

האם חשוד פסול לשבועה מדאורייתא או מדרבנן?

א. פתיחה

1. גדר החשוד
2. פסק הרמב"ם וה"שולחן ערוך"
3. "ההוא רעיא"
- ב. דין דאורייתא או דין דרבנן
- ג. "חשיד אממונא חשיד אשבועתא"
- ד. קושיית בעל "קצות החושן" ותירוציה
1. תוספות ד"ה "שכנגדו קאמינא"
2. תירוץ קושיית בעל "קצות החושן" על פי הגרנ"ט
3. ביאור שיטת ר' שמואל רוזובסקי בדברי בעל "קצות החושן"

א. פתיחה

במשנה במסכת שבועות (מד, ב) נאמר :

ושכנגדו חשוד על השבועה כיצד? אחת שבועת העדות ואחת שבועת הפיקדון ואפילו שבועת שווא - היה אחד מהן משחק בקוביא ומלווה בריבית ומפריחי יונים וסוחרי שביעית - שכנגדו נשבע ונוטל.

הגמרא (מו, ב) העוסקת בדברי המשנה כותבת :

מאי אפילו שבועת שווא? לא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא הנך - דאית בהו כפירת ממון, אלא אפילו הא נמי - דכפירת דברים בעלמא הוא - לא מהיימן. וליתני נמי שבועת ביטוי? כי קתני שבועה, דכי קא משתבע - בשקרא קא משתבע, אבל שבועת ביטוי דאיכא למימר דבקושטא קא משתבע - לא קתני. תינח אוכל ולא אוכל, אכלתי ולא אכלתי מאי איכא למימר? תנא שבועת שווא וכל דדמי ליה.

1. גדר החשוד

החשוד על השבועה, פירושו: מי שידוע שנשבע לשקר, ובמובן הרחב הדבר כולל אף את מי שעבר עבירה אחרת, שחושש בית הדין שישבע לשקר. הגדרה זו, נובעת מן המשנה

האם חשוד פסול לשבועה מדאורייתא או מדרבנן?

המצוטטת לעיל, וכן מוכח הדבר מדברי רש"י (עה, א, ד"ה 'אחת שבועת העדות') - שחשוד אדם זה, בין שנחשד על שבועת העדות, בין שנחשד על שבועת הפיקדון (שכפר ונשבע לשקר).

2. פסק הרמב"ם וה"שולחן ערוך"

הרמב"ם (טוען ונטען ב, א) פוסק:

כל חשוד על השבועה - אין משביעין אותו, לא שבועת התורה ולא שבועה מדבריהם ולא שבועת היסת, ואפילו רצה התובע - אין שומעין לו.

טעם הדברים הוא שחושש בית הדין שמא ישבע לשקר, ועל כן אין הוא נאמן בשבועתו ואף קרוי "פסול לשבועה".

כך פוסק ה"שולחן ערוך" (חושן משפט צב, א):

החשוד על השבועה, אין משביעים אותו, לא שבועת התורה ולא שבועה של דבריהם. ואם אמר התובע: אקבל שבועתו, אף על פי שהוא חשוד - אין שומעין לו.

3. "ההוא רעיא"

כך אף למדנו מן הסוגיה המקבילה במסכת בבא מציעא (ה, א), העוסקת בענייני החשוד:

ההוא רעיא, דהוּו מסרי ליה כל יומא חיותא בשהדי. יומא חד, מסרו ליה בלא שהדי. לסוף אמר להו: לא היו דברים מעולם. אתו שהדי, אסהידו ביה דאכל תרתי מינייהו. אמר רבי זירא: אם איתא לדרבי חייא קמייתא - משתבע אשאר. אמר ליה אביי: אם איתא משתבע! והא גזלן הוא! אמר ליה: שכנגדו קאמינא.

