עליון הראיה

אברהם וינרוט

© כל הזכויות שמורות למחבר
תשפ"ה – 2025

אין לצלם, להעתיק או לעשות כל שימוש מסחרי
בלא לקבל אישור בכתב מראש מהמחבר

עיצוב כריכה ועימוד:
חותם • 077-3088172

לעילוי נשמת

אבי מורי, ה״ה **משה אהרן**
ב״ר מרדכי אליעזר **וינרוט** ז״ל

אמי מורתי, ה״ה **דרייזל**
ב״ר אריה (אפטרגוט) **וינרוט** ז״ל

בכבוד ובמורא

ספרי המחבר

- **עליו הראיה – יסודות בלמדנות** פלדהיים, תשפ"ה.
- **נהגה – שערים בלמדנות בדרכי הגרב"מ אזרחי** זצ"ל, פלדהיים תשפ"ה
- **גניבה וגזלה – פרקי יסוד,** הוצאת מוסד הרב קוק, תשס"ב.
- **ביטחון והשתדלות,** פלדהיים תשס"ז. זכה **בפרס ירושלים** לספרות והגות לשנת – תשס"ח.
- **החיים בהלכה** – עקרונות יסוד ומקרי גבול, פלדהיים, תש"ע. זכה בפרס ר"ג תשע"ד.
- **עיוני תפילה** פלדהיים, תשע"ד.
- **עשות משפט** פלדהיים, תשע"ז.
- **מאמרי אברהם** – פרקים בנושאים למדניים, תשמ"ג.
- **אב בדעת** – מאמרים במגוון נושאים תורניים, שואב, תשע"ג.
- **רז-יה** – סוגיות מודרניות בהלכה, שואב, תשע"ז.
- **שיקול דעת ביחסי הלכה ומדע** הוצאת מחשבות, תשנ"ב.
- **פמיניזם ויהדות** הוצאת ידיעות אחרונות, תשס"א.
- **ספיריטואליזם ויהדות** סדרת אוניברסיטה משודרת, הוצאת משרד הביטחון – תשנ"ו.
- **Faith in G-d versus Human Effor** פלדהיים, תשע"ג.
- **Insights Into Tefilah - The Essence Of Prayer** פלדהיים תשע"ט
- **By The Light Of The Maharal**, פלדהיים, תשפ"ג.
- **By The Light Of The Sfat Emet**, פלדהיים, תשפ"ה.

מן האור הגדול

- **לאור המהר"ל,** פלדהיים, מהדורה שניה מורחבת, תש"פ.
- **לאור קדושת לוי,** פלדהיים, תשע"ט. מהדורה שניה מורחבת, תש"פ.
- **לאור רבי צדוק הכהן,** פלדהיים, תשפ"א.
- **לאור החיים,** פלדהיים, תשפ"א.
- **לאור שפת אמת,** פלדהיים, תשפ"ב.
- **לאור שם משמואל,** פלדהיים, תשפ"ג.
- **לאור תפארת שלמה,** פלדהיים, תשפ"ג.
- **לאור ימים נוראים**, פלדהיים, תשפ"ג.
- **לאור נעם אלימלך,** פלדהיים, תשפ"ד.
- **לאור בת עין,** פלדהיים, תשפ"ה.
- **לאור המגיד ממזריטש**, פלדהיים תשפ"ה.

ספרים משפטיים

- **מיסוי מוסדות ללא כוונת רווח** (מס הכנסה ומע"מ), תשנ"ב.
- **חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המנהלי** הוצאת בורסי, תשנ"ה.
- **ריבית הסכמית** הוצאת שואב, תשנ"ח.
- **דיני הלוואות** הגנה על הלווה, בשיתוף עם פרופ' ברק מדינה, בורסי, תש"ס.
- **התניית שירות בשירות על ידי תאגיד בנקאי,** עם בועז אדלשטיין, הוצאת שואב, תשס"א.
- **ערבות בנקאית** הוצאת שואב בע"מ, מהדורה שנייה מורחבת – תשע"א.
- **דיני קניין – פרקי יסוד** הוצאת לשכת עורכי הדין – תשע"ז; **דיני קניין – פרקי יסוד מהדורה שניה,** הוצאת "נבו" – תשפ"א; **דיני קניין – פרקי יסוד מהדורה שלישית,** הוצאת "נבו" – תשפ"ד.

לצפייה ועיון בספרי המחבר: http://aviweinrothbooks.com

פודקאסט "לאורם" על גדולי החסידות וההגות
https://open.spotify.com/show/4fkxoN08sumiyBaAikr9ju

לשמיעת שיעורים מחכמתו של הגרב"מ אזרחי זצ"ל
https://www2.kolhalashon.com/#/regularSite/ravs/914100?urlFilters=25:403409%7C&orderBy=9

את אחיי אנוכי מבכה

לעילוי נשמת

שני אחיי היקרים והאהובים

אחי הגדול בכול

גאון אמיתי, חריף ובקיא, רב חסד ואמת

איש אשכולות, ספרא וסייפא, מוח ולב

סנגור בכל הווייתו וגדול הסנגורים בדורנו

מי שלא שמע את יעקב טוען, לא שמע סנגור גדול מימיו

הרב עו"ד ד"ר **יעקב** ב"ר משה אהרן **וינרוט** ז"ל

נ.ל.ב.ע. ז' בחשוון תשע"ט

אחי היקר והאהוב

אציל הנפש, טוב ומיטיב, חכם הרזים ויקר היקרים

כולו יאה, כולו נאה, משכמו ומעלה ונחבא אל הכלים

ה"ה **צבי יצחק** ב"ר משה אהרן **וינרוט** ז"ל

נ.ל.ב.ע ו' באדר תשע"ח

יהי ספר זה ותורה שתילמֵד מכוחו,

לעילוי נשמתם הטהורה

ותהא נשמתם צרורה בצרור החיים

"בלע המוות לנצח ומחה ה' אלוקים דמעה מעל כל פנים"

(ישעיהו כ"ה, ח')

ת.נ.צ.ב.ה

מכתב ברכה מהגאון הגדול מרן ראש הישיבה הרב **ברוך מרדכי אזרחי** זצ"ל
(לספר גניבה וגזילה)

בכל אחד מספריי נהגתי לעלות אל מרן ראש הישיבה הרב ברוך מרדכי אזרחי זצ"ל, והוא כיבדני במכתבי ברכה, המעטרים את ספריי. ברם, בספר דנא, באה השמש בצהריים בעיצומה של הכתיבה ומרן זצ"ל נלקח לישיבה של מעלה. אין לי אלא להתרפק על דמותו ועל כתיבתו וברכתו, ברכת מרדכי, כפי שכתב לי באחד מספריי הראשונים:

אזכרה בהמיה ימים מקדם, כשהרב רבי אברהם וינרוט שליט"א היה מצעירי ה"לומדים" בישיבתנו. קולו הצלול עדיין מצטלצל באוזני. תמיד רכון ושקוד על עמקות תלמודו. שרעפיו תמיד עימו בעמלה של תורה ויראת שמים. כך עמל ושקד שנה אחר שנה. ומה פלא, כשבכישרונותיו העילויים עלה ושגשג עד כי עטו המבורכת נוטפת נטפי מור ובשמים של תורה. אשרי לו ואשרי חלקו.

ועתה כשהננו עוקבים אחר הרב רבי אברהם וינרוט, הננו משתאים לעומת פירותיו המבורכים, דבר דבור על אופניו, מסודר ומאורגן, נתון במשכיות זהב של "לשון לימודים" בעומק ובהיקף, בחריפות ובקיאות, בעריבות ובמתק שפתיים. וכש"כתר שם טוב עולה על גביו", ביראת שמיים, בצדקה וחסד, במידות תרומיות ובאישיות מלבבת, אין לך ערובה גדולה מאלו על טיבם של דברים, דיבורים ומעשים.

הספר שלפנינו כמו שאר ספריו, עדות המה על צמידות עצומה לתורה, לעמלה ולדבקות בבורא יתברך שמו, ברבותיו ובתלמידי חכמים.

אברכו בכל לב כי יזכה הרב רבי אברהם וינרוט שליט"א בן הרב רבי משה אהרון, יקר היקרים אבי המשפחה הרוממה, לפרוח ולשגשג בכל המובנים והמשמעויות, ברוחניות ובגשמיות מנפש ועד בשר.

ביקרא דאורייתא אוהבו נפש
ב.מ. אזרחי

אכן, קולה של תורה של מורי ורבי הגאון רבי ברוך מרדכי אזרחי זצ"ל נכנס אל ליבי ומהדהד בקרבי שנים רבות. כל ספריי נכתבו בס"ד בין השאר, בזכות דפוס החשיבה, להט הלימוד וטעם הלימוד שקיבלתי ממורי ורבי זצ"ל.

הגאון הגדול הרב **דוד כהן** שליט"א
ראש ישיבת "כנסת ישראל" - "חברון" וחבר מועצת גדולי התורה

מכתב ידידות

הנה ידידי וחביבי ותלמידי משנות נעוריו בתחילת שימושי בישיבת "עטרת ישראל", הרב פרופסור **רבי אברהם וינרוט** שליט"א, אשר הוא תלמיד חכם מופלג ומופלא מאוד בידיעותיו הרחבות בכל שטחי התורה בהלכה ובאגדה ומיוחד מאוד בעומק עיונו וסברתו הישרה ומחדש נפלא כמעיין המתגבר בהלכה ובאגדה והוציא ספרים חשובים מאוד, מאירי עיניים ומשמחי לב שהם לתועלת ולברכה בכל אתר ואתר.

וכבר זכה להוציא לאור יצירה מופלאה ספר המקיף יסודות גניבה וגזלה בעומקם וברוחבם שהוא ספר מאיר עיניים בסוגיות עמוקות אלו.

ועכשיו הראני חיבור גדול ושמו יקבנו "עליו הראיה" המקיף את יסודות הסוגיות החמורות של יסודות התפיסה והמוחזקות הנכללות במושג של המוציא מחבירו עליו הראיה. וכמעשהו בראשונים כך מעשהו בספר זה. יצירה נפלאה מלאה ברכת ה', מאירת עיניים ומשמחת הלבבות. וזכה הרב המחבר לפתוח שערי תורה להבין ולהשכיל ביסודות המוחזקות ברחבם היקפם ועומק עיונם.

יהיה גם הספר הזה לתועלת ולברכה לעוסקים בעניינים אלו, להיכנס לעומק הסוגיות ולהשיג עומק עיונם ולהבין ולהשכיל בהבנת יסודות סוגיה חמורה זו, ויהיה בעזרת ה' לזכות הרבים להרבות תורה ואור–התורה בעומק עיונם של סוגיות אלו, וגם הספר הזה יתקבל באהבה ובתודה ויהנו רבים מתורתו הרחבה והמאירה של הרב המחבר.

הכותב וחותם באהבה לכבוד התורה
דוד כהן

הגאון הגדול הרב **יגאל רוזן** שליט"א
ראש ישיבת "אור ישראל"

בס"ד, חמשה עשר באב תשפ"ד

לרעי היקר רבי אברהם הי"ו המכונה עו"ד פרופ' אבי וינרוט.

נתכבדתי בספרך 'עליו הראיה' שאתה עומד להוציא לאור עולם, כרך גדול העוסק כולו במכלול כללי משפטי הממון של תורתנו הק', וכפי שידוע לכל צורב שנושאים אלו הם התשתית לסוגיות רבות בש"ס, ולהלכות אין ספור בכל מישורי החיים.

הורגלתי כבר במקצת להפתעות שאתה מפתיע את הציבור מפרי הגיונך ועטך, אך הפעם רבתה ההפתעה שבעתיים, בהווכחי בהיקף העצום של שלל ידיעות מגוונות מכל חכמי הדורות, מסודרות בסדר מדהים, ומעל הכל ה'מנגינה' המרהיבה והערבה של ה'לומדות' [לומדעס] הישיבתי, השזורה בכל פרט ופרט, בבהירות ההבנה ורהיטות הכתיבה.

אין ספק בלבי שיהנו מחיבור זה כל גווני המעיינים הפוטנציאלים, הן בני ישיבה ות"ח, והן 'בעלי בתים' הקובעים עתים לתורה, והן קולגות שלך מתחום העיסוק המשפטי.

יפוצו מעינותיך חוצה, ותזכה שיתקדש שם שמים על ידך.

בברכה נאמנה
יגאל רוזן

נ.ב.

א. מצו"ב מאמר קצר בנושא מרכזי שבספרך, שאני רואה צורך רב בפרסומו, אודה לך אם תואיל לצרפו למכתבי הנ"ל.

ב. מצו"ב קטעים מתוך דברים שכתב חתני הרב יהודה הילדסהיימר בנושא הנ"ל.

ג. אני מצרף את סי' יג' מקובץ שיעורי למס' ב"מ, ואת סי' כד' ממס' כתובות, שבהן התייחסות רחבה לנושאי 'מוחזק', בהבנה שונה במקצת, והרי ע' פנים לתורה, ואשמח להערותיך.

תוספת עיונית למכתב הברכה
מהגאון הגדול הרב **יגאל רוזן** שליט"א

התשתית המרכזית למשפטי הממון של התורה מתבססת בספרך על ביאורו המחודש של הגר"ש שקאפ בספרו בכמה מקומות, ונצטט את המובא בספרך מדבריו (שער ג' פרק ג') וז"ל: "כיון דעל פי משפט סברת השכל החפץ שייך למוחזק, הרי זה חפץ שלו כאילו זכה בו עפ"י שאר הסכמת שכליים".

דא עקא שהנחה זו אם נתייחס אליה כפשוטה, מביאה אותנו לחשש כבד של נפילה והתרסקות במדרון תלול, שכן ההסכמות של השכליים [כהגדרתו, והיינו אנשי השכל] הביאו את האנושות לטרגדיות איומות, [כדוגמת האומה הישראלית בשואה]. שכל האדם מושפע מאד מנגיעות אישיות וחברתיות, מאידיאות השוטפות את דעת הקהל, ומשאר מרעין בישין. לכן אין להניח שהתורה הקדושה מסרה את משפטי הממון לשיפוט השכל האנושי.

אנסה בזה לבאר את דבריו לעומקן. בזוהר הקדוש (פר' תרומה) נאמר, כד ברא קודשא בריך הוא עלמא, אסתכל בה באורייתא וברא עלמא, והדברים כפשוטן שהתורה הקדושה היא כביכול תכנית העולם, כמבואר כן בתנא דבי אליהו (פרק ל"א), וכן הוא בבראשית רבה (א, א) רבי הושעיה רבה פתח (משלי ח, ל) ואהיה אצלו אמון ואהיה שעשועים יום יום וגו'. דבר אחר: אמון אומן, התורה אומרת אני הייתי כלי אומנתו של הקדוש ברוך הוא, בנוהג שבעולם מלך בשר ודם בונה פלטין, אינו בונה אותה מדעת עצמו אלא מדעת אומן, והאומן אינו בונה אותה מדעת עצמו, אלא דיפתראות – ופינקסאות יש לו, לדעת היאך הוא עושה חדרים, היאך הוא עושה פשפשין, כך היה הקדוש ברוך הוא מביט בתורה, ובורא את העולם[1].

הוי אומר, התורה שקדמה לבריאת העולם היא התכנית האדריכלית של העולם כולו, וכוללת גם מפרט טכני עד לפרטי הפרטים. לדוגמא: אילנות קיימים בעולם כי כך מופיע בתכנית וכו' וכו'. התכנית הנ"ל מכילה גם מציאויות מופשטות וכל תהלוכות העולם. הרציחה הינה מעשה מכוער ומאוס מאין כמוהו, מכיון שבתכנית הנ"ל מופיעה האמירה 'לא תרצח', ובאותה נשימה איננו רואין עוולה בהריגת בע"ח לצורך, ובמקרים מסוימים זו אפילו מצוה קדושה, וכגון הקרבת הקרבנות.

גם משפטי הממון הם פרק חשוב בתכנית, וכאשר אנו דנים בנושא בעלות וקנין, אין הנידון בהסכמות משפטיות גרידא, אלא במציאות [מופשטת].

---

1. ובזה יש לבאר מה שמצינו שקיימו האבות כל התורה כולה, דמנין ידעו מה שנאמר בתורה, ולפי מה שנתבאר יש לפרש דמהמציאות הקיימת בעולם ידעו כל התורה כולה, וכמו שמי שמתבונן היטב בבנין ומבחין בכל הפרטים, יכול מעצמו לשרטט התכנית של הבנין.

וכאן באים דבריו של הגר"ש שקאפ, שכאשר מושגים מסוימים אינם ברורים לנו, יש לנו להתבונן בבריאה עצמה, וכיון שהיא נבראה בהתאמה מוחלטת לתכנית, נוכל בצעד זה להווכח במיפרט שבתכנית, ולדוגמא: גם אם לא היינו יודעים שהתורה אסרה רציחה, היינו למדים כן מהעובדה שבשכל האדם הישר הרציחה היא מעשה שפל ביותר. למותר לציין שלא נסמוך בזה על שכלם של הגרמנים ימ"ש ושות', אלא במי ששכלו זך, והוא חף מכל נגיעה שהיא.

כן הדבר במשפטי הממון, שכלם הישר של התנאים והאמוראים, שהוא שכל הנמדד בפלס חוקי התורה כולה, שכל זה מאפשר מתוך הבחנה בהירה בתהלוכות החיים, לדעת מה הן משפטי הממון הרמוזים בתורה ומקופלים בין השיטין, ומאז שנחתם התלמוד אין ביד החכמים לקבוע משפטים עפ"י הבנתם, אלא"כ יעשו כן בגדרי תקנות חכמים.

ודוק, בפר' ראה (יב, כח) נאמר שמור ושמעת את כל הדברים האלה אשר אנכי מצוך, למען ייטב לך ולבניך אחריך עד עולם, כי תעשה הטוב והישר בעיני ה' אלהיך, ופירש"י הטוב בעיני שמים, והישר בעיני אדם והוא מהספרי, ותימה דהא בסיפא דקרא [מיד אחרי 'והישר'] כתיב בעיני ה' אלהיך, ונמצא דלא קאי כפשוטו על שלפניו, אלא על שלפני פניו, ושוב ראיתי שכבר נדחק בזה בפי' רבי אליהו מזרחי וכתב דאם כן יהיה, 'בעיני ה' אלהיך' שב אל 'הטוב', לא אל 'הישר', וע"ע בגור אריה.

ונראה דאמנם הישר היינו בעיני אדם, אך אין זה אמור בכל אדם, אלא האדם הישר בעיני ה', ועל פי דברי הרמב"ם בסוף הל' שמיטה ויובל, דהיינו מי שהלך ישר כמו שעשהו האלהים, ופרק מעל צוארו עול החשבונות הרבים אשר בקשו בני האדם, הרי זה נתקדש קדש קדשים, ואדם כזה הוא ה'פלס' ל'ישר' שדיברה תורה, ועל פיו ישקו משפטי הממון.

מכתב ברכה מאת גאון הדור ותפארתו שר התורה ועמוד ההוראה
מרן הגאון האדיר רבי **ישראל שניאור** שליט"א בעל ה"מעשה אפוד"

בס"ד, אור ליום ג' ז' אלול, ה'תשפ"ד.

בברכה מקרב לב אקדם את פניך ידידי היקר והנעלה, איש חי רב פעלים לתורה ולתעודה, נודע בשערים לשם ולתהילה, רודף צדקות וחסדים, תומך תורה מרבים, **הרב עו"ד פרופ' אברהם וינרוט שליט"א**, לרגל שמחת לבך בהשלמת ספרך החדש **"עליו הראיה"**.

והנה ספרך זה מצטרף לכמה וכמה ספרים מפי עטך והגיון לבך שכבר זכית להוציא לאור עולם: ובהם הספרים "גניבה וגזילה – פרקי יסוד", "מאמרי אברהם" "אב בדעת", "רז-יה", "החיים בהלכה" "עשות משפט", ועוד [וכל זה במקביל לסידרת ה"לאור" על סדר הפרשות והמועדים, שבה הנך מגיש בפני הציבור הרחב בחכמה ובתבונה מדברי תורתם של גאוני וצדיקי עולם זצ"ל זיע"א], ונתקבלו ספריך בחיבה גדולה ובכבוד רב בכל אתר ואתר, ומרבים תורה בישראל, והמפורסמות אין צריכות ראיה, ואף ספרך החדש זה אשר שמו יקבנו **"עליו הראיה"** אין צריך ראיה בכדי להיוודע ולהיגלות כי הוא ספר נכבד מאד, אשר בו העמקת והרחבת כדרכך הטובה בסוגיות יסודיות ביותר בדיני ממונות, ובהן דיני עדות, רוב, חזקה, מיגו, טענה, תפיסה, ועוד הרבה סוגיות.

והאמת אען ואמר, כי שמחתי עד מאוד לנוכח המראה, אשר למרות כל טרדותיך הרבות בעניינים משפטיים חובקי עולם, מצליח אתה לקבוע עתים לתורה ולעשותה עיקר, להגות בה יומם ולילה, ליישר מסילותיה ולגלות צפונותיה, עד שהגעת להשלים חיבור גדול ונכבד שכזה, שיש בו הרבה חידושים, הן בתוכן הדברים בעיון ובלמדנות, והן בהגשה המיוחדת השווה לכל נפש כשולחן הערוך לפני הקורא, ומלבד כשרון רב רואה אני כאן גם עמל ומסירות גדולה לתוה"ק, אשריך ואשרי חלקך שזכית לכל זה.

ואל ציבור הזוכים ללמוד בספר זה קורא אני, תנו דעתכם הנה כבוד הרב המחבר שליט"א מחייב את כולם, בהוכיחו כי גם העוסק במלאכה יכול לכוון את ליבו ולהתמסר לתורה הקדושה, ולזכות לסייעתא דשמיא נפלאה להבין ולהשכיל ללמוד וללמד, ולקדש את שמו ברבים.

ובודאי יביא ספר זה תועלת ועילוי נשמה לנשמות הוריך היקרים, אביך, **הר"ר משה אהרן ז"ל**, ואמך, **מרת דרייזל ע"ה**, וכן לנשמות אחיך היקרים והאוהבים, **הרב עו"ד ד"ר יעקב ז"ל, והר"ר צבי יצחק ז"ל**.

ולסיום אברכך מעומקא דליבא ידידי היקר **הרב אברהם שליט"א**, שתזכה להצליח בכל מעשה ידיך, ועיקר העיקרים להמשיך לשקוד על התורה ולחבר עוד חיבורים יקרים וחשובים, ותזכה יחד עם רעייתך מנב"ת לנחת מכל הצאצאים, זרעא חיא וקימא די לא יפסוק ודי לא יבטול מפתגמי אוריתא, מתוך בריות גופא ונהורא מעליא, בעושר ואושר וכבוד, ולא תמוש התורה מפיך ומפי זרעך וזרע זרעך עד העולם, אכי"ר.

