

מרן הגאון הרב שאול ישראלי זצ"ל

בעניין עד המסייע לפטור משבועה (לחוו"מ סי' עה סע' ב) *

א. שיטת הרא"ש: עד המסייע פוטר משבועה דאורייתא

[המשנה (בבא מציעא ב.) אומרת:

שנים אוחזין בטלית. זה אומר "אני מצאתיה" וזה אומר "אני מצאתיה", זה אומר "כולה שלי" וזה אומר "כולה שלי" – זה ישבע שאין לו בה פחות מחציה וזה ישבע שאין לו בה פחות מחציה, ויחלוקו.

בגמרא (שם) אוקי: "זה אומר כולה שלי" במקח וממכר, שכל אחד טוען שהוא קנה את החפץ, ומקשי: "וליחזי זווי ממאן נקט". ופירשו בתוספות (שם ד"ה ולחזי): "נאמן הוא כעד אחד, ואמאי שניהם נשבעין? אותו שהמוכר מסייעו יפטר משבועה" ("ויהיה עד המסייע לאחד לפוטרו משבועה"). וברא"ש (שם פרק א סי' ג) הביא משמו של הר"מ מרוטנברוק, שהוא לא רק לפטור משבועה דרבנן, כי הא דמתניתין¹, אלא גם כשחייב שבועה מדאורייתא נמי פוטר. ואמר לזה כמה נימוקים:

1. דקרא (דברים יט, טו), דלמדנו ממנו דאין עד אחד קם לממון. ובוזה אמרינן (כתובות פז: ; שבועות מ.) דאבל קם הוא לשבועה. אם כן, כשם שדייקנו שקם הוא לחייב שבועה – כן יש לדייק דגם קם הוא לפטור משבועה;

2. ועוד דהוי קל וחומר, אם יכול לחייב כל שכן שקם לפטור;

3. עוד מוכח מסוגיא דר' חייא (בבא מציעא ג.), דליף דב' עדים מחייבים שבועה, כשמעידים שחייב במקצת מפיו [שחייב שבועה במודה במקצת] ועד אחד [שעל ידי טענה וכפירה הן באין, ונשבע אף אני אביא עדים שעל ידי טענה וכפירה הם באין" (שם ד.)], ואי נימא דאין עד אחד פוטר משבועה – יש לפרוך, מה לפיו ועד אחד דאינם יכולים לפטור [משבועה], מה שאין כן שני עדים, שכיוצא בזה מכחישם [שפטור גם משבועה].

4. ועוד, מהא דאמרינן (שם ד.): דסיוע שטר פוטר משבועה [כשכתוב בשטר] (ב)סלעים דינרים [והלווה טוען שלוהו רק שניים], מכל שכן עד אחד שפוטר.

מאידך גיסא הביא הרא"ש (שם), שמביאים ראיה [מהמשנה (בבא מציעא לה.)], האומרת שמי ששכר פרה מחברו והשאלה לאחר ומתה כדרכה – יישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל ישלם לשוכר, ומדוע צריך להישבע? הרי השואל יכול להעיד שמתה כדרכה ולפטרו משבועה.

אך הרא"ש דוחה זאת, שאין הכי נמי – ואם השואל מעיד לטובתו נפטר בלא שבועה, והגמרא רק רצתה להשמיענו את עיקר הדין, שהשוכר נפטר בשבועה מהמשכיר והשואל משלם לו, ולאפוקי מר' יוסי שחולק (שם במשנה²).

[עוד מביאים ראיה מהגמרא (בבא מציעא לו.):] שעד אחד אינו פוטר מהא דשומר שמסר לשומר חייב, דשבועת השני אינה מועילה [בתור שבועת השומרים] לפטור [את השומר הראשון, כיוון שיכול הבעלים לומר לו: "אנת מהימנת לי בשבועה", אידך לא מהימן, דאמאי לא יפטרנו משבועתו בתור עד המסייע].

