

הרב דניאל כ"ץ

הרב דניאל כ"ץ

מכון "משפטי ארץ" עפרה; המכון הגבוה לתורה אוניברסיטת בר-אילן

חשוד על השבועה

פתיחה

הלכה פסוקה היא שהחשוד על השבועה אינו נשבע את השבועה שהוא מחויב בה (שו"ע חו"מ סי' צב סעי' א). במאמר זה נעסוק בשני עניינים הנוגעים להלכה זו. בחלק הראשון של המאמר נדון במקורו של הדין, ונברר אם זהו דין תורה או תקנת חכמים. בחלק השני של המאמר נדון בהשלכות של הפסול, היינו במקרים שבהם מוטלת השבועה על הצד השני, אם היא חיוב רגיל בשבועה או שמא רק שבועה כדי להפיס את דעתו של החשוד לפני שהוא מפסיד את ממונו.

חלק א: "חשוד על השבועה" פסול מהתורה או מדרבנן?

פתיחה

המשנה (שבועות מד): קובעת שהחשוד על השבועה אינו נשבע את השבועה שהוא מחויב בה, והשבועה מוטלת על הצד השני:

כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. ואלו נשבעין ונוטלין: השכיר, והנגזל, והנחבל, ושכנגדו חשוד על השבועה... שכנגדו חשוד על השבועה כיצד? אחת שבועת העדות ואחת שבועת הפקדון, ואפילו שבועת שוא. היה אחד מהן משחק בקוביא, ומלוה ברבית, ומפריחי יונים, וסוחרי שביעית – שכנגדו נשבע ונוטל.

במשנה מפורטים סוגי החשודים על השבועה. ראשית, אלו שנתפסו בשבועת שקר; המשנה מונה את סוגי השבועות השונות, העדות, הפיקדון ושבועת שוא. לאחר מכן מופיעה רשימת עוברי עברה, רשימה המקבילה לזו שבמסכת סנהדרין (כד:), שבה נמנו אותם אנשים והוגדרו כפסולי עדות. בגמרא לא נדונה הסיבה שהחשודים אינם נשבעים, אלא יש רק התייחסות לפירוט (שבועות מז:):

היה אחד מהן משחק בקוביא. הא תו למה לי? תנא פסולא דאורייתא, וקתני פסולא דרבנן.

כלומר, אלו שנשבעים לשקר הם פסולים מדאורייתא, ואלו המופיעים אחריהם הם פסולים דרבנן. אלא שבסוגיה זו לא נתבאר ביחס למה נאמרה חלוקה זו של "דאורייתא" ו"דרבנן" – אם רק ביחס לפסולי עדות, שעליהם נאמר בתורה (שמות כג, א): "אל תשת ירך עם רשע להיות עד חמס", ומהם יש המוגדרים רשעים דאורייתא ויש שהם רשעים מדרבנן, ואילו בשבועה יש מקום לומר שכל הפסולים הם מדרבנן; או שמא גם ביחס לפסולי שבועה נאמרה חלוקה זו, וגם בה יש הפסולים מדאורייתא ויש הפסולים מדרבנן. לצורך בירור שאלה זו נעיין בדברי הראשונים הדנים בכך.

מושג שעולה בהקשר לשאלה זו הוא הדין של "מתוך שאינו יכול להישבע משלם", שנאמר בגמרא (שבועות מז:; בבא מציעא צח.) לגבי אדם שאינו יכול להישבע ולהיפטר, ועל כן הוא נדרש לשלם. דין זה נאמר ביחס לשבועה שחיובה מהתורה (שו"ע סי' עה סעי' יד), ועל כן עלינו לדעת אם החשוד פסול להישבע מהתורה.

א. שיטת התוספות במסכת בבא קמא – החשוד פסול מדרבנן

בגמרא (בבא קמא קח.) נדון חיוב כפל לשומר שטען שהחפץ נגנב ונשבע לשקר ונמצא שהוא גנב:

בעי רב פפא: תרי חומשי או תרי כפילי בחד גברא, מאי? – היכי דמי? שטען טענת אבד ונשבע והודה, וחזר וטען טענת אבד ונשבע והודה; אי נמי, כגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים, וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים, מאי? מי אמרינן: תרי גווני ממונא קאמר רחמנא דלא נשתלמו עילוי חד ממונא, והכא חד גוונא הוא, או דלמא תרי ממונא אמר רחמנא דלא נשתלמו עילוי חד ממונא, והכא נמי תרי ממונא ניהו?

הגמרא מעלה אפשרות שאדם יחזור ויישבע לשקר פעם אחר פעם, ויתחייב על אותו חפץ כמה חיובים. מעירים על כך התוספות (שם ד"ה ותרי):

ותרי כפילי – מחמת שנעשה פסול בשבועה שניה, משעה שנמצא שקרן בראשונה – אין לפוטרו, משום דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל, כדמוכח בשבועות (מה). דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה, ומשמע התם מדרבנן הוא, וכיון דמדאורייתא שבועתו שבועה מחייב כפל.

התוספות מניחים שהפסול של החשוד על השבועה הוא רק מדרבנן, ועל כן אם אדם נשבע בשנית והתחייב בכך חיוב מהתורה על שבועת השקר – רבנן לא הפקיעו את החיוב ממנו¹. מדברי התוספות עולה בבירור שלדעתם כל הפסולים לשבועה הם רק מדרבנן, ובתוכם הראשונים ברשימה שנמנתה במשנה לעיל, שהם החשודים על שבועת שקר. אך בראשונים אנו מוצאים יישוב אחר לקושיית התוספות, וכך כותב הראב"ד² (מובא בחידושי הרשב"א שם ד"ה ובטוען):

איכא למימר דהווי ידעי ביה דעביד תשובה, כדאיתא בירושלמי החשוד על השבועה: מאימתי מקבלין אותו? משיבוא לבית דין שאין מכירין אותו ויאמר "חשוד אני".

מדובר באדם שחזר בתשובה, ועל כן השביעוהו בשנית³. לפי יישוב זה הראב"ד, וממילא גם הרשב"א שהביא את דבריו וקיבל אותם, אינם זקוקים לתירוצם של התוספות, ואף אם החשוד על השבועה פסול מדאורייתא ניתן להבין את דברי הגמרא. אלא שיש לשים לב לכך שהתוספות כתבו שהסיבה לכך שהם סוברים שהחשוד פסול מדרבנן היא משום שכך מוכח בשבועות. ועלינו לברר מהי ההוכחה שאליה התכוונו. האחרונים⁴ הציעו ביאור לדברי התוספות; לשם כך נעיין במשנה שפתחנו בה.

דיוק במשנה כמקור לתוספות

התוספות (שבועות מד: ד"ה כל) התקשו בשאלה, לפי מה נבחרו המקרים להיכלל ברשימת הנשבעים ונוטלין שהופיעו במשנה לעיל:

תימה דלא חשיב ההיא דתנן לעיל (מג.) מי נשבע מי שהפקדון אצלו... וכל הני דתנן לקמן בפירקין (מה.) הפוגמת כתובתה ועד אחד מעידה שהיא פרועה כו'... ויש לומר דלא חשיב אלא הנהו, שאין כנגדן ראוין לישבע.

