

בענין גלגול שבועה

ראשי הפרקים

- א. היפוך בגלגול שבועה
- ב. חילוק בין עיקר לגלגול במשיל"מ ונפ"מ לנדו"ד (תומים)
- ג. קושיית קצה"ח ויישובה
- ד. הסבר מחודש – שבועה בב' מחייבים
- ה. סיכום

א. היפוך בגלגול שבועה

בגמרא פרק שבועת הדיינים (שבועות מא,א) לאחר דין שבועת רב נחמן דכופר הכל חייב שבועת היסת מדרבנן, מבררת הגמרא 'מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן? איכא בנייהו מיפך שבועה בדאורייתא לא מפכינן שבועה, בדרבנן מפכינן'. והיינו שדין היפוך בחיוב שבועת היסת נאמר, דמחויב השבועה - הנתבע - יכול לומר לתובע השבע וטול. ובגמרא שם: "למר בר רב אשי דבדאורייתא נמי מפכינן וכו'". ולהלכה קיי"ל דשבועה דאורייתא לא מפכינן שבועה אלא אם אין רוצה הנתבע לישבע נוטל התובע בלי שבועה (רמב"ם טוען ונטען א,ו ובשו"ע פז,יא).

בקידושין (כז,ב) ילפינן דין גלגול שבועה דאורייתא מסוטה דכשנתחייב שבועה לחבירו יכול התובע לגלגל עליו טענות אחרות¹ שישבע עליהן אף שבפני עצמן לא היה מחויב להישבע עליהן כגון כופר הכל, קרקעות, וטענות שמא ורגליים לדבר, דאין נשבעים עליהם מהתורה, וכשנתחייב לו שבועה ממקום אחר יכול להשביעו עליהן בגלגול. ובפשטות כיון שנשבע עליהם מדאורייתא ובנקיטת חפץ, מקבלים הגלגולים תוקף שבועה דאורייתא לכל הפחות לענין היפוך דדין היפוך נאמר רק בשבועה דרבנן, דלא מצינו מהתורה נשבע ונטל.

¹ ישנם חילוקים שונים באחרונים איך ומתי התביעה לגלגול שבועה היא מהתובע או שהב"ד מגלגלים, ועיין משנת יעב"ץ חו"מ סימן כד ואכמ"ל.

בטור חו"מ (צד,י): "נתחייב לו שבועה דאורייתא ובא לגלגל עליו שבועת היסת יכול לומר לו שבועה דאורייתא אשבע לך ועל הגלגולים תשבע ותיטול" (וכן פסק השו"ע סעי' ח).

ומבואר דאף דגלגול שבועה דאורייתא, אם הגלגולים הם בטענות המחייבות שבועת היסת בפני עצמן, וקודם תקנת רב נחמן בשבועת היסת לא היה יכול להיפטר בלי ש"ד (שבועה דאורייתא) ע"י גלגול, כשנתחייב היסת לאחר התקנה יכול להפוך את השבועה ולחייב את התובע להישבע אם ירצה לטול ואם לאו יפטר לגמרי.

וצ"ע דאם כך הדין, נפל פיתא בבירא, דאף דבגלגול שבועה א"צ את המחייב בהיסת דהיינו טענת ברי² והיינו דדי בטענת שמא ורגליים לדבר כדילפינן מסוטה דמשביעה בשמא על הגלגולים, אבל בכל גלגולים דטענת ברי שאין נשבע עליהם מדאורייתא מדין כופר הכל או קרקעות וכד' יוכל הנתבע להשמט מלהישבע שבועה ד"ת אף כשיש גלגול שבועה, בכך שיהפוך השבועת היסת על התובע. ומד"ת ה"ה חייב לו שבועה ואיך נפטר בתקנת ר"נ בשבועת היסת כשיכול להפכה.

ועו"ק, דבגמרא בקידושין כח,א משמע דיותר פשוט לחייב בגלגול שבועה בטענת ודאי מבטענת שמא, דאיתא שם: "אשכחן בודאי, ספק מנלן? תניא רשב"י אומר: נאמרה שבועה בפנים (היינו שבועת סוטה שמשביעים אותה בעזרה) ונאמרה שבועה בחוץ (שומרים ומוב"מ) מה שבועה האמורה בפנים עשה בה ספק כוודאי אף שבועה האמורה בחוץ עשה בה ספק כוודאי", וכיון שבטענת ודאי יכול להיפטר מהגלגול מהיכא תיתי לחיובי בספק.