הכו"ח למען התו"ל
ישראל שניאור
[פה עיה"ת בני ברק]

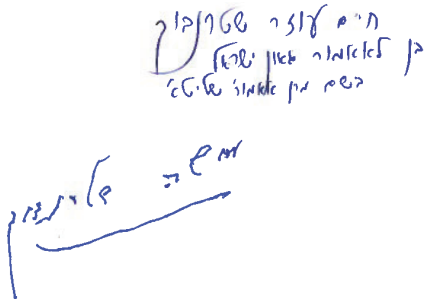
מכתב מרן פוסק הדור ראב"ד העדה החרדית בירושלים
הגאון הגדול רבי **משה שטרנבוך** שליט"א

בעזה"י

למעלת כבוד הרבני המהולל איש חי ורב פעלים הר"ר **אברהם וינרוט** שליט"א.

לנכון התקבל אצלינו ספרו הנפלא "לאור נועם אלימלך" שהוא המשך לשאר ספריו הנפלאים הכתובים במחשבה ועמקות יתירה, בהם גילה צפונות דברי רבותינו גדולי וחכמי התורה, לתועלת מבקשי השם, להאיר הדרך בעבודת ה' ותיקון המידות, ואשריו ואשרי חלקו שזכה לכך עם טרדותיו הרבים, וכבר קיבל הרבה מכתבי תהילה מהרבה גדולי תורה, רבנים ראשי ישיבות ואדמורי"ם המכירים אותו ויצאו מגדרם במכתביהם. הנני מצרף הסכמתי וברכתי שיזכה להמשיך לשבת באהלה של תורה מתוך נחת ורחבה ונזכה לראות בקרוב ישועת ה' ונחמת ציון בביאת הגואל.

בידידות



הגאון הגדול הרב **ברוך דב פוברסקי** שליט"א
חבר מועצת גדולי התורה וראש ישיבת פוניבז'

בס"ד כ"ז טבת תשפ"ד לפ"ק

מכתב ברכה

הובאו לפני גיליונות הספר היקר 'לאור נועם אלימלך' מאת ידידי היקר הרב **אברהם וינרוט** שליט"א אשר ידעתיו משכבר הימים על ידי אחיו הגדול יקירי יושב סתר לבבי הרב יעקב זכרונו לברכה שהפליג בפני במעלת אחיו ידידי הנ"ל אשר תורתו קבע בעיון ובהבנה נפלאה.

וכבר איתמחי גברא בספריו הקודמים שהעידו עליהם חכמי הדורות ועתה הניף שוב את ידו בספר הנזכר, ואם כי אין עיתותי בידי לעיין בהם כראוי אך בעברי בין הבתרים ראיתי חילו הגדול בהעמדת הדברים בטוב טעם ודעת ונכר בהם עמלו הרב בהעמדת רעיונות ומאמרים נפלאים לאורו של בעל נועם אלימלך על פרשיות התורה והמועדים, דבר טוב ומועיל הוא ויהי' לתועלת למבקשי חכמה ודעת.

ואברכו בזה כי יזכהו השי"ת להוסיף עוד כהנה וכהנה להגדיל תורה ולהאדירה.

בידידות וביקר
ברוך דב פוברסקי

מכתב ברכה מכ"ק מרן **אדמו"ר מבעלזא** שליט"א

בס"ד, ו' כסלו תשפ"ב לפ"ק

עטרת שלו' ורב ברכות והצלחות,

אל מע"כ ידידנו היקר והחשוב,
מוה"ר ר' **אברהם וינרוט** שליט"א,
רמת גן יצ"ו.

אחדשה"ט בלו"נ חפצה!

הנני בזה לאשר קבלת ספרו החדש "**לאור החיים**" על התורה ומועדים.

הספר הובא אל הקודש פנימה, וכ"ק מרן אדמו"ר שליט"א האציל את ברכתו הק' וציוה להשיב:

יישר כוח, ויזכה להמשיך להגות בתוה"ק כאוות נפשו, ולחדש חידו"ת לאמתה של תורה בנקל, ולהצלחה רבה בכ"ע מתוך רו"נ וכט"ס.

הכו"ח בפקודת הקודש
א. וינד
משב"ק

מכתב ברכה מכ"ק מרן **אדמו"ר מצאנז** שליט"א

בעה"י, כ"א בתמוז, לשנת "יהיה שפע חיים וברכה" תשפ"א לפ"ק

בימי בין המצרים, יזרח אור לישרים, וה' קרנו ירים,
למעלת כבוד ידידנו הנכבד איש חי ורב פעלים, שמו מפארים בהלולים,
פרו' הרב **אברהם וינרוט** שליט"א
רמת גן יצ"ו

תקדמנו ברכות טוב,

בנועם רב נתקבל לידי כ"ק מרן אדמו"ר שליט"א ספרו "**לאור החיים**" על פרשה ומועד, אשר כדאיתמחי גברא בחיבוריו הקודמים הולך מחיל אל חיל גם בספרו זה, בו פותח שערים להאיר עינים בתורת מרנא ורבנא בעל אור החיים הקדוש זי"ע ועכ"י.

ברכת הקודש שלוחה לו, יישר כוחו וחילו לאורייתא, ויה"ר שזכות התורה יחד עם זכותו הגדולה של האוה"ח הק' יעמדו לו במגן האלף להתברך מנותן התורה ית"ש לראות ברכה והצלחה בכל דרכיו, מתוך רוב נחת ושפע, אושר דלעילא, ומתוך הרווחת והרחבת הדעת אכיה"ר.

הכו"ח בפקודת הקודש שליט"א
שלום שטמר

הרב הגאון הצדיק רבי **דוד אבוחצירא** שליט"א

בעהי"ת י"ד כסלו תשע"ד אז תצליח את דרכך וא"ז תשכי"ל לפ"ך

לכבוד מעלת ויקרת ידידי ומכובדי
יקר ונעלה לשם טוב ותהילה
כמוהר"ר דר' אברהם וינרוט שליט"א
רמת גן יע"א
שלום ירבה וכל טוב סלה.

יקרת מכתבו הגיעני במועדו ובתוכו רצוף אהבה רבה, ואתא ואייתי מתניתא בידיה האי ספרא דנהר דעא, הספר החשוב והיקר המקיף כלול מכל, מלא וגדוש, דרוש וחידוש, והכל בטוב טעם ודעת. דבר דבור על אופניו. תפוחי זהב במשכיות כסף, דברי פי חכן חן, ישר חילו וכחו לאורייתא. כה יוסף ה' וכה יתן. וכבר אתמחה גברא בחבוריו היקרים המסולאים מפז רב ומתוקים מדבש ונופת צופים, ועוד לו בכתובים בעהי"ת. חזק ואמץ ברוב אונים ואמץ כח.

וברכות לראש משביר רב אחאי גאון רבי יעקב שליט"א ורבי צבי שליט"א וכל המשפחה הקדושה כל אחד לפי כבודו הטוב חיים עד העולם אמן ואמן.

בידידות ובהוקרה ובהערכה רבה,
דוד אבוחצירא

אברהם אלימלך בידרמן
רח' הושע 1
בני ברק

יום ג' לסדר 'ואברה"ם היו יהיה לגוי גדול ועצום ונברכו בו כל גויי הארץ', י"א מר חשוון תשפ"ה

שלום שלום אמרי בכפילא, קרייתה זו הלילא, למהולל בתשבחות, המפלס נתיב וארחות, להאיר עיני חשכים, בתורתם של ראשונים כמלאכים, שהאירו לארץ ולדרים, במילין יקירין מדודים וספורים, וצולל במים עמוקים, לברר מקחם של צדיקים, שמו נאה לו **רבי אברהם** ויינרוט שליט"א, אשר הפליא עצה הגדיל תושיה היא תורה (סנהדרין כו:) בסדרת ספריו **'לאור'** לדלות מרגניתא טבא מאור תורת מאורי הדורות זכותם תגן עלינו ועל כל בית ישראל. ועתה הוסיף להניף ידו הגדולה, זאת תורת העולה, ויקרב אל המלאכה, וערך את המערכה, העשירי יהיה קודש **לאור תורתו הקדושה של רבינו ה'בת עין'**. ומתוק האור וטוב לעיני"ם.

כבר נתפרסם בכל קצווי תבל כוחו הגדול של רבינו ה'בת עין' זי"ע להחיש מזור וישועה, פוק חזי מאי עמא דבר, רבבות אלפי ישראל די בכל אתר ואתר המעידים על אותות ומופתים בשידוד מערכות הטבע אשר זכו להם בזכותו, וכאותה מליצה נאה שאמרו כי 'בת עין' ר"ת ישראל נושע בה' תשועת עולמים. ואם כי אין אתנו יודע עד מה, אך זאת ידענו נאמנה כי זה האיש אשר בחייו העמיד אבנים באוויר כנודע, וגדולים צדיקים במיתתם יותר מבחייהם להעמיד כל 'אבנים' ולבטל גזירות רעות וקשות לכלל ולפרט.

והדרך להמשיך שפע ברכה רחמים וחסדים בכל העניינים ממעיין הברכה צדיק יסוד העולם הוא על ידי ההתקשרות אליו והליכה בדרכיו הקדושים. וכמעשה שהיה בעת פרידתו מבני קהילתו 'אווריטש', שטרם עלותו על הספינה בדרכו לארה"ק עמדו כל הקהל ונפשם בשאלתם, להישאר דבוקים בו, אמר להם ה'בת עין' בזה"ל, כתיב 'ובו תדבק', וכי אפשר לדבק בו, אלא הדבק במידותיו מה הוא רחום וכו' מה הוא חנון וכו', מוכח מזה שהמדבק עצמו במדותיו של אחד נחשב ממש כמי שמדבק בו, **על כן גם אתם הדבקו במדותי אשר הורגלתי בהם מנעורי עד היום הזה, ויהיה כמו שאתם מדבקים בי ממש פנים אל פנים**, והמידות שהורגלתי ליזהר מנעורי הם – לשון הרע, שקר, וגסות הרוח. (מובא בהקדמה לבת עין מפי בן אחיו).

על כן בואו ונחזיק טובה לאברה"ם אוהבי, על אשר יגע ועמל טובא לגלות סוד נסתרים, למען יהיו דבריו הק' שווים לכל נפש, ויאותו רבים לאור"ו. ובוודאי זכותו הגדולה של רבינו הבת עין תגן עליו לקיים בו מה שנאמר 'שמרני כאישון בת עין', בשמירה מעולה לו ולכל יוצ"ח היקרים, ועוד רבות בשנים יזכה להפיץ מעיינותיו חוצה מתוך הרחבת הדעת ושלוות הנפש כי אין מחסור ליראיו.

ביקרא דאורייתא
אברהם אלימלך בידרמן

הרב הגאון **שמאי קהת הכהן גרוס** שליט"א
מו"ץ דקהל מחזיקי הדת דחסידי בעלזא, בעל שו"ת "שבט הקהתי"

בס"ד

יום ראשון פרשת חיי שרה ט"ז מרחשון, לסדר 'וה' ברך את אברהם' תשפ"ה

הנני בזה בשבח המגיע לכתב"ים, הלוא הוא ספרו החשוב והמועיל '**לאור בת עין**' פרי יצירתו של ידידנו הרב **אברהם וינרוט** שליט"א, המצטרף בהוד והדר לחיבוריו הנוספים המיוחדים, ובמיוחד סדרת הספרים שהתקבלה בחיבה יתירה בעולם התורה והחסידות, ספרי ה"לאור" שכתב על החיבורים הקדושים: מהר"ל, אור החיים, קדושת לוי, נועם אלימלך, תפארת שלמה, רבי צדוק הכהן, השפת אמת, השם משמואל. וכעת משובב נתיבות בספר הקדוש **בת עין** להרה"ק **רבי אברהם דוב מאוריטש זי"ע** תלמידים של הרה"ק בעל ה'מאור עיניים' והרה"ק מברדיטשוב, זי"ע, אשר המחבר מעיד 'כי הכניס בכתבים קדושת ארץ ישראל אשר **עיני** ה' אלוקיך בה תמיד'.

והנה היות שבמקומות רבים דברי רבנו המחבר עמוקים, ואין יד הכל ממשמשת בהם, וכעת זכה רבי אברהם שליט"א לבאר ולהאיר צפונות דברי בעל רבנו, תוך הוספה מדברי קדשם של חז"ל בש"ס ומדרשים, דברי ראשונים ואחרונים, ודבריהם של בעלי ההשקפה השונים, באופן מאיר עיניים ושובה לב, הבנה עמוקה, באופן בהיר, מובן ושווה לכל נפש. על כן באתי בזאת לחזק ידיו, ובוודאי שזכות גדולה התגלגלה לפתחו, ובזכות שקידתו ועמלו, וכשרון כתיבתו הייחודי, הצליח שרבים אשר לא הורגלו לעיין ולהגות בספר "בת עין", יוכלו כעת לבוא בשעריו, להחיות נפשם ולהצטרף ללומדיו, כשהדברים מאירים לפניהם כספירים.

והנני מברכו בברכת כהן, יפוצו מעיינותיו חוצה, ויזכה לזכות את הרבים בחיבורים נוספים, ככל אוות נפשו לכבוד ה' ותורתו, מתוך בריאות הגוף והנפש לאורך ימים ושנים טובות וכל מילי דמיטב, ו'עין בעין' יראה המחבר וכל הנלווים אליו בגאולת עולמים.

שמאי הכהן קהת גרוס

מרן הגאון הגדול הרב **אהרן יהודה לייב שטיינמן** זצ"ל

בא לפני ספרו של **הרב אברהם וינרוט שליט"א** העוסק בנושא של "**ביטחון והשתדלות**".

מדובר בספר חשוב מאוד, בנושא שהינו מיסודות האמונה וההשקפה הנכונה, ובפרט בדורנו.

הספר מקיף את דעות הראשונים והאחרונים בבהירות רבה, מסכם את הסוגיות בשפה ברורה, ובכלל ערוך בטוב טעם ודעת, עדי כי כל מעיין עשוי להפיק ממנו תועלת רבה, ולהתבשם מדברים ישרים וברורים. ראוי הוא מאוד הספר הזה לבא על שולחן מלכים, מאן מלכי – רבנן. ואני מברך את הרב המחבר, ספרא וסיפא, הרב אברהם ב"ר משה אהרן וינרוט הי"ו, כי יזכה לברכה והצלחה בכל מעשיו, לנחת דקדושה מכל יוצאי חלציו, יפוצו מעיינותיו חוצה ויזכה לחבר חיבורים נוספים וטובים כחיבור הזה, לזכות את הרבים. אך טוב וחסד ירדפוהו כל ימי חייו, לאורך ימים ושנים.

הכותב וחותם לכבוד התורה ולומדיה

ט' סיון תשע"ב לפ"ק **א.י.ל שטיינמן**

לספר "החיים בהלכה"

מרן הראשון לציון הגאון הגדול הרב **עובדיה יוסף** זצ"ל

הסכמה

הובאו לפניי גליונות הספר הנותן אמרי שפר "החיים בהלכה" סובב על עניני קדושתם וערכם של החיים בהלכה, מעשה ידי אומן נטע נאמן, צנצנת המן, ומלבשתו ענוה ויראת חטא, ונוגה לו סביב, חכו ממתקים וכולו מחמדים, שוקד באהבה על דלתות התורה, הרה"ג **רבי אברהם וינרוט שליט"א**, אשר נושא ונותן באמונה בדברי רבותינו הפוסקים, ראשונים ואחרונים, חדשים גם ישנים, ונחית לעומקא דדינא, ומסיק שמעתא אליבא דהלכתא. וכביר מצאה ידו לסדר הדברים בטוב טעם ודעת, בבקיאות רבה ובסברא ישרה, יפה דן יפה הורה, אשרי יולדתו צינה וסוחרה אמיתו, כאשר ה' אתו ירבו כמותו תרב גדולתו, ותנשא מלכותו, ולפעלא טבא אמינה איישר חיליה.

לא נצרכה אלא לברכה, יהי רצון שחפץ ה' בידו יצלח לברך על המוגמר ועוד יפוצו מעיינותיו חוצה להגדיל תורה להאדירה, ברבות הטובה גם עד זקנה ושיבה, וסיב ובלה בה, ומינה לא תזוע, שאין לך מדה טובה הימנה, ועוד יעלה מעלה מעלה ללמוד וללמד לשמור ולעשות לגאון ולתפארת, והיה שמו כשם הגדולים אשר בארץ וכל אשר יעשה יצליח.

עובדיה יוסף

מרן הגאון הגדול רבי **חיים פינחס שיינברג** זצ"ל

הביאו בפניי ספר חשוב ויקר, אשר חיברו הרה"ג רבי **אברהם וינרוט** שליט"א, העוסק בשאלות הנוגעות לקדושתם וטיב ערכם של **החיים בהלכה**, ולמקרים שבהם יש לבחור בין חיים לחיים, ובין חיים לערכים אחרים. חשיבותה של סוגיה זו ברורה על פניה מטבע הדברים, וקיים צורך ברור לרדת לשורשם של דברים, בעיון, בבקיאות, בסדר ובבהירות.

חיבור זה מבהיר סוגיות עמוקות אלו, בהבנה למדנית חריפה ובשפה ברורה ובהירה. הדברים מרהיבים עין ושובי לב, מבוארים בעיון גדול מסוגיות הגמרא, הראשונים עד לדברי האחרונים, ערוכים בטוב טעם ודעת בכל עניין ועניין, והכל מוגש לפי המעיין דבר דבור על אופניו. ניכרים בדברים העמל הרב, השקידה, ההבנה העמוקה של הרב המחבר בסוגיות הנ"ל, כשהמחבר נושא ונותן במלחמתה של תורה בכישרון רב ובידע בכל סוגיות ההלכה בעניינים הנ"ל.

ואף שזמן רב שאיני יוצא בהסכמות לספרים, מטעם שעימדי, מכל מקום לא אמנע טוב מעליו ועל כן אברך את הרב המחבר שיזכה ויעלה ספרו על שולחנם של מלכים, מאן מלכי רבנן, ויתקבל באהבה ובשמחה לפני הלומדים, ויזכה לחבר עוד חיבורים נפלאים כאלו בתורה הקדושה, ולשבת באהלה של תורה כל ימי חייו מתוך מנוחת הנפש והרחבת הדעת.

הכו"ח לכבוד התורה
חיים פינחס שיינברג

מכתב מאת הגאון הגדול הרב **זלמן נחמיה גולדברג** זצ"ל

בס"ד

יום ה' טבת תשס"ט

הנני בזה לדבר בשבחו של תלמיד חכם מופלג בתורה וברוך בכישרונות **הרה"ג ר' אברהם וינרוט שליט"א**, אשר הראני ספרו רב הכמות ורב האיכות בשם "החיים בהלכה", ובו אסף ובירר שאלות חמורות בדיני פיקוח נפש ודרכי הצלה.

ואסף איש טהור כל מה שדברו וחדשו הראשונים ואחרונים גדולים שבכל דור ודור.

ובודאי חיוב על כל אחד להיות בקי בהלכות, וכמו שאמרו חכמים, הנשאל מגונה שלא לימד והכין קודם והשואל שופך דמים (ירושלמי יומא, ח', ה). ועל כן אפיריון נמטייה להרב הנ"ל.

והקב"ה יעזרהו להוסיף פעלים לתורה ולחבר עוד ספרים טובים ומועילים.

הכותב לכבוד התורה ולומדה
זלמן נחמיה גולדברג

לספר "ביטחון והשתדלות"

הסכמת הרב הגאון הגדול **משה הלברשטאם** זצ"ל
חבר בד"ץ העדה החרדית וראש ישיבת דברי חיים טשאקאווע ירושלים

ראשון לסדר הבו גודל לאלוקינו ו' תשרי התשס"ו

הן מע"כ הרבני יר"ש מוה"ר אברהם וינרוט שליט"א, הגיש קדם הדר"ג מו"ר הגה"צ מוהרמ"ה שליט"א דיינא רבא פעה"ק, גליונות ספרו בענייני בטחון בה'. אשר ערך תפוחי זהב במשכיות כסף, דיבור דבור על אופניו, שיהא לתועלת בקרב קהל ועדה.

ומוסרני לו בזאת את ברכת מו"ר שליט"א כי חפץ ה' בידו יצלו יעשנה בדפוס ויקבענה וברכת רבים וטובים עליו תבא, ויהי חלקו עם מצדיקי הרבים וחסד ה' יסובבנו לאושט"א

כו"ח בפקודת מו"ר הגה"צ שליט"א דוד בנימין הכהן
בבית הוראה של מו"ר הגה"צ שליט"א
פעיה"ק ירושלים תובב"א

בס"ד ו' עשי"ת ס"ו

באתי בזה בדברי ברכה והצלחה וס"ד וא"צ אלא להעדפה, על גודל וחיזוק מידת הביטחון בהשי"ת, הסובב כל עלמין במידת החסד והרחמים. ויזכה המחבר הרב שליט"א להו"ל לטוב לנו כה"י.

משה הלברשטאם
פעיה"ק ירושלים

לספר "עיוני תפילה"

הגאון הגדול הרב **שלמה פישר** זצ"ל

ב"ה י"ד טבת תשע"ד

לדידי חזי לי ספרא דמאריה טב, ספר **עיוני תפילה** להאי גברא קדישא איש חמודות ולו עשר ידות מוהר"ר עו"ד **רבי אברהם וינרוט** נר"ו.

ומאד נהניתי מטוב טעמו וישרות דבריו. ואין ספק כי בעזרת ה' יתברך יפים הדברים לתועלת למבקשי ה' בדבר העומד ברומו של עולם כמו שאמרו חז"ל.

אגב בפרק י' האריך המחבר בענין תפלת הציבור שהיא בעיקר חזרת הש"ץ, הנה גם אני הייתי בר מזליה בעניין זה בספרי דרשות בית ישי ב' עיין שם היטב.

יתברך ממקור הברכה ברוב אושר והצלחה ויזכה לחבר עוד ספרים להגדיל תורה ולהאדירה כנפשו ונפש תדרשנו לטובה.

שלמה פישר

הגאון הגדול הרב **דוד כהן** שליט"א
ראש ישיבת "חברון - כנסת ישראל" וחבר מועצת גדולי התורה

י"ג תשרי תשס"ו

לידידי מכבר הימים, עו"ד הרב אברהם וינרוט שליט"א

שמחתי מאוד לראות את ספרו החדש בענייני הביטחון בבורא וחובת ההשתדלות, שכבר כתב מרנא הגר"א בכמה מקומות, שזה היסוד הראשי לעבודת התורה והמצוות של האדם בעולם הזה, ואשריו שזכה להעמיד פרקי יסוד בעניינים אלו.

עוד זכורני ימים מקדם, כאשר חבש ידידי המחבר את ספסלי בית המדרש בישיבת "עטרת ישראל" והיה ככוכב המזהיר בכישרונות נדירים, ובהבנה מעמיקה וחודרת, ועוסק בתורה בביקוש ובצמאון גדול.

