכולת לתבוע חסרה לו. בנקודה זו הרמב"ם דומה לשאר הראשונים שהחיסרון של הקטן הוא בעצם התביעה ולא בסוג הטענה. וכן כתב להדיא הבית יוסף (ח"מ צו)<sup>10</sup>.

ועדיין יש להבין מהו החילוק בין שבועת השומרים לשבועת ע"א. בדעת הרמ"ג ניחא שכן הואיל והחיסרון לשיטתו הוא בטענת הברי, שבועת השומרים שבאה אפילו בטענת שמא אינה כלולה במיעוט בניגוד לשבועת עד אחד שבאה רק בטענת ברי. אולם לפי הרמב"ם ששבועת עד אחד באה בטענת שמא ובכל זאת כלולה במיעוט, קשה מהו החילוק בין השבועות ומדוע שבועת השומרים אינה כלולה בו. נראה ליישב כך: שבועת ע"א היא מהלכות טוען ונטען. כאשר יש תובע ונתבע עד אחד

משיב אבדה פטור משבועת מוב"מ. כך גם מדויק בלשון הר"י מיגאש שעצם זה שקטן לא יכול לטעון ברי לא פוטר משבועת מוב"מ אלא דמשום הכי הנתבע משיב אבדה.

9. ועיין גם שכירות ב, ז.

10. היה אפשר לומר שהרמב"ם סובר שעד אחד משביע בשמא משום שהתובע טוען ברי על סמך העד. לפי זה גם הרמב"ם כרבו הרמ"ג מגדיר את החיסרון ביכולת לטעון ברי ולא בעצם יכולת התביעה. אלא שלשון הרמב"ם לא משמע הכי ועוד שהבית יוסף להדיא לא כתב כן.

יכול להעיד נגד הנתבע ולחייב אותו להישבע, ובלא תובע לא שייך להשבע. שבועת השומרים, לעומת זאת, ודאי אינה נובעת מהלכות טוען ונטען: הרי התורה חייבה את השומר להישבע אפילו כשהוא טוען ברי והמפקיד שמא ואין בטענתו שום ריעותא. ודאי אפוא שהחייב אינו נובע מהלכות טוען ונטען, אלא הוא חלק מדיני השמירה, וכשם ששומר חייב לשמור ולשלם, כך גם בכדי להיפטר מהשמירה עליו להישבע. ומאחר שכך, אפילו בקטן שלמעשה אינו יכול לתבוע לדין, השומר חייב להישבע כחלק מדיני השמירה.

לפי זה מדויקת גם לשון הרמב"ם בהלכה י:

הורו רבותי שאין נשבעין על טענת קטן שבועה של תורה אבל שבועת היסת נשבעין, ואפילו היה קטן שאינו חריף לענין משא ומתן נשבעין היסת על טענתו, שלא יהיה זה נוטל ממונו כשהוא קטן וילך לו בחנם ולזה דעתי נוטה ותקון עולם הוא, נמצאת למד שהקטן שטען על הגדול בין שהודה במקצת בין שכפר בכל בין שהיה שם עד בין שלא היה שם עד, הרי זה נשבע היסת.

הרמב"ם תלה את החיוב בתיקון העולם, ומשמע שמעיקר הדין גם שבועת היסת אינה שייכת בקטן. והדבר מובן לאור חילוקנו בין שיטת הרמ"ג לרמב"ם: לפי הרמ"ג משמע שמעיקר הדין משביעים בהיסת בתביעת קטן, והטעם הוא שקטן יכול לתבוע לדין אבל לא לטעון ברי, ושבועת היסת תלויה בתביעה ולא בטענה. אולם הרמב"ם הרי הסביר שאפילו תביעת ממון אין בקטן, ומשום כך הוא הוזקק לומר שתיקון עולם הוא.

