

הרב יוחנן גבאי

היפוך בשבועת הנוטלים

ראשי הפרקים

- א. מקור הדין
- ב. שיטת רש"י – יש היפוך בשבועת הנוטלים
- ג. סתירה בדברי רש"י
- ד. ישוב דברי רש"י
 1. ראב"ד
 2. מהרש"א
 3. רע"א
- ה. שיטת הרמב"ם – אין היפוך בשבועת הנוטלים
- ו. נ"מ בין שיטת רש"י לשיטת הרמב"ם
- ז. היפוך שבועה – שבועה חדשה או אותה שבועה
- ח. אי אפשי בתקנת חכמים

א. מקור הדין

איתא בגמ' שבועות (מא, א) :

מאי איכא בין שבועת דאורייתא לשבועה דרבנן איכא ביניהו מיפך שבועה. בדאורייתא לא מפכינן שבועה בדרבנן מפכינן שבועה, ולמר בר רב אשי דאמר בדאורייתא נמי מפכינן שבועה מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן איכא ביניהו מיחת לנכסיה.

מסביר רש"י את שאלת הגמ' מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, פירוש בין שבועת מודה מקצת לשבועת היסת של רב נחמן. ויש לברר מה הדין בשבועת הנוטלים, האם דינה כדין שבועה דאורייתא ולא מפכינן או כיון שגם היא מתקנת חכמים דינה יהא כשבועת היסת ומפכינן.

ב. שיטת רש"י – יש היפוך בשבועת הנוטלים

במשנה כתובות (פז, ב), הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה. ובגמ' שם : סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא דקא טעין מאתיים וקא מודה

ליה במאה, הויה ליה הודאה במקצה הטענה וכל המודה במקצת הטענה ישבע אמר רבא שתי תשובות בדבר וכו'.

והסבר דברי הגמ' כך: רמי בר חמא חשב, ששבועת האשה פוגמת כתובתה הרי היא כשבועת מודה מקצת, ובמסקנא אמר רבא שאין שבועה זו דומה לשבועת התורה אלא שזו שבועה אחרת - שבועת הנוטלים - שבועת המשנה, ומסביר רש"י שם למאי נ"מ למיפך שבועה.

וכתב הש"ך (חו"מ פז, ל), שמדברי רש"י עולה, ששבועת הנוטלים מפכינן בשבועה כדין שבועת היסת.

וכתב עוד בדברי רש"י, שאפשר להפוך כל סוגי שבועת הנוטלים, לא מיבעיא בשבועת הנוטלים, שמעיקר הדין היו צריכים ליטול ללא שבועה, כגון פוגמת כתובתה אלא שחכמים תיקנו שיטלו בשבועה. אלא גם בשבועת הנוטלים, שמעיקר הדין אינם יכולים ליטול אלא השבועה היא שמזכה אותם ליטול כגון שכיר ונחבל, אף באלה, יכולים להפך שבועה על הנתבע. והטעם לזה, כיון שחכמי המשנה תיקנו להם שיטלו בשבועה, תקנה זו היתה לטובתם, שיטלו בשבועה בע"כ של הנתבע, כ"ש שיוכלו להפך את השבועה על הנתבע.

ובאמת הר"ן (שבועות כא בדפי הרי"ף) כתב, שיש הבדל בין שני סוגי השבועות. במקום שצריך ליטול מדינא ללא שבועה כגון פוגמת כתובתה, יש בכוחו להפך שבועה כי הסיבה שבשבועה דאורייתא לא מפכינן משום שיש על הנתבע חיוב מרובה וה"ה לשבועת הנוטלים, שמדינא אין התובע צריך לישבע יכול להפך על הנתבע.

והוסיף וכתב, שזה נראה דעת רש"י שכתב (כתובות פח, א) אי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא, דנ"מ לענין מיפך והנדון שם פוגמת כתובתה ורק בשבועה כעין זו אפשר להפך.

אמנם, כתב הר"ן, ששיטת הרי"ף היא, שאין הבדל בין סוגי השבועות ואף בסוג זה אין מהפכין, כי דוקא מנתבע לתובע מהפכים בשבועה, דאמר ליה אנת לית לך גבאי ולא מידי, אנת אי ניחא לך אשתבע ושקול, אבל כאשר התובע רוצה להפך יכול הנתבע לומר אי ניחא לך אשתבע ושקול ואי לא ניחא לך ובעית להפוכי עלי שבועה. אע"ג שזה לטובתי לא ניחא לי בתקנה זו.