הגמרא מתארת מקרה כדלהלן:

רועה, אשר בכל יום מסרו לו מספר בהמות בפני עדים, ונמסרו לו יום אחד ללא עדים. כאשר נתבע הרועה להשיבם, טען כי לא היו דברים מעולם - ומעולם לא קיבל את הבהמות. באו עדים, והעידו כי אכל שתי בהמות מתוך הבהמות שנמסרו לו באותו היום. אמר ר' זירא: אם הלכה כר' חייא קמייתא¹ - דינו שישבע על השאר. אמר לו אביי: איך יכול הוא להישבע, הרי הוא גזלן?

¹ "תני רבי חייא: מנה לי בידך, והלה אומר: אין לך בידי כלום, והעדים מעידים אותו, שיש לו חמישים זוז - נותן לו חמישים זוז, וישבע על השאר - שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, מקל וחומר" (בבא מציעא ג, א).

ענה ר' זירא: אם אכן הייתה מוטלת עליו שבועה מלכתחילה, ועכשיו נעשה הוא חשוד - ישבע השני ויטול ("שכנגדו קאמינא"). כוונת ר' זירא היא שיש להשביע את התובע.

ב. דין דאורייתא או דין דרבנן

נחלקו הראשונים, האם חשוד על השבועה - פסול לשבועה מדאורייתא או מדרבנן? יש הסוברים, כי פסולו הינו מן התורה². טעמם הוא שכיוון שגזל - וכבר טעם טעמו של איסור גזילה, ישבע אף לשקר - כיוון שאין איסור שבועת שקר חמור בעיניו יותר מאיסור גזל. אולם, יש מן הראשונים אשר כתבו כי אף הנשבע לשקר אינו פסול לשבועה אלא מדרבנן.³

התוספות (בבא קמא קח, א, ד"ה 'ותרי') עוסק בנקודה זו, וממנו משמע כי פסולו של חשוד הינו מדרבנן:

מחמת שנעשה פסול בשבועה שנייה, משעה שנמצא שקרן בראשונה - אין לפוטרו. **משום דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל**, כדמוכח בשבועות (מה, א), דקתני: "ושכנגדו חשוד על השבועה". ומשמע התם דמדרבנן הוא, וכיוון דמדאורייתא שבועתו שבועה - מחייב כפל.

כנגד זה, מצינו דברים הנראים סותרים, לכאורה, במכילתא דרשב"י. בפרשת משפטים (שמות כב, ז) נאמר:

שבעת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, ולקח בעליו ולא ישלם.

המכילתא דרשב"י, דורש על פסוק זה⁴:

"שבעת ה' תהיה" וגומר - אין אנו יודעין אי זה ישבע ויטול, אי זה ישבע וייתן, תלמוד לומר: "ולקח בעליו ולא ישלם", כיוון שקיבלו בעלים שבועה - הלז פטור מלשלם. יכול אף השכיר והנגזל והנחבל? תלמוד לומר: "בין שניהם" - פעמים שזה נשבע ופעמים שזה נשבע. **ומנין שכנגדו חשוד על השבועה הרי זה נשבע ונוטל?** תלמוד לומר: "בין שניהם" - פעמים שזה נשבע ופעמים שזה נשבע. מנין שכשם שהשבועה חלה על הנשבע, כך שבועה חלה על המשביע? תלמוד לומר: "שבעת ה' תהיה בין שניהם" - לגזירה שווה.

² רשב"א (שבועות לא, א); רמב"ן; רשב"א וריטב"א (בבא מציעא ג, ב); ר"ן שבועות (מד, ב) שכתב "דמדינא"; פסקי רי"ד (שבועות מז, א).

³ כך מוכח אף מדברי בעל "שערי שבועות" (יג, א, ד"ה 'והרביעי'):

"בכך אמרו חכמים להעביר השבועה מזה החשוד, ולא יפטר... וראיה שבהיפוך שבועה אינו אלא בשבועה דאורייתא, וכדגרסינן: "שכנגדו חשוד על השבועה" איכא בינייהו, בדאורייתא מפכינן לה אאידך, **בדרבנן** תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן..."

⁴ הוצאת ישיבת שערי רחמים ובית הלל, אפשטיין-מלמד ירושלים (עמוד 205).

האם חשוד פסול לשבועה מדאורייתא או מדרבנן?