התוספות מציינים שישנם מקרים נוספים שבהם אדם יישבע וייטול, כגון אישה שמודה שחלק מכתובתה נפרע, שצריכה להישבע על שאר החוב כדי ליטלו ועוד. והתוספות מתקשים, מדוע לא נמנו אלו במשנה שאמורה להביא את כל הנשבעין ונוטלין? ומתריצים, שהסיבה שנבחרו אלו המופיעים במשנה לרשימה היא מפני שיש להם מכנה משותף, שאלו שהיו אמורים להישבע לא יכלו לעשות זאת⁵.

התוספות בכתובות (פ. ד"ה ישבע) ביארו באופן שונה:

ונראה דהתם לא חשיב אלא אותם שצריך להשמיענו דנוטלין, דאי לאו דאשמעינן הוא אמינא דאפילו בשבועה אין נוטלין... והלשון מוכיח כן, דהתם קתני "נשבעין ונוטלין" – משמע דאתא לאשמועינן דנוטלין, והכא קתני "לא יפרעו אלא בשבועה" – משמע דאי לאו דאשמעינן הוה אמינא דנוטלין בלא שבועה.

¹ עיין במה שדן "קצות החושן" (סי' צב ס"ק א) בדברי התוספות, ועיין ב"מילואי חושן" (הערה 275), שהביא אחרונים שלמדו בדברי התוספות שחשוד פסול להישבע מהתורה.

² במהדורת מוסד הרב קוק נכתב הר"א אב"ד, ומסתבר שאכן כך הוא, מפני שהדברים אינם מצויים בחידושי הראב"ד לבבא קמא. תירוץ נוסף מופיע ב"מגיד משנה" (גניבה פרק ד הל' ה), שמדובר בשני בתי דין. וכן משמע מתוספות רי"ד (בבא קמא קח. ד"ה א"ג).

³ בעניין זה יש לציין את דברי הרשב"א בשבועות (לא. ד"ה מ"ד), שדן בשיטת רב פפא, שפסול דרבנן חייב בשבועת העדות, והסביר שלמרות שהעד פסול – הוא חייב בקרבן שבועת העדות, כיוון שהוא פסול רק מדרבנן וניתן להוציא ממון על-פי עדותו במקרה שתפס התובע. לדעת התוספות (שם ד"ה ורבנן), עצם זה שמהתורה הוא כשר לעדות מועיל לחייבו בקרבן שבועת העדות. לפי זה מובן בסוגיה דנן מדוע התוספות מיישבים שמהתורה כשר, ועל כן ניתן לחייבו בקרבן על שבועת השקר השנייה; אך תימה מדוע הרשב"א נזקק לתירוץ אחר, ושמא יש בכך כדי לסייע לדברי ה"מרחשת" (ב סי' כג ענף ג, הובאו בחידושי הרשב"א לשבועות הוצאת מוסד הרב קוק על דף לא. בהערה 46), שדברי הרשב"א נאמרו רק לשיטת רב פפא, ואילו לשיטה החולקת אין הבדל בין פסול דאורייתא לפסול דרבנן. ולפי זה יש להבין מדוע התוספות כתבו דברים שמתאימים רק לשיטה אחת, ואולי הם סוברים שיש לחלק בין חלות שבועה שנאמרה על-ידי פסול דרבנן לבין חיוב על שבועה שאינו יודע עדות, כאשר חכמים מונעים ממנו להעיד וממילא אינו מעיד גם ללא השבועה. חילוק דומה נמצא ב"קצות החושן" (סי' פז ס"ק לב) לגבי חיוב בשבועה מדאורייתא על ממון, שהבסיס לתביעתו הוא חיוב דרבנן, כרינא דגרמי (לשיטת שוהו דין דרבנן) וכדומה.

⁴ "דברי אמת", קונטרס "חשוד על השבועה" (דף סד.); "נחל יצחק" (סי' צב סע' ג ענף א).

⁵ ושוב הרחיבו בכך התוספות במסכת בבא מציעא (לד: ד"ה שמא).

לדבריהם נבחרו אותם מקרים שבהם ללא התקנה לא היו נוטלים, ורק על-ידי התקנה הם יכולים להישבע וליטול. ומשמע מדבריהם שגם במקרה של חשוד מן הדין אינם נוטלים, ולכאורה היה צריך להיות ש"מתוך שאינו יכול להישבע משלם"! אלא שברור מדברי התוספות שאין זו אלא תקנה, שאינו יכול להישבע ולכן אין אומרים בו "מתוך". ונמצא שהדיוק ברשימת המקרים במשנה הוא המקור לשיטת התוספות שהזכרנו, שלמדו שכל המקרים הם כאלו שמעיקר הדין היה הנתבע נפטר מתשלום. ומכאן מוכח שהפסול של חשוד הוא מדרבנן בלבד, ומהתורה היה יכול להישבע ולהיפטר, ועל כן אי אפשר היה לחייב אותו בתשלום, ורק מדרבנן אסרו עליו להישבע ואפשרו לשכנגדו להישבע וליטול.

הרמב"ן (שבועות מד: ד"ה מתני) אכן חולק על התוספות לגבי דין חשוד:

ויש אומרים כי קתני הני דמדינא לית להו, ורבנן הוא דאמור נשבעין ונוטלין, אבל אינן מדאורייתא בלא שבועה שקלי ורבנן אחמורי אחמור עליהו, ואין זה מספיק לשכנגדו חשוד על השבועה, דמדינא בלא שבועה שקיל, משום דהוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם כדרכי אבא, ואפשר דמשום דרבי יוסי קתני לה דקאמר "יחלוקו", דלא סבירא ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע – משלם, הילכך אי לאו משום תקנת חכמים חשוד פטור מכלום.

לפי דברי הרמב"ן, דבר פשוט הוא שבמקרה של חשוד שכנגדו נוטל מדינא, ועל כן הוא נאלץ ליישב שדין זה הובא בגלל שיטת תנאים שסוברת שאין כלל דין "מתוך". גם הרשב"א (שבועות מד: ד"ה השכיר) התקשה באופן דומה, ותירץ:

דהכי נמי כיון דאיהו טעין "ברי" ובעי לאשתבועי, אלא דאנן לא שבקינן ליה, הוה ליה כאלו החמירו עליו שיטול שכנגדו. אלא דקשיא לי, דאם כן מאי שנא מנסכא דרבי אבא, דבעי לאשתבועי דדידיה שקל, ואפילו הכי שקיל תובע בלא שבועה, וכדכתיבנא בפרק שבועת העדות, אלא נראה לי יותר כדברי הרמב"ן ז"ל.

הוא מציע בתחילה שכיוון שחכמים מונעים מהחשוד להישבע, זה דומה למקרים האחרים שמדינא התובע אינו נוטל, וחכמים החמירו על הנתבע וחייבו אותו לשלם. אך הוא חוזר ומקשה על כך, ומקבל את תירוץ הרמב"ן. וכן כתב הר"ן (שבועות כה: מדפי אלפס ד"ה כל) למסקנה, והוסיף יישובים למשנה.