ולפי דעתו יש צורך להסביר דברי הגמ' בשבועות (מב, א): מאי איכא בין שבועת דאורייתא לדרבנן, שהכוונה - מה ההבדל בין שבועה דאורייתא

לשבועת היסת של ר' נחמן כפירוש רש"י שם, דאל"כ אין נ"מ בין שבועה דאורייתא לשבועת המשנה.

וכתב התומים (פז ס"ק יג) שדברי הש"ך הנ"ל צ"ע, שהרי רש"י פירש את הגמ' (שבועות מא,א) מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן והיא שבועת היסת, ולדברי הש"ך, שכתב בדעת רש"י שמפנין בשבועה – בכל סוגי שבועות הנוטלים, א"כ יכול רש"י לכתוב ששבועה דרבנן הכונה לשבועת המשנה ומה מאלץ אותו לפרש שהיא שבועת היסת.

ועוד שאל לדברי הש"ך, שבכל שבועות הנוטלים אפשר להפך, א"כ אף שבועת שכיר בכלל, וכיצד אפשר להפך שבועה על בעה"ב והרי היה טרוד בפועליו וכיצד נשביעהו בדבר שאינו זוכר.

וסיים התומים, שברור שבשבועות כעין אלה אי אפשר להפך.

והיה אפשר ליישב קושית התומים כך: קצוה"ח (פז ס"ק יד) סובר, שבשבועת הנוטלים, שמעיקר הדין נוטל ללא שבועה, אם מהפך השבועה על שכנגדו והלה לא רוצה לישבע יורדים לנכסיו כדין שבועה דאורייתא. לפי זה אפשר היה לומר, שרש"י פירש (שבועות מא,א) את ההבדל בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, שהיא שבועת היסת ולא שבועת הנוטלים, משום שהגמ' בהמשך הביאה נ"מ נוספות, ואחת מהם היא, שבשבועה דאורייתא אם לא נשבע יורדים לנכסיו, ואילו בשבועה דרבנן אין יורדים לנכסים. לדברי קצוה"ח, שאף בשבועת המשנה, אפשר לרדת לנכסים א"כ הנ"מ שמביאה הגמ' אינה נכונה.

אלא שיש לדחות, כיון שלדעת הש"ך ועוד אחרונים, בשבועת המשנה אם מהפך עליו ואינו רוצה לישבע אין יורדים לנכסים (דלא כדעת הקצוה"ח) ורק אם תפס אין מוציאין מידו והדרה קושיא לדוכתא.

ג. סתירה בדברי רש"י

האחרונים שואלים על שיטת רש"י, שלכאורה סותר דבריו. בכתובות (פז,ב) (סוגית פוגמת כתובתה) כתב, שהנ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן הוא מיפך שבועה ואילו בסוגיא בכתובות (פח,א) לגבי ע"א שמעיד, שכתובתה פרועה, ואמר רב פפא אי פקח הוא מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא. הסביר רש"י שם נ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן - נקיטת חפץ ומדוע שינה מדבריו?

ד. ישוב דברי רש"י

1. ראב"ד

הראב"ד (כתובות מח, א דפי הרי"ף), מסביר את דברי הגמ', דאי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא מיירי באשה שכבר נשבעה שהבעל לא פרע לה כתובתה וגבתה את כתובתה ואח"כ בא הבעל עם ע"א ורוצה לחייבה שבועה דאורייתא.

וא"כ ניתן לומר ששיטת רש"י כדברי הראב"ד, ומיירי שהאשה כבר נשבעה ולכן לא שייך נ"מ של מיפך שבועה ולכן רש"י הביא נ"מ אחרת של אנקוטי חפצא, מה שאין כן בדף פז, ב שם רש"י כותב נ"מ של מיפך שבועה כי שם בסוגיא אי אפשר להעמיד שהאשה כבר נשבעה, שאם כך ממילא נטלה את כספה ואין לבעל יכולת לתובעה על כך, לכן רש"י מעדיף להביא את הנ"מ של מיפך שבועה ולא אנקוטי חפצא שהיא נ"מ מתכסיסי השבועה. וכתב רע"א (בחידושו כתובות פח, א), שדברי הראב"ד ניתנים להאמר דוקא אליבא כשיטת רש"י שסובר שיש הבדל בין שבועת המשנה לשבועה דאורייתא לענין אנקוטי חפצא ולכן אע"פ שהאשה נשבעה כבר שבועת המשנה יכול הבעל הפקח לבא ולהשביעה שבועה דאורייתא בנק"ח, אבל לפי דברי תוס' ושאר הראשונים, שסוברים שאף בשבועת המשנה נשבעים בנק"ח ברור הדבר שהבעל אינו יכול לחזור ולהשביעה כיון שאין הבדל בין שני סוגי השבועות.

