

# מנהג בתי הדין להמיר חיוב שבועה בתשלום ממוני

## תוכן המאמר

הצגת החקירה

נפ"מ בחקירה

אפשרות א': מדין מחויב שבועה שאינו יכול להישבע

סיכום

אפשרות ב': מדין הסכמת בעלי הדין לפשרה

מנהג בתי הדין בימינו

סיכום

שיעור התשלום כתחליף לשבועה

חיוב שבועה: ממון או בירור

העולה מכל האמור

## הצגת החקירה

יש לחקור, מהו יסוד מנהג בתי הדין היום להמיר את השבועה בתשלום ממוני, האם זה מטעם דין מחויב שבועה ואינו יכול להישבע משלם, או מחמת שיש בסמכותם לעשות פשרה:

יש מקום לומר, שבזמן הזה איננו משביעים משום חומר השבועה, שאין מורא מפני השבועה והשו"ע (חו"מ פז, לז) פסק ש"אין מוסרין שבועה למי שרץ אחר שבועה". נמצא, שכל אחד הוא בחזקת חשוד על השבועה, ולכן מי שחייב שבועה אינו יכול להישבע אפילו אם ירצה, ואם כן דינו כמחויב שבועה שאינו יכול להישבע, שלפי הדין הוא חייב לשלם.

אולם מאידך ניתן לומר באופן אחר, שהחיוב הממוני במקום שבועה הוא מטעם ששני הצדדים קיבלו עליהם את הדיינים הן לדין והן לפשרה, ועל כן יכולים הדיינים לפסוק כראות עיניהם חיוב ממוני במקום חיוב שבועה, מטעם "קיבלו עליהו". ואם נאמר כצד זה, יש לדון האם יש חילוק בין פשרה מצד הדין בלי "קיבלו עליהו" לבין פשרה מתוקף הבוררות שעליה חתמו שני הצדדים לפיה יש סמכות לדיינים לעשות פשרה.

נפ"מ בחקירה

אחת הנפ"מ היא לגבי חיוב ממוני במקום שבועת דרבנן, שהרי כתבו התוספות (ב"מ ג ע"ב ד"ה בכוליה) שמתוך שאינו יכול להישבע משלם הוא רק בשבועה דאורייתא ולא בשבועה דרבנן, וכך אכן נפסק בשו"ע (חו"מ עה, יד). ונמצא לפי זה, שרק שבועה דאורייתא ניתן להמיר בתשלום ממוני, אך לא שבועת היסט או שאר שבועות דרבנן.

לעומת זאת, אם חיוב הממון במקום שבועה נובע מכח סמכות הדיינים לעשות פשרה הרי שיש בסמכותם להמיר גם שבועת דרבנן בתשלום ממוני.

נפ"מ נוספת: המחויב שבועה ואינו יכול להישבע, לכאור' צריך לשלם תשלום מלא, אולם חיוב ממון הבא מכח פשרה הוא חלקי.

### אפשרות א': מדין מחויב שבועה שאינו יכול להישבע

אם נגדיר את הבעל דין שעליו הוטלה השבועה כחשוד על השבועה, הרי הוא משויל"מ. ברם, הגמ' (ב"מ ה' ע"א) מספרת:

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

כלומר, היה מקום להשביע את הרועה שבועת רבי חייא קמיינתא אילולי היה חשוד, ומאחר שהוא חשוד על השבועה מטילים את השבועה על התובע שישבע ויטול. והתוספות שם (ד"ה שכנגדו) שואלים מדוע מטילים את השבועה על התובע, הרי הנתבע אינו יכול להישבע מחמת שהוא חשוד על השבועה, ולכן דינו שמתוך שאינו יכול להישבע ומשלם [כמו האומר חמישים ידענא וחמישים לא ידענא (ב"מ צח ע"א)] ובנסכא דר' אבא (שבועות לב ע"ב), ואין צורך בשבועת התובע.