מה שניהם האמור להלן - עד שתהא שם הודאה והודאה ממין הטענה, אף שניהן האמור כאן - עד שתהא שם הודאה והודאה ממין הטענה.

לכאורה, רואים אנו כאן סתירה בין התוספות, שטען כי מקור הפסול הינו מדרבנן, לבין מה שנראה, על פניו, כדברים מפורשים במכילתא, הלומדת פסול זה מפסוקי התורה עצמם!

ר' יהודה נג'אר, בספרו "שבות יהודה" (עמוד קטז, ד"ה 'שכנגדו חשוד') מסביר כי דברי המכילתא הינם אסמכתא בלבד:

ויש לומר, דעיקר קרא - להוציא את היורשין, אבל שכנגדו חשוד - סברא הוא ואסמכה תנא אקרא ד"בין שניהם".

בהמשך (שם, ד"ה 'שלא ישביעו'), הוא אף מוכיח את דבריו אלה:

דחכי משמע: "בין שניהם" - תהא השבועה, שזה רוצה להשביע את זה. אך, אם אין התובע רוצה להשביעו, אין לו לדיין להשביעו בעל כורחו. והא נמי **סברא הוא, ואסמכה אקרא**.

כעזר לדברי ה"שבות יהודה", נביא את דברי המלבי"ם בפירושו לפסוק לעיל:

ממה שנאמר: "בין שניהם", ולא אמר שישביע השומר, בא לדייק ולא בין היורשים, כמו שמפרש בשבועות. והנה חז"ל תיקנו, שאם חשוד על השבועה "שכנגדו נשבע", ואסמכהו על מה שכתוב: "בין שניהם", שמשמע שיצויר שבועה גם להתובע...⁵

⁵ אף על פי כן, יש החולקים על דברי תוספות, וסבורים שהפסול הינו אכן מן התורה. כך כותב הרדב"ז (שו"ת, קעד):

"עוד שאלת: מי שנתחייב שבועת היסת ונשבע, ואחר כך נודע שנשבע לשקר - אם נפסל לעדות ולשבועה מן התורה או מדרבנן.

תשובה: לא ידעתי מקום לשאלה זו, שהרי לא מפני שכפר בממון נפסל, כדאמרינן לגבי גזלן אי מדאורייתא אי מדבריהם, **אלא מפני שנשבע לשקר נפסל**. ומה לי שיהיה חיוב השבועה מדאורייתא או מדרבנן, והלא מי שעבר על שבועת ביטוי, אף על פי שאין שם עסק ממון כלל - נפסל לעדות ולשבועה עד שיעשה תשובה. ותשובתו, משיבוא לבית דין שאין מכירים אותו - ויאמר להם חשוד אני, או יתחייב שבועה בבית דין שאין מכירין אותו, בממון חשוב - וישלם ולא ירצה לישבע. ושאר פסולי עדות, משום ממון שגזלו או שחמסו - אף על פי ששילמו צריכין תשובה, לשון הרמב"ם ז"ל".

משמע מדבריו, כי פסול זה הינו מדאורייתא. הדברים נראים כך, כיוון שכל ההסתפקות שלו הינה באשר למקור פסולו של גזלן, האם הוא מדאורייתא או מדרבנן. כלומר פשוט היה לרדב"ז כי פסולו של החשוד הינו מדאורייתא.

ג. "חשיד אממונא חשיד אשבועתא"

במסכת בבא מציעא (ה, ב) דנה הגמרא בדין: "מיגו דחשיד אממונא - חשיד אשבועתא"⁶.

נעיין בדברי התוספות (שם, ד"ה 'דחשיד'):

הקדמה: ישנו הבדל בין "חשוד" ל"גזלן". **חשוד** הינו אדם, שישנו יסוד לחשוב שמשקר כעת, כיוון שידוע לנו ששיקר בבית הדין. **גזלן** הינו אדם, אשר ידוע לבית הדין כי גזל במזיד, ועתה ישנו חשד שיבוא להישבע לשקר.

הנושא: מדוע "חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא"?

