

הרב יוחאי יחיא

בענין עד המסייע

ראשי הפרקים

- א. עיון בראיותיו של הרא"ש
1. ק"ו – אם עד מחייב כ"ש שפוטר
 2. ראיה מר"ח קמייתא
 3. לא גרע מ"דקמסייע ליה שטרא"
- ב. עד המסייע בשבועת הנוטלים
שיטת הרמ"א
- ג. עד המסייע בשבועה הבאה מכח מיגו
דחיית הוכחות הש"ך
- ד. עד המסייע בגלגול שבועה
- ה. מחלוקת הש"ך ותרומת הדשן

א. עיון בראיותיו של הרא"ש

איתא שו"ע (חור"מ פז, ו):

הודה במקצת ועד אחד מסייעו י"א שפוטרו משבועה וי"א שאינו פוטר.
הדעה הסוברת שעד המסייע פוטר משבועה היא דעת הרא"ש (ב"מ פרק ראשון סימן ב) בשם המהר"מ מרוטנבורק.
הרא"ש הביא מספר ראיות לדין זה ולהלן נביא אותן ונדון בהן:

1. ק"ו – אם עד מחייב כ"ש שפוטר

כותב הרא"ש: ומדברי ר"ת יש ללמוד דעד אחד פוטר מן השבועה, והביא ר"מ מרוטנבור"ק ז"ל ראיה לדבריו מדדרשין שבועות (דף מ) לכל עוון ולכל חטאת הוא דאין קם אבל קם לענין שבועה, ועוד ק"ו הוא איזה כח מרובה כח המוחזק או כח שאין מוחזק הוי אומר כח המוחזק, א"כ ק"ו הוא ומה כשהעד מסייע למי שאין מוחזק זוקק את המוחזק לישבע, כשהעד מסייע למוחזק כל שכן שיפטרנו מן השבועה, עכ"ל.

נראה ביאור הדברים, שכאשר אין אדם מוחזק הוא זקוק לבירור גדול כדי ליצור ריעותא בחזקת הממון שכנגדו. עד אחד מהווה בירור כזה, שיוצר חיוב שבועה ואם התחייב אחד מבעלי הדין שבועה, כיון שהודה במקצת, הרי שכנגד הריעותא שיש בטענתו הוא מוחזק ואם כן ודאי שעד מסייע יעזור למוחזק שצריך סיוע קטן יותר לתקן את הריעותא שבטענתו, אם הוא עוזר למי שאינו מוחזק.

ונראה לומר שאפשר לפרש את גדר עד המסייע לפי הרא"ש בשני פנים :

א. מי שהודה במקצת, נוצרת ריעותא בטענתו והוא נדרש לברר ולאמת דבריו והבירור שהטילה התורה הוא שבועה, ואם יש לו עד מסייע זה בירור מקביל לשבועה וק"ו הוא: אם לאינו מוחזק זהו בירור טוב ק"ו למוחזק.

ב. שבועה היא בירור אבל אם לכל אחד מהצדדים יש טיבותא מצד אחד וריעותא מצד שני הרי שטענותיהם שוות ואין סיבה להצריך שבועה דבטענות שוות יש בכח המוחזקות להכריע את הספק לבדה ולהשאיר את הממון אצל המוחזק, וכשיש עד המסייע אין חיוב שבועה כלל.

ואם כך פני הדברים, נוכל לומר, שבזה נחלקו הרמב"ן והר"ן עם הרא"ש ששיטתם היא שעד אחד לא מהווה בירור מקביל לשבועה אלא שעד אחד יוצר רק רגליים לדבר וספק. שהאמת כדברי התובע והתורה מחייבת שבועה שמהווה בירור, אבל עד מסייע לא מהווה בירור אלא שצריך עיון, שהרי להדיא כתב הרמב"ן בסוגיא דנסכא דר' אבא שעד אחד כל זמן שלא הוכחש הרי הוא כשנים וצ"ע.

