

יח. בעניין הפוך שבועה

א

הגמרא בשבועות (דף מא ע"א) דנה בהבדל בין שבועה דאורייתא ושבועה דרבנן:

מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן? איכא בינייהו: מיפך שבועה, בדאורייתא לא מפכינן שבועה, בדרבנן מפכינן. ולמר בר רב אשי דאמר: בדאורייתא נמי מפכינן שבועה, מאי איכא בין דאורייתא לרבנן? איכא בינייהו: מיחת לנכסיה, בדאורייתא נחתינן לנכסיה, בדרבנן לא נחתינן לנכסיה. ולרבי יוסי דאמר: בדרבנן נמי נחתינן לנכסיה... מאי איכא בין דאורייתא לרבנן? איכא בינייהו: שכנגדו חשוד על השבועה, בדאורייתא - שכנגדו חשוד על השבועה אפכינן ליה שבועה ושמו אאידיך, בדרבנן - תקנתא היא, ותקנתא לתקנתא לא עבדינן. ולרבנן דפליגי עליה דרבי יוסי, דאמרו: בדרבנן לא נחתינן לנכסיה, מאי עבדינן ליה? משמתינן ליה.

יש לדון מה טיבה של השבועה שנתהפכה על התובע לאחר שהנתבע אמר לו השבע וטול, האם שבועה זו היא אותה שבועה שנתחייב בה הנתבע וגדרה כמו שבועת הנתבע, משום שהנתבע מהפך ומטיל אותה השבועה על התובע. ובאור הדבר הוא, שיש זכות לנתבע שהוא המוחזק לברר טענתו על ידי שבועה, אבל הוא יכול לוותר על זכות זו ולהעביר אותה לתובע, ואז יישבע התובע לברר טענתו באותו אופן שהיה נשבע המוחזק. או שאפשר לומר באופן אחר: חכמים תקנו שבועה רק לנתבע, אלא שבדרך כלל אם אינו רוצה להישבע יורדים לנכסיו או משמתים אותו, אבל אם אומר שמוכן

לקבל את שבועת התובע אין משמתין אותו, ולכן במצב כזה יש לו יכולת שלא להישבע. **נפקא** מינה בין שני ההסברים בהפוך שבועה בדרבנן, האם אחרי שהשבועה עברה לתובע יכול הנתבע לגלגל עליו עוד שבועות. אם נאמר דשבועת התובע היא כשבועת הנתבע, ודאי שיוכל לגלגל עליו עוד שבועות, כמו שמגלגלים על הנתבע. אבל אם נאמר שלשבועה זו של התובע אין לה אותה מעמד כמו לשבועת הנתבע, יש מקום להסתפק. ולקמן יתבאר שיש בזה מחלוקת ראשונים. אך קודם יש לעמוד על הקשר בין חקירה זו לבין המחלוקת בסוגיה, אם מהפכים בשבועה דאורייתא.

ב

לפי הסברה הראשונה מתקבל על הדעת שגם בדאורייתא הופכים את שבועת הנתבע ומטילים אותה על התובע, כשם שניתן לעשות כן בשבועה דרבנן וכמר בר רב אשי. ואולם לדרך השניה, שהנתבע יכול לסרב להישבע ועם זאת אין יורדים לנכסיו, מסתבר יותר שיהיה הבדל בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן. בשבועה דאורייתא אין מקום להפוך השבועה, שהרי להלכה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דהיינו שעם חיוב השבועה נוצר חיוב ממון, ולכן אפילו אם אינו יכול להישבע חיוב הממון קיים. וממילא ברור שאם אינו רוצה להישבע, על כורחו משלם. מה שאין כן בשבועה דרבנן, אפילו אם נאמר כרבי יוסי דגם מדרבנן נחתינן לנכסיה, אין זה משום שעם חיוב השבועה נוצר חיוב ממון, אלא זו תגובת בית הדין על סרובו להשבע, ולכן מי שאינו

דהיינו רב ושמואל ס"ל דפקע ממונא וחזרה שבועה לסיני, כנ"ל.