התוספות מתרצים שני תירוצים:

א. אם נחייב את החשוד על השבועה לשלם מדין משויל"מ, איננו מניחים לו אפשרות לחיות, משום שהבריות ינצלו זאת ויתבעו אותו תדיר ומאחר שלא יוכל להישבע לפטור עצמו יטלו את כל אשר לו.

ב. יש חילוק מהותי בין חשוד על השבועה לבין מחויב שבועה שאינו יכול להישבע: החשוד על השבועה מוכן מצידו להישבע אלא שאנו איננו מניחים לו להישבע, ולכן אי אפשר לחייבו לשלם אלא להטיל את השבועה על שכנגדו. אולם, שונה הוא המחויב שבועה ואינו יכול להישבע, שהרי הסיבה שאינו יכול להישבע נובעת ממנו ולא מכך שאין אנו מניחים לו להישבע, ולכן מאחר ואינו יכול להישבע עליו לשלם.

ההבדל בין התירוצים הוא, שלפי התירוץ הראשון מבחינה עקרונית דינם שווה ואין הבדל בין חשוד על השבועה למשויל"מ אלא חכמים תקנו תקנה לטובתו, ולפי התירוץ השני יש חילוק עקרוני ביניהם.

כעת נבחן מהי הסיבה שהיום בעלי הדין אינם נשבעים, האם מחמת בית הדין או מחמת עצמם. והתשובה היא מחמת בית הדין שאינם מניחים אותו להישבע משום חומר השבועה. לפי התירוץ הראשון של התוספות אין הבדל מהותי בין חשוד על השבועה לדין משויל"מ ואין לחלק מהי הסיבה שאינו בא לידי שבועה, ורק חכמים תקנו לטובתו כי אחרת לא שבקת ליה חיי. אולם לפי התירוץ השני של התוספות יוצא שאין למחויב שבועה בזמננו דין מתוך שאינו יכול להישבע משלם, משום שמצידו הוא כן מוכן להישבע.

ויצא, שהקביעה לפיה בתי הדין היום מטילים חיוב ממוני של המחויב שבועה משום שיש לו דין מחויב שבועה שאינו יכול להישבע משלם, נתונה במחלוקת התירוצים בתוספות.

ניחא, אם יש לחשוד דין משויל"מ, מובן מדוע אנו ממירים את השבועה בתשלום ממוני. אולם אין אם אין לו דין משויל"מ, הדין הוא שהחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל. בזמן הזה, כולם בחזקת חשודים על השבועה וגם על שכנגדו לא נטיל שבועה, ומה הדין כאשר גם הצד השני הינו חשוד על השבועה? נחלקו בזה השולחן ערוך והרמ"א (תו"מ צב, ז):

"מי שנתחייב שבועה דאורייתא והוא חשוד על השבועה, שכנגדו נשבע ונוטל, אם טען עליו טענת ודאי. ואם שניהם חשודים, חזרה שבועה לנתבע, ומתוך שאינו יכול לישבע, משלם. הגה: וי"א דיחלוקו, וכן נראה לי לדון, דהמוציא מחבירו עליו הראיה".

וניתן לומר שהשו"ע והרמ"א נחלקו במח' תירוצי התוספות<sup>1</sup>. השו"ע נוקט כתירוץ הראשון לפיו חשוד על השבועה דינו כמשויל"מ, ולכן אם אין אפשרות שכנגדו ישבע חוזר הדין אליו והוא חייב לשלם הכל. אולם הרמ"א נוקט כתירוץ השני, שיש חילוק בין חשוד על השבועה למשויל"מ משום שהוא מצידו כן מוכן להישבע אלא אנו מונעים ממנו, ולכן אין לחייבו ביותר מחצי.

וגם יש לחלק בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, כפי שכתב שם השו"ע (סעיף יא):

"נתחייב החשוד שבועת היסת, אין שכנגדו נשבע ונוטל, אלא הרי הנתבע נפטר בלא שבועה".

סיכום

אם המנהג היום לחייב ממון את המחויב שבועה, משום שהוא חשוד על השבועה ויש לו דין משויל"מ:

1. בחיוב שבועת היסת דרבנן אין לחייבו ממון כלל.