ומקשה בית הלוי (סימן לה), שיש לפרוך הק"ו: כשהתורה חייבה את הנתבע המוחזק להישבע נגד העד במידה והעד לא דובר אמת, יש באפשרות הנתבע להפטר ע"י שבועה, בעוד שלפי הק"ו של המהר"ם, כשהעד מסייע לנתבע אף אם אינו דובר אמת אזי הוא מפסיד לתובע, כי הוא פוטר את הנתבע משבועה ואין לתובע מה לעשות בעוד שבלא עדות העד, הנתבע לא היה נשבע לשקר וע"כ היה חייב לשלם. יוצא שהעד גורם לתובע הפסד גמור ומי יימר שהתורה האמינה במקרה זה לעד, דהרי דיו לבא מן הדין להיות כנידון?

הגרב"ד פוברסקי שליט"א (בד קודש סימן ה) כתב, שהמהר"ם סובר שאין לנו להכנס בחשבונות אלו ומה שצריך זה לשקול את מידת נאמנות העד ואם עד אחד מחייב שבועה הרי זה נותן עדיפות לתובע ויוצר ספק בדברי הנתבע כדי לחייבו שבועה. א"כ יוצא שהתורה חייבה את הנתבע שבועה משום ספק

שיש לתובע עליו וע"כ כשעד מסייע לנתבע הרי שקול הספק שהוא יוצר כנגד הספק שיוצרת חיוב שבועה מהנתבע ופוטר משבועה וזה ק"ו משום שמרובה כח המוחזק.

2. ראייה מרבי חייא קמייתא

ועוד הביא הרא"ש ראייה מרבי חייא קמייתא (ב"מ ד, א) המחייב שבועה במקרה והנתבע כופר בכל ועדים מעידים שהוא חייב במקצת מהתביעה נשבע הנתבע על השאר ש"ד, ולמד זאת מפיו ועד אחד. אם נאמר, שעד אחד אינו פוטר משבועה אזי אפשר לפרוך לימוד זה שכן יצא שפיו ועד אחד כשהם מחייבים שבועה אין כיוצא בהן פוטר מן השבועה בעוד שבעדים שאפילו שנאמר שמחייבין שבועה ישנם בהכחשה כיוצא בהן שהרי אם יבואו שני עדים אחרים ויסייעו לנתבע הרי הוא נפטר מן השבועה והרי בלימוד הצד השווה פורכים בכל דהו למרות שזה לקולא ולא לחומרא אלא ע"כ עד אחד פוטר מן השבועה כשם שהוא מחייב.

רעק"א ביאר בדברי הרא"ש, שכוונתו לומר שבשני עדים שבאים לאחר כדי דיבור מהעדים הראשונים ולאחר שכבר פסקו הבי"ד חיוב שבועה על הנתבע, הם יכולים להכחיש את הראשונים ולא יהיה חיוב שבועה כיון שלא מתחייב הנתבע בממון. ואם נאמר שעד המסייע לא פוטר משבועה, הרי שאם פסקו הבי"ד חיוב שבועה על הנתבע שוב אין עד המסייע יכול להכחיש את העד הראשון כיון שנעשה כבר כשנים, דלענין שבועה הוי כשנים אלא על כרחך יש לומר שגם עד אחד יכול לפטור משבועה אפילו לאחר שנתחייב הנתבע שבועה על פי פסק בי"ד דגם לענין פטור משבועה יש בכח עד אחד להיות כשנים.

והנמו"י חולק בזה על הרא"ש וסובר שחיוב שבועה לא מהווה מעשה כמו בהיתירה להינשא, שהאשה זכתה בעצמה. מה שאין כן בחיוב שבועה שאין זה נחשב מעשה ולכן עד אחד פוטר משבועה לא מדין עד המסייע שפוטר משבועה אלא מדין עד אחד בהכחשה לאו כלום הוא, שכל זמן שלא עשו מעשה על פי הראשון אין הוא נחשב כשנים ועד אחד יכול להכחישו ועדותו בטלה.

וצ"ע במה נחלקו הרא"ש והנמו"י ואפשר לפרש בכמה אופנים :

א. ידועה החקירה במהות חיוב שבועה על פי עד אחד: האם עיקרו הוא לממון ועל פי עדותו מתחייב הנתבע ממון אלא שהתורה נתנה אפשרות להכחישו על ידי שבועה או שעד אחד אינו מחייב ממון בעדותו אלא שבועה.