ובש"ך שם (ס"ק יב) הקשה על פסק הטוש"ע הנ"ל והביא ראיה לדבריו מתשובת הרשב"א (ח"א תתקמד) ומהריטב"א (קידושין כח,א ד"ה והיכא) דמשמע דבגלגול שבועה ד"ת אין מהפכים וא"כ גם אם נתחייב היסת על הגלגולים אין יכול להפך, ולשון הש"ך: "ולא תיקן ר"נ היסת אלא בלא גלגול אבל וודאי ע"י גלגול דחייב להישבע לו מן התורה אפילו קודם תקנת ר"נ לא מצי להפך ולא בא ר"נ לעקור דברי תורה".

² כך בפשטות הדין: שאין היסת בטענת שמא דליכא לחזקה א"א תובע א"כ יש לו בידו (מ"מ טוען ונטען א,ז), מ"מ יש חולקים וסוברים דמשביעים היסת בטענת שמא כשיש רגלים לדבר (ראב"ד הובא בב"י סימן רצ, ובד"מ עה,יד) וא"כ קשה גם בגלגול שמא דמחוייב היסת.

ועוד שם בש"ך ציין מקור דברי הטור מדברי בעל העיטור (הלכות מלווה ע"פ דף כא ריש ע"א), וז"ל: "והיכא דאיכא גלגול על שבועה דאורייתא אע"ג דגלגול דאורייתא מצי למימר ליה שבועה דאורייתא עבידנא לך, מה דאת מגלגל עלי תשבע ותשקול", וא"כ בעל העיטור לשיטתו דבשבועה ד"ת כתב ג"כ שהורו הרבה גאונים דמפכינן (כדמר בר רב אשי שבועות מא,א ועי"ש בתוס') ומסתפקא ליה, על כן בגלגול היקל על הנתבע, אבל אגן דקיי"ל הלכה רווחת דבדאורייתא לא מפכינן א"כ לגלגול ישנו דין עיקר השבועה ול"ש היפוך.

וצריך להבין דברי הש"ך האלו, דאי מספיקא בעיקר השבועה אם מפכינן בדאורייתא או לאו, מ"מ פסק בעל העיטור דמפכינן, מדוע בגלגול יהיה הדין שונה, כי היכי דלדין דהלכה רווחת היא דלא מפכינן בעיקר וודאי דלא מפכינן בגלגול ומדוע שיהיה הפרש בין עיקר השבועה לגלגול למאן דמספ"ל (בעל העיטור)?

ב. חילוק בין עיקר לגלגול במשיל"מ ונפ"מ לנדו"ד (תומים)

בטור (עה,יח) הביא מחלוקת בעל התרומות והרמ"ה אי אמרינן בגלגול שבועה מתוך שאין יכול להישבע משלם (משיל"מ).

בעל התרומות כתב (וכתב שם דכן הסכים אביו הרא"ש) דאין דנים לגבי גלגולים משיל"מ, וראיתם מהגמרא ריש פרק השואל (ב"מ צז,ב) דמוקמינן לדין המשנה כשטוען השומר איני יודע ומשלם, בשיש עסק שבועה בניהם, הא בלאו הכי אף דמחויב בשבועה שמתה כדרכה אינו משלם הגלגול, וראיה דלא אמרינן משיל"מ. והרא"ש שם כתב שזאת כיון דמשיל"מ ילפי דיני ארץ ישראל מ"שבועת ה' תהיה בין שניהם", ואיירי בעיקר שבועה.

הרמ"ה חלק דגם בגלגול שבועה אמרינן לגבי הגלגול משיל"מ. וראיתו מהא דעבד בכסותו (ב"מ ק,א) דמוכר טוען עבד קטן מכרתי, והלוקח טוען עבד גדול, וכיון שטוען אף על כסותו, הוי המוכר מודה במקצת ומגלגל עליו אף את שבועת העבד. וכשאומר 'איני יודע' משלם לו עבד גדול, ומוכח דאמרינן משיל"מ אף בג"ש.

עפ"ז הסביר התומים דראיות הש"ך דאין מהפכים הגלגולים (אף שבלי הגלגול הוא שבועת היסת) מהריטב"א והרשב"א הנ"ל אינן ראיות, דאזלי לשיטתייהו כשיטת הרמ"ה דאמרינן מתוך שאיל"מ בגלגול, וא"כ הרי הדברים תלויים זב"ז- דהסוברים שדנים דין 'מתוך' בגלגול הרי התובע יטול

את תביעתו אף בלי שבועה, ואין לנתבע זכות להפוך, ולכך לא שייך היפוך שבועה בגלגול שבועה דאורייתא וכנ"ל, וזו דעת הרשב"א והריטב"א שהביא הש"ך.

אבל לדין, דאין דנים משיל"מ בגלגול שבועה (אף בג"ש דאורייתא), הרי יכול להפך עליו את השבועה, דכל שאין דין משיל"מ יש יכולת להופכה.³

וא"כ, כיון שבגלגול אף אם אומר איני יודע להדיא פטור משבועה ומתשלומים ובוודאי אם אינו רוצה להישבע סתם על הגלגולים כי ליבו נוקפו אי אפשר לחייבו להישבע, יכול להפכה על התובע וישבע ויטול אם ירצה.