הרשב"א, לאחר שכתב שאין לחלק בדין הפוך שבועה דאורייתא, בין הפוך שבועה כשהנתבע יכול להשבע והופך על שכנגדו להפוך שבועה כשאינו יכול להשבע, הקשה דאם כן הקושיה לא רק לדידן אם פוסקים כמר בר רב אשי, אלא למר בר רב אשי עצמו, מדוע בנסכא דרב אבא וחמישים ידענא וחמישים לא ידענא אומרים מתוך, ולא אומרים שיהפוך את השבועה? ומתוך הרשב"א דלמא מר בר רב אשי סובר כרב ושמואל דפקע ממונא וחזרה שבועה לסיני, ולא אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם. וכן הבין מדברי הרשב"א בנחל יצחק (סימן צ"ז סעיף ז' ענף ב').

והנה יוצא מדברינו, שייטכן שדין הפוך שבועה תלוי בדין מתוך, וזה ההסבר לחילוק שבין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, משום שבשבועה דאורייתא אומרים מתוך שאין יכול לישבע משלם. לפי זה, יש לדון גם לגבי שבועת הגלגול שהיא שבועה דאורייתא, לשיטות שאין אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם בגלגול שבועה (הדעות הובאו בשו"ע חו"מ סימן ע"ב סעיף ט"ו). ויש לעיין האם דין שבועת הגלגול הוא ככל שבועה דאורייתא שאין מהפכין, או מכיון שבשבועה דאורייתא הטעם שלא מהפכים משום שיש בהם דין מתוך, שבועת הגלגול שאין אומרים בה מתוך מהפכים? דבר זה יתבאר להלן.

ג

הראשונים נחלקו האם בנשבעין ונוטלין יכול התובע להפוך את השבועה על

מסרב בשבועה דרבנן אלא שאינו יכול להישבע, פטור מלשלם. ואז ולכן אפשר לומר שגם אם מסרב אלא שמקבל על עצמו את שבועת התובע, בכה"ג פוטרים אותו ולא יורדים לנכסיו.

לפי הסבר זה שהפוך שבועה פוטר את הנתבע משבועה בלי שיתחייב לשלם, יש צורך להבין את שיטת מר בר רב אשי שגם בשבועה דאורייתא מהפכין. אמנם ברור שהפוך שבועה הוא עצמו תקנת חכמים, ועם זאת צריך עיון איך נפטר מלשלם, שהרי בכל שבועה דאורייתא יש גם חיוב הממון הקיים ועומד לכאורה. ועל כורחך צריך לומר לפי הסבר זה, דס"ל למר בר רב אשי כרב ושמואל (שבועות דף מז ע"א) דלית להו מתוך שאין יכול להשבע משלם. וכן כתב הרשב"א בסוגיה לאחר שהביא את הסוברים שהלכה כשיטת מר בר רב אשי שהופכים שבועה דאורייתא:

ואני תמיה לדידן דקיי"ל כדייני דארץ ישראל דאמרי (מ"ז א') חזרה שבועה למקומה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, בנסכא דרבי אבא אמאי יטול שכנגדו בלא שבועה ליפוך עליה שבועה, וכן נמי בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ואפי' את"ל דלא אמר מר בר רב אשי אלא במקום שיכול הנתבע לפטור את עצמו בשבועתו ואפ"ה מחייב את עצמו כשישבע שכנגדו, אבל במקום שאינו יכול לישבע לפטור את עצמו כנסכא וחמשין לא ידענא לא, אין זה נכון, דכיון דבעלמא יכול להפך מפני שאומר אין שקלי ודידי שקלי אמאי לא יהפך כדי להנצל ושלא יטול שכנגדו מה שאינו שלו שמא. וא"ת א"כ אפי' למר בר רב אשי תקשי, לא היא דדלמא בנסכא דר' אבא ובחמשין ידענא כדייני גולה

ויפטר, יאמר לו אי אפשי בתקנת חכמים וכמ"ש הרמב"ן. ונראה שזה גם הביאור בדברי הרמב"ם (הלכות טוען ונטען פרק א' הלכה ד'):

כל מי שנתחייב שבועה מן התורה הרי זה נשבע ונפטר, ואם לא רצה להשבע יורדין לנכסיו וגובין מהם כל מה שתבע חבירו עליו, שהרי התובע אומר לו איני זו מדין תורה או השבע או תן לי, ויש לו להחרים על מי שטען עליו דבר שאינו כן ונותן. אבל מי שנתחייב שבועה מדבריהן, אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להפך את השבועה, שהרי הנתבע אומר לו השבע וטול כמו שתקנו לך, ואם לא רצה להשבע ילך לו. **ופירוש** הדברים הוא, כיון שהפוך שבועה אינו העברת השבועה ואי אפשר להעביר שבועה מאחד לשני, אלא שהתובע יכול לוותר על השבועה, ולכן כתב הרמב"ם שהנתבע אומר לו השבע כמו שתקנו לך ואם לא רצה ילך לו אם מוותר על השבועה.