והנה, בהלכה ט' הרמב"ם נימק את הפטור משבועת מודה במקצת בכך שהנתבע משיב אבידה בהודאתו, 'לפי שזה המקצת שהודה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבדה'. והקשה רעק"א (הגהות לשר"ע חו"מ צו, א), שאם אפילו שבועת ע"א שחלה בטענת שמא התמעטה בקטן, משום שאין תביעת ממון, אז ודאי ששבועת מודה במקצת שחלה רק בטענת ברי צריכה להתמעט, ומדוע הרמב"ם הוזקק לומר שסיבת הפטור היא משיב אבדה. ועיין שם בדבריו שכתב נפקא מינה לשבועת ר' חייא קמייתא, שכופר הכל ועדים מעידים שחייב במקצת ומחייבים אותו להישבע על השאר, שאין בה את הטעם של משיב אבדה ולכאורה עדים יחייבו שבועה אפילו בתביעת קטן וצריך עיון מה בין שבועת עד אחד לשבועת ר' חייא קמייתא.

ונראה שהרמב"ם דייק בלשונו כמה שכתב "שתביעת קטן אינה תביעה גמורה", וביאור דבריו שתביעת קטן מועילה לעניין זה שהיא מאפשרת לדון דין תורה, ויש שני בעלי דינים, תובע ונתבע. ונראה שיש הבדל מהותי בין שבועת מודה במקצת ובין שבועת עד אחד: במודה במקצת ההתקפלות של הנתבע גורמת לבית הדין

להטיל עליו שבועה כדי שיודה<sup>11</sup>, וכדברי הגמ' (כתובות יח, ב): "ובכולה בעי דלודי ליה, והאי דלא אודי ליה - כי היכי דלישתמיט ליה, וסבר, עד דהוה לי זוזי ופרענא ליה, ורחמנא אמר: רמי שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכוליה". לכן, כל עוד יש דין תורה והוראה במקצת אין מניעה להשביע גם בקטן, לולי הסברה של משיב אבידה. בעד אחד, אמנם עדותו מועילה לעניין שבועה, אבל התובע צריך לתבוע את השבועה. לעולם אי אפשר לברר אלא על סמך שני עדים, ושבועת עד אחד פירושה שהתובע דורש על סמך עדות חלקית של עד אחד לחייב את הנתבע לפחות להישבע, ובלא דרישה זאת עדות עד אחד כמי שאינה בדיני ממונות ורו"ק. החולשה של תביעת קטן לא מאפשרת לו לתבוע שבועה. ובניסוח חד יותר, התביעה בשבועת מודה במקצת מתפקדת כ"היכי תמצי" להטיל את השבועה שסיבתה היא השתמטות הלווה. בעוד שבשבועת עד אחד התביעה מתפקדת כחלק מסיבות החיוב של השבועה, שצריך לתבוע שבועה על סמך עד אחד.

הקושי הגדול בשיטת הרמב"ם והרמ"ג הוא כיצד הם יבארו את הסוגיה בב"ק שבה מבואר להדיא שקטן התמעט משבועת השומרים, ומשום הכי סברה הגמ' שטוען טענת גנב באבדה אינו חייב כפל משום שלא חלה עליו שבועה. והרמב"ם מביא את הברייתא בהלכות גניבה (ד, ט):

הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אף על פי שנתן לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואחר כך באו עדים הרי זה פטור מן הכפל שנאמר כי יתן איש אל רעהו ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה נתינה ותביעה שוין בגדול.

ובהכרח שהם פירשו שהסוגיה בב"ק עוסקת דווקא בנוגע לחיוב כפל בטוען טענת גנב אבל לא בנוגע לשבועה עצמה. ויש להבין לפי זה מה המקור לכך שטענת קטן אינה טענה אם הלימוד עוסק בדיני טוען טענת גנב.

ויש לומר שבנקודה זו הרמ"ג ורמב"ם הבינו את הלימוד מהפסוק כפירוש הרמ"ה, שהוא מלמד שני דינים שונים: הדין הראשון הוא מיעוט קטן מנתינה, מיעוט שלדעתם הוא נפקא מינה לטוען טענת גנב בלבד. כל שאר דיני השומרים חלים גם