2. בחיוב שבועה דאורייתא, נחלקו השו"ע והרמ"א: לדעת השו"ע על המחויב שבועה לשלם את כל סכום התביעה, ואילו לדעת הרמ"א עליו לשלם מחצית הסכום.

אפשרות ב': מדין הסכמת בעלי הדין לפשרה

כך כתב הגרש"ז בשולחן ערוך הרב (חו"מ הל' הלואה א, ל):

"מי שנתחייב לו חבירו שבועה, ורואה בו שמוכן להישבע, יתפטר עמו, ולא יתבענו לישבע, שנאמר שבועת ה' תהיה בין שניהם, מלמד שהשבועה חלה על שניהם. ואם תובעו לישבע, הרי העומדים שם אומרים זה לזה: סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים האלה, והם הנשבע והמשביעו".

מלשונו שכתב "יתפטר עמו" משמע שיש להימנע משבועה מדין פשרה מחמת עונש השבועה.

כך גם משמע בתשובת הרדב"ז (א, שנד):

"אבל הנכון בחלוקה זו לפייס את בעל הדין שיתרצה להטיל חרם על כל מי שטוען שקר כאשר תיקנו הגאונים ז"ל וכן אני נוהג תמיד בכל מקום שיש מחלוקת פוסקים בשבועה או במקום שאני רואה אמתלאות שרוצה לישבע לשקר וכן ראוי לכל דיין לעשות פשרה בכל כיוצא בזה כדי שלא יבואו לידי עונש שבועה דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ואמרינן עלה מלמד שהשבועה חלה על שניהם".

<sup>1</sup> הערה בשיעור ע"י הבחור יונתן שרביט נ"י.

## מנהג בתי הדין בימינו

עוד בתקופת הראשונים היה נהוג לעשות פשרה במקום חיוב שבועה. כך כתבו התוספות (סנהדרין ו ע"ב) "ומיהו כשמתחייבין שבועה זה או זה, שרי למימר להו לעשות הביצוע כדי ליפטר מעונש שבועה".

לאחר גמר דין אסור לבי"ד לעשות פשרה. מהו גמר דין ?

רש"י כתב שגמר הדין הוא שהדיין אומר פלוני חייב או פלוני זכאי, אך קודם לכן מותר לעשות פשרה אף שהדיינים יודעים להיכן הדין נוטה. אולם התוספות כתבו "נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע, כגון שכבר דקדקו בדין היטב וכמו גמרו את הדין דלא מיחסר אלא איש פלוני אתה חייב, דכיון דנתברר כל כך אין להטעותו לעשות פשרה שאלמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות לא היה מתרצה לפשרה בשום ענין".

הטור ושו"ע פסקו כשיטת רש"י, והסמ"ע (ס"ק ט) ביאר שלמרות שהדיין יודע להיכן הדין נוטה מותר לעשות פשרה ואין בזה משום מטעה לחבירו, כי נוח לחבירו שיוותר מה לבעל דינו כדי שיתווכ השלום ביניהם.

ואם הפסק דין היה חיוב שבועה, נחלקו הב"ח (חו"מ יב, ג) והש"ך (שם ס"ק ז) בדעת התוספות, האם הדיינים רשאים לעשות פשרה במקום השבועה. הב"ח כתב שלשיטת התוספות לאחר גמר דין כשאמרו פלוני חייב שבועה אין בית הדין רשאי לחזור ולעשות פשרה, שכיון שכבר גמרו הדין לפסוק שבועה אם חוזרים הדיינים ועושים פשרה נראה כאילו לא דנו דין אמת, וסיים "וגם בזה נכון להחמיר".

אולם הש"ך כתב שאין דבריו נכונים, וגם חומרא זו קולא היא, והעיקר כמו שכתב הטור.

גם השולחן ערוך (חו"מ יב, ב) פסק כדעת הטור והש"ך:

"ואם חייבו בית דין שבועה לאחד מהם, רשאי הבית דין לעשות פשרה ביניהם כדי ליפטר מעונש שבועה".