2. מהרש"א

המהרש"א שם בסוגיא מסביר את דברי רש"י באופן הבא: הסוגיא בכתובות פח, א דנה בפקח, שרוצה להשביע את האשה וכתבה את הנ"מ של אנקוטי חפצא ולא מיפך שבועה וזאת משום שישנם אנשים שבטוחים בתביעתם הצודקת ומוכנים אפילו לישבע ואף מעדיפים לישבע וליטול ולכן אי אפשר לכתוב את הנ"מ של היפוך שבועה, כי הם מעדיפים לישבע וליטול ואילו בסוגיא בכתובות (פז, ב) באדם שאינו פקח, באדם ה"טבעי" שמעדיף לא להשבע ולכן רש"י מביא את הנ"מ של היפוך שבועה.

מדברי המהרש"א עולה, שכאשר אדם פקח ובטוח בתביעתו מעדיף הוא להשבע ואינו חושש לשום סרך איסור בשבועה זו. ויש להעיר מדברי החתם סופר חו"מ (סימן צ), שנשאל האם יש אמת באימרה שאנשים מספרים, שמי שנשבע אפילו על אמת יש בידו עבירה. וכתב החת"ס שאיתא בחז"ל, שאלף עיירות היו לינאי המלך וכולם נחרבו על עוון שבועת אמת.

מדבריו עולה שאף שנשבע על אמת יש עוון בידו. אמנם יש להעיר ממחלוקת הראשונים בספר המצוות. הרמב"ם במצות עשה ז כתב: "בעת הצורך מצווה בה והיא מצות עשה" וביאור דבריו שכאשר יש צורך להשבע מקיים בזה מצוה. ואף הרמב"ן בהשגותיו כתב שאין זו מצות עשה אלא רשות, וודאי שישכים שאפשר להשבע ואין בזה שום סרך איסור.

3. רע"א

רע"א בחידושו (כתובות פח,א) מיישב דברי רש"י, עפ"י דברי הש"ך (פז,ל). הש"ך כותב, שיש נ"מ בין שיטת רש"י לרמב"ם, במקרה שיש ללווה עד מסייע שפרע את ההלוואה וצריך בעל השטר לישבע, ומהפך את השבועה על הלווה באופן זה אין העד יכול לפטור את הלווה משבועה, שאין העד עושה שתי פעולות – גם לחייב את בעל השטר בשבועה וגם לפטור את הלווה משבועה, לפי יסוד זה רצה רע"א ליישב דברי רש"י כך:

בכתובות (פז,ב) הובאה הנ"מ של היפוך שבועה, מפני שהסוגיא מתייחסת לדברי המשנה ובתקופת המשנה עדיין לא נתקנה שבועת רב פפא, שבועת "אישתבע לי דלא פרעתיד", וכאשר מהפכת שבועה אין העד המסייע יכול לפטור משבועה כי אין העד עושה שתי פעולות, אבל בסוגיא בכתובות פח,א הובאה הנ"מ של אנקוטי חפצא, ולא היפוך שבועה, כי שם עוסקים בדברי ר"פ, שאמר אי פיקח הוא מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא, ובזמנו כבר נתקנה שבועת אשתבע לי דלא פרעתיד וא"כ יכול לתבוע את בעל השטר ולחייבו שבועה - לא מכח עד אחד אלא מכח שבועת ר"פ אשתבע לי, וכאשר בעל השטר מהפך שבועה יכול העד המסייע לפטור את הלווה משבועה, שהרי לא עשה שתי פעולות ולכן רש"י אינו כותב את הנ"מ של היפוך שבועה, שהרי יכול לפטור את עצמו משבועה זו ונקט את הנ"מ של אנקוטי חפצא.

מדברי רע"א, עולה שבשבועת רב פפא היא שבועה ללא נקיטת חפץ ומצאנו בדברי הר"י (שבועות כ,ב), שהביא מחלוקת בזה, וז"ל:

איכא מ"ד דהאי שבועת היסת היא ואיכא מ"ד כעין שבועת התורה ואנן ס"ל כמ"ד כעין שבועת דאורייתא דומיא דפוגם שטרו.

מדבריו עולה ששבועת רב פפא דינה כדין שבועת פוגם שטרו, מה שם בנקיטת חפץ אף שבועת ר"פ הדין כן.

וּכְתַב הַר"ן שֵׁם: וְהָכִי וְדָאֵי מִסְתַּבְרָא מְדַאמְרִינְן בְּגַמְי וְכִי מַה בֵּין זֶה (שְׁבוּעַת רַב פּפֵּא) לַפּוּגִם שְׁטָרוּ. וְהַגְמִי לֹא אִמְרָה שֶׁזֶּו שְׁבוּעַת הִיסֵת וְזו כַּעֵין שְׁבוּעָה דְאֹרִייתָא ע"כ אֵין הַבְדֵּל בֵּין שְׁנֵי סוּגֵי הַשְׁבוּעוֹת.

