

שכנגדו נשבע ונוטל / ה.

תוכן:

א. אפשרויות בהבנת תירוצי התוס'

ב. הבנת התומים בדברי התוס'

ג. הבנת האחרונים

ד. קושיית האחרונים משניהם חשודים ומו"מ בדברי הרמב"ם בזה

ה. ביאור דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם

ו. ביאור דברי התוס' והריטב"א

א. אפשרויות בהבנת תירוצי התוס'

הגמ' אומרת (ה.):

"ההוא רעיא דהוו מסרי ליה כל יומא חיותא בסהדי, יומא חד מסרו ליה בלא סהדי, לסוף אמר להו: לא היו

דברים מעולם. אתו סהדי אסהידו ביה דאכל תרתי מינייהו. אמר רבי זירא: אם איתא לדרכי חייא קמייא -

משתבע אשאר. - אמר ליה אביי: אם איתא משתבע? והא גזלן הוא! - אמר ליה: שכנגדו קאמינא".

והקשו התוס' (ו"ה שכנגדו) "מאי שנא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאינו

יכול לישבע משלם כדאמר גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא". ותירצו: "דהכא אי אמרינן משלם לא שבקת

חיי לכל בריה דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו. ועוד דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא אית

לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחו ולכך לא ישלם".

ולכא' מתירוצם הראשון של התוס' משמע דמעיקר הדין גם בסוגיין היה צריך להיות הדין דמתוך שאינו יכול

לישבע משלם, אלא שמשום לא שבקת חיי היקלו עליו להטיל שבועה על שכנגדו. ונמצא שמה שנוטל הממון

לאחר שישבע היינו מעיקר דין תורה ואין זו תקנה שיטול. מתירוצם השני 'דהכא הוא ברצון ישבע אם נניחו

ולכך לא ישלם', לעומת זאת, משמע דבסוגיין מעיקר הדין אין דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא

דעבדינן תקנתא לתובע שיוכל ליטול ע"י שבועתו, והוי שבועת הנוטלין.

אולם ניתן לפרש דבריהם באופן אחר, שבתירוצם השני לא נתכוונו שאין כאן דין מתוך שאינו יכול לישבע

כלל, אלא תקנה עשו לו לנתבע דמאחר שהוא רוצה לישבע ואנו אין מניחים אותו, ישבע שכנגדו ויטול, ולעולם

מדין תורה אף בלא שבועה זו יכול השני ליטול, דסוף סוף חשוד זה הרי הוא אינו יכול לישבע וכל שאינו יכול

לישבע משלם. וגם בתירוצם הראשון ניתן לפרש דחשש זה דלא שבקת חיי לכל בריה, הרי הוא מפקיע את

חיוב התשלומין בזה, דכל הבא לטעון על חשוד זה, חשוד הוא לפנינו כמי שרוצה להערים וליטול ממון החשוד

ע"י שידוע כי חשוד זה אינו יכול לישבע. ואע"פ שגם לפירוש זה נמצא שמעיקר הדין יש כאן חיוב תשלומין,

מ"מ החשד הוא גם על התובע ולא רק מצד תקנת הנתבע גרידא.

ויש כמה נפ"מ בהבנות אלו, כגון במציאות שבה הנתבע אינו יכול לישבע משום שהוא חשוד, אך גם התובע

אינו יכול לישבע משום שטענתו טענת שמא היא, האם נאמר דחייב לשלם או שפטור מאחר שהתובע ג"כ לא

יכל לישבע. וכנידון הרמב"ם (טוען ונטען ב, ד) שהיה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב, ושכנגדו אינו

יכול לישבע שהרי אינו יודע בודאות שהשומר פשע. דין זה תלוי בהבנת תירוצי התוס', שאם נאמר שלתירוצם

הראשון אמרינן לא שבקת חיי משום תקנת הנתבע גרידא, הלא בנ"ד שגם התובע אינו יכול לישבע, יש לפנינו

גם תקנת התובע, ונחזור לעיקר הדין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם. אולם אם ע"י לא שבקת חיי אנו חושדים

לכל הבא לפנינו שמא נוטל שלא כדין, אזי גם בנ"ד שייכת תקנה זו, שיבוא כל אחד לטעון את החשוד בטענת

שמא, וע"י כן יוציא הימנו ממונו, ועל כן נאמר שאינו חייב בתשלומין מאחר שגם התובע לא יכל לישבע. וכמו כן אם נאמר שלפי התירוץ השני מעיקר הדין אין על חשוד זה חובת תשלומין מאחר שהוא ברצון ישבע, אזי במקום שהתובע אינו יכול לישבע משום שטענתו טענת שמא היא, לא יטול בלא שבועה, שהרי אין כאן דין מתוך ורק תקנתא עבוד רבנן שישבע ויטול ומאחר שאינו נשבע אינו נוטל. אולם אם נאמר שגם לתירוץ זה מעיקר הדין ישנה חובת תשלומין, אלא שתקנה עשו לו לנתבע מאחר שהוא רוצה לשלם וחייבו התובע בשבועה, אם אינו יכול לישבע משום שטוען שמא, אפשר שיוכל ליטול הממון אף בלא שבועה דנחזור לעיקר הדין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם.