והאגרות משה (חו"מ א, לב) כתב: ולכן צריך לפשר ולא להשביע, ובפרט בזמן הזה".

הרא"ה קוק בשו"ת אורח משפט (סי' ד) כתב שיש לקבוע רף של סכום תביעה לחיוב שבועה, ולא להשביע על סכום נמוך, וכתב כך:

"ראוי לגעור בזמן הזה במי שמתעקש שלא לקבל פשרה, ומזיק עצמו או את חבירו לשבועה בשביל סך פעוט כזה. ובימים הקדמונים קבעו הקהילות שלא להשביע שבועת התורה, כי אם על עשרה זהובים, ולפי ערך הכספים בזמן הזה ופינוק הדיעות בעניני שבועה, ראוי להגדיל הסכום, וראוי להרחיבו גם על שבועה כעין שבועת תורה, מפני חילול ד'. וק"ו שאין להוסיף איומים שלא נהגו כלל כמבואר בדברי האחרונים, ולענ"ד ראוי לעשות בכה"ג פשרה גם שלא מדעת בעלי הדין, במקום שמבינים שכל תביעת השבועה אינה כי אם ניצוח בעלמא".

ומשמע מהמשך דבריו שם, שבזמן הזה שאין לנו דיינים סמוכים, נשאר דין מצוות בני נח להעמיד משפטים לעשות דיני יושר, ולשם כך הדיין רשאי להטיל פשרה למרות שמעיקר הדין אינו כך.

בספר דיני הבוררות של הרב יעזר אריאל (כללי הפשרה עמ' קפג) כתב:

"מנהג בתי הדין המפשרים כתחליף לשבועה נעשה בשנים האחרונות למנהג המדינה. לכן הצדדים חייבים לקבל עליהם את מנהג המדינה, המקובל בבתי הדין.

שאלת השבועה אינה תלויה בהסכמתם, שהרי גם אם ירצו להישבע, בית הדין לא יאפשר להם להישבע".

ובספר סדר הדין לפרו' אליאב שוחטמן (עמ' 215) מובא פס"ד רבני משנת תשי"ד (לא פורסם) שבמקום שיש חיוב שבועה בית הדין יכול לפשר בעל כרחם של הצדדים אפילו אם בשטר הבוררות לא נכתב שבית הדין יוכל לפשר.

דבריו אמורים לגבי בתי הדין הרבניים של המדינה, והדברים נכונים ביתר שאת ויתר עוז לגבי בתי הדין הפרטיים לממונות הפועלים מכח חוק הבוררות, מחמת שהצדדים חותמים על הסכם בוררות המסמך את בית הדין לעשות פשרה, ובכלל זה להמיר את חיוב השבועה לחיוב ממוני.

סיכום

אם המנהג היום לחייב ממון במקום שבועה הוא מדין הפשרה, רשאים הדיינים להמיר את השבועה בתשלום ממוני כפי שיראה להם, וכדלקמן. ונראה שרוב הפוסקים נוקטים כגישה זו שחיוב הממון במקום שבועה בזמן הזה הוא מדין פשרה.

### שיעור התשלום כתחליף לשבועה

כאשר בעלי הדין קבלו את הדיינים לפשרה הקרובה לדין, כתב שו"ת שכות יעקב (ב, קמה) שאינם רשאים לעשות פשרה של חצי הסכום דהיינו לחלק את הסכום שווה בשווה בין הצדדים, אלא צריכים לחייב את המתחייב ברוב הסכום. והנה אין שיעור לדבר שאם מחייבים אותו בדינר אחד יותר מהחצי כבר נחשב קרוב לדין, אולם למעשה יש לפסוק חיוב של שני שלישי למי שהתחייב, והוי פשרה הקרובה לדין. והסמך לשיעור זה הוא שזהו רוב הניכר שהוא כפל, וכן הוא דין המשלם דמי שעורים בזול היינו שלישי. וסיים:

"כלל הדבר, הכל תלוי בראות עיני הפשרן לפי אומד דעתו במהות הדבר, רק שיהיה כוונתו לשם שמים לא לשום נטיית צד, לאפשר הדבר ולתווך השלום. ועל כל פנים לא יותר משלישי שחייב או פטור על פי הדין, פחות משני שלישים מיקרי רחוק, וקצת זכר לדבר עד דור השלישי חשוב קרובה".