ובנחל-יצחק (צד ז) ביאר שדבריו שמסתברים לשיטת הש"ך (עה סק"י וסקנ"ז) דס"ל דאי אין דנים משיל"מ בגלגול שבועה אין הנתבע נשבע שאינו יודע שאין שבועה דאורייתא שא"י, ולכך צריך להישבע היסת שאינו יודע ולכן יכול להפוך השבועה על התובע, אבל לשיטת הטי"ז (עה סע' טו) דבג"ש נשבע אף שא"י, א"כ אף דלא דיינין משיל"מ, מ"מ מחוייב שבועה דאורייתא שאינו יודע, ובדאורייתא לא מפכינן.

ומתחדש בכוונת הטושו"ע ע"פ הסבר התומים, דההיפוך של הגלגולים על התובע הוא אף כשאין בטענות הגלגול מחייב של שבועת היסת בפני עצמה, אלא הגלגול עצמו הופך לחיוב היסת כשטוען הנתבע איני יודע, או ליבי נוקפי- החיוב של ש"ד יורד דאין ש"ד בא"י, וא"כ נשבע שבועת היסת על הגלגול שא"י ואותה הוא יכול להפך.

זאת לעומת ההבנה הפשוטה בטור ובשו"ע, דבתביעת הגלגול שיש מחייב בטענה שבועת היסת, ונוסף ע"י גלגול חיוב שבועה ד"ת, ולקמן נעמוד בחילוק זה.

ג. קושית קצוה"ח ויישובה

בקצוה"ח (סק"ה) הקשה על התומים: ראשית, דאי נימא דטענת ליבי נוקפי ואיני רוצה להישבע היא כטענת איני יודע אף כשטוען ברי, וצ"ל שהבין

³ וא"כ יוצא דלמר בר רב אשי דסבר דמפכינן בדאורייתא, סבר כרב ושמואל דאין דין משיל"מ וכן כתב הרשב"א (שבועות מא,א), והעלה אפשרות דלמר בר רב אשי דמפכינן בדאורייתא זה דווקא באינו רוצה להישבע אבל באינו יכול להישבע נוטל בלא שבועה וכדקיי"ל, ודחאה. ובנחל יצחק חילק בין היכא דאינו יכול להישבע דליכא חיוב שבועה כלל לרב ושמואל, להיכא דאינו רוצה להישבע דיש חיוב שבועה וע"כ מפכינן, וכעין זה כתב בקו"ש ח"ב סימן ז.

הקצות שהוא מעין מיגו (שהיה יכול לומר שאינו יודע), אי"כ לרב ושמואל דלא סברי משיל"מ ובאומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא נפטר משבועה ומתשלומים, ולדידהו מודה במקצת אינו נשבע אלא במודה במקצת וכופר במקצת, ואין לו מיגו דמצי למימר איני יודע, דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק, כדכתבו תוס' (ב"מ צז, ב ד"ה רב הונא) בתירוץ קושיה זו, וא"כ כשהוא באמת מסופק אינו נשבע לרב ושמואל, ולדידן בגלגול. וגם אין צריך להפך דמה לו ולצרה הזו כיון דפטר לגמרי, וכשאינו מסופק אלא אינו רוצה להישבע אין לו מיגו כנ"ל, ומודה במקצת חייב שבועה אף לרב ושמואל-ודכוותה לגבי גלגול חייב להישבע ואם כן דברי התומים אין להם העמדה.

ונראה ליישב בהקדם הסבר התומים (צד, ז) בעיקר דין משיל"מ, דהנה בעיקר דין 'מתוך', אף דילפינן מקרא ד'שבועת ה' תהיה בין שניהם', ניתן לומר בגז"כ ב' צדדים: או שהתורה אומרת שחייב שבועה הוא: הישבע או שלם, והחייב תשלומים באינו יכול להישבע הוא חייב שבועה, אלא שאינו יכול להישבע, או דנימא דהוא חייב מחודש דהיכא דאינו יכול להישבע אין עליו חלות דין שבועה אלא תשלומים. והעלה דנחלקו בזה הרמב"ן והרא"ש, דבריש ב"מ הביא הרא"ש קושיית הרמב"ן דלסוברים שעד המסייע פוטר משבועה, אי"כ בשומר שמסר לשומר דחייב לשלם - "תחזור פרה לבעלים" אמאי חייב מדין משיל"מ? הרי השומר השני יוכל להיות עד המסייע ויפטר משבועה וממילא אין משיל"מ? ותירץ הרא"ש דכאן העד בא לפוטרו מתשלומים ולא משבועה ולכן אין יכול לסייעו.