נראה, דהיינו טעמא - משום דשבועה חמורה, כדאיתא ביומא (פו, א) ובשבועות (לט, א), שהעולם נדעזע על "לא תשא".

קושיית תוספות:

ואם תאמר: אם כן, אמאי גזלן פסול לשבועה, דאמר "שכנגדו נשבע ונוטל"?

למשל, מהו טעם דינו של "ההוא רעיא", כאשר אין בית הדין מרשה לרועה להישבע, כיוון שהוחזק כגזלן, הלא קבענו ש"חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא"?

עונים התוספות שני תירוצים:

א. ויש לומר: דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן, ולעדות הוא דפסול מדאורייתא, משום: "אל תשת רשע עד".

מדאורייתא, "חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא", אלא שחכמים הם שפסלו את הגזלן אף **משבועה**.

לעומת זאת, בעניין **עדות**, פסול הגזלן אף מדאורייתא, מפני שיש לחוש לכך שמזלזל הוא בעדות שקר יותר מאשר בשבועת שקר.

נראה, כי זו הסברא בחילוק לעיל: בעדות אשר מעיד העד על אחרים, עליו להיות בכשרות גמורה, על מנת שנפסוק על פיו. לעומת זאת, בכדי לפטור עצמו בשבועה, יהיה העד נאמן, אף על פי שעבר עבירה.

מפשט דברי התוספות בתירוץ זה ניתן לדייק, כי רק בדינו של גזלן, הפסול הינו בבחינת קנס שקנסוהו חכמים. אולם ביתר הפסולים, יאמר התוספות, כי יהיה לחשוד פסול שבועה **מדאורייתא**.

⁶ כוונת השאלה הינה, האם סובר בית הדין כי החשוד על הגזל חשוד לעבור אף על שבועת שקר.

האם חשוד פסול לשבועה מדאורייתא או מדרבנן?

ב. ויש מפרשים, בשם הרב ר' יהודה חסיד: הא דחשיד אממונא כשר לשבועה, משום דשמא על ידי שבועה יפרוש מגזל. אבל גזלן ודאי, כמו שמממון אינו פורש - הוא הדין משבועה.

כלומר, החשוד כגזלן, אולם **לא הוחזק** בזה עדיין, מתיר לו בית הדין להישבע, בתקווה שישוב ותוסר מעליו עונת החשד. מה שאין כן **בחשוד אשר הוחזק** כגזלן, שם חושש בית הדין כי כשם שלא נמנע מלשלוח ידו בממון חבירו - כך אף לא ירתע מלשקר.

יש שהסבירו בתירוץ זה בתוספות, כי בדינו של ספק גזלן, ניתן לומר כי בזכות השבועה - יפרוש אף מן הגזל, כיוון שעובר בזה שני איסורים, ומתיירא אדם משני איסורים יותר מאיסור אחד. אולם, בדינו של גזלן ודאי, אין לומר כי יפרוש מן הגזל שכבר גזל, על ידי שבועה שישבע, ועל כן פסול הוא לשבועה.

המסקנה העולה מדברי התוספות היא שישנן שתי סברות מדוע "חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא":

א. אדם נרתע משבועת שקר, יותר מאשר איסור גזל.

ב. ר' יהודה החסיד תולה את הסברו באישיותו של האדם. אדם אשר מעולם לא הורשע כגזלן, ישנו מקום לומר כי ירתע מפני חומרת השבועה ויודה. אולם, אדם שכבר הורשע כגזלן, אין מקום לקוות כי ירתע מחומרת השבועה, וכשם שגזל - ישבע לשקר.

ד. קושיית בעל "קצות החושן" ותירוצה

מקשה בעל "קצות החושן" (צב, א) כי לדעת התוספות במסכת בבא קמא, חשוד על השבועה נפסל מדרבנן. אם כך, מדוע מתלבטת הגמרא במסכת בבא מציעא, האם החשוד על הממון יהיה חשוד על השבועה מדאורייתא או לא?