ותמיד היה זכור אצלי לטוב תקופה זו שבה מסרתי שיעור בישיבה לתלמידים מצטיינים, ובמיוחד כשמשתתף בשיעור תלמיד כמו ידידי ר' אברהם, החודר לעמקם של דברים בבהירות נפלאה ובהסברה ישרה.

וכאשר זכיתי, הרבה שנים אחר כך, לראות את ספרו של ידידי המחבר בענייני גניבה וגזלה, רחב ליבי, ועמדתי משתאה ומתפעל איך הצליח להוציא מתחת ידו יצירה נפלאה זו, ועם טרדותיו הרבים השכיל להעמיד העניינים הקשים והעמוקים ביותר בקרן אורה, והצליח להאיר בבהירות נפלאה ובשפה רהוטה מושגים קשים, שהיו לנחלת הרבים המתענגים על ספריו.

ועכשיו, ברכתי שנית ברכת הנהנין, על ספרו החדש שבו פרקי יסוד בהלכות דעות וחובת הלבבות, ולא הניח ידו גם מלעסוק בפרקי יסוד של עניינים אלו, שהם יסוד לכל הנהגת האדם ועבודתו בעולם הזה.

והספר מלא וגדוש בהיקף גדול, ובכישרון רב, נכתב בשפה בהירה, ומיוסד על מקורות נאמנים. והצליח להעמיד הדברים כשולחן ערוך, כיד השם הטובה עליו.

וברוך השם שזכה לכך, ואין לי אלא לברכו להמשיך במפעליו הגדולים, להיות משכיל בכל דרכיו, ולזכות הרבים בתורתו.

בידידות נאמנה ובברכת כהנים באהבה,
דוד כהן

פתח דבר קצר

במה עסקינן

ספר זה עוסק ב"דיני הראיות" שהן סוגיות הכוללות עולם ומלואו של למדנות והן עמוד השדרה של העיון הלמדני.

חז"ל לימדונו במסכת בבא בתרא (דף קע"ה עמ' ב'): "הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות שאין לך מקצוע בתורה יותר מהן **והן כמעיין הנובע**". להלן נראה פסיפס מרהיב של סברות ויסודות עיוניים עת שנעסוק בסוגיות הנפלאות הדנות, בין השאר, בנושאים הבאים:

עדות

מהותה של עדות

תרי ותרי

עד אחד בממון

עד אחד באבדה

עד אחד בשבועה

רוב

מוחזק וחזקה

מוחזק

חזקת ממון

חזקת מרא קמא

טענת ברי כנגד מוחזק

חזקה אין אדם פורע תוך זמנו

חזקה דמעיקרא

מיגו

מיגו והפה שאסר

מיגו להוציא

מיגו דהעזה

מיגו למפרע

מיגו נגד עדים

מיגו מממון לממון

מיגו לאפטורי משבועה

מיגו במקום ברי ושמא
מיגו במקום חזקת מרא קמא

טענות התובע
הסתמכות על טענת התובע
טוען וחוזר וטוען
הודאת בעל דין

שטרות
מהותו של שטר
קיום שטרות

תפיסה
תפיסה לאחר שנולד ספק
תפיסה בספיקא דדינא
תפיסה בקנס
תפיסה בגרמא

יחלוקו
כל דאלים גבר.

מטרת הספר

הנושאים הללו כוללים עיון מרהיב. העונג למעיין מובטח. העונג כולו – לא שלי. המסע העיוני דלהלן לא אמור לחדש (אם כי לא מן הנמנע שנוצרו חידושים אגב העיון). מטרתו לסדר את הדברים ולהגישם באופן פשוט, בהיר, סדור, רצוף וקולח. הספר מיועד להביא את הלך הדיבור הישיבתי המושרש והידוע בעניינים אלו, דבר דבור על אופניו, כדי שיסודות העיון יהיו ברורים לעין כול – וכדי שיצרו תמונה שלמה וכוללת.

רש"י (על שמות כ"ח, ו') אומר: "אם באתי לפרש מעשה האפוד והחושן על סדר המקראות, הרי פרושן פרקים, וישגה הקורא בצירופן. לכך אני כותב מעשיהם כמות שהוא, למען ירוץ הקורא בו ואח"כ אפרש על סדר המקראות". הווי אומר כי הצגת העיון השיטתי חיונית הן כדי לצבור ידיעות בסיסיות, הן כדי שהמושגים יהיו בהירים וסדורים, והן כדי שבמהלך העיון תתקבל **תמונה כוללת**, שבה משתלבים ומשתבצים על מכונם כל סוגיה וכל מושג.

זו מטרת הספר. הא ותו לא.

שלמי תודה

כל ספר כרוך בעמל. ספר עיוני כרוך בעמל רב. ביגיעה!
העמל נחוץ בשלושה תחומים: בעיון ובהבנה; בכתיבה ובניסוח; בעריכה ובהגהה.
לא טוב היות אדם לבדו ונחוצה עזרה בכל אחד מן התחומים.
טוב להודות, נעים להודות וחשוב להודות **לכל** מי שסייע.
הסיוע העיקרי הוא כמובן סייעתא דשמיא. אבקש להודות לאבי שבשמיים, ריבון כל העולמים, על שפרש עליי סוכת שלומו ועל חסדו הגדול עימי, ובעיקר על הזכות הגדולה ללמוד ושמא אף להבין.
תודה אין קץ למי שלמד ועמל עימי בקביעות, בשקיעות, בערֵבות ובעיון. שלי ושלכם – שלו;
תודה מעומק הלב למי שסייע בעריכה ולמי שסייע בהגהה, למי שעסק בסדַר ועיצב את הפָנים לתורה;
ואחרון שהוא ראשון, אסיר תודה אני לנוות ביתי שפרשה "כיפת ברזל" שיירטה כל הפרעה בטרם תגיע למרחב המוגן שלי, והעמידה את האוֹהל שבו עמלתי.

הקדשה

אבקש להקדיש את הדברים לעילוי נשמות:
אבי מורי ה"ה **משה אהרן ב"ר מרדכי אליעזר וינרוט** ז"ל, שדמות דיוקנו ניצבת לנגד עיניי תמיד ואשר נטע בי נחישות ושקיעות;
לאמי מורתי ה"ה **דרייזל ב"ר אריה וינרוט** (לבית אפטרגוט) ע"ה שריפדה את ראשית הדרך באצילות, בנועם ובברכת הדרך, ברכת אם;
לרבות את אחי הגדול בכול, הגאון **ר' יעקב וינרוט** ז"ל, שהראה והורה כיצד לומדים גם בעתות של עומס ולחץ ולאחי אציל הנפש ר' **צבי יצחק וינרוט** ז"ל;
למורי ורבי, הגאון העצום, הרב **ברוך מרדכי אזרחי** זצ"ל, שנטע אהבת תורה, צימאון ללימוד ודרכי לימוד. להבה שהבעיר יוקדת בקרב תלמידיו ובכללם בקרבי.
יהי רצון כי דברי התורה והעיון בספר זה יעמדו לזכותם ולעילוי נשמתם.

ואני תפילה

תפילה זכה לי כי יהיו הדברים לתועלת. יישאו נא חן וחפץ בעיני ה' ובעיני כל המעיין, ותתקיים בהם תפילתי: והערב נא ה' אלוקינו את דברי התורה הללו על כל הלומד בהם ומהם.

ניסן תשפ"ה — **אברהם וינרוט**

בשער הדברים

בפתח דבר נעיין בתהייה וקושי ערכיים המתעוררים בעת לימוד דיני הראיות בעולמה של תורה.

שאלה בסיסית המתעוררת

אדם הקם על חברו לתבוע ממנו ממון, צריך להשכים ולהביא ראיה. בלי ראיות ישוב ריקם. אם יש ספק – אין ספק בפסק, ובית הדין ישאיר את הממון בידי המוחזק. מדוע? הן לכאורה, אם הנתבע ממשיך להחזיק בממון שלאמיתו של דבר אינו שלו, הוא עובר על גזל, שהוא איסור מדאורייתא. אם כן, מדוע אין אנו מורים לו להשיב את הממון מחמת הספק מכוח הכלל של "ספיקא דאורייתא לחומרא"?

גזל נקבע כתוצאה מן הפסק

רבי יהונתן אייבשיץ, בספרו "אורים ותומים" סימן כ"ה (ב"קיצור תקפו כהן") השיב כי איסור גזל אינו יכול להיות **סיבה** לפסק הדיינים, אלא רק **תוצאה** מפסקם. כשיש ספק אין דין גזל, כי התורה אסרה רק גזל ודאי ולא גזל ספק כשם שהתורה לא אסרה "ממזר ספק" ו"מעשר ספק". בית הדין הוא היוצר ודאות מכוח פסיקותיו. מכיוון שבדיני ממונות נקבעת ההלכה בכל ספק על פי דיני המוחזקות, הרי שיש להתייחס אל הממון המסופק כשייך למוחזק ואם המוחזק יקדש אישה בחפץ זה הרי שהיא מקודשת בוודאות מדאורייתא. משפסק בית הדין שהממון של המוחזק – לא חל על המוחזק דין גזלן ו"אפילו לצאת ידי שמיים אין כאן חשש".

תורת "משפטי הממון"

הרב שמעון שקופ בספרו "שערי יושר" (שער ג' פרק ג') מקשה על תירוצו של ה"תומים", שהרי על מנת לומר שאיסור לא חל במקרה של ספק למרות הכלל של "ספיקא דאורייתא לחומרא" צריך מקור מהתורה. בדוגמאות שהביא ה"תומים" ביחס ל"ממזר ספק" וביחס ל"מעשר ספק", הפטור נלמד ממקור מפורש מן

התורה. אולם, באיסור גזל לא מצינו בש"ס מקור כלשהו שממנו נלמד כי האיסור לא יחול במקרה של ספק.

הרב שקופ מחדש על כן כי גדרי האיסורים בדיני ממונות מיוסדים על "**משפטי הממון**" שנקבעו על ידי שכלי בני האדם. הרב שקופ מסביר: "ביאור ענין זה הוא על פי הקדמה כללית שכל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו, אינם כדרך כל מצוות התורה. בכל המצוות החיוב הוא מה שהזהירה לנו תורה בעשה ולא תעשה, כדי לקיים מצות ה'. בדיני ממונות אינו כן, שכן קודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי". כלומר, בכל איסורי התורה הגדרת האיסור נקבעת על ידי התורה, ואילו בדיני ממונות התורה קובעת שאסור לגנוב או להזיק "ממונו של אדם". אולם ההגדרה הקובעת מהו "ממונו של אדם" נקבעת על פי הסכמת בני האדם. הסכמה זו קודמת לדין התורה שקובע איסור והיתר בנטילת מה שהוגדר כממון של אדם.

בהתאם לכך מבאר הרב שקופ שדיני מוחזק והכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", אינם דין שחידשה התורה אלא הם סברת בני אדם. אכן, בגמרא במסכת בבא קמא (דף מ"ו עמ' ב') נשאלה השאלה מניין שאוב הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה, ועל כך השיב רב אשי: "הא למה לי קרא? סברה הוא".

לאחר שזו הכרעת השכל, הרי שאין המוחזק צריך לחשוש שמא הוא גוזל "מכיוון שעל פי משפט סברת השכל החפץ שייך למוחזק הרי זה חפץ שלו". המוחזק זוכה בחפץ על פי הסכמת השכל של בני אדם שמגדירים את הנכס הזה כממונו. על כן, לא זו בלבד שאינו גוזל אלא אדרבה "התופס ממנו – הוא הגוזל".

הקושי המוסרי נותר בעינו

במישור המופשט בפנינו הסבר בהיר, והוא ילווה אותנו להלן בעת העיון, בזווית רבות של הסוגיות השונות. ברם, במישור המוסרי הקושי נותר בעינו ולא קהה. לכאורה, דיני הראיות לא יכולים לשנות את האמת. אם מישהו מחזיק בנכס שאינו שלו, והתובע בחוסר כשרונו או ביש מזלו אינו מוצא ראיות, הרי שהאמת לא השתנתה. אכן, לתובע אין ראיות מספקות והוא מפסיד בדין – אבל **באמת** החפץ שלו. הנתבע מחזיק בחפץ מכוח ספק ראייתי ובעקבות הדיון גם מחזיק בפסק דין סופי, אבל הוא מחזיק בחפץ שלאמיתו של דבר אינו שלו והוא יודע את זה!

דיני ראיות הם כללי הכרעה חיוניים מצד בית הדין, אבל הנתבע יודע שהתובע הפסיד "הפסד טכני", והתחושה היא שזו זכייה שאינה נסמכת על בירור העובדות

לאמיתן. נותרנו אפוא עם קושי מוסרי. המוחזק הנוהג להדר בשאר מצוות אינו נמנע משום מה משימוש בממון שאינו שלו. הכיצד?

הבא לצאת ידי שמיים

במסכת בבא קמא (דף קי"ח עמ' א') מצינו "האומר לחברו גזלתיך או הלויתני או הפקדת אצלי (כלומר אני חייב לך ממון), ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך – חייב לשלם". הגמרא מסיקה שם כי מדובר במקרה שאיש לא תבע ובכל זאת "חייב לשלם" – ב"בא לצאת ידי שמיים".

הרב שקופ בספרו "שערי יושר" (שער ה' פרק ט"ז) שואל, הרי בכל ספק ממון הכלל הוא כי המוציא מחברו עליו הראיה (או יחלוקו) וכאמור זהו כלל הנובע מ"משפטי הממון". מחמת כלל זה הובהר כי מה שאין לגביו חיוב על פי דיני הממונות אינו נחשב לממונו של אותו אדם וממילא לא חל לגביו דין גזל. אם כן, כשאין חיוב תורה לשלם ואין חשש גזל מדוע נוצר צורך לצאת ידי שמיים?

הרב שקופ מבאר כי יש שני רבדים:

רובד של "משפטי אדם" המושתת על אמת יחסית והסכמת בני אדם, ורובד של חסידות וצדיקות המחפשת את האמת המוחלטת הנוהגת בדיני שמיים:

יש מושג נאצל החל על צדדים הרוצים לנהוג על פי האמת לאמיתה.

הן כאשר בית דין פוסקים מכוח הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה" אין הם קובעים של מי הבעלות. הדיינים מורים הלכה למעשה כי בהעדר ראיה אחרת יוכל המוחזק להמשיך להשתמש בחפץ. אולם, אם בעלי הדין רוצים להתנהג על פי האמת כפי שהיא גלויה בפני שמיים, הרי שאין מקום לכלל של המוציא מחברו עליו הראיה.

מי שצועד במשעולי העולם הזה כשראשו נתון בשמי שמיים, אינו הולך אחר עצת ליבו והממון אינו מחזיק בו ואינו מונע ממנו מלתור אחר האמת.

איש זה אינו צועד בעקבות המוחזקות ובעקבות דיני הראיות אלא אוחז במידת חסידות.

אבל, 'השמיים שמיים לה' והארץ ניתנה לבני אדם'. רוב בני האדם מן היישוב צועדים בעקבות "משפטי הממון" הנוהגים בחברה האנושית. בהעדר ראיות – מכריעה הסכמת בני אדם שהמוחזקות תעצב את 'תורת המשפטים'. הסכמה זו

נמצאת בבסיס דיני הממונות, ובמקרה שאין נכונות לוותר, פעמים שאין חיוב מדיני שמיים וגם תפיסה לא תועיל לנתבע. התורה ניתנה לבני אדם ובית הדין אינו כופה את האדם לנהוג במידת חסידות אלא מניח לו לעשות כן מרצונו, שכן "לא בשמיים היא".

רבי שמעון שקופ מדקדק בלשון חכמים: במשנה נכתב "**חייב** בדיני שמיים". כלומר, זו חובה. לעומת זאת, הגמרא מעמידה שחייב רק ב"**בא לצאת** ידי שמיים". כלומר, זו רשות.

רבי שמעון שקופ מציב אפוא בפנינו את ההבחנה הבאה:

יש מקרי ספק שבהם אין יתרון לאף אחד מן הצדדים ולא ידוע לאיש מה באמת היה.

כך למשל במקרה של 'המחליף פרה בחמור' והבהמה שנמכרה ילדה בלא נוכחות של מי מהצדדים, איש לא יודע אם הלידה התחוללה לפני המכירה או אחריה. במקרה זה אנו משאירים את הממון המסופק בידי המוחזק ואין חיוב מוסרי למוחזק לתת את הממון לחברו, שהרי חברו לא עדיף ממנו. במקרה זה אם המוחזק רוצה להיות 'צדיק' המוותר משלו לחברו, הוא נוהג 'לפנים משורת הדין'. אולם, אין חובה כזאת. **גם לא מדיני שמיים.**

יש מקרים שבהם אדם יודע שהוא גזל מחברו או לווה ממנו. יש לו 'חזקת חיוב' וספק לו האם נפטר ממנה. כמו כן יש מקרים שהרוב מורה כי הדין עם חברו אלא ש"אין הולכים בממון אחר הרוב". במקרים אלו בית הדין לא יכול להוציא ממנו כי 'חזקת חיוב' ו'רוב' אינן 'ראיות' מספיקות לשם הוצאת ממון מן המוחזק. אך במקרים אלו – **אם** הוא 'חסיד' המחמיר לברוח מן הספק, ואינו רוצה להשתמש בעדיפותה של 'מוחזקות מספק', הרי שהוא '**חייב**' לשלם – כדי לצאת ידי שמיים, שהרי יש כנגדו 'חזקת חיוב' או 'רוב'.

ברם, חיוב זה אינו חל על מי שרוצה ליהנות מן הספק ומשתמש במוחזקות שלו, כי כל עוד שהוא נוהג כמשפטי הממון אין חיוב בדיני שמיים. בסוגיה האמורה נאמר כי הוא "בא לצאת ידי שמיים" מיוזמתו, והוא מוכן לוותר על מוחזקותו, שהיא המכריעה את דיני הממונות. אכן, הש"ך בסימן פ"ח ס"ק ל"ו כתב כי דין זה של הבא לצאת ידי שמיים הוא 'מדת חסידות בלבד'.

חמור מזה הוא מי שהזיק את חברו בגרמא, שאז אף אם אינו 'חסיד' ואינו בא ביוזמתו, בכל זאת בית הדין מורה לו שעליו לשלם מפני שאף שהוא פטור בדיני

אדם מכל מקום הוא 'חייב בדיני שמיים' ואין הדבר תלוי ברצונו. כל עוד לא שילם, יש אומרים שאדם זה מוגדר גם כ'רשע' הפסול לעדות עַד אשר ישלם את הנזק שגרם.

הבחנות אלו משפיעות גם על האפשרות וההיתר 'לתפוס' את הממון המסופק מן המוחזק כפי שמתבאר על פי הפוסקים ויובהר להלן. עתה, כשרים אנו לפנות אל העיון בעמקן של הסוגיות, ויהי נעם ה' עלינו.

תוכן הענינים

פרק א **מוחזק וחזקת ממון** ..... **ג**

פרק ב **עדויות נגד מוחזק** ..... **סג**

פרק ג **ראיה שמוציאה מידי המוחזק** ..... **צט**

פרק ד **מיגו** ..... **קלט**

פרק ה **שטרות** ..... **רסג**

פרק ו **הודאת בעל דין** ..... **שמז**

פרק ז **דיני תפיסה** ..... **שעט**

תוכן ענינים מפורט

פרק א **מוחזק וחזקת ממון** ..... **ג**

א. הבחנה בין מוחזק לחזקת ממון - ה | ב. מנהג בעלים בממון הנשאר בידי המוחזק מספק - יב | ג. חזקת מרא קמא - מה | ד. תובע התופס וטוען טענת ברי כנגד "מוחזק" - נז

פרק ב **עדויות נגד מוחזק** ..... **סג**

א. מהותה של עדות - סג | ב. תרי ותרי - סח | ג. עד אחד המעיד נגד המוחזק בממון - עח | ד. עד אחד באבדה - פח | ה. עד אחד בשבועה - צא

פרק ג **ראיה שמוציאה מידי המוחזק** ..... **צט**

א. הסתמכות על טענת התובע - צט | ב. חזקה ראייתית - חזקה אין אדם פורע תוך זמנו - קז | חזקה אין אדם פורע תוך זמנו - קי | ג. חזקה דמעיקרא - קיב | ד. רוב - קיח | רוב בדיני ממונות - ברובא דאיתא קמן - קכו | חידושו של רבי עקיבא איגר - קכח | הכרעת דיבור בדבר ייעוד כספים - על פי דעת הרוב - קל | ה. "מיגו להוציא" - קלא | שני ההסברים ניצבים בבסיס מחלוקת רבה ורב יוסף - קלד | מיגו כראיה בפני עצמה - קלה

פרק ד **מיגו** ..... **קלט**

א. מהותם של "מיגו" ושל "הפה שאסר" - קלט | ב. מיגו מטעם בירור או מטעם כוח הטענה - קמה | יישוב קושיית רבי עקיבא איגר - קמז | הסבר דברי הר"ן - קמח | ג. מיגו במקום שהטענה לא נוחה לטוען (מיגו דהעזה) - קנ | ד. מיגו לאדם שניסה להוציא באמצעות שטר מזויף - קנו | לא ניתן ליצור נאמנות ע"י זיוף - קסא | ה. טוען וחוזר וטוען - קסב | מחלוקת הרמב"ן ורשב"ם - קסז | ו. מיגו למפרע - קסח | הסברו של רבי עקיבא איגר - קעא | ז. מיגו נגד עדים - קעב | הסברו של רבי חיים מטלז - קעה | מיגו לפסול עדות ומיגו לפסול עדים - קעז | הסברו של רבי יצחק אלחנן - קעח | מחלוקת הרמב"ם והטור - קעט | הפה שאסר לעומת מיגו - קפב | ח. מיגו ממון למממון - קפב | יישוב קושיית השר מקוצי - קפו | שיטת רבינו יונה בסוגיית רבא בר שרשום - קפז | ט. מיגו לאפטורי משבועה - קפט | הסברו של הר"ן - קצג | הסברו של "קהילות יעקב" - קצג | י. מיגו במקום ברי ושמא - קצח | שיטת תוספות תואמת לרמב"ן - רז | יא. מיגו נגד

חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו - **רט** | חזקה שכמוה כעדות - **ריג** | חזקה כראיה לתובע וחזקה כערעור לטענת הנתבע - **רטו** | אימתי נדרשת החזקה כראיה - **ריט** | מיגו שפרעתי היום - **רכא** | מיגו בטענה שמעלה בית דין - **רכה** | פירעון ביום האחרון - **רכו** | הבחנת "קצות החושן" - **רכז** | יב. מיגו נגד חזקת ממון - **רכח** | יג. מיגו במקום חזקת מרא קמא - **רלב** | מהותה של חזקת מרא קמא - **רלו** | יד. מיגו נגד חזקת שלוש שנים - **רלז** | סתירה לדברי הרא"ש - **רמו** | הסתירה בדברי הרא"ש - **רמז** | תירוצו של הרב מאיר שמחה מדווינסק - **רמח** | טו. מיגו נגד מנהג המדינה - **רמט** | נידון ממוני מול נידון איסורי - **רנא** | שותפים שבנו מחיצה בחצר - **רנב** | יצאה בהינומה - **רנג** | מעות בעסקה או בהלוואה - **רנד** | שני סוגי מיגו - **רנה** | טז. מיגו נגד מיגו - **רנז** | "כוח הטענה" בבסיס סברת רבי עקיבא איגר - **רנט** | נפקות בין "קצות החושן" לרבי עקיבא איגר - **רס**

פרק ה **שטרות** ..... **רסג**

א. מהותו של שטר - **רסג** | הסברו של רש"י - **רסד** | הסברו של "בעל המאור" - **רסד** | הסברו של תוספות בכתובות - **רסה** | הסברו של רבינו תם - **רסו** | שיטת הרמב"ם - **רסו** | עד בשטר שנהיה אילם - **רסח** | **ב.** ביאור שיטת הרמב"ם בדבר מהות השטר - **רסט** | קושיית הרמב"ן - **ער** | בין כתב לבין שטר - הסבר הגר"ח סולובייצ'יק - **ערב** | בין עבר לעתיד הבחנת "אבן האזל" - **עדר** | **ג.** אופן יצירתו של שטר בר תוקף - **ערה** | עדי מסירה או עדי חתימה כרתי - **רעו** | עדות בידיעה בלא ראיה - **רעח** | עדות מותנית - הסברו של "קהילות יעקב" - **רעח** | "אנן סהדי" כמסייע לעדות - **רעט** | עדות על הגירושין או לשם יצירת שטר - **רפ** | הסברו של רבי עקיבא איגר לצורך בשני עדים בשטר - **רפב** | שטר בעד אחד - שיטת התוספות - **רפג** | גט בעד אחד - מהלכו של רבי עקיבא איגר - **רפה** | שיטת "קצות החושן" ביחס לעד אחד שהוא נוכרי - **רפז** | **ד.** התוקף הראייתי של שטר - **רפח** | שטר כעילת חיוב עצמאית - שיטת הגר"ח סולובייצ'יק - **רצב** | שטרך בידי מאי בעי - **רצג** | חידושו של הגרי"ז סולובייצ'יק - **רצה** | נפקא מינה מרהיבה - **רצו** | הבנת נקודת המחלוקת בין הראשונים - עפ"י סברת הגרי"ז סולובייצ'יק - **רצז** | שטר שאבד - **ש** | הודאת הלווה אינה "חב לאחרים" - הלקוחות - **שג** | הודאה שהשטר נכתב בזמנו - הסבר הרב רוזובסקי - **דש** | **ה.** קיום שטרות - **שח** | שטר כעדות - **שח** | קיום השטר - **שט** | קיום שטרות מדאורייתא - שיטת רבי אביגדור כ"ץ - **שיא** | קיום שטרות מדאורייתא - שיטת הרמב"ם - **שיג** | הסברו של הגרי"ז סולובייצ'יק לשיטת הרמב"ם - כוחו של "בעל השטר" - **שטז** | הסברו של

הגרנ"ט - **שיח** | ו. קיום שטרות בכתב - **שיט** | סתירה בפסקו של הרמ"א ובדברי הריב"ש - **שיט** | שאלתו של "קצות החושן" - **שיט** | הסברו של ה"בית מאיר" - **שכ** | הערת ה"קהילות יעקב" - **שכב** | הסברו של ה"קהילות יעקב" - **שכב** | עדי קיום - על המנה שבשטר או על החתימות שבשטר - **שכד** | שאלת הרמב"ם - **שכה** | הסברו של הב"ח - **שכו** | הסברו של הרב יצחק אלחנן ספקטור - **שכט** | שיטת רב יהודאי גאון - **שלא** | קושיית המהרי"ק - **שלב** | תשובת הש"ך - **שלג** | נקודת המחלוקת בין המהרי"ק לש"ך - **שלג** | שכלול קושיית המהרי"ק - **שלה** | שתי דרכים ליישוב קושיית המהרי"ק - **שלה** | ז. מיגו נגד שטר - **שלז** | ח. "טענינן כנגד שטר - **שמ** | אין "טענינן" בטענת מזויף - **שמ** | קושיית המהר"מ - **שמא** | הסברו של המהר"מ - **שמב** | תירוץ ה"פני יהושע" - **שמג** | הסבר הלשון של רבי עקיבא איגר - **שמג** | הקושי המתעורר - **שדמ** | הסבר נוסף מכוח דברי רבי עקיבא איגר - **שמו**

פרק ו **הודאת בעל דין** ..... **שמז**

הכלל - **שמז** | שאלת מהר"י בן לב - **שמח** | ארבע תשובות ידועות ניתנו במענה לשאלה זו: - **שמח** | תשובת מהר"י בן לב - **שמח** | תשובת הש"ך - **שמט** | תשובתו של "קצות החושן" - **שמט** | הסברו של "תרומת הכרי" - **שנ** | הדין לשיקול דעת בית הדין - **שנא** | חיוב הנובע מנדר - **שנב** | א. ביאור הסברו של מהר"י בן לב - **שנג** | שאלת הרב אברמסקי ותשובת רבי נחום פרצוביץ' - **שנה** | שאלותיו של "קצות החושן" - **שנה** | הסבר מחודש בדברי מהר"י בן לב - **שנז** | קושי מדין "שעבודא דרבי נתן" - **שנח** | קושי מכוח דין מודה במקצת - **שס** | תירוצו של ה"קהילות יעקב" - **שס** | הסברו של ה"דברי חיים" - **שסא** | ב. ביאור הסברו של "קצות החושן" - **שסב** | שאלת "קצות החושן" - **שסב** | הסברו של ה"אמרי בינה" - **שסב** | הסברו של הגר"מ פיינשטיין - **שסג** | הסברו של הרב שלמה פישר - **שסד** | מחלוקת הרשב"ם ורבינו יונה - **שסד** | ג. ביאור הסברו של "תרומת הכרי" - **שסו** | פסקו של הרמב"ם - **שסו** | אין לחזור מהודאת בעל דין - **שסז** | הסברו של הרשב"א - **שסז** | הסברו של הרב שמואל רוזובסקי - **שסח** | ד. הודאת בעל דין על תנאי - **שסט** | כיצד ניתן להתנות על נכונות של עובדות? - **שסט** | הסברו של ה"קהילות יעקב - **שע** | הודאת בעל דין בתוספת מעשה קניין - **שעא** | שאלת ה"קהילות יעקב" מהודאת בעל דין של שכיב מרע - **שעב** | הסברו של הרב שטיינמן - **שעג** | ה. הודאות סותרות - **שעד** | מחלוקת רש"י והריטב"א - **שעד** | הא באבא והא בברא - **שעה** | הכרעה ודאית כשההודאות מבטלות זו את זו - **שעו**

פרק ז **דיני תפיסה** ..... ***שעט***

א. תפיסה לאחר שנולד ספק עובדתי - **שעט** | סוגית "תקפו כהן" - **שעט** | הקושי שמעורר פסקו של הרמב"ם - **שפא** | הסברו של הרשב"א - **שפא** | שאלת ה"שב שמעתתא" - **שפב** | הסברו של ה"תומים" - **שפג** | תירוץ בנו של ה"שב שמעתתא" - **שפג** | נפקות בין שני ההסברים - **שפה** | הערתו של הרב שמואל רוזובסקי - **שפו** | קושי המתעורר מכוח ההבחנה של "קונטרס הספיקות" - **שפז** | הסברו של הגרנ"ט - **שפח** | הסברו של ה"קהילות יעקב" - **שפט** | הערת הרב רוזובסקי - **שצ** | הסברו של "נתיבות המשפט" - **שצ** | שאלת התוספות במסכת בבא בתרא - **שצב** | תירוצו של הרמב"ן - **שצג** | תירוצו של הרשב"א - **שצד** | הסבר שיטת תוספות - **שצד** | קושי על שאלת תוספות - **שצו** | תירוץ אחיו של "קונטרס הספיקות" - **שצו** | **ב.** כל דאלים גבר - **שצז** | בפתח הדברים - **שצז** | מקור הדין - **שצח** | גדרי הדין - **שצח** | שיטת הרשב"ם - **שצח** | שיטת הרא"ש - **שצט** | הקושי המתעורר - **ת** | סתירה בדברי הרא"ש - **ת** | הסברו של הרב יגאל רוזן - **תא** | מחלוקת ר"ת וריב"א - **תא** | שיטת ר"ת - **תב** | שאלת ריב"א - **תד** | דררא דממונא - **תו** | תמיהת "קצות החושן" - **תז** | הסברו של ה"קהילות יעקב" - **תח** | הסבר מדוע כותל בין שותפים יוצר דררא דממונא - **תח** | **ג.** תפיסה בספיקא דדינא - **תט** | מחלוקת רב האי גאון ותוספות - **תיא** | סייג למחלוקת - **תיא** | ספק דיני מול חזקה דמעיקרא - מהלכו של רבי עקיבא איגר - **תיב** | שיטת ה"משנה למלך" - **תיג** | שיטת הר"ן - **תיד** | שיטת ה"שלטי גבורים" - **תטו** | שיטת רבי עקיבא איגר - **תטו** | פני יהושע לעומת רבי אלחנן וסרמן - **תיז** | **ד.** תפיסה בקנס - **תיט** | אם תפס לא מפקיעים ממנו - **תיט** | מחלוקת ר"ת והרא"ש - **תכ** | שיטת הרמ"ה - **תכא** | שתי מחלוקות הרא"ש ור"ת - **תכב** | ביאור ה"קובץ שיעורים" - **תכג** | תפיסה כערובה לפירעון - **תכד** | תפיסה בעקבות הודיה בקנס שאחריה באו עדים - **תכה** | הסבר שיטתו של "קצות החושן" - **תכו** | ראיות לשיטת "קצות החושן" - **תכח** | **ה.** תפיסה בגרמא - **תכט** | משמעותו של חיוב בידי שמיים - **תכט** | שיטת המאירי - **תל** | הבחנה בין "קים ליה בדרבה מיניה" לבין גרמא - **תלא** | שיטת הריב"ש כי חיוב לצאת ידי שמיים - אינו יוצר חוב ממוני - **תלד** | הבחנת הרב שקופ בן חיוב בידי שמיים לבין בא לצאת ידי שמיים - **תלד** | תפיסה בעת חיוב לצאת ידי שמיים - **תלז** | יסוד הדברים במחלוקת ראשונים - **תלז** | המורם מן הדברים - **תלח**

עליו הראיה

אברהם וינרוט

פרק א

מוחזק וחזקת ממון

כלל הבסיס בהתדיינות בדיני ממונות הוא, כי "המוציא מחברו עליו הראיה". בגמרא בבא קמא דף מ"ו עמ' ב' מצינו:

"אמר רב שמואל בר נחמני: מניין למוציא מחברו עליו הראיה? שנאמר (שמות כ"ד, י"ד): "ואל הזקנים אמר, שבו לנו בזה עד אשר נשוב אליכם והנה אהרן וחור עמכם מי בעל דברים יגש אליהם" - יגיש ראיה אליהם"[1].

כלומר משה רבינו נתן כלל גדול לשבעים הזקנים, אהרן וחור, שלא יפסקו להוציא ממון אלא רק מכוח הבאת ראיה ע"י התובע.

שאל רב אשי: לשם מה נחוץ כתוב זה כדי ללמוד ממנו את הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה, הרי הדבר נובע מסברה פשוטה: "דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא!" כלומר, מי שכואב לו, הוא זה שצריך ללכת לרופא, ואילו הבריא אינו זקוק לעשות דבר. בדומה לכך, מי שמבקש לקבל סעד מבית הדין ולהוציא מחברו - הוא זה שצריך להביא ראיה לטענתו, ואילו המוחזק בנכסים ובכספים אינו צריך לעשות דבר[2].

---

1. ור' רש"י בגיטין מ"ח ע"ב ד"ה "המוציא" שכתב כי הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה הוא דין דאורייתא, הנלמד מפסוק זה.
2. מכיוון שהדין של המוציא מחברו עליו הראיה נלמד מסברה ואין צורך בפסוק, מבהירה הגמרא כי הפסוק של "מי בעל דברים יגש אליהם" נדרש כדי לחדש את הכלל לפיו "אין נזקקים אלא לתובע תחלה", כלומר, יש לדון תחילה בתביעה ורק אח"כ יש לדון בתביעה שכנגד.

ב"שיטה מקובצת" בשם הר"ר יונתן ביאר את סברת רב אשי, כי משפט הרופאים הוא, שאינם דנים את החולה לפי סברתם, עד שמראה החולה מהו מקום החולי. כלומר, הרופא לא עושה אבחנה מסברה ואינו קובע מהו החולי בלי לראות במו עיניו את החולה וחוליו. בדומה לכך, בית הדין לא פוסקים מסברה אלא מבקשים לראות שהדין עם התובע ע"י כך שיוכיח את טענתו באמצעות עדים[3].

---

3. הרמב"ם בהלכות סנהדרין פרק כ"ד הלכות א' - ב' פסק כי: "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בוודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע. כיצד ... מי שבא וטען שיש לו פיקדון אצל פלוני שמת בלא צואה ונתן סימנים מובהקים, ולא היה זה הטוען רגיל להיכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת, מוציאו מן היורשים ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים, וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת, אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר. ... אם העיד אדם נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר, ממתין בדין ואינו דוחה עדותו ונושא ונותן עם בעלי הדין עד שיודו לדברי העד או יעשו פשרה או יסתלק מן הדין". לכאורה מה מקורם של דברים אלו? הן בגמרא מבואר כי המוציא מחברו דווקא זקוק לראיה. נמצא כי לא ניתן להוציא ממון על פי אומדן דעתו של הדיין גרידא תוך התעלמות מדיני הראיות. ואכן, האחרונים נוקטים כי מדובר בחריג מן הכלל שאינו מורה על הכלל, ובדרך כלל לא מועילה אומדנא של הדיין כדי להוציא ממון. ר' חמדת שלמה אבן העזר סימן ל"ב, ס"ק י'; אבן האזל סנהדרין כ"ד, א'; נתיבות המשפט סימן ט"ו, ב'. ה"ישועות ישראל" מדור חוקת המשפט סימן ט"ו ס"ק ד' מבאר על כן כי הדרך להבין את ההלכה האמורה ברמב"ם היא, כי היא מתייחסת לפסיקתו של גדול הדור מכוח הכלל של "הפקר בית דין הפקר". רק במקרה מיוחד זה אין צורך והכרח לפסוק על פי דיני הראיות. והדברים עולים לכאורה גם מעיון בפסקו של הרמב"ם בהלכות מלווה ולווה פרק ב' הלכה ד': "מי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם ובא בעל חובו להשביעו בתקנה זו והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זה אלא רוצה לצערו בשבועה זו להצר לו ולביישו ברבים כדי להתנקם ממנו או כדי שילך וילווה מן העכו"ם או יקח נכסי אשתו ויתן לזה עד שינצל משבועה זו, יראה לי שאסור לדיין ירא שמים להשביעו שבועה זו ואם השביעו ביטל לא תעשה של תורה לא תהיה לו כנושה. ולא עוד אלא ראוי לדיין לגעור בתובע ולטרדו מפני

א. הבחנה בין מוחזק לחזקת ממון

משמעות הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" היא אפוא, שאין מקום לשנות מצב קיים בלא שתובא ראיה כי החפץ שייך לזולת. מיהו המוחזק שאין להוציא ממנו, ומה הסיבה שאין להוציא ממנו? המעיין בכלל זה יראה כי הוא כולל בחובו שני מצבים של מוחזקות שכוחם נחלק לשני רבדים:

מצב א' חזקת ממון: מדובר ב'חזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו', שהיא מעין הנחה (כל עוד אין הוכחה הסותרת לה) לפיה הממון שייך למחזיק בו. יש הסוברים כי עסקינן בהנחה הסתברותית הקרובה לוודאי, לפיה כאשר אנו רואים כי אדם מחזיק בחפץ הרי שאותו אדם נהנה מ"חזקת כשרות" ואין להניח כי הוא גנב את ההחפץ הזה. אנו מניחים כי "כל מה שתחת יד אדם הריהו שלו", משום שעל פי רוב[4] אנשים לא גונבים נכסים (כדברי הגמרא בשבועות דף מ"ו עמ' ב' "אחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן"[5]), לכן ההנחה היא שחפץ שאדם מחזיק בו הגיע לידו כדין, או שקנה אותו

שהוא נוטר והולך בשרירות לבו, שלא תקנו הגאונים תקנה זו אלא מפני הרמאים והרי נאמר עד דרוש אחיך אותו - דרשהו (חקור אותו) אם רמאי הוא או אינו רמאי. ומאחר שהוחזק זה שהוא עני ושאינו רמאי אסור להשביעו. וכן אני אומר שמי שהוחזק רמאי ודרכיו מקולקלות במשאו ומתנו והרי הוא אמוד שיש לו ממון וטען שאין לו כלום והרי הוא רץ להישבע בתקנה זו שאין ראוי להשביעו אלא אם יש כוח בדיין לעשותו עד שיפרע בעל חובו או לנדותו עד שיתן יעשה מאחר שהוא אמוד שפריעת בעל חוב מצוה. כללו של דבר כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטווינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינים הרי זה מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים". ומבאר המגיד משנה שם כי הדברים אמורים רק ביחס לדיין מומחה "ואין בכל ב"ד כוח בזה אלא אם כן הוא בית דין חשוב ומוחזק בחכמה וחסידות. ומשרבו הדיינים שאינם מומחים יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לעשות לו דרך לרצונו". הנה כי כן, מדובר בסמכות ובשיקול דעת של דיין מומחה, המוסמך אף ליטול ממון מכוח הדין של "הפקר בית דיו הפקר".

4. בקונטרס החזקות לבעל שמן הרוקח ביאר כי חזקה זו נובעת מכוח הדין של "רוב", שכן רוב החפצים של אדם הם שלו. אולם, נראה כי יש להוסיף לרוב זה גם את הסברה שרוב בני האדם אינם גנבים, שהרי בחברה של גנבים אין בהכרח הנחה שרוב נכסיו של גנב אינם גנובים.

5. רבי יהונתן אייבשיץ בספרו אורים ותומים על שולחן ערוך חושן משפט סימן קל"ג, ס"ק ה': "לא שכיח שאדם יגנוב שכן הוא מרתת (רועד) אולי יתפסוהו ואנא יוליך חרפתו וכל העולם בוז יבוזו לו".

כדין או שקיבל אותו כדין או שירש אותו ממי שהיה בעלים כדין. יש מן האחרונים (כגון ה"קובץ שיעורים") הסבורים כי ההנחה ש"כל מה שתחת יד אדם הוא שלו": "אינה אומדנא או בירור שכך הוא הדבר[6], אלא דין תורה הוא שאין צריכים לחוש שמא אינו שלו, שאם לא כן לא שבקת חיים לכל ברייה, שכל אחד יחטוף מחברו ויאמר שלי הוא ומלאה כל הארץ חמס וכתיב (משלי ג', י"ז): 'דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום'"[7].

דרך נוספת להסבר הכלל של "חזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו" מוצעת ע"י הרב נפתלי טרופ בספרו "חידושי הגרנ"ט" בתחילת מסכת בבא בתרא ולפיה ההחזקה בחפץ אינה מועילה כשלעצמה אלא רק מהווה חיזוק לטענת המחזיק, בכך שהמציאות תומכת בטענתו. בלשונו: "החזקה היא כוח הטענה של האדם המחזיק בחפץ כיוון שהחפץ נמצא תחת ידו נאמן הוא שהחפץ שלו וזוכה בחפץ, משום שהוא תפוס בו ונחשב מוחזק"[8].

מכל מקום, לפי שלוש הגישות, במקרים שבהם מתקיימת החזקה ש"כל מה שתחת יד אדם הוא שלו", אין להוציא את החפץ מידי מי שמחזיק בו, בלי ראיה מוכחת, שהרי אנו מניחים שהוא שייך למחזיק. זהו הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".

---

6. בשונה מן הכלל הראייתי של "אין אדם פורע חוב בטרם שהגיע זמן הפירעון", שזו הנחה (הניתנת לסתירה) המבוססת על הניסיון ועל טבע האדם (בבחינת "אנן סהדי" - כולנו עדים שכך היא המציאות), שזו חזקה המלמדת אותנו כיצד לנתח את המציאות. וראה שו"ת חמדת שלמה אבן העזר סימן ל"ט אות כ"ז, כי החזקה שמה שתחת יד אדם הרי הוא שלו, אינה בגדר של חזקה מבררת.
7. הרב אלחנן וסרמן קובץ שיעורים בבא בתרא קנ"ג. וראה אור שמח הלכות מלווה ולווה פרק ב' הלכות ה'-ו'.
8. הגרנ"ט מביא ראיה לשיטתו מדברי תוספות בבא בתרא דף ל"ג עמ' ב' ד"ה "ואי טעין" מהם עולה כי הכלל של "חזקה מה שתחת יד אדם הריהו שלו" מועיל רק במקום שאותו אדם ממשיך לתפוס בנכס, בשעת טענתו. אבל, אם הוא החזיק בנכס ואחר כך הניחו ברשות אדם אחר, אין הוא נחשב עוד למוחזק. אילו היה טעמו של הכלל האמור נובע מכך שאין אנו חושדים באדם שגנב את המטלטלין שבידו, הרי שגם אם כעת הוא כבר העביר את הנכס מרשותו לידי צד ג', הייתה אמורה חזקה זו לתמוך בטענתו. אולם, אם נובע הכלל מכך שההחזקה בנכס נוסכת כוח בטענת המוחזק, הרי שברורים דברי התוספות כי אם הנכס חדל להיות מוחזק על ידו, שוב אין הוא נהנה מן הכלל האמור.

