

האם "יהיו בעיניך כרשעים"?

כוחה של טענת אדם לטובת עצמו

הרב עדו רכניץ

- | | |
|---|-----------------------|
| א. מבוא | ד. סיכום ופסיקת ההלכה |
| ב. שיטת בעלי התוספות – כוח ראייתי לטענה | 1. מיגו |
| 1. ברי ושמא | 2. טוענים ליורשים |
| 2. טענין ליתמי | 3. ברי ושמא |
| 3. מיגו | |
| ג. שיטת הרמב"ם – אין לטענה כוח | |
| 1. מיגו | |
| 2. חוששים ליורשים, ללקוחות ולערב | |
| 3. טוענים ליורשים | |
| 4. ברי ושמא | |

א. מבוא

במשנה מובא –

יהודה בן טבאי אומר: אל תעש עצמך כעורכי הדיינין; וכשיהיו בעלי דינים עומדים לפניך יהיו בעיניך כרשעים; וכשנפטרים מלפניך יהיו בעיניך כזכאין כשקיבלו עליהם את הדין.¹

את ההוראה לראות את בעלי הדין "כרשעים" ניתן להבין בשתי דרכים: האחת – לקבל את דברי בעלי הדין בספקנות, אולם, להעניק משקל כלשהו לדבריהם. השנייה – לא לתת שום משקל לטענת אדם לטובת עצמו.

פירושו של רבנו יונה נוטה לדרך השנייה –

...כאילו רשעים שניהם בדינם וטוענין שקר יהיו בעיניך...²

* הרב עדו רכניץ, מכון 'משפטי ארץ', עפרה.

1. אבות א, ח.

2. שם.

במילים אחרות, השאלה היא האם במקרה שנתבע טוען שהוא פטור, או כשתובע טוען שהנתבע חייב לו, הטענה משפרת את מצבו של הטוען מעבר למה שהיה נפסק על פי הראיות והחזקות.

ניתן ליישם שאלה זו בביאור הדין הבא: כאשר אדם תובע את חברו ומביא עדים על ההלוואה, והנתבע טוען שפרע – הנתבע פטור.³

אם ההנחה היא שלטענת הנתבע שהוא פטור אין משמעות, הרי שהוא נפטר מפני שהתובע כלל לא הביא ראיה על חיוב נוכחי, אלא על כך שהיה חיוב בעבר. לעומת זאת, ניתן להבין שמול ראיה חלשה כעדי הלוואה צריך הנתבע לטעון טענת פטור, והטענה היא זו שפוטר את אותו.

נפקא מינה בין שני ההסברים תהיה ביורש שאינו יודע האם המוריש פרע. לפי ההסבר הראשון היורש ייפטר כיוון שבעצם אין ראיה שהוא ירש רכוש שחל עליו חוב; לפי ההסבר השני, לכאורה, היורש חייב, כיוון שלא טען שום טענה כנגד הראיה שהוצגה בבית הדין. יש לציין שלהלכה אין חולק שבמקרה זה היורשים פטורים, אולם, ישנם הסבורים שזוהי תקנת חכמים, נושא זה יתברר תוך כדי העיון בסוגיית טענין ליתמי.

ככלל, נבקש להוכיח שקיימות שתי שיטות מרכזיות בהלכה בעניין זה. שיטת הרמב"ם, הסובר שלטענת אדם לטובת עצמו אין שום משמעות במקום שבו יש ראיות או חזקות; ולעומתה שיטת בעלי התוספות, והרמב"ן ותלמידיו הסוברים שיש משמעות לטענה במקרים מסוימים.

בסיומו של המאמר, לאחר הבהרת השיטות השונות, נבקש לעמוד על פסיקת ההלכה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשולחן ערוך, בנושאי כליו ובדברי האחרונים.

ב. שיטת בעלי התוספות – כוח ראייתי לטענה

בעלי התוספות סוברים שטענת 'פטור אני' או 'אתה חייב לי' משפרת את מצבו המשפטי של הטוען, לעומת המצב שבו היה מצוי, אילולי טען מה שטען. רוצה לומר, ישנן ראיות מסוימות שעל פיהן ניתן לחייב אדם – בממון או בנפשות – אולם, אם האדם יטען שהוא פטור, הוא ייפטר. נראה שהתוספות סוברים שבמקרים מסוימים יש להאמין לאדם הטוען טענה לטובת עצמו. להלן, נבקש להדגים שיטה זו, כפי שהיא עולה מדבריהם של בעלי התוספות, במספר סוגיות.

סוגיית גמלא פרחא

סוגיית גמלא פרחא עוסקת בהפללתם של עדים זוממים. וכך נאמר בה –

אמר רבא: באו שנים ואמרו: בסורא, בצפרא (=בבוקר), בחד בשבתא, הרג פלוני את הנפש, ובאו שנים ואמרו: בפניא (=בערב), בחד בשבתא, עמנו הייתם בנהרדעא.

3. שולחן ערוך חו"מ ע, א.

חזינן, אי מצפרא לפניא מצי אזיל מסורא לנהרדעא – לא הוו זוממין, ואי לאו – הוו זוממין. פשיטא! מהו דתימא ליחוש לגמלא פרחא, קא משמע לן.⁴

מדובר אם כן בעדים שהעידו על רצח שהתרחש בעיר סורא, בבוקר. כנגדם, באו שני עדים שהעידו שהעדים המעידים על הרצח היו עמם בערב של אותו יום בעיר נהרדעא. ואין אפשרות להגיע מסורא לנהרדעא בפרק הזמן האמור – הרי שהעדים הראשונים מוזמים, ובית הדין אינו חושש שמא הגיעו לסורא בעזרת גמל פורח. על כך נכתב בתוספות –

וה"ר מנחם פירש דהתם אם איתא דאזלו בגמלא פרחא היה להן לטעון כן, ומדלא אמרו הכי – שמע מינה דשקר הם מעידים.⁵

כלומר, אילו היו העדים טוענים שהגיעו לסורא בגמל פורח – היו ניצלים ממוות, אולם, כיוון שלא אמרו – יהרגו.

במקרה זה, מדובר בדיני נפשות, שבהם אדם אינו נענש על פי הודאתו, ובכל זאת, כיוון שלא טענו העדים שהגיעו בגמל פורח – הם ודאי זוממים, ונהרגים.

לא ניתן להסביר דין זה בכך, ששתיקת העדים כמוה כהודאה, כיוון שבדיני נפשות הודאה אינה מחייבת. הדרך היחידה להסביר דין זה היא, שדי בעדות המוזמים בכדי לחייב את העדים המוזמים בעונש מוות, אולם, המוזמים יכולים להציל את עצמם בכך שיטענו שהגיעו בעזרת גמל פורח ממקום למקום. כלומר, טענת המוזמים בנוגע לדרך שבה הגיעו מסורא לנהרדעא יש בה כדי לפטור אותם ממוות, שהיה נגזר עליהם אילו היו שותקים.

זהו מקרה מובהק שבו לדעת התוספות אדם נפטר בטענה שאין לה כל ראייה. כמו כן, עולה מדברי התוספות שאפילו בדיני נפשות די בראיה שניתן לדחות בטענה בכדי לחייב מיתה!

בא על ידי שם

במקרה קיצוני נוסף הולכים התוספות בדרך זו. תוספות דנים באישה שהתעברה בשעה שבעלה היה במדינת הים, שדינו כממזר –

ועוד קשה דמאי קאמר ומיעוט שהלכו בעליהם למדינת הים דהאי נמי יש לנו להכשירו, דשמא בא על ידי שם ושימש כי ההוא עובדא דאבוה דשמואל שהלך למדינת הים ובא על ידי שם ושימש והוליד את שמואל?
...אי נמי יש לומר דלא תלינן שבא עליה על ידי שם אלא דוקא כשאומרת כן, אבל האי אסופי כיון דאין אמו מעידה עליו אין לתלות בהכי.⁶

כלומר, תוספות התקשו, הרי ידוע שאמו של שמואל התעברה בתקופה שבעלה היה במדינת הים, וזאת, כיוון שהוא הגיע על ידי אמירת שם המפורש. מדוע, אם כן, כל ילד

4. מכות ה,א.

5. תוספות יבמות קטז,א ד"ה הכא.

6. תוספות קידושין עג,א ד"ה מאי.

שנולד לאישה שבעלה במדינת הים הוא בחזקת ממזר, הרי יש סיכוי שאביו הגיע על ידי שם ועיבר את אמו? התוספות משיבים שאמנם, אילו הייתה האם טוענת שבעלה הגיע על ידי שם ועיבר אותה – הייתה נאמנת, אולם, כיוון ששתקה – התינוק בחזקת ממזר. כלומר, על פי תירוץ זה, ללא טענת האישה, הרי היא בחזקת אישה שזינתה תחת בעלה, ובנה – ממזר. אולם, אם האישה טענה שבעלה הגיע על ידי שם, וממנו התעברה – הוולד כשר. גם כאן, טענה המסבירה את האירועים, גם אם באופן משונה – מתקבלת ומשנה את הדין מכפי שהיה נקבע ללא הטענה.

1. ברי ושמא

בגמרא⁷ נחלקו אמוראים מהו הדין במקרה שאדם תובע בטענה ודאית (ברי) והנתבע משיב שאינו יודע אם הוא חייב (שמא). לדעת רב יהודה ורב הונא התובע זוכה, לעומת זאת, רב נחמן ורבי יוחנן סוברים שהנתבע פטור.

לכאורה, מחלוקת זו סובבת סביב השאלה האם יש משמעות לטענות. לדעת רב יהודה ורב הונא לטענות יש משמעות, ולכן מי שתובע בברי גובר על נתבע שטוען שמא, למרות שהנתבע מוחזק. לעומת זאת, רב נחמן ורבי יוחנן סוברים שאין משמעות לטענות, אלא רק לראיות ולחזקות, ולכן, הנתבע פטור, כיוון שהוא מוחזק.