בעל "קצות החושן" מתרץ כי חשוד על השבועה אינו נפסל להישבע, אף שכבר נשבע לשקר, מכיוון שמן הסתם כבר עשה תשובה. מה שאין כן בדינו של החשוד על הממון, שעדיין הממון בידו, וברור לנו כי לא עשה תשובה, ועל כן פסול הוא לשבועה מדאורייתא.

מוסיף בעל "קצות החושן": מדוע משביעים כעת את החשוד, הלא החשוד על השבועה פסול מדרבנן, שכן למסקנת התוספות (שם ה, ב, ד"ה 'דחשיד') אין אומרים "מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא", ושם הקשו "אמאי גזלן פסול לשבועה"!

1. תוספות ד"ה "שכנגדו קאמינא"

התוספות (בבא מציעא ה, א) דן בשאלה הבאה: מתי דינו של הנתבע הינו "שכנגדו נשבע", ומתי "מתוך שאינו יכול להישבע - משלם"?

מקשה התוספות: מהו ההבדל אשר בגללו דינו של חשוד על השבועה - "שכנגדו נשבע ונוטל"? מדוע אין אומרים כי מתוך שאינו יכול להישבע - משלם, כמו במקרים כדלהלן:

"חמשין ידענא" - התובע טוען שהלווה מאה, והנתבע טוען כי זוכר הוא שלוה חמישים, אולם את החמישים האחרים אינו זוכר. כותבת הגמרא, כי מצד הדין על הנתבע להישבע, כדינו של כל מודה במקצת, אולם היות ואין הוא יכול להישבע, כיוון שאינו זוכר - חייב הוא לשלם.

"נסכא דר' אבא" - עד אחד מעיד כי חטף ראובן חפץ משמעון. ראובן מודה בעובדות, אולם כופר באשמה וטוען כי החפץ שייך לו. רבי אבא פסק, כי ראובן חייב להחזיר את החפץ, שכן העד האחד מחייב את ראובן בשבועה. כיוון שאין ראובן יכול להישבע, שהרי הודה, שייך כאן הכלל "מתוך שאינו יכול להישבע - משלם". כלומר: אדם החייב שבועה מן התורה, אולם אינו יכול להישבע, דינו הוא שמוטל עליו למסור את החפץ. התוספות מוכיחים מכאן, כי מדאורייתא "חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא", שהרי ראובן חשוד כגנב, על פי דברי העד, ובכל זאת, אילו היה ראובן מכחיש את דברי העד - היה נשבע שבועה דאורייתא.

עונה התוספות: בנידון שלפנינו, אם נפסוק שישלם, תהיינה שתי בעיות:

א. **"לא שבקת ליה חיי"** - לא יתנו לרועה החשוד לחיות בשלום. כלומר: יבוא כל אדם, ויטען כי מסר לרועה בהמות לשמירה ויחייבו להישבע, ומתוך שאינו יכול להישבע - יצטרך לשלם. בדרך זו יוציאו ממנו את כל רכושו שלא כדין.

ב. במקרה של "חמשין ידענא" ובמקרה של "נסכא דר' אבא" אין אפשרות שהנתבע ישבע. אולם בסוגייתנו, טוען הרועה "ברי ליי" **ומוכן הוא להישבע**, אלא שבית הדין אינו מאפשר לו זאת.

המסקנה העולה מדברי התוספות היא שכאשר האדם החייב בשבועה אינו יכול להישבע מסיבות התלויות בו, כעובדות שאינן זכורות לו, או מתוך שאינו יכול להישבע - דינו הוא שישלם. אולם, כאשר נובעות הסיבות ממקור אחר, כבית הדין שאיננו מאמין לו, אז דינו הוא ש"כנגדו נשבע".

2. תירוץ קושיית בעל "קצות החושן" על פי הגרנ"ט

הגאון ר' נפתלי טרופ (גרנ"ט), בחידושו על בעל "קצות החושן" (קמב), מקשה:

ודבריו צריכים ביאור, דמהיכי תיתי שעשה תשובה, ואדרבה כיוון דבודאי נשבע לשקר - מסתמא עומד ברשעו ולא עשה תשובה.