כלומר, שיעור הפשרה הקרובה לדין הוא קיזוז שלישי מהמתחייב על פי הדין: אם הדין נוטה לטובת התובע הוא יקבל שני שלישי מסכום התביעה, ואם הדין נוטה לטובת הנתבע יקבל התובע שלישי מסכום התביעה.

טעם אחר לשיעור חיוב שלישי בשבועה מובא בשו"ת אבן יקרה (חו"מ סי' ו), לאחר שמזכיר את תקנות הארצות לענין פשרה על השבועה שישלם שלישי בעד השבועה. טעמו מתבסס על מנהג ישראל לעשות כל טצדקי שלא לישבע אפילו על האמת ואפילו אם יגיע לו הדבר לידי הפסד ממון. וטעם שיעור שלישי, משום שבאמת הרמב"ם ומוני המצוות העומדים בשיטתו מנו שבועת אמת במנין המצוות, והיינו שבעת שיצטרך לישבע ישבע בשמו של הקדוש ברוך הוא והטעם הוא שהוא קידוש שמו הגדול כשנשבעים בשמו וכמו שכתב ספר החינוך מצוה תל"ה. ומאידך מבואר ביתר המקומות שיזהר לישבע אפילו באמת. ועל כרחנו שיש במניעתה קידוש השם יותר שיראים אנו וחרדים להזכיר את השם אפילו על האמת. ואם כן, בשני האופנים יש כאן קידוש השם, אם בהשבועה ואם בהימנעות ממנה, אך בהמניעה יש קידוש השם יותר. והנה אם זה תובע מחבירו מנה ואם ישבע יגבה הכל, ואם לא ישבע יפסיד הכל. הנה גם אם ישבע באמת יקדש השם, אך לא יהיה קידוש השם גדול כל כך כמו אם לא ישבע. והרי הגמ' (ב"ק ט ע"ב) אומרת שהידור מצוה הוא עד שלישי, ועל כן אם יוכל הלה להשיג מצות קידוש השם היותר גדול והיינו

מניעת השבועה, מחויב הוא לוותר שלישי ממה שיהיה לו אם יקיים מצות קידוש השם ע"י השבועה שאז יגבה הכל, וכן הוא בנשבע ונפטר. הובאו דבריו גם בצ"א (ו, ו אות ז).

בשו"ת דברי מלכיאל (ב, קלג) כתב שאין ללמוד מדברי השבו"י לעניין פשרת תשלום במקום השבועה, כי השיעור של שני שלישי ושליש שכתב השבות יעקב הוא בעשיית פשרה ללא חיוב שבועה, וכשיש גם חיוב שבועה צריך להוסיף על סכום הפשרה תמורת הפטור משבועה. וכתב: "והנה מנהג הדיינים הזקנים לתת בעד שבועה ערך שלישי מכפי הטענה".

והוסיף:

"והנה מאז ניתנה עלי משא ההוראה אני נוהג באופן כזה. דהנה בפשרה כזו יש שני דרכים. הדרך האחד לשום כמה שוה השבועה לאיש זה היינו כמה היה נותן כדי להיפטר ממנה. וזה תלוי בערך האיש המחויב השבועה. ובערך השבועה אם לפי אומדנא טענתו חזקה ויכול לישבע או לא. והדרך השני לפי הענין, כי לפעמים ניכר שהוא דין מרומה והתביעה אין בה ממש או להיפוך שהנתבע כופר בשקר. ובדין ההכרח לדון כפי טענות הבעלי דין וכמו שכתב הרמב"ם ובשו"ע (חו"מ סי' טו) שבזמן הזה אסור לדון על פי אומדנא. אבל כשהדיין מפשר ביניהם אסור לו לחייב את הזכאי באמת. ומוטל עליו לתת להתובע רק דבר מועט בעד תביעתו אם נראה לדיין שאין בה ממש. או אם דברי הנתבע אין בהם ממש צריך לוותר לו רק דבר מועט מהתביעה. ובכה"ג שייך גם סברת הדרך הראשון. כי כיון שהדיין מרגיש שהאמת עם התובע אם כן הנתבע אין יכול לישבע השבועה המוטלת עליו כי תהא לשקר. ושפיר השבועה שוה הרבה. כי בעד כל הון אין ראוי שישבע איש לשקר ח"ו. ולזה באופן כזה בודאי צריך כל דיין ירא ד' לפשר על פי דרך השני. ובפרט אם התנו שהפשרה תהא קרוב לדין תורה דודאי באופן כזה הוא קרוב לדין תורה וכנ"ל. ואם דברי התובע אין בהם ממש והתנה שתהי הפשרה קרוב לדין תורה. יש לצדד שכוונתו שלא ידון לפי אומדן דעתו רק לפי הדין. והיינו שיסום את ערך שבועת הנתבע לפי כבוד האיש. אבל העיקר נראה שאף באופן זה צריך לפשר באופן שיתנו להתובע דבר מועט לפי שזהו הדין האמיתי להציל עשוק מיד עושקו ולדון דין אמת לאמיתו. ובאופן כזה כשהתובע אינו רוצה להתפשר בדבר מועט. אזי מצוה לחזק את הנתבע שישבע כדי שלא יהא חוטא נשכר".

כלומר, שיעור התשלום תלוי באומדנא כמה היה מוכן הנתבע לשלם כדי להיפטר מהשבועה, או באומדנא של חוזק הטענות של בעלי הדין, ואם נראה לדיין שטענת התובע היא טענה שאין בה ממש יפסוק לטובתו רק דבר מועט תמורת השבועה, וכן להפך אם אין בדברי הנתבע ממש יפחית לו רק סכום מועט מסכום התביעה. ובהמשך התשובה כתב שבפשרה קרובה לדין אין צורך ברוב של שני שלישי אלא כל שניכר שהוא רוב אפילו מעט יותר ממחצית.

את שורש המחלוקת בין הדיינים הזקנים והדברי מלכיאל בדין פשרה בשבועה, באר הרב שלמה שפירא כך<sup>2</sup>:

"והנראה לפרש שדעת הדיינים הזקנים היא שעיקר הפשרה תכליתה למנוע מהנתבע להישבע, ואפילו אם ישבע שבועת אמת. וכיוון שזהו עיקר התכלית, אין אנו צריכים להביט על מהות טענות הצדדים. שכיוון שבפועל חייב שבועה, תפקידו

<sup>2</sup> "פשרה כדי להימנע משבועה", שורת הדין י"ג (עמ' מו).

של הבי"ד למנוע השבועה, ואף אם טענות התובע קלושות וטענות הנתבע חזקות. ולכן הפשרה היא שישלם סכום כסף כדי למנוע השבועה, וקבעו שבכל ענין השיעור הוא ערך שליש מכפי הטענה, שזה השיעור שיש לפשר כשאין עליו חיוב ממוני, ולכן עושים פשרה זו כדי למנוע השבועה. אמנם דעת הדברי מלכיאל היא, שהפשרה במקום שבועה הינה כשאר הפשרות, שיש לנו לדון לגופו של ענין ולהעריך כמה שוה השבועה לאדם זה במעמדו, חוזק טענותיו וחוזק טענות הצד השני, ויש לנו לדון בכל ענין לגופו. ולפעמים צריך לפדות השבועה בממון רב, כגון היכא שטענת התובע אלימא וטענת הנתבע גרועה או שמייירי באדם שאין דרכו להישבע. ולפעמים איפכא, כגון שטענת הנתבע אלימא וטענת התובע גרועה ולנתבע לא איכפת להישבע. ומכיוון שהדיון הוא לגופם של דברים ואין עיקר יסודו למנוע השבועה באופן מוחלט, לכן לפעמים היכא שהתובע אינו רוצה להתפשר בדבר מועט, יש מצוה לחזק הנתבע שישבע כדי שלא יהא חוטא נשכר".