על זה טוען הרמב"ן דאין טענתו של הרי"ף ברורה, משום שלדעת הרמב"ן תקנת היפוך שבועה היא העברת השבועה לצד שכנגד, ומדוע לא נעביר גם מתובע לנתבע. אלא שבהמשך דבריו חוזר הרמב"ן ומצדיק את הרי"ף, וכותב בסוף דבריו: "ומ"מ יש לבעל הדין לומר דבנוטלין החמירו יותר שאם רצה נשבע ואם לאו אין מוציאין ממון מיד חברו כלום, אוקי ממונא בחזקת מריה, שמצינו בכל מקום שאין מוציאין ממון אלא בראיה מפורשת. וכן הדברים מראים פשטן כדעת הגאונים". והוסיף הרמב"ן מק"ו שאין התובע יכול להפוך את שבועת הנוטלין על הנתבע, שהרי שאפילו בשבועת היסת, אם הנתבע אמר לתובע השבע וטול, אין התובע יכול לומר איני מקבל עלי

הנתבע. דעת הרי"ף שאי אפשר להפוך את השבועה, ועל זה כתב הרמב"ן בשבועות (דף מא ע"א):

מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן. פרש"י ז"ל שבועת היסת, וכך הוא דבשבועת הנוטלין לא בעינן מאי בינייהו דכל הנשבעין שבתורה אין משלמין... וכיון ששמועה זו בשבועת היסת גבי נשבעין ונוטלין לא למדנו כלום, ורש"י ז"ל כתב בפ' הכותב דמפכינן שבועתייהו, אבל רבנו אלפסי והגאונים ז"ל אמרו שאין בהן היפוך, וכתוב בהלכות מאי טעמא דמנתבע לתובע מפכינן שבועה משום דאמר את לית לך גבאי ולא מידי את אי ניחא לך אשתבע ושקול, אבל מתובע עלי דנתבע יכול למימר ליה אי ניחא לך אשתבע ושקול ואי לא ניחא לך ובעית לאפוכי עלי שבועה אע"ג דטבא הוא לדידי לאשתבועי ומפטר אנא לא ניחא לי בהך תקנתא, דמיא למאי דאמרינן האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו, זו היא טענת רבינו ז"ל בהלכותיו שלא להפוך שבועה מתובע לנתבע, ואין טענתו ברורה.

ונראה שהרמב"ן והרי"ף חולקים בשני ההסברים הללו בהפוך שבועה. את דעת הרי"ף ניתן להסביר על פי ההבנה השניה. בשלמא מנתבע לתובע אומר הנתבע לתובע השבע וטול, ולכן אין דינו כמי שלא רוצה לישבע, ואין משמתין אותו אם מטיל שבועה על שכנגדו. אבל בשבועת הנוטלין אף אם נאמר שתובע שאמר לנתבע השבע והפטר אינו נחשב כמסרב לישבע, מכל מקום הרי אינו נשבע ולא יטול, ואינו יכול לחייב את הנתבע לישבע וליפטר. ואם יאמר לנתבע שלטובתו ישבע

בר רב אשי שגם בדאורייתא הופכים. וכתבנו לעיל לדעתו שאי אפשר לומר שהבנת הפוך שבועה הוא יכולת שלא להשבע, שהרי אם לא רוצה לישבע נאמר מתוך שאין יכול לישבע משלם, אלא הפוך שבועה הוא העברה של שבועה. ורק אם נאמר כרשב"א שמר בר רב אשי סובר כרב ושמואל, שלא אומרים מתוך שאין יכול לישבע משלם, ניתן להסביר את הפוך שבועה שהוא יכולת שלא להשבע וכמ"ש.