כיון שהוא יוצר רק רגליים לדבר שהנתבע חייב, אבל אין לו נאמנות גמורה על הממון.

ועל פי זה אפשר לומר שהרא"ש סובר שעד אחד נאמן על הממון וע"י עדותו זוכה התובע בתביעה ולכן זה נחשב שנעשה מעשה על פי עדותו של העד ולכן עד אחד שיבוא אח"כ לא יוכל לפעול בתורת עד אחד בהכחשה כיון שכבר זכה התובע בממון והוא בא עכשיו להוציא את הממון מיד התובע שזכה בו.

ובדעת הנמו"י אפשר לומר, שאע"פ שעד אחד נאמן לגמרי על הממון כל זמן שלא הוכחש בשבועה, מ"מ אין זה נקרא שנעשה מעשה על פי עדותו, כיון שהממון עדיין מחוסר גוביינא וצריך לרדת לנכסי הנתבע לממש את הפסק דין על הממון.

ועד המכחיש את העד הראשון מעיד רק נגד פסק דין, שיש על הממון אבל אין הוא בא לשנות מציאות קיימת ונגד הפסק דין הוא יכול להעיד כיון שהוא נשען על עדות העד הראשון. מה שאין כן כאשר יצא פסק דין להיתר על אשה שהיא מותרת להינשא מיד היא זכתה באישות שלה וזאת "מציאות" מוחזקות באישות שיש לאשה בעצמה שנגרמה על ידי העד אבל עכשיו זאת מציאות שעומדת בפני עצמה ולא נשענת על העדות של העד. ועד אחד לא יכול להוציאה מההיתר שיש לה כיון שהוא בא לשנות מציאות בעדותו.

ב. אפשר לפרש, שהרא"ש מודה לנמו"י, שכל זמן שבפועל לא גבה התובע את הכסף אין זה נקרא שנעשה מעשה.

אבל הרא"ש סובר שכיון שנפסק דין לחיוב, יש כאן חזקת חיוב על הממון ושוב עד אחד לא יכול בתורת עד אחד בהכחשה להוציא מחזקת החיוב שיש על הממון והם נחלקו בעצם בשאלה האם עד אחד הוא רק גורם לפסק דין אבל ברגע שיצא הפסק דין לאור שוב אין הוא נשען על עדות העד אלא נוצרה מציאות של חיוב תשלומין בעקבות עדותו ועד אחד לא יכול לבוא ולהוציא ממציאות זאת כיון שהוא לא "נלחם" בעד שיצר אותה אלא בחיוב הממון, שנוצר כתוצאה מעדותו.

ג. אפשר לפרש, שהרא"ש והנמו"י מסכימים, שעד אחד עיקרו לשבועה ולא לממון אלא שהרא"ש סובר כנ"ל שלאחר שנפסק דין של חיוב שבועה זה נחשב שיש כאן חיוב שבועה עצמאי שלא תלוי בעדות העד ולכן אין כאן דין עד אחד בהכחשה ואילו הנמו"י סבור שכיון שחיוב השבועה תלוי בעדות העד, הוא נשען עליו כל הזמן ויש כאן דין עד אחד בהכחשה.

(וצ"ע בדברי הרא"ש דלכאורה לא היה לו להביא ראיה מזה ששני עדים לא יכולים להכחיש את הודאת פיו אלא מזה שהוא עצמו לא יכול לחזור בו מהודאת פיו שזה "יותר כיוצא בו" מאשר שני עדים כנגד הודאת פיו).

והקשה רעק"א (בחידושי ב"מ) על הרא"ש, שעדיין קשה, שהרי הגמרא יכולה לפרוץ מה לעד אחד שאינו בהזמה בכיוצא בזה שהרי אם בא עד אחד ואומר שהעד הראשון היה עימו באותו מקום עד מסייע אין כאן, כיון שהוא לא מעיד שהנתבע לא לווה וגם עד אחד בהכחשה אין כאן כיון שהראשון נעשה כשנים.