האם חשוד פסול לשבועה מדאורייתא או מדרבנן?

הגרנ"ט רוצה לענות באופן אחר: יש לעיין בתוספות, הסובר כי נפסל הגזלן מדרבנן ולא מדאורייתא. הלא, לכאורה, דיני חשוד - שפסול מדאורייתא ושכנגדו אינו נוטל אלא בשבועה - הינם תקנת דרבנן, ומדאורייתא נוטל שכנגדו אף ללא שבועה. על מנת ליישב זאת, יש לומר כדברי התוספות (שם ה, א, ד"ה 'שכנגדו'), כי הקושייה הינה מדוע אין אומרים בכל חשוד על השבועה, מתוך שאינו יכול להישבע - משלם, ומדוע נצרך דין "שכנגדו נשבע"?

בביאור הדברים, יש לחקור בגדר "שבועה", האם מהותה הינו בירור - על ידי השבועה מתברר המעשה, והיכן שאדם אינו יכול לברר את המעשה על ידי השבועה - חייב הוא לשלם. או, שאין מהות השבועה עניין בירור, אלא חיוב שהטילה התורה על הנתבע, ואם אין הוא מעוניין להישבע - חייב הוא לשלם.

הנפקא מינה הינה בדינו של חשוד על השבועה. אם מהותה של השבועה הינה הבירור, שעל ידי שבועתו נתבררה האמת - לא ניתן לומר כי על החשוד לשלם.

אולם, אם חיוב השבועה הינו חיוב אשר הטילה התורה על הנתבע, כיוון שהינו חשוד, חייב הוא לשלם. אמנם, חשוד שנשבע אף שחשוד הוא, שבועה יש כאן - ויפטר מלשלם.

נראה כי בזה חלוקים שני התירוצים בתוספות (ד"ה 'שכנגדו'):

התירוץ הראשון סובר, כי מהותה של השבועה הינה חיוב על הנתבע לברר שהאמת עמו. אם כן, חשוד, אשר אינו יכול להישבע ולברר את האמת, ומן הדין צריך הוא לשלם - אין שכנגדו צריך להישבע. אלא זוהי **תקנת חכמים**, כדי שלא יביאווהו כל העולם לידי שבועה, ועל כן שכנגדו נשבע ונוטל.

אולם, בתירוץ השני אין זה כך, כיוון שהנתבע היה נשבע ברצון אם היה בית הדין מניח לו. על כן, אם מהות השבועה הינה בירור, ואין הוא יכול לברר את דינו על ידי השבועה, נמצא **שאי היכולת להישבע הינה מצד החשוד ולא מצד שאין בית הדין מניח לו להישבע**, ומכאן שאין עניינה של השבועה לברר, אלא זהו **דין תורה** שצריך הנתבע להישבע. אם כן, שייך לומר כי אם מצד עצמו מוכן הנתבע להישבע ושבועתו שבועה, ובית הדין אינם מאפשרים לו זאת, אין הוא צריך לשלם, כיוון **שהמניעה הינה מצד בית הדין ולא מצידו**. נמצא לפי תירוץ זה, כי מעיקר הדין אין שכנגדו נוטל כלל, כיוון שלא שייך לומר בזה "מתוך שאינו יכול להישבע - משלם", ורק תקנה דרבנן היא, שיכול התובע ליטול בשבועה.

על פי תירוץ זה מובן התוספות במסכת בבא קמא, כיוון שמן הדין שכנגדו נשבע ונוטל, משמע שחשוד על השבועה פסול לשבועה מדרבנן, אולם מדאורייתא כשר הוא לשבועה. על כן נראה כי מעיקר הדין לא היה הנתבע צריך לשלם כלל, כיוון שיכול הוא להישבע.

כך אף מיושבת קושיית בעל "קצות החושן" שהבאנו לעיל. יש לומר, כי לדעת הסובר שגזלן החשוד על הממון - חשוד מדאורייתא אף על השבועה, היינו רק שאין בית הדין משייעין אותו, על מנת לא להביאו לידי שבועת שקר, **אולם אם נשבע הוא מעצמו - ניתן לומר כי לכולי עלמא שבועתו מתקבלת כשבועה מדאורייתא, שכן פסולו הינו רק מדרבנן**.