מצב ב' מוחזק (או "תפוס"): יש מצבים שבהם לא תקפה ההנחה של "חזקה מה שתחת יד אדם הריהו שלו", שכן יש ספק **מובנה** ביחס לבעלות בחפץ[9]. ניתן לכך כמה דוגמאות:

- על פי ההלכה יש לתת את בכור הבהמה לכהן. בסוגיה בבבא מציעא (דף ו' עמ' ב') נדון מקרה של בהמה שיש ספק אם היא בכורה (הספק הוא שמא ילדה האם ולדות קודמים), ולכן ספק אם יש לכהן בעלות ממונית על הבהמה. ההלכה היא, כי הכהן אינו יכול ליטול את הבהמה שנולדה, לנוכח הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". לכאורה העובדה שהוולד נולד אצל הישראל והוא מוחזק בו אינה מהווה ראיה שאינו בכור, אם כן מדוע יש להניח שהוולד שייך לישראל ולא לכהן? הרי גם הבעלים עצמו מודה שיש ספק בדבר שמא הוולד הינו בכור השייך לכהן. עם זאת, חל הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה, שכן הבעלים מוחזק בוולד.
- בדומה לכך, מצינו משנה במסכת בבא מציעא דף ק' עמ' א': "המחליף פרה בחמור וילדה, וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר: עד שלא מכרתי ילדה, וזה אומר: משלקחתי ילדה - יחלוקו". שואלת הגמרא: "אמאי יחלוקו?" מדוע שלא נבדוק ברשות מי נמצאת הבהמה ויהא משנהו המוציא מחברו עליו הראיה. ודוק, גם במקרה זה, אף שהבהמה נמצאת ברפת של הבעלים הראשון, אין לנו כל ודאות כי הוולד שלו, ולא חלה במקרה זה החזקה ש"מה שתחת יד אדם הריהו שלו", שכן ייתכן כי הוולד הגיח לאוויר העולם לאחר שעת החליפין, בזמן שבעל הפרה כבר לא היה הבעלים שלה. גם במקרה זה המחזיק עצמו מודה כי אין לו כל מידע שהוא הבעלים ולא זולתו, ואי אפשר להסתמך על ה"חזקה" שהאיש אינו גנב, כי הספק קיים אף בהנחה שמדובר באדם ישר.
- בדומה לכך מצינו במסכת בבא קמא דף מ"ו עמ' א' לגבי שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה, ולא ידוע האִם הפילה מחמת הנגיחה או שהפילה קודם לכן. הכלל הוא כי "המוציא מחברו (בעל הפרה המבקש לקבל תשלום גם בעד הוולד) - עליו הראיה". והרי גם במקרה זה, העובדה שבעל השור מחזיק בכספו

---

9. הגמרא במסכת בבא מציעא דף ב' עמוד ב' מכנה מקרים אלו בשם "דררא דממונא", ובתוספות ד"ה "היכא דאיכא דררא דממונא" מבואר המונח "דררא דממונא" - "פירוש שבלא טענותיהם יש ספק לבית הדין, שכן יש לאחד תביעה על חברו בלא טענותם".

> אינה מקנה כל ידיעה שלא קיים חיוב כספי לפצות את בעל העובר. ממילא, העובדה שחזקה כי בעל השור אינו גנב וכי כספו שייך לו, אינה מלמדת דבר וחצי דבר ביחס לשאלה שבמחלוקת. עם זאת, הכלל הוא שבעל השור שנגח נחשב "מוחזק" בכספו, וחל הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".

הנה כי כן, הדין של "**חזקת ממון**" מכוח הכלל של "חזקה מה שתחת יד אדם הריהו שלו" - הוא הנחה **בדבר המציאות** שהממון שלו. בנוסף על כך מצוי הדין של "מוחזק" שהוא בגדר של הנהגה מעשית מכוח הדין, החל במקום שבו יש ספק ואי אפשר לברר את המציאות. נמצאנו למדים אפוא כי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" הוא, שאין לשנות מצב קיים כל עוד שלתובע המבקש להוציא ממון מחברו אין הוכחה שהחפץ שלו, וזאת גם במקרים שאין בהם כל חזקה ראייתית שהחפץ שייך למחזיק[10]. אם אין סיבה להעדיף אחד על השני, הרי שהחפץ נשאר בחזקת הראשון ואין מקום להוציא את החפץ מידו.

שמא תשאל, לשם מה יש צורך לקבוע הנחה ביחס למציאות מכוח הדין של "חזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו", כאשר בלאו הכי, המוחזק יזכה במה שבידו, מכוח דין מוחזקות שחל אף בלא בירור המציאות[11]?

התשובה היא, כי יש נפקות רבה לגבי אפשרות ה"תפיסה" מהמוחזק בין דין "חזקת ממון" השואב מן הכלל של "חזקה מה שתחת יד אדם הריהו שלו" לבין דין "מוחזק".

אם אדם זוכה בממון רק מחמת היותו "מוחזק", הרי שבעלות זאת היא "שבירה" וניתנת לשינוי במקרים מסוימים, ואילו מי שזוכה בממון מדין "חזקת ממון" הרי שבעלותו "איתנה" וקשה לשלול אותה ממנו. נפרט:

---

10. בסוגיה שבה פתחנו במסכת בבא קמא דף מ"ו עמ' ב' ראינו כי הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה" **נובע מסברה** לפיה לא ניתן להפקיע ממון מספק, אף על פי שבמישור המהותי לא הוכרע כי הממון שייך למחזיק בו, אלא שהממון נשאר בידו מחמת **ספק** והעדר ראיות בידי התובע. להבהרת עניין זה ר' הסברו של הרב שמעון שקופ להלן.

11. ומייד להלן נראה כי הדין של מוחזקות מקנה את הממון למוחזק באופן ודאי, ולא רק מכוח ספק, כך שזו לא הנפקות בין דין "מוחזק" לדין "חזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו".

הבאנו לעיל את הסוגיה בבבא מציעא דף ו' עמ' ב' ביחס למקרה של ולד בהמה שיש ספק אם הוא בכור שהדין הוא כי יישאר ברשות הישראל, והכהן אינו יכול לזכות בדין בתביעה שהרי הכלל הוא כי "המוציא מחברו עליו הראיה". אם הכהן תקף ונטל בכוח את הוולד (סוגיית "תקפו כהן") הרי שעולה מעיון בסוגיה, כי הוולד חוזר לידי הישראל, ובלשון הגמרא: "תקפו כהן מוציאים אותו מידו".

ואכן, פסק הטור ביורה דעה סימן שט"ו בשם אביו הרא"ש, וכך נוקטים רוב הראשונים, שתפיסה לאחר שנולד הספק לא משנה דבר.

לעומת זאת, הרמב"ם הלכות בכורות פרק ה' הלכה ג'[12] פוסק כי "תקפו כהן - אין מוציאים מידו". כלומר, כהן שזכה במוחזקות בכוח הזרוע - נותר בעלים, שכן כעת הוא המוחזק והספק פועל לרעת הישראל שהוא המוציא מחברו. כלומר, הדין נותר כפי שהיה כי "המוציא מחברו עליו הראיה" ואינו משתנה כמובן, אך המציאות השתנתה וכעת הכהן הוא המוחזק, והישראל הפך להיות "המוציא".

תוספות בכתובות דף כ' עמ' א' ד"ה "ואוקי" סובר כי במקרה שהתופס טוען "טענת ברי" (כגון כהן הטוען כי ידוע לו בבירור שוולד זה הוא בכור)[13] ההלכה תהיה כשיטת הרמב"ם שהכהן זוכה בוולד שאותו תפס. רק אם הכהן התופס מסופק בעצמו ביחס לבעלותו בוולד הרי שהוא לא יכול להפוך למוחזק בכוח הזרוע.

שיטת הרמב"ם ותוספות שמועילה "תקיפה" - חטיפה מיד המוחזק מספק, מוקשית לכאורה לנוכח האמור בגמרא במסכת בבא בתרא דף ל"ד עמ' א' (סוגיית "נסכא דרב אבא" - אדם חטף מטִיל כסף והדבר בא לדיון בפני רב אבא) בה מצינו כי במקרה שעדים ראו אדם שחטף חפץ מידי חברו מוציאים את החפץ מידיו של החוטף. החוטף טוען "אִין חטפי ודידי חטפי" - אכן, חטפתי אך את שלי חטפתי להחזירו לידי. והרי גם במקרה זה העדים לא יודעים כי המחזיק הראשון הוא הבעלים, אלא הם ראו רק את החטיפה של השני מידו, ולמרות שהחוטף טוען כי החפץ בוודאות שלו - מוציאים את החפץ מידו. לכאורה, מה בכך שפלוני "חטף" מהמוחזק - הרי לשיטת הרמב"ם (וכן לשיטת התוספות כשהוא טוען טענת "ברי") התוקף ממוחזק שלא ידוע שהוא הבעלים הוא ההופך למוחזק וזוכה בחפץ?

---

12. וכך נפסק בשולחן ערוך יורה דעה סימן שט"ו, סעיף א'.

13. דברי תוספות הללו מבוארים להלן בשלהי הפרק.

אין זאת אלא, שבמקרה הנדון בסוגיה במסכת בבא בתרא (סוגיית "נסכא דרב אבא") החוטף נטל את החפץ מידי מי שנהנה מ"חזקת ממון". כלומר, הוא לא היה רק "מוחזק" בחפץ, אלא נהנה גם מההנחה הראייתית של "חזקה מה שתחת יד אדם הריהו שלו". מי שנהנה מבעלות שהוקנתה מכוח חזקה ראייתית זו - בעלותו איתנה, ואי אפשר לשלול אותה ממנו באמצעות חטיפה מידו, החוטף לא יהפוך ל"מוחזק" שהרי אין הוא יכול לסתור את ההנחה הראייתית של הנחטף כי "מה שתחת ידו הריהו שלו", וממילא החוטף מוגדר כגזלן ולא כ"מוחזק".

הרמב"ם פסק ש"תקפו כהן" אין מוציאים מיד החוטף, רק ביחס למקרה שהנחטף לא נהנה מדין "חזקה מה שתחת יד האדם הרי הוא שלו" שכן הבעלות הייתה בספק מובנה, והחפץ נותר בידו רק מדין "מוחזק". לכן, אם ה'מוחזקות' עברה לחוטף הרי שעכשיו יאמרו לנחטף "המוציא מחברו עליו הראיה" והחוטף הוא כעת "המוחזק". מוחזקות גרידא היא דין שלא היה בו כל ראיה לגבי המציאות ולכן אם חטפו מידו אי אפשר לומר שהחוטף נטל מידי בעלים ודאי, ואין להגדיר את החוטף כגזלן, וממילא המוחזק איבד את מוחזקתו לטובת החוטף.

הבחנה זו בין דין "חזקת ממון" לדין "מוחזק" עומדת גם בבסיס שיטת רבינו יונה במסכת בבא בתרא דף ד' עמ' א'. בסוגיה שם מצינו כי כותל שעמד בגבול שבין שתי רשויות ולא ידוע מי בנאו, אף שכאשר הכותל עומד בין שתי החצרות הוא בחזקת שניהם, אם הכותל קרס ובא האחד ופינה את כל האבנים לרשותו בטענה כי הוא זה שבנה את כל הכותל מכספו, זוכה המפנה בכל האבנים, כעת הם ברשותו וממילא שכנו הוא במעמד של "המוציא מחברו עליו הראיה". על שיטה זו שואל הרשב"א שם, כיוון שידוע לנו שלפני הנפילה היו האבנים בחזקת שניהם, כיצד ייתכן כי השותף שפינה את האבנים לרשותו הופך למוחזק על כל אבני הכותל - הרי בגמרא במסכת בבא בתרא דף ל"ד עמ' א' (סוגיית נסכא דרב אבא) ראינו כי החוטף חפץ מידי חברו אינו הופך לבעלים?

רבינו יונה מבאר, בדומה למה שהסברנו בשיטת הרמב"ם, כי בסוגיית "נסכא דרב אבא" הנחטף נהנה מ"חזקת ממון" - כלומר, הוא לא היה רק "מוחזק" בחפץ, אלא נהנה גם מההנחה הראייתית כי "חזקה מה שתחת יד אדם הריהו שלו". מי שנהנה מבעלות שהוקנתה מכוח חזקה ראייתית זו - בעלותו איתנה, ואי אפשר לשלול אותה ממנו באמצעות חטיפה מידו והפיכת החוטף למוחזק.

אדרבה, החוטף נחשב כמי שנוטל מבעלים והופך לגזלן. לעומת זאת, כשכותל ניצב בין שתי רשויות אין זו ראיה שהאבנים בחזקת שניהם ואין לשניהם חזקת ממון על האבנים, שכן גם כאשר רק האחד בנה את הכותל הדין הוא שהכותל ימוקם במקום זה, וממילא אין תפיסת האחד סותרת ל'חזקת ממון', אלא רק לדין 'מוחזקות', וממוחזק ניתן ליטול בלא שהדבר ייחשב לגזילה כי אין לנו שום ודאות ביחס לבעלות זו[14].

נפקות נוספת בין "חזקת ממון" ל"מוחזק" מצויה במקרה שאליו התייחס הרמב"ם בהלכות מלווה ולווה פרק א' הלכה ד'. הרמב"ם פסק שם כי אם המלווה בא לגבות את חובו ממטלטלים שביד הלווה, והלווה טוען כי המטלטלים שהוא מוחזק בהם - אינם שלו, אלא פיקדון הם בידו, אין הוא נאמן והמלווה יכול לגבות ממטלטלים אלו הנמצאים ברשותו. ה"מגיד משנה" מביא בשם הרמב"ן כי טעם הדבר הוא,

---

14. ודוק, לכאורה היה מקום לומר כי דברי רבינו יונה הולמים רק לשיטת הרמב"ם שתפיסה מועילה, וכן לשיטת תוס' שתפיסה מועילה אם חטף וטען טענת ברי. אולם, לפי שיטת שאר הראשונים ש"תקפו כהן מוציאים מידו" אף אם הוא רק "מוחזק" ולא "מחזיק מכוח "חזקת ממון", אין מקום לשיטת רבינו יונה. ברם, הר"ן שם נוקט כי דברי רבינו יונה נכונים גם לפי שיטת שאר הראשונים, שכן הראשונים בסוגיית "תקפו כהן" נקטו שאין תוקף לחטיפה - מכיוון שזו נעשתה **'אחרי שנולד הספק'**. כבר לפני התפיסה היה ויכוח והתדיינות בין הצדדים, והכלל הוא שאין מכריעים התדיינות בכוח (אין משקל לדברים שנעשים - אחרי שכבר מתדיינים, ולו כדי שאנשים לא ינסו להכריע את הכף בכוח הזרוע). לעומת זאת, דברי רבינו יונה נאמרו ביחס למקרה שאדם פינה את אבני הכותל לרשותו **לפני** שהתגלעה המחלוקת, שאז יש לתפיסה משקל.

אדרבה, בספר "קונטרס הספיקות" כלל ב' ס"ק ז', נקט כי גם לפי שיטת תוספות אם כבר התעורר דיון - לא תועיל תפיסה אף כשהחוטף (את האבנים) טוען טענת "ברי". ההסבר לכך הוא, כי כשיש חטיפה (סוגיית "תקפו כהן") אנו אומרים שהדין נותר בעינו שהמוציא מחברו עליו הראיה, ורק "היוצרות" התחלפו כשהמציאות הפכה להיות שהחוטף הוא כעת מוחזק והנחטף הוא כעת המוציא מחברו. החטיפה מועילה אפוא לשנות מציאות, כשהדין נותר בעינו. אולם, בסוגיה במסכת בבא בתרא ביחס לכותל המצוי בין שתי רשויות - מבקש החוטף לשנות גם את הדין, שהרי עד שחטף את האבנים לרשותו היה הדין "יחלוקו" (שהרי גל האבנים היה ממוקם בתחום בין שתי הרשויות) וכעת עם חטיפתו השתנה הדין כך שהנחטף יהיה "המוציא מחברו" ושינוי **בדין** ע"י חטיפה - לא ייתכן אף לשיטת התוספות.

מפני שחזקה היא כי "כל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו" - ואין הלווה נאמן לטעון טענה הנוגדת לחזקה זאת. ודוק, במקרה זה אין ללווה דין 'מוחזק', שהרי הוא לא מבקש סיוע לטענתו אלא אדרבה הוא עצמו מודה כי אינו מחזיק עבור עצמו אלא כפיקדון. ברם אנו מניחים 'הנחה ראייתית' כנגדו ומחזיקים ש'כל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו'. הנה כי כן, אילו היה המלווה טוען רק מכוח הדין שהלווה "מוחזק" לא הייתה לו זכות לגבות מהחפץ, אך מכיוון שהוא טוען מכוח "חזקת ממון" הרי שהחפץ נותר בבעלות הלווה, וממילא יוכל המלווה לגבות ממנו את חובו.

ב. מנהג בעלים בממון הנשאר בידי המוחזק מספק

כאמור, הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" התייחס הן ל"חזקת ממון" בו המחזיק סבור שהממון שלו, והן לדין של "מוחזק" כאשר המחזיק עצמו מודע לכך שאין ראיה מחזקתו שהוא הבעלים. ודוק, העובדה שתביעת התובע נגד המחזיק נדחתה מחוסר ראיות אינה מכריעה כי הממון אכן שלו במציאות, אלא שהממון נותר בידו - בהעדר ראיה לתמוך בטענתו של הצד התובע. הכלל האמור לא הכריע אפוא מיהו הבעלים והותיר שאלה זו בספק, אך קבע כיצד יש לנהוג במקרה שנותר בספק. בהתאם לכך נמצא כי אף שבדיני ממונות נקבע שהוא רשאי להמשיך להחזיק בחפץ, אבל כאשר ישתמש בממון המסופק ותהא נפקות לדין, איסור והיתר, כגון כשהמחזיק יקדש אישה באמצעות ממון זה, הרי שכיוון ש'ספק איסורא לחומרא' יש מקום לומר שאישה זו תהיה מקודשת רק מספק. ברם, גדולי האחרונים נקטו בגישה שונה.

ב"קונטרס הספיקות" (כלל א', אות ח') הסתפק הן לגבי המוחזק והן לגבי התופס ממנו שמוציאין מידו, מה הדין כשקידש אשה בחפץ המסופק? וכתב: "לא מצאתי דין זה מפורש", אך לאחר שדן בעניין הסיק לגבי 'המוחזק':

> "כך דעתי נוטה ... דקידושין של הבעלים המה קידושי ודאי, כיון דהתורה לא חייבתו להחזירו - כְּשֶׁלו הוא ממש".

"קונטרס הספיקות" מביא ראיה לדבריו מן הסוגיה בבבא מציעא דף ו' עמ' ב' שנזכרה לעיל, שבה ראינו מקרה שבו התעורר ספק אודות ולד מסוים האם הוא בכור וממילא שייך לכהן, או שאינו בכור כיוון שקדמו ללידתו לידות קודמות.

הכלל שחל במקרה זה הוא: "המוציא מחברו עליו הראיה". כלומר, הכהן לא יכול להוציא את הוולד מיד המוחזק, שכן אין בידו להביא ראיה, האם מדובר בבכור אם לאו. הגמרא דנה מה יהיה הדין אם הכהן יתפוס את הוולד מידי המוחזק. האם הבעלים המקורי יכול לתבוע את הכהן ולהוציא בדין את הוולד מיד הכהן, שהרי הדין כבר נפסק לטובתו עת שהיה מוחזק, ואין הכהן יכול להוציא מידו אלא בראיה. כלומר, אם הכהן תקף את הבעלים ונטל את הוולד "מוציאים אותו מידו". או שמא תפיסת הכהן הועילה לו, וכעת מוגדר הכהן כמוחזק ואי אפשר להוציא מידו של הכהן בלא ראיה. מסקנת הגמרא לפי רוב הראשונים[15] הינה, כי 'תקפו כהן - מוציאים אותו מידו', והוולד חוזר לידי בעליו הראשון עד שיביא הכהן ראיה.

ודוק, אם החפץ נשאר בחזקת הבעלים המקורי רק מחמת הספק, מדוע לא הועילה לכהן תפיסתו של החפץ? מכאן מסיק "קונטרס הספיקות", כי בעלות המוחזק הינה ודאית ולכן אינה פוקעת בעקבות אפשרות תפיסת הכהן.[16]

ואכן, הגמרא מביאה ראיה לכך שלתקיפת הכהן אין תוקף, ממשנה העוסקת במעשר בהמה וקובעת כי ספק בכור (ספק אם הוא שייך לישראל וחייב במעשר, או שמא הוא ממון הכהן וממילא פטור ממעשרות) נכנס לדיר להתעשר עם שאר הבהמות של הישראל, והעשירי מהם נחשב למעשר בהמה. ואם תאמר, כי הספק לגבי הוולד לא הוכרע וכאשר כהן תוקף ולקח אותו מיד המוחזק אין מוציאים אותו מידו, כיצד ניתן לכלול את הבהמה הזאת בין אלו הנכנסות לדיר כדי להתעשר? הרי אם הוולד הזה יהיה העשירי ויעשה אותו מעשר, ייתכן שהוא של הכהן ונמצא בעל הדיר פוטר ממונו ממעשר באמצעות ממונו של כהן! מסוגיה זו נמצאנו למדים, כי מכיוון שלתקיפת הכהן אין כל תוקף ומחזירים את הוולד למוחזק הראשון - הרי שגם לגבי איסורים הבהמה יכולה להיכלל בין הבהמות שחייבות במעשר ומעשרים מהם, למרות שלגבי מעשר נאמר "עשירי" ודורשים חז"ל: "עשירי ודאי ולא עשירי

---

15. כך גם נפסק להלכה ברא"ש בבבא מציעא פרק א' סימן י"ג, ובבכורות פרק א' סימן ד'.

16. מאידך נראה ש"הכסף משנה", על הרמב"ם בהלכות בכורות פרק ב' הלכה ו' חולק על כך ונקט כי גם לפי מי שסובר כי מועילה תפיסה ו"תוקפו כהן" אין מוציאים מידו, כל עוד שהנכס נמצא ביד המחזיק הריהו שלו בתורת ודאי. שיטה זו תבואר להלן בדברי הגר"ש שקופ כי דבר שהוכרע כי יהא שלו על פי "משפטי הממון" כגון במקרה זה שהתירו לכהן לתפוס את הבהמה - נחשב שלו בתורת ודאי.

ספק". מכאן כי ה"מוחזקות", אפילו זו שאין בה ראיה נחשבת כבעלות ודאית שאין עליה ספק, ומשום כך ניתן לכלול את הבהמה הזאת בכלל הבהמות הנכנסות לדיר להתעשר, כדין בהמה שהיא **בוודאות** של הבעלים.

כנגד שיטת רוב הראשונים הנזכרת, ניצבת שיטת הרמב"ם בהלכות בכורות פרק ה' הלכה ג' לפיה "אם תפסו הכהן אין מוציאים אותו מידו"[17]. "קונטרס הספיקות" מציין כי אכן שיטת הרמב"ם אינה תואמת למסקנתו, כי לרמב"ם בהכרח שהחפץ שבידי המוחזק אינו נחשב למצוי בבעלותו הוודאית, ולדעתו קידושי אשה בחפץ זה יחולו רק מספק[18]. אולם להלכה נותר "קונטרס הספיקות" בגישה לפיה האשה מקודשת בוודאות, וזאת בהתאם לשיטת רוב הראשונים[19].

ברם, לדעת קונטרס הספיקות צריך להבין, **כיצד** הפך ה'מוחזק' מספק ל"ודאי בעלים"? אכן, הגמ' למדה מפסוק ומסברא שאין אפשרות להוציא ממנו את החפץ, אך מה הפך אותו לבעלים ודאי? האם העובדה שהכסף נותר בידו מחמת הספק הופכת אותו לבעלים?