וְא"כ לְפִי עֵמְדָתוֹ שֶׁל רַע"א שְׁבִסוּגִיא בְּכַתּוּבוֹת (פּח,א) חֵיּוֹב הַשְׁבוּעָה נוֹבַע מִטְעֵנָת אֲשֶׁתְּבַע לִי דְלֹא פִרְעֵתִיךְ וְלֹא מִכַּח הַעֵד א"כ לְדַבְרֵי שְׁבוּעָה זֶה לְלֹא נְקִיטַת חֶפֶץ?

וַי"ל שֶׁלְדַבְרֵי רַש"י שְׁסוּבֵר שְׁבוּעַת הַנוֹטְלִים הִיא לְלֹא נְקִיטַת חֶפֶץ, א"כ כֹּאשֶׁר אֲנֹנוּ מִשְׁוּוִים שְׁבוּעַת הַנוֹטְלִים לְשְׁבוּעַת רַב פּפֵּא נִמְצָא שֶׁגַם שְׁבוּעָה זֶה לְלֹא נְקִיטַת חֶפֶץ (דְּלֹא כְּדַבְרֵי הַר"ף וְהַר"ן).

וְעוֹד יֵשׁ לְהַעִיר שֶׁלְדַבְרֵי רַע"א רַש"י סוּבֵר כְּדַבְרֵי הַש"ךְ שֶׁאֵין ע"א עוֹשֶׂה שְׁתֵּי פְעוּלוֹת וְהֵנָּה בְּסִפְרָ שְׁעָרֵי בֵינָה בְּפִתְיַחָה לְשְׁבוּעוֹת אוֹתָהּ הִרְצָה לְהוֹכִיחַ מְדַבְרֵי רַש"י בְּשְׁבוּעוֹת מַד, ב דְּאִמְרִינְן שְׁע"א עוֹשֶׂה שְׁתֵּי פְעוּלוֹת. וְזֶה תוֹרֵף דְּבָרָיו:

בְּמִשְׁנָה בְּשְׁבוּעוֹת (מַד, ב): וְאֵלוֹ נִשְׁבַּעִים וְנוֹטְלִים הַשְּׁכִיר וְכו' וְשִׁכְנְגְדוֹ חֲשׂוֹד עַל הַשְׁבוּעָה וְפִירֵשׁ רַש"י שֵׁם וְז"ל: "שֶׁהִנְתַּבַּע שִׁכְנְגְדוֹ חֲשׂוֹד עַל הַשְׁבוּעָה וְנִתְחַיֵּב הַנְּתַבַּע שְׁבוּעָה מִן הַתּוֹרָה ע"י הוֹדָאָה בְּמִקְצַת נִשְׁבַּע הַתּוֹבַע וְנוֹטְלִי". וְשָׁאֵל הַשְּׁעָרֵי בֵינָה, מִדּוּעַ רַש"י לֹא פִירֵשׁ בְּסִתְמָא, שֶׁהִנְחֲשָׁד נִתְחַיֵּב שְׁבוּעָה דְאֹרִייתָא, אֲלֹא כְּתַב וְפִירֵט שְׁבוּעַת מ"מ וְהָרִי יֵשׁ גַּם שְׁבוּעָה ע"א שֶׁגַם הִיא מְדַאֲוִרִיתָא. מִכַּאֵן נִרְאָה שֶׁרַש"י רִצָּה לְאִפְוִקֵי שְׁבוּעַת ע"א, שְׁבִזָּה אֵין הַתּוֹבַע נִשְׁבַּע וְנוֹטְלִי, הִיכָא דְהַתּוֹבַע חֲשׂוֹד, דְּהָא הו"ל עַד הַמְסִייעַ וְס"ל דְּע"א עוֹשֶׂה שְׁתֵּי פְעוּלוֹת וְדְלֹא כְּדַבְרֵי הַש"ךְ הַנ"ל.

