

יז. בעניין שבועה דרבנן

א

הגמרא במסכת שבועות (דף מא ע"א) דנה מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן. אחד ההבדלים שהגמרא מונה הוא לעניין מיחת לניכסיה, שבשבועה דאורייתא נחתינן לניכסיה ובדרבנן לא נחתינן לניכסיה. ואמרת הגמרא שאליבא דרבי יוסי האומר שמציאת חרש שוטה וקטן יש בהם גזל גמור, ואמר רב חסדא שהוא גזל גמור מדבריהם ונפקא מינה להוציאו בדיינים, יורדים לניכסיו גם בשבועה דרבנן. מתוך הסוגיה עולה שיש מחלוקת בין רבי יוסי ורבנן גם בגדר שבועה דרבנן. לרבי יוסי תקנת שבועה דרבנן היא כעין שבועה דאורייתא שיש בה חיוב ממון ומתוך שאין יכול להשבע משלם, וכמו כן בשבועה דרבנן יש חיוב ממון לעניין שאם מסרב להשבע נחתינן לניכסיה. אבל לרבנן חובת השבועה דרבנן אינה גוררת חיוב ממוני, ולכן לא נחתינן לניכסיה. לפי זה נראה שאליבא דרבנן, כשיש חיוב שבועה ואינו רוצה לישבע לא תועיל תפיסה, כיון ששבועה דרבנן אינה באה במקום חיוב ממוני אלא כחובת בירור גרידא. אלא שלכאורה יש לברר מדוע הגמרא תולה את מחלוקת רבי יוסי ורבנן בשאלה אם יורדים לניכסיו בשבועה דרבנן, הרי בפשטות יש לומר שחיוב שבועה דרבנן הוא חיוב בירור גם לרבי יוסי ומנין שאם לא יברר ירדו לניכסיו? אלא צריך לומר שהבנת הגמרא היא, שאם גזל דרבנן מוצאים בדיינים, על כורחך שגם בשבועה דרבנן יורדים לניכסיו כמו בשבועה דאורייתא, משום שתקנו שבועה כעין דאורייתא. כפי שאמרת הגמרא (בבא מציעא דף ד ע"א) לגבי

הילך: "אי אמרת בשלמא מדאורייתא הילך חייב מתקני רבנן שבועה כעין דאורייתא. אלא אי אמרת מדאורייתא הילך פטור מתקני רבנן שבועה דליתא דכוותה בדאורייתא". אבל אם נאמר שבגזל דרבנן לא יורדין לניכסיו, אם כן לעניין הירידה לניכסיו כבר לא יכול להיות כעין דאורייתא. ולכן אפשר לומר שחכמים נתנו לחיוב שבועה דרבנן אופי שונה משבועה דאורייתא, דהיינו שיש עמה רק חיוב לברר ואין עמה כל חיוב ממון, וזו שיטת החכמים.

על פי הבנה זו בגדר שבועה דרבנן אומר קצות החושן (סימן ע"ג ס"ק ב') שצריך לומר ששבועה שאינה ברשותו בשומר שרוצה לשלם אינה שבועה מן התורה:

...ולא משכחת אלא בחפץ שאינו ידוע אלא שהתורה אמרה שישבע השומר שבועה שאינו ברשותו דשמא החפץ הוא ברשותו. ומשום הכי כשרוצה לשלם תו ליכא שבועה דעיקר שבועת התורה הוא כדי שאם לא ירצה לישבע נחתינן לניכסיו וכדאמרין פרק שבועת הדיינין איכא בינייהו אחותי נכסי, וכיון דמשלם דמי החפץ לא שייך תו אחותי נכסי, ומה יעשו לו עוד וכי ישלם שנים, ואין לו לשלם רק דמי החפץ. אבל מדרבנן שפיר נשבע שאינו ברשותו ואם לא ירצה לישבע מנדין אותו כדי לישבע, ובדאורייתא לא שייך נדוי רק אחותי נכסי וכיון שמשלם דמים תו ליכא אחותי נכסי.

והטעם הוא כפי שנתבאר, שבשבועה דאורייתא החיוב לשלם הוא ממהותו של חיוב השבועה, או ישבע או ישלם, מה שאין כן שבועה דרבנן שיש חיוב שבועה אבל אין

עמה חיוב ממון. בצורה ברורה יותר כתב את הדברים בחידושי הרי"ם (סימן א' אות ה') וז"ל:

בשבועה דרבנן הטעם דלא נחתינן לנכסיו הוא משום דלא חייבוהו חכמים כשאינו רוצה לישבע שיהיה חייב לשלם דא"כ היו נחתינן לנכסיו ג"כ כשבועת התורה רק כיון דאיכא לברורי חייבוהו לברר... דבשבועה דאורייתא כל שאינו נשבע יש עליו חיוב ממון כאילו עדים מעידים שחייב.

על פי האמור מיושבת קושית מהר"י הלוי שהביא בקצות החושן (סימן צ"ב ס"ק י'), למה הגמרא בשבועות לא אומרת שאיכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן שבדאורייתא אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם. אלא שלפי האמור הרי זה כלול בהא דבשבועה דאורייתא נחתינן לניכסיה וברבנן לא נחתינן לניכסיה.