רב האי גאון הביא ראיה שהלכה כמר בר רב אשי, וז"ל התוספות בשם רב האי:

מדקאמר לקמיה האי מאן דמפיק שטרא על חבריה אי אמר ליה היאך אשתבע לי דלא פרעתין אמרינן ליה זיל אשתבע ליה ומה התם דאית ליה עליה ממון גמור מדאורייתא יכול להפך עליו שבועה היכא דלית ליה אלא שבועה דאורייתא לכ"ש דמצי א"ל אשתבע לי את.

וצריך עיון, דנהי דיכול לדרוש שבועה מן התובע, אבל שם אין מדובר בחיוב שבועה שקדם, ומהיכי תיתי לומר שבמקום שיש עליו חיוב שבועה שיכול להעביר את השבועה. ומשמע שלרב האי גאון אין השבועה עוברת אלא זה חיוב שבועה חדש, כמו שיכול לדרוש שבועה ממי שבא להפרע בשטר. אלא שהתוספות הוסיפו כתבו שלפי הגאונים הסוברים שאי אמר ליה אישתבע לי דלא פרעתין יכול אידך לחזור ולומר אשתבע לי את ותפטר, אין ראיה לרב האי, וז"ל: "מיהו הגאונים נחלקו בההיא דלקמיה אי אמר ליה אשתבע לי דלא פרעתין אם יכול אידך לחזור ולומר אשתבע לי את ותפטר ואם יכול אין ראיה

לישבע, "כ"ש בשבועת המשנה שהיא מוטלת מן הדין על התובע שאין שומעין לו לסלקו מעליו אלא אם רצה לישבע יטול ואם לאו שותק ממנו". ונראה שאילמלא קל וחומר זה היינו מעבירים את שבועת התובע אל הנתבע. אם כן הרמב"ן מסביר את עניין הפוך השבועה כהעברת חובת השבועה מבעל-דבר אחד לחברו.

והנה לעיל הסברנו את ההבדל בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן לפי ההנחה שהפוך שבועה הוא יכולת של הנתבע שלא להישבע, ובשבועה דאורייתא אין יכולת כזאת מכיון דקיימא לן כמ"ד מתוך שאינו יכול לישבע משלם. אולם הרמב"ן לשיטתו שהפוך שבועה הוא העברת השבועה לבע"ד השני, צריך להסביר בדרך אחרת את החילוק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן. ואכן כך כתב הרמב"ן שם, "דכל דפליגי בין רבנן לדאורייתא משום חומרא וקולא הוא, דשבועה דאורייתא חמירא לחיוביה בה ממונא או ישבע או ישלם, ושבועה דרבנן לא רמי בה חיובא דממונא אלא מסלקה ממנו בהפוך זה". ולפי מהלך זה הסביר את דעת רש"י דס"ל דגם בנשבעין ונוטלין, באותם מקרים דמדאורייתא נוטלין בלא שבועה, כמו עד אחד מעידו שהוא פרוע ופוגם את שטרו, ודאי ניתן להפוך. והסביר הרמב"ן שהרי שבועה זו דומה לשבועת היסת, דהחמירו רבנן להצריכו שבועה, אך לא עשאוה כשל תורה. מכיון שהשבועה היא רק חומרא, ובין כך ובין כך תהיה שבועה גם אם יהפך אותה, לא החמירו כל כך שלא יוכל להעבירה.

ד

שיטת רב האי גאון (בתוספות שבועות דף מא ע"א ד"ה ולמר בר רב אשי) שהלכה כמר

נדחק במה שכתבו התוספות דלשיטת הגאונים דיכול התובע לחזור ולומר אשתבע לי את ותפטר אין ראייה לבה"ג משם, וכתב דאם נאמר גם בשבועה דאורייתא יכול להפוך שוב השבועה על הנתבע, אם כן אין כאן הפוך שבועה מעיקרא. ולדברי המהרש"א צריך עיון קצת, דאמנם אין ראייה לרה"ג אבל גם קושיה אין כאן, ושערי החלוקים לא ננעלו ובנקל אפשר למצא טעם לחלק בין תובע בשטר שיכול להפוך את השבועה שהטילו חכמים עליו על הנתבע שחיובו לשלם בא מכח השטר, לשבועה דאורייתא שחיובו לשלם בא מכח ויתור לישבע ומדין מתוך. ועל כן אין סברא שהתובע יוכל להטיל שוב שבועה. ובכלל הרי ייתכן שרה"ג ס"ל כהני גאונים דהשבועה שהטילו חכמים על בעל השטר אינו יכול לחזור ולומר אישתבע לי את ותפטר.