ואפשר ליישב אם נאמר שהרא"ש סבור שעד אחד הוי כנשבע ובירור ספק מצד הנתבע שהוא לא חייב אזי צדקו דברי רעק"א. אבל אם נאמר שיסוד דין עד המסייע הוא שכיון שיש על ידי עד המסייע ריעותא ברגליים לדבר שנוצר ע"י עדות העד הראשון, שהנתבע חייב אז יש לומר שגם בזה יש דין עד המסייע.

והנה אע"פ שרעק"א בעצמו כתב גם את הצד השני, אפשר לומר שהקושיה במקומה עומדת, דיש לומר דביאור קושייתו הוא שאם תוכן עדותו של העד איננה על הממון בכהאי גוונא לא נתנה לו התורה כלל נאמנות של עד המסייע. וגם לא ליצור ריעותא ברגליים לדבר שיצר העד הראשון ורק אם הוא מעיד על הממון אז יש פרשת עד המסייע. (וכן כתב בביאור קושית רעק"א הברכת שמואל בגיטין סימן א).

3. לא גרע מ"דקא מסייעה ליה שטרא"

ועוד הביא הרא"ש ראיה, וז"ל: "ועוד מביאין ראיה מהא דאמרינן בפירקין לקמן (שם) אמר לך רבי חייא שאני הכא דקמסייע ליה שטרא פירוש אע"ג דהילך בעלמא חייב הכא פטור משום דלשון שטר שכתוב בו סלעין מסייע ליה. דאמרינן חזקה דאם היו שלש לא היו העדים חותמים על סלעין סתם כיון דאין ראוי לגבות בשטר זה אלא שנים. וכיון דפטרינן ליה משבועה בסיוע שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה שאינה אלא שתיים כ"ש בעד אחד שהעיד כדברי הנתבע", עכ"ל.

והרמב"ן במלחמות ה' בב"מ (דף א בדפי הרי"ף) דחה את הראיה ותוכן דבריו: שכתבו בשטר סתם דינרין הוי ודאי שנים והוי כעדות גמורה כיון שכולם יודעים שיד בעל השטר על התחתונה על כרחך לא היו אלא שנים וע"כ

בענין עד המסייע

יכול להעיז פניו הואיל ומסייע ליה שטרא בתרי סהדי. אבל בעד אחד ודאי שלא אומרים כך וע"כ שטר כעין זה עדיף על עד אחד.

ובדעת הרא"ש צריך לומר, שהוא סבור ששטר איננו כאן סהדי אלא אומדנא מסוימת שההלוואה היתה שני סלעים בלבד כיון שלא נרשם מספר מדויק.

ב. עד המסייע בשבועת הנוטלים

נחלקו רבותינו האחרונים האם עד המסייע פוטר משבועת הנוטלים :

לדעת הב"ח (שו"ת סד), חוט השני (סי' ו) והתומים (פז, ו) עד המסייע פוטר רק משבועת אלו, שנוטלין מעיקר הדין (פוגמת וכד').

ואילו לדעת המקום שמואל (שו"ת סי' ו) עד המסייע פוטר גם משבועת אלו שחכמים הקלו עליהם שיטלו בשבועה (כשכיר, נגזל וכד'), וצ"ב במאי פליגי.

לכאורה, יש לומר שנחלקו בהבנת יסוד הדין דעד המסייע. לדעת המקום שמואל עד המסייע הוי כאילו נשבע ממש, ולכן גם פוטר משבועת הנוטלין דכל הנישבעין יפה כוחו של עד לפטור משבועה. ולדעת הב"ח ודעימיה אין עד המסייע חשוב כאילו נשבע ממש אלא שהוא מרועע את סיבת חיוב השבועה. כגון במודה במקצת שהטילה עליו התורה שבועה כיון שנראה כמשקר, ועל ידי שיש עד המסייע לטענתו שוב אין הוא נראה כל כך כמשקר ואין סיבה להטיל עליו שבועה.