וכבר מצינו שהראשונים נחלקו בדין זה, כי הרמב"ם (טוען ונטען ב, ד) פסק שאם טוען שמא, אינו נוטל מאחר שאינו יכול לישבע. ואילו הרמ"ה (הובאו דבריו בטור סי' צב סע' יב) פסק דבכהאי גוונא הדר דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ונוטל בלא שבועה. ולכאורה דבריהם תלויים בצדדי הבנת תירוצי התוס' הנ"ל, שלפי הרמב"ם מעיקר הדין אין דין מתוך שאינו יכול לישבע בחשוד, או ששייכת תקנת לא שבקת חיי אף בטוען טענת שמא, ומש"ה לא יטול. לשיטת הרמ"ה מנגד מעיקר הדין יש דין מתוך בחשוד, אלא שתקנה עשו לו לנתבע לחייב התובע שבועה, וכשאינו יכול לישבע חזר הדין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם. או דס"ל שכל תקנת לא שבקת חיי היא תקנה לנתבע, וכשטוען התובע שמא (כה"ג דהחשוד הוי שומר) אין תקנה כל כך מאחר שאין זה נפוצ, וגם יכול החשוד למאן לקבל עליו שמירה, ומאחר שקיבל השמירה, לגרמיה עבד, וליכא תקנתא משום לא שבקת. ומש"ה הדר דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם (ושוב ראיתי בשו"ת בית אפרים (חור"ם סי' ט) שעמד בזה וכתב להוכיח מדברי הרמ"ה הללו דלא אמרינן בכהאי גוונא לא שבקת חיי, משום שהיה יכול לסרב לקבל השמירה ולא דמי לשאר מלוים שלא ניתן לומר שלא ילכו כלל. אולם אליבא דהתוס' ניתן לומר כן, ואף בדעת הרמב"ם שפיר איכא למימר הכי. וגם בעיקר תליית מח' זו, נראה שאין הכרח גמור לומר כן וכפי שיבואר להלן בדעת הרמב"ם).

והב"ח (צב, יב) כתב דלפי התירוץ הראשון של התוס' דמשום לא שבקת חיי אתינן עלה, בשומר ליכא למימר הכי דמה לו לקבל שמירה ומש"ה ישלם. ולפי האמור אפשר דאף לתירוצא קמא, מאחר שהפקיעו חז"ל את חובת השבועה מן הנתבע משום לא שבקת, הרי הם חשדו לכל הטוען שמא משקר הוא (דאל"כ כל חד יבוא ויטעון החשוד בשמא באופן של שמירה וכיו"ב דמחייבו שבועה), וכיון שתובע זה אינו יכול לישבע, אינו נוטל.

ב. הבנת התומים בדברי התוס'

התומים (צב, י) כתב לפרש דברי התוס', דלעולם מעיקר הדין ליכא דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם בחשוד, כיון שהוא צועק שרוצה לישבע, והיאך נאמר דמתוך שאין אנו רוצים בשבועתו נחייבנו ממון. גם לתירוצם הראשון של התוס' שהטעם הוא משום לא שבקת חיי, אין כוונתו דמעיקר הדין חייב לשלם, אלא מעיקר הדין פטור הוא, אלא שקנסוהו רבנן לחשוד שיהא בגדר מתוך שאינו יכול לישבע משלם. אלא שהקשו התוס' דמאחר שתיקנו כן, היה להם לתקן עוד שיהא כנגדו נוטל בלי שבועה כשאר דין מתוך שאינו יכול לישבע, ועל זה תירצו דלא רצו לתקן כן משום תקנת החשוד, או משום שצועק הוא שרוצה לישבע ועל כן תיקנו שכנגדו ישבע.

אולם לכאורה דוחק גדול לפרש כן את דעת התוס', שהרי כל קושייתם היא אמאי לא אמרינן בחשוד דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם כבשאר דוכתא אלא תיקנו שכנגדו ישבע. ואם איתא דסבירא להו מעיקר הדין דבחשוד ליכא דין מתוך שאינו יכול לישבע וכבר הניחו כן בקושייתם, מאי קשיא להו כלל, הלא לא דמי כיון שהחשוד רוצה לישבע. ועוד דמנא לן לחדש דתיקנו חכמים לקונסו לחשוד שיהא בו דין מתוך, וע"י כן נקשה אמאי בפועל לא מצינו שמחייבים אותו אלא משביעים שכנגדו, הלא עדיפא לן למימר דמעולם לא תיקנו כן,

אלא אין בו דין מתוך כלל משום שרוצה לישבע, ורק תיקנו שיוכל התובע ליטול בשבועה. דבר זה לא דומה למקום דאינו יכול לישבע ויש בו דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם דלא תיקנו בו עניין שבועת שכנגדו, משום דבלא"ה נוטל מעיקר הדין. אלא ע"כ נראה דבקושייתם הבינו התוס' דמעיקר הדין יש כאן דין מתוך וצריך לשלם ורק תיקנו בזה שבועת שכנגדו, ועל כן תירוצם הראשון דלא שבקת חיי היינו תקנתא לנתבע להפקיעו מדין מתוך, ולא שמעיקר הדין פטור.