הרי לנו להדיא דנחלקו בבי' צדדים אלו, והיינו דלרמב"ן חייב משיל"מ הוא חייב שבועה, ולכן אילו היה עד המסייע פוטר משבועה, היה פוטר גם מתשלומין, ואילו הרא"ש סובר דכשאין יכול להישבע הוא מחוייב תשלומים ישירות ופקע דין שבועה מיניה (ועיי"ש שתלה את בי' הדיעות בשו"ע אם מגלגלים שבועה כשבעיקר השבועה יש דין משיל"מ ואכמ"ל).⁴

⁴ וכעין זה מסביר בקו"ש ח"ב סימן ז. ועפ"ז הסביר את מחלוקת הראשונים אי אמרינן משיל"מ בגי"ש, דאי אינו יכול להישבע משלם מטעמא דשבועה, וכמו באינו רוצה להישבע, והוא מדין השבועה- גם בגלגול הדין כן. ואי באינו יכול להישבע פרה משבועה מיניה וחל עליה חייב ממון גרידא, בגלגול שבועה ליתא להך דינא, דילפינן מסוטה, והתם ליכא חייב ממון אלא חייב שבועה. עכת"ד. ולא זכיתי להבין כ"כ, דאטו משום דילפינן מסוטה לממון הוקשה לנו דכיון שבסוטה לא שייך ממון בשבועתה כיצד ילפינן לשבועות שכן שייכים חיובי ממון כגון באינו רוצה להישבע שמחוייב ממון, ואיך יהיה מחוייב הרי בסוטה אין חיובי ממון רק שבועות?

וא"כ לרב ושמואל דסברי דלא אמרינן משיל"מ, אף דהטעם הוא דהם לא דרשי 'שבועת ה' תהיה בין שניהם' להכי, עכ"פ יש לחקור מהו החיוב שבועה לשיטתם ומה הפטור: לפי הצד האי, דהיינו הרמב"ן שסובר בדעת דייני א"י דאמרינן מתוך, לא מסתבר לומר שהם סוברים שדין שבועה הוא לא הישבע או שלם, מה גם שהם סוברים בוודאי שאם אינו רוצה להישבע משלם, דבדאורייתא נחתינן לניכסיה?

ונראה שבאינו יכול להישבע לסברתם אין כאן חיוב שבועה כלל, ולשון הגמרא (שבועות מז, א) 'חזרה שבועה לסיני'. וביותר הדברים מפורשים שם בחידושי הר"י מיגאש (שבועות מז, ב), וז"ל:

דסבירא להו (לרב ושמואל) שכל שבועה שנתחייב בה אדם ואינו יכול לישבע אותה, פרוחה לה השבועה וחזרה לה לסיני, וכאילו לא נתחייב בה מעיקרא כלל דמי, דממילא שמעת דלא אמרינן הכא גבי אבוה היכא דאמר חמשין אית לך גבאי וחמשין לא ידענא מתוך שאינו יכול לישבע משלם, שהרי פרוחה לה.

ולפ"ז נ"ל דדברי התומים מיושבים דבג"ש לדידן, דבעיקר השבועה אמרינן דין מתוך שיל"מ, יש לומר דמשלם כשאינו יכול להישבע כדעת הרמב"ן דהוא חיוב שבועה, וכשאינו רוצה להישבע הוא מאותה הסיבה, דשניהם הם תשלומי השבועה, וא"כ בגלגול לדידן דאין דין מתוך- גם אין הבדל בין אינו יכול להישבע לאינו רוצה כדן העיקר שבועה, ובשניהם פטור, דהטעם דבג"ש אין דין תשלומי שבועה (אולי מפני חולשת הגלגול דילפינן מסוטה וכפנ"י קידושין כז, ב דבסוטה דעל הגלגולים אין המים בודקים אותה וא"כ גם בממון הגלגולים חלשים מהעיקר ועיי"ש שתירץ כך את כל הקשיים הנ"ל דאין בגלגול מיתוך ומפכינן בגלגול) ודין הישבע או שלם אלא כעין חיוב היסת להישבע ויכול להפכה.

אבל לרב ושמואל דבאינו יכול להישבע פרח דין שבועה מיניה ולכן אינו נשבע ואינו משלם, באינו רוצה להישבע – לעומ"ז – הרי כבר חל עליו חיוב שבועה וא"כ לדידהו אף דאין משלם כשאינו יכול להישבע, ודאי שלא שייך לפוטרו כשאין רוצה, ומיגו אין כאן כדכתבו תוס' דלעיל, דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק.

ועוד הקשה הקצוה"ח דבעיקר דברי התומים שכתב דטענת הנתבע אח"כ דאינו רוצה להישבע וליבו נוקפו הוי לכל הפחות כטוען איני יודע, ולכן פטור משבועה ומתשלומים, ויכול להופכה על התובע, קשה טובא דכיון דאין

נשבעים ש"ד באיני יודע הרי אף אם טוען כעת איני יודע להדיא, אינו נאמן דהוי חוזר מחיוב שבועה לפטור שבועה עכת"ד.