להלכה נפסק⁸, שלא מוציאים מהנתבע ממון. אולם, בעלי התוספות הציעו שבמקרים מסוימים תהיה משמעות לטענות הצדדים.

ברי מול שמא גרוע

בתוספות נדונה שיטת רב יהודה, שסובר ברי ושמא – ברי עדיף –

תימא דרב יהודה גופיה אית ליה בריש הפרה (בבא קמא מו,א) אפילו ניזק אומר ברי

ומזיק אומר שמא המוציא מחברו עליו הראיה...

ויש לומר, דהתם ברי גרוע ושמא טוב, דלפי שהמזיק לא היה שם טוען זה ברי,

ושמא דמזיק טוב, דלא הוה ליה למידע; אבל מנה לי בידך, הברי טוב והשמא גרוע,

דהוה ליה לידע אם חייב אם לאו...?

מסקנת התוספות שגם לשיטה שברי ושמא – ברי עדיף, אם הנתבע טוען שמא, ויש הוכחה שהוא אינו יודע – הוא פטור. כאשר מסתבר שהנתבע היה צריך לדעת, והוא טוען שמא – ברי עדיף.

7. בבא קמא קיח,א.

8. שולחן ערוך חו"מ עה, ט.

9. תוספות כתובות יב, ב ד"ה רב; וכן ב"ק לה, ב ד"ה וסיפא; ב"מ צו, ב ד"ה רב; ב"ב קלה, ב ד"ה אביי.

ברי וחזקה או מיגו מול שמא וחזקה

בתוספות מובא –

לכאורה היה נראה לרבינו יצחק לפרש... ואע"ג דקי"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף
הכא איכא ברי וחזקה. וחזר בו רבינו יצחק...¹⁰

כלומר, ר"י חשב בתחילה שבברי וחזקה מול שמא וחזקה – ברי עדיף, כפי שנאמר בגמרא,¹¹
אולם, חזר בו.

בעניין זה כתב הרא"ש –

... אמרינן לקמן (כתובות יג, א) דקי"ל כרב נחמן, דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, אפילו
היכא דהברי הוא טוב והשמא הוא גרוע, כ"ש הכא דהברי גרוע שיודעת שאינו יכול
להכחשה.

והא דקי"ל לקמן (כתובות יב, ב) כרבן גמליאל, דאמר ברי ושמא ברי עדיף, היינו דווקא
היכא דאיכא מיגו כדמפרש לקמן והכא ליכא מיגו, אי נמי היכא דאיכא חזקה...¹²

כלומר, ברי עדיף על שמא כשיש מיגו שתומך בו או חזקה. פסיקת הרא"ש מבוססת על
ההנחה שלטענות יש משמעות, ולכן כאשר גם לתובע יש חזקה (למשל, חזקה שהנתבע
חייב לו), הוא גובר על חזקת ממון של הנתבע, וכל זאת רק משום שיש הבדל בין הטענות
שלהם – התובע טען ברי והנתבע טען שמא.

גם ההלכה שמיגו וטענת ברי גוברים על נתבע שטען שמא מבוססת על אותה הנחת יסוד,
הן מיגו והן ברי הם טענות של התובע, והן התשתית הראייתית היחידה שעליה הוא
מתבסס בכדי להוציא ממון מהנתבע.

2. טענין ליתמי

המבחן הברור ביותר לשיטת התוספות הוא בדינם של יורשים שאינם יודעים מה אירע,
ולכן אינם יכולים לטעון דבר. לכאורה, לשיטת תוספות, בלא טענה יורשים אמורים
להתחייב. אמנם, תוספות פסקו שירשים נפטרים בטענה שהיה המוריש יכול לטעון, אולם,
נראה שלדעתם זו תקנת חכמים.¹³

10. תוספות כתובות עו, א ד"ה רישא.

11. כתובות יב, א.

12. רא"ש כתובות א, יח.

13. חשוב להעיר שקצות החושן (עה, טז; קלג, ז) הבין את התוספות בדיוק להיפך: לדבריו היורש פטור משום
שלא היה אמור לדעת, כפי שהמוריש פטור כשלא היה אמור לדעת. אולם, לענ"ד מהראיות המובאות
לקמן ניתן להבין גם אחרת.

טענין

עצם המונח 'טענין ליתמי' או ללקוחות, המופיע בתוספות במקומות רבים¹⁴ מרמז על כך שיש צורך לטעון עבור היתומים, ולא, היתומים יפסידו. את טענת היתומים מחליפה תקנת חכמים.

טענה שאינה שכיחה

התוספות סוברים שלא כל טענה 'טענין ליתמי', אלא רק טענות שכיחות. הגמרא¹⁵ עוסקת במוצא שטר חוב, שדינו להחזירו למלווה. בסוף הדיון מעמידה הגמרא את הדין במקרה שבשטר אין אחריות, ולדעת שמואל, לא ניתן לגבות משטר כזה לא מהלווה ולא ממשועבדים, והשטר הוחזר למלווה כדי שיוכל להשתמש בנייר. הסיבה שהלווה לא מקבל את הנייר היא, שהוא טוען להד"מ.

על כך כותבים התוספות –

משמע שהלווה טוען שהוא מזויף... וקשה, דאפילו יש בו אחריות – אמאי לא יחזיר? אם לא יקיימנו לא יגבה כלום, ואם יקיימנו בדין יגבה? ואין לומר דחיישינן שמא יוציאנו שלא בפניו או על הלקוחות ויתומים ולא נטעון להם מזויף משום דלא שכיח, כמו שאין טענין ליתמי נאנסו משום דלא שכיח... וכיון דאין טענין להו מזויף גם אין טענין להם פרוע...
הא ליתא דאפילו לא נטעון להם מזויף הוא, נטעון להם פרוע...¹⁶

כלומר, התוספות מבארים שהלווה טוען שהשטר מזויף, ולכן לדבריו הנייר לא שייך לו. בעקבות זאת שואלים התוספות מדוע לא ניתן להחזיר שטר שיש בו אחריות, הרי המלווה יצטרך לקיים את השטר, ואם אכן הלווה צודק שהשטר מזויף, הזיוף יתגלה.

התוספות מעלים אפשרות שיש חשש שהמלווה יתבע את היתומים, ובית הדין לא יטען ליתומים טענת מזויף, כיוון שזיוף אינו שכיח. וכיוון שטענת 'פרוע' מועילה רק במיגו שהנתבע יכול היה לטעון שהשטר מזויף, הרי שלא טוענים ליתומים גם טענת פרוע. ממילא, יוכל התובע לגבות בעזרת השטר ללא קיומו.

התוספות דוחים אפשרות זאת, בטענה שאף שלא טוענים ליתומים 'מזויף' טוענים להם 'פרוע'. אם כן, כאשר ינסה המלווה לגבות מהיורשים, בית הדין יטען עבורם 'פרוע', והתובע יאלץ לקיים את השטר, וניסיונו לרמות יתגלה.

14. **תוספות שבת עח, ב ד"ה ת"ק;** כתובות פה, ב ד"ה חדא; צב, ב ד"ה דינא; קט, ב ד"ה אם; גטין ב, א ד"ה ואם; ב, ב ד"ה ואם; בבא קמא ח, ב ד"ה דינא; בבא מציעא יג, ב ד"ה הא; ע, א ד"ה אתא; בבא בתרא ל, א ד"ה לאו; לא, א ד"ה מה; מז, א ד"ה פעמים; נב, א ד"ה ומודה; ע, ב ד"ה מ"ד; קסא, ב ד"ה ומתכשר; סנהדרין כט, ב ד"ה כן; שבועות מא, א ד"ה וכי; מא, ב ד"ה כל.

15. **בבא מציעא ג, א-ג, ב.**

16. **תוספות ב"מ יג, ב ד"ה הא;** דברים דומים מובאים בתוספות כתובות פה, ב ד"ה חדא; בבא מציעא יג, ב ד"ה הא; בבא מציעא ע, א ד"ה אתא; בבא בתרא מז, א ד"ה פעמים; בבא בתרא ע, ב ד"ה מ"ד; שבועות מא, ב ד"ה כל.

ניתן לסכם את דברי התוספות כך:

1. לא טוענים ליורשים 'מזויף' כיוון שזוהי טענה שאינה שכיחה. יש להעיר שאם הנתבע עצמו היה טוען 'מזויף' טענתו הייתה מתקבלת.

2. טוענים ליתומים 'פרוע', אף שנאמנות הנתבע עצמו לטעון 'פרוע' מוסברת בכך שיש לו מיגו שהיה יכול לטעון 'מזויף', טענה שלא טוענים עבור היורשים.

עיון בדברי התוספות מוכיח שלא ניתן להסביר את כל המקרים שבהם הנתבע נפטר בטענה ללא ראיה, בכך שלתובע אין ראיה מספקת. שהרי יורשים שאינם טוענים, אינם נפטרים בכל הטענות שיכול היה המוריש לטעון. אילו סיבת הפטור בטענה הייתה שלתובע אין ראיה מספקת, לא היה צורך שהטענה תיטען, בית הדין היה אמור לדחות את התביעה בעצמו.

לכאורה, ניתן להסביר את דברי התוספות בכמה דרכים:

הדרך הראשונה: יש להבדיל בין מקרה שבו אין לתובע ראיות מספיקות, שאז אין צורך בטענת הנתבע כדי לפטור עצמו, ורק אז 'טענין ליתמי', למקרה שבו יש לתובע ראיות מספיקות, והנתבע אינו נפטר ללא טענה. על פי הסבר זה, 'טענין' פירושו שיש לבית הדין ספק לגבי ראיות התובע, גם ללא טענה של היורשים.