ביאור העניין עולה לכאורה מתוך לשונו של "קונטרס הספיקות" המבאר מדוע לא יועילו מספק קדושי התופס הרי ייתכן שהחפץ שלו? וכתב:

> **"אף שהספק במקומו עומד, ודִילְמא שלו הוא, מה בכך כיון דמפקינן מיניה נמצא דלא יהיב לה מידעם".**

כלומר, אף שיש ספק לגבי הבעלות שלו, אבל בפועל לגבי האישה המתקדשת שהיא צריכה לקבל ממון ואם ייתן לה את החפץ שתפס יוציאו אותו ממנה - נמצא

---

17. לכאורה פסקו זה של הרמב"ם סותר למסקנת הסוגיה במסכת בבא מציעא, ליישוב שיטתו ראה שו"ת הרשב"א חלק א' סימן שי"א; נתיבות המשפט סימן כ"ה כללי דיני תפיסה אות א'; שב שמעתתא, שמעתא ד' פרק ה'; הגרנ"ט בבא מציעא סימן קמ"ה בעניין "תקפו כהן".

18. ר' להלן בהערה 45 כי גם נתיבות המשפט נקט שהנדון הנ"ל ביחס לקידושי אשה, תלוי בשתי הדעות שבסוגיית תקפו כהן. לעומת זאת נביא להלן את דברי הרב שקופ, כי לכולי עלמא האשה מקודשת בוודאי.

19. הטור בחושן משפט סימן שמ"ו, מביא את דעת הרא"ש ואת דעת הרמב"ם החולקים בעניין זה. מסקנת הטור להלכה הינה כפי דעת אביו - הרא"ש, אולם בשולחן ערוך שם פסק להלכה כדעת הרמב"ם.

שלא קבלה כלום. לעומת זאת אם המוחזק מקדש אותה בממון זה הרי שאיש לא יוכל להוציא אותו ממנה והיא רשאית להשתמש בו, נמצא שהיא קבלה דבר בעל ערך. לכן אם התופס קידש בכך אישה - הוא לא נתן לה דבר. לעומת זאת, קידושי המוחזק בכסף זה יהיו קידושי ודאי כי היא קבלה דבר בעל ערך, כי רק היא יכולה להשתמש בו.

סברה זו מובנת היטב לגבי קדושי אישה כי המקדש צריך לתת לאישה דבר שיש לה הנאה ממנו. אך ייתכן להסביר את ההבחנה בין המוחזק לתופס גם ביחס לאיסורים אחרים. כדי להסביר את הדברים נעמוד על סברה שיש למצוא לה תימוכין בדברי הראשונים, לפיה כאשר ניטלת מן הבעלים של חפץ האפשרות להשתמש בו ולהפיק ממנו איזושהי תועלת - פקעה בעלותו בחפץ. יש המבארים כך את הדין שחפץ של אדם שנפל ל"זוטו של ים" - למצב אבוד, והבעלים עומדים שם ואומרים שאינם מתייאשים ממנו [מצפים לנס], בכל זאת אדם אחר שנקלע לאותה מערבולת ואחז בחפץ וניצל - יכול לזכות בחפץ, כי בעלות הבעלים פקעה בשל העובדה שבדרך הטבע לא היה יכול להשתמש בחפץ.

להלן דוגמאות אחרות לסברא זו:

במשנה במסכת סנהדרין (דף ב' עמ' א') מצינו כי הזאב, הארי, הדוב, הנמר, הברדלס והנחש - מיתתם בסנהדרין בהרכב של עשרים ושלשה דיינים. רבי אליעזר אומר: כל הקודם להורגם - זכה. מבארת הגמ' (בדף ט"ו עמ' ב'): "אמר ריש לקיש: והוא שהמיתו, אבל לא המיתו - לא". כלומר, אין להרוג חיה רעה כל עוד לא המיתה אדם, שכן ניתן לתרבת ולאלף חיה שכזו, ובלשון הגמרא: "יש להן תרבות ויש להן בעלים". רבי יוחנן חלק וסבר כי יש להמיתה "אף על פי שלא המיתו", כי לשיטתו לא ניתן לתרבת חיה רעה שכזו והיא מהווה סיכון לסובבים. על כן, "אין להם תרבות, **ואין להם בעלים**".

את הביטוי: "אין להם בעלים" מבאר רש"י שם (ד"ה "ואין להם בעלים"): "כלומר, אין שם הבעלים חל עליהם, ולא הוו אלא כהפקר, לפי שלא היה לו לגדלן"[20]. כלומר,

20. עם זאת, ייתכן כי ככלל יש בעלות גם בהעדר זכות שימוש, ובמקרה דנא נטלו ממנו את הבעלות עצמה כקנס וכהפקעה של חכמים לנוכח האיסור שעבר בכך שגידל חיה רעה בביתו.

דבר שלא ניתן להשתמש בו ואסור כלל להחזיקו "אין שֵם הבעלים חל עליהם". מכאן כי בדבר שאין לבעלים רשות להשתמש בו, אין הוא נחשב לבעלים והחפץ נהיה להפקר[21].

קיימת מחלוקת בגמרא בכמה סוגיות,[22] האם קניין פירות כקניין הגוף או לא, כלומר אדם שיש לו זכויות שימוש בקרקע אך הבעלות שייכת לחברו, האם בעל הזכויות על מה שגדל מהקרקע חייב בהבאת ביכורים ויכול לומר בשעת "מקרא ביכורים" - "את האדמה אשר נתת לי"?

בדומה לכך, אדם שמכר לחברו את זכויות השימוש בעבד כנעני, והשאיר לעצמו את הבעלות בגופו, מי משניהם נחשב ל'בעלים' לעניין דין יציאתו של העבד לחרות אם בעליו היכה בו באופן שניזוקה עינו או שינו של העבד.

ב"משנה למלך" על הרמב"ם הלכות מלווה ולווה (פרק ד' הלכה י"ד ד"ה "עוד") כתב בשם המהרי"ט וכן מצינו ב"נתיבות המשפט" (סימן רמ"ח ס"ק י"א), כי המחלוקת האמורה מתייחסת רק למקרה שבו אדם מכר "קניין פירות", כלומר את זכויות השימוש, למשך תקופה מוגבלת. אולם, אם זכויות השימוש נמכרו לעולם, הרי שלכל הדעות קניין פירות כקניין הגוף. הטעם לכך הוא, כי מכיוון שאין ולא תהיה לבעלים שום זכות השתמשות בחפץ - הרי שבטל ממנו שֵם בעלים. נמצא כי לכל הדעות הבעלות חייבת לבטא זכות מסוימת, ואם הבעלות לא מקנה שום זכות השתמשות בכל תקופה שהיא, הרי שאין לו עוד שם בעלים[23].

הראשונים נחלקו ביחס לאיסורי הנאה האם החפץ נחשב לשלו. הריטב"א בחידושיו למסכת סוכה (דף ל"ה עמ' א') כתב כי באתרוג של ערלה מתקיים התנאי של "ולקחתם לכם משלכם", על אף שהוא אסור בהנאה, וטעם הפסול נובע מדין אחר[24]. לעומת

---

21. אף ריש לקיש אינו חולק על סברה זו, אלא שלשיטתו מותר לגדל חיות אלו שכן ניתן לתרבת אותן. אך אילו היה הדבר אסור - היה גם ריש לקיש מודה לרבי יוחנן כי הבעלות הייתה פוקעת.

22. ראה למשל בבא קמא דף צ' עמ' א; בבא בתרא דף נ' עמ' א'; גיטין דף מ"ח עמ' א'.

23. ייתכן עם זאת לומר, כי קניין פירות כקניין הגוף משמעו שגם לבעל קניין הפירות יש בעלות אך אין משמעות הדבר כי קניין הגוף פקע עקב העדר זכויות שימוש.

24. וראה גם בדברי הריב"ש סי' ת"א הגורס כי יש זכייה באסורי הנאה והוכיח כן מן הגמרא במסכת עבודה זרה דף מ"ב.

זאת, בשו"ת הרשב"א (חלק א' סימן תר"ב ובסימן תשמ"ו וכן בחידושיו למסכת נדרים דף מ"ז עמ' ב') כתב שאיסורי הנאה אינם נחשבים כשלו כלל והרי הם כהפקר, מכיוון שאינו יכול להשתמש בהם.

לכאורה, המחלוקת היא האם מי שיש לו קניין בגוף החפץ אף שאינו יכול להשתמש בו נחשב לבעלים או שבכל מצב שבו בעלים אינו יכול להשתמש בחפץ - הוא חדל להיות בעלים, שהרי בעלותו אינה מבטאת שום זכות מעשית[25].

בהתאם לדברים האמורים, מובנים דברי "קונטרס הספיקות" שהרי לפי השיטות הסוברות שמוציאים את הוולד מיד הכהן אם חטף אותו מן המוחזק, נמצא שלמרות הספק העקרוני על בעלותו אין לכהן אפשרות מעשית להשתמש בוולד, ובהעדר זכות שימוש - אין בעלותו נחשבת לבעלות. כלומר, אף אם עסקינן בוולד שהינו בכור לפי האמת, בעלות הכהן פקעה בהעדר אפשרות מעשית לממש בעלות זאת. ממילא, אם הכהן קידש אישה באמצעות ולד זה, אין הקידושין תופסים והריהו כמי שלא נתן לה דבר.

הפועל היוצא מהעדר בעלות של הכהן הינו אפוא, שהבעלים של הבהמה היולדת זוכה בבעלות ודאית בוולד, שהרי הכהן שעמד לנגדו וערער על בעלותו - איבד כל זכות בעלות בוולד.

בהתאם לאמור יובן גם המשך דבריו של "קונטרס הספיקות" כי לשיטת הרמב"ם הסובר ש"תקפו כהן" אין מוציאים מידו, לא זכה הישראל בבעלות ודאית וקידושיו בכסף זה אינם קידושי ודאי, שהרי כאשר נפסק כי אם יחטוף הכהן את הוולד ממנו "אין מוציאים מידו", נמצא כי יש משמעות לבעלותו של הכהן לעניין זה עצמו שאם יתפוס לא יוציאו מידו. ממילא הוולד נותר בספק האם אכן של הישראל הוא או שמא של הכהן, וקידושי כל אחד מהם בכסף זה, יחולו רק מספק.

---

25. עם זאת, נראה כי מסוגיה זו של איסור הנאה אין בהכרח ראיה לכך שכל בעלות בלא זכות שימוש פוקעת, שכן ייתכן שמשמעות איסור ההנאה היא, שהתורה הפקיעה לא רק את השימוש אלא גם את הבעלות. כך עולה לכאורה מדבריו של הנודע ביהודה תניינא אורח חיים ס"ג: "דאפקעתא דמלכא הוא, שהתורה אסרתו בהנאה **ועשאתו הפקר**".

לשאלה שהבאנו לעיל בשם "קונטרס הספיקות", כיצד הפך המוחזק מספק ל"ודאי בעלים"? אכן, מספק אין אפשרות להוציא ממנו את החפץ, אך מה הפך אותו לבעלים ודאי? על כך ניתן להשיב בדרך נוספת על פי חידושו של הרב שמעון שקופ בספרו "שערי יושר", (שער חמישי פרק א'). הרב שמעון שקופ מביא את דברי "קונטרס הספיקות" כי חזקה יוצרת הנהגה ודאית המאפשרת למוחזק לעשות שימוש בממון לשם עריכת קדושי ודאי. הרב שקופ תמה, מדוע בכל ספק ממון מכריעים לפי ה"מוחזק", הרי אם החפץ אינו ודאי של המוחזק נמצא כי הוא גזלן, ואם כן מדוע לא יחמיר לפסוק לפי הכלל שכל ספק איסורי תורה לחומרא? לכאורה הכלל של "ספק ממון לקולא", סותר לכלל ש"ספיקא דאורייתא לחומרא", החל ביחס לכל איסור תורה. במה נגרע איסור גזל מכל שאר האיסורים מדאורייתא?[26] אדרבה, הרי ביחס לכל ספק איסור לימדה התורה כי יש להכריע את הספק על פי דינים של רוב[27]

---

26. וראה שער המשפט סימן ס"ז ס"ק ד' כי הפסוק שממנו לומדים שהמוציא מחברו עליו הראיה, הוא מקור מדאורייתא לדין שלפיו אדם פטור מלשלם למי שאינו יכול להוכיח את דינו בוודאות, וזהו חידושו של הפסוק שממנו נלמד דין המוציא מחברו עליו הראיה, החורג מעבר לסברה הפשוטה של "דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא". כמו כן, ראה חדושי הרי"ם כתובות י"ב עמ' ב', ד"ה "תוס' בא"ד", המביא קושיה זו ומיישב כי אדם אינו מחויב להביא מכספו לזולת, כאשר יש ספק אם הוא חייב בתשלום, שכן בדיני ממונות הכלל הוא כי הדאגה לממון הזולת אינה עדיפה מדאגת אדם לממונו שלו, וכשם שבדיני נפשות הכלל הוא כי אין דמו של הזולת סמוק מדמו שלו, ואדרבה "חייך קודמים לחיי חברך", כך גם בדיני ממונות, אם יש ספק הרי שהדאגה לממונו שלו קודמת לדאגה לממון חברו. רק במצוות עשה שבין אדם למקום חייב אדם להוציא עד חומש ממונו כדי לקיים את המצווה. לעומת זאת, במצווה ממונית שבין אדם לחברו, כמו מצוות השבת אבדה, אין הוא מחויב במצווה אם היא כרוכה בהפסד לממונו שלו (ר' למשל בבא מציעא דף ל"א עמ' ב'). עיקרון זה עולה בבירור מן העיון בסוגיה במסכת בבא מציעא דף ל"ז ע"א "גזל (אדם) אחד מבין חמשה ואינו יודע איזה מהן גזל, זה אומר אותי גזל וזה אומר אותי גזל - מניח גזילה ביניהם ומסתלק, דברי רבי טרפון", שכן מספק לא מוציאים ממון (שכן המוציא מחברו עליו הראיה). מדוע אינו חייב לשלם לכל אחד מהם מנה מספק, לאור העובדה שיש מצוות עשה של "והשיב", שאדם מחויב להוציא מכספו כדי לקיימה? אין זאת אלא ש"אינו מחויב להפסיד כלל משלו, דמה חזית דממון חברו עדיף מממון שלו? ואף בנפשות הדין כן דחייך קודם דמה חזית".

27. ההכרעה על פי רוב נלמדת מהפסוק (שמות כ"ג, ב'): "אחרי רבים להטות".

או חזקה[28], ואילו, ביחס לדיני ממונות, אין לנו לכאורה שום מקור וסמך מהתורה, לדיני ההכרעה השונים. אם כן, כיצד מתגברים על הכלל של ספיקא דאורייתא לחומרא, ביחס לאיסור גזל החל על מי שמשתמש בממון שייתכן שאינו שלו?

רבי יהונתן אייבשיץ בספרו "אורים ותומים" סימן כ"ה ב"קיצור תקפו כהן" כתב:

> **"אבל באמת הקושיא מעיקרא ליתא (לא קשה מעיקרה), כי כך היה המצוה והלאו של לא תגזול היינו גזל ודאי, אבל גזל ספק אם הוא בידך - אין כאן איסור גזל, שכן כך הלכה נאמרה "המוציא מחברו עליו הראיה" ומי שתפס יכול להחזיק ואין כאן ספק איסור כלל, כי לא אסרה תורה גזל באופן זה, ועל תנאי זה נאמר וכו', כמו שלא אסרה תורה ממזר ספק[29] ומעשר ספק[30] וכדומה הרבה, ולכך אפילו לצאת ידי שמיים אין כאן חשש".**

על הסבר זה מקשה הגר"ש שקופ:

א. ביחס לספיקות במעשר וביחס לממזרות (כמו גם ביחס לספק טומאה ברשות הרבים וספק ערלה בחו"ל), יש מקור בתורה שממנו למדים דין זה, ואילו לגבי ספק גזל לא נזכר בגמרא מקור בהלכה למשה מסיני או פסוק שממנו נלמד דין זה. אדרבה, מצינו בגמרא בבא קמא (דף מ"ו עמ' ב') כי הדין של המוציא מחברו עליו הראיה נלמד מסברה ולא מפסוק. אילו היה בדברים משום חידוש הלכה שגזל אסור רק בוודאי ולא בספק, היה לגמרא לומר כי לשם חידוש זה לא הסתפקו בסברה אלא בפסוק של "מי בעל דברים יגש אליהם".

---

28. בגמרא חולין דף י' עמ' ב' נלמד הדין שהולכים אחרי חזקה דמעיקרא באיסורים, מבית-המנוגע, שהכהן מסגיר אותו ביציאתו מן הבית ומעמידים על חזקתו שלא נחסר הנגע מהשיעור עד שיצא הכהן מהבית.

29. במסכת קידושין דף ע"ג עמ' א' מצינו: "התורה אמרה: (דברים כ"ג, ג') 'לא יבא ממזר בקהל ה" - ממזר ודאי הוא שלא יבא בקהל ה', אבל ממזר ספק יבא".

30. במסכת בבא מציעא דף ז' עמ' א' דרשו חז"ל את הפסוק (ויקרא כ"ז, ל"ב): "וכל מעשר בקר וצאן כל אשר יעבר תחת השבט העשירי יהיה קדש לה'" - "עשירי ודאי אמר רחמנא שיתקדש בקדושת קרבן מעשר בהמה, ולא עשירי ספק".

ב. זאת ועוד, בניגוד לדברי ה"תומים"" האומר "ולכך אפילו לצאת ידי שמיים אין כאן חשש", הרי מצינו בכמה מקומות חיוב לצאת ידי שמיים גם בספק ממון[31], כמו במקום שבו התובע טוען טענת ברי והנתבע טוען טענת שמא[32].

בספר "קונטרס הספיקות" כלל א' סימן ו' הבהיר לשיטתו כי ההכרעה הוודאית במישור ההתנהגותי הממוני, היא המכריעה גם את הספק במישור של דיני הגזל:

> **"שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חברו מצד הדין, אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא אסרתו עליו התורה. לכן, ספק ממון שהדין בו "המוציא מחברו עליו הראיה" גם צד איסור אין בו כשאינו מחזיר, וגם האורים ותומים כתב מעין זה שהתורה לא אסרה אלא ודאי גזל והוי כעשירי ודאי ולא עשירי ספק".**

כלומר, הטעם לכך שלא חל הכלל של ספיקא דאורייתא לחומרא ביחס לספק גזל שלא הוכרע על פי כללי רוב, אלא נשאר מספק ביד המוחזק, אינו נובע מפסוק שקובע כי אסור רק "גזל ודאי ולא גזל ספק" אלא שהדבר נובע מכך, שהדין של איסור גזל הוא פועל יוצא מן הבעלות, שהרי גזל פירושו - איסור לקחת ממון שאינו שלו בדין, ומשהוכרע הדין בתחום דיני הממונות לפיו הוא יכול להחזיק בו, ורק הוא ולא שכנגדו, נמצא ממילא כי אין איסור של "לא תגזול" ביחס לחפץ זה.

---

31. ר' גמרא בבא קמא דף קי"ח עמ' א', ובשו"ע חושן משפט סימן ע"ה "מנה לי בידך שהלויתיך או שהפקדתי בידך, והלה אומר: איני יודע אם הלויתני או אם הפקדת בידי, ישבע היסת שאינו יודע, ופטור. ואם בא לצאת ידי שמים, ישלם".

32. כמו כן נראה להוסיף קושי, בתוספות רא"ש על בבא מציעא דף ו' עמ' ב' מצינו "ואפילו כי אמרינן כל דפריש מרובא פריש - עשירי ספק מיקרי, אלא שהתורה התירה ספק זה באיסורין, דכתיב אחרי רבים להטות ונהפך האסור להיתר ע"י בטול ברוב, אבל הכא לעולם לא נפיק מכלל ספק עשירי". כלומר, גם לאחר שיש דין ללכת אחר הרוב, נשאר הדבר בגדר של ספק ולא הפך לוודאי, ולכן לא ניתן להכניסו לדיר כדי להתעשר. ואם כן, מדוע הולכים בדיני ממונות אחר הרוב, לשיטת רב (בבא קמא דף מ"ו עמ' ב') וכן לכל השיטות כשאין מוחזק כנגדו (תוספות כתובות דף כ' עמוד א' ד"ה "ואוקי": "דאפי' רבנן לא פליגי אסומכוס אלא משום דחד מינייהו מוחזק ואיכא למימר המוציא מחברו עליו הראיה אבל הכא דאין אחד מוחזק יותר מחברו מודו לסומכוס דיחלוקו")? הרי לעניין גזל לא הולכים אחר הרוב, שהרי הכלל הוא "גזל ודאי ולא גזל ספק".

כן מסביר הרב שמעון שקופ כי "איך שייך לדון שיחוש מי שיעכב הממון תחת ידו על פי משפט התורה לאיסור גזל? אם הממון הוא שלו על פי משפט התורה, איזה איסור גזל אפשר בזה? הרי הלאו של 'לא תגזול' הוא לאו כללי, שאסור לגזול משל חברו מה שהוא שלו, בין ע"י ירושה ובין ע"י זכיה של מקח, ומתנה והפקר, ובין אם זכה על פי משפט חכמים".

לאחר שהדין הוכרע במישור הממוני לטובת המוחזק, הרי שהוא של המוחזק והוא לא יעבור על איסור גזל. אכן, ההכרעה בדיני "משפטי הממון" נקבעה מחמת הספק. אבל, **דיני איסור גזל נובעים מן הפסיקה ההלכתית בדיני ממונות**, ומכיוון שבדיני ממונות נקבעה ההלכה על פי המוחזקות, הרי שיש להתייחס אל הממון כשייך למוחזק על פי דין. לכן, אם המוחזק יקדש אישה בחפץ זה הרי שהיא מקודשת בוודאות מדאורייתא. ההכרעה מחמת הספק בדיני הממונות הטתה אפוא את הדין בדיני האיסורים באופן ודאי[33].

נראה להוסיף, כי הדברים נעוצים ביסוד מוסד בדיני ממונות, שעמד עליו הרב שמעון שקופ בספרו "שערי יושר"[34]. הרב שקופ הבהיר כ"הקדמה כללית לכל דיני המשפטים של דיני הממונות שבין איש לרעהו", כי דיני הממונות שבתורה שונים במהותם מדיני איסור והיתר. בעוד שבדיני איסור והיתר יש ציווי ה' שצריך לקיימו ורק מה שנאמר בציווי ה' קובע את גדרי האיסור, הרי שבדיני הממונות ציוויי התורה באים לתת סעד לבעלים כפי שהוא מוגדר על פי הסכמת בני האדם. התורה קובעת שאסור לגנוב או להזיק "ממונו של אדם", אולם מהו "ממונו של אדם", זוהי הסכמת בני האדם הקודמת לתורה.