ומה גם שאף אם נאמר כדברי התומים שמעיקר הדין פטור אלא שקנסינו ליה דיהא בגדר מתוך, תמוה מהו שהקשו התוס' שיתקנו שיטול התובע בלא שבועה משום קנסא דקנסינו ליה. דנהי דקנסינו ליה דיוכל התובע ליטול בשבועה, אך מהיכא תיתי דצריך לקונסו שיטול אף בלא שבועה, עד שיבואו התוס' להקשות אמאי הצריכו שבועת שכנגדו, הלא דבר ברור הוא מסברא דמאחר שמעיקר הדין פטור הוא מתשלומין, לא נוציא הימנו הממון בכדי אלא רק ע"י שבועת התובע. ומדהקשו התוס' בפשיטות דנימא מתוך וכו' ולא נשביע שכנגדו, ע"כ לומר דס"ל בקושייתם שמעיקר הדין ישנה חובת תשלומין על הנתבע כשאר דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ורק בתירוצם השני דהחשוד רוצה לישבע, ניתן לחדש דס"ל שעל ידי טענה זו אינו בכלל דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם ופטור הוא מעיקר הדין.

ג. הבנת האחרונים

האחרונים (עי' בחי' הגר"ט ס' קמב ועוד) תלו את תירוצי התוס' בהבנת גדר חיוב שבועה - האם שבועה חובת ברור היא או חוב היא כשאר חובות דעלמא. לפי התירוץ הראשון העוסק בטענת לא שבקת חיי, נראה דהשבועה חובת ברור היא, ומאחר שכך הוא, כל שהנתבע אינו מברר חלה עליו חובת תשלומין, וכיון שנתבע זה חשוד הוא, אין בכחו לברר ומש"ה חייב מעיקר הדין בתשלומין, אלא שתיקנו שבועת שכנגדו משום דלא שבקת חיי לכל בריה. אך לתירוצם השני דאתינן עלה משום שהחשוד ברצון ישבע אלא שאנו אין מניחים אותו, נראה שהשבועה היא כחוב דעלמא המוטל עליו, ומשום הכי מאחר שהוא יכול לשלם חובו על ידי שישבע, אף שאנו איננו מאמינים אותו, מ"מ הרי הוא יכול לקיים חובו, ולא ניתן לחייבו בתשלומין, ועל כן מעיקר הדין אינו חייב, אלא שתיקנו שבועה לשכנגדו שישבע ויטול.

ובעיקר הבנה זו דהשבועה חוב הוא כשאר חובות דעלמא לכא' תמוה דמהיכא תיתי לומר כן, הלא ברור הדבר שהשבועה באה כדי לברר הדין עם מי ואין זה חוב גרידא כשאר תשלומין, וא"כ מהו זה שנאמר דאף אם שבועתו אינה מבררת מ"מ נשבע.

אך נראה דודאי מטרת השבועה נועדה לברר האמת, אך אופן חיובה אפשר שהוא כתורת חוב. כלומר, חיוב השבועה אינו חיוב להוכיח צדקתו ועד שלא יוכח אחרת חייב הוא בתשלומין, אלא כדי להוכיח צדקתו חייבתו תורה לישבע. ועל כן כשישבע הרי קיים חיובו, ואף אם הב"ד אינו מקבל את שבועתו כאמת וכהוכחת צדקתו, משום דחשוד הוא לפנינו, מ"מ הרי קיים חובו והוכיח צדקתו על ידי השבועה כחיוב דין תורה, רק שהב"ד החליט שאין זה ברור מספיק ואין אנו מאמינים אותו, ואין בזה בכדי להפקיע שבועתו שהרי חובתו מן התורה נתקיימה אף שמטרת השבועה לא נתקיימה בזה. כיוון שכן, אם החשוד רוצה לישבע לא ניתן לומר שלא קיים חובתו וצריך לשלם, דהא יכול הוא לקיים חובו. ומש"ה מעיקר הדין אינו חייב בתשלומין אלא תיקנו שבועה לשכנגדו. ותורף הדברים הם, שיתכן שמצד גרדי הדין הנתבע קיים את הדין, אך מטרת חובתו לא נתקיימה (וכהאי גוונא מצינו גם בשאר דיני תורה), שאמנם נשבע אך שבועתו לא ביררה המציאות כיון שאינו נאמן, ומש"ה ראו לתקן שבועת שכנגדו.