אלא שכפי שנברר להלן, לדעת כמה ראשונים ופוסקים מועילה תפיסה גם במי שלא רצה לישבע שבועה דרבנן. כלומר שלעניין תפיסה קיים מצב של מתוך שאינו נשבע משלם. כן כתב הראב"ן על שבועה דרבנן, וכן כתב המאירי לגבי שבועת היסת, וכן בשיטה מקובצת מביא תשובת הרי"ף שתפיסה מועילה מחשוד שכופר הכל, והדברים יובאו להלן. על פי זה נצטרך לומר שגם לרבנן וגם לרבי יוסי חיוב שבועה במהותו הוא חיוב ממוני, והשבועה באה לפטור אותו. אלא שבשבועה דאורייתא נאמר שנשבע או משלם, ובשבועה דרבנן אינו משלם אם אינו נשבע, אך אם התובע תפס אין מוצאין מידו. לפי זה פשוט יותר להבין מדוע הגמרא תולה את שאלת נחתינן לנכסיה במחלוקת רבי יוסי ורבנן. משום

שאינ מחלוקת ביניהם בכך שבשבועה יש גדר חיוב ממון, ומחלוקתם אינה במהות השבועה אלא בשאלה האם יורדים לנכסיו, ולרבי יוסי אם יורדים לנכסיו בכל גזל דרבנן הרי שגם בשבועה דרבנן יורדים לנכסיו, אבל לרבנן אין יורדים לנכסיו.

ב

עד כאן עסקנו בירידה לנכסיו של נתבע שאינו רוצה להישבע. מדברי הרי"ף מתברר שדיון זה שייך גם בעניין תובע הנשבע ונוטל, האם יורדים לנכסיו. וזאת במקרה שמסרב התובע להישבע ובמקום זה תפס נכסי הנתבע. **דבר זה** נפסק בשו"ע (ח"מ סימן פ"ז סעיף י'): "י"א מי שחייב שבועה דרבנן, אם קדם ותפס ולא רצה לישבע, לא מפקינן מיניה". מקור דברי המחבר הם ברי"ף בפרק הכותב (דף פח ע"א) לגבי עד אחד מעיד שכתובתה פרועה, שנשבעת מדרבנן ונוטלת, וכתב הרי"ף שאם תתפוס לא נחתינן לנכסיה כיון שבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה של מי שאינו רוצה לישבע. ובסוגיה שם מבואר שאי פקח הבעל, מייתי לה לידי שבועה דאורייתא, וכתב הרי"ף שבמקרה כזה שתתחייב שבועה מן התורה ותתפוס ולא תרצה לישבע נחתינן לנכסיה.

אך על זה כתב הש"ך (ס"ק כ"ה), שאין זה פשוט שבכל מקרה של נשבעין ונוטלין, שתמיד יכול התובע לתפוס בלי להישבע שבועה דרבנן. אמנם המחבר איירי בחייבי שבועה דרבנן שמן הדין היו נוטלין בלא שבועה, כמו מלוה בשטר שאמר לו הלוה אתשבע לי דלא פרעתיך וכן הבא ליפרע מיתומים או פוגמת כתובתה, ולכן אם לא רצו לישבע ותפסו לא מוציאין, כדברי הש"ס בשבועה דרבנן. אבל אם מן הדין אינם נוטלים

הראב"ן מדבר על שבועת היסת, שהרי כתב שלא נחתי לנכסיה לדוחקו ולפרוע לו, הרי שמדובר על שבועת היסת שנשבע ונפטר ולא בשבועת הנוטלין. וסיים שתפיסה מועילה, הרי שלדעת הראב"ן גם במחוייב היסת ולא רצה לישבע מועילה תפיסה. וכן כתב המאירי (שבועות דף מא ע"א) לגבי שבועת היסת:

וכן בכל שבועת היסת אם לא רצו לישבע אין בית דין יורדין לנכסיהם אלא משמתין אותו שלשים יום, ואם לא השתדל לפייסו ולהתיר נדויו לסוף שלשים והוא הקרוי עידן מכין אותו מכת מרדות, וכמו שאמרו רב מנגד אמאן דמשהי שמתיה ולא אתי למשרי ומתירין לו. ומ"מ אם תפש בעל דינו יראה בפרק הכותב שאין מוציאין מידו עד שישבע זה.

אם כן, דעת הראב"ן והמאירי שתפיסה מועילה במקום שיש חיוב שבועת היסת. וכן הרדב"ז (חלק ד' תשובה רי"ז) נשאל האם תפיסה מועילה בשבועת היסת ובחשוד. והשיב שבחשוד ודאי שלא מועילה תפיסה משום שא"כ לא שבקת חיי לחשודים. אבל במחוייב שבועת היסת ואינו רוצה לישבע, אי תפס לא מפקינן מיניה.

אך עדיין הדבר שנוי במחלוקת. כי לעומת הדעות שהבאנו, כתב הקצות (סימן פז ס"ק י"ב) שאין תפיסה מועילה, עיין שם.

ג

והנה יש לעיין בטעם המחלוקת הזו אם תפיסה מועילה ממחוייב שבועת היסת שאינו רוצה להישבע. דלכאורה הדבר תלוי במה שחקרנו לעיל. הסברה שמועילה תפיסה היא שחכמים תיקנו שבועה דרבנן כעין שבועה דאורייתא, ובשבועה דאורייתא הדין הוא

אף בשבועה כמו שכיר נגזל ונחבל, ורבנן תיקנו שיישבע ויטול, בכה"ג אי תפס מפקינן מיניה. והוסיף הש"ך בשם גידולי תרומה, שאף בשבועת היסת, אם הנתבע הפך על התובע והתובע תפס ואינו רוצה לישבע מוציאין מידו. **מכאן** דן הש"ך במציאות אחרת של תפיסה, לא כאשר התובע מחוייב שבועה ובמקום זה תפס, אלא כאשר הנתבע חייב שבועה דרבנן, ואינו רוצה לישבע. הוא מביא מפקסי מהר"ם רקנטי:

מחוייב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע והתובע תפס משלו, מספקא לי, וצ"ע. ואם הנתבע הוא חשוד ושכנגדו תפס, מאחר דליכא דין היפוך שבועה בלא דעת הנחשד, היה נ"ל שאין תפיסתו מועלת כלום, דאל"כ לא שבקת חיי לשום חשוד, דילך כל אדם ויתפוס ממון החשודים ויתבענו שבועת היסת, ורפיא בידי, ע"כ.