ונראה דלהנ"ל מיושב גם זה, דהא בטעמא דאינו חוזר מחיוב לפטור דאין חוזר וטוען הוא משום דליכא מיגו דאי בעי היה נשאר בטענתו הראשונה, וא"כ הכא דטענתו הראשונה חייבה אותו רק מצד גלגול שבועה א"כ בטענתו עכשיו שאינו רוצה להישבע מפני שמסופק אינו חוזר מטענתו הראשונה שנתחייב בה בג"ש, דכך הוא עיקר חיוב ג"ש מכיון של"א בה משיל"מ יכול לומר איני רוצה להישבע, ומפכ"ן. ואם יש לדמות זאת הרי זה דומה לטוען של אבותי שלקחנה מאבותיך, דודאי הטענה הראשונה חייבתו אבל כשיכול לתרץ דבריו הראשונים עם האחרונים אין החסרון של טוען וחוזר וטוען, אף בחיובים הבאים מתוך טענות. כשבחיוב עצמו מצוי הפטור אין בזה משום טוען וחוזר וטוען.

ד. הסבר מחודש - שבועה בב' מחייבים

לעיל (סוף אות ב) הערנו דהאחרונים התומים והנחל יצחק הבינו בשו"ע דג"ש דאורייתא מפכ"ן ממספר סיבות: או משום דלא אמרינן משיל"מ בגלגול וכו' והנחל יצחק הבין דהג"ש אחר אמירת איני יודע הופך לחיוב היסת (ומפני זה לא חשיב חוזר מחיוב לפטור דסוף סוף חייב שבועה וכעין החזרתי במיגו דנאנסו דנאמן אף שהחזרתי היא שבועה דרבנן) שהופך התובע ואף הש"ך כשמסביר דעת הטור והשו"ע ע"פ בעל העיטור שמסתפק אי מפכ"ן בד"ת ולכך בג"ש פסק דמפכ"ן ולא מצד היפוך היסת אלא מצד היפוך בדאורייתא.

ונראה לענ"ד לדקדק מלשון הטור והשו"ע "נתחייב לו שבועה דאורייתא ובא לגלגל עליו שבועת היסת יכול לומר לו שבועה דאורייתא אשבע לך והגלגולים תשבע ותיטול", דאיירי שכבר נתחייב לו שבועת היסת ע"י תביעה אחרת, וכעת אחר שהתחייב גם שבועה דאורייתא רוצה לגלגל עליו תביעה זו ולחייבו להישבע דאורייתא בנקיטת חפץ (נק"ח) בגלגול, דאל"כ קשה לשון השו"ע, וקשה גם עצם הדין דאם לא מיירי בשהיה כבר חייב לו, בכל גלגול שבועה יכול להפוך הגלגולים והיה לו לכתוב בתחילת הסימן דבגלגול מפכ"ן.

וא"כ יש לדון בעלמא כשיש שני מחייבים נגד הנתבע בשבועה איך לדונו לגבי היפוך השבועה.

ובתחילה יש לבאר דהשו"ע פסק כרוב הראשונים דשבועת היסת אינה בנקיטת חפץ, והש"ך (פז סקל"ח) הוכיח נגד השו"ע דשבועת היסת צריכה

נקיטת חפץ. ראייתו האחרונה⁵ של הש"ך היא מסוגיא דההוא רעיא (ב"מ ה,א):

ההוא רעיא דהוּו מסרי ליה כל יומא בסהדי יומא חד מסרו ליה בלא סהדי, לסוף אמר להו להד"ם, אתו סהדי אסהידו ביה דאכל תרתי מנייהו אמר רבי זירא אי איתא לדרבי חייא קמייאתא (דהעדאת עדים במקצת מחייבת שבועה דאורייתא) משתבע אשאר, אמר ליה אבבי אי איתא משתבע והא גולן הוא? אמר ליה שכנגדו קאמינא. השתא דליתיה לדר"ח נחייביה מדרי"נ שבועת היסת.

ואומר הש"ך: אם שבועת היסת היא בלא נקיטת חפץ, מה קושיית הגמרא נחייביה מדרי"נ? הא נפק"מ אי שכנגדו חייב שבועה בנקיטת חפץ או לא! ומוכח שאין נפק"מ בין שבועת היסת לדאורייתא לגבי נקיטת חפץ.⁶

⁵ וברשב"א שבועות מא,א בד"ה מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן ויש מביאין ראייה מכאן דאפילו שבועת היסת בנק"ח ועוד מההיא שמעתתא דההוא רעיא דפ"ק דב"מ ולא פירש מה הראיה ונראה שכונתו לראיית הש"ך הנ"ל.