אך הרא"ש מגדיר זאת בתור "מקשים הבל", וזה מפני שכיוון שאין [השומר הראשון] יודע מה שקרה – יש עליו חיוב ממון, ואין עד אחד פוטר [מחיוב] ממון.

* הערת העורך: רשימות לשיעור מתוך כתב יד. עבודת העריכה שנעשתה כוללת: הוספת מראי מקומות, הוספת מילים ומשפטים לצורך הסבר בסוגריים מרובעים, תיקוני לשון קלים (בדרך-כלל בסוגריים מרובעים, כאשר המובא בסוגריים עגולים מציין את המקור בכתב היד, למעט מקרים שבהם היה ברור שיש שגיאה בכתב היד, שאז אין אזכור לתיקון). ההערות הנן מדבריי רבנו, למעט מקרים שבהם צוין במפורש שזוהי הערת העורך. לחלק מהשיעור נעשתה השוואה להקלטה משיעור של רבנו, אך ללא שינויים ממה שנכתב בכתב היד. תודתנו לרב ישראל שריר, חתנו של רבנו, על המצאת כתב היד וההקלטה לידינו.

¹ הערת העורך: בבא מציעא ג.: "שבועה זו תקנת חכמים היא, שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר 'שלי הוא'".

² הערת העורך: ראיה זו אינה מופיעה בכתב היד אך הוזכרה בשיעור, והיא נחוצה להבנת ההמשך.



ב. שיטת ה"נימוקי יוסף": עד המסייע פוטר רק משבועת עד אחד

אולם ה"נימוקי יוסף" (בבא מציעא א. מדפי אלפס ד"ה גמרא) מביא דעד אחד מהני לפטור רק [מ]שבועה דרבנן, כי הא דמתניתין. ו[את] דברי המהר"ם ביאר שהם רק לעניין [פטור מ]שבועת עד אחד, וזה מדין הכחשת העד הראשון. וכתב דלא שייך בזה לומר "כל מקום שהאמינה תורה עד אחד – הרי כאן שנים" (יבמות פח:), אפילו כשכבר חייבוהו בית דין [ושוב לא יועיל עד אחד להכחישו], "כי קודם שנשבע כבת אחת הוא, כיון שמחוסר מעשה", ואשר על כן מבטל את העד הראשון מעיקרא, מה שאין כן שאר חיובי שבועה – אינו פוטר [וכתב שם שכן דעת הר"ן].

הנה בזה מתרץ ההוכחה שמביא הרא"ש מפיו ועד אחד, [שכן כמו ששניים יכולים להכחיש שניים אחרים ויהיה פטור גם משבועה – הוא הדין בעד אחד, ואין כאן פירכא]. ואילו מהא דאיכא קל וחומר, ה"נימוקי יוסף" לא אמר זה בתור קל וחומר (דאז היה לנו לומר דגם כל שבועה פוטר עד אחד) אלא הזכיר זאת רק בתור דיוק מהכתוב, דכשם שמחייב כן פוטר. אך לפי דבריו, שהדיוק הוא רק לגבי עדות עד אחד שחייב שבועה – אז שפיר דייקנן דעד אחד פוטר. אך לא קאי קרא באשר לשבועה אחרת. וברמב"ן ב"מלחמות ה'" (בבא מציעא א. מדפי אלפס) חזינן דמפרש דמלישנא דקרא לא משמע אלא דקם לחיוב שבועה, ולא לפטור.

ג. שיטת הרמב"ן: עד המסייע פוטר רק משבועה דרבנן

וברמב"ן (סו) נמי נוטה לומר דרק שבועה דרבנן פוטר עד אחד, אבל לא שבועה דאורייתא, וחיליה מהא דשומר שמסר לשומר. וכתב בזה, דאף על גב דאיהו לא טעין "בריי" שלא מתה בפשיעה, כיוון שיש שם העד (השומר השני) – הוה ליה למימר דפטור משבועה. ולא שת לבו לטענת הרא"ש והגדרתו בתור "מקשין הבל". וצריך עיון טעמא דפלוגתייהו, דאמנם הרא"ש לא אמר זאת בעניין הקושיה הראשונה, כי שם המדובר הוא שהשוכר יכל להישבע. אך טענת הרמב"ן כנ"ל היא גם כשהראשון אינו טוען "בריי", שאז היה העד צריך לפטורו.