ספיקן של הרקנטי הוא במחוייב שבועת היסת ואינו רוצה להישבע אם מועילה תפיסה. אבל באינו נשבע היסת בגלל היותו חשוד נראה לו שאין תפיסת התובע כלום. וכן סיים הש"ך: "ולי נראה ברור דאין תפיסתו כלום בחשוד". על החילוק בין המקרים נעמוד להלן. עכ"פ במחוייב היסת שאינו רוצה להישבע, שנסתפק הרקנטי, מצאנו כמה ראשונים הסוברים בבירור שתפיסה מועילה.

הראב"ן על הגמרא בשבועות (דף מא ע"א) כתב:

בדאורייתא אם אמר אינו נשבע ב"ד נחתי לנכסיה ופרעו לזה כדכתב ולקח בעליו ולא ישלם, הא אם אינו נשבע משלם, בדרבנן לא נחתי לנכסיה ולדוחקו לפרוע לו אם אמר איני נשבע, מיהו אם תפס לא מפקינן מיניה.

שישבע או ישלם משום שחיוב השבועה הוא במקום תשלומים, וכך בשבועת היסת תיקנו כעין דאורייתא שיש כאן סרך חיוב ממון ומועילה התפיסה. אבל אם לא מועילה תפיסה יש לומר שלא תיקנו כעין דאורייתא ונתנו לשבועה אופי של חיוב שבועה בלבד ללא חיוב ממוני. ולעיל כתבנו שעניין זה תלוי במחלוקת רבי יוסי ורבנן אם נחתינן לנכסיה בשבועה דרבנן, דלרבי יוסי (שבועות דף מא ע"א) דאמר שבשבועה דרבנן נחתינן לנכסיה ודאי שתקנו שבועה דרבנן כעין דאורייתא וגם יורדים לנכסיו, אבל אליבא דרבנן יש מקום לדון אם יש חיוב ממון כשלא נשבע או שזה חיוב שבועה ללא חיוב ממון.

אולם אין הכרח לתלות דין תפיסה בחקירה הנ"ל. ייתכן לומר דלא מהני תפיסה גם אם נוצר חיוב ממוני, משום דיסוד התפיסה הוא מצד עביד איניש דינא לנפשיה, ובמקום שגם בית דין לא עושים דין, אין אדם עושה דין לעצמו. וכן הכריע קצות החושן (סימן פ"ז ס"ק י"ב) מטעם זה שתפיסה לא מועילה במחוייב שבועה דרבנן ואינו רוצה להשבע.

וכן לאידך גיסא יש לעיין בשיטת הסוברים שיכול לתפוס, דייתכן שאין הכרח לדעתם שבחיוב שבועה דרבנן יש גם חיוב ממון. דהנה לעיל הבאנו דברי הש"ך בשם הרקנטי לחלק בין המסרב להישבע היסת לבין החשוד, דדוקא בחשוד לא מהני תפיסתו. בטעם הדבר כתב שם בהגהות רע"א:

נראה לענ"ד דכוונת הש"ך דנהי דאפשר דלא שייך בזה לא שבקת כיון דצריך שתפס דוקא, וגם עכ"פ צריך התובע לישבע, מ"מ אם לא מהני תפיסתו כיון דהנתבע חשוד פטור לגמרי בלא שבועה מהיכי תיתי יהיה

מועיל תפיסתו לישבע וליטול, דדוקא בעלמא כשאין הנתבע חשוד דמוטל חיוב שבועה על הנתבע והב"ד כופין ומשמתין ליה אלא דאין יורדין לנכסיו בזה י"ל דהיכא דתפס מהני טענתו שיעשה הנתבע חיובו לישבע, אלא דיכול הנתבע לומר השבע אתה מדין היפוך, אבל עיקר תפיסתו על חיובו דנתבע לישבע, אבל בחשוד דל"ש כן והתפיסה יהא רק שישבע התופס ויטול מהיכי תיתי.

לפי רע"א הסברא שתועיל תפיסה היא רק כדי להכריח את הנתבע להישבע. ולכן בחשוד שאינו נשבע לא יכולה להועיל תפיסה לתובע. וממילא ניתן לומר כן גם בדעת הראשונים שהבאנו הסוברים שתפיסה מועילה, ואין הכרח שהטעם הוא משום שיש גדר חיוב ממון כשיש שבועה. וכן משמע בלשון הרדב"ז הנ"ל שכתב שמועילה תפיסה:

ולעניות דעתי נראה דלא מפקינן מיניה חדא דליכא טעמא דלא שבקת חי. ותו דכיון שאין רוצה לישבע רגלים לדבר דמשקר. ותו דאלמוה רבנן לתקנתא עד שמנדין אותו שלשים יום אם לא רצה לישבע ואם לא בא לישאל על נדויו מלקינן ליה. וטעמא דאי לאו הכי מעקרא תקנתא דרב נחמן וכל אחד יאמר (אני) [איני] נשבע ואיני משלם, וכיון דאלמוה להא מלתא אלמוה נמי לענין אם תפס דלא מפקינן מיניה.

אם כן גם לדעת הרדב"ז טעם התפיסה היא כדי להכריח את הנתבע להשבע.