ניתן לסכם שמהעיון בלשון המשנה נראה שהחשוד על השבועה דומה לנשבעין ונוטלין האחרים. לפי התוספות בכתובות, הדבר נובע מכך שהחשוד למעשה פטור מתשלום, שהרי מדאורייתא הוא כשר לשבועה. ולפי הרמב"ן החשוד צריך לשלם מדין תורה, משום שאינו יכול להישבע, ורק מדרבנן החמירו עליו שהשני יישבע ויטול, וכן דעת הרשב"א והר"ן.

וצריך לברר לפי שיטתם, אם כל פסול עדות פסול לשבועה מהתורה, או שמא דווקא מי שחשוד על השבועה פסול מהתורה, ואילו מי שפסול לעדות מסיבות אחרות הוא במעמד שונה. נביא את דברי הראשונים בעניין.

ב. שיטת התוספות בכתובות ובבבא מציעא – אם גזלן פסול לשבועה רק מדרבנן

התוספות (כתובות יח: ד"ה ובכולי) דנים בשאלת מקור פסול גזלן בשבועה:

אם תאמר כיון דלא חשיד אשבועתא – למה גזלן פסול לשבועה? ותירץ הר' יהודה חסיד, דדוקא כשהוא חשוד על אותו ממון שבא לישבע אמרינן דלא חשיד אשבועתא, דעל ידי השבועה יפרוש, אבל אותו ממון שכבר גזל לא יפרוש על ידי השבועה... ויש מפרשים דגזלן כשר לשבועה מן התורה, דלא חשיד אשבועתא, אלא מדרבנן פסלוהו כשהוא גזלן. ואם תאמר ומאי שנא דלעדות פסול, כדכתיב "אל תשת ירך עם רשע וגו'" ולשבועה כשר? וי"ל דשבועת שקר יש בה עונש גדול, דכתיב בה "לא ינקה", וכדאמר בשבועת הדיינין (שבועות לט). שכל העולם כולו נזדעזע כשאמר הקב"ה "לא תשא", ועוד דבעדות שקר ליכא אלא "לא תענה" ובשבועת שקר איכא "לא תגזול" ו"לא תשבעו לשקר".

וכן הוא גם בתוספות (בבא מציעא ה: ד"ה דחשיד). לדעה אחת בתוספות פסול גזלן הוא מדרבנן, כשיטת התוספות בבבא קמא שהבאנו למעלה. התוספות מסבירים שהתנאים לפסול אדם לשבועה שונים מאשר בפסול עדות, מפני ששבועה מטילה אימה רבה יותר על הנשבע, וכן נחשבת לעברה חמורה יותר; ואילו לדעת רבי יהודה חסיד, משמע שגזלן אכן חשוד מהתורה על השבועה, אך רק כאשר הוא כבר ביצע את הגזל, ואילו כאשר הוא עדיין בשלבי הגזלה הוא עשוי עדיין לחזור בו, ועל כן לא ניתן להטיל עליו את דיני הגזלן ולפסולו בשבועה. אלא שעדיין צריך ביאור בדברי רבי יהודה חסיד, מה המקור לפסול הגזלן? שהרי בשבועה לא נאמר "אל תשת רשע".

ג. שיטת הרשב"א – גזלן פסול מדאורייתא לשבועה

כדברי רבי יהודה החסיד עולה גם מדברי הרשב"א בתשובה (א, תרפז):

וחשוד אממונא, למאן דאמר חשוד על השבועה – אף על גב דמשומד לדבר אחד לא הוי משומד לכל התורה כלה. שאני התם דהוא כחשוד על אותו דבר, דכיון דמשום ממון.

היינו, החשוד על הממון נחשב חשוד לאותו הדבר, ועל כן הוא פסול מהתורה להעיד.

ד. בירור שיטת התוספות במסכת בבא מציעא

בתוספות (בבא מציעא ה. ד"ה שכנגדו) נדונה השאלה, מדוע אין מחייבים את הנתבע (החשוד שאינו יכול להישבע) לשלם:

ואם תאמר: מאי שנא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל, אמאי לא אמרינן "מתוך שאינו יכול לישבע משלם", כדאמר גבי חמשינ ידענא וחמשינ לא ידענא (בבא מציעא צח). ובנסכא דר' אבא (שבועות מז). ויש לומר הכא אי אמרינן משלם לא שבקת ליה חיי, דכל העולם יביאווה 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.

התוספות מעלים שתי אפשרויות:

א. תיקון עולם, שלא יבואו לתבוע אותו רבים ויהיה חייב בתשלום מפני שאינו יכול להישבע.

ב. אין זה אשמתו של החשוד, כיוון שהוא מצדו מוכן להישבע.

הב"ח (ח"מ סי' צב ס"ק יא) טען שתירוצי התוספות חלוקים בשאלה אם פסול חשוד הוא מהתורה או מדרבנן. לדבריו, התירוצי הראשון מבוסס על כך שמהתורה היה עליו לשלם והיה פסול לשבועה, וחכמים תיקנו שכנגדו יישבע וייטול; ואילו לתירוצי שני הוא יכול להישבע מהתורה, אלא שחכמים תיקנו שיישבע שכנגדו.

אולם נראה שניתן להוכיח מדברי הרשב"א שלשני התירוצים הללו של התוספות – חשוד אינו יכול להישבע מהתורה. הרשב"א (שבועות לא. ד"ה מ"ד) קובע באופן ברור שהחשוד אינו נשבע מדאורייתא:

והכא נמי מדינא דאורייתא הוה ליה למשקל בלא שבועה, ככל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע דמשלם, ואין שכנגדו צריך לישבע אלא דרבנן תקנו לחשוד.

דבר זה אינו מונע ממנו להביא את שני נימוקי התוספות במקומות שונים. את הטעם הראשון (מז: ד"ה אלא):

אלא שבחשוד תקנו, מפני שחשו לו כדי שלא יהא כל אחד ואחד תובע יותר ממה שהוא חייב לו, ולא שבקת ליה חיי.

ואת הטעם השני (מד: ד"ה השכיר):

וא"ת עוד שכנגדו חשוד על השבועה מיהא לא לימני דמדינא שכנגדו נוטל בלא שבועה, דהו"ל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם מן הדין בלי שישבע שכנגדו מדר' אבא, וי"ל דהכי נמי כיון דאיהו טעין "בריי" ובעי לאשתבועי, אלא דאנן לא שבקינן ליה הוה ליה כאלו החמירו עליו שיטול שכנגדו.

מכך ניתן להסיק שגם הטעם השני אינו סותר את שיטתו של הרשב"א, שהחשוד אינו נשבע מהתורה. ומסתבר שכך הוא הבין את דברי התוספות; היינו, העובדה שהוא מוכן להישבע גרמה לכך שחכמים יתקנו עבורו שבועת "שכנגדו", בניגוד למקרים אחרים, שבהם אם אינו יכול להישבע משלם⁶.

⁶ וכן השיג הנודע ביהודה" (תנינא ח"מ סי' ט) על הב"ח מסברה, ציין אליו ה"נחל יצחק" (סי' צב סע' ג).