ולכן בפוגם שטרו או עד אחד מעיד שהוא פרוע, על ידי זה שיש עד המסייע לטענת בעל השטר שוב אין די רגלים לדבר שהשטר פרוע, ואין צורך בשבועה של בעל השטר. משא"כ באלו שמעיקר הדין אין להם ליטול וחכמים תיקנו שיטלו בשבועה. כיון שאין כח עד המסייע כשבועה ממש על כן אין להם ליטול אלא בשבועה, ולא סגי בעד המסייע לטענתם.

שיטת הרמ"א

הרמ"א כותב דיש אומרים שעד המסייע פוטר אפילו משבועת הנוטלין כמו כן כתב הרמ"א שמי שהיפך שבועה על חברו ובא עד המסייע לטענת זה שהיפכו עליו השבועה, הוא פטור משבועה ונוטל בלא שבועה.

והוכיח מכאן הב"ח, ששיטת הרמ"א היא שעד המסייע פוטר מכל שבועת הנוטלין. שהרי לזה שהיפכו עליו שבועה אין סיבה קודמת שבה יטול ממון

וכל כוחו ליטול הוא רק בשבועה, ואפילו הכי כתב הרמ"א שעד המסייע פוטר משבועה.

ג. עד המסייע בשבועה הבאה מכח מיגו

כתב הרמ"א בשו"ע חו"מ (פז,ו) וז"ל: "והא דאמרינן עד אי המסייע פוטר מן השבועה היינו דוקא שטוען הנתבע טענה שאפשר להאמינו בלא מיגו אבל אם אינן מאמינן אותו אלא מכח מיגו דטוען טענה אחרת, צריך לישבע כאילו טען הטענה האחרת (מרדכי פרק ח"ה) עכ"ל.

והש"ך בס"ק כא במקום הוכיח שהרא"ש פליג בזה, שהרי הרא"ש כתב להדיא שמי שנאמן בשבועה בטענת החזרתי במיגו דנאנסו ובא עד המסייע לטענתו שהחזיר נפטר בכהאי גוונא משבועה.

עוד הקשה הש"ך, שהמרדכי סותר דבריו שהרי במי שתובע את חבירו על חפץ שיש בידו בטענה שהוא שלו והלה משיב שהוא תופס אותו בעבור כסף שבעלי החפץ חייבין לו, ויש לו עד המסייע לדבריו שהלה חייב לו כסף, הדין הוא שלולי שהיה עד היה נשבע התופס שבועה חמורה שהוא תופס את החפץ בעבור חוב ונאמן על כך במיגו דלהד"ם ועכשיו שיש לו עד, פסק המרדכי שהוא נוטל את החפץ בלא שבועה. הרי לנו שעד המסייע פוטר, גם משבועה שבאה מכח מיגו. ומכח זה פסק הש"ך שעד המסייע פוטר משבועה הבאה על ידי מיגו והוסיף שכן פסק גם במעשה שבא לידו.

וכתב שכן גם נראה מסברה, שכיון שעד אחד לשבועה כשנים לממון וכמו ששני עדים פוטרם מממון בכל ענין כך עד אחד פוטר מכל שבועה.

והנה מסברה צריך להבין את דברי הש"ך. לכאורה אם לא מזקיקים שבועה על הטענה הנוכחית בגלל עד המסייע, בטלה סברת מה לי לשקר. דיש לומר, שכיון שעל טענתו הנוכחית הוא לא צריך להישבע לכן היא עדיפה לו על טענת המיגו, שעליה היה ניזקק להישבע וכן הקשו הנתיבות והתומים.

ובשיעורי הגרש"ר באר, שסברת הש"ך היא שמיגו הוא לא משום נאמנות אלא משום כח הטענה.

אבל עדיין צריך להבין, דגם אם נאמר שמיגו הוא כח הטענה הרי כל הכח לזכות בטענת המיגו הוא רק בשבועה ומדוע יוכל לזכות בטענה הנוכחית ללא שבועה. וצריך לומר שמוכח מכאן שגדר עד המסייע לדעת הש"ך הוא שעל ידי העד חשוב כנשבע.

דחיית הוכחות הש"ך

אך הנתיבות (על אתר) חולק על הש"ך בדעת הרא"ש ויש להסביר כיצד יענה לראיה המפורשת שיש לש"ך מהרא"ש הנ"ל.