אבל במאירי ודאי שאין לומר כך. שהרי המאירי הוכיח שתפיסה מועילה מהסוגיה בכתובות וז"ל: "...ומ"מ אם תפש בעל דינו יראה בפרק הכותב שאין מוציאין מידו עד

בשבועת היסת, לא יוכל התובע לתפוס אלא במקרה שמסרב להישבע, אך לא כאשר אינו יכול להישבע. דהנה כיצד נוצר חיוב הממון שבשבועה, תלוי איך מבינים את עצם חיוב השבועה: אם התורה הטילה חיוב שבועה בלבד, או חיוב בירור טענתו. כלומר האם החיוב הוא רק להשבע, ואם לא נשבע משלם ונחתנין לנכסיה משום שלא קיים חיובו. או שהתורה אמרה שטענתו אינה מבוררת, ועל כן צריך להישבע ולברר טענתו כדי להיפטר, ואם לא מברר חייב לשלם. אם נאמר שהתורה הטילה עליו חיוב בירור, אם כן פשוט שלא רק אם אינו רוצה לישבע משלם, אלא גם אם אינו יכול להשבע משלם, שהרי לא בירר. אבל אם נאמר שהתורה הטילה עליו חיוב שבועה, אם כן כאשר לא יכול להשבע הרי זה חידוש שצריך לשלם שהרי אין עליו חובת שבועה, וצריך לומר שזו גזירת הכתוב!¹ באבן האזל (הלכות שכירות פרק ב' הלכה ג') תולה חקירה זו בשאלה האם אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם במקום שלא היה למידע (ע' רמב"ם וראב"ד הלכות שאלה ופקדון פרק ה' ה"ו, תוספות מסכת ב"ק דף מו ע"א ד"ה דאפילו וקצות החושן סימן ע"ה ס"ק ט"ז). על פי זה אפשר לומר שבשבועה דרבנן לא הטילו עליו חובת בירור אלא חובת שבועה, ועל כן חיוב ממון נוצר רק כשאינו רוצה להישבע ואז תועיל תפיסה, אבל לא כשאינו יכול להישבע, דאפילו אם תיקנו שבועה דרבנן כעין דאורייתא, עדיין אין הכרח שבשבועה דרבנן תיקנו דין מתוך שהוא גזירת הכתוב בפ"ע. מכל מקום, אם

שישבע זה", והרי בכתובות המדובר בעד אחד המעיד על כתובת אשה שהיא פרועה, ואומרת הגמרא (כתובות דף פח ע"א) "אי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא". וברי"ף למד מכאן לשבועה דרבנן שתפיסה מועילה בהן ולכן אי פקח מייתי לה לשבועה דאורייתא ובדאורייתא אם תתפוס ולא תרצה להשבע יוציאו מידה, מה שאין כן בדרבנן. בסוגיה זו ודאי אין התפיסה באה כדי להכריח להשבע שהרי אדרבה, האשה תופסת דוקא משום שרוצה ליפטר מהשבועה שלה. והמאירי מיירי שם גם בשבועת היסת. אם כן המאירי ודאי לא הבין כמו שמסביר רע"א שהתפיסה מועילה רק לחייב את הנתבע להשבע. אלא ודאי פשוט למאירי שיש חיוב ממון, אלא שהדין הוא שאין יורדים לנכסיו אם לא תפס. אבל אם תפס מועילה התפיסה כיון שביסוד הדבר יש כאן חיוב ממון.

ד

לפי האמור, יש שתי הבנות בהא דמהני תפיסה: א. מצד חיוב הממון שנגרם בגלל השבועה. ב. מצד הכפייה לציית דינא. לכאורה נפקא מינה, אם שייך לומר שבבועת היסת מתוך שאין יכול להשבע משלם לעניין שתועיל תפיסה. כלומר האם תועיל תפיסה במקום שאינו מסרב להשבע אלא שאינו יכול להשבע. אם הטעם של התפיסה הוא משום שהיא מכריחה את הנתבע להישבע, כאן ודאי שתפיסה לא תועיל. אך אם יסוד התפיסה בחיוב הממון, אם כן גם במקום שאינו יכול להישבע תועיל התפיסה.

כך נראה לכאורה. אבל ייתכן שבכל מקרה לא נאמר מתוך שאינו יכול להישבע משלם לעניין תפיסה, ואפילו אם יש סרך חיוב ממון

1 עיין שבועות מז ע"א דנפקא משבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין, וכן כתב בקצות החושן סימן עה סקי"א.

שאינו יכול להישבע נגד העד דמי לשבועת התורה במקום שאינו יכול להשבע ומשלם.

ה

ומצאנו עוד ראשונים ההולכים בשיטה זו שתפיסה מועילה בשבועה דרבנן. הרמ"ך בשיטה מקובצת בבבא מציעא (דף ה ע"ב) מביא תשובה לרבינו, וכוונתו לרי"ף, שתפיסה מועילה בחשוד, וז"ל:

בתשובה לרבינו זצ"ל היה הכופר בכל חשוד מחרים התובע חרם סתם על כל מי שחייב לו כלום ואינו מודה ונותן. מיהו אי תפיס מינייהו מידי ואתא האי חשוד וקא תבע ליה משתבע האיך היסת דלא שקל מיניה מידי אלא כדין וכן נראה.

לפי תשובה זו, הרי שתפיסה מועילה לא רק בשבועת היסת כשאינו רוצה לישבע, אלא שמועילה גם כשהנתבע חשוד. לעיל הבאנו בזה את דעת המהר"ם רקנטי והש"ך שלא מועילה תפיסה, וכאן מבואר שגם בחשוד מועילה תפיסה.