ד. חיוב שבועה: בירור או אמצעי לחץ

והנה ראיתי חוקרים מה תוכן שבועה, אי הוא מגדר בירור, שעל-ידי זה מברר שטענתו נכונה, או דהוא מגדר חיוב מסוים שהתובע מטיל עליו בתור אמצעי לחץ שיודה, שאם לא ירצה להישבע יאלץ לשלם. והיינו, דלאופן הראשון מטרת הטלת השבועה על-ידי בית דין היא כדי שיברר צדקתו; ולאידך – הטלת השבועה, כדי שעל-ידי זה ישלם ולא יישבע.

לכאורה, אפשר להוכיח זאת מהא דאמרינן בשומר שמוסר לשומר – שחייב, דאמר (בבא מציעא לו:): "אידך לא מהימן לי בשבועה", דנשמע מזה ששבועה היא מתורת נאמנות [כלומר, לצורך בירור האמת].

אך באמת אין מזה ראייה, דהנה שבועה בעלמא שונה משבועת השומרים. חדא, דבכל שבועה הרי הוא מכחיש את התובע שטוען "בריי", ולדבריו הרי אם נשבע שקרן הוא [ומה שייך בירור האמת]. ויש לומר, דרק אי נימא ששבועה היא שבית דין מטילים עליו, לא בהתחשב עם טענת התובע אלא בכדי שבית הדין ישתכנע בצדקתו (על כל פנים, בתור משקל כנגד לתובע) [ניתן לומר שמטרת השבועה היא בירור האמת]. אבל אי נימא דהשבועה היא כלפי התובע, לא ייתכן לומר שהשבועה היא בירור, שהרי הלה צווח שזה שקר. ועל כן לפי צד זה, השבועה אינה באה [אלא] לשמש כוח מרתיע, שהתובע כאילו בא ללחוץ על הנתבע דרך הטלת השבועה, שיסתלק ויימנע ממנה וישלם.

כל זה בטענות דעלמא, (שהטוען) [שהתובע] טוען "בריי" – מה שאין כן בשבועת השומרים, הרי בעל הבית אינו טוען אלא "שמא", שמה ש[הוא] יודע אין זה אלא שמסר החפץ לשמירת השומר, אבל מה שקרה אתו אינו יודע, אלא שבמסירתו לשמירה קיבל על עצמו תורת נאמנות לטענת השומר כשנשבע. ועל כן בשומרים ודאי תוכן השבועה היא בתור בירור, מכוח קבלתו. ועל כן בשומר שכיר אמרינן, דמשום הכי אינו חייב לקבל שבועת אחר, שלא קיבל עליו נאמנותו; וזה שייך רק בשומר, שכל עיקר השבועה היא בירור, ומכוח קבלתו, אבל לא כן שבועה אחרת.

וייתכן ש[השאלה אם שבועה היא לצורך בירור או שהיא אמצעי לחץ] היא מחלוקת אמוראי (בבא בתרא לד:). בעניין נסכא:

[ההוא גברא דחטף נסכא מחבריה. אתא לקמיה דרבי אמי, הוה יתיב ר' אבא קמיה, אייתי חד סהדא דמיחטף חטפא מיניה. אמר ליה: "אין חטפי ודידי חטפי". אמר רבי אמי: היכי נדייננה דיניי להאי דינא: לישלם? ליכא תרי סהדי. ליפטריה? איכא חד סהדא. לישתבע? הא אמר מיחטף חטפה וכיון דאמר דחטפה הוה ליה כגולן. אמר (להו) רבי אבא: הוי מחויב שבועה, שאינו יכול לישבע וכל המחויב שבועה שאינו יכול לישבע – משלם.]