אֲמַנְסֵם, בְּדַמְשֶׁק אֲלִיעֶזֶר חו"מ (פֶּז ס"ק יד) כְּתַב לְדַחוֹת רֵאִיָּה זֶה, שֶׁאֲפִילוֹ לְמִי"ד שְׁע"א עוֹשֶׂה שְׁתֵּי פְעוּלוֹת, מ"מ מוֹדָה בְּחֲשׂוֹד שְׁנִתְחַיֵּב שְׁבוּעָה ע"י ע"א אֵין הַעֵד הַמְסִייעַ פּוֹטְרוֹ מִשּׁוֹם דְּאֵל"כ כ"א יוֹצִיא מִמּוֹן מַחֲשׂוֹד עִפְי"י ע"א וְאִפְשָׁר שֶׁזֶּו הַסִּיבָה שֶׁרַש"י לֹא הִזְכִּיר בְּפִירוּשׁוֹ עַל הַנְּחֲשָׁד בְּש"ד שְׁבוּעַת ע"א כִּי וְדָאֵי שְׁבִמְקָרָה כִּזֶּה אֵין הַתּוֹבַע נִפְטָר מִשְׁבוּעַת הַנוֹטְלִים.

וּמִקּוֹר דְּבָרָיו בְּדַבְרֵי תְּשׁוּבוֹת מִיְמוֹנִיּוֹת סִימָן סָא (הוֹבָאוּ דְּבָרָיו בְּשׁו"ת רַע"א קַעח) וְזֶה תוֹכֵן דְּבָרָיו: הַגְמִי בְּשְׁבוּעוֹת (לְב, ב) דְּנָה בְּמִי שְׁבַעֵל דִּינֵנו חֲשׂוֹד עַל הַשְׁבוּעָה וְכוּפֵר לוֹ מִמּוֹן וְיֵשׁ לוֹ עַד שִׁוּדַע לוֹ עֵדוֹת שֶׁהִלָּה חֵיּיב לוֹ, וְנִשְׁבַּע הַעֵד שֶׁאֵינֵנו יוֹדַע לוֹ עֵדוֹת - חֵיּיב (קֶרְבֵּן שְׁבוּעַת הַעֵדוֹת). וְהַטַּעַם הוּא, הוֹאִיל וְהַמְלוּהָ אוֹמֵר אִם אֲתָה מַעִיד לִי עֵדוֹת, חֲכַמִּים הִיוּ מֵהַפְּכִים אֶת הַשְׁבוּעָה עָלֶיךָ (כִּיּוֹן שֶׁהִלּוּהָ חֲשׂוֹד) וְהֵייתִי נִשְׁבַּע וְנוֹטְלִי, וְשָׁאֵלָה הַגְמִי מִי יֵימֵר דְּמִשְׁתַּבַּעֵת,

שלכאורה יכול העד לטעון מי יאמר שהיית מסכים להשבע וא"כ לא הפסדתי לך ממון וענתה הגמ' כגון ששניהם חשודים.

שאל תשובות מימוניות, מדוע צריך להשבע וליטול, הרי העד מסייע ויפטור אותו משבועה ותירץ שאין העד המסייע פוטר במקרה כזה, שיש חשוד כנגדו כיון שנמצא שעד זה יקום לממון והתורה אמרה שע"א קם לשבועה ולא לממון.

ולפי זה אפשר להסביר דברי רש"י בשבועות מד,ב שלא מזכיר בשבועה דאורייתא את דין שבועת ע"א כי אין בכוחו של העד לפטור משום שנמצא קם לממון.

ה. שיטת הרמב"ם – אין היפוך בשבועת הנוטלים

הרמב"ם טו"נ (א,ד) פסק: "אבל מי שנתחייב שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעים ונוטלים אינו יכול להפוך שבועה שהרי הנתבע אומר לו השבע וטול כמו שתקנו לך חכמים ואם לא רצה להשבע ילך לו"

ובהלכה ו: "ואין לך שבועה שתהפך אלא שבועת היסת בלבד אבל שבועה של תורה או של דבריהם שהיא כעין של תורה אין הופכים שבועתן".

מדבריו עולה שרק בשבועת היסת אפשר להפך אבל לא שבועת הנוטלים (דלא כשיטת רש"י).

בטעם הדין כתב המ"מ שם, לפי ששבועה זו קלה ויפו בה חכמים את הנתבע, שאם רצה להפכה על התובע הרשות בידו. והעיר הלח"מ שם כיצד פסק הרמב"ם באדם המחויב שבועת היסת ואינו רוצה להשבע אין יורדים לנכסיו מטעם שאמרנו ששבועה זו קלה וא"כ מדוע כתב דין זה אף בשבועת הנוטלים והרי לדברינו שבועה זו כוחה כעין שבועה דאורייתא, ותירץ שהרמב"ם סובר שיש להשוות כל סוגי שבועות דרבנן - היסת ושבועת המשנה לתועלת הנתבע לאוקמי ממונא, ולפי זה בענין ירידה לנכסים פוסקים שאין יורדים לנכסיו גם בשבועת הנוטלים משום שזה לתועלת הנתבע ובהיפוך שבועת הנוטלים לא מפכינן שזהו טובת הנתבע.