אם תפיסה מועילה בשבועת היסת למרות שהנתבע חשוד ואינו יכול להישבע, על כורחנו שיש בשבועה חיוב ממון ולכן שייך גם בדרבנן מתוך שאין יכול להשבע משלם, עכ"פ לעניין תפיסה, וכפי שביארנו. וכן הבין בתשובה זו בנחל יצחק (סימן פ"ז על סעיף י' אות ח') שהטעם שלא אומרים בשבועה דרבנן מתוך שאין יכול להשבע משלם משום שלא נחתין לנכסיה, וז"ל: "ואם כן בנתבע חשוד כיון דחייב לישבע היסת ואינו יכול דמקרי זה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע דמשלם דאף דלא דיינינן כן בשבועה דרבנן זהו רק לעניין להוציא מן הנתבע דאין לנו כח למיחת לנכסיו בב"ד אבל הבע"ד הא מצי לתפוס ולמיעבד

נמצא מתוך שאין יכול להישבע משלם גם בשבועה דרבנן, על כרחך דיסוד התפיסה אינו כפיה לציית דינא כהבנת רע"א, אלא שנוצר חיוב ממון. ולהלן נעמוד על דברי קצות החושן סימן צ"ב ס"ק י' שסובר שיש מתוך בשבועה דרבנן היכא דשייכא, ולפי דבריו תועיל תפיסה מטעם חיוב הממון.

בדרך זו, דאמרינן מתוך בשבועה דרבנן לעניין תפיסה, הלך בשו"ת ברית יעקב (חור"מ סימן פ"ו). בעניין הסוגיה בכתובות (דף פה ע"א) במעשה של אבימי בריה דרבי אבהו דהוה מסיק ביה זוזי בי חוזאי, ואמרו לשליח סטראי נינהו. וכתבו על כך התוספות (בבא בתרא דף לד ע"א סוף ד"ה הוי):

וצ"ל דהא דאמרי' בהכותב גבי אבימי בריה דר' אבהו דהוה מסקי ביה זוזי בי חוזאי כו' מתוך דיכלי למימר להד"ם יכלי למימר סיטראי, איירי בתר דתקון רבנן שבועת היסת דלא הוי השליח עד, דנוגע בעדות הוא כיון דחייב שבועת היסת. דאי קודם דתקיננו רבנן שבועת היסת הוי השליח עד גמור דנאמן לומר למלוה פרעתי מיגו דאי בעי אמר אהדרתינהו ללוה כדאמר בריש איש מקדש (קדושין דף מג:), וכיון דאיכא עד היכי מהימניה במיגו דלהד"ם, דהוה ליה מחוייב שבועה ומתוך שאין יכול לישבע משלם כדאמרינן הכא.

והקשה הש"ך (סימן נ"ח ס"ק כ"ג), הרי זו שבועה דרבנן על שטר שהעד מעיד שהוא פרוע, הרי הוי שבועה דרבנן ובדרבנן לא אמרינן מתוך שאין יכול להישבע משלם. לפי האמור שמועילה תפיסה, תרץ בברית יעקב שכאן הלוח מוחזק בממונו ותפוס בעצמו ואם כן יכול לומר לא אשלם לך עד שתשבע, וכיון

שלא נחייב את שכנגדו מדרב נחמן משום שהוי תקנתא לתקנתא. ובתוספות (דף ה ע"ב ד"ה ותקנתא) כתבו "ומתוך שאינו יכול לישבע משלם לא שייך הכא כדפרישית". ובקצות החושן (סימן צ"ב ס"ק י') הביא את קושיית מהרש"ך:

למה כיוונו תוס' אי כיוונו להקשות ולומר דאע"ג דתקנתא לתקנתא לא עבדינן מכל מקום נימא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ואמאי פטרינן ליה מתשלומין וכו' קשה דהיכי מצי למימר הכא מתוך כיון דהא דרב נחמן תקנתא ומאי דאמרינן מתוך הוי תקנתא לתקנתא כמ"ש תוס' לעיל ד"ה בכולי בעי דלודי אם כן כי היכא דלא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל משום תקנתא לתקנתא הכא נמי לא אמרינן מתוך מהאי טעמא.

ומה שמביא הקצות שם בשם מהר"ש הלוי: "ואני שואל מחילה מעצמותיו הקדושים ואומר דזה עצמו כיוונו תוס' במ"ש ומתוך לא שייך הכא כדפירשנו פי' כמו שפירשנו לעיל בד"ה ובכולי בעי דלודי והוי מטעמא דהוי תקנתא לתקנתא ולא קאי כדפירשנו לעיל למ"ש בד"ה שכנגדו קאמינא בעובדא דרעיא כמו שחשב הרב זלה"ה", דבריו תמוהים, דאם הטעם משום תקנתא לתקנתא, לא צריכים להביא את דבריהם לעיל, שהרי גם התוספות לעיל (דף ג ע"ב ד"ה בכוליה) לא אומרים מדוע לא אומרים מתוך בשבועה דרבנן, ופשוט שזה משום שזה תקנתא לתקנתא, ואם כן לא ייתכן שכוונת התוספות כאן שלא אומרים מתוך משום תקנתא לתקנתא וכוונתם לאותו התוספות. ובמהר"ם כאן כתב שני הסברים בפשט התוספות. אחד מהם הוא הפשט כמו שכתב מהר"ש הלוי, שאין לומר כאן מתוך כי

דינא לנפשיה בכל לחיוב שבועת היסת אם אינו נשבע הנתבע".²

בשו"ת ברית יעקב הנ"ל כתב שגם לדעת הרמב"ם מועילה תפיסה בשבועה דרבנן כשאין יכול להשבע, על פי דבריו בהלכות טוען ונטען (פרק ב' הלכה ה'): נתחייב החשוד שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להשבע וליטול אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר, וכן פוגם שטרו וכל כיוצא בזה שהיה חשוד וטען הלוה שפרעו ואמר ישבע לי הרי הנתבע נשבע היסת ויפטר מן השטר.