⁷ **הצרת העורך:** לענ"ד ניתן להסביר את תירוצם השני של התוספות שחשוד אינו נשבע מן התורה, ואף-על-פי-כן התקנה היא שכנגדו נוטל (אלא שצריך שבועה), וללא התקנה לא היה נוטל. זאת על-פי שיטתם של התוספות (המובאת בהערה 17 לקמן), שכאשר חוסר היכולת להישבע אינו באשמתו של הנתבע – הוא פטור משלם. זאת כוונת התוספות באמרו שהחשוד היה רוצה להישבע ואיננו מניחים לו – כלומר אין זו אשמתו, ולכן מעיקר הדין הוא פטור, וחכמים תיקנו שכנגדו יטול בשבועה. והתירוצי האחר חולק, וסובר שהעובדה שנעשה חשוד היא באשמתו, ולכן אין זה פטור אותו מדין "מתוך". על-פי הסבר זה יובנו היטב דברי הגמרא (ה): האומרת שחשוד שצריך להישבע שבועה דרבנן – פטור, משום שאין עושים "תקנתא לתקנתא", ופירוש הדברים, שתקנה אחת היא עצם העובדה שחשוד משלם (ולא שלא יכול להישבע), והשנייה היא החיוב בשבועה דרבנן.

ה. שיטת הרמב"ם שפסול לעדות פסול לשבועה

מכל המתבאר לעיל עולה שישנה זיקה בין חשוד על הממון לפסול לשבועה. אך מה לגבי אדם שפסול לעדות מחמת עברות שעשה – האם יהיה פסול גם לשבועה? הרמב"ם קובע באופן ברור שאכן, הפסול לעדות פסול גם לשבועה (טוען ונטען פרק ב הל' ב):

אחד הנשבע לשקר שבועת בטוי, או שבועת עדות, או שבועת הפקדון, או שבועת שוא – הרי הוא חשוד על השבועה, וכן כל הפסול לעדות משום עבירה בין פסלנות של תורה, כגון בעלי רבית, ואוכלי נבלות, וגזלנין, בין פסלנות של דבריהם כגון משחק בקוביא ומפריחי יונים – הרי הוא חשוד על השבועה ואין משביעין אותו.

ה"נחל יצחק" (סי' צב סע' ג ענף ג) דן בשאלת הקשר שבין המושגים הללו של פסול עדות ושבועה. הוא הביא שני הסברים של הפוסקים לענין:

- א. ה"תבואות שור" (יו"ד סי' ב ס"ק יב) כתב שלמדו פסול שבועה מפסול עדות. ה"נחל יצחק" מקשה מה המקור ללימוד זה.
- ב. ה"לבוש" (עיר שושן סי' צב סע' א) כתב שהפסול להעיד הוא משום שאינו יכול להישבע שעדותו אמת. וכבר העיר עליו הסמ"ע (סי' צב ס"ק א) שאין מקור לכך שהעד צריך להיות ראוי להישבע על עדותו.

על כן מסיק ה"נחל יצחק" שהפסול לעדות פסול לשבועה רק מדרבנן. ולדבריו, לדעת הרמב"ם אף הגזלן פסול לשבועה רק מדרבנן. אך נראה להוכיח מדברי הרמב"ם ש"כל הפסול לעדות פסול לשבועה" הוא דין תורה, מהדרך שבה הרמב"ם מסדר את ההלכות של חשוד. הוא פותח בכך שיש כאלו שפסולים לשבועה, ורק לאחר מכן כותב על תקנת חכמים (טוען ונטען פרק ב, הל' א-ד):

כל חשוד על השבועה – אין משביעין אותו, לא שבועת התורה ולא שבועה מדבריהם ולא שבועת היסת... **תקנת חכמים** היא שכל המחוייב שבועה מן התורה על טענת ודאי – אם היה חשוד הרי התובע נשבע מדבריהם ונוטל מה שטען...

נמצא שהרמב"ם מחלק באופן ברור בין הדין לפני התקנה שאין משביעין את החשוד – שהוא דין תורה, לבין התקנה שמשביעים את התובע והוא נוטל את מה שטען. מתוך סידור הדברים נראה שהפסול לפני התקנה הוא מדין תורה, אלא שמוטל עלינו לברר את הסיבה לפסול זה. ונראה שהדבר תלוי בביאור שיטת הרמב"ם בעניין פסול רשע לעדות. מו"ר הרב משה ארנרייך שליט"א⁸ הביא כמה הוכחות שלדעת הרמב"ם פסול רשע בעדות הוא משום חשש שקר. וכך מבואר ברמב"ם (עדות פרק יד הל' ה):

מי שהיה יודע לחבירו בעדות עד שלא נעשה גזלן ונעשה גזלן – הוא אינו מעיד על כתב ידו, אבל אם הוחזק כתב ידו שבשטר זה בבית דין קודם שיעשה גזלן – הרי זה שטר כשר, וכן אם נעשה חתנו – הוא אינו מעיד על כתב ידו, אבל אחרים מעידין, אע"פ שלא הוחזק בבית דין אלא אחר שנעשה חתנו – הרי זה כשר, שאינו דומה הפסול בעבירה לפסול בקריבה, **שהפסול בעבירה חשוד לזיף**.

לפי זה ניתן להבין גם שהפסול לעדות פסול לשבועה, שכן השבועה נועדה לברר את טענותיו של הנשבע, אך הוא חשוד לשקר ואינו יכול לברר את דבריו.

ואילו לדעת התוספות בבא קמא, צריך לומר שפסול רשע לעדות הוא משום גזרת הכתוב, וכפי שהוכח מהתוספות בסנהדרין (כו. ד"ה מא'), ועל כן אין להרחיב אותו לדין שבועה.

ו. שיטת הר"י מיגש כמקור לרמב"ם

הר"י מיגש (שו"ת סי' יח, הובא גם ב"שיטה מקובצת" בבא מציעא ד:) דן בשאלת הכשרות לשבועה ולעדות של הכופר בפיקדון:

וששאלתם על אמרם (בבא מציעא ד:) הכופר במלוה כשר לעדות בפיקדון פסול לעדות. ואמרתם, למה לא נאמר ג"כ בכופר בפיקדון, דילמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו ויהיה כשר לעדות. **תשובה**: עיקר מה שנאמר דילמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו הוא לענין שלא נחשוד אותו שהוא נשבע לשקר. אמנם לענין הכשרות והפסלות, אפילו שנתברר שמלוה ישנה יש לו עליו בהיותו כופר הפיקדון הוא פסול לעדות, לפי שאין לו לקחת אותו בחובו להיות גוף הפיקדון של מפקיד, ויש לו לפדותו ממנו. ואם לקחו בחובו מבלתי שיתרצה בעליו בזה אכתי – גזלן הוא ופסול לעדות. הלא תראה מי שאנס את חבירו שימכור לו נכסים – גזלן הוא, אע"פ שנותן דמים משלם. כן זה אע"פ

⁸ "פסול רשע ורשע דחמס", חמדת הארץ ה' עמ' 191, ועיין שם בהערות 7 ו-8 מהרב אריה כץ, וכן בנספח שלו למאמר שם.

שהוא מקבל אותו בחובו, הואיל ולא הסכים עמו חבירו על כך – גזלן הוא. אך לא יתפשט זה הגזלנות עד שיגיע לגדר שנאמר, שמי שמורה בו התר ג"כ יורה התר להשבע לשקר, ויהיה חשוד על השבועה, לפי שלא יהיה חשוד על השבועה אלא מי שהוא חשוד ליקח ממון חבירו, אבל מי שאינו לוקח אותו אלא לסיבה – אינו חשוד על השבועה...