על פי ההסבר המוצע, ההבדל בין טענת 'פרוע' לטענת 'מזויף' הוא שבית הדין מסופק שמא החוב נפרע גם ללא טענה של הנתבע, בניגוד לכך, בית הדין אינו חושד ששטר הוא מזויף עד שהנתבע יטען כך.

על הסבר זה קשה מהקביעה השנייה של התוספות, שטענין ליתמי 'פרוע' אף שלא טענין להם 'מזויף', בשעה שתוספות מציינים שהנתבע עצמו נאמן לטעון 'פרוע' רק במיגו שהיה טוען 'מזויף'.¹⁷ כלומר, טענת 'פרוע' בפני עצמה אינה מתקבלת כאשר לא ניתן לטעון 'מזויף'. אם כך, כיצד ניתן לומר שבית הדין מסופק שמא שטר נפרע, אף שאין לו חשד שמא השטר זויף, הרי ללא האפשרות לטעון 'מזויף' לא ניתן לטעון 'פרוע'!

הדרך השנייה: 'טענין' היא תקנה לטובת היתומים, תקנה זו חלה על טענות שכיחות. כך יובן כיצד טוענים עבור היתומים 'פרוע' אף שאין טוענים עבורם 'מזויף' – כיוון שכך תקנו חכמים.

ראיה נוספת להסבר זה נעוצה במושג עצמו – 'טענין' – כלומר, חכמים טוענים עבור היתומים. דהיינו, יש צורך בטענה והיא אכן נשמעה כביכול מפייהם של חכמים.

דברים דומים כותבים התוספות¹⁸ בעניין טענת אונס והחזרה של פיקדון, ליורשי שומר.

17. **נתיבות המשפט** (פב, קיצור כללי המיגו יד) כותב שהשומר נאמן לא בשל מיגו, אלא מכיוון שלא חשש להשאיר שטר פיקדון שהוחזר ביד המפקיד, שכן יכול היה לטעון שהפיקדון נאנס ולהיפטר. גם לגבי טענת 'פרעתני' כנגד שטר לא מקוים, כותב **נתיבות המשפט** (סט, ז) שנאמנות הנתבע אינה מפני מיגו שהיה טוען מזויף; אלא מפני שלא חשש להניח שטר לא מקוים שנפרע ביד המלווה, כיוון שידע שיוכל לטעון שהשטר מזויף, אם יתבענו המלווה פעם נוספת.

18. **תוספות ב"ב עב, ד"ה מ"ד נשבע**; כתובות צב, ב ד"ה דינא.

טענת פרוע בתוך הזמן
הנתבע עצמו נאמן לומר ביום הפירעון שפרע בתוך הזמן, **בנמוקי יוסף** הובאה דעת
הראב"ד בעניין יורשיו –

דדוקא היכא דטעין איהו, אבל ליתמי דידיה לא טענינן להו.¹⁹
דהיינו, לא טוענים ליורשים טענה זו. **הגר"א**²⁰ מסביר זאת כחלק משיטת התוספות שלא
טוענים ליורשים טענה שאינה שכיחה.

כאשר הנתבע טוען שפרע בתוך הזמן, כתב **הרא"ש**²¹ שהתובע נשבע ונטל, אף שאם היה
תובע את יורשי הלווה, והיה מוכיח שלא פרע לאחר הזמן – היה גובה בלא שבועה.

טענת מזויף כנגד שטר לא מקוים

רבנו אביגדור כותב –

ורבנן הוא דאצריך קיום בשאר שטרות בתרי אפילו היכא דליכא הכחשה, כדריש
לקיש, כגון בבא ליפרע שלא בפניו או מיתומים ולקוחות, או בא בהרשאה דטענינן
מזויף, ולא גבי עד דמקיים ליה בתרי... אבל היכא דאיכא הכחשה קמן, אפילו
מדאורייתא בעי קיום גמור, ואי לא מקיימי חספא בעלמא הוא.²²

כלומר, כאשר הנתבע או העדים טוענים שהשטר מזויף – יש לקיימו מדאורייתא. כאשר
יורשים או לקוחות נתבעים והם אינם יודעים אם השטר מזויף או לא – השטר כשר
מדאורייתא בלא קיום. במקרה זה, קיום השטר נדרש מדרבנן, כלומר, חכמים תיקנו תקנה
לטובת היורשים שדינם יהיה כאילו המוריש טען שהשטר מזויף.

3. מיגו

הבנת מושג המיגו מחייבת דיון ארוך ומפורט, שאין כאן מקומו.²³ **הגר"ש שקאפ**²⁴ הציג שתי
אפשרויות להבנת מיגו –

19. נמוקי יוסף על הרי"ף בבא מציעא נט, ב ד"ה בעי.
20. ביאור הגר"א חו"מ עח, כא.
21. רא"ש בבא בתרא א, ט.
22. הגהות מרדכי קידושין תקסט.
23. ראה מאמרו של הרב יהודה יפרח, "מיגו בתפר שבין ראייה וטענה", בקובץ זה, עמ' 349, שהרחיב את
היריעה בעניין. ככלל, דבריו עולים בקנה אחד עם הנטען כאן.
24. **שערי יושר** ב"מ ה.
דברים דומים כותב הגר"א וסרמן הי"ד (קובץ שיעורים ב, ג) –
דין מגו יש לפרשו בשני אופנים: א. שהוא אנן סהדי שאומר אמת דמ"ל לשקר דהיה יכול לטעון
טענה טובה מזו... ב. י"ל דאינו מטעם אנן סהדי אלא שהוא דין נאמנות, דבכח הנאמנות שיש לו
לטעון טענה אחרת נאמן גם על טענה זאת שהוא טוען.
דבריו של הגר"א וסרמן בביאור השיטה השנייה, הם בעצם הכלאה של שתי שיטות. מחד, המיגו הוא
אובייקטיבי, מאידך, עדיין נעשה שימוש בביטוי 'נאמן', כאילו בית הדין מאמין לטוען.

- ולענ"ד נראה על פי מה שבארנו במקום אחר בענינא דמיגו דמשמש לשני עניינים:
- א. פשוט לברר טענת הטוען דלא משקר, דאי בעי לשקר הוה טעין באופן אחר, הטוב לו יותר.
- ב. לחזק את חזקת הטוען, כיון שהיה בכחו לזכות באופן אחר, הוה הדבר בחזקתו יותר.

כלומר, על פי האפשרות הראשונה המיגו הוא ראייה שהטוען דובר אמת. על פי ההבנה השנייה המיגו הוא סימן לכך שלתובע אין ראייה, והמוציא מחברו עליו הראייה. ניתן לדלות משיטת התוספות במיגו מספר פרטים המוכיחים את הטענה, שלדעת התוספות המיגו הוא ראייה עבור הטוען, כיוון שהיה יכול לשקר ונמנע מכך. כלומר, העובדה שהטוען לא שיקר יוצרת ראייה עבורו, ראייה הבנויה כולה על הימנעותו מלטעון טענת שקר. כיוון שכך, במקרים שבהם לטוען לא הייתה אפשרות לשקר, אין לו מיגו. ובמקרים שבהם יש לו מיגו הוא יכול להוות ראייה לטובת הטוען, ראייה שעשויה להגיע עד כדי הוצאת ממוץ.

גישה זו הולמת את שיטת התוספות שטענת אדם לטובת עצמו משפרת את מצבו, ובית הדין מאמין לה. כיוון שכך, כאשר הטוען יכול היה לטעון טענה טובה יותר, ובמקומה טען טענה גרועה – מצבו נשאר טוב. כיוון שבחר שלא לשקר, בית הדין מאמין לו כאילו טען את הטענה הטובה. וזאת, בתנאי שאכן היה יכול, אובייקטיבית וסובייקטיבית, לטעון את הטענה הטובה.

מיגו דהעזה

התוספות מסבירים מדוע מודה במקצת אינו נאמן במיגו שהיה כופר הכול –

קאמר הכא שפיר חזקה דאין אדם מעיז לכפור הכל כל כך, ולא הוי מגו, דיותר ברצון הוא מודה במקצת הטענה דאינו מעיז כל כך.²⁵

דהיינו, מודה במקצת חייב שבועה, ואינו נפטר במיגו שהיה כופר הכול, כיוון שבהודאה במקצת יש פחות עזות פנים מאשר בכפירת הכול. הנתבע העדיף טענה נוחה יותר מבחינה נפשית, ולכן, אינו נאמן שהיה יכול להעז פנים ולכפור הכול, ואין לו מיגו.²⁶

התוספות מניחים שמיגו הוא ראייה שהטוען אינו משקר, שהרי אילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה טובה יותר. ניתן לומר זאת, רק כאשר אין לטוען מעצורים נפשיים המונעים ממנו לטעון את הטענה העדיפה. גישה זו מיושמת על ידי תוספות בעשרות מקומות.²⁷

25. תוספות כתובות יח, א ד"ה מפני.

26. תוספות בבא בתרא נגב, ד"ה דברים ("ואין לומר...").

27. תוספות יבמות קיד, ב ד"ה מי; כתובות ט, ב ד"ה לא; יג, ב ד"ה השבתנו; יח, א ד"ה אי, ד"ה מפני, ד"ה חזקה; יט, א ד"ה מודה; כב, ב ד"ה תרוייהו; גטין נא, ב ד"ה מפני, ד"ה אין; בבא קמא קוב, ד"ה אבל; קז, א ד"ה עירוב; בבא מציעא ג, א ד"ה מפני; ג, ב ד"ה בכליה; יג, ב ד"ה הא; בבא בתרא כט, א ד"ה הני; לא, ב ד"ה וזו; לד, א ד"ה הוי; מו, א ד"ה אלא, ד"ה שפיר; קכח, ב ד"ה אבל; שבועות לב, ב ד"ה הוה; מה, ב ד"ה מתוך, ד"ה בעדים; כריתות יב, א ד"ה או.