על זה השיג הראב"ד: "א"א איני מודה בזה אלא שנוטל בלא שבועה שאין פוסלין שטר מקויים מפני שבועה דרבנן", ושתי הדעות הובאו בשו"ע (סימן פ"ב ס"ח וסימן צב ס"ט). ולכאורה יש להבין את טעמו של הרמב"ם, כיון דמהדין נוטל בלא שבועה אלא דרבנן הטילו שבועה בפוגם שטרו או בטוען השבע לי דלא פרעתין, א"כ מדוע המלוה החשוד מפסיד אף שמחוייב שבועה דרבנן? ומזה נראה שכיון שהלוה תפוס ומחזק, אמרינן בשבועה דרבנן מתוך שאין יכול להשבע משלם, ולכן גם כאן המלוה שחייב שבועה דרבנן מפסיד אם אינו יכול להשבע.

ולכאורה יש להביא ראייה מתוספות על הגמרא בבא מציעא (דף ה ע"א) בסוגית ההוא רעיא בדין חשוד. הגמרא אומרת

2 וכן כתב בדברי חיים (הלכות טוען ונטען סימן ל"ה) שבשבועה דרבנן לא אומרים מתוך שאין יכול להשבע משלם משום שלא נחתין לנכסיה אפילו כשאינו רוצה לישבע. אבל בדאורייתא אם אינו יכול להשבע דינו כמו שאינו רוצה לישבע ומשלם.

זה תקנתא לתקנתא. ועוד כתב פירוש שני, שכוונת התוספות למה שכתבו לעיל (ע"א ד"ה שכנגדו) שבחשוד לא אומרים מתוך, משום שהוא ברצון ישבע אם נניחנו, מה שאין כן בנסכא דרבי אבא דאמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם. וגם דבריו תמוהים שהרי סוף סוף זה תקנתא לתקנתא, ומדוע הוצרכו לתרץ שאין אומרים מתוך בחשוד.

אכן היה נראה לומר דהביאור בתוספות הוא על פי דברי קצות החושן (סימן ע"ה ס"ק י"א), שמוכיח מאותה סוגיה שלא אומרים מתוך בחשוד בשבועה דאורייתא, משום שאם כן, גם בשבועה דרבנן אין זה תקנתא לתקנתא:

ואי נימא דחשוד הוי בדין מתוך מן התורה, ואם כן אין התקנה רק שישבע שכנגדו דהא בדאורייתא ליכא שבועה ליטול, ואם כן אין זה תקנתא לתקנתא דהא מה שמשלם החשוד אינו מתקנתא, אלא מה שנשבע שכנגדו. אלא ודאי דגבי חשוד עיקר התשלומין אינו משום מתוך אלא משום תקנתא דחכמים שכנגדו, ובדאורייתא לא שייך מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אלא היכא דטוען איני יודע דאינו יכול לישבע, אבל חשוד יכול לישבע אלא שאין מניחין אותו.

ופירוש דבריו, שהשבועה שכנגדו אינה בגדר תקנה כיון שהיא לטובת החשוד, שאם לא כן היה חייב לשלם מדין מתוך. ולפי זה פירוש דברי התוספות הוא כמ"ש מהר"ם, שכוונתם היא לתוספות בעמוד א' שבחשוד לא אומרים מתוך כיון שהוא רוצה להשבע. והוצרכו לתירוץ זה, ולא יכלו להסתפק במה דלא עבדינן תקנתא לתקנתא, כי אילו היה שייך מתוך שאינו יכול להשבע משלם בחשוד

בשבועה דאורייתא, אם כן גם בשבועת היסת היינו אומרים מתוך, והשבועה שכנגדו לא היתה תקנתא לתקנתא כי היא לטובת החשוד וכמ"ש הקצות. ולכן היה מקום לשאלת התוספות, אף שברור כבר בקושית התוספות שתקנתא לתקנתא לא עבדינן. ותירוץ התוספות הוא שבחשוד לא אומרים מתוך כמו שכתבו לעיל, ולכן אם נאמר שבשבועה דרבנן שכנגדו נשבע, חזר להיות תקנתא לתקנתא. והנה, דברי הקצות, וכן הסבר דברי התוספות על פי דבריו, נכונים רק לפי מה שכתב הקצות (סימן צ"ב ס"ק י') שגם בשבועה דרבנן אמרינן מתוך שאין יכול להשבע משלם במקום ששייך. משום שאם בשבועה דרבנן בכלל לא אומרים מתוך שאין יכול להישבע משלם, הרי דברי הקצות אינם נכונים, שהרי אף אם נאמר מתוך שאין יכול להשבע משלם בחשוד, הרי בדרבנן בכלל לא שייך מתוך ותמיד הרי זו תקנתא לתקנתא, שבועה דרבנן ותקנתא שכנגדו, ואם כן אין מקום לראיית הקצות שלא אומרים מתוך בחשוד. ומוכרח שלדעת הקצות אומרים מתוך בשבועה דרבנן במקום ששייך לומר וכשיטתו בסימן צ"ב,³ ולכן לדעת הקצות אם בחשוד יש דין מתוך בדאורייתא, גם בשבועה דרבנן לא היה זה תקנתא לתקנתא אם שכנגדו נשבע.