ומסביר הרמב"ם (גזילה ואבידה פרק ד הל' יד):



מעשה באחד שחטף לשון של כסף מיד חברו בפני עד אחד ובא החוטף ואמר "חטפתי ושלי חטפתי" וחייבוהו חכמים להחזיר מפני שהוא מחוייב שבועה בעד זה, ואינו יכול לישבע, שהרי הודה, כמו שאמר העד. ואילו לא היה שם עד כלל – היה נשבע שבועת היסת ששלו חטף, ואילו הכחיש העד ואמר "מעולם לא חטפתי" – היה נשבע שבועת התורה שלא חטף, וכדין זה דנין בכל כיוצא בזה בכל מקום.

ודעת שמואל (שבועות מ.ז.) היא שאין אומרים "כל המחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, מתוך שאינו יכול לישבע – משלם". דכתב הריב"ם (תוספות בבא בתרא שם ד"ה הוי מחוייב) דנחלק ר' אבא עם רבו שמואל באומר "דידי חטפתי". דלר' אבא הוי חייב שבועה, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולרבו שמואל הוי מיגו [שהיה ניתן להאמינו בשבועה במה שאמר "דידי חטפתי", במיגו שהיה אומר "לא חטפתי", ונאמן בשבועה], דלר' אבא לא אמרינן מיגו במקום עד אחד.

[ונראה שלדעת שמואל השבועה עניינה בירור המציאות, ולכן גם מיגו יועיל, אך לר' אבא השבועה עניינה אמצעי לחץ של התובע על הנתבע כדי שיפרוש וישלם אם הוא משקר, ולכן אין לו אפשרות להיפטר ממנה באמצעות מיגו].³

ה. מחלוקת הראשונים במציאה

ונראה דחזינן בהא מחלוקת הראשונים: בהא דאמרינן (במציאה) סימנים וסימנים ועד אחד יניח (בבא מציעא כח.) [ולא אמרינן, "יתן לזה שהעד מסייעו"]. וכתב הרא"ש (שם פרק ב' סי' יג) דבהאי גוונא דאיכא עד אחד – אינו מניח אלא אחר שיישבע [השני] להכחיש העד אחד. וה"נימוקי יוסף" (טו. מדפי אלפס) כתב דכיוון דגם אחר השבועה לא יימסרו לו, אלא יניח – אין צריך לישבע.

ונראה דבהא פליגי. דאי תימא דהוא מכוח תביעת התובע, וכנ"ל כדי לאלצו שיפרוש אם שיקר בימינו, גם בכהאי גוונא יש מקום לשבועה [וזוהי סברת הרא"ש]. אולם אם השבועה היא בתור בירור, כל כהאי גוונא הרי לא נראה בזה בירור, כי בין כך לא ימסרוהו לו – אין מקום לשבועה [וזוהי סברת ה"נימוקי יוסף"].⁴

ו. ביאור מחלוקת עד המסייע על-פי החקירה במהות השבועה

על-פי זה נראה לבאר מחלוקת הרא"ש [עם] (ו) ה"נימוקי יוסף" (וכן) הרמב"ן. דהרא"ש סובר דכל שבועה בעלמא (חוץ משבועת השוכר וכנ"ל) – אין מטרתה בירור, אלא חיוב מסוים שמטילים עליו כלחץ, כדי שיימנע ממנה וישלם. על כן שפיר יש קל וחומר – שאם יכול עד אחד להטיל שבועה, כל שכן שיכול לפטור, ואין מקום לחלק בין שבועת עד אחד לשבועת מודה במקצת וכיו"ב. וממילא איכא ראייה גם מפיו ועד אחד, דאין סברה להבדיל שרק להכחשת העד מהני, אלא כל שבועה שווה בזה.