מהתוספות²⁸ מוכח שמיגו דהעזה כלל אינו מיגו, ולכן אינו פוטר את הנתבע מחיוב שבועה ומחיוב ממון, כך טוען גם קצות החושן²⁹ בפירוש התוספות. הרמב"ן קובע שמיגו דהעזה פוטר ממון, אבל אינו פוטר מחיוב שבועה. שיטתו תעלה לדיון בסיכום המאמר.

לשיטת התוספות הימנעות הטוען מלשקר מעלה את קרנו בעיני בית הדין, ולכן טענתו הגרועה מתקבלת כאילו טען את הטענה הטובה. הנחת היסוד של התוספות היא שבית הדין מאמין לטוען, וכשהוא נמנע מלשקר – מצבו משתפר עוד.

טענה חלופית שאינה ידועה לטוען

בעניין אישה שמכרה כתובתה כותב הרא"ש –

...אם אמרה שנפרעה (=כתובתה) קודם המכר לא מהימנא במיגו דאי בעי מחלה (=כתובתה לבעלה) דאין זה מיגו טוב... ואף לדברי המפרשים דכל מוחל שטר חוב אינו חייב לשלם אלא דמי המכר, מכל מקום, כולי עלמא לאו דינא גמירי, והיא יראה למחול שמא תתחייב לשלם כל השטר...³⁰

כלומר, אישה שמכרה כתובתה, וכשבאו הקונים לגבות את הכתובה מבעלה טענה שבעלה פרע לה כתובתה קודם שמכרה – אינה נאמנת, אף שיש לה מיגו שיכלה למחול לבעלה על החוב כעת, ולגרום הפסד לקוני הכתובה.

אמנם, כמה ראשונים סוברים שמוחל שטר חוב שמכר חייב לשלם לקונה רק את מה ששילם, ולא את השווי הנקוב. אולם, כיוון שרוב האנשים סבורים שעל מחילה משלמים את מלוא שווי השטר, האישה מן הסתם חשבה שלא תרוויח כלום מטענה זו, ולכן אינה נאמנת לומר שמכרה כתובתה לאחר הפירעון, במיגו שהייתה טוענת שמחלה על הכתובה.

במילים אחרות, הרא"ש פוסל מיגו משום שרוב בני האדם אינם בקיאים בדיון, ולא היו טוענים טענה חלופית מסוימת. בכך צועד הרא"ש בדרכם של בעלי התוספות, שהבינו שהמיגו מבוסס על יכולתו הממשית של האדם לטעון טענה חלופית. כשם שמיגו דהעזה אינו מיגו, כיוון שמעצורים נפשיים מונעים מהאדם לטעון טענה שיש בה עזות פנים, כך טענה שאינה ידועה לרבים אינה מסייעת לאדם שאינו בקי בדיון.

מיגו לפטור משבועה

כאמור לעיל, התוספות כותבים שמודה במקצת אינו פטור משבועה במיגו שהיה כופר הכול, כיוון שזהו מיגו דהעזה. מכאן, שכאשר זהו מיגו טוב, הוא פוטר משבועה. כך כותבים תוספות במפורש –

אבל במקום שיכול להעז, כגון בבנו ואמר מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס, נאמן במגו דאי בעי כפר הכל...³¹

28. תוספות בבא בתרא ה,א-ה,ב ד"ה ובא (בסופו).

29. קצות החושן עח, ה; וראה עוד קצות החושן פב, יד, בשם אחיו.

30. רא"ש כתובות ט, כח.

31. תוספות ב"מ ג,א ד"ה מפני; דברים דומים הובאו בתוספות ב"ק קז,א ד"ה עירוב, בשם ריב"א.

הנחת היסוד המסתתרת מאחורי קביעת תוספות שמיגו פוטר משבועה היא שטענה מחוזקת במיגו היא ראיה לטובת הטוען, ראיה המספיקה כדי לפטור משבועה. ובמילים אחרות, מיגו מחזק את הטענה של בעל הדין במידה כזו עד שרואים אותו כאילו הוא נשבע.

מיגו להוציא ממון

בתוספות כתוב –

ותירץ ר"י בר' מרדכי דלא אמרינן מיגו להוציא ממון...³²

כלומר, ריב"ם סובר שאי אפשר להוציא ממון על סמך מיגו, זו גם דעת ר"י.³³

הרמב"ן סובר שבכל מקרה מיגו מספיק בכדי להוציא ממון –

ולענין הדין בגמרא עצמה תמה הוא, למה לא יהא אדם נאמן לטעון על פה במגו

דיכול לתבוע בשטר...³⁴

הרמב"ן כותב שאדם שהציג שטר בבית דין והודה שהוא מזויף, נאמן לטעון שהנתבע חייב לו, במיגו שהיה תובע בשטר. מדברי הרמב"ן משמע שמיגו הוא ראיה, ולא רק סימן לחוסר ראיה של הצד השני. לפיכך, ניתן להסתמך עליו כראיה על מנת להוציא ממון.

נראה שהרמב"ן סובר שאדם יכול לשכנע את בית הדין בטענות בלבד, עד כדי כך שבית דין יוציא ממון על סמך האמון שהוא נותן בדברי הטוען. גם לדעת התוספות, שמיגו לבדו אינו מספיק בכדי להוציא ממון, צריך לומר שמיגו מהווה ראיה, שהרי הוא פוטר משבועה, אלא שאין די בכוחו כדי להוציא ממון.

מיגו להוציא נגד שמא

ריצב"א כתב –

ובמקום שיש חזקה או ברי במקום (=נגד) שמא עם המיגו – אמרינן מיגו להוציא.³⁵

כלומר, די במיגו כנגד טענת שמא בכדי להוציא ממון, וזאת, למרות שהתובע לא הציג שום ראיה בפני בית הדין. בית הדין מאמין לתובע בשל המיגו, ומשום שהנתבע אינו מציג גרסה נגדית.

סיכום

שיטת בעלי התוספות במיגו מבוססת על ההנחה שלטענת אדם עבור עצמו יש עוצמה, כיוון שבית הדין מאמין לה, והיא משנה את הדין מכפי שהיה ללא טענה. לפיכך, כאשר אדם יכול היה לטעון טענה שהייתה פוטרת אותו, הוא נאמן כאילו טען.

32. תוספות ב"ב דף לב,ב ד"ה אמאי.

33. תוספות ב"ב לב,ב ד"ה והלכתא.

34. רמב"ן ב"ב לב,ב ד"ה אמאי.

35. הגהות מרדכי בבא מציעא תטז.

נאמנות זו קיימת רק כאשר הייתה לאדם יכולת ממשית לטעון את הטענה. אבל אם לא היה יכול לטעון את הטענה החלופית כיוון שלא ידע שהיא תועיל, או כיוון שלא היה מעז פניו – אין לו מיגו.

עוצמת הנאמנות, לדעת תוספות, מספיקה כדי לפטור אדם משבועה. אולם, אין בה די כדי להוציא ממון. לעומתם, הרמב"ן סובר שמיגו כשלעצמו מספיק בכדי להוציא ממון.

ג. שיטת הרמב"ם – אין לטענה כוח

הרמב"ם סובר שאין משמעות לטענות אדם עבור עצמו³⁶ במקום שבו יש ראיות וחזקות. רק במצב של ריק ראייתי מוחלט אדם נאמן בטענה שטען עבור עצמו, כשאינן טענה נגדית.

לדעת הרמב"ם כאשר אדם נפטר בטענה ללא ראיה, בעצם אין לתובע ראיות מספיקות, וגם ללא טענת הנתבע הוא היה נפטר. בית הדין שואל את הנתבע לגרסתו, אף שלתובע אין ראיה, שמא הנתבע יודה שהוא חייב.

שיטת הרמב"ם בולטת על רקע דברי התוספות שהובאו לעיל. במספר רב של מקרים קבעו התוספות, שיש הבדל גדול בין נתבע שטען שהוא פטור לנתבע שלא טען זאת, גם כאשר לא ניתן לראות בשתיקה הודאה. כך בדיני נפשות (גמלא פרחא), וכך ביורשים.

כפי שנראה מיד, בכל המקרים שבהם קבעו התוספות שהנתבע הפסיד כאשר לא טען שהוא פטור, הרמב"ם סבר שהנתבע אינו מפסיד, והדין נשאר כפי שהיה אילו היה טוען. כל זאת, פרט למקרים שבהם שתיקת הנתבע מתפרשת כהודאה.

גמלא פרחא

הרמב"ם כתב –

וכן אם העידו שנים ואמרו: בבקר הרג זה את הנפש בירושלים, ובאו שנים ואמרו להן: ביום זה בערב הייתם עמנו בלוד, אם יכול אדם להלך אפילו על הסוס מירושלים ללוד מבקר עד ערב – אינן זוממין, ואם לאו – הרי אלו זוממין, ואין אומרין שמא כר קל ביותר נודמן להן וקפלו את הדרך, אלא בדבר המצוי הידוע לכל משערין לעולם ומזימין אותן.³⁷

כלומר, הרמב"ם פוסק שבית הדין בודק האם ייתכן שהעדים המוזמים הגיעו ממקום שבו ראו את הרצח למקום שבו נראו על ידי המוזמים. אם הדבר אינו סביר – העדים המוזמים יהרגו.

הרמב"ם לא הזכיר שהעדים המוזמים ייפטרו אם יטענו שנודמן להם "כר קל ביותר". נראה שהסיבה היא שלא ייתכן, לדעת הרמב"ם, לפטור אדם מעונש, לאחר שהובאו ראיות מספיקות כנגדו, רק משום שהוא טוען שהוא חף מפשע.

36. בעניין יוחסין, מצינו שני מקרים שבהם פוסק הרמב"ם (איסורי ביאה טו, יז יט) שמעמדו של היילוד משתנה לאחר שאמו טוענת שלא זינתה, או שהתעברה מנכרי. ואין זה המקום להאריך.