ו. נ"מ בין שיטת רש"י לשיטת הרמב"ם

השי"ך (פז ס"ק ל) הביא שתי נ"מ בין שיטת רש"י וסיעתו לבין שיטת הרמב"ם:

1. במקרה שהתובע תופס בעדים ללא שבועה וטוען כנגד הנתבע קים לי כדעת רש"י ותוס' ומהפך אני עליך שבועה ולא אחזיר עד שתשבע לי.

נתה"מ (ס"ק ט) העיר שטענה כזו אפשרית רק בשבועת הנוטלים, שמעיקר הדין נוטל ללא שבועה כגון פוגמת, אבל שבועת הנוטלים, שמדינא לא נוטל ללא שבועה א"כ מה בכך שטוענו התובע טענה כזו הרי הנתבע יטען כנגדו שאינו מוכן להשבע ובי"ד לא יכולים לרדת לנכסיו, שאדם המחויב שבועת הנוטלים הדין הוא שאין יורדים לנכסים, ומחויב התובע להחזיר מה שתפס כיון שתפס ללא רשות והבי"ד לא יכול לנדות את הנתבע ולהכריחו להשבע משום שיכול לטעון קים לי כשיטת הרמב"ם, שבשבועת הנוטלים לא מפכין.

וכן כתב קצוה"ח (ס"ק יד), שבסוג כזה של שבועת הנוטלים צריך התופס להחזיר מה שתפס, וסיים שם ופסק: כל דאיכא ספיקא בתפיסה עצמה, אי מהני או לא אינו יכול לומר קים ליה ובפרט, שגם הסברא נוטה לזה, שהרי אין לו כח יותר מבי"ד וכיון שהבי"ד אין להם לירד לנכסיו אם אינו רוצה להשבע אף הוא אינו יכול לתפוס.

2. נ"מ נוספת, במקרה שיש ע"א המעיד על שטר שהוא פרוע, וצריך בעל השטר להשבע. לשיטת רש"י וסיעתו יכול להפך את השבועה על הלוח ושוב העד לא יוכל לסייע לפוטרו משבועה כעד המסייע משום שאין בכוחו לפעול שתי פעולות: גם לחייב שבועה את המלוה וגם לפטור את הלוח משבועת היפוך, ואילו לשיטת הרמב"ם שלא יכול להפך שבועת הנוטלים, יכול רק לטעון המלוה אי אפשי בתקנת חכמים והריני כשאר תובעים כמלוה ע"פ. במקרה כזה העד יכול לסייע ללוח לפוטרו משבועה מדין עד המסייע, שאין הוא פועל שתי פעולות אלא רק פוטר משבועת היסת.

ז. היפוך השבועה – שבועה חדשה או אותה שבועה

יש לחקור בדין היפוך בשבועה, האם עצם השבועה עוברת מהנתבע לתובע, או שנאמר שעיקר חיוב השבועה נשאר אצל הנתבע אך יש לו זכות להמנע מלשלם כל זמן שלא ישבע התובע. ושבועת התובע היא שבועה מחודשת ולא אותה שבועה שחלה על הנתבע מעיקרא (עיין שיעורי הגרי"ד סולוביצ'יק שבועות מא,א).

לכאורה היה ראוי לדון גם בשבועת רב פפא "אשתבע לי דלא פרעתיך",^{*} מהו גדר חיוב שבועה זו? אפשר לומר שזו שבועה בגדר גביית תשלומים מהנתבע, שהרי יש שטר בידי התובע, שמוכיח שחייב הנתבע לשלם אלא שנתנו זכות לנתבע לעכב את התשלומים עד אשר התובע ישבע.

סמוכים לכך מדברי הגמ' עולה, שחיוב שבועת רב פפא רק אם הנתבע תובע טענה כנגד התובע ואילו שבועה זו היתה בגדר שאר שבועות, בי"ד היה פוסק השבועה כשאר שבועות הדיינים, ולפי זה אפשר לומר, שגם יסוד של היפוך שבועה הוא בגדר של צורת גביית תשלום ממוני. ויש להוכיח זאת מדברי ר' האי גאון, המובאים בתוס' שבועות (מא,א), שמשווה בין אשתבע לי דלא פרעתיך לדין מיפך שבועה ולמד זאת מק"ו: ומה באשתבע לי שביד התובע מצוי שטר מקוים ואעפ"כ רשאי הנתבע לדרוש ממנו שבועת הנוטלים לפני שישלם עאכו"כ במקום שאין לתובע ראית שטר, שיש לנתבע זכות לעכב תשלומים כ"ז שלא ישבע התובע.