אולם לפי זה נמצא שתירוצי התוס' נחלקו בהבנת גדר השבועה, וקצת דוחק הוא להעמיד כן דברי התוס', שהרי לא רמזו לזה כלל, וכתבו תירוצם השני בלשון "ועוד" דמשמע שמוסיף הוא על תירוצם הראשון דלא רק משום

תקנתא לא נחייבו אלא אף מעיקר הדין משום טענתו. ודוחק לומר שחידשו בזה הבנה שונה בגדר השבועה בשונה מתירוצם הראשון, כאשר הם לא דיברו אלא על אופן טענות הנתבע וחידשו שיש לנו לקבל טענתו, ולא דיברו על עיקר השבועה בזה. ומ"מ בגדר האפשר הוא.

ד. קושיית האחרונים משניהם חשודים ומו"מ בדברי הרמב"ם בזה

והנה מדברי התוס' בתירוצם השני, משמע שמעיקר הדין חשוד על השבועה אין בו דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכמו שהבינו בדבריהם התומים והגרנ"ט הנ"ל, וכמו שנתבאר לעיל (אות א) באחד האופנים בהבנת דבריהם. אולם לכאורה יש לתמוה על תירוץ זה מדברי הגמ' בשבועות שבמשנה (מה). נאמר: "היו שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה". ופליגי אמוראי (שם מז). האם חזרה שבועה להר סיני או חזרה למחוייב לה, דרב ושמואל אמרי חזרה שבועה להר סיני, ור' אבא אמר חזרה שבועה למחוייב לה. ונמצא דלמ"ד חזרה שבועה למחוייב לה (והכי ק"ל), בשניהם חשודים אמרינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם. והלא חשוד זה צווח שרוצה לישבע אלא שאין אנו מניחים אותו, ולפי דברי התוס' (בתירוצם השני) מאחר שהוא רוצה לישבע ליכא למימר ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואמאי אמרינן חזרה שבועה למחוייב לה. וכבר עמד בקושיה זו החזון איש (חו"מ סי' ט ס"ק י), והוכיח מזה שלא כהבנת האחרונים הנ"ל, ולכן פירש דברי התוס' דלעולם מעיקר הדין חייב הנתבע בתשלומין, אלא שמאחר שהוא רוצה לישבע, תיקנו שבועה לשכנגדו כדי להפסיק דעתו, ע"ש. ואמנם לא נפטרנו בזה מחובת היישוב, דאף שאמת ונכון הדבר דבלשון התוס' ניתן לפרש כדברי החזון איש דלא תיקנו שבועה זו אלא כדי להפסיק דעתו של הנתבע (אף שיש לצדד בזה), ולעולם מעיקר הדין יש חיוב תשלומין כשאר דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. מכל מקום מצינו להריטב"א בחידושי לכתובות (פח). שכתב במפורש שחשוד על השבועה אינו חייב בתשלומין מעיקר הדין ולכן אם תפס התובע בלא שישבע שבועת שכנגדו מפקינן מיניה:

"ודוקא באותם שהחמירו עליהם חכמים בשבועה שדינם מן התורה ליטול בלא שבועה, אבל שכיר ונגזל ושכנגדו חשוד על השבועה שאין דינם מן התורה ליטול אפילו בשבועה" ורבנן עשו להם תקנתא לישבע וליטול, אם נטלו שלא בשבועה מפקינן מיניהו".

ומעתה אכתי צריך ביאור דאם מעיקר דין תורה אין החשוד חייב בתשלומין, וכסברת התוס' דהוא רוצה לישבע אם נניחנו, היאך אמרינן דבשניהם חשודים חזרה שבועה למחוייב לה וישלם, הלא הוא רוצה לישבע ואנו אין מניחים אותו ואמאי ישלם. ומאחר דבלא"ה צריך ליישב סברא זו עם סוגיית הש"ס בשבועות, כבר אינו מן הנמנע לומר דאף התוס' בתירוצם השני סבירא להו כדברי הריטב"א הנ"ל, אלא שמ"מ צריך ליישב הסוגיות (ובעיקר דברי הריטב"א מצינו סתירה בדבריו וכפי שיבואר להלן בס"ד).

וכשנדקדק בדבר נמצא שיש להקשות כן גם לפי הרמב"ם, שהרי פסק (טוען ונטען ב, ד) דחזרה שבועה למחוייב לה:

"היו שניהם חשודין חזרה שבועה למחוייב לה שהוא הנתבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם".

ומיד לאחר מכן פסק:

"היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב, אין שכנגדו יכול לישבע וליטול שהרי אינו טוענו ודאי שאכלו.

לפיכך אם טען בעל הפקדון ואמר בפני שלח יד בפקדוני או פשע בו, הרי התובע נשבע בתקנת חכמים ונוטל".