אומר הנתיבות שהחזרתי במיגו דנאנסו זה לא מיגו. כיון שיודע שהוא יכול לטעון נאנסו לא אכפת לו להשאיר את השטר וברגע שהשני ישקר הוא יטען נאנסו לכן זה לא שבועה שבאה מכח מיגו אלא היא בעצמותה טענה טובה ואין פה בעיה של שטרך בידי מאי בעי ולכן עד המסייע יפטור משבועה בטענת החזרת.

בעיית הנתיבות היתה שאם אתה אומר שעד המסייע יפטור משבועה שבא מכח מיגו אז מה לי לשקר בטל שהרי ברור שהוא יעדיף לטען את הטענה שיש לו עד עליה מאשר את הטענה הראשונה שיצטרך להשבע עליה לשקר בעוד שבטענה הזו לא יצטרך להשבע וע"כ עדיף לו לטעון את הטענה הנוכחית.

וגם את ראיית הש"ך ממשכון דחה הנתיבות ותוכן דבריו הוא שאם הוא היה טוען להד"ם הוא היה נשבע שבועת הסת, שהמשכון שלו, ועכשיו שהוא טוען שהיתה הלוואה הוא צריך להשבע שבועת הנוטלין, והיות ובמיגו הוא לא היה צריך להשבע שבועת הנוטלין אלא רק שבועת היסת בלא נקיטת חפץ בזה עד המסייע לא יפטור אותו אלא רק משבועת הנוטלין.

וזה מה שהמרדכי מתכוין, שלא נשבע, כוונתו לשבועת הנוטלין והרי גם במיגו הוא לא היה צריך להשבע שבועה זו, שהרי אם הוא היה טוען טענת המיגו הוא היה צריך להשבע שבועת היסת, ועכשיו שהוא רוצה ליטול הוא צריך להשבע שבועת הנוטלין וכשיש לו עד המסייע הוא אינו צריך להשבע שבועת הנוטלין אבל שבועת היסת הוא כן צריך להשבע.

ואם נאמר שעד המסייע פוטר גם משבועת היסת אזי בטל המיגו שהרי עדיף לו להשבע מה שהעד אומר ולהפטר משבועה מאשר לטעון להד"ם ולהשבע שבועת הסת.

ד. עד המסייע בגלגול שבועה

כתב התומים (פז, ז), וז"ל: ואם כן העד שמעיד שחייב מאה והוא כופר והוא גלגל עליו ממקום אחר ובא השני ומעיד כדברי הנתבע, אף דלענין מאה שהעיד עד אחד לא מהני סיוע, דהא בא ראשון, מכל מקום לענין גלגול מהני

עדות, ודהו"ל עד מסייע דראשון לא העיד בזה כלום עכ"ל. רואים שלתומים עד המסייע פוטר משבועת הגלגול.

שער המשפט (צד, ב) חולק וסבור שעד המסייע אינו פוטר משבועת הגלגול. וצ"ב במה נחלקו

ולכאורה נחלקו בגדר עד המסייע. לשיטת התומים שסובר שעד המסייע פוטר משבועת הגלגול צ"ל שגדר עד המסייע הוא שכאילו נשבע ולכן יש בכח עד המסייע לפטור משבועת הגלגול אבל לפי שיטת שער המשפט עד המסייע יוצר ריעותא בטענת התובע וע"י עד המסייע אין די רגליים לדבר להשביע את הנתבע. אבל בשבועת הגלגול שאיננה נשענת על רגליים לדבר אין בכוחו של עד המסייע לפטור משבועה.

אבל מעיון בדברי התומים ושער המשפט נראה שכל זה אינו.

דהנה יעויין בשער המשפט, שמבואר בדבריו, שיסוד דין עד המסייע הוא מצד חזקה דאין אדם חוטא ולא לו וחזקה זאת בכוחה לפטור משבועה למרות שכוחה פחות משבועה ועל זה הביא שער המשפט ראייה והיא כשהנתבע דורש מבעל השטר שישבע על שטר שזה לא אמנה לא משביעין על זה אבל כשזה בא ע"י גלגול משביעין ז"א אפילו שיש ספק קטן ביותר משביעין וע"כ עד המסייע לא יפטור משבועת הגלגול כיון שעד המסייע אינו בירור מוחלט כי יש ספק קטן שהוא לא דובר אמת וע"כ נשאר ספק קטן ובגלגול משביעין גם על ספק קטן.