לדבריו, אם ננסה להגדיר מדוע הכופר בפיקדון פסול לעדות וכשר לשבועה, הרי זה מפני שהוא גזלן, אך אינו עלול להישבע לשקר, שכן יש לו הוראת היתר לגזול ואין לו הוראת היתר להישבע. לגבי פסול עדות אנו הולכים לפי הגדרתו ההלכתית, ולגבי פסול לשבועה אנו בודקים אם הוא חשוד לשקר. ניתן ללמוד מכך שאף שהר"י מיגש אינו מקבל את פסיקת הרמב"ם, שכל הפסול לעדות פסול לשבועה, הוא בהחלט יכול לשמש כמקור לשיטת הרמב"ם, שהפסול לשבועה הוא משום חשש שקר, וייתכן שיש פסול לעדות שעדיין חושש לשקר בשבועה.

הרמב"ם עצמו מגדיר באופן שונה את ההלכה של הכופר בפיקדון (טוען ונטען פרק ב הל' יא-יב):

מי שטען על חבירו וכפר בו ונשבע, בין שבועת התורה בין שבועת היסת, ואחר כך באו עדים והעידו עליו שעל שקר נשבע – הרי זה משלם, והוחזק חשוד על השבועה... טענו שיש לו חוב אצלו בעדים וקנין ואמר "כן היה ופרעתיך", או שאמר "איני חייב לך כלום" ונשבע, ואחר כך באו עדי הקנין, או הוציא השטר ונתקיים – הרי זה משלם ואינו חשוד, שהרי לא העידו שלא פרעו ולא אמר הנתבע "לא היו דברים מעולם", וכן כל כיוצא בזה.

לפי הרמב"ם, הכופר במלווה כשר לשבועה מפני שהחוב שלו לשלם את החוב על-פי העדים אינו נובע מכך שהעדים הוכיחו ששיקר, וייתכן שבאמת אינו חייב, אך על-פי כללי ההלכה, כיוון שהשטר תקף – הוא אינו נאמן שפרע וחייב לשלם; אך אם יתברר שהוא שיקר ונשבע על כך לשקר – הוא יהיה פסול לשבועה⁹. לאור ההסבר של הרמב"ם לדין כופר במלווה, ניתן לדייק מדבריו שאין חילוק בכופר בפיקדון בין פסול לעדות לבין פסול לשבועה.

ז. נספח – עבר על שבועת ביטוי

לפי דברינו, יש מקום לדיון במחלוקת נוספת. הפוסקים דנו במקרה שבו אדם עבר על שבועת ביטוי שנשבע על העתיד ולא קיים – אם הוא נפסל בכך לשבועה. לדעת רש"י (שבועות מו: ד"ה שבועת), הרמ"ה (הובא בריטב"א שם ד"ה אבל), רבנו חננאל (הובא ברשב"א שם ד"ה אבל)¹⁰, הרמב"ן (שם ד"ה אבל) והרשב"א (שם)¹¹ הוא איננו נפסל, כיוון שבזמן שנשבע הייתה זו שבועת אמת, ואין ללמוד מכך שלא קיים את השבועה שלהבא יישבע לשקר. ואילו לדעת רבנו תם (שם ד"ה אבל), הר"י מיגש (הובא במיוחס לרשב"א), הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ב), הגאונים והרא"ה (הובאו בריטב"א שם), אם עבר על שבועת ביטוי נעשה חשוד לשבועה.

הריב"ש (שו"ת סי' רסו) טען שרש"י יודה שאדם שעבר על שבועת ביטוי פסול לעדות ככל עברה. לשיטתו, יש חילוק בין פסול לשבועה לבין פסול לעדות. דבריו מתיישבים עם ההבנה שפסול עדות הוא משום גזרת הכתוב, ופסול שבועה הוא מדין חשוד על הדבר; אך אם פסול עדות הוא משום חשש משקר, היה עליהם להשוות את דיני פסול שבועה לפסול עדות. וצ"ע בשיטת הרמ"ה, שלפי העולה מדבריו לגבי עדות¹², סובר שזהו משום חשש משקר, ואילו בשבועה מכשיר אדם שעבר על לאו, מפני שלא נשבע לשקר. ניתן להציע שני הסברים לשיטתו:

א. הוא מחלק בין חשש שקר בעדות לבין חשש שקר בשבועה, שהיא חמורה יותר ועל כן נדרשות הוכחות חזקות יותר לכך שהוא עשוי לשקר¹³.

⁹ צ"ע, מדוע הרמב"ם אינו כותב מה הדין במקרה שהעידו עליו שכפר בפיקדון – שפסול לשבועה אף אם לא נשבע לשקר על כך, ושמה זהו דין גזלן רגיל. ומה שכתב בתחילה, שכפר ונשבע אף שלדינא פסול גם אם לא נשבע, רצה לחדש שגם על שבועת היסת נפסל לשבועה, ומסתבר שמדובר שם בכופר במלווה, שהרי כתב סתם "כפר" ולא חילק.

¹⁰ וכן בשו"ת הרשב"א (א תתקסד) בשמו, ורבנו חננאל שלפנינו מפורש כשיטת רבנו תם.

¹¹ לגבי דעת הרשב"א, עיין בהערות לרשב"א (הערה 125) ולריטב"א (הערה 229) בהוצאת מוסד הרב קוק, שהביאו סתירה בשיטתו מכמה מקורות ודנו בזה.

¹² יעויין במאמר, המצויין לעיל הערה 8, עמ' 192.

¹³ וכן נראה בשיטת הר"י מיגש לפי המובא במיוחס לרשב"א, שמחד גיסא סובר שהעובר על שבועת ביטוי פסול לעדות ולשבועה, היינו משווה פסולי עדות ושבועה, ומאידך גיסא מחלק ביניהם, כפי שראינו בפרק הקודם. אך צריך לסייג את הדברים, ולומר שבחידושי הר"י מיגש לשבועות שלפנינו אין

ב. הוא חולק על הריב"ש וסובר שהעובר על שבועת ביטוי כשר לשבועה וגם לעדות, והוא שונה משאר עוברי עברה משום הסברה ש"יצרו תקפו", והיה כאנוס בעת העברה.

הרשב"א (שו"ת א תתקסד, ציין אליו ר' עקיבא אייגר על חו"מ סי' לד ס"ק ה) נקט בפשטות שהעובר על השבועה כשר גם לעדות. וזה מתאים לשיטתו, שרק בפסול משום עברה ממונית נפסל משבועה.

חלק ב: גדר תקנת "שכנגדו"

לאחר שביררנו את השיטות השונות ביחס למקורו של פסול החשוד לשבועה, נעסוק בשאלה מה הייתה תקנת חכמים שהוסיפו לחייב את השני בשבועה. האם תקנה זו היא הטלת חובת הבירור על הצד שכנגד, וללא הבירור אין לו אפשרות לקבל את הממון, או שמא כיוון שהחשוד אינו יכול להישבע הוא חייב לשלם, אלא שתיקנו שלא ייטול התובע את הממון המגיע לו ללא שבועה? נראה לומר שבשאלה זו נחלקו הרמב"ם והרמ"ה¹⁴.

א. שומר חשוד

הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ד) פוסק בדינו של שומר חשוד:

היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב – שכנגדו אינו יכול להשבע 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.