37. רמב"ם עדות יט, א.

1. מיגו

כפי שנכתב לעיל, עיון בסוגיית מיגו דורש אריכות דברים שאין זה מקומם, אולם, די בעיון במספר הלכות, בכדי לקבוע שהרמב"ם חלק על התוספות בהבנת דין מיגו. לדעת הרמב"ם העובדה שהנתבע יכול היה להיפטר בטענה חלופית היא סימן לכך שלתובע אין ראייה. דברים דומים הובאו לעיל בשמו של הגר"ש שקאפ,³⁸ שהסביר שתפקידו של המיגו הוא –

לחזק³⁹ את חזקת הטוען, כיון שהיה בכחו לזכות באופן אחר, הוה הדבר בחזקתו יותר.

מיגו דהעזה

כאמור לעיל, התוספות קובעים שמיגו דהעזה אינו מיגו. הנחת היסוד של התוספות היא שמיגו הוא ראייה לטובת הנתבע, ולכן רק כאשר יש לנתבע אפשרות לטעון טענה חלופית, הוא נאמן שלא שיקר.

הרמב"ם אינו מזכיר בשום מקום שמיגו פסול כאשר לנתבע היו מעצורים נפשיים שהיו מונעים ממנו לטעון את הטענה החלופית. מכאן שהרמב"ם מבין שמיגו הוא סימן לכך שלתובע אין ראייה, ולכן הנתבע נאמן אפילו כאשר הוא טוען טענות לא-סבירות. רוצה לומר, מיגו אינו ראייה לכך שהנתבע דובר אמת, אלא סימן לכך שלתובע אין ראיות מספיקות.

לפיכך, בכל מקרה שבו יכול היה הנתבע להיפטר בטענה ללא ראייה, הרי שלתובע לא היו ראיות מספיקות וכל החיוב מתבסס על הודאת הנתבע. כיוון שהנתבע כופר בתביעה מטעם אחר – הנתבע פטור.

מיגו לפטור משבועה

מכאן ברור מדוע הרמב"ם סובר שמיגו אינו פטור משבועה.

המפקיד או המשאיל או המשכיר את חבירו בעדים או שלא בעדים – דין אחד יש להן, כיון שהודה זה מפי עצמו ששמר לו או ששאל ממנו, הרי זה נשבע שבועת השומרין. שאין אומרים מיגו לפוטרו משבועה, אלא לפוטרו מלשלם.⁴⁰

הדבר מסתבר, שהרי מיגו אינו ראייה לטובת הנתבע, אלא העדר ראייה לתובע. לפיכך, במקום שבו הנתבע חויב להביא ראייה – כלומר, להישבע – מיגו, שאינו ראייה, אינו מועיל.

מיגו להוציא

כמובן, שלשיטת הרמב"ם מיגו אינו ראייה מספקת להוציא ממון, כיוון שהוא כלל אינו ראייה. ואכן הרמב"ם כתב –

38. שערי יושר ב"מ ה.

39. הגר"ש שקאפ כתב: "לחזק את...", אולם, אין כוונתו לדברי הטוען, אלא למצב האובייקטיבי של הראיות, שמאפשר להיפטר בטענה חלופית.

40. רמב"ם שכירות ב, ח.

...שאין לנו לומר מגו אלא לפטור את האדם מחוב, לא שיגבה מהאחרים בטענתו...⁴¹

אולם, במקום שבו יש לתובע ראייה, אלא שהנתבע מערער עליה, מיגו של התובע הוא סימן לכך שלנתבע אין ראייה נגדית. כפי שפוסק הרמב"ם –

הוציא עליו שטר מקויים שיש לו עליו מנה ואמר לו הלוה: הלא פרעתיך בפני פלוני ופלוני, ובאו אלו והעידו שפרעו אבל לא הזכיר לו את השטר, ואמר לו המלוה: כן הוא שפרעת, אבל חוב אחר פרעת שהיה לי אצלך – הרי בטל השטר. במה דברים אמורים – כשהעידו שנתן לו בתורת פרעון. אבל אם ראוהו נותן לו מעות ולא ידעו אם הוא בתורת פרעון או בתורת פקדון או בתורת מתנה, אם אמר בעל השטר לא היו דברים מעולם – הרי הוחזק כפרן ובטל השטר, ואם אמר פרעון של חוב אחר הוא – הרי זה נאמן ונשבע ונוטל מה שבשטר, שהרי לא פרעו בעדים, מתוך שיכול לומר מתנה נתנם לי נאמן לומר פרעון של חוב אחר הן.⁴²

כלומר, בחלק הראשון כתב הרמב"ם שהתובע בשטר אינו נאמן לומר שקיבל כסף עבור חוב אחר, כאשר יש לנתבע עדים שפרע. בחלק השני הוא כתב שאם העדים יודעים שהנתבע נתן לתובע כסף, אבל אינם יודעים שכוונתו הייתה לפרוע את החוב – התובע נאמן, במיגו שהיה אומר שקיבל את הכסף כמתנה ולא כפירעון.

במקרה זה, המיגו מועיל לתובע להוציא ממון, כיוון שלתובע יש ראייה כשרה – שטר, והמיגו הוא סימן שלנתבע אין ראייה נגדית, כיוון שהעדים לא יודעים לומר בוודאות שנתנית הכסף הייתה עבור החוב שבשטר.

2. חוששים ליורשים, ללקוחות ולערב

שיטת הרמב"ם היא שבכל מקרה שהמוריש היה יכול להיפטר בטענה, גם יורשיו פטורים. כפי שנטען לעיל, טעם הדבר הוא, שגם המוריש לא נפטר בשל טענתו, אלא מפני שלתובע לא היו ראיות מספיקות, ומכאן שהיורשים פטורים מאותה הסיבה. כך כותב הגר"ש שקאפ –

ודוגמא אחת נביא בזה, דמצינו דטענינן ליורשים טענה שהיה אביהם יכול לזכות על ידי מיגו, כמו החזרתי (=את הפיקדון) מיגו דנאנסה... דכיון שהיה בכח אביהם לזכות בדבר על ידי אמירה גרידא בלא ראייה ועדים מן החוץ, חשבינן הדבר כבר בחזקתו, ואין הדבר צריך בירור וסגיא כטענה בלא בירור, דהכלל הוא, שהמוציא מחברו עליו הראיה, ומשום הכי טענינן ליורשים בלי שום ראייה והוכחה, ואכמ"ל.⁴³

41. פירוש המשניות להרמב"ם שביעית י, ה.

42. רמב"ם מלוה יד, ט, וכן שמיטה ט, כו.

43. שערי יושר ב"מ סימן ה.

כלומר, כיוון שהממון בחזקת היורשים והתובע לא הביא ראיה מספיקה, היורשים אינם צריכים להוכיח את זכותם, והם נפטרים בלא טענה.⁴⁴

ש מא ולא טענינן

יש לציין, שכאשר הרמב"ם כותב שהיורשים פטורים, הוא מנמק זאת בכך שיש חשש "שמא" אירע כך וכך, ולא בכך ש"טוענים ליורש". השימוש בנימוק "יש חשש שמא", מעיד על כך שהרמב"ם לא רואה צורך בתקנה כדי לפטור את היורשים מתשלום, אלא סובר שישנו ספק לבית הדין גם ללא תקנה.

ש מא פרוע

הרמב"ם כותב שאין גובים מיורשי לווה כאשר יש חשש שמא הלווה פרע בחייו –

...אם באו עדים שהיה חייב לזה מנה או בפנינו הלווה, אינו גובה מן היורש כלום, שמא

פרעו, שהמלוה את חבריו בעדים אין צריך לפרעו בעדים...⁴⁵

הרמב"ם⁴⁶ מתנסח באותו אופן גם כאשר ערב של הלווה תובע את יורשי הלווה. כך כותב הרמב"ם⁴⁷ גם בעניין טריפה מלקוחות.⁴⁸

ש מא מזויף

בניגוד לתוספות, שכותבים שלא טוענים עבור יתומים 'מזויף', כותב הרמב"ם שחוששים שמא השטר שהוצא כנגד היורשים מזויף –

יורש קטן שהיה שט"ח לאביו ויצא עליו שובר אחר מיתת אביו – אין קורעין את השטר ואין מגבין בו עד שיגדלו היתומים, שמא שובר זה מזויף הוא ולפיכך לא הוציאו הלוה בחיי אביו.⁴⁹

כלומר, גם בעניין טענת מזויף, אין הבדל בין נתבע שטען כך, ליורשיו שלא טענו כך, ובית הדין חשש לכך עבורם.

ש מא נמחל

בעניין אלמנה התובעת מזונות ללא כתובה, כותב הרמב"ם –

אלמנה שאין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אין לה מזונות, שמא מחלה כתובתה או מכרה או משכנה אותה, ואע"פ שלא טען יורש – אנו טוענין לו, ואומרים לה: הביאי כתובתיך והשבעי וטלי מזונות, אלא אם אין דרכם לכתוב כתובה.⁵⁰

44. חשוב להעיר שקצות החושן (עה, טז; קלג, ז) הבין את הרמב"ם בדיוק להיפך, ולדבריו, היורש פטור מפני תקנת חכמים. אולם, לענ"ד מהראיות המובאות לקמן ניתן להבין גם אחרת.

45. רמב"ם מלוה יא, ו.

46. רמב"ם מלוה כו, ו.

47. רמב"ם מלוה טו, ו.

48. ברוח זו טען הש"ך (חור"מ לט, כד) שלדעת הרמב"ם, אם נתבע נאמן לטעון 'פרוע' כנגד פסק דין, גם יורשיו פטורים.

49. רמב"ם מלוה יז, ח.

כאן מדובר בירוש הנתבע, ולכן מובן מדוע הרמב"ם השתמש בנימוק "שמה מחלה", כיוון שבית הדין עצמו מסופק בעניין. הרמב"ם הוסיף ש"אנו טוענים לו", ומבהירים לאלמנה את התנאים לקבלת המזונות.