והגרע"א כתב וז"ל:

באמת דברי המהרש"א דחוקים, לענ"ד במחכ"ת המהרש"א נטה מדרך פשט הפשוט בכוונת תוספות דכוונתם כך הוא דאם הדין דבשבועה דאשתבע לי יכול להפוך כדין כל שבועות דרבנן דגם נוטל יכול להפוך ליתא לראיית רב האי, והיינו דאם בשבועה דאורייתא אין יכול להפוך, אלא דיכול לומר לא עדיפת מאלו יש לך עלי שטר ואני מטיל עליך לומר השבע לי דלא פרעתך, יכול התובע לחזור ולהפך אותה שבועה עליו, ואם כן לא נמלט הנתבע מלישבע. אבל למר בר אשי דבדאורייתא מהפכינן, אם כן הנתבע היפך שבועתו על התובע צריך התובע לישבע ואין יכול להפוך דהא השבועה זו עצמה בא לו מכח ההיפוך שבועתו של הנתבע אבל להלכה יש למר בדאורייתא אין

לרב האי משם". שהרי את השבועה החדשה יכול התובע להחזיר לנתבע, מה שאין כן אם הופכים שבועה דאורייתא הרי אין התובע יכול להחזיר את השבועה לנתבע, ולכן אין ללמוד מאשתבע לי דלא פרעתך להפוך שבועה.

באשר להבנת שיטת רב האי גאון חלוקים המהרש"א ורע"א. כתב המהרש"א (ד"ה ולמר בר רב אשי):

ולמר בר רב אשי כו' ולומר אשתבע לי את ותפטר ואם יכול אין ראייה לרב האי כו' עכ"ל, דהתם לכך יכול להפוך על התובע שבועה שאינו חייב בה מדינא כיון שאם התובע לא ירצה לישבע וליטול יכול להפוך השבועה על הנתבע וליפטר, מה שאין כן בשבועה דאורייתא שהיא על הנתבע שאינו יכול להפוך על התובע שבועה שאינו חייב בה כיון שאינו יכול להפוך שוב השבועה על הנתבע דאם היה יכול להפוך שוב אותה השבועה על הנתבע א"כ אין כאן היפוך שבועה מעיקרא וק"ל.

כפי שמשמע מדברי המהרש"א, כוונת רה"ג לפרש את דברי מר בר רב אשי עצמו שאמר דבדאורייתא נמי מפכינן שבועה, שחכמים תקנו שבועה חדשה כפי שאנו רואים בנתבע בשטר וטוען פרוע שיכול לתבוע את בעל השטר להשבע שלא נפרע. ואין כוונת מר בר רב אשי שמעבירים את השבועה דאורייתא שחייב הנתבע מדין מודה במקצת לתובע, אלא כוונתו דכל מקום שאין הוכחה מלאה שהוא חייב יכול הנתבע לבקש שהתובע ישבע ואם כן גם בשבועה דאורייתא שהוא חייב מצד זה שאינו רוצה להשבע כדין מתוך שאין יכול להשבע משלם, זכותו לבקש התובע ישבע שבועה מצד התקנה שחכמים תקנו. ומהרש"א

שבועה בשבועה דרבנן הוא תקנה. והש"ך טוען שלא הוי תקנתא לתקנתא, משום שמן הדין ללא תקנת רב נחמן דחייב הנתבע לישבע היסת היה פטור לגמרי, אלא דלפי תקנת רב נחמן יוכל התובע ליטול על ידי ההפוך שבועה, אם כן יוכל הנתבע לומר כיון דאתה רוצה לישבע וליטול השבע לי ג"כ על הגלגול, ואם אין אתה רוצה לישבע על הגלגול לא תשבע לי גם ליטול ואם כן אני פטור מהיסת. ומביא הש"ך ריטב"א במסכת קידושין דסובר כתרומת הדשן, אלא שלא כתב את הטעם של תקנתא לתקנתא. ואפשר לומר ששאלה זו תלויה בחקירה הנ"ל. אם נאמר שעל ידי הפוך השבועה חיוב השבועה עובר לתובע, אם כן מגלגלים עליו כיון שעכשיו הוא החייב שבועה. אבל אם הפוך שבועה פירושו הימנעות מלהישבע תוך מתן אפשרות לתובע להישבע וליטול, מסתבר שלא ניתן לגלגל שבועה על שבועה זו שאינו מחוייב בה מעיקר הדין.