ומבואר מדבריו דהיכא שהתובע אינו יכול לישבע משום שאינו יודע המציאות, לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ולכאורה מאחר דבשניהם חשודים אמרינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, ונמצא שהחשוד מחוייב שבועה דין תורה ויש בו דין מתוך, הכי נמי כשהאחד חשוד וחברו טוענו טענת שמא היה צריך להיות הדין כן, דאע"פ שהתובע אינו יכול לישבע, מכל מקום לא גרע מהיכא דשניהם חשודים דאין התובע נשבע

וחזרה שבועה למחוייב לה, והכי נמי נימא דחזרה שבועה למחוייב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואמאי לא פסק כן.

ולכאור' זוהי סברת הרמ"ה שהובא בטור (סי' צב והו"ד לעיל) לחייב את השומר החשוד בתשלומין אף שאין כאן אלא טענת שמא, דסוף סוף אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכדמצינו בשניהם חשודים דחזרה שבועה למחוייב לה. ואף דלעיל (אות א) נתבאר דלהרמב"ם הכי טעמא דפטור, משום דמעיקר הדין אין חשוד על השבועה חייב בתשלומין מעיקר הדין וליכא ביה דין מתוך, היא גופא קשיא דמסוגיית הגמ' (בשבועות מז.). מוכח דאף בחשוד אמרינן דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכמו שהקשה החזו"א אליבא דהתוס'. ואף אי נימא שהרמב"ם סובר דאמרינן לא שבקת חיי אף בשומר ומש"ה פטור, הלא אין חילוק בזה בין שניהם חשודים לשומר דנימא דבשניהם חשודים לא אמרינן סברת לא שבקת ובטוען טענת שמא אמרינן סברא זו, דהלא שני מציאותיות אלו אינן שכיחות, ואי חיישינן לטענת שמא ניחוש אף לשניהם חשודים.

אולם יש לפרש דלהרמב"ם מעיקר הדין החשוד חייב בתשלומין אף שרוצה לישבע, ומש"ה בשניהם חשודים חזרה שבועה למחוייב לה, אך באחד חשוד וחברו טוען שמא, אף שמעיקר הדין גם בנידון זה יש לחייב החשוד בתשלומין, יש לומר דפטרוהו, משום דטענת התובע שמא היא, ואחר שכך הוא ראוי לתקן שאם אינו נשבע לא יטול, שהרי ישנו צד ברור לפנינו שאין הנתבע חייב, דהרי הוא טוען בודאי שלא פשע, וגם חברו אינו מכחישו אלא רק מיחש חייש שמא פשע, ועל כן ראו לנכון לתקן שלא יטול בלא שבועה, ולא דמי להיכא דשניהם חשודים שהתובע טוען טענת ברי דהנתבע חייב לו, ולכן אין עילה להפקיע בזה דין תורה דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, דאי משום שהתובע אינו יכול לישבע הלא גם הנתבע אינו יכול לישבע ומעיקר הדין השבועה מוטלת עליו ולכן החזירו לו שבועתו, משא"כ בטענת שמא דמלבד שאינו יכול לישבע גם אין טענתו ברורה, ולכן לא חייבו הנתבע בתשלומין.

הן אמת שקצת מן הדוחק ישנו בביאור זה, משום דאע"פ שמסברא ניתן לומר כן, מכל מקום כל עוד לא מצינו שחז"ל יאמרו כן בפירוש, מהיכא תיתי לחדש כן דרצו בתקנת הנתבע משום שטענת התובע שמא היא, ויש לנו לחזור לעיקר דין תורה דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולפום ריהטא לא מצינו מקור מפורש בש"ס לדין זה, וכמו שכתב המגיד משנה (שם), שדין זה לא נזכר בש"ס בביאור. ע"ש. וא"כ מנא ליה להרמב"ם לחדש כן. ומ"מ צ"ל דהוציא כן הרמב"ם מאחת מסוגיות הש"ס. והמגיד משנה כתב שלמד כן הרמב"ם ממה שאמרו בסתמא שכנגדו נשבע ונוטל, ולא אמרו שחזרה שבועה אלא בשניהם חשודים. והוציא מזה דבשאר דוכתא לא חזרה שבועה למחוייב לה. וצ"ב. ומכל מקום לפי האמור נמצא שאין הכרח לפרש דברי הרמב"ם ע"פ צדדי ההבנות בתוס' שנתבארו לעיל (אות א). ודו"ק.

ה. ביאור דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם

ונהדר אנפין לסברת התוס' והריטב"א הנ"ל, שאע"פ שבדעת הרמב"ם ניתן לבאר דס"ל דמעיקר הדין יש בחשוד דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, מ"מ בדברי הריטב"א מפורש להדיא שאין שכנגדו נוטל מדין תורה ואפילו בשבועה, והיאך נכלכל דבריו אם סוגיית הש"ס דבשניהם חשודים חזרה שבועה למחוייב לה. ותחילה נראה שכדי לבאר דברי התוס' צריך להבין את עיקר דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, עיקרו וגדריו, וע"פ זה יש לצדד האם בחשוד שייכת חובה זו או לא. והנה בגמ' (בשבועות מז.) הכי איתא:

"אמר רבא כותיה דר' אבא מסתברא דתנן רבי אמי, שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין. היכי דמי אילימא דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשינן אית ליה וחמשינן לית ליה, מה לי הוא ומה לי אבואה, אלא לאו דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך, אמר ליה חמשינן ידענא וחמשינן לא ידענא, אי אמרת בשלמא אביו כהאי גוונא מחייב איצטריך קרא למיפטר גבי יורשין, אלא אי אמרת אביו כהאי גוונא נמי פטור קרא גבי

יורשין למה לי”.