ולכאורה איך ייתכן שאומרים מתוך בדרבנן, והרי אין יורדים לנכסיו אפילו אם לא רוצה להשבע? ע"כ שכוונת הקצות רק למצב של תפיסה, שיועיל בשבועה דרבנן כשאינו יכול או אינו רוצה להישבע. וכן הדוגמאות שהביא הקצות שם שבהם אומרים מתוך שאין יכול להישבע משלם בדרבנן, הם כמצב שיש

3 וכן העיר בטבעת החושן, שהקצות לשיטתו שאומרים מתוך בדרבנן.

על ידי גלגול וכזה הורו הגאונים בעלי הוראה.

מקור דברי הרמב"ם הוא בספר משפטי שבועות לרב האי גאון (שער שבועת היסת בהקדמה). במשנה למלך (הלכות טוען ונטען) הביא גם את תשובת הריב"ש הסובר כך, אלא כתב שלא נראה כן מדברי הרא"ש בתשובה (כלל י' סימן ב'), ולדעת הרא"ש יש חיוב שבועת היסת גם כשלא יתחייב ממון אם יודה. ואפשר לומר שבזה חולקים הרמב"ם והרא"ש. לרמב"ם חכמים תקנו שבועת היסת כעין דאורייתא, ולכן גם דרבנן יש בה חיוב ממון, וכמ"ש בדעת הרמב"ם שמועילה תפיסה. לכן אין חיוב שבועת היסת על דבר שאם יודה אין בו חיוב ממון. מה שאין כן לרא"ש, הואיל ולא יכלו לתקן כעין דאורייתא כיון שבגזל דרבנן לא מוציאים בדיינים, לכן תקנו רק חיוב שבועה אבל לא מתלווה אל השבועה חיוב ממון אם לא ירצה להשבע, ולכן לדעת הרא"ש יש מקום לחייב היסת אף באופן שאם יודה לא יתחייב ממון.

ונראה שבזה תלויה מחלוקת נוספת. הרמ"א כתב לגבי חיוב שבועת היסת (ח"מ סימן פ"ז סעיף כ"ה ומקורו בתרומת הדשן, פסקים סימן לז): "ודוקא שתבעו הממון שעיקר התביעה הוא משום ממון אבל אם עיקר התביעה היא משום האיסור אין משביעין". וכתב הש"ך (ס"ק נז) שהיינו כגון היא אומרת קדשתי והוא אומר לא קדשתיך או כגון היא אומרת ממנו נבעלה והולידה ולד זה שהוא ממזר והוא חייב לזונו כדאיתא בפסקי מהרא"י שם. וכתב הגר"א ראייה לתרומת הדשן מרש"י בקידושין (דף סה ע"ב ד"ה עד אחד בהכחשה) שכתב שאפילו לא מכחשא ליה איהי ליכא

תפיסה, כגון בטענת סיטראי וכן במלוה שטוען איני יודע. ומה שפסק בשו"ע (ח"מ סימן ע"ה סעיף י"ד): "לא אמרינן מחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם אלא בשבועה דאורייתא אבל אם מן התורה הוא פטור משבועה אע"פ שמדרבנן חייב לא מקרי מחויב שבועה", הוא רק אם אין כאן תפיסה. אבל במצב של תפיסה יועיל גם דרבנן. ולפי מה שכתבנו הדבר עולה גם מפשט התוספות על פי קצות החושן.

אלא שיש לדחות את הראיה מתוספות, כיון שאם מתוך שבועה דרבנן מתקיים רק במקרה שתפס, אם כן אפילו אם היינו אומרים מתוך בהווא רעיא אפשר עדיין שזה תקנתא לתקנתא, שכן בנידון זה לא תפס התובע והרעיא הוא המוחזק, ואם כן השבועה היא לטובת התובע שיוכל לגבות גם בלי לתפוס.

ן

כתב הרמב"ם (הלכות טוען ונטען פרק א' הט"ו):

כל הטוען את חבירו טענה שאם הודה אינו חייב לשלם ממון, אע"פ שכפר אין מחייבין אותו שבועת היסת ולא חרם סתם, כיצד, אמרת שתתן לי מנה לא היו דברים מעולם אין משביעין אותו היסת ולא חרם שאילו הודה בדבר זה אינו חייב כלום, אתה קללת אותי אתה הוצאת עלי שם רע לא היו דברים מעולם אין מחרימין על זה, וכן כל כיוצא בזה מדברים אלו.

וכן כתב בהלכות שלוחין ושותפין (פרק י' ה"ב):

לפי שאין משביעין היסת ואין מגלגלין אלא אם טענו דבר שאם יודה בה יהיה חייב לשלם ממון אבל דבר שאפילו הודה בו אינו חייב אלא שבועה אינו נשבע עליו ואפילו

ראיה מן הרמב"ם (הלכות אישות פרק ט"ו הלכה י"ג):

הוא אומר הפילה בתוך עשר כדי שישהה עמה והיא אומרת לא הפלתי נאמנת, שאינה מחזקת עצמה בעקרות, הוא אומר הפילה שנים והיא אומרת שלשה נאמנת, שאינה מחזקת עצמה במפלת, ויוציא ויתן כתובה, ובכל זה משביעה שבועת הסת שלא הפילה או שהפילה שלשה, שבטענה זו יתחייב ליתן כתובה.