11. בעניין זה הרמב"ם הולך בעקבות רבו הר"י מגא"ש. בכמה מקומות במסכת שבועות - לעיל דף מ' ע"ב בדין קדמה הוראה לתביעה, ובפרט לקמן בריש פרק כל הנשבעין בסוגיית מגו לאפטורי משבועה, הוא מסביר שסיבת החיוב בשבועת מודה במקצת היא ה"אשתמוטי משתמיט" דהיינו העובדה שהנתבע מתקפל בפני התביעה היא היסוד המחייב. זוהי שיטה שלישית בהבנת יסוד חיוב השבועה: שיטה ראשונה היא דעת בעלי התוס' (ב"מ, ד, א) שההוראה גורמת לרגליים לדבר ביחס לשאר התביעה. מהרמב"ן בסוגיה שם משמע שההוראה מבססת את התביעה ולא מאפשרת לנתבע להסתלק מהתביעה. הרמ"ג הוא שיטה שלישית, ההתקפלות של הנתבע בפני התביעה מביאה את בית הדין להטיל עליו שבועה על השאר בכדי לסחוט ממנו את ההודאה על הכול.

כאשר השמירה נוצרה ללא הפקדה ונתינה, אבל דין ט"ג הוא חומרה שהתורה החמירה רק במקרה שהייתה הפקדה ישירה של הפיקדון אצל השומר. הדין השני הוא מיעוט קטן מטענה, שטענת קטן לעולם תחשב לטענת שמא<sup>12</sup>.

עולה אפוא שיטה נוספת בהבנת דין המשנה "אין נשבעים על טענת חש"ו", הבנה שצמודה יותר משאר השיטות לפשט הלשון: קטן לא יכול לטעון טענה. לפי הר"י מגאש הוא יכול לתבוע אבל לא לטעון ברי, ולפי הרמב"ם גם התביעה לוקה בחסר.

#### סיכום

נציע בקצרה את השיטות השונות בהבנת מיעוט קטן משבועה, מצד היקף המיעוט ומצד הגדרת החיסרון בקטן:

שיטת רש"י שקטן התמעט מכל השבועות ומאותה סיבה. זכות הממון של קטן קלושה בכדי שבית דין ישביע עליה. זה למעשה המכנה המשותף של כל השבועות למרות חילוקי הדינים שבניהן.

שיטת הרמ"ה ששני מיעוטים שונים נאמרו בקטן: מיעוט בהלכות שומרים שתוכנו שהפקדת קטן לא מחייבת את השומר בחיוב אחריות, ומיעוט מהלכות שבועה שטענתו לא מחייבת בשבועות הטענה, קרי עד אחד ומודה במקצת. מבחינת היקף המיעוט אין הבדל בינו לבין שיטת רש"י.

שיטת הר"י מיגאש והרמב"ם שקטן התמעט רק משבועות הטענה, קרי שבועת עד אחד ומודה במקצת. משבועת שומרים קטן לא התמעט. בכיבוד החילוק בין השבועות נפרדו דרכיהם של הר"י מיגאש ותלמידו הרמב"ם: הרמ"ג סבר ששורש הבעיה של קטן הוא חוסר היכולת לטעון טענת ברי. לכן רק שבועות שמוטלות בטענת ברי של התובע התמעטו, כגון שבועת מודה במקצת ועד אחד. והוא הולך לשיטתו ששבועת עד אחד מחייבת שבועה רק אם התובע טוען ברי. אבל שבועת שומרים מוטלת על השומר גם כאשר המפקיד טוען שמא, לכן שומר של קטן חייב בשבועה זו.

לעומתו, הרמב"ם סובר שע"א מחייב שבועה אפילו בטענת שמא של התובע ואעפ"כ שבועה זו התמעטה בקטן. לשיטתו קשה להבין מה בין שבועת ע"א לשבועת שומרים, הרי בשניהן אין צורך בטענת ברי. על כך השבנו שלפי הרמב"ם החיסרון של קטן הוא לא רק בטענתו אלא גם בכוח התביעה שלו, וקטן התמעט משבועות שבהן התביעה היא חלק מסיבת החיוב. בשבועת השומרים השבועה היא חלק מדיני השמירה והתביעה היא רק אמצעי על מנת שתיווצר המסגרת שבה מוטלת השבועה. לעניין זה תביעת קטן מועילה.

12. ועי' בברכת שמואל ב"ק סי' מ' שהאריך בעניין זה.