כמו כן שייך לומר שהכחשת העד הראשון [פוטרת משבועה] גם אחרי שהיה פסק דין המטיל עליו שבועה, [למרות] שכל מקום שהאמינה תורה עד אחד, הרי כאן שניים וכו'. שכן כשם שבכוח עד אחד להטיל חיוב שבועה – כן עד אחד יכול לפטור.

מאידך גיסא, לדעת ה"נימוקי יוסף", כיוון שזה מדין חיוב בירור – אין ללמוד קל וחומר, שאם יכול להטיל שבועה, כל שכן שיכול לפטור. דלא היא, הטלת שבועה, הרי זה גדר הטלת ספק, דעל זה שפיר מהני עד אחד, מה שאין כן לפטור ספק יש לומר דאין בכוחו.

כמו כן, אין שייך לומר בפסק דין המטיל שבועה על-ידי עד אחד שנאמר על זה "כל מקום שהאמינה (וכו') [תורה עד אחד הרי הוא כשניים]", שהרי מעולם לא האמינוהו. ועל כן שפיר הוי עד אחד בהכחשה, אי יוכחש גם לאחר פסק דין.

כל זה בשאר שבועות, חוץ משבועת השומרים.

ז. גדר שבועת השומרים

דכנ"ל, שבועת השומרים היא אכן שבועת בירור. אבל זהו מכוח הנאמנות שבעל הבית האמינו על-ידי שמסר לו השמירה. ואילולא זה, עצם העובדה שמסר לו החפץ הוא חיוב בירור, שרק על-ידי שבועה מכוח קבלתו עליו נפטר. אך אם השומר (ב) מסרו לשומר, הוא עצמו אינו יודע ואינו טוען "בריי" – הרי זה כ"איני יודע אם פרעתין", שיש עליו חיוב בְּרוּר. בזה אין בכוח עד אחד

³ הערת העורך: נראה שזו כוונת רבנו, אף שהדברים לא נכתבו במפורש.

⁴ וראיתי עוד להגרנט (חידושי בבא מציעא סי' קמב), שהביא לזה דיבור התוספות בהוא רעיא (בבא מציעא ה. ד"ה שכנגדו). דהקשו התוספות, אמאי [אמרינן] בחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונטל, ולא נימא "מתוך שאינו יכול לישבע ישלם?" ותירצו ב' תירוצים: האחד דזוהי תקנה, שאם לא כן יתבעוהו ויחייבוהו שבועה, ולא יוכל להתגונן, וב' משום דברצון ישבע, אלא שאנן אין מניחים לו. דלתירוץ א' אין זו שבועה כלל, שכיוון שהוא חשוד – אין בשבועתו משום בירור. ואילו תירוץ ב' סבירא ליה שאין זה מדין בירור, רק חיוב המוטל, וכיוון שמוכן לישבע – אין עליו יותר תביעה.

לפטור, כי החיוב הוא ברור, ועל זה לא מצאנו בכתוב ראייה שיכול להוריד חיוב. אדרבה, על זה הרי אמר הכתוב "לא יקום עד אחד באיש לכל עון" וכו'. על כן סבירא ליה שזה בחינת "מקשים הבל"⁵.