⁶ והעירני מו"ר הגרמ"ח דימנטמן שליט"א דאפשר להתוכח, דלהו"א דבהיסת יש דין שכנגדו נשבע ונוטל, בוודאי נשבע בנק"ח, דלא מסתבר שיטול בהיסת גרידא, דהדרנא לדין שכנגדו בשבועת המשנה אף בהיסת. שו"מ בחזו"א חו"מ י ס"ק טו שכתב כן, דאם בשבועת היסת היה דין שכנגדו-ודאי שצריך נק"ח, דכל הנשבע ונוטל צריך נק"ח, עכ"ת"ד. ובה תירץ את קושיית רעק"א והקצוה"ח הנ"ל, דלא שייך שיאמר הריני כשאר תובעים וישבע היסת, ובדבריו לכאורה נדחית גם ראיית הש"ך דלא שייך דתהיה נפק"מ בגמרא בין שבועה דר"ח לשבועה דרב נחמן לענין נק"ח דבין כך ובין כך שכנגדו היה נשבע בנק"ח. ונראה שהש"ך (וכך רעק"א) סובר דדין שכנגדו הוא לתא דהיפוך (כך מצאתי בשיעורי הג"ר דוד פוברסקי זצ"ל), וכלשון הגמרא שבועות מא,א ישכנגדו חשוד על השבועה אפכין ליה שבועה ושמוה אאידיך, כלומר שהתקנה היא שהשבועה האמורה בדין ודברים זה תהיה על התובע וממילא השבועה שהיה מחויב הנתבע החשוד היא מתהפכת וניטלת מהחשוד לתובע. ובה מתורץ עוד מה שקשה עוד בסוגיא דחשוד, דבסימן עה סע' ד בגליון רעק"א הקשה בשם הבשמים ראש, דבהעדאת עדים דר"ח קמייאתא אין משיל"מ (בטוען איני יודע) כיון דאתיא מגלגול שבועה, וג"ש ס"ל להרבה פוסקים דאין דין משיל"מ, א"כ גם בנלמד דהעדאת עדים אין דין משיל"מ עכ"ת"ד (ועיין בשעהמ"ש פח סק"א דעיקר המלמד הוא מיהודאת פיו ויש מתוך אף בהעדאת עדים), ובתוס' ב"מ ה,א ד"ה שכנגדו הקשו אמאי לא אמרינן בחשוד משיל"מ ולחד תירוצא (ויש אחרונים שלומדים כך בשני התירוצים ואכמ"ל) בחשוד אתינן עלה מדין משיל"מ (והיינו דחשוב מן הנוטלים מן הדין עיין ר"ן ריש פרק כל הנשבעין) אלא דתקנו שכנגדו ישבע לטובת החשוד, דא"כ לא שבקת חיי לכל חשוד דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו, ע"כ. ובסוגיא דההוא רעיא הרי מדובר בהעדאת עדים, ובהעדאת עדים אין משיל"מ, ואיך יהיה דין שכנגדו נשבע ונוטל? ולהנ"ל דבחשוד הפכו את השבועה דהיינו לקחו את השבועה מהחשוד ושמוה אאידיך (כך הלשון בשטמ"ק בשם הרא"ש) א"כ לא שייך דין מתוך שאין יכול להישבע משלם, וקושיית תוס' היא מדוע לקחו לחשוד את השבועה והיה מתחייב במשיל"מ? ועל זה תירצו ב' תירוצים, ולפי' ב' תירוצי תוס' לא

רעק"א שם בגליון השו"ע הקשה, וז"ל: "תמהני הא ג"כ אם איתא לד"ח יכול לטעון הריני כשאר תובעים להשביעך היסת, וכיון שאתה חשוד אנכי ישבע היסת בלא נקיטת חפץ"⁷, והיינו דבין אי איתא לד"ח בין ליתא לד"ח יכול התובע לוותר על תביעתו בשבועה דאורייתא והעדאת עדים, וממילא השכנגדו יהיה מחויב היסת בלא נקיטת חפץ, ולכן אין זו תשובה לקושיית הגמרא- דאי יש דין שכנגדו בחשוד, בהיסת יכול להישבע התובע את שבועת ההיסת החלה על הנתבע וליטול, אלא דתקנתא לתקנתא לא עבדין ולכן אין דין שכנגדו בשבועת היסת.

והנראה בדעת הש"ך, דכשיש מחייב שבועה דאורייתא וגם מחייב שבועת היסת, אינו מחויב שבועת היסת כלל, וההסבר הוא דכשהתורה לא האמינה אלא בשבועה דאורייתא אין מקום למחייב אחר מדרבנן, וא"כ ההיפוך לשכנגדו הוא תמיד כעין השבועה של המחויב, ולכן הוכיח הש"ך כנ"ל. ומתורצת קושית רעק"א, דאי איתיה לדרבי חייא אין חיוב היסת כלל ולא מצי למימר הריני כשאר תובעים ואשבע היסת, וא"כ ראית הש"ך קמה וגם ניצבה וכנ"ל.