הטור (חו"מ סי' צב) הביא דעה חולקת על דבריו:

וה"ר ישעיה כתב, נראה לפרש דכיון שהוא חייב שבועה דאורייתא ואינו יכול לישבע, מפני שחשוד משלם, שאם היה התובע טוען "ודאי שלח בו יד" – הוינן משביעינן ליה, ועכשיו שטען ספק – הוא אינו יכול לישבע ושכנגדו מחויב שבועה, ואין יכול לישבע ומשלם, וכן דעת הרמ"ה.

ה"מגיד משנה" ביאר את דעת הרמב"ם, והקשה על החולק:

דין זה לא נזכר בגמרא בביאור, אבל מתוך מה שאמרו "שכנגדו נשבע ונוטל" למד רבינו שלעולם שכנגדו אינו נוטל בלא שבועה... אבל רבינו מאיר ז"ל כתב... ואני אומר לדבריו, כל חשוד המקבל פקדון חייב באונסיו, אלא אם כן נאנס בפני עדים, ולא מצינו שהחמירו כל כך חכמים עליו, אלא ודאי דעת רבינו עיקר.

עולה מהדברים שלפנינו מחלוקת בשאלה אם שומר שאינו יכול להישבע מחמת שהוא חשוד על השבועה חייב לשלם. מחד גיסא, המפקיד אינו תובע את החפץ על סמך ידיעה ודאית, אך מאידך גיסא שומר שאינו יכול להישבע משלם בדרך-כלל, ומדוע כאן הוא ייחנה מכך שאינו יכול להישבע? הרמב"ם פוסק שהתובע אינו יכול ליטול ללא שבועה, ואילו לדעת הרמ"ה והרי"ד התובע נוטל גם אם אינו יכול להישבע. ה"מגיד משנה" הקשה על סברה זו, שעל-פיה כל שומר חשוד יהיה חייב לשלם גם על אונס, כיוון שאינו יכול להישבע. כמו כן הוא מבסס את דברי הרמב"ם על פשט הגמרא, שכנגדו נשבע כהדרכה כללית ומחייבת.

ניתן לבאר את המחלוקת לפי הצדדים שפתחנו בהם. אם התקנה של "שכנגדו" הייתה הטלת הבירור על התובע, במקרה זה התובע אינו יכול לברר, ומפסיד – זו דעת הרמב"ם. אך אם התקנה הייתה שכנגדו של החשוד זוכה בממון, ואין עליו אלא שבועה להפיס דעתו של הנתבע – התובע זכה בממון והשבועה אינה מעכבת, שהרי מלכתחילה השבועה היא רק במקרה שיש לו טענה ודאית, וכיוון שהתביעה שמחייבת את השומר להישבע ולשלם גם היא איננה ודאית, אין עליו להישבע על טענתו – וזו דעת הרמ"ה. ובזה מיושבת הערת ה"מגיד משנה" על הרמ"ה, שלא מצאנו ששומר חשוד חייב באונסין, ומדוע יחמירו עליו כל-כך, אך ההסבר לכך הוא שהדין אינו נובע מחומרה פרטית בשומר, אלא מהתקנה הכללית של שבועת "כנגדו".

ב. חשוד בשבועת הנוטלים

הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ה) פוסק במקרה שבו החשוד צריך להישבע וליטול:

סימנים לכך שהוא סובר בעניין זה כתוספות, ואם הוא סובר כרש"י – אדרבה, זה לשיטתו, שייתכן שאדם פסול לעדות משום גזרת הכתוב, וכשר לשבועה, שאינו חשוד לשקר.

¹⁴ בסוגיה זו עיין ב"חידושי רבי אריה לייב" (חלק א סי' פג), ובסיכומי שיעורים שלו, "מתורתו של רבי אריה לייב" (סי' ב-ג). נעזרנו בדבריו הנפלאים, אך אנו מציעים הסבר שונה לחלק מהדברים.

נתחייב החשוד שבועה מדבריהם – אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להשבע וליטול, אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר, וכך פוגם שטרו וכל כיוצא בזה, שהיה חשוד וטען הלוה שפרעו ואמר "ישבע לי" – הרי הנתבע נשבע היסת ויפטר מן השטר.

לדבריו, החשוד אינו נשבע שבועת הנוטלים אלא הוא מפסיד את תביעתו. הרמב"ם אינו מחלק בין סוגי השבועות השונים. הראב"ד חולק על הרמב"ם לגבי פוגם שטרו, וסובר שהחשוד נוטל בלא שבועה. הטור (ח"מ סי' צב) הביא את המחלוקת, והוסיף שהרמ"ה סובר כראב"ד. ה"מגיד משנה" (טוען ונטען פרק ב הל' ה) ביאר את סברת המחלוקת:

גם זה לא נזכר בגמרא בביאור, אבל דבר פשוט הוא שאם חכמים תקנו שמי שדינו מן התורה להיות נשבע ולא משלם כשהוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל – כל שכן שלא תקנו לחשוד להיות נשבע ונוטל. וזה קל וחומר שאין עליו תשובה לאותן שלא היה דינן לישבע וליטול, כגון שכיר ונגזל וחבריו, וחכמים הקלו עליהם ליטול בשבועה. אבל אותן שהיה דינן מן התורה ליטול בלא שבועה, וחכמים החמירו עליהן לישבע, כגון פוגם שטרו וכיוצא בו – יש לומר שלא הצריכוהו חכמים שבועה אלא היכא דאפשר שאינו חשוד, אבל כל שהוא חשוד שאי אפשר לו לישבע – העמידוהו על דין תורה ונוטל בלא שבועה, כיון שיש לו שטר. וזה דעת הר"א ז"ל בהשגות, וכ"כ רבינו מאיר הלוי ז"ל, ולדבריהם יפה כח החשוד בכך שהוא נוטל בלא שבועה, כיון ששטרו מקויים. ודעת רבינו שכיון שאין יכול לישבע אינו נוטל, וכך דעת בעל "העיטור" ז"ל, ואין בידי להכריע.

עולה מכאן שלדעת הראב"ד והרמ"ה, במקרה שהשבועה של הנוטלים היא כזו שדינו של הנשבע היה ליטול, וכיוון שזו שבועה דרבנן לא תיקנו "שכנגדו" יישבע ויטול – חיוב הממון נשאר בעינו, ובמקרים שבהם היה ראוי ליטול ללא השבועה הוא יכול ליטול את הממון ללא השבועה; ואילו לדעת הרמב"ם, שתקנת "שכנגדו" היא להטיל את חובת הבירור על הצד השני, וכיוון שנשבעין ונוטלין מדרבנן, ולא תיקנו שבועת "שכנגדו" – נותרה חובת הבירור על הנוטל, ואם אינו נשבע מפסיד. לפי הסבר זה ניתן ליישב את הערת ה"מגיד משנה" על הרמ"ה, שהחשוד מרוויח כשהוא צריך להישבע כדי ליטול, שהוא יכול ליטול אף בלא שבועה, שכן הדבר נובע מתפיסה כללית של התקנה, ואין לבחון את הדין הפרטי ולהעיר עליו כיחידה עצמאית.