ומבואר מדברי הגמ' דלמדנו מפטור היורשין היכא דאמרו לא ידענא, דבעל החוב עצמו מתחייב כשאומר כן, והיינו דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. אולם לכא' תמוה היאך הוציאו כן מקראי, והלא באורייתא לא כתיב אלא שבועת ה' תהיה בין שניהם, ומהיכא תיתי חובת תשלומין, עד שאמרו בפשיטות “אי אמרת בשלמא אביו כהאי גוונא מחייב”. והלא אינו חייב אלא שבועה ולא אמרו בזה חובת תשלומין. ונהי דאם נאמר דאין אביו חייב אלא שבועה, אזי אין משמעות לפטור היורשין משבועה זו, דבלא”ה אינן יכולים לישבע שהרי אינם יודעים המציאות, אך מהיכא תיתי לחדש חיוב תשלומין מכח זה, הלא סוף סוף אין מקור לכך. ולכל היותר ניתן ללמוד דאביו מחייב בשבועה כהאי גוונא, והם אינם חייבים בשבועה. ונימא דמבטל בזה האב דין תורה אם לא ישבע והם אינם מבטלים. אך חיוב תשלומין ליכא למילף מינה.

ולכן נראה דעיקר חיוב התשלומין היכא דאינו נשבע כבר כתיב באורייתא, דהכי כתיב: “שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, ולקח בעליו ולא ישלם”. ומדמפורש בקרא דשבועת ה' תהיה וכו' והתוצאה מכך היא “ולא ישלם”, משמע דאם לא היתה שבועת ה' בין שניהם הרי הוא צריך לשלם. דאם לא כן, אין צריך לומר דלא ישלם, שהרי אין דין זה תלוי בשבועה, דאף אם לא ישבע לא ישלם, אלא משמע דאם אינו נשבע משלם. ונמצא שחובת התורה בשבועה היא או לישבע או לשלם.

ולפי זה יש לומר שכל הנידון בגמ' האם כשאינו יכול לישבע משלם, הוא משום דסבירא לן דאפשר דכל מה שחייבו בקראי היינו היכא שאינו רוצה לישבע, שאז אין משמעות לחיוב התורה בשבועה אם כל אחד יכול לא לקיימה ולא לשלם ומש”ה חייבו הכתוב בתשלומין, כמי שהודה ולא נשבע, אך במקום שאינו יכול לישבע ואין זה משום שאינו רוצה לישבע, אפשר דלא חייבו הכתוב בתשלומין. ועל זה הוכיחו מדרשת שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין, דאי מיירי כשהיורש טוען טענת ברי, אזי אין שום סיבה לפוטרו מחיוב שבועה זו, דמה לי הוא מה לי אביו. אך אם טוען חמשין ידענא חמשין לא ידענא, ניתן לומר דהיורש שאין לו שום צד בדין זה ואינו בעל הדבר – פטרתו תורה מחיוב שבועה זו, וממילא נפטר גם מחובת התשלומין. אך אביו שהוא בעל הדבר, אי אמר חמשין ידענא חמשין לא ידענא, חייבתו תורה בשבועה אף שמה שאינו נשבע אינו משום שאינו רוצה אלא משום שאינו יכול, ומאחר שיש לו חובת שבועה בזה ממילא יש לו חובת תשלומין אחר שאינו יכול לישבע.

על כן למדנו דמי שאינו יכול לישבע משלם, ולא קאמרינן דיש ילפותא לחייבו בתשלומין, אלא שיש ילפותא לחייבו בשבועה וממילא מתחייב בתשלומין כדין מי שאינו רוצה לישבע. (ומח' הראשונים במי שלא הוה ליה למידע, היינו האם יורשין דוקא קאמרינן שאין להם צד בדבר כלל ומי שהיה מוטל עליו הדבר אף אם לא יכל לדעת חייב, או גם כל מי שאין ביכולתו לדעת בגדר יורשים הוא). ולפי”ז דברי הגמ' אתו שפיר. ודו”ק. (ויש לצדד בזה בדעת הרמב”ן והריטב”א שם, עי' עליהם, ואכמ”ל, ואי”ה לעת פנאי).