ואשר לפ"ז נ"ל לחדש בנד"ד דהיכא דמחויב היסת ממקום אחר ורוצה לגלגל עליו שבועה דאורייתא, כעת הוא מחויב שבועה מב' מחייבים: היסת מצד הטענה ושבועה דאורייתא מצד הגלגול, אלא דסברת הש"ך היא דכשמתחייב שבועה דאורייתא לא שייך חיוב היסת ופקע ליה (ואזיל לשיטתו גם כאן, ועל כן תמה על סברת הטוש"ע).

אבל לסברת רעק"א והקצוה"ח, דאף כשמחויב שבועה דאורייתא נשאר עדיין חיוב שבועת ההיסת, אלא דנפטר ממנה ע"י שנשבע שבועה דאורייתא, דבכלל מאתים מנה אבל תוקף החיוב היסת נשאר אף כשיש מחייב שבועה דאורייתא, וא"כ חיוב ההיסת הוא המחלק בין עיקר השבועה לגלגול, דהא הקשה הש"ך דלדין דבדאורייתא לא מפכינן אין נפק"מ בין העיקר לגלגול, וזה לסברתו- דכשיש מחייב ש"ד ליכא לחיוב היסת כלל כנ"ל, אבל לסברת החולקים הא אם ירצה התובע לומר לגבי הגלגולים הריני כשאר תובעים ותשבע לי היסת וכגון שיודע שלא ישבע והוא רוצה שיהפוך דלא אכפת ליה להישבע (ובמשיל"מ הרי לא יקבל את התביעה) נראה דאין מניעה לשיטתם

סוברים דבחשוד קיים הדין משיל"מ (דלא כהר"ן ריש כל הנשבעים הסובר דבחשוד הנטילה מדינא כנשבעים ונוטלים דכתובות) (היינו פוגמת כתובתה וחברותיה).

⁷ ועיין בקצוה"ח ס"ק יז שכתב על זה "וראיה זו איני מכיר..." מכח אותה קושיה.

וא"כ מחולק העיקר מהגלגול ע"י ההיסת שמחויב בו בגלגול עוד קודם שנתחייב בש"ד, וכיון שהתובע מצי לחלק ולומר הריני כשאר תובעים ולהשתמש בזכות התביעה של ההיסת- לא יוכל למנוע מהנתבע להשתמש בזכות זו וע"י זה לחלק בין הגלגול לעיקר שבועה, דהיינו דעל המחייב מצד גלגול שבועה והוא מחייב דאורייתא, הרי אם אומר לו טול את התביעה של הגלגול נפטר משבועת הגלגול, וכיון שיש גם חיוב היסת יכול להשתמש בחיוב זה ולהופכו על התובע, וא"כ לא יטול אלא בשבועה.

וא"כ נלענ"ד דמתורצות כל הקושיות, דמה שהוקשה דא"כ נפל דין ג"ש בבירא דכל נשבע יהפוך הגלגול אשכנגדו ולהנ"ל נראה לי דלא שייך אלא כשהיה חייב לו שבועת היסת ממקום אחר, ולא באותה טענה ואותה רוצה לגלגל ולחייבו בדאורייתא (כעין החילוק ברמב"ם בין כשטוענו כלים וקרקעות דהב"ד מגלגלים, להיכא דהגלגול הוא בטענה נפרדת שצריך שהתובע יגלגל).

ומה שהקשינו דשבועת היסת היא בטענת ברי וא"כ א"א להשביע בגלגול בבירי, ובגמרא בקדושין דילפינן לחיוב שבועה, ובברי יותר קל להשביע בגלגול ואם בבירי מפכינן לכאורה כ"ש בשמא – ג"כ ל"ק. ראשית, דבגמרא שם מדובר על ילפותות מקראי ואין להקשות על לאחר תקנת רב נחמן, דהדין הוא לא דבגלגול מפכינן, אלא דבהיסת מפכינן וזה רק לאחר התקנה, והגמרא איירי בקראי.

ועוד, דלא בכל טענת גלגול **דפ"ע** היתה מחייבת היסת מפכינן, אלא רק שנתחייב היסת בפני עצמו בלי קשר לטענת העיקר שבועה.