אך הרמב"ן סבירא ליה כ"נימוקי יוסף", ששבועה דעלמא היא נמי מגדר ברור. ואי נימא דבעלמא עד אחד מהני לפטור משבועה, וזה מלשון הכתוב – אבל קם לשבועה, בין לחיובה בין לפטורה – מוכח דנקטינן דעד אחד לא רק שיכול להטיל ספיקות (מה שמחייב בעדותו להישבע להכחישו), כי גם יכול לברר ספיקות. אם כן, בהא שבעל הבית הרי אינו טוען אלא ספק, העד יכול לברר [את] הספק. נמצא דלא חל כאן חיוב ממון מעולם, כי החיוב הוא רק אם יש כאן ספק פירעון, אבל לא במקרה זה, שהעד מברר שאין כאן ספק כלל, הוה ליה למימר שפוטור מחיוב השבועה מעיקרא. ומדלא אמרינן הכי, על כרחך דאין בכוח עד לברר ספיקות כלל, דלפי זה אין לנו כלל יסוד לומר זאת, אלא רק בכוחו להכחיש עד הקודם, כי מעיקרא לא חל עליו תורת "כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים" – אבל חיוב שבועה אחר אין זה בכוחו. על כן אין שומר ראשון יכול להיפטור בעדות השומר השני. והנה ה"פולא חריפתא" (אות ס) הביא מה שהקשו על עצם הדיון בשומר שמסר לשומר, איך ייתכן שיופיע [השומר השני] כעד, והוא נוגע בדבר – שרוצה לפטור עצמו? והביא שם תירוץ לזה.⁶

שוב הקשה, דחייב להישבע שבועה שאינה ברשותו, ועד הצריך שבועה – לאו עד הוא. עיין שם, שכתב שאכן יכול היה [הרא"ש] לדחות [את המקשין מכוח קושיה זו], ועדיפא פריך. אך אין זה תירוץ על הרמב"ן, שרואה זאת כהוכחה [לכך שעד המסייע אינו פוטור משבועת התורה].

ונראה לתרץ, דהשומר הראשון אינו יכול לתבוע שבועה זו, לפי מה דאוקי לה בחייב עצמו בתשלום, דמה עניין לו אם הפרה קיימת או לא – הרי הוא אינו חייב אלא בתשלומין (לראשון) [בעלים], ואם גם ברשותו [של השני] היא – ממילא אינה שלו. (והראשון) [הבעלים] נמי אינו יכול לתבוע (ממנו) [מהשומר השני] שבועה שאינה ברשותו, כי לא שומר שלו הוא. ותו יש לעיין, כיוון דכל עיקר טענתו [של הבעלים] היא אידך לא מהימן לי בשבועה – אם כן אינו יכול לתבוע שבועה, דאם כן הרי [הוכיח בזה ד]מהימן לו בשבועה.

ח. מחלוקת "תרומת הדשן" והש"ך בעד המסייע מול עד המחייב

והנה נחלקו "תרומת הדשן" והש"ך. דכתב ב"תרומת הדשן" (סי' שלד) דעד אחד ועד אחד והיה חייב בלא זה שבועה דאורייתא מדין שבועת השומרים או מודה במקצת, לפי מה דנקטינן דעד אחד פוטור מכל שבועה דאורייתא, דכשם שפוטור משבועת העד אחד כן פוטור משאר השבועות דרמו עליה.

וחלק עליו הש"ך (סי' פז ס"ק טו), והוכיח מסוגיית עד אחד ועד אחד (כתובות יט):, שנחלקו, דחד אמר "תנאי היה בשטר" וחד אמר "שטר ללא תנאי" – שפוטור מלשלם עד שיביא התובע ראייה שנתקיים התנאי, ופסק השו"ע (סי' מו סעי' לו; סי' פב סעי' יב) דמכל מקום משתבע היסת, ולא אמרינן דהעד אחד שאומר תנאי פוטור משבועת היסת. וכתב, דכל שכן שבועת התורה, (וכן הביא) דהרי (ד)הרמב"ן וה"נימוקי יוסף", דסבירא ליה דשבועה דאורייתא אין נפטור על-ידי עד אחד – מכל מקום בשבועת המשנה דריש פרק קמא דבבא מציעא פוטור גם לדידהו. ומסיק הש"ך דאמרינן "סלק שני העדים" ונשאר בחיובו. וכתב דהוא הדין בתרי ותרי, דנמי נשאר בחיוב שבועה.