ומוסיף הגריד"ס שכל מה שאמרנו זה דוקא לאותם גאונים שסוברים שאין התובע יכול להפך את השבועה בחזרה על הנתבע, אולם לאותם גאונים שמובאים בסוף דברי התוס' דלעיל, שיכול התובע להטיל את השבועה בחזרה על הנתבע, ליכא ראיה. וההסבר לזה הוא, שאם טעם היפוך השבועה זה עיכוב בתשלום, א"כ אפשר לומר זאת רק על הנתבע שעליו החובה לשלם, אבל התובע שהוא גובה את הממון אי אפשר שיטען כנגד הנתבע הישבע והיפטר.

ולפי יסודי חקירה זו אפשר להסביר מחלוקת רש"י והרמב"ם הנ"ל בשאלה האם אמרינן מיפך שבועה בשבועת הנוטלים.

לדעת רש"י וסיעתו דס"ל שאפשר להפך, נראה שסוברים כמו הצד הראשון, שיסוד היפוך שבועה הוא, שעיקר חיוב השבועה נהפך מהנתבע לתובע או במקרה שלנו מהתובע לנתבע.

אבל לשיטת הרמב"ם וסיעתו שאין מהפכים בשבועת הנוטלים י"ל דס"ל שיסוד היפוך השבועה הוא בגדר גביית תשלום ממוני וישנה זכות לנתבע לעכב את התשלום עד אשר ישבע התובע וזה דוקא כשהנתבע מעכב מלשלם אבל התובע שהוא גובה את הממון לא שייך שיהפוך את השבועה על הנתבע כי אין הוא מהפך עצם השבועה אלא זה בגדר עיכוב תשלומים.

^{*} ע"י במאמרו של הרב אלחנן שלום אלגרוד בחוברת זו (הערת מערכת).

בחידושי ר' אריה לייב מאלין (סי' פד) כתב כך: היפוך שבועה תיקנו לו חכמים, שיכול לפטור עצמו מחיוב השבועה בזה שמהפך על חברו, אבל בנשבעים ונוטלים אינו מחויב שבועה כלל, אלא נתנו לו זכות ליטול בשבועה, וא"כ אינו יכול להפך שבועה על הנתבע, שהרי מאבד זכותו ליטול בשבועה. וזו כוונת הרמב"ם וסיעתו; אבל רש"י סובר, שגם בשבועת הנוטלים היא שבועה ככל השבועות האחרות, שאדם מחויב שבועה, וגם בזה יכול להפך שבועה ולפי סברא זו רצה ר' אריה לייב (פד, א) ליישב ולהסביר דברי הרמב"ם טו"נ ט, ח:

מכאן אתה למד לכל הנשבעים ליטול בין שבועה קלה בין שבועה חמורה, שאינו נשבע על מה שטען אלא על מה שנוטל, אע"פ שטוען יותר.

והטעם, כיון שחייב שבועה זו תיקנו לו חכמים ליטול בשבועה א"כ אינו נשבע אלא לפי מה שנוטל, אבל לשיטת רש"י, שסובר ששבועה זו, שתיקנו כשאר כל השבועות וצריך לישבע על כל טענתו אע"פ שבפועל נוטל רק חלק מהתביעה (כגון שתובע 100 ולנתבע יש רק 50 לשלם) ולכן רש"י מסביר טעם אחר בדברי הגמ' ב"מ (ה, ב) במקרה של שנים האוחזין בטלית, שנשבע שכולה שלו ומקבל חצי מהמציאה (מחשש ללעז על ב"ד) ודלא כרמב"ם, שהסביר שנשבע על חציה משום שזה נוטל על זה בלבד ישבע ולא הזכיר משום לעז.

ח. אי אפשי בתקנת חכמים

רמב"ם טו"נ (א, ד) פוסק, שאעפ"י שבשבועת הנוטלים אינו יכול להפך שבועה "הורו רבותי אם יטען התובע אי אפשי בתקנת חכמים והריני רוצה לתובעו שבועת היסת ויפטר שומעין לו".

וכתב הגר"א מקור לדברי הרמב"ם מהגמ' ב"ק (ח, ב) דאמר רבא כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעים לו מאי כגון זו כדרב הונא דאמר יכולה אשה שתאמר לבעלה איני נזונית ואיני עושה.

לכאורה דין זה נאמר רק לגבי תקנות שהם לטובתו ישנה אפשרות לטעון איני חפץ בתקנת חכמים.

וא"כ יש לשאול על פסק הרמב"ם, שכתב שבשבועת הנוטלים יכול לטעון "אי אפשי" ומדבריו עולה שאין הבדל בין שני סוגי שבועת הנוטלים ואף בסוג השבועה שמעיקר הדין יכול ליטול ללא שבועה כגון פוגמת כתובתה ובאו חכמים והחמירו עליה ליטול בשבועה, ומשמע שתקנה זו אינה לטובתה וא"כ

כיצד יכולה לטעון איני חפצה בתקנה זו והריני רוצה לתבוע שבועת היסט ושומעים לה?