כך אף לא קשה קושיית התוספות במסכת בבא קמא, כיצד יתחייב החשוד כפל בשתי פעמים, אחר שכבר נעשה חשוד על ידי שבועתו הראשונה, כיוון שאפשר לתרץ זאת על פי דברי התוספות (שם) **שמדאורייתא שבועתו שבועה, ועל כן חייב הוא בכפל.**

3. ביאור שיטת רבי שמואל רוזובסקי בדברי בעל "קצות החושן"

רבי שמואל רוזובסקי בחידושו, רוצה להציע שיטה שונה במקצת מן הגרני"ט על פי הסברי בעל "קצות החושן":

ראשית, סובר ר' שמואל רוזובסקי כי יש לדחות את דברי הגרני"ט, כי מגוף דברי התוספות במסכת בבא קמא מוכח כי הנידון הינו האם ישנו פסול בשבועתו של החשוד, מכך שהקשו התוספות שלא יתחייב כפל אף כשנשבע⁷. זאת, כיוון שניתן היה לפרש, כי די בזה שאין בית הדין מחייבים את הנתבע בשבועה, על מנת שלא יתחייב כפל, כיוון שרק כאשר ישנה השבעת בית דין - מתחייב האדם, ואם נשבע בלא השבעת בית דין לא נחשב הדבר אלא כ"קפץ ונשבע" - ואין הוא מתחייב בכך⁸. לגבי תירוץ התוספות, שכיוון שמן התורה מתחייב החשוד להישבע, ורק מדרבנן אין מוסרים לו שבועה, ניתן לומר כי יש לדבר שם של השבעת בית דין, שאם עבר ונשבע נחשבת שבועתו שבועה להתחייב על ידה, ואין דומה דינו לדינו של אדם אשר קפץ ונשבע, שאיננו מחוייב כלל בשבועה. זוהי כוונת דברי התוספות (שם): "וכיוון דמדאורייתא שבועתו שבועה - מחייב כפל". כלומר, כיוון שמדאורייתא מחוייב הנתבע להישבע, יש לשבועתו שם של השבעת בית דין ומתחייב הוא בכפל. כך יש אף לפרש בדעת בעל "קצות החושן", כי לא הוקשו לו דברי התוספות, אלא הקשה הוא מתוך הסתירה מדברי התוספות בסוגיה, אשר מהם משמע, כי מן התורה אין מוסרים לו שבועה.

לכאורה, ניתן היה ליישב את קושייתו של התוספות באופן אחר. ניתן לומר, כי הנדון בתוספות הוא, אם הנתבע חשוד לשקר בשבועתו, ובזה ודאי כי הנשבע לשקר הינו "חשוד" על השבועה, אלא שדנו בגזלן - אם "חשוד" הוא על השבועה מדרבנן או מן התורה, ומכל מקום, אף שחשוד הוא מן התורה על השבועה - לא משום כך פסולה שבועתו. זאת, כיוון שלא יצא כח השבועה משום חשד שקר שנחשד הנתבע בשבועתו. זוהי כוונת התוספות במסכת בבא קמא, כי החיוב הנובע כיוון שפסול הוא ואין מוסרים לו שבועה - הינו רק מדרבנן. על פי זה, לא הייתה כלל סתירה בין דברי התוספות בסוגייתנו, לדבריהם במסכת בבא קמא. אלא, שלשון התוספות במסכת בבא מציעא (ה, א, ד"ה 'דחשיד'), אשר כתבו כי אין הגזלן פסול לשבועה אלא מדרבנן, ומשמע שפסול החשוד מן התורה, עדיין קשה, כיוון שלא כתבו כי אין הגזלן חשוד על השבועה אלא מדרבנן. כך מתיישב יפה ביאורו של הגרני"ט.