בשו"ת אגרות משה (ח"מ א, לב) דן בחיוב שבועת השומרים, וכתב:

"והנה אין אצלי ספרי רבותינו האחרונים לידע בברור מנהג דיינים לפשר אם יש חלוק בין שבועה דנפטר לשבועה דנוטל, אבל כמדומני שנוהגין לפשר בניכוי שליש בעד שבועה בין נפטר בין נוטל, אבל כיון שאין לזה מקור גדול מגמ' ופוסקים הראשונים אין זה ענין מוחלט והכל לפי ראות עיני הדיין, כי לפעמים ניכר שאינו רוצה לישבע משום שהוא שקר ובזה צריך לפשר ליתן יותר, ולפעמים ניכר שהתובע מאמין להנתבע אך רוצה להטיל עליו שבועה משום שידע שלא ישבע ויתרצה להתפשר בזה, יש לפשר ליתן פחות. לכן תלוי בעיני הדיין, אבל אם לא ניכר כלום, כמדומני שנוהגין בניכוי שליש בעד שבועה בין נפטר בין נוטל".

ולפי דבריו המנהג הברור הוא לנכות שליש בחיוב שבועה דאורייתא, והסתפק לגבי שבועת המשנה דרבנן של נשבע ונוטל.

ומה לגבי שבועת היסט?

בשו"ת בנימין זאב (סי' רנט) כתב:

"ואני ההדיוט אומר דראוי לכל דיין ושופט ורב להרחיק מהם השבועה בכל היכולת, לא שנא שבועת טענת ספק ולא שנא שבועת היסט, אלא לעשות משפט וצדקה ביניהם. ואיזהו משפט שיש עמו צדקה הוי אומר זו ביצוע".

משמע מדבריו שגם בשבועת היסט צריך הדיין לפשר ולא להשביע. אולם לא ציין מהו שיעור הפשרה בשבועת היסט.

**חיוב שבועה: ממון או בירור**

יש לחקור האם המחויב שבועה יש לו חזקת חיוב או חזקת פטור, או בלשון אחרת האם חיוב שבועה הוא חיוב ממון או חובת בירור<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> וכבר חקרו בשאלה זו האחרונים: האם חיוב שבועה הוא ממון או בירור.

אחד ההבדלים בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן הוא האם בית הדין יורדים לנכסיו כאשר מסרב להישבע. וכך כתב השו"ע (ח"מ פז, ט):

"אלו דברים שבין שבועה דאורייתא לשל דבריהם: מי שנתחייב שבועה דאורייתא ולא רצה לישבע, בית דין יורדים לנכסיו ונותנים לתובע מה שתבע; ומי שנתחייב שבועה מדבריהם ולא רצה לישבע, ... ואין יורדין לנכסיו".

ומכאן נראה בפשטות שחיוב שבועה דאורייתא הוא חיוב ממון, אלא שיכול לפטור עצמו ע"י השבועה, ולכן מי שמחויב שבועה ואינו יכול להישבע צריך לשלם. והחידוש הוא, שלמרות הכלל הגדול בדיני ממונות שהמוציא מחברו עליו הראיה, כאן אנו אומרים שאם אינו רוצה להישבע יורדין לנכסיו ומוציאין ממנו.

ובסעיף שלאחריו (סע' י) כתב השו"ע כך:

"יש אומרים מי שחייב שבועה דרבנן, אם קדם ותפס ולא רצה לישבע, לא מפקינן מיניה".