ומעתה הבא נבא לדון בדבר החשוד, כי לפי האמור נמצא שגדר דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם אינו נפרד מחיוב השבועה בזה, אלא כל מי שחייבתו תורה בשבועה, ממילא מתחייב בתשלומין אם אינו נשבע, ואפילו יורשים שפטרם תורה, לא פטרם מחובת התשלומין אלא מחובת השבועה, דאילו היו חייבים בשבועה, היו חייבים גם בתשלומין, שכך הוא חוב התורה או ישבע או ישלם. ולפי זה החשוד על השבועה, לכא' הוא בגדר מי שמחוייב שבועה, שהרי הוא כשאר אינשי דעלמא, ולא דמי לא ליורשים שאין הם צד בדבר ומש”ה פטרם תורה מן השבועה, דמה שאין הוא יכול לישבע אינו עניין לגדר חיובו בשבועה זו. וממילא מאחר שחייב בשבועה חייב בתשלומין, שכך חייבה תורה שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא ישלם, הא אם שבועת ה' לא היתה בין שניהם ישלם. ולפי זה לכא' לא שייך לחלק בזה מצד מה שהוא רוצה לישבע אלא שאנו אין מניחים אותו, דלא אכפת לן בהא, דסוף סוף אינו נשבע.

נמצא אפוא שברור הדבר דבנידון התוס' שהחשוד רוצה לישבע ואנו אין מניחים אותו יש דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. וכהבנת החזון איש ודעימיה.

אולם יש מקום לצדד לפוטרו ע"פ דברי הרא"ש והראב"ד (שבועות שם) שכתבו בטעם חוב דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם שהוא משום דהוי כמערים, ולכך יורשין ומאן דלא הוה ליה למידע שאינם מערימים, פטורים, ולפי זה הוא הדין לחשוד שאינו מערים כי הלא רוצה הוא לישבע רק שאנו אין מניחים אותו, ומש"ה לא יהא בו חוב זה. אך אכתי לא איפרק, דנמצא דדרשינן ביה טעמא דקרא, ונהי דבירושין יש לנו לפוטרו מעיקר חוב השבועה, וכן מי שלא הוה ליה למידע, אך חשוד זה, אין שום עילה לפוטרו מעיקר חוב השבועה, שהרי יש באפשרותו לידע המציאות, ורק מצד חסרון צדדי שהוא חשוד אינו יכול לישבע, ונמצא שחוב שבועה יש כאן, ולא נוכל לפוטרו ע"פ טעמא דקרא מתשלומי הממון, אחר שנתחייב בשבועה. ולא דמי ליורש שנפטר מעיקר השבועה ולא הוי טעמא דקרא. (ויש לצדד בזה ולהאריך, וששאר ראשונים לא הביאו טעם זה בדבריהם, וגם י"ל שכל שיש תואנה עליו מחייבים אותו שבועה). וגם אם נאמר כן, הלא תגדל התימה מן הסוגיה בשבועות (מז). דמבואר להדיא שיש בחשוד חוב שבועה וחוב תשלומין.

ו. ביאור דברי התוס' והריטב"א

ונראה בס"ד לבאר דברי הריטב"א והתוס', בהקדים קושיה בדברי הריטב"א. דלכא' דבריו סתראי נינהו, דאע"פ שמפורש בדברי הריטב"א בכתובות (פח. הנ"ל) שמדין תורה לא יכול שכנגדו ליטול אפילו בשבועה, בחידושי הריטב"א (שבועות מז). כתב להדיא דמדין תורה החשוד צריך לשלם מאחר שאינו יכול לישבע, ולפיכך במקום שכנגדו חשוד על השבועה, חזרה שבועה למחוייב לה ומשלם. ע"ש. הא קמן דהריטב"א לא ראה סתירה בין דבריו לסוגיית הגמ' בשבועות, אע"פ שנראים הדברים כסותרים זה את זה להדיא. וע"כ שישנו אופן שבו החשוד פטור מתשלומין מן התורה ויש אופן שחייב.

ולפיכך נראה דלעולם מעיקר הדין שייך מתוך שאינו יכול לישבע משלם אף בחשוד, כדחזינו מקראי דכל שמוטלת עליו חובת שבועה, ממילא אם אינו נשבע משלם. אולם נראה שדין השבועה בזה הוא רק היכא דנשבע בב"ד וכדאמרינן בב"ק (קו.). ע"ש. דהיינו שהב"ד מטיל על הנתבע את חובת השבועה, כפשטא דקראי שבועת ה' תהיה בין שניהם, ועד האלהים יבא דבר שניהם, שהתורה הטילה על הב"ד לחייבו שבועה, ונמצא שחובת שבועת תלויה בסדרי הב"ד. וממילא יש לומר שכל עוד הב"ד לא הטיל עליו שבועה, לא שייך בזה דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דאכתי לא נתחייב בשבועה. ומעתה בנידון החשוד מאחר שהוא רוצה לישבע אלא שאנו איננו מניחים אותו ראו חז"ל לתקן שבועה לשכנגדו, והיינו שהעבירו שבועת הנתבע לתובע, ונמצא שבתקנה זו לא הטילו על הנתבע לישבע, ולכן לא ניתן לומר בזה דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם דהא אכתי לא נתחייב בשבועה. אולם במקום ששניהם חשודים ראו לתקן דחזרה שבועה למחוייב לה, דהיינו שהחזירו שבועה למקומה והטילוה על הנתבע, וממילא כיון שאינו יכול לישבע חייב בתשלומין.