---

33. נמחיש רעיון זה: הכלל הוא שאי אפשר להרוג אדם על סמך רוב או חזקה, אלא רק "על פי שניים עדים יקום דבר". ובכל זאת, אם יש ספק האם אישה מסוימת היא אשת איש, או שמא מת בעלה, ובא עליה אחֵר, הרי שלמרות שהספק הוכרע רק על פי דיני החזקות, או על פי דיני רוב, ולא מכוח שני עדים, היא נחשבת לאשת איש והבא עליה יהיה חייב מיתת בית דין.

34. שערי יושר שער ה' פרק א'. ובלשונו: "כל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו, אינם כדרך כל מצוות התורה, שכן בכל המצוות מה שהזהירה לנו תורה בעשה ולא תעשה, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקיים מצות ה'. ובדיני ממונות אינו כן, שכן **קודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי**".

כך מצינו בכמה הלכות בדיני ממונות שנקבעו על פי דעת בני אדם:

- בהלכות הונאה נפסק כי "פחות משתות הוי מחילה, שתות קנה ומחזיר אונאה, ויתר משתות בטל מקח". כללי מסחר אלה לא נכתבו בתורה אלא לפי מה שנהגו בני האדם למחול במסחר בפחות משתות, וטעות מעל שתות נהגו שהופכת את העסקה למקח טעות, וכל זה ביחס למחיר השוק. מהו מחיר השוק? גם את זה בודקים בשוק המקומי.
- בדומה לכך, התורה מחייבת להשיב אבדה שיש לבעליה סימני היכר שהיא שלו. אולם, מניין לנו כי בהעדר סימנים שייכת האבדה למוצא? אין זאת אלא ש"עיקרי הגדרים של זכות ממון אינם חוקים על פי התורה אלא היסוד בהם הסכמת שכלנו שהמגביה מציאה יהיו שלו ופירות שדהו וולד בהמתו יהיו שלו".
- הכלל התורני הוא כי חפץ עובר לקונה ע"י מעשה קניין, אבל סוג מעשה הקניין נקבע על פי הנהוג בין בני האדם כמו בהמה דקה במשיכה, בהמה גסה במסירה, וחפצים המיטלטלים בהגבהה. יתרה מזו, אחד ממעשי הקניין התקפים הוא "סיטומתא" - כלומר, מעשה שעל פי מנהג הסוחרים מצביע על העברת בעלות. מהו מנהג הסוחרים? בוחנים את המציאות ומה שהסכימו רוב המדינה שייגמר קניין על ידו הוא קניין מהתורה.

בהתאם לשיטתו שמשפטי הממון נקבעים על ידי הסכמת בני האדם, הרב שקופ נוקט כי אין לערב תחומין ולקבוע את גדרי משפטי הממונות לפי גדרי איסור הגזילה, שכן מישור האיסור חל רק **לאחר** שהוכרע המישור הממוני, ורצון ה' שאדם לא יגזול מתייחס למה שעל פי דיני הממונות אין לו רשות להחזיק בו. דיני הממונות נקבעים אפוא קודם להחלת דיני התורה האיסוריים. על כן, אף במקרה שהגזלן הוא **קטן שאינו בר מצוות** ואינו מחויב על "איסור גזל", אם הוא יגזול ממון של אחרים, מוטל על בית הדין להציל עשוק מיד עושקו ולכפות את הקטן להחזיר את החפץ הגזול לבעליו. הרב שקופ מסכם על כן כי "הכלל בזה שבמקום שאנו דנים על איזה זכות וקניין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ראוי על פי תורת המשפטים להחזיק את החפץ"[35].

---

35. ככלל בדיני ממונות ניתן מקום רב ליצירה האנושית, שהרי במסכת בבא בתרא פרק י' משנה ח' מצינו את דברי רבי ישמעאל "הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות שאין

בהתאם לכלל זה נמצא, כי האפשרות שיהיה ממון שיהיה אסור להשתמש בו בגלל ספק איסור גזל הוא דבר רחוק מן המציאות, שכן בכל ספק ממון ישנה הכרעה על פי תורת משפטי הממון, ולנוכח הכרעות אלו, כבר אין ספק איסור גזל. לאחר ההכרעה, או שהדבר מוגדר על פי משפטי הממון כממון הזולת וממילא נטילת ממון זה עולה כדי ודאי גזל, או שהדבר מוגדר כממון שלו או כממון שמותר לו להחזיק בו וממילא נטילתו עולה כדי ודאי היתר. אולם, בניגוד לדעת רבי יהונתן אייבשיץ, לפי הסברו של הרב שמעון שקופ אם יימצא ממון שהוא ספק גזל הוא יהיה אסור מהתורה, ככל ספק איסור תורה (להבדיל מספק מעשר או ספק ממזר שעליו לא חל החיוב כלל). ממילא, במקום שיש ספק גזל ואין לדבר הכרעה על פי משפטי הממון, כגון לגזול ממון המוטל בספק או לגזול ממון מאיש שהוא ספק נכרי (לפי מי שסובר כי גזל נכרי מותר), אכן יחול הכלל של "ספיקא דאורייתא לחומרא".

מצד שני, גם מה שמותר מבחינת דיני איסור והיתר לא יכול להפוך חפץ לשייך לפלוני, אם לפי דיני הממונות הוא שייך לזולת. כך מצינו את פסקו של ה"מגן אברהם" בהלכות לולב (על שולחן ערוך אורח חיים סימן תרל"ז ס"ק ג') בשם ספר יראים (סימן תכ"ב), כי גם לפי מי שסבור שגזל נוכרי מותר, אתרוג שנגזל מגוי לא נחשב של הגזלן והמחזיק בו לא יוכל לצאת בו ידי חובה ביום הראשון של סוכות שבו יש חיוב של "ולקחתם לכם" - משלכם. זאת מכיוון שגם אם גזל עכו"ם מותר, כיוון שלפי "משפטי הממון" ההסכמיים הממון שייך לעכו"ם, אין היתר הגזל הופך את הממון להיות של הגזלן, אלא המשמעות היא שהישראל לא עבר על איסור ואין איסור בהמשך החזקת ממון זה. זאת בדומה לכך שלפי האומר, גזל עכו"ם אסור והפקעת הלוואתו מותרת, אין הפירוש שאין כאן יותר הלוואה אלא שמותר לישראל להחזיק את ממון הגוי מבלי להשיבו, אבל אם יבוא הגוי לקחת את הלוואתו או שיפנה

לך מקצוע בתורה גדול מהן, שהן כמעין הנובע". מבאר ה"תפארת ישראל": "שהן כמעין הנובע - שאין לך שום דבר מדיני התורה מאיסור והיתר, שנתנה בו תורה רשות לשכל האנושי לעוף כפי כוחו לחתור ולחקור ולהחליט כפי הנראה בעיניו, כמו בדיני הממונות, שפתחה לו התורה בהם לאדם נחלה בלי מצרים, לשקול ולשפוט ולדקדק כפי שכלו". אכן הדברים הללו מתייחסים ליצירה במסגרת משא ומתן הלכתי עפ"י כללי פסיקת ההלכה. לעומת זאת הרב שקופ מחדש שבדיני ממונות עוד קודם לדיני התורה ישנם יסודות ממוניים המוסכמים אצל בני אדם.

לערכאות לגבות את הלוואתו הרי הוא נוטל את שלו כדין. תובנה זו נעוצה בהסבר דלעיל, כי אמנם בדיני איסור והיתר אין חיוב להחזיר הממון לגוי, אבל לפי דיני הממונות הסברה נותנת כי החפץ ממשיך להיות של הנגזל.

בהתאם לכך מבאר הרב שקופ בספרו "שערי יושר" (שער ג' פרק ג') כי גם דיני מוחזק והכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" אינם דין תורה אלא סברת בני אדם. כך מצינו בגמרא בבא קמא דף מ"ו עמ' ב' את דברי רב אשי, שדין מוחזק אינו צריך מקור בתורה והדבר נובע מסברה פשוטה: "דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא" - כלומר, מי שכואב לו, הוא זה שצריך ללכת לרופא. ממילא, כאשר יש ספק ביחס למי שהחליף פרה בחמור מתי נולד הוולד, האם ברשות המוכר בטרם שנעשה הקניין או שמא אירע הדבר כשהחפץ כבר ברשות הקונה, הרי שהדעת נותנת כי אם נמצא הוולד בשעת לידת הספק ברשות שאינה של אחד מהם, הרי דהוא ממון המוטל בספק ודינם לחלוק בו בשווה. אבל אם הוא ברשות בעל הבהמה או ברשות הקונה יזכה בו המוחזק בו. לאחר שהכרעת השכל היא שאי אפשר להוציא ממוחזק בלי ראיה, הרי שאין לחוש למוחזק לחוש שמא הוא גוזל, **"כיון שעל פי משפט סברת השכל החפץ שייך למוחזק הרי זה חפץ שלו כאילו זכה בו על פי שאר הסכמת שכליים, והתופס ממנו הוא הגוזל".**

אדרבה, "הלאו של איסור גזל הוא שלא יגזול איש מחברו דבר שעל פי "תורת המשפטים" הוא של חברו. כיצד ניתן לדון שיחוש מי שיעכב הממון תחת ידו על פי משפט התורה לאיסור גזל, אם הממון הוא שלו על פי משפט התורה? איזה איסור גזל אפשר בזה, כאשר הלאו של "לא תגזול" הוא לאו כללי, הקובע כי אסור לגזול משל חברו מה שהוא שלו, בין ע"י ירושה ובין ע"י זכייה של מקח, ומתנה והפקר, ובין אם זכה על פי משפט חכמים".

מעתה מובן כי כשם שברור שאין איסור גזל כאשר המוחזק ממשיך להחזיק בחפץ שספק אם הוא שלו, ומותר לו להשתמש בו כרצונו, כך ברור שגם אישה שיקדש המוחזק בממון זה, שלגביו נקבע הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" - הינה מקודשת מדאורייתא בוודאות, שהרי דיני איסור והיתר נקבעים **לאחר** שהוכרע דין הממון עפ"י משפטי הממון. אכן, מדובר בכלל ממוני שאינו מכריע את הספק הנותר בעינו (במקרה של "מוחזק"), ואם לאחר זמן תימצא ראיה בעדים מתי נולד הוולד של הפרה, או יבוא אליהו הנביא ויברר האמת, יוחזר החפץ לבעלים

האמיתיים, שהרי קניין הבעלים לא פקע ע"י דין המוציא מחברו עליו הראיה. אבל הכלל של "המוציא מחברו" קובע כי המוחזק היה רשאי בדין להחזיק בחפץ ולנהוג בו מנהג בעלים[36] - על כן ומכיוון שבאותו זמן היה הוא נחשב בעיני משפטי הממון כבעלים, דיני האיסור הנובעים מדיני הממונות קובעים שהאישה מקודשת, ולא יתבטלו גם אם תימצא הראיה לאחר מכן[37].

---

36. ראה עוד שערי יושר, שער א' - שער הספיקות פרק כ': "מה שיש לכל אחד זכות התפיסה אינו גורע שֵם הבעלים האמיתיים, הלא אם לא רצה השני להשתמש בכוח תפיסה, הרי נשאר החפץ כולו לבעליו. ולכן מחשיב הש"ס לספק, שכן לעניין חיוב מעשר ודאי נחשב הדבר לספק שכן לא שייך להחשיב זאת לחיוב ודאי, ואם אינו רוצה לעשר אין לו זכות קריאת שם מעשר, ורק אם הט' היה ממון שלו לגמרי ובעשירי יש זכות לכהן הרי פוטר ממונו בממונו של כהן".

37. ראה "שערי יושר" שער ה' פרק ו'. הרב שקופ מוסיף ומבאר כי אכן, כאשר יבא אליהו ויברר את הספק, עלול להיות שיהא על המוחזק להחזיר את החפץ לבעליו ואף לשלם לו דמי שימוש בגין התקופה שהחזיק בו. אולם, אין הדבר גורע מכך, שעד לאותה עת הוא נחשב למי שהחזיק בנכס **כדין**. חובת ההשבה וכן החיוב לפצות גם בגין העבר הם הדין הנוהג מעת בירור המציאות ואילך (בבחינת "מכאן ולהבא - למפרע") אולם אין בהם לשנות את הדין שחל עד לאותה עת, ואשר ממנו נובעת הזכות לקדש אישה בממון זה - וממילא קידושיה לא ייפקעו גם אם יתברר לימים שהנכס שבו היה מוחזק אינו שלו. לעניין זה ר' בהרחבה ב"שערי יושר" שער ה' פרק י': "כן הוא דין התורה שלענין הנהגה בפועל יזכה בחפץ המסופק המוחזק הראשון... וזכיות אלו ודאי זכיות ממש הם, שאם לא כן משתמש בשל אחרים ועושה גזל, וכיון שכן הוא... לא גרע זכות זה משאר דיני הזכיות שאמרה תורה שהאדם זוכה בהם. אמנם כיון שדין זה הוא רק לעניין ההנהגה כל זמן שהדבר בספק, ואם יבוא אליהו ויברר האמת אז חוזר הנכס לבעליו, שהרי קנין הבעלים לא פקע מחמת הדין הנהוג בפועל... שזכות זה מה שאדם זוכה בכולו או חלקו אינה זכיה עולמית, אלא כל שעה ושעה זוכה ומשתמש מחמת הספק, וכל שעה שעדיין הספק במקומו עומד יכול להשתמש, וכשמתברר הדבר אז אם הדבר עדיין בעין הוא חוזר לבעליו, אבל גם לאחר שמתברר אינו בטל זכותו למפרע, שהרי מכל מקום מעיקרא לא היה ידוע והיה אז הדין להתנהג כן, ואף שמסתבר לומר שלאחר הבירור מחויב לשלם מה שנהנה אם התברר שהדבר אינו שלו, אבל גם דין זה אינו כמו שנתגלה הדבר למפרע שהנהגה זו בטעות הייתה, אלא שדין זה של תשלומים ג"כ חל מכאן ולהבא לשלם בעד שנהנה מעיקרא, והרבה ענינים כיוצא בזה מצינו בש"ס דאמרינן שחל למפרע, ובאמת הוא הענין שמכאן ולהבא חל הדין לדון למפרע".

הרב שקופ מבהיר בהקשר זה[38] כי אכן, "הקנין האמתי לא נפקע בלי יאוש והפקר" (כלומר, מבחינה אובייקטיבית הדין לא הוכרע, וייתכן בהחלט כי תימצא ראיה שתברר את האמת לאמיתה שהחפץ של המוציא מחברו ולא של המוחזק). אף על פי כן האישה שהתקדשה בכסף זה - קידושיה הם קידושי ודאי, וגם אם יבא אליהו וילמדנו של מי היה החפץ באמת, לא ישנה הדבר במאומה מתוקף קידושיה, שכן אלו נובעים מדיני הממונות ודיני הממונות לא נקבעים על פי דיני "הקניין האמיתי", אלא לפי מה שהדין מורה לצדדים לעשות בפועל באותו זמן, על פי כללי הפסק. "בכל ענין שבא מכוח שליטת הבעלים נקבע הדין בהתאם לדין הנהוג בפועל, היינו שמי שזוכה על פי 'תורת המשפטים' לשלוט בממון, נחשב לבעלים בתורת ודאי, והשני אינו נחשב לבעלים כלל"[39].

הסברו האמור של הרב שמעון שקופ חולק על בעל "קונטרס הספיקות" ביחס לשיטות הסוברות כי "תקפו כהן" אין מוציאים אותו מידו. לפי הסברו של "קונטרס הספיקות" ביארנו לעיל כי אם יקדש המוחזק אישה בכסף זה הרי שהקידושין לא יחולו בוודאות, שהרי וודאות הכהן לא פקעה ויש משמעות לבעלותו. כך כתב

---

38. שערי יושר שער ה' פרק ח', באות כ"ו.

39. עם זאת, הרב שקופ מוסיף ומבהיר שם כי לעניין "דינים המסתעפים מדיני הממונות" כגון ביחס לאכילת תרומה שנאמר "קניין כספו יאכל בו", אין הדבר נקבע מכוח רצון ושליטת הבעלים, אלא לפי דין הקניין לאמיתו של דבר, כפי שגלוי לפני השמיים (כלומר, לפי מה שמכונה אמת אובייקטיבית להבדיל מ"אמת משפטית" בלבד), שכן תרומה היא עניין שבין אדם לאלוקיו, ואינה נקבעת על פי כללי הדיון שבין אדם לחברו, אלא לפי אמת אובייקטיבית. במקרה זה אין הדין נגזר מפסק שבין אדם לחברו, והקב"ה אינו "מתמודד" עם התורם בבית הדין. חובתו של התורם היא אובייקטיבית, וההכרעה אם ילד הוא ולד שפחה או ולד ישראל היא עניין הנקבע בידי שמיים. על כן, אם יבוא אליהו ויאמר מיהו בן האישה ומיהו קניין כספה (במקרה של ולד אישה כהנת שהתערב עם ולד שפחתה) הרי שיהא בכך כדי להכריע את הדין. לא כן הדבר ביחס לקידושין או לגבי אתרוג בסוכות, וכל דיני איסורים שבהם נקבע דין האיסור והיתר לאחר ההכרעה בדיני הממונות, שבהם ההכרע אינו לבחינת אמיתם של דברים, אלא על פי ההנהגה שקובע הדין להכרעה בין אדם לחברו. עוד מציין הרב שמעון שקופ ב"שערי יושר", (שער ה' פרק ט"ז) כי אם בעלי הדין אינם רוצים בהכרעה על פי כוח חזקתם אלא רוצים להתנהג על פי האמת כפי שהיא גלויה בפני הקב"ה ("כפי שגלוי קמי שמיא") הרי שחזקתם לא מועילה דבר "וחזר הדין על האמת כמו שהוא".

ב"קונטרס הספיקות" כי: "**לפי הסוברים שמועילה תפיסה בספק... קדושי שניהם קדושי ספק הם**". לעומת זאת לפי שיטת הרב שקופ נמצא כי הכסף שבידי המוחזק אכן נחשב לשלו, שכן במשפט הממון הוכרע כי עכשיו הוא שלו, ואין נפקות לשאלה האם לאחר מכן כשכהן יתפוס לא יוציאו מידו, שהרי גם אם כך יהא, כעת מותר למוחזק להחזיק בממון ואין בו גזל, ובאותה מידה רשאי הוא גם לקדש אישה בממון זה, בהתאם למשפטי הממון. ממילא אישה זו תהא מקודשת בוודאי. כמובן שבניגוד למקרה שנמצאת אחר כך ראיה ומתברר שלא היה של המוחזק, הרי שבמקרה שהכהן תופס מספק אין המוחזק בשעת הספק צריך לשלם לו על השימוש בחפץ בעת שהיה אצלו.

ודוק, הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" מלמד כי החפץ נשאר ביד המוחזק עד להבאת ראיה, אבל כאשר אחר כך מובאת ראיה - הדין הוא להוציא את החפץ מהמוחזק. מה יהא הדין אם בטרם שהובאה הראיה הקדים המוחזק וקידש אישה בכסף זה? האם לאחר מכן כאשר הכהן הביא ראיה שהוולד הוא בכור, משמעות הדבר כי הקידושין האמורים פקעו למפרע? הרב שקופ סבור כי האישה ממשיכה להיות מקודשת בוודאות, שכן למרות שהראיה גורמת לכך שכעת יוציאו את החפץ מידי המוחזק, אין בכך כדי לגרוע מן הבעלות שלו בחפץ ששררה עד כה. הדין עד כה קבע כאמור כי החפץ נשאר בידו, והנהגה זו אינה משתנה ואינה הופכת למוטעית למפרע[40].

מסקנת "קונטרס הספיקות" והרב שקופ נסתרת לכאורה עת שמעיינים בסוגיה במסכת בבא בתרא (דף פ"א ע"א). הגמרא מציינת שם, כי לעניין מקרא ביכורים נאמר (דברים כ"ו, ב' - י') "**ולקחת מראשית כל פרי האדמה אשר תביא מארצך אשר** ה' אלהיך נתן לך... ועתה הנה הבאתי את ראשית פרי **האדמה אשר נתתה לי ה**". ומכאן שאם יש ספק האם הקרקע שלו אם לאו (כגון הקונה שני אילנות ויש ספק האם נמכרה גם הקרקע ביחד עימם), הריהו מביא ביכורים כי ספיקא דאורייתא לחומרא אך אינו קורא את פרשת ביכורים שאינה נאמרת אלא במקרה של חיוב ודאי. לפיכך "הקונה שני אילנות בתוך של חברו" שיש ספק האם הקרקע שלו אם לאו, הרי שהדין הוא כי "מביא ואינו קורא". מבאר הרשב"ם כי הטעם שאינו קורא,

---

40. לגישה שונה לגמרי ראה להלן כי לפי שיטת "נתיבות המשפט" אין להסיק כי אישה זו מקודשת בכל מקרה.

נעוץ בכך שמחמת הספק אין מוציאים מידי המוכר (בלשון הרשב"ם: "מספיקא לא מפקינן מיניה") שכן המוציא מחברו עליו הראיה. לכאורה, אם כתוצאה מן המוחזקות והחלת הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה אנו מכריעים שהקרקע נשארת בידי המוכר **בוודאות**, מדוע חייב הקונה בהבאת ביכורים? הרי אין לקונה בעלות בקרקע כלל שהרי הספק הוכרע לטובת הבעלים המקורי ואי אפשר להוציא מידו. מן ההכרח אפוא לומר, כי המוחזק אינו בעלים ודאי ולכן הקונה חייב להביא ביכורים מספק, על אף שהמוכר הוא זה שהקרקע נותרת בידו עפ"י דיני מוחזק[41].

האחרונים[42] דנו רבות בסתירה זו בין הסוגיה במסכת בבא מציעא בדף ו' (סוגיית "תקפו כהן") ממנה עולה כי המוחזק נחשב כבעלים ודאי, לבין הסוגיה במסכת בבא בתרא דף פ"א שממנה עולה כי אף לאחר שהמוחזק זכה בהתדיינות מול המוציא מחברו שלא הביא ראיה, נותר ספק בעניין במישור המהותי.

"נתיבות המשפט" כתב ל"חמדת שלמה" בעניין זה[43], כי הסיבה שהמוחזק נחשב בעלים ודאי מכאן ולהבא אינה בגלל שיש ודאות שהחפץ שייך לו, אלא מכיוון שהמוציא מחברו אינו מצליח לזכות בדין בהעדר ראיות, הרי שהמוציא מתייאש מן החפץ, ומאחר שיש יאוש זוכה בו המוחזק מחמת ודאי[44]. כלומר, הוודאות

---

41. לדברי הגר"ש שקופ שהובאו בהערה 39 צריך לומר כי אף שהסכמת בני האדם והדין העכשווי הוא שהממון נחשב שלו, מכל מקום הוא אינו יכול לומר לפני ה' שזו 'האדמה אשר נתת לי' בעבר.