ה"תומים" (סי' פז ס"ק ה) תמה, לפי מה דהסביר (מ)הש"ך האי דינא דתנאי (סי' מו ס"ק קט), דגם מאן דמעיד תנאי אין דבריו בהכרח לפטור (כלומר, שהרי ייתכן שהתנאי נתמלא והחיוב קיים) – אם כן חזינן התביעה כסתם תביעה אחרת, שיש בה תקנת חכמים לשבועת היסת.

וב"קצות החושן" (שם ס"ק ח)⁷ הביא מאחיו לתרץ [את] כוונת הש"ך, דכיוון שהיה חייב שבועה, היינו "שנשאר בספיקא וכדקאי קאי... דמקודם ביאת העדים" – היינו ש[כיוון ש]העדים (כיון ד)הם תרי ותרי לא פתרו הספק שמכוחו נתחייב שבועה. עכת"ד.

⁵ הערת העורך: עיין ב"קצות החושן" (סי' פז ס"ק ט), שטוען שזוהי כוונת הרא"ש, וכדברי רבנו.

⁶ ועיין [ברמב"ן] ב"מלחמות ה'" (שם), שהביא הראייה ממתניתין דשוכר שמסר לשואל [ולא משומר שמסר לשומר]. אם כן מעיקרא לא קשיא, שהרי השואל מחויב בכל אופן [בתשלומין, ואינו יכול להיפטור בשבועה שמתה כדרכה], על כן אינו נוגע בדבר. וזה נוסח הראייה שהביא הרא"ש בתחילת דבריו, ודחה אותה. אך לפי הרמב"ן אין לתמוה עליו ממה שהוא נוגע בדבר לעניין פטורו, שהרי אינו פוטור את עצמו. אך הקושיה על כל פנים היא שחייב להישבע שאינה ברשותו [כדלקמן], ובזה מתאים מה שנאמר בדברינו, שאין כאן מי שיכול לתבוע ממנו שבועה זו.

ט. ביאור מחלוקתם על-פי החקירה במהות השבועה

ונראה כאילו נוקט דכל דין שבועה הוא בירור הספק, ועל כן כל היכא שלא נתברר הספק – יש מקום לחיוב השבועה שהוטל עליו לשם זה. והנה, כפי שנתברר לעיל, נראה דהני שיטות דסבירא להו דעד אחד פוטר מכל שבועה דאורייתא הוא משום דסבירא להו דחיוב שבועה אין תוכנו בירור הספק [בניגוד למשמע מדברי "קצות החושן"]; ואדרבה, נראה מטעם זה דתוכן שבועה הוא בירור הספק היא שיטת "תרומת הדשן", דכיוון שיש הלכה דעד אחד פוטר מכל שבועת התורה – פירוש דיש בכוח עד אחד לברר הספק, (ש) על כרחך אין חיוב שבועה, שכל עיקרו הוא לברר [את] הספק. דמאי נפקא מינא שנתחייב לברר הספק על-ידי שבועה מטעם אחד או מכמה טעמים? ואילו הש"ך קאי באיך שיטה, שסוברת שאין זה מדין בירור, א(ו)[לא] ודאי הוא חיוב מסוים.

דמהאי טעמא גם נחלק [הש"ך] שם באותו דיבור עם ה"נימוקי יוסף", דסבירא ליה דלא אמרינן בעד אחד "כל מקום שהאמינה תורה הרי הוא כשנים" דלא נעשה מעשה על-פיו [וכפי שראינו לעיל]. ואילו הש"ך השיג[ן] וכתב דטעמא דשני העדים הוי כל אחד בנאמנות דתרי [כלומר, גם לעד הפוטר יש נאמנות כבי תרי לעניין שבועה]⁸, דלפי ה"נימוקי יוסף" אין עליהם [תורת שניים [לעניין שבועה], כי לא האמינו(הו) [כל אחד ואחד] אלא לישויא ספיקא, ואם כן אין להם תורת נאמנות כלל וכלל; ואילו לש"ך אמרינן שיש להם תורת נאמנות. (ד)היינו, לעניין החיוב שמטילים [דהיינו] [שהוא] השבועה, הוא חיוב מוחלט וגמור. ודווקא מהאי טעמא אמרינן [במחלוקתו עם "תרומת הדשן"] דחיוב השבועה [שהיה גם ללא העד] נשאר, כיוון דאמרינן "סלק", ודו"ק.