והשתא דאתינן להכי, אין סתירה מדין חזרה שבועה למחוייב לה לדברי התוס', דבאמת היכא שהאחד חשוד, לא אמרינן מתוך משום שכל דין מתוך נובע מחיוב השבועה, שאמרה תורה או ישבע או ישלם, והב"ד עדיין לא הטיל שבועה על חשוד זה, ומהיכא תיתי לחייבו בתשלומין. אך במקום ששניהם חשודים, חזרו והטילו השבועה על הנתבע, וממילא מאחר שאינו נשבע משלם. ונמצא שבתירוצ' התוס' השני, מעיקר הדין היה יכול להיות דין מתוך, אלא מאחר שהוא תלוי בשבועה ומתקנת חכמים לא הטילו עליו שבועה, נמצא שעדיין לא נתחייב בתשלומין מן התורה.

ולפי זה דברי הריטב"א אותו שפיר כמין חומר, דבחידושי לכתובות כתב שאין שכנגדו נוטל מן התורה אפילו בשבועה, ולכן מפקינן מיניה אם תפס, משום שכל עוד לא הוטלה השבועה על הנתבע אין כאן דין מתוך שאינו

יכול לישבע משלם. ואילו בחידושו לשבועות כתב שמעיקר הדין חייב החשוד בתשלומין, משום דמיירי בשניהם חשודים דחזרה שבועה למחוייב לה, שמעיקר הדין היה ראוי להטיל השבועה על החשוד. ובכהאי גוונא אי תפס לא מפקינן מיניה משום שנוטל כדין מאחר שחזרה שבועה למחוייב לה.

הן אמת שיש לעיין מדקדוק לשון הריטב"א בכתובות הנ"ל, דקצת משמע מדבריו שמעיקר דין תורה אין התובע נוטל אפילו בלא שהטילו עליו השבועה, ולפי האמור רק אחר שהטילו עליו שבועה אינו נוטל, אך לולא זה היה נוטל. אולם מלבד שיש לומר דבאמת מאחר שהעבירו חז"ל השבועה לשכנגדו נמצא שלא הטילו השבועה על הנתבע וממילא גם בלא שיטילו השבועה על התובע אכתי לא נתחייב הנתבע עד שיטילו עליו השבועה (אלא שקצת דוחק הוא), עוד יש לומר דהריטב"א נקט לשון זו משום שאר הדוגמאות שהביא כנגזל ונחבל, דהתם אינו נוטל מן התורה אף ללא שיפקיעו השבועה מן השני דמעיקרא אין עילה בזה לחייב השני שבועה (כגון נחבל שמצאוהו חבול והיה עימו חברו בבית ואין הוכחה שחברו חבל בו וכיו"ב), ולכן הוצרך לומר "שאינ דינם מן התורה ליטול אפילו בשבועה ורבנן עשו להם תקנתא לישבע וליטול", כי אם היה נוקט לשון התואמת דין שכנגדו, זה לא היה תואם שין הנחבל וכיו"ב. ובלא"ה לשון זו אתי שפיר אף לשכנגדו וכנ"ל.

אולם בעיקר הך דינא דהשבועה חלה בכפוף לסדרי הב"ד, לכא' יש להקשות מהא דאמרינן בשבועות (מח.) "אטו בי דינא קמחייבי ליה שבועה, מעידנא דשכיב לזה אחייב ליה שבועה". ע"ש. ולכאור' מבואר מזה שאין השבועה תלויה בב"ד כלל. אולם אפשר שיש לחלק בין הנידונים, כגון דהיכא דבעינן להטיל שבועה לשכנגדו הוי כפוף לסדרי ב"ד, אך היכא דאין הב"ד רוצה להטיל השבועה על אחר, חלה חובת השבועה כבר מרישא, אע"פ שהוא תלוי בב"ד, כי אין צורך במעשה ב"ד להטיל השבועה אלא רק בהסכמתם והוי כשאר דיני תורה, ולעולם עיקרה של שבועה תלויה בב"ד. וצ"ב. ויש לעיין בזה. ושו"ר דבעיקר הדבר שהשבועה תלויה בב"ד האריכו האחרונים בריש סנהדרין, ועי' בשיעורי ר' שמואל (ריש סנהדרין) שהוכיח כן מכמה דוכתי. אלא שצ"ע מדברי הש"ס (שבועות מח.) הנ"ל. ויש להאריך, אלא שאין פנאי כעת). כן נראה בס"ד, והשי"ת יאיר עינינו בתוה"ק לכוון לאמיתה של תורה. אמן.