ש מא מכר

בעניין התובע את חברו בטענה שקנה רכוש שנגנב מהתובע כותב הרמב"ם –

היה בעל הבית עשוי למכור את כליו ולא היו מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אע"פ שיצא לו שם גניבה בעיר והוכרו כליו אינו מחזירן מיד הלקוחות שמה הוא מכרן לאחרים.⁵¹

כלומר, יש צורך שהתובע יביא ראיה שהרכוש המדובר נגנב מהתובע, ולא, יש חשש שמה התובע מכר את הרכוש, למי שמכר לנתבע.

טענת שלי

הרמב"ם כותב –

היה (=החפץ שנמצא) בתוך הכותל מעות או לשונות של זהב שאין שם מוכיח, מחציו ולחוץ של מוצא, מחציו ולפנים של בעל הבית. ויראה לי שאין הדברים אמורים אלא בשטען בעל הבית שהמטמון שלו או שהיה יורש, שאנו טוענים לו שמה של אביו הן, אבל אם הודה שהן מציאה הרי הן של מוצאן...⁵²

כלומר, אין הבדל בין התובע את המוצא, ליורשו. התובע זוכה בטענה שהחפץ שלו, וגם היורש זוכה, כיוון שהאבדה נמצאה בכותל היורשים, אי אפשר להוציא מהם ממון ללא ראיה.

טענת מציאה או מתנה

במקרה אחד בלבד נראה שהרמב"ם מחייב יורשים כאשר המוריש היה נפטר בטענה, אולם מקרה זה שונה באופן מהותי מהדינים הרגילים.

בגמרא⁵³ נאמר שכאשר התובע טוען שהוא הפקיד אצל אדם שנפטר חפץ ונתן סימנים, והנפטר אינו אמוד להיות בעלים על חפץ כזה – מוציאים אותו מיד היורשים. התוספות קובעים שאילו המוריש היה חי והיה טוען שקיבל את החפץ במתנה – הוא היה נאמן.⁵⁴

50. רמב"ם אישות יח, כג.

51. רמב"ם גניבה ה, יא.

52. רמב"ם גולה טז, י"א.

53. כתובות פה, ב.

54. בעניין זה כתב הרי"ף (בבא מציעא כה, ב) –

ושמענין מיניה דאי אפקיד איניש גבי חבריה מידי ואית ליה סהדי דהאי מידי בעיניה אפקדיה גביה – שקיל ליה ואפילו מיתמי, ולית להו ליתמי למיטען. דילמא בתר הכי זבניה אבונן מינך, ואין הכי נמי דכי איתיה בחיים ולא יכיל למיטען דהדרית זבנתיה מינך.

הרמב"ם פוסק את הדין כך –

הפקיד אצל חבירו בעדים ובאו עדים שזה החפץ בפנינו הפקידו אצלו, אין השומר יכול לטעון ולומר חזרתי ולקחתיו ממנו או נתנו לי במתנה, לפיכך אם מת השומר מוציאין הפקדון עצמו מן היתומים בלא שבועה.

ולא עוד אלא מי שבא ואמר: כך וכך הפקדתי אצל אביכם, ונתן סימנין מובהקין ונמצא הפקדון כמו שאמר, והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד שזה הפקדון שלו – יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו, והוא שלא יהיה המפקיד רגיל להכנס אצל זה שמת. אבל אם היה רגיל ליכנס אצלו – שמא של אחר הוא והכיר הסימנין שלו...⁵⁵

מדברי הרמב"ם, שמפריד בין מקרה שבו יש עדים, לתביעת יורשים, שבה לא מזכיר עדים, עולה שהוא מבין שלמרות שאין עדים על ההפקדה, היתומים מפסידים. למרות שאם המוריש היה חי והיה טוען שהחזיר – הוא היה נאמן.

כך מבאר המגיד משנה את המקרה השני המובא ברמב"ם –

ובאורם לדעת רבנו שלא היו שם עדי פקדון כלל אלא שנתן סימנין מובהקין, והאב ידוע לדיין שלא היה אמוד, וזה התובע לא היה רגיל להכנס בבית המת, ובהתחבר שלשת ענינים אלו אמר שינתנו לו. ואפשר לדעתו שאלו היה האב קיים והיה טוען לקחתי, כיון שאין שם עדי פקדון וראה אין מוציאים מידו, אבל אין טוענין ליתומים...

כלומר, לדעת המגיד משנה, במקרה השני מדובר שלא היו עדים, ואילו היה המוריש חי היה נפטר בטענת 'לקחתי', בניגוד ליורשיו.

על מנת להבין מדוע דווקא במקרה זה יש הבדל בין נתבע ליורשיו, יש לעיין בהלכה אחרת שבה עוסק הרמב"ם במקרה זה –

...וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה, ונתן סימנין מובהקין, ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת – אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת – מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים. וכן כל כיוצא בזה, שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן, אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.⁵⁶

כלומר, הרי"ף הסיק מדברי הגמרא שבמקרה שבו יש לתובע עדים שהוא הפקיד את החפץ המדובר אצל המוריש, הוא מוציא אותם מידי היורשים. במקרה כזה, גם המוריש עצמו היה חייב להחזיר את החפץ, ולא היה יכול להיפטר בטענה כל שהיא. במילים אחרות, לדעת הרי"ף, גם במקרה זה אין הבדל בין היורשים למוריש – שניהם אינם נפטרים ללא הבאת ראיה. כך הבין הרמב"ן (כתובות פה, ב ד"ה חדא) את דברי הרי"ף.

55. רמב"ם שאלה ו, ד.

56. רמב"ם סנהדרין כד, א-ב.

כלומר, במקרה זה הדין נפסק למרות שאין לתובע ראייה, על פי אומדן דעתו של הדיין. בהמשך כותב הרמב"ם שבימינו אין דיין רשאי לדון על פי אומדן דעתו. במילים אחרות, גם במקרה היחיד שבו מבחין הרמב"ם בין מוריש ליורשיו, הדבר אינו מהווה חלק מדיני הראיות הרגילים, אלא דין המבוסס על אומדן דעת.

3. טוענים ליורשים

במספר מקרים נוקט הרמב"ם לשון "טוענים ליורשים". במקרים אלו יש צורך בתקנה שתפטור את היורשים מתביעה, כיוון שללא תביעה אין בית הדין נזקק לדון בעניין.

תביעת שבועת היסט

בעניין אדם אשר הוציא מבית חברו כלים באופן חשוד, ומת, כותב הרמב"ם –

אפילו מת זה שהכלי תחת ידו – מוציאין אותו מיד היורש בלא שבועה, שכיון שאין לאביו לטעון שלקחו או שהוא משכון כך אין זה יכול להשביעו, ואם טען היורש טענת ודאי, ואמר: בפני נתנו לאבי או מכרו לו, הרי בעל הבית נשבע היסט כשאר כל הנשבעין.

וכבר בארנו (טוען ונטען ח, א) שיש מי שהורה שישבע בעל הבית היסט ואחר כך יחזיר כליו מיד היורש, ואין דעתי נוטה לזה.⁵⁷

כלומר, לדעת הגאונים בית הדין תובע עבור היורש מבעל הבית להישבע היסט, אולם, הרמב"ם חולק על כך. דעת הגאונים בטענת ודאי מבוססת על תקנה, שהרי אין חיוב שבועת היסט ללא טענת ודאי. לעומת זאת, הרמב"ם, לשיטתו עד כה, סובר שיורש אינו זכאי ליותר ממה שאביו היה זכאי, ולכן כאשר היורש אינו תובע בטענת ודאי – הוא אינו יכול לדרוש מבעל הבית להישבע.⁵⁸

בשני מקרים, העוסקים בחיוב מזונות לאלמנה, כותב הרמב"ם שיש הבדל בין יורשים למוריש, לטובת היורשים. כלומר, במקום שבו המוריש היה חייב לשלם, היורשים פטורים. גם דין זה הוא בוודאי תוצאה של תקנה לטובת היורשים.

מזונות לאישה שבעלה הלך למדינת הים

כותב הרמב"ם –

יש מן הגאונים שהורה שאין פוסקין מזונות לאישה שהלך בעלה או שמת בעלה עד

57. רמב"ם טוען ונטען ט, ה.

58. לגבי חנווני שהצטווה על ידי מעסיק להאכיל את הפועלים, וטען החנווני שכך עשה, והפועלים טוענים שלא קיבלו, נפסק (רמב"ם מלוה טז, ה; שולחן ערוך חו"מ צא, א) ששניהם נשבעים ונוטלים. הרמב"ם (שם) הוסיף, שאם החנווני או הפועלים מתו, השני נוטל בלא שבועה. הש"ך (חו"מ צא, י) התקשה כיצד ייתכן שחנווני יטול בלא שבועה, הרי יורשי הפועלים יכולים לתבוע את המעסיק, ותירץ, שמדובר בפועל גר שאין לו יורשים. לאור האמור למעלה ניתן לתרץ, שלדעת הרמב"ם יורשי פועל אינם גובים מהמעסיק, כיוון שאינם תובעים בטענת ברי, וכשם שפועל אינו גובה בטענת שמא, כך גם יורשיו. במילים אחרות, מעמדם של היורשים הוא כשל המוריש, ולעניין תביעה, בוודאי שיש צורך בטענת ברי של התובע, או בראייה, ולכן יורשי תובע ללא ראייה – מפסידים.

שיהא שטר כתובה יוצא מתחת ידה, ואם לא תוציא שטר כתובה אין לה מזונות, שמא נטלה כתובתה מבעלה או מחלה לו כתובתה שאין לה מזונות, כמו שיתבאר. ויש מי שהורה שפוסקין לה מזונות בחזקת שלא נטלה ולא מחלה, ואין מצריכין אותה להביא כתובה, ודעתי נוטה לזה במי שהלך בעלה, הואיל ויש לה מזונות מן התורה.