⁷ ממילא, מיושבת קושיית "קצות החושן", כיוון שדינו של התוספות במסכת בבא קמא הינו לעניין הפסול בעצם השבועה, וזה אינו כדברי התוספות במסכת בבא מציעא, שם דנים האם מניחים לחשוד להישבע.

⁸ כלומר, הנידון הוא האם מקבלים את שבועתו של החשוד. ממילא, בוודאי שזוהי שבועה כשרה.

האם חשוד פסול לשבועה מדאורייתא או מדרבנן?

שנינו ברמב"ם, בהלכות טוען ונטען (ב, ט):

מי שנתחייב שבועה, בין מן התורה בין מדבריהם, ונשבע ונטל או נשבע ונפטר, ואחר כך באו עליו עדים שהוא חשוד - אין שבועתו שנשבע כלום, ויש לבעל דינו להוציא מידו מה שנטל, או ישבע זה שכנגדו ויטול ממנו. הגר"ט רצה להוכיח מדין זה, כי שבועת החשוד פסולה ואינה שבועה כלל, שאם לא כך - מדוע בטלה שבועתו ושכנגדו ישבע ויטול.

כותב ה"מגיד משנה" (שם):

גם זה אינו נזכר בתלמוד, אבל נראה ברור, דלא גרע ממה שאמרו: "טעה בדבר משנה - חוזר". ואף על פי שיש לחלק ביניהם - הדבר נכון בעצמו, וכן כתב רבינו מאיר ז"ל.

מקשה בעל "שער המשפט" (צב, ב): הדברים תמוהים, ממה נפשך, אם שבועת החשוד נחשבת לשבועה - מדוע לא נחשב הדבר בדיעבד, ומה עניין זה ל"טעה בדבר משנה" שחוזר - שאף על פי שפסק בית הדין ניתן בטעות - השבועה קיימת. אם כפי שהוכיחו מכאן - שבועתו פסולה, מדוע נזקקנו לטעם של "טעה בדבר משנה" - הלא אין כאן שבועה, כאשר נתגלה למפרע כי חשוד הוא.

נראה בדעת ה"מגיד משנה", כי ודאי ששבועת החשוד - שבועה היא, אלא שבית הדין אינו נותן לו להישבע מפני החשד. אלא, שסובר ה"מגיד משנה" כדעת רבינו חננאל במסכת בבא קמא (קו), כי דינו של "קפץ ונשבע" - שאינו מתחייב כפל בטוען טענת גנב - הינו משום שבכל דיני שבועת הדיינים "קפץ ונשבע" אינו נחשב לשבועה, והרשב"א חולק על דבריו וסובר שבעלמא שבועה היא - אלא שאין מתחייבים בה בכפל.

מובן על פי פירושו של רבינו חננאל, כי פסק הרמב"ם, שאף בדיעבד אין מועילה שבועת חשוד - הינו כיוון שאין בית דין משביעים אותו, דינו כ"קפץ ונשבע" ואין שבועתו שבועה.

אלא, שהדבר שהוקשה ל"מגיד משנה" הוא שהלא כאן נשבע הוא על פי בית הדין. אם כן, אין דומה הדבר לדינו של "קפץ ונשבע", ועל כן כתב שדין זה הינו כמי ש"טעה בדבר משנה" וחוזר. אם כן, פסק הדיינים שחייבוהו בטעות אינו נחשב כמעשה בית דין, ומכאן ההשוואה ל"קפץ ונשבע" - שאין שבועתו שבועה.

על פי ביאור זה, ניתן לבאר את דברי התוספות במסכת בבא קמא על פי בעל "קצות החושן", כי ודאי ששבועת חשוד הינה אף מדרבנן. אלא, כיוון שאין בית הדין מחייבים אותו להישבע - אין כאן מעשה בית דין, וזהו כ"קפץ ונשבע", המבואר בגמרא כי אינו מתחייב בכפל על ידי שבועתו. על כן, אין הכרח למסקנתו של הגר"ט, כי שבועת חשוד אינה שבועה, משום שפסולה היא מחוסר הנאמנות שיש לו בה.