ונראה עוד, דהא דנוקט הש"ך (שם), דגם בתרי ותרי נשאר חיוב שבועה בעינו, זה לא ייתכן אלא אם כן נאמר דשבועה אינה מדין בירור. וזה לפי מה שנוקט ב"שב שמעתתא" (שמעתתא ו פרק כב) לחלק בין תרי ותרי דאוקמינן אחזקה [מדאורייתא, אף שמדברבן לא מעמידים על חזקה] לבין תרי ותרי דמסייע ליה רובא [שאינן הולכים אחר הרוב, אף-על-פי שרובא וחזקה רובא עדיף] דרובא [שהוא בירור] לא עדיף מעוד עדים, והרי קיימא לן תרי כמאה, דכל שהוא מדין בירור – לא מהני בספיקא דתרי ותרי, ורק דין חזקה [שאינה מבררת את הספק, אלא היא הכרעה כיצד לנהוג] מהני מדין גזרת הכתוב. ועל כן אי איתא דשבועה מתורת בירור אתינן עליה לא מהני במקום דאיכא תרי ותרי, דמה יוסיף לנו בירור דשבועה על בירור העדים⁹? ו"תרומת הדשן", אף-על-פי דקאי נמי בשיטה הסוברת דעד אחד פוטר כל שבועה [וכפי שנתבאר לעיל, שיטה זו סוברת גם שחיוב שבועה אינו בירור אלא חיוב]. ואכן, בלשונו שם מבואר דנוקט שיטה זו מהטעם הראשון גרידא שנתבאר ברא"ש. היינו, דקרא ד"לא יקום עד אחד באיש" וכו' – כשם שמשמעותו דקם הוא לחייב שבועה, כן קם הוא לפטור משבועה, והיינו מכל שבועה. ושאינו בזה מה"נימוקי יוסף" וגם מהרמב"ן; כי ה"נימוקי יוסף" אמנם מודה במשמעות הלשון שהוא גם לפטור, אלא דמוקי ליה לאותו עניין עצמו שהוא מחייב, היינו עד אחד מול עד אחד דווקא, ולא שבועה אחרת, ואילו ברמב"ן שם מבואר דחולק על עיקר הדין, וסבירא ליה דמשמעות הלשון היא רק לחיוב שבועה ולא לפטור. וכיוון דל"תרומת הדשן" היא הראיה העיקרית, אם כן יש לומר אמנם דשבועה היא מדין בירור, וקבעה תורה במפורש שכשם שנאמן להטיל חיוב בירור – כן נאמן הוא להיחשב בירור בעדותו, ודו"ק.

⁷ וכן כתב "נתיבות המשפט" (שם ס"ק ד).

⁸ דנראה גם דמהאי טעמא היה מוכרח להסיק שגם בתרי ותרי אמרינן "סלק" כמי שאינם, ולא רק בעד אחד ועד אחד; כי גם שני עדים בודדים, בנאמנותם לעניין שבועה הם כתרי ותרי.

⁹ אכן נראה לחדש דבמקום דאיכא חזקה הבאה מכוח רוב – מהני. וזהו שכתבו התוספות (כתובות כב: ד"ה הבא עליה), דחזקה אישה דייקא ומנסבא מרע לחזקת אשת איש בגונא דאיכא תרי ותרי, כי רוב הנהפך לחזקה דינו כחזקה, דאמנם מכוח רוב היא, אך היותו ברור עד שנהפך לחזקה – דין חזקה עליה, ובהא יתורצו כמה דברים. עיין ב"נחל יצחק" (ב סי' זה) שהאריך בשאלה זאת. ודו"ק היטב.