אבל אם מת בעלה – אין לה מזונות עד שתביא כתובה, מפני שהיא אוכלת בתקנת חכמים, ועוד שניזונת מנכסי יורשים, ולעולם⁵⁹ טוענין ליורש.⁶⁰

כלומר, כאשר אישה תובעת שבית הדין יפסוק לה מזונות מנכסי בעלה שהלך למדינת הים – פוסקים לה, כיוון שחזקתה שלא מחלה ולא נטלה. לעומת זאת, אם מת בעלה של האישה אין פוסקים לה מזונות משתי סיבות:

1. מזונות לאלמנה הם דרבנן.

2. טוענים ליורשים.

במקרה זה, ברור שלדעת הרמב"ם יש תקנה לטובת יורשים, תקנה שאינה קיימת לטובת אדם שאינו כאן. ומכאן ההבדל שבין גבייה מנכסי מי שהלך למדינת הים, לגבייה מיורשיו.

מזונות לאישה שספק התגרשה

בעניין מזונות לאישה שספק התגרשה יש עדיפות ליורשים על פני המוריש, כפי שפוסק הרמב"ם –

האשה שהיה לה ספק גירושין ומת בעלה – אינה ניזונת מנכסיו, שאין מוציאין מיד היורש מספק, אבל בחיי בעלה יש לה מזונות, עד שתתגרש גירושין גמורין.⁶¹

נראה שגם במקרה זה יש תקנה לטובת היורשים, תקנה שלא קיימת ביחס למוריש.

4. ברי ושמא

הרמב"ם סובר שבברי ושמא – הולכים אחר ראיות וחזקות, ולא אחר טענות הצדדים. רק במקרה שבו אין ראיות ואין חזקות יש משמעות לטענות.

ספק למי התקדשה

בעקבות המשנה⁶² פוסק הרמב"ם –

אמר האב: איני יודע למי קידשתיה, ובא אחד ואמר: אני הוא שקידשתיה, נאמן אף לכנוס, ואינו צריך קידושין אחרים.⁶³

59. במקום אחד נוסף בלבד התנסח הרמב"ם (שלוחין ז, א) באופן זה – "ולעולם טוענין ליורש".

60. רמב"ם אישות יב, יח.

61. רמב"ם אישות יח, כה.

62. קידושין סג, ב.

63. רמב"ם אישות ט, יב.

במקרה זה, האישה היא בחזקת מקודשת, אלא שלא ידוע למי. ולכן, נאמן כל אדם לומר שהוא קידש את האישה, כיוון שבדבריו הוא אינו סותר חזקה.

לוויתי ואיני יודע אם פרעתי

הרמב"ם פוסק כך –

מנה יש לי בידך בודאי, והנתבע אומר כן היה לך בידי אבל איני יודע אם החזרתי לך או עדיין לא החזרתי לך – חייב לשלם. ולא ישבע התובע כלל אפילו שבועת היסט, מפני שהוא יודע בודאי שהוא חייב, והרי זה טוען אותו טענת ודאי ונסתפק אם נפטר או לא נפטר, וכן כל כיוצא בזה. אבל אם אין לו תובע והודה מעצמו ואמר גולתיך או הלוייתי מנה, אביך הפקיד אצלי מנה ואיני יודע אם החזרתי או לא החזרתי, אינו חייב לשלם, ואם בא לצאת ידי שמים חייב לשלם.⁶⁴

הרמב"ם מסביר שב'לוויתי ואיני יודע אם פרעתי' הנתבע חייב משום שמתקיימים שני תנאים:

1. החיוב ודאי, והפירעון מסופק – על פי הודאת הנתבע.

2. יש תובע.

לכאורה משמע, שגם לשיטת הרמב"ם יש לטענת התובע משמעות. אולם נראה שההסבר הוא שאילו לא הייתה תביעה היה הנתבע בגדר משיב אבדה, שפטור.⁶⁵

ד. סיכום ופסיקת ההלכה

התוספות סוברים שבית הדין מאמין לטענת אדם עבור עצמו, ולכן במקרים מסוימים אדם שהיה בחזקת חיוב על פי הראיות שהוצגו כנגדו, יכול להיפטר בטענה.

הרמב"ם סובר שטענה של אדם לטובת עצמו אינה פוטרת אותו, כיוון שבית הדין אינו מאמין לטענת אדם עבור עצמו. במקרים שבהם אדם נפטר בטענה הסיבה היא שלתובע אין די ראיות, ולכן כשהנתבע אינו מודה – הוא פטור.

גמלא פרחא

הדוגמה המובהקת ביותר היא עדים שהעידו על רצח שהתרחש במקום א' בבוקר, ובאו שניים ואמרו שאותם עדים היו עמם בערב של אותו יום במקום ב', ואין אפשרות להגיע ממקום א' למקום ב' בפרק הזמן האמור – הרי שהעדים הראשונים מוזמים, ובית הדין אינו חושש שמא הגיעו למקום ב' בעזרת גמל פורח.

על כך כותבים התוספות שאם העדים טוענים שהגיעו למקום ב' בגמל פורח – הם יינצלו ממוות, ואם ישתקו – ייהרגו.

64. רמב"ם טוען ונטען ה, ט.

65. רמב"ם טוען ונטען ד, ה.

במקרה זה, מדובר בדיני נפשות, שבהם אדם אינו נענש על פי הודאתו, ובכל זאת, כיוון שהעדים לא טענו שהגיעו בגמל פורח – הם ודאי זוממים, ונהרגים, ואם יטענו שהם פטורים – ייפטרו. בניגוד לכך, הרמב"ם מביא את הגמרא כפשוטה, שעל פיה במקרה כזה העדים לא ייפטרו בטענה.

נראה שהתוספות סוברים שבית הדין מאמין לטענת העדים, ולדעת הרמב"ם, בית הדין אינו מאמין לטענת העדים, וכיוון שיש ראיות כנגדם – הם חייבים.

1. מיגו

נחלקו הראשונים האם מיגו הוא ראיה לטובת הטוען, או שהוא סימן שלבעל דינו אין די ראיות. התוספות סוברים, לשיטתם, שבית הדין מאמין לכל טוען, ומאמין עוד יותר לאדם שנמנע מלומר בשקר טענה טובה, ובמקום זאת אומר טענה גרועה. לעומת זאת, הרמב"ם סובר שהעובדה שהטוען יכול היה להיפטר בטענה חלופית מוכיחה שלטובע אין ראיות מספיקות.

פסילת מיגו מטעמים סובייקטיביים

התוספות מניחים שמיגו הוא ראיה שהטוען אינו משקר, שהרי אילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה טובה יותר. ניתן לומר זאת, רק כאשר אין לטוען מעצורים נפשיים המונעים ממנו לטעון את הטענה העדיפה. גישה זו יושמה על ידי התוספות פעמים רבות.

ברוח זו פוסל הרא"ש מיגו מפני שרוב בני האדם אינם בקיאים בדין, ולא היו טוענים טענה חלופית מסוימת. השולחן ערוך⁶⁶ פסק כדעת הרא"ש אך לא מטעמו, ואילו הש"ך⁶⁷ חלק על הרא"ש.

בניגוד לכך, הרמב"ם אינו מזכיר בשום מקום שמיגו נפסל בשל מעצורים סובייקטיביים של הטוען. מיגו הוא סימן לכך שלטובע אין ראיות, ולפיכך, הנתבע ייפטר בכל מקרה שלא יודה.

מיגו כראיה

התוספות כותבים שמיגו, שאינו מיגו דהעזה, פוטר משבועה. לשיטתם מיגו, מהווה ראיה לטובת הטוען, הפוטרת אותו מלהישבע. הרמב"ם חולק על כך, וכך נפסק בשולחן ערוך.⁶⁸

הרמב"ם כותב שמיגו אינו מספיק בכדי להוציא ממון, שהרי לשיטתו מיגו כלל אינו ראיה. בתוספות מובאת דעה זו, ונראה שלדעת התוספות מיגו הוא אמנם ראיה, אך לא ראיה מספיקה בכדי להוציא ממון.

66. שולחן ערוך אה"ע קה, ב. כיוון שלדעת השולחן ערוך (סו, לה) מוחל שטר חוב מכור משלם את שווי כשעת המחילה, לפיכך, האישה אינה נאמנת לומר שמכרה שטר פרוע במיגו שהייתה מוחלת, כיוון שאילו הייתה מוחלת הייתה משלמת את שווי בשעת המחילה, הגבוה ממה שקיבלה כשמכרה את השטר.

67. ש"ך חו"מ סו, נו.

68. שולחן ערוך חו"מ עב, יז; צג, ב; רצו, א (במפורש).

הרמב"ן חולק על כך, וסובר שמיגו הוא ראייה מספיקה בכדי להוציא ממון. הרמ"א⁶⁹ מביא את שתי הדעות, והש"ך⁷⁰ פוסק שניתן לומר "קים לי" כדעת הרמב"ן, לאחר תפיסה. ריצב"א כותב שמיגו כנגד טענת שמא מספיק בכדי להוציא ממון, וזאת, למרות שהתובע לא מציג שום ראייה בפני בית הדין. כך פוסקים גם הש"ך⁷¹ ונתיבות המשפט.⁷²

שיטת הרמב"ן

לאחר שהוצגו שיטות הרמב"ם והתוספות ניתן להבין את שיטת הרמב"ן. הרמב"ן⁷³ כותב שמיגו דהעזה אינו פוטר משבועה, אבל הוא פוטר מממון –

דכי אמרינן התם ההוא מגו (=דהעזה) לאיפטורי ממונא, אבל לא אלים לאיפטורי משבועה...