אלא שלכאורה אי אפשר לומר כך בריטב"א, שהרי כתב שם שגם בחשוד על השבועה אין מגלגלים שבועה, ובחשוד ודאי שעיקר התקנה היתה להטיל שבועה על התובע, ואף על פי כן סובר הריטב"א שאין מגלגלין. אולם לפי הסברו של התומים (סימן צ"ד ס"ק א') בריטב"א אתי שפיר. התומים דן בשאלה אם הא דשכנגדו נוטל בשבועה מהחשוד פירושו דנוטל על ידי השבועה, או שנוטל מצד עיקר הדין משום מתוך שאין יכול להישבע משלם, אלא שבנוסף מחוייב להישבע. התומים מביא הוכחה מהתוספות בבא מציעא (דף ה ע"א ד"ה שכנגדו), השואלים מדוע בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל ולא אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם. וכתבו התוספות שני תירוצים: "וי"ל

יכול להפוך, וכיון דאין יכול לבא מכח ההיפוך רק מכח אשתבע לי דלא פרעתין, והיינו דמטיל עליו ענין שבועה דעלמא והא ביד התובע להפוך שבועה זו, ונכון.
לפי רע"א כוונת רה"ג לא היתה לתת פירוש חדש בדברי מר בר רב אשי שאמר שבדאורייתא נמי מהפכין, ומה שרה"ג אומר הוא שאחרי שתקנו חכמים שהנתבע בשטר שטוען פרוע יכול לתבוע שבועה מן התובע אם כן בשבועה דאורייתא גם אם לא מהפכים את השבועה להלכה נגיע לאותה מסקנא שהתובע ישבע מכח תקנת חכמים הנ"ל. ועל זה אומרים התוספות דלשיטת הגאונים הסוברים שאותה שבועה של תקנת החכמים יכול התובע להחזיר לנתבע אם כן יש הבדל גדול בין דברי מר בר רב אשי דס"ל דבדאורייתא נמי מהפכין דאז השבועה תשאר אצל התובע מה שאין כן בשבועה של תקנת חכמים שאותה התובע יכול לחזור ולהטיל את השבועה על הנתבע (ע' גליון הש"ס לרע"א על הדף ובחידושו למסכת שבועות). לכן טוענים התוספות, לפי רע"א, שלפי הגאונים הסוברים שבשבועת אישתבע לי דלא פרעתין יכול התובע להטיל את השבועה על הנתבע אין מקום בכלל לדברי רב האי גאון שסובר שבשבועה דאורייתא יכול להטיל על התובע שבועה כדין אשתבע לי דלא פרעתין.

ה

בשו"ע (חו"מ סימן צ"ד סעיף א') בהלכות גלגול שבועה, כתב הרמ"א: "יש מי שכתב דאם בא לו שבועה על ידי הפוכו שאמר לו הנתבע השבע וטול אין מגלגלין עליו". וכתב הש"ך (ס"ק ב') דמקור הדבר בתרומת הדשן שכתב שהטעם הוא משום שתקנתא לתקנתא לא עבדינן, משום שהפוך שבועה תקנתא וגלגול

הנתבע, אבל על עצם הדין של כנגדו נשבע ונוטל לא היה ספק כמובן. והגם שבוודאי תיקנו שבועה בשכנגדו חשוד, הנפקא מינה מזה תהיה אם מגלגלים שבועה אחרת.