ודברי הש"ך שכתב דבעל העיטור לשיטתו דמספקא ליה אי מפכינן בדאורייתא ולכן בגלגול הקל להפך, והוקשה מה שנא ג"ש מהעיקר- דבעיקר קיי"ל דאף לדעת בעל העיטור, דמספ"ל, דלא מפכינן? ולמבואר לעיל דאיירי כשיש חיוב היסת אחר, וכך נראה שפירשו דבריו הטור והשו"ע כנ"ל, וא"כ כשיש חיוב היסת ובהיסת לכו"ע מפכינן, ובשלמא לשיטת הש"ך דלא מפכינן בדאורייתא היא הלכה רווחת בישראל, הוא דין בכל שבועה דאורייתא, ואין חילוק בין עיקר לגלגול- הכל דין אחד, ולכן אין משמעות לחיוב היסת הנוסף, דכיון שהחמרנו בגלגול כמו בעיקר לגבי היפוך שבועה מתבטל, המחייב הנוסף של היסת כשיטתו, וכדלעיל.

אבל לבעה"ע דמספ"ל אי מפכינן בדאורייתא לגבי העיקר כשיש רק מחייב דאורייתא, א"כ לגבי הגלגול שבו נוסף גם מחייב היסת, ובהיסת מפכינן

בודאי. כיון דמספק"ל, המחייב של השבועה דאורייתא לא מבטל את המחייב של ההיסת, כיון שאין שום דין המתחדש ע"י החיוב דאורייתא, כיון דל"א מתוך שיל"מ וכן היפוך שבועה הוא מסופק אם יש כלל – לא יתכן שדין מסופק הקיים בשבועה דאורייתא יבטל את המחייב הנוסף של שבועת ההיסת.

הש"ך אכן סובר שכשיש מחייב שבועה דאורייתא מתבטל המחייב דשבועת ההיסת, ובהכי לא תיקנו כדלעיל, אבל כ"ז הוא כשיש תוספת חיוב במחייב דאורייתא, וזה מסתבר. וא"כ למאן דמספק"ל אי מפכינן בדאורייתא אין זה נחשב תוספת במחייב דאורייתא כדי להפקיע את המחייב היסת (שהיסת הוא גם זכות הנתבע כנ"ל), ונק"ח ג"כ אינה נחשבת תוספת במחייב ג"ש דאורייתא, דראיית הש"ך הנ"ל דהיסת בעי אינקוטי חפצא מסוגיא דההוא רעיא, כתב שמצא ג"כ בבעה"ע. נמצא שגם דבטכסיס השבועה דנק"ח אין הבדל בין היסת לדאורייתא בין לש"ך ולבעה"ע, ולכך הסביר הש"ך את בעל העיטור לשיטתו.

ה. סיכום

פתחנו בדין מהטור והשו"ע דבגלגול שבועה יכול להפוך את הגלגול על שכנגדו. דין זה הוקשה לש"ך, וע"כ חלק עליו וכתב שמקורו מבעה"ע וא"כ אין ראייה לדידן, דבעה"ע מספק"ל אי מפכינן בדאורייתא ולכן היקל בג"ש.

הובא הסבר התומים דכיון דבגלגול אין דין משיל"מ, לכן יכול להפוך, ולשיטתו אינו יכול להישבע הוא כמו אינו רוצה להישבע בג"ש ובשניהם פטור ולכן יכול להפוך.

והקצות הקשה עליו דא"כ לרב ושמואל לא יחויב לעולם אם אינו רוצה להישבע דינו כאינו יכול, ועוד הא הוי כחוזר מחיוב לפטור.

ותירצנו דהתומים אמר שיטתו בג"ש, דאין הבדל בטענה אינו יכול ואינו רוצה להישבע, כיון דבעיקר שבועה ג"כ החיוב לשלם באינו יכול להישבע הוא מדיני השבועה כמו אינו רוצה ולכן גם בפטור אין הבדל לדידהו, דבין אינו יכול בג"ש בין אינו רוצה- פטור מפני חולשת החיוב שבועה בג"ש, אבל לרב ושמואל באינו יכול הוא פטור שהוא מופקע משבועה (וכסברת הרא"ש), ולכן פטור משבועה ומתשלומים, משא"כ באינו רוצה להישבע הוא בוודאי דין בשבועה.

עוד התחדש הסבר בשו"ע דדין זה הוא רק כשנתחייב היסת מקודם או לאחר מכן ממקום אחר, ורוצה התובע לגלגל עליו חיוב זה לש"ד. ובזה נחלקו דלש"ך כשיש ב' מחייבים – דאורייתא והיסת – פקע ליה החיוב היסת ולכן כאן חלק על הטור והשו"ע, הסוברים כפי הנראה שהמחייב היסת נשאר וכשעוברת השבועה לתובע יכול להשתמש בחיוב היסת, וא"כ גם הנתבע יכול להשתמש בזכות זו ע"י שיוריד מעצמו את החיוב ד"ת ע"י הסכמתו לשלם את התביעה, ולהשתמש בזכותו הקיימת עדיין בהיפוך היסת ולא ישלם עד שישבע התובע.