ג. הודאת בעל דין ברין חשוד

הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ג) עוסק בשאלה, אם אדם יכול להיעשות חשוד מכוח הודאתו¹⁵:

אין אדם נעשה חשוד עד שיבאו עליו עדים שהוא עבר עבירה שנפסל בה, אבל המודה מפי עצמו שהוא חשוד ושעבר עבירה שנפסל בה, אע"פ שחוששין לו ואין ראוי לעשותו עד בתחלה, אם נתחייב שבועה – משביעין אותו, שהרי אומרים לו "אם אמת אתה אומר השבע, ולא מפני שעברת עבירה אסור לך להשבע באמת, ואם שקר אתה אומר הודה לבעל דינך", אבל הנחשד בעדים אין אנו מאמינים אותו שישבע.

הטור (ח"מ סי' צב) הביא את דעת הרמ"ה:

וכתב הרמ"ה, אבל אי ניחא ליה לתובע לישבע וליטול, כי אמר "נתבע חשוד אני" – נשבע ונוטל. והני מילי דלא מהימן למימר "חשוד אני בשבועה" בנשבע ונפטר, אבל בנשבע ונוטל – נאמן, דהא לחיוביה נפשיה ממונא קאתי, והודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

גם ה"מגיד משנה" מביא את סיוע דברי הרמ"ה, ובסגנון של השלמה עם דעת הרמב"ם:

וכתב רבינו מאיר והני מילי בנתבע, אבל תובע הנשבע ונוטל ואומר "חשוד אני" – נאמן להזיק עצמו, ופשוט הוא.

לפי דבריו, הרמ"ה בא לקבוע שתובע יכול להימנע מלהישבע כאשר הוא צריך להישבע וליטול, וממילא הוא אינו נוטל – ללא קשר לדין חשוד. אולם תחילת דברי הרמ"ה המובאים בטור, שבמקרה שהנתבע מציג עצמו כחשוד התובע יכול להישבע וליטול

¹⁵ ה"מגיד משנה" כתב שכן היא דעת רב האי גאון בסדר השבועות שלו (חלק ב שער ד): "וכל אלו אין נפסלין בעדות עדים אחרים זולתי עצמן, כמו שאמרו (סנהדרין כה): "בר כנתוס אסהידו ביה תרי סהדי, חד אמר קמי דידי אוזיף ברבייתא וחד אמר לדידי אוזיף ברבייתא – פסליה רבא לבר כנתוס", והא רבא הוא דאמר ליה ברבייתא פסול לעדות, רבא לטעמיה דאמר רבא אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע". נראה שהלשון משובשת, וצריך לומר בתחילה "וכל אלו נפסלין". הראיה שהביא רב האי גאון היא מדיני פסולי עדות, ונראה שכוונתו להשוות בין דיני עדות ושבועה.

– נראה כחולק על הרמב"ם, שכן הרמב"ם קובע באופן חד-משמעי שמשביעין את הנתבע על כורחו, ואינו מעלה את האפשרות שהתובע יוכל להישבע וליטול¹⁶.

העמדה שמציג הרמב"ם, שאדם אינו יכול להגדיר עצמו כחשוד, טעונה בירור. הרי אם מדובר בהפסד ממוני גרידא, היה יכול להודות עליו כמו כל מודה בממון. אך לאור הבנתנו בשיטת הרמב"ם, שגם לאחר שהאדם נעשה חשוד הוא עדיין אינו מפסיד את הממון, אלא הדבר מחייב את הצד השני להישבע שבועה שתברר את זכותו – ללא שבועה זו הוא אינו זכאי ליטול את הממון, וממילא ההודאה אינה מזכה אותו בממון באופן מדי, ועל כן אינה נחשבת כהודאה בממון. ניתן גם לומר שהתקנה לא נאמרה במקרה כזה, ועל כן הוא אינו יכול להישבע ולברר את חיובו.

נראה שהרמ"ה חולק על הרמב"ם, וסובר שכיוון שהוא חשוד, אם השני מוכן להישבע – הנתבע מפסיד את הממון על-ידי הודאתו, שכן לשיטתו עצם זה שאדם חשוד ואינו יכול להישבע – הוא הגורם להפסד הממוני, והשבועה שכנגדו היא רק כדי להפיס את דעתו של הנתבע. אולם אם הוא איננו מסכים להישבע – לא נחיל עליו את דין החשוד, שכן יהיה בזה חובה לתובע, והודאת בעל דין אינה מועילה במקום שחב לאחריני.

ד. שניהם חשודים

במקרה ששני בעלי הדין חשודים, נחלקו בדבר תנאים ואמוראים (שבועות מה-מח.). הכרעת הרמב"ם (טוען ונטען פרק ב הל' ד) בעקבות הרי"ף (שבועות כט: מדפי אלפס) היא:

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

ראשונים אחרים: רב האי גאון (משפטי שבועות חלק ב שער ד), עליה הסתמכו גם ר"ת (תוספות שבועות מז. ד"ה מתוך) והרא"ש (שבועות פרק ד ס"ז ז) היא:

ואני מסכים שהדין שאנו עושין בהם הדבר השלישי, והם דברי ר' יוסי שתבטל השבועה ויטול חצי התביעה התובע.

והוסיף רב האי גאון במקום אחר (משפטי שבועות חלק ב שער יא):

ולא נמנעו אבותי ואבות אבותי הקדושים ז"ל מלהורות ולדון בזה הדין אלא על זה דנו ועל זה הורו לעשות.

מחלוקת זו דורשת הסבר נרחב. אך לאור דברינו לעיל ניתן לומר שפסקתו של הרמב"ם, שבמקרה כזה חוזר הדין של "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" – היא לשיטתו, שהתקנה הייתה לחייב את שכנגדו להישבע כדי להוציא את הממון, ובמקרה שגם השני חשוד חוזר הדין שעל הראשון להישבע כדי להחזיק את הממון, וממילא אם אינו נשבע – עליו להוציא את הממון ולשלם; ואילו החולקים על הרמב"ם סוברים שגם אם שניהם חשודים, וחייב הממון נשאר על כנו, כיוון שעל התובע להישבע כדי להפיס את דעת הנתבע ואינו יכול להישבע באשמתו – עשו כעין פשרה ביניהם¹⁷.

ה. ספק בחשוד

בעקבות הדברים שנתבארנו, נדמה שניתן לדון בשאלה של ה"שער משפט" (סי' צב ס"ק ב) לגבי מקרה שבו יש ספק אם הנתבע חשוד; למשל בדיון שהזכרנו למעלה, אם אדם שעבר על שבועת ביטוי נעשה חשוד, שנחלקו בזה הפוסקים.

ה"שער משפט" מביא את דברי "כנסת הגדולה" (ח"מ סי' צב, הגהות הטור ס"ק ו, על-פי שו"ת מהרש"ך ג סי' לד), שמספק אין מוציאים ממון, ועל כן הנתבע לא יישבע והתובע יפסיד. ה"שער משפט" חולק עליו וסובר שאם הספק הוא באשמת הנתבע – כגון שעבר על שבועת ביטוי – הוא חייב לשלם, אך אם הספק נובע מכך ששניים העידו שחטא ושניים העידו שלא חטא – הדין תלוי

¹⁶ השו"ע (סי' צב סע' ה) הביא את הרמ"ה כ"יש מי שאומר". הש"ך (סי' צב ס"ק ו) כתב שהרמב"ם מודה בזה, דלא כתוספות יום טוב (שבועות פ"ז מ"ד), וכן השיג עליו רבי עקיבא איגר (תוספות ר' עקיבא איגר על המשנה שם). אך בחידושי רבי אריה לייב (א סי' פג) הראה שבודאי יש בזה מחלוקת בראשונים, כפי שמוכח בריטב"א (הישנים בבא מציעא ו. ד"ה מיהו), וכן הוכיח הגהות אמרי ברוך על הש"ך (שם), ועל כן בהחלט ייתכן להניח שגם הרמב"ם והרמ"ה חולקים בזה, כפי שדייקנו למעלה בדברי הרמב"ם.