ועיין בערך השולחן לר' יצחק טייב (פז, מו דין יב), שכתב שיש צורך לפרש דברי הר"י מגא"ש שהם מקור דברי הרמב"ם, שמדובר דוקא בסוג שבועת הנוטלים שנתקנה לטובתו כגון בשכיר וכו' ואין דין זה של הרמב"ם נאמר בסוגי השבועה, שנתקנו להחמיר עליו.

ועיין בדברי הש"ך (חו"מ פז ס"ק לה), שהביא תרומת הדשן שכתב שלדעת הרא"ש אין אפשרות למחויב שבועת הנוטלים לומר לנתבע השבע היסט ויפטר.

והטעם הוא משום דאל"כ ישנה נ"מ בין שבועה דאורייתא לדרבנן (הנוטלים), שבדאורייתא אינו יכול בשום מצב לפטור עצמו משבועה ואילו בשבועת הנוטלים יכול להפך שבועה בטענת אי אפשי והשבע אתה ותפטר ובמסקנתו כתב הש"ך, שלדעתו לכו"ע יש אפשרות להטיל את השבועה על הנתבע ואינו מבין מדוע הרמב"ם מביא דין זה בשם רבותיו שהרי דין פשוט שיכול לטעון השבע היסט והפטר.

ועיין בשער המשפט (פז, יג), שתמה על דברי הש"ך וכתב דאשתמיט ליה דברי תשובת מימוני, שלא אמרינן שיכול אדם לומר אי אפשי בתקנת חכמים אלא היכא דליכא פסידא לאחריני והוא מוחזק, כגון אשה שאומרת איני ניזונית ואיני עושה שהיא מוחזקת במעשה ידיה, אבל להוציא מיד חבירו כגון בבע"ח, שדינו מתקנת חז"ל בבינונית, אינו יכול לומר אקח זיבורית, וא"כ הכי נמי נאמר, שאין בעל השטר יכול לומר אי אפשי בטובתי להוציא ולחייב הנתבע היסט.

עין עוד בשטמ"ק (ב"ק ז, ב) שלפי יסוד זה תירץ שאלת ר"י הלבן בריש כתובות, דקאמר התם הגיע הזמן באחד בשבת ולא נישאו מעלה לה מזונות (מיום רביעי בלבד, כי תק"ח מעכבתו מלישא עד יום רביעי), ואמאי תימא ליה מאי טעמא אינה נשאת משום תקנתא דידי, דשקדו חכמים על תקנת בנות ישראל, שיהא שמח עמה ג' ימים בהאי תקנתא לא ניחא לי? אלא י"ל כיון שרוצה להוציא מהבעל מזונות אינה יכולה לטעון בהאי תקנתא לא ניחא לי.

היפוך בשבועת הנוטלים

ויש ליישב קושיית שער משפט כד: מה שכתב השי"ך, שלדעתו לכו"ע יכול לטעון כנגד הנתבע: השבע והפטר, אין זה מטעם אי אפשרי בתקנת חכמים אלא שיש לאדם שתי דרכים כיצד לתבוע ממונו:

בדרך אחת – להשבע וליטול כתקנת חכמים, ובדרך אחרת – יכול לתבוע ממונו כשאר כל אדם, ואם הלה כופר, צריך להשבע היסת וא"כ יכול התובע לטעון דל שבועת הנוטלים ואיני חפץ לטעון בדרך זו אלא בדרך השניה ובטענה כזו כו"ע יודו שטענתו מתקבלת.

ואפשר למצא סמוכין לכך בדברי החזו"א (חוי"מ י, כג), וז"ל:

דהנוטלים בשבועה יכולים לותר זכותם ולתבוע היסת, דודאי התובע יש לו זכות היסת על הנתבע אף שיש לו עוד זכות להשבע וליטול.

ועוד יש ליישב ולדון, האם כאשר אדם טוען איני חפץ בתקנה זו ומכח טענה זו מחייב את הנתבע שבועה, האם זה נחשב כמוציא ממון¹ ואפילו שנאמר, שזה נחשב כמוציא ממון ואינו יכול לטעון איני חפץ, י"ל שכיון שהנתבע יכול לחזור ולטעון השבע אתה וטול מדין היפוך שבועה אין זה נחשב להוציא כי יכול לפטור עצמו משבועה ע"י היפוך השבועה.

¹ עיין קהילות יעקב ב"ב סימן ז.