יוצא מזה שגדר עד המסייע לשער המשפט הוא בירור על טענת הנתבע שאחרי בירור זה טענתו מספיק מבוררת ואין צורך להשביע עליה ובכל זאת שבועת הגלגול שייכת גם בטענה כזאת. ובדעת התומים ביארנו לעיל שגדר עד המסייע הוא דהוי כאילו נשבע.

אבל הקשה על זה הג"ר ראובן גרוזובסקי (בחידושי ב"מ סימן א) מצד אחד רואים, שעד המסייע פוטר משבועת הגלגול כיון שהוא כנשבע לפי זה היה צריך לפטור גם משבועת הנוטלין שבמסכת שבועות מד, שמעיקר הדין אין להם בעוד שהתומים סובר שעד המסייע פוטר רק משבועת הנוטלין שמעיקר הדין נוטלים. ומתוך ר' ראובן, דלתומים עד המסייע אינו כנשבע אלא זו ראייה ולא צריך אחריה שבועה. ולכן הוא יפטור משבועת הגלגול. (וצ"ע כיצד לפי זה יישב התומים את ראיות שער המשפט).

יוצא מכל זה שבין לתומים ובין לשער המשפט גדר עד המסייע הוא בירור על הטענה שלאחריו אין צורך בבירור של שבועה, אף על פי שאין כוחו כשבועה.

ה. מחלוקת הש"ך ותרומת הדשן

הש"ך בשו"ע חו"מ (פז ס"ק, טו) הביא את דברי תרומת הדשן, דסבירא ליה, שאם אחד נתחייב שבועת מודה במקצת או שבועת השומרים ויש לו עד המסייע כדבריו ועד אחר המכחישו עד המסייע פוטר משבועה. והש"ך חלק עליו בזה, וס"ל שמסלקים עדותם כמאן דליתא וחייב שבועה דאורייתא משום שבועת השומרים או מודה מקצת. בדעת תרומת הדשן נראה להסביר כך:

- א. עד המסייע הוא כנשבע וכן הסביר החזו"א (ליקוטים חו"מ סימן כ)..
- ב. אף אם עד המסייע אינו כנשבע, מ"מ כיון שיש כאן רגליים לדבר סותרות מצד אחד עד ומודה במקצת כנגדו, ומצד שני עד לטובתו. נוצר מצב שאין עדיפות לטענה אחת על פני השניה וממילא אין סיבה לחייב שובעה.

ובבאור דברי הש"ך כתב החזו"א, שצריך לומר שהוא ענין אחר ובכוונתו צ"ע. עוד יש להקשות דהנה הבאנו לעיל את שיטת הש"ך שהוא סבור שעד מסייע פוטר משבועה הבאה על טענה שנאמנים בה מכח מיגו ובארנו בדעתו שהוא סבור שגדר עד מסייע הוא דהוי כנשבע אבל לפי זה צריך עיון מדוע נחלק על תרומת הדשן שהרי בכל שבועה שנשבעים נגד עד אחד יש הכחשה בין השבועה לעד ואעפ"י כן סגי בזה לפטור את הנתבע ומדוע יהיה הבדל בעד אחד המסייע שהוא כאילו נשבע כנגד עד המכחישו וצ"ע.

ויתכן ומוכח מכאן, שדעת הש"ך היא, שעד המסייע אינו כנשבע אלא שע"י עד המסייע טענת הנתבע מחוזקת ולא נצריך שבועה עליה אבל אם יש עד כנגד עד המסייע, הרי שהטענה אינה מאוממת כי העד הנגדי הטיל בה ספק ולכן הנתבע חייב שבועה, ומאידך גיסא יש בכח העד לפטור גם משבועה על טענה שהנאמנות עליה היא מכח מיגו, הואיל וע"י סיועו של העד, הטענה מאוממת ואין צורך להטיל עליו שבועה.