ובנדון זה, אם האשה תודה שהפילה הרי הוא ישהה עמה ולא יגרש, ואם כן אין כאן חיוב ממון שתתחייב בו אם תודה, ועיין כאן בש"ך שכתב שהיא לא תובעת כתובה, דאי בתובעת כתובה הבעל נאמן. ופלא על הש"ך שלא הבחין בסתירה ברמב"ם, שהרי כאן מתחייבת היסת אף שאין לה חיוב ממון. ונראה לפרש את הרמב"ם לא כהבנת המשנה למלך דרק בתביעת ממון יש שבועה, ומתוך כך הסיק דיש מחלוקת בין הרמב"ם לבין הרא"ש, אלא אפשר להבין את הרמב"ם בדרך אחרת. עיין בלשון הרמב"ם בהלכות טוען שהובא לעיל. הרמב"ם אומר שאין מחייבים אותו לא שבועה ולא חרם. וצריך עיון למה הרמב"ם קושר חרם לשבועה? אמנם בשבועה מובן שיש צורך בתביעת ממון כפי שמוכח בפסקי מהרא"י, וראיה מעד אחד בהכחשה בקידושין כפי שהבאנו לעיל. אבל לעניין חרם, למה לא נחרים למי שמתכחש להבטחתו לתת לפלוני מנה?

ונראה לפרש את דברי הרמב"ם, דכאן מדובר במי שרוצה להוציא ממון אף על פי שאין לו תביעת ממון, אך הוא רוצה להטיל עליו שבועה בכדי שהנתבע יסכים לפצות אותו בכדי להמנע משבועה. ועל זה אומר הרמב"ם

למאן דאמר, דאין האחד בא אלא לשבועה והכא שבועה לא שייכא. והוכיח עוד מן הגמרא בבא מציעא (דף ד ע"א), שאי הילך חייב מתקני רבנן שבועה כעין דאורייתא, אבל אם הילך פטור הוא הדין בשבועה דרבנן, דלא מתקני רבנן שבועה דליתא כוותיה בדאורייתא. ומכאן שאם בדאורייתא אין שבועה אלא בתביעה של ממון, גם בדרבנן אין שבועה אלא בתביעה של ממון. אבל הש"ך (ס"ק נ"ז) חולק וסבור שיש חיוב שבועת היסת גם בדבר שאינו ממון, וז"ל: "דהדין צ"ע דאדרבא באיסורא אמרינן בפ"ק דקידושין גבי סוטה אשכחן איסורא ממונא מנלן וילפינן גלגול דממונא מאיסורא דסוטה". ולכאורה מחלוקת הרמ"א והש"ך היא כפי שהסברנו את מחלוקת הרמב"ם והרא"ש, האם תקנת שבועת היסת היתה כעין דאורייתא ודוקא במקום שיש חיוב ממון, או שזו תקנה שישבע אף שאין כמותה בדאורייתא משום שבדרבנן אין סרך ממון בשבועה.

והנה, מלשון הש"ך דמוכיח מפ"ק דקידושין משמע דס"ל דגם באיסורא שייך שבועת היסת. ברור אמנם שצריך להיות נפ"מ לממון, דאחרת הנתבע יאמר לו לאו בעל דברים דידי את, כמו שכתב המרדכי בשבועות (סימן תשס"ז), דאם טובת הנאה אינה ממון אינו יכול להשביעו דיאמר לו לאו בעל דברים דידי את. וכן פסק המחבר (סימן פז סל"ה). וצריך לומר שהש"ך מיירי באופן שהזכיר לעיל, כגון באומרת שממנו נבעלה דנפ"מ אם יולד בן שיצטרך לזונו. ואף שהשו"ע שם הביא את הרמב"ם שאין חיוב היסת על טענה שאם יודה לא יתחייב ממון, צריך לומר שבאופן שאם יודה יתחייב אחר כך ממון, גם לרמב"ם יתחייב שבועת היסת. אך צריך עיון, דהש"ך מביא

שאינן מאפשרים לתובע להוציא ממון בין על ידי שבועה ובין על ידי חרם, אלא אם כן יש תביעת ממון שאם הנתבע יודה יצטרך לשלם. אבל אם התובע רוצה להשביע לא כדי להשיג ממון כתוצאה מהשבועה, אלא כמו בהלכות אישות שהוא רוצה לשהות עמה, סובר הרמב"ם שאפשר להשביע היסת. ולפי זה אין הכרח שהרא"ש חולק על הרמב"ם. דהרא"ש כפי שהובא במשנה למלך עוסק במקרה שאשתו טוענת שהוא נשבע לה שלא יצא מן המקום אלא ברשותה, והוא טוען שהיא פטרה אותו מהתחייבותו והרשתה לו לצאת. ולא מדובר שהיא רוצה להוציא ממון אלא רוצה לחייבו שלא יצא ללא הסכמתה. במקרה זה, לפי האמור, הרמב"ם יודה שאפשר לחייב שבועה. ואפשר שכך הבין הש"ך את הרמב"ם ועל כן לא ראה מכאן סתירה לדבריו בהלכות טוען, ששם הוא שלל שבועת היסת במקרה שהתובע רוצה להוציא ממון באמצעות השבועה. ולכן אומר הש"ך שבענייני איסור יש שבועה אף על פי שעתה אין עמה חיוב ממון גם אם הוא יודה. ועל פי זה אין מקום למה שרצינו לומר, שהרמב"ם ס"ל דחיוב ממון הוא תנאי בתקנת שבועת היסת. אך את המחלוקת בין פסקי מהרא"י לש"ך בהחלט יש מקום להסביר על פי החקירה הנ"ל, שלדעת התרומת הדשן שבועה דרבנן תקנו כעין שבועה דאורייתא, ורק באופן שיש עמה חיוב ממוני. לעומתו סובר הש"ך דלשבועת היסת נתנו חכמים אופי אחר, וחיוב שבועה אינו מלווה בחיוב ממון.