ולפי זה יוצא שדעת סדר תנאים ואמוראים, שהפוך שבועה הוא העברת השבועה. אך לדברינו דלעיל, יש לומר דאין זה אלא לשיטתו דיש היפוך גם בדאורייתא. ואילו להלכה שאין היפוך אלא בשבועה דרבנן, גם כאשר הופכים השבועה הרי זה שבועה חדשה שאין עליה דין גלגול. וממילא יכול הריטב"א להסכים שיסוד תקנת חשוד הוא מטעם היפוך, מעין מה שכתב התומים לפי מר בר רב אשי, דבזה לכולי עלמא מהפכים אפילו בשבועה דאורייתא מכוח התקנה. אלא ששבועה זו אינה אלא להפסת דעת הנתבע, שהרי אלמלא חייבנו אותו להישבע, את הממון היה נוטל מדין מתוך וללא שבועה כמו שכתב התומים לפי התוספות, ולכן לא שייך בה גלגול.¹

ג

והנה, אף על פי שהסברנו את הריטב"א כפי שהסברנו את הרי"ף, דהפוך שבועה אין כוונתו דחיוב השבועה עובר, ועל כן לא מגלגלים על הפוך שבועה. ברי"ף אין הכרח להגיע למסקנה זאת, דאפשר לומר בדעת הרי"ף, שאף שאין הפוך שבועה בנשבעין

1 ובה שונה המהלך שלנו קצת מהתומים. התומים סובר לכולי עלמא שהיפוך הוא העברת השבועה, ואילו היינו מהפכים במקרה של חשוד, גם היינו מגלגלים, והריטב"א סובר שבחשוד אין השבועה מדין היפוך. לדברינו, גם אם נאמר שתקנת חשוד הוא מטעם היפוך, הרי שעצם הבנת היפוך תלויה אם מהפכים גם בדאורייתא, ומי שחולק על מר בר רב אשי סובר שאין מגלגלים בהיפוך שבועה.

הכא אי אמרי' משלם לא שבקת ליה חיי 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 נניחנו ולכך לא ישלם". לפי התירוף הראשון אכן שייך מתוך בחשוד אלא שאם כן לא שבקת חיי. ואם כן משמע שהתובע זכאי ליטול בלי השבועה, והשבועה הוא רק להפיס דעתו של הנתבע. וכתב התומים שעל שבועה כזו לא שייך גלגול, כמו בשכיר שלא מגלגלין משום שהשבועה היא להפסת דעתו של בעל הבית (עיי' רש"י שבועות דף מט ע"א ד"ה לכל מגלגלין).

לאור זה, מסביר התומים את התוספות בשבועות (דף מא ע"א ד"ה ולמר) שכתבו בשם סדר תנאים ואמוראים דהלכתא כמר בר רב אשי שבדאורייתא נמי מפכינן, וכתב "כגון שהיה המחוייב שבועה חשוד". והתוספות דחו את דבריו, דלא קאי מר בר רב אשי בחשוד, דבחשוד לא איירי אלא בסמוך. והדברים מרפסין איגרי, שהרי בחשוד זו משנה מפורשת שהופכים שבועה ולא מימרא של מר בר רב אשי, ותוספות היו צריכים להקשות כך ולא לשאול רק שבחשוד לא איירי אלא בסמוך. וכבר בגידולי תרומה (שער ז' חלק א' אות ז') הקשה כן ולא מצא מענה. ובאר התומים דלדעת הסדר תנאים ואמוראים, המחלוקת האם הופכים בדאורייתא נוגעת גם לשכנגדו חשוד על השבועה, למרות שבזה לכולי עלמא נשבע ונוטל. כי אם יש היפוך בשבועה דאורייתא, גם לשבועה דשכנגדו יש תוקף של שבועה ממש מדין הפוך, ואילו אם אין היפוך בשבועה דאורייתא, אז אין השבועה במקרה של החשוד מדין היפוך והוא רק שבועה להפיס דעתו של

תלך בלא כלום, ואין שם הפוך אחר". ולכאורה מדוע הרמב"ם צריך להשמיענו שאין שם הפוך אחר, והרי בנשבעים ונוטלים כבר אמר הרמב"ם שלא הופכים את השבועה. ועל כורחך צריך לומר בדעת הרמב"ם שהפוך שבועה עדיף מנשבעין ונוטלים, משום שכאן השבועה שהנוטל ישבע היא אותה שבועה שנתחייב בה הנתבע ועברה אל התובע, וס"ד שכאן יוכל לחזור ולהפוך, ולכן כתב הרמב"ם שאין כאן הפוך אחר.