¹⁷ בתוספות (שבועות מז. ד"ה מתוך; בבא בתרא לד. ד"ה וכל) הוצעו שני הסברים לעניין זה: משום הפסד של שניהם או משום קנס. היסוד לדברים הוא שהתקנה של "שכנגדו" הייתה אמורה להביא להפסד הממון לשניהם, ועל כן צריך לפשר ביניהם.

במחלוקת אם אומרים "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" במקום ש"לא הוה ליה למידע"¹⁸, וממילא גם נתבע שאין לו אשמה ברורה יהיה תלוי באותה מחלוקת.

לכאורה צודק "כנסת הגדולה", שהיה צריך לומר במקרה זה "המוציא מחברו עליו הראיה"! אולם לדברינו הדבר תלוי בשאלה שהעלינו, אם חשוד מפסיד את הממון, והתקנה הייתה שהשני צריך להישבע כדי להפיס דעתו, ובמקרה של ספק ודאי שלא יפסיד את הממון ו"המוציא מחברו עליו הראיה"; אך אם התקנה הייתה שבמקרה שהנתבע לא יכול להישבע נטל הברור עובר לשני, וממילא הוא נשבע ונוטל – הרי שגם בספק, ולפחות בספק הנובע מפשיעתו של החשוד, כפי שכתב "שער משפט", ייתכן שתיקנו שהשני יישבע וייטול.

סיכום

עסקנו במאמר בשני סוגיות מרכזיות בעניין "חשוד על השבועה":

פסול החשוד מהתורה או מדרבנן

בעניין זה נחלקו הראשונים:

1. לדעת התוספות בבבא קמא, חשוד פסול לשבועה רק מדרבנן.
 2. התוספות בכתובות ובבא מציעא סברו שחשוד על השבועה פסול מהתורה, ולגבי גזלן הביאו שתי אפשרויות, אם הוא פסול מהתורה או מדרבנן.
 3. הרשב"א הסביר את השיטה שגזלן פסול מהתורה, משום שהשבועה נועדה להחזיק ממון והגזלן חשוד על הממון.
 4. הרמב"ם קבע באופן ברור שכל פסולי עדות – היינו, גם אלו שעברו עברות שאינן ממוניות – פסולים לשבועה.
- בהסבר דעת הרמב"ם הבאנו את דברי ה"נחל יצחק", שפסול זה הוא מדרבנן, אך דייקנו שפסול זה הוא מהתורה, והצענו שהמחלוקת בעניין בין הרמב"ם לתוספות נובעת מהשאלה מה סיבת הפסול לעדות: חשש שהפסול ישקר – וחשש זה קיים גם ביחס לשבועה, ועל כן סבר הרמב"ם שהחשוד שעשה עברה הפוסלת לעדות – פסול מהתורה; או שזו גזרת הכתוב, שרשע פסול לעדות, ואילו לשבועה הוא כשר, אלא אם הוא חשוד על השבועה, או אף על כל ענייני הממון – שהוא פסול מהתורה. הראינו שהדברים מבוססים על משנתו של הר"י מיגש.
- בנספח דנו בשאלה אם מי שעבר על שבועת ביטוי נפסל לשבועה ולעדות – שאלה שתשובתה תלויה גם היא בהסברים השונים להלכות ובקשר שבין פסול עדות לפסול שבועה.
- דנו במהות התקנה שהטילה את השבועה על שכנגדו – אם החשוד הפסיד למעשה את הממון מרגע שהוגדר כחשוד, וחכמים הטילו את השבועה על שכנגדו כדי להפיס את דעתו, או שחכמים הטילו את השבועה על "שכנגדו" כחובת ברור, שרק בעקבותיה יוכל לזכות בממון.

הראינו שניתן לתלות כמה מחלוקות של הרמב"ם והרמ"ה בשאלה זו:

- א. אם שומר שהוא חשוד חייב לשלם כיוון שאינו יכול להישבע: הרמב"ם סובר שאינו מפסיד, שהרי התובע אינו יכול לברר את החוב. הרמ"ה סובר שהוא מפסיד את החוב, כיוון שהשבועה היא רק כדי להפיס את דעתו, ובמקרה כזה אין צורך בכך, שהרי התובע אינו יכול לדעת מה עלה בגורל הבהמה.
- ב. אם "נשבע ונוטל" חשוד יפסיד את הממון: לדעת הרמב"ם, כיוון שהוא חשוד ואינו יכול להישבע – מפסיד, שהרי חכמים לא העבירו אליו את חיוב הממון וחייבו את השני להישבע, כפי שעשו במקרים אחרים של שבועת "שכנגדו". לדעת הרמ"ה, במקרה שחיוב הממון הוא ודאי והשבועה מדרבנן תוקנה רק כדי להפיס את דעת הנתבע – החיוב נשאר, שהרי לא תיקנו בשבועה דרבנן "שכנגדו" ולא הפקיעו את חיוב הממון, וממילא החיוב נשאר על כנו.

¹⁸ לדעת הר"י מיגש (שבועות מג. מכל מקום) והרמב"ם (מלוה ולוה פרק יג הל' י; שאלה ופיקדון פרק ה הל' ו), גם אם לא היה לו לידע – אם אינו יכול להישבע משלם. לדעת התוספות (בבא קמא מו. ד"ה דאפילו), הראב"ד (על הרמב"ם שם ושם) והרא"ש (שבועות פרק ו סי' כז), אם חוסר היכולת להישבע לא היה באשמתו אין דין "מתוך" ופטור מתשלומים. ועיין בש"ך (סי' עב ס"ק נא).

ג. אם אדם יכול להפוך את עצמו לחשוד: לדעת הרמב"ם, שהתקנה היא העברת השבועה, אדם אינו יכול לעשות זאת מעצמו. לדעת הרמ"ה, שבעקבות החשד הוא מפסיד את הממון – הרי זו הודאה ממונית, ועל כן אם השני רוצה להישבע – הוא זוכה בממון.

הסברנו גם את דעת הרמב"ם, שבמקרה ששניהם חשודים אין מוציאים את הממון כלל, משום שבסופו של דבר איש לא נשבע, וללא הבירור על-ידי שבועה לא תשתנה הבעלות על הממון.

דנו במחלוקת האחרונים, אם בספק חשוד אומרים "המוציא מחברו עליו הראיה", והראינו שדבר זה תלוי בשאלה אם התקנה הייתה שהשני יישבע ויוציא – וממילא גם בספק ייתכן שיישבע ויוציא, או שהתקנה בעיקרה ממונית – וממילא בספק "המוציא מחברו עליו הראיה".