ההיגיון שמאחורי קביעה זו הוא שכאשר התובע אינו מציג ראיות משכנעות – הנתבע פטור בכל מיגו. במקרה כזה המיגו הוא סימן להעדר הראיות המספיקות, והוא אינו ראייה, ולכן גם מיגו דהעזה מועיל. לעומת זאת, כאשר נטל הראייה מוטל על הנתבע, למשל, כאשר התחייב שבועה, הוא ייפטר במיגו שיהווה ראייה, ולא במיגו דהעזה.

במילים אחרות, הרמב"ן מקבל גם את שיטת הרמב"ם וגם את שיטת התוספות. לדבריו במקרים מסוימים אין צורך בטענה כדי להיפטר, די בכך שבעל הדין לא הביא די ראיות לזכותו. בחלק מהמקרים שבהם צריך אדם להביא ראיה לטובת עצמו, הוא יוכל להסתפק במיגו, כך למשל, במיגו להוציא. הש"ך⁷⁴ פוסק כדעת הרמב"ן.

2. טוענים ליורשים

נחלקו הראשונים מדוע פטורים היורשים במקרה שבו המוריש היה נפטר בטענה? הרמב"ם סובר שלא טענת המוריש הייתה פוטרת אותו, אלא העדר הראיות של בעל הדין, ומכאן שדין היורשים כדין המוריש – גם הם נפטרים מאותה סיבה. לעומת זאת התוספות סוברים שטענת המוריש הייתה פוטרת אותו, וללא טענה היה מתחייב, ומכאן שיש צורך בתקנה שתגן על היורשים שאינם טוענים דבר.

טענין

עצם המונח 'טענין ליתמי' או ללקוחות, המופיע בתוספות עשרות פעמים מרמז על כך שיש צורך לטעון עבור היתומים, ולא, היתומים יפסידו. את טענת היתומים מחליפה תקנת חכמים.

69. רמ"א חו"מ פב, יב.

70. ש"ך חו"מ צט, ט.

71. ש"ך חו"מ פב, כללי מיגו טז.

72. נתיבות המשפט פט, י.

73. חידושי הרמב"ן ב"מ ג, ב ד"ה חזקה, וכן שבועות מב, ב.

74. ש"ך חו"מ נח, יא; סב, ו; סד, ו; עב, נג; פא, עו; פב, לט; פט, ו; צג, ד.

בניגוד לכך משתמש הרמב"ם בנימוק "שמא..." כלומר, הראיות של התובע אינן מספיקות.

טענה שאינה שכיחה

תוספות סוברים שלא כל טענה 'טענין ליתמי', אלא רק טענות שכיחות. טענות שאינן שכיחות, כטענת מזויף בשטר וטענת נאנס בפקדון – לא טוענים ליורשים.

הרמב"ם, לשיטתו, מבין שהיורשים פטורים בכל מקום שאביהם היה נפטר בטענה, משום שלתובע אין ראיות מוצקות, ולבית הדין יש חשש "שמא...". אמנם, גם הרמב"ם סובר שיש מקרים שבהם מתקנים תקנה לטובת היורשים, המשפרת את מצבם ביחס למוריש.

בשולחן ערוך הובאו שתי הדעות לגבי טענת נאנס,⁷⁵ ודעת הרמב"ם לגבי טענת מזויף.⁷⁶ לגבי שטר שעדיין לא הגיע זמנו להיפרע, הרמב"ם⁷⁷ פוסק שדין לווה כדין יורשיו, ובשני המקרים גובה התובע בלא שבועה.

רבנו אביגדור כותב שרק כאשר הנתבע טוען ששטרו של התובע מזויף יש לקיימו מדאורייתא, אולם, כאשר הנתבע הלך לעולמו, התובע אינו חייב מדאורייתא לקיים את השטר בכדי לגבות מהיורשים, אלא רק מדרבנן. הסמ"ע⁷⁸ מביא את דברי רבנו אביגדור להלכה.

הש"ך⁷⁹ חולק על רבנו אביגדור. כמו כן, הש"ך פוסק כדעת הרמב"ם פעמים רבות,⁸⁰ פרט למקרים חריגים שבהם הטענה "אינה שכיחה כלל".⁸¹ את העובדה שיש מקרים שבהם דין היורש אינו כדין המוריש ניתן להסביר שהיורש פטור מתקנה ולא מעיקר הדין, ובטענה נדירה מאד חכמים לא תיקנו.

קצות החושן⁸² כותב שטוענים ליורש וקונה, אבל לא לקטן על ממון שלא ירש. משמע מדבריו שטענין ליורש היא תקנה לטובת יורש ממון מאחר או קונה ממנו. אם היורש היה פטור משום שאין צורך בטענה כדי להיפטר, הרי שדין קטן כדין יורש, שהרי שניהם אינם יכולים לטעון. העובדה שקצות החושן מבחין ביניהם מוכיחה שטור מתקנת חכמים.

נתיבות המשפט⁸³ כותב שטענין לקטן כשם שטוענין ליורש, כמו כן, כותב נתיבות המשפט⁸⁴ שטענה שכיחה טוענים כברי, וטענה שאינה שכיחה כטענת שמא. משמע מכאן שכדי להיפטר צריך לטעון טענה, וחכמים תיקנו שדינו של יורש יהיה כאילו טען.

75. שולחן ערוך חו"מ קח, ד.

76. שולחן ערוך חו"מ קח, טז.

77. רמ"א חו"מ עח, ב.

78. סמ"ע מו, ט.

79. ש"ך חו"מ מו, ט.

80. ש"ך חו"מ לט, ו; סב, טו; סה, יד; סט, כו; עח, יז; פב, לט; קו, ו; קח, ז-ח; קמו, ג; רצו, א; שסא, ד.

81. ש"ך חו"מ סב, טו; פא, ז; פא, סא.

82. קצות החושן קמט, ה.

83. נתיבות המשפט קלג, א.

84. נתיבות המשפט סט, יא.

טענת מציאה או מתנה

במקרה אחד בלבד נראה שהרמב"ם מחייב יורשים כאשר המוריש היה נפטר בטענה, אולם מקרה זה שונה באופן מהותי מהדינים הרגילים.

בגמרא נאמר שכאשר התובע טוען שהוא הפקיד אצל אדם שנפטר חפץ ונתן סימנים, והנפטר אינו אמוד להיות בעלים על חפץ כזה – מוציאים אותו מיד היורשים. התוספות קובעים שאילו היה המוריש חי והיה טוען שקיבל את החפץ במתנה – הוא היה נאמן.

מהרמב"ם עולה שהוא מבין שלמרות שאין עדים על ההפקדה, היתומים מפסידים. וזאת, בשעה שאם המוריש היה חי וטוען שהחזיר – הוא היה נאמן. נראה שהסיבה היא שבמקרה זה הדין נפסק למרות שאין לתובע ראיה, על פי אומדן דעתו של הדיין, ולא על פי דיני הראיות הרגילים, ובמקרים כאלה יש משמעות לטענת הנתבע.

3. ברי ושמא

במקרה אחד בלבד פוסק הרמב"ם שברי נגד שמא – ברי עדיף, וזאת באדם שטוען שקידש את בתו ואינו יודע למי, ובא אדם וטען שהוא אשר קידש את הבת – נאמן. במקרה זה הטוען אינו משנה את מעמדה של האישה; היא בחזקת נשואה בעקבות דברי אביה. הטוען רק קובע שהוא הבעל.

ברי מול שמא גרוע

בתוספות נדונה שיטת רב יהודה, שסובר שברי ושמא – ברי עדיף, מסקנת התוספות היא שגם לשיטה שברי ושמא – ברי עדיף, אם הנתבע טוען שמא, ויש הוכחה שהוא אינו יודע – הוא פטור. כאשר מסתבר שהנתבע היה צריך לדעת, והוא טוען שמא – ברי עדיף. **נתיבות המשפט**⁸⁵ מיישם את הבחנתם של התוספות במספר מקומות שבהם יש לטוען ברי וגם חזקה. כך למשל ביאר נתיבות המשפט⁸⁶ מדוע כאשר הנתבע מודה שלוה ואינו יודע אם פרע הוא חייב – כיוון שטענת השמא שלו גרועה, והוא בחזקת חייב.

ברי וחזקה או מיגו מול שמא וחזקה

ר"י סבר בתחילה שבברי וחזקה מול שמא וחזקה – ברי עדיף, כפי שנאמר בגמרא, אולם, חזר בו. הרא"ש פסק זאת להלכה, וכך פסקו גם הש"ך⁸⁷ וקצות החושן⁸⁸.

85. **נתיבות המשפט עח**, א; נט, א; נה, ה.

86. **נתיבות המשפט עה**, ז.

87. **ש"ך (ח"מ עה, כז)** בביאור לויתאי ואיני יודע אם פרעתי; **ש"ך (ח"מ צא, יב)**, בנימוק לטענה שחנווני על פנקסו גובה מדאורייתא, כיוון שטוען ברי ויש לו חזקת שליח עושה שליחותו מול טענת שמא של המעסיק וחזקת ממון. כמו כן, **הש"ך (ח"מ פב, לט)** כתב שמיגו וברי של התובע גוברים על שמא של הנתבע. כך נראה גם מדברי **הש"ך (ח"מ רלב, טו)** בעניין מלווה שטען שקבל כסף מזויף כפירעון, והלווה טוען שאינו יודע איזה כסף נתן.

88. **קצות החושן (נט, א)** פוסק שתובע בברי עם חזקה גובר על נתבע שטוען שמא. הוא כותב גם (עח, א) כותב שנתבע הטוען שמא פרעתי תוך הזמן חייב לשלם, כיוון שחזקת 'אין אדם פורע תוך זמנו', וטענת ברי של תובע גוברת על שמא של נתבע. **קצות החושן (קלג, ז)** פוסק שמיגו וברי גוברים על טענת שמא של נתבע.