היוצא מהסבר זה בדעת הרמב"ם, שלא תהיה נפקא מינה מן החקירה שלנו לעניין גלגול על הפוך שבועה, והיינו שגם אם יסוד הדין הוא סרובו של הנתבע להישבע עדיין יש דין גלגול על ההפוך. אבל עדיין יש נפקא מינה באופן שלא אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם בשבועה דאורייתא, ומעין מה שהזכרנו בראשית דברינו, שלרב ושמואל הופכים גם שבועה דאורייתא הואיל ולדעתם אין בה דין מתוך. ייתכן שיש מציאות כזו בגלגול שבועה.

והנה עיין בש"ך (סימן צ"ד ס"ק יב) שכתב בשם הריטב"א שבשבועה דאורייתא יכול להפוך את הגלגול על שכנגדו, ושלא כדעה שהביא המחבר שאי אפשר להפוך. ולפי מה שהסברנו בדעת הרי"ף והרמב"ם שכל התקנה של העברת חיוב השבועה היתה רק במקום שיכול להמנע משבועה מבלי להתחייב בממון, כלומר במקום שלא אומרים מתוך שאין יכול להישבע משלם, וזה גופא טעם החילוק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן. אם כן לדעת הריטב"א דס"ל שגם בגלגול אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם, ברור שאין הופכים שבועה הבאה על ידי גלגול. אבל הרי השו"ע הביא (חושן משפט סימן ע"ה סעיף ט"ו) גם

ונוטלין, אבל לגבי גלגול סובר שכן מגלגלים על שבועה שנהפכה. דאין הכי נמי יסוד תקנת חז"ל מבוססת על האפשרות לסרב להישבע, אבל אחרי שסרב להישבע תקנו חז"ל דחיוב שבועה עובר אל התובע. ואמנם במקום שאינו יכול לסרב להשבע מטעם מתוך שאינו יכול להשבע משלם, אינו יכול לסלק את השבועה מעליו, ודאי שלא תקנו חז"ל להעביר את חיוב השבועה אל התובע. אך בשבועות דרבנן שאין בהן מתוך, יכול להיות שגם לדעת הרי"ף התובע נחשב למחויב שבועה וממילא אפשר לגלגל עליו.

ונראה שזו שיטת הרמב"ם, שכפי שכתבנו, נראה שדעתו שהפוך שבועה פירושו סילוק של הנשבע מלהישבע. עיין לעיל שפירשנו כך בדבריו בהלכות טוען ונטען (פרק א הלכה ד) "אבל מי שנתחייב שבועה מדבריהן אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להפך את השבועה שהרי הנתבע אומר לו השבע וטול כמו שתקנו לך, ואם לא רצה להשבע ילך לו." דהיינו שאי אפשר להעביר שבועה מאחד לשני, אלא שהתובע יכול לוותר על השבועה, והנתבע אומר לו השבע כמו שתקנו לך ואם לא רצה ילך לו אם מוותר על השבועה. ואילו מאידך כתב הרמב"ם שם (הלכה ו'): "ואין לך מי שנשבע היסת ונוטל מחבירו אלא זה שנהפכה עליו שבועת היסת". ומשמע שהשבועה שהתובע נשבע היא היא אותה שבועת היסת, והיו צריכים לחול עליה כל הדינים של שבועת היסת, אלא שזו יצאה מן הכלל שנשבע ונוטל. וכן משמע בהמשך ההלכות (הלכה י') שכתב "מנה לי בידך אין לך בידי כלום השבע היסת ולך השבע אתה היסת וטול, ואמר התובע איני רוצה להשבע הרי הנתבע אומר לו השבע וטול או

דעת הראשונים דלא אמרינן מתוך בגלגול, ולדעתם יכול להפוך את השבועה מצד המנעות משבועה. ובאופן כזה גם בדאורייתא מהפכין, ולא קשה מה שהקשה הש"ך בדאורייתא לא הופכים, דזה תלוי אם אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם או לא כנ"ל. אמנם אפשר לקיים את קושיית הש"ך לפי דעת הרמב"ן הנ"ל, שטעם ההפוך הוא משום העברת השבועה אל התובע, ועם זאת לא תיקנו כן בשבועה דאורייתא שהיא חמורה יותר משבועה דרבנן, ואין זה תלוי כלל בדין מתוך, כי טעם ההפוך אינה קשורה לאפשרותו לסרב להישבע ולהיפטר. ולפי זה מסתבר דהוא הדין בשבועת גלגול דאורייתא דאין מהפכין.