הש"ך (ס"ק כה) מבאר שמדובר במי שדינו הוא להישבע וליטול, שקדם ותפס ללא שבועה ואינו מוכן להישבע, והדין הוא שלא מוציאין ממנו, משום שמעיקר הדין היה מגיע לו ליטול בלא שבועה, ורק חכמים הטילו עליו שבועה. הסיבה שלא יורדין לנכסיו מי שמחויב שבועה מדרבנן, היא משום שגזל דרבנן לא מפקינן מדרבנן. כלומר מדין תורה הוא קדם ונטל כדין, וחכמים הטילו עליו שישבע ולכן זה שנטל ללא שבועה הוי גזל מדרבנן בלבד, ולא יורדין לנכסיו כי לא יורדין לנכסיו מי שגזל מדרבנן כגון גזל מציאת חש"ו.

ולכן, אם מדובר בשבועת היסת שהיא שבועה להיפטר, אם קדם התובע ותפס מוציאין ממנו משום שמן הדין לא מגיע לו ליטול ותקנו לו שיטול רק ע"י שבועה. הש"ך מביא את המהר"מ רקנטי (סי' רמט), שכתב: "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 נראה לומר שאין תפיסתו מועלת כלום, דאם לאו כן לא שבקת חיי לשום חשוד, דילך כל אדם ויתפוס ממון החשודים ויתבענו שבועת היסת, ורפיא בידי". והש"ך הוסיף: "ולוי נראה ברור דאין תפיסתו כלום בחשוד".

נחזור לנידון שלנו, היות והמנהג היום להחשיב כל בעל דין כחשוד על השבועה, ממילא לכו"ע לא מועילה תפיסה נגדו, משום שאחרת לא שבקת חיי שהיות ואיננו מניחים לו להישבע ויכלו לתפוס לו ולא יוציאו מהם. ויש להתבונן האם סברא זו נכונה רק בשבועת היסת או גם בשבועה דאורייתא. כלומר, האם דווקא בשבועת היסת שאינה חיוב ממון לא תועיל תפיסה מהחשוד על השבועה, או אפילו בשבועה דאורייתא שהיא חיוב ממון, כנ"ל. ויותר נראה לחלק בין שבועת היסת לשבועת דרבנן.

ברם, מאחר ושבועת היסת יכול המחויב שבועה להפכה על התובע, והתובע היה מוכן להישבע, אולם בית הדין לא יניח אף לתובע להישבע, יש לפשר בסכום נמוך תמורת השבועה.

וכמדומה שדבר מוסכם הוא, שהמחויב בשבועת היסת, יש לחייב עד שיעור שלישי ולא יותר. ופעם אחת אמר לי הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א שהמנהג הוא לחייב בשיעור שני שלישי בשבועה דאורייתא, ובשיעור שלישי עבור שבועה היסת.



## העולה מכל האמור

א. לכתחילה צריכים הדיינים לראות להיכן הדין נוטה, ולפשר באופן הקרוב לדין. ובזה אין הבדל בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, שאם הדיינים מתרשמים שאין ממש בטענת התובע יפסקו בהתאם תשלום בשיעור מועט עד שליש תמורת השבועה, וכך להיפך כאשר טענת התובע מסתברת להם יותר יש לפסוק בשיעור שני שליש.

ב. כאשר טענות הצדדים שוות והדיינים אינם יודעים להיכן הדין נוטה, יש חילוק בין שבועה דאורייתא לשבועה היסט דרבנן: במקום שבועת דאורייתא יפסקו שני שליש מסכום התביעה, ובמקום שבועה דרבנן יפסקו עד שליש. ובמקום שבועת המשנה של הנשבעין ונוטלין נראה לחייב כמחצית.

ג. בבתי דין שבהם שני הצדדים חותמים על בוררות "בין לדין בין לפשרה" רשאים הדיינים לעשות פשרה כראות עיניהם. ובמיוחד בשטר בוררות שכתוב בו: "הצדדים מקבלים את הדיינים לכל דין שידונו בין לדין בין לטעות בין לשיקול הדעת". אולם, גם כאן רצוי שינהגו כפי הכללים הנ"ל, משום שמסתמא זו כוונת בעלי הדין שפנו לדין תורה.