42. על שאלה זו עמד בהרחבה הרב שלמה ליפשיץ ב"חמדת שלמה" באורח חיים סימן א' וב'. כמו כן הרב שמעון שקופ ב"שערי יושר" שער ה' פרק ו' ו"חזון איש" אבן העזר סימן ל"ט.

43. ראה שו"ת "חמדת שלמה" סימן א'.

44. לפי זה יוצא לכאורה חידוש גדול מאוד, לפיו אם אדם קידש אישה בכסף שהוא מוחזק בו ומתברר לאחר מכן כי מעולם לא התייאש שכן היו בידו עדים שאותם הצליח להביא לאחר מכן, מתברר למפרע כי האישה אינה מקודשת, שכן התברר למפרע כי הבעלים לא התייאש, ואישה זו התקדשה בממון שאינו של המקדש. אולם, כל עוד שלא הובאו העדים, ההנחה שלנו היא כי התובע שאינו מוחזק מתייאש, ואם אינו עושה כן בטלה דעתו אצל כל אדם. חידוש זה קשה מאוד, איך ייתכן שהתובע מתרוצץ ומחפש ראיה ואנו נוקטים שהנכס של המוחזק בתורת ודאי מחמת שהתובע מתייאש? ויותר יש להקשות כי אכן האדם מתייאש כשאין לו עכשיו ראיה, אם כן איך תועיל לו ראיה לאחר שכבר התייאש? לא סביר לומר כי כאשר ימצא ראיה, יתברר

אינה גורמת את בעלות המוחזק באופן ודאי, אלא בעלותו נגרמת בגלל תגובתו של המוציא מחברו המתייאש מן החפץ[45]. דיני המוחזקות גורמים אפוא לשוני בדין המהותי, והם בבחינת "ציפייה המגשימה את עצמה", שכן בהעדר סעד מבית הדין - הבעלים האמיתי מתייאש מהחפץ. לכן, בסוגיה של "תקפו כהן" במסכת בבא מציעא יכול הישראל להשאיר בידו את הוולד שיש ספק אם הוא בכור, ואף להשתמש בו מכאן ולהבא באופן ודאי כמו להכניסו לדיר הבהמות שמהן יופרש מעשר. לעומת זאת, בסוגיה במסכת בבא בתרא אין לומר כי המוכר יודע שהקרקע עדיין שלו בוודאות, ולכן יימנע גם מלקרוא פרשת ביכורים, שהרי אין בידי הקונה ראיה ואינו מוציא ממנו את החפץ - כי אף אם הוא מתייאש, הרי הכלל הוא כי "אין יאוש בקרקע", ובהיעדר יאוש - אין מקום להסיק כי המוכר המוחזק הופך לוודאי בעלים.

על הסבר מרהיב זה של "נתיבות המשפט" הקשה ה"קהילות יעקב" על מסכת בבא מציעא סימן י"א, מדברי "נתיבות המשפט" עצמו בסימן שס"ג המסביר כי הדין לפיו "אין יאוש בקרקע" נקבע מכיוון שאין אדם יכול להתייאש מחפץ אלא כשאין החפץ נמצא ברשותו, אבל קרקע "בחזקת בעליה עומדת" וניתן תמיד לתבוע את הבעלות בה ולהוציאה בדיינים, על כן אין יאוש מועיל בה. לפי זה נמצא כי בקרקע שאין אפשרות לתבוע אותה מפני שיש בה ספק בדין התורה שאי אפשר להביא עליו ראיה, יחול דין יאוש, שהרי קרקע זו אינה בידיו. זו קרקע שלא נחשבת כמצויה ברשותו כמבואר בבבא בתרא כי הקרקע נשארת בידי המוכר מספק, וממילא הקונה דווקא כן מתייאש ממנה בהעדר דרך להוציאה בדיינים, ועם יאושו תיחשב בוודאות של המוכר?[46]

למפרע כי אכן הוא לא התייאש מעולם (שהרי אם התייאש לא הייתה עוזרת לתובע הראיה שמצא, באשר המוחזק זכה כבר בנכס אחר יאוש התובע).

45. עם זאת, מדברי נתיבות המשפט עולה, כי דבריו אמורים רק בהתאם לשיטה הסוברת שתקפו כהן מוציאים מידו, שאז נכון לומר שהכהן מתייאש בהעדר ראיה, אולם לפי הסוברים שתקפו כהן אין מוציאים מידו, הרי שהכהן אינו מתייאש מלכתחילה שכן יודע הוא שיש באפשרותו לזכות בנכס ע"י תפיסה.

46. קושי נוסף לבאר את העניין כדברי "נתיבות המשפט" עולה מעיון בסוגיה במסכת גיטין דף מ"ב עמ' ב' שעליה נעמוד להלן. מצינו בגמרא כי אם יבוא אליהו ויברר את הספק לא יצטרכו קניין מחדש, והדבר מלמד שהבעלות של המוחזק היא "ודאית"

בנוסף, מעורר הסבר זה קושי, שעליו עמד הרב שמעון שקופ בספרו שערי יושר (שער ה' פרק ו'), כי אם מה שמעביר את הבעלות הוא דין "יאוש" ולא בירור אמיתי, הרי שהמוחזק זכה מן ה'הפקר' בחפץ שהתייאשו ממנו, ואם כן החפץ נחשב כ"לקוח" - דהיינו כמי שנרכש רק כעת מידי הבעלים, וההלכה היא כי "לקוח" פטור ממעשר, כיצד ייתכן אם כן לכלול שה זה בכלל הבהמות הנכנסות לדיר כדי להתעשר[47]?

הסבר נוסף ליישוב הסתירה בין הסוגיות, מצוי בשו"ת "חמדת שלמה" סימן א' שהבחין בין "**ספק במציאות**" לבין "**ספק בדין**" וכדלהלן:

"**ספק במציאות**" - יש ספק בעובדות, כגון: האם ולד מסוים הוא בכור. כאן, אין שאלה דינית אלא שאלה מציאותית.

"**ספיקא דדינא**" - המציאות ברורה והספק הוא מה הדין במקרה שכזה (הסוגיה נשארת בספק - תיק"ו). כגון במקרה של מי שקנה שני אילנות ויש ספק בגמרא האם עקב כך זכה הקונה גם בקרקע. במקרה זה, אין שאלה מציאותית, שהרי הקונה והמוכר שלפנינו לא פירשו את רצונם, וממילא גם אם הייתה לאחד מהם כוונה כלשהי שאותה לא פירש בפיו, היא אינה משפיעה על המכירה. לכן השאלה אינה מתייחסת לאומדן הדעת הסובייקטיבי של הקונה והמוכר המסוימים האלו, אלא המכירה אמורה להתפרש לפי מנהג העולם שהוא מסופק. השאלה מתייחסת אפוא למישור האובייקטיבי, מהו הדין ביחס לשני אנשים כלשהם, האם הקרקע נקנית מבחינה דינית אגב האילנות אם לאו[48].

רק לזמן מסוים כמפורט להלן. מכאן שלא חל דין יאוש המשנה את המצב הדיני של הנכס, ולא ניתן לומר כשיטת ה"נתיבות המשפט" שדיני הראיות משליכים כשלעצמם על הדין המהותי.

47. אם המוחזק היה זוכה במה שבידיו ע"י הנחה כי החפץ היה שלו מאז ומעולם, מובן כי אין זה "לקוח" אלא חפץ שהיה שייך לו מלכתחילה והרי זה חייב במעשר, אולם אם המוחזק זוכה בנכס רק עתה מחמת יאוש הבעלים הרי זה נכס שבא לידיו כעת אחר יאוש הבעלים, וזהו בגדר "לקוח" שפטור ממעשר.

48. על אף שהשאלה תלויה באומד דעת הצדדים, האם המוכר התכוון למכור גם את הקרקע אגב האילנות, ספק זה מוגדר כספיקא דדינא. זאת מכיוון שהספק אינו באומדן דעתם של שני צדדים ספציפיים אלו שבפנינו אלא חז"ל קבעו כי זהו ספק כללי בנוגע לאומדן בני אדם ככלל, וכל המוכר בלי לפרש את היקף המכר, נופל

ה"משנה למלך" על הרמב"ם בהלכות שכירות פרק ז' הלכה ב' נוקט כי הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה" נאמר רק ביחס לספק במציאות ולא ביחס לספק דינא[49]. כלומר, כאשר הספק הוא עובדתי הרי שהוויכוח הוא במישור היחסים בין שני הצדדים להתדיינות שבפנינו מי נכון שיחזיק בחפץ, וממילא יש ב'חזקה' המוקדמת של אחד מהם כדי להכריע בהתדיינות שביניהם[50]. אבל, כשהספק הוא משפטי/דיני, הרי שנשוא הדיון אינו הצדדים דנא והוויכוח השורר ביניהם, אלא הוויכוח מצוי במישור העיוני וההלכתי הטהור. ממילא, המוחזקות המציאותית בין שני הצדדים המסוימים הללו ע"י החזקת האחד מהם בחפץ, אינה גורם בר חשיבות להכרעה בשאלה העיונית שהתעוררה. ברור גם כי במישור העיוני הכללי לא ניתן לומר כי אם צד אחד החזיק תיקבע ההלכה באופן אחד, ואם הצד שכנגד החזיק תיקבע ההלכה באופן שונה.

בהתאם לכך מובן כי במסכת בבא בתרא, לגבי הבאת ביכורים אחרי רכישת ב' אילנות, הספק הוא דיני וממילא אין הכרעה ודאית על פי דין של מוחזק. לעומת זאת, במסכת בבא מציעא (סוגיית "תקפו כהן"), הספק הוא עובדתי, האם ולד מסוים הוא בכור אם לאו, ולכן מועילה לגביו חזקה.

ממילא לתוך גדרי הספק הדיני שקבעו חז"ל. ואף אם דעתו של פלוני הייתה שווה, כל עוד שלא פירש את הדבר מראש, הרי שאלו "דברים שבלב שאינם דברים".

49. ועיין גם דברי המשנה למלך על הרמב"ם בהלכות טומאת צרעת פרק ב' הלכה א'. כמו כן ראה דברי השלטי גבורים חולין דף י"ג עמ' א' מדפי הרי"ף בשם הריא"ז, "ונראה בעיני שלא אמרו הרי הוא בחזקת היתר אלא מספק במעשה, אבל אם המעשה ברור וההוראה מסופקת הרי ספיקו להחמיר". אולם, בשו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא תשובה ל"ז נקט כי מדברי הר"ן עולים דברים שונים. כך בקידושין דף ה' עמ' ב' לגבי המקרה שהאישה נתנה כסף קידושין לבעלה ואמר הוא הרי את מקודשת לי נקט הר"ן: "לפיכך אני מסתפק בכל ספק קידושין שאפשר שמדאורייתא מותר, דיש לומר שנעמיד את האשה על חזקתה, דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן העמד ממון על חזקתו, והסכימו כל הפוסקים, כי אפילו תקפו התובע מפקעינן מידו". הר"ן בא אפוא לשלול מה שאפשר לומר כי מכיוון שהדבר הוא בגדר של ספיקא דדינא לא מעמידים את האישה בחזקת פנויה. בביאור שיטת הר"ן ראה להלן בסמוך את דבריו של ה"קהילות יעקב".

50. ודוק, גם במקרה זה החזקה אינה מבררת את המישור העובדתי ללמדנו מה אכן היה שם בפועל, אלא החזקה היא קביעת הלכה בהתאם להנחה כאילו המציאות הייתה באופן התואם לחזקה.

הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" על בבא מציעא סימן י"א מוסיף ומבאר את דברי ה"חמדת שלמה", בהתאם לשאלה ביחס למהותה של "חזקה", האם היא הכרעה ודאית המכונה "**בירור**" או שהיא רק "הנהגה" המורה לנו כיצד יש לנהוג גם כשנשאר ספק, וכדלהלן:

מקום שבו יש שני עדים המעידים באופן אחד ושני עדים המעידים את ההפך, בפנינו מצב של 'ספק' שאי אפשר להביא עליו ראיה, כי עדים נחשבים ראיה מכרעת שאין למעלה הימנה. במקרה זה יש דעה בגמרא (יבמות דף ל"א עמ' א') כי לא ניתן להכריע את הספק ע"י חזקה. טעמה של שיטה זו הוא בפשטות, שכן 'חזקה' היא סוג של הכרעה ראייתית ומעין **בירור** של הספק, וממילא כשיש כבר לכל צד שני עדים אין החזקה נחשבת ליותר מאשר אילו הביא אותו צד עד נוסף או אפילו שני עדים נוספים. הכלל הוא ש"תרי כמאה" - קרי, אחרי שיש כבר שני עדים, הבאת עוד שני עדים או עוד עשרה או מאה עדים - אינה משנה דבר. אם כן, הוא הדין ביחס ל'חזקה', שאין בה להוסיף לנו כלי בירור מעבר לעדים הקיימים.

לעומת זאת, יש דעה אחרת שם בגמרא לפיה חזקה מועילה להכריע גם ספק שיש בו שני עדים לכל צד. הגיונה של דעה זו הוא, שחזקה אינה תוספת בירור. אלא היא 'מורה דרך' כיצד יש לנהוג במקרה שנותר בספק. לכן, כאשר יש שתי כיתות עדים הסותרות זו את זו, בפנינו ספק שנותר בלתי מוכרע, אך החזקה מספקת לנו צורת הנהגה ביחס למקרה של ספק. כלומר, בעוד שעדים ורוב הם דרכים כיצד להכריע את הספק, הרי שחזקה אינה באה לפשוט את הספק אלא קובעת כיצד יש להתנהג במקרה **שנותר בספק**[51].

---

51. בתרומת הדשן סימן שמ"ט הקשה (וראה גם פני יהושע במסכת כתובות דף י"ב ע"ב), הרי שמואל פסק שם שבחזקת הגוף מוציאין ממון ומשמע כי מכל שכן שנוציא ממון מכוח רוב, שהרי "רובא וחזקה רובא עדיף", ושמואל הוא זה שקבע כי אין הולכין בממון אחר הרוב [ב"ב דף צ"ב ע"א]. ולפי הסברה דלעיל הדברים מבוארים לכאורה, שכן רוב הוא בירור וחזקה היא הנהגה, ולכן רוב וחזקה - רוב עדיף, שהרי הרוב מברר את הספק ופושט אותו, עד כי אין עוד ספק. וממילא ביחס למקום שאין ספק לא נאמרה ההנהגה של חזקה. לעומת זאת, בדיני ממונות נקבע הדין שבירור שהוא פחות מעדים אינו מועיל לברר את הספק. לכן, רוב שהוא בירור שאינו עולה כדי עדים - אינו מועיל לברר את הספק. אבל, גם כשיש ספק לא מוכרע ולא מבורר, ההנהגה של חזקה מועילה, שהרי זו הנהגה שחלה דווקא במקרה שנותר ספק ולא

בהתאם לכך, בהנחה שחזקה היא בגדר של הכרעה ודאית ותוספת בירור הרי שניתן להכריע מכוח חזקה רק כשיש ספק מציאות, שכן המציאות המוחזקת שלפנינו מוסיפה לנו לבירור של הספק המציאותי. אולם, ביחס לספק בדינא - לא ניתן להטות את הכף ע"י חזקה, שהרי המציאות לא הייתה שנויה בספק כלשהו שצריך להוסיף ולבררו, ואילו לגבי הכרעת הדין - החזקה לא מעלה ולא מורידה במאומה. לעומת זאת, אם חזקה היא בגדר של הנהגה, הרי שהיא תועיל אף ביחס לספק בדינא, שהרי היא קובעת כיצד יש לנהוג במצב של דין שאינו מבורר.

מעתה מובנים הדברים, שכן מי שסובר כי חזקה היא בירור הוא רבה. והסוגיה במסכת בבא בתרא אף היא נאמרה לפי שיטת רבה, כי בשני אילנות, שזה מקרה של ספק דינא, החפץ נשאר ביד המוכר - מחמת הדין של המוציא מחברו עליו הראיה, ובעל האילנות בכל זאת מביא ביכורים מחמת הספק. הדבר מובן שהרי אם חזקה היא בירור ולא הנהגה, הרי שהיא לא יכולה לפשוט ספיקא דדינא.

נמצא אפוא כי בסוגיה במסכת בבא בתרא המתייחסת לספק דיני, הישארות הקרקע ביד המוחזק מחמת הדין של ה"מוציא מחברו עליו הראיה" אינה יוצרת הכרעה ודאית שהקרקע שייכת להמחזיק, אלא הקרקע נותרת בידי הבעלים - למרות שהספק הדיני נותר בעינו.

ביחס לספק במציאות למי שיך החפץ, ההחזקה המציאותית מאלימה ומחזקת את הצד של התופס והוא הופך להיות ודאי בעלים. לעומת זאת, ביחס לספק דיני

התברר. ור' דבריו של הרב שמואל רוזובסקי בשיעורי ר' שמואל על יבמות דף ל"ז ע"א. כמו כן ר' דבריו של הרב אלחנן וסרמן קובץ הערות סימן כ"ז באות ב' ד"ה "ולמ"ד דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא מהניא חזקה", שהקשה מדברי תוספות במסכת בבא קמא דף ע"ב עמ' ב' ד"ה "אין" כי טענת מיגו לא מועילה להכריע את הכף במקום שיש שתי כיתות עדים, והרי מיגו מוציא מידי המוחזק, ואם כן כיצד נקבע הדין כי חזקה מכריעה את הכף כשיש שתי כיתות עדים המכחישות זו את זו? וההסבר הוא כי מיגו הוא סוג של בירור וממילא אין הוא עדיף ממקרה שבו באו עוד כת עדים, שאין בה תוספת בירור, שהרי שני עדים כמוהם כמאה עדים, ואין בכמות העדים כדי לספק תוספת בירור. אבל, דין חזקה אינו מטעם בירור "שהרי מצינו דין חזקה גם בתרתי דסתרי כגון בשני שבילין". ממילא מובן כי "חזקה מסייעת לעדות אע"פ שאין שני עדים אחרים המסייעים להם מועילים כלום שאין כוח חזקה מתורת עדות".

המציאות אינה משנה את הדין והדין נשאר **בספק**, וכל שבית הדין יכול לעשות הוא להתיר את השימוש בו לבעלים - אך לא כהכרעה ודאית אלא מספק.

ואכן, הרשב"ם שם מבאר: "מספיקא לא מפקינן מיניה". כלומר, זו לא הכרעה בצדקת המוחזק המשרה ודאות, אלא בפנינו כלל הכרעה כיצד ינהגו בית הדין כאשר ההלכה אינה ידועה ונותרת לא ידועה גם כשיש מוחזק.

הסבר זה מקבל יתר תוקף עת שמעיינים ברשב"ם על מסכת בבא בתרא דף קס"ו עמ' ב', שכן שם מצינו שאף שבספק בממון שאין בו מוחזק ('דקיימא באגם') הדין הוא ש'ממון המוטל בספק חולקין', מכל מקום אי אפשר לפסוק כך ביחס לשאלה דינית הנותרת ב"תיקו". לשון הרשב"ם היא:

> **תיקו - והמוציא מחברו עליו הראיה דכיון דמסתפק דינא לבי דינא (כלו מר, כיוון שזהו ספק בדין) היאך יוציאו מיד המחזיק?** ולא דומה הדבר לממון המוטל בספק דקיימא לן שחולקין, שכן שם עיקר המעשה אין ידוע לנו היאך היה, כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה (בבא בתרא דף צ"ג) וכגון נפל הבית עליו ועל אמו (שם דף קנ"ח עמ' ב') הלכך פוסקין להן בית הדין את הדין שיחלוקו. **אבל כל מקום שעלתה ההלכה בתיקו הואיל ואין הדיינין יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו".**

כלומר, התערבות בית הדין ופסיקתו שממון המוטל בספק חולקים, נאמרה רק ביחס לספק במציאות, אבל ביחס לספק דינא עדיף שבית הדין לא יתערבו וממילא יחול הכלל של המוציא מחברו רק מחמת הספק, לא כעניין ודאי שביה"ד מכריעים בו, אלא כעניין שביה"ד מנועים מלהכריע בו, ולכן - שותקים הם, והמחזיק יחזיק רק מחמת ספק.

ברם, הסבר זה של ה"חמדת שלמה" להבחין בין ספיקא דדינא לספק במציאות אינו מסייע לכאורה ביישוב סתירה אחרת, שעליה עמד ספר "המאיר לעולם" חלק א' סימן י"ד.

בסוגיה של "תקפו כהן" במסכת בבא מציעא (דף ו' עמ' ב') שעסקה בספק במציאות, ראינו כאמור, כי דנים את הבהמה כשייכת לחלוטין ובוודאות לישראל, והוא יכול

להכניס בהמה זו לדיר להתעשר ואינו נחשב כמי שפוטר את ממונו בממון של כהן, שכן הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה - הכריע ויצר וודאות.

והנה, הגמרא בגיטין דף מ"ב עמ' ב' הסתפקה ביחס לכהן שהפקיר את עבדו אך טרם נתן לו גט שחרור, האם אוכל בתרומה? הסבר הספק הוא זה: תנאי לאכילת תרומה הוא הגדרת העבד כ"קניין כספו" של הכהן, שהרי בתורה נאמר (ויקרא כ"ב, י"א): "וכהן כי יקנה נפש, קנין כספו, הוא יאכל בו". בעבד שהוא קניין כספו של האדון ויש לאדון זכויות ממוניות, קנייתו מחילה עליו גם 'קנייני איסור' המחילים עליו דיני עבד. לכאורה, עבד זה שרבו הפקירו כבר אינו 'קניין כספו' של האדון במישור הממוני. מצד שני, כיוון שהאדון עדיין לא נתן לעבד גט שחרור, הרי שמבחינת דיני ה"איסור" הוא לא יצא ממעמדו הקודם ועדיין הוא מוגדר כעבד ולמשל, הוא חייב במצוות רק כאישה. נמצא כי "קניין איסור", שקנייתו בכסף החילה עליו - עדיין לא פקע ממנו. על כן מתעורר ספק שמא נחשב הוא עדיין ל"קניין כספו" של הכהן[52]?

הגמרא מנסה לפשוט את הספק מדברי הסוגיה ביבמות דף צ"ט עמ' א'. שם מצינו במשנה: "כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה, הרי אלו אוכלים בתרומה, וחולקים

---

52. המונח "קניין איסור" מצוי כבר בראשונים, ר' למשל ריטב"א קידושין ט"ז עמ' א' ד"ה "אלא שטר". ומשמעות המונח "קניין איסור" היא, כי יש מעמד דיני (סטטוס) דיני ואיסורי - הנובע מן הקניין. כך מבואר בשו"ת אבני מילואים סימן י"ז בשם שיטה מקובצת כתובות דף נ"ז כי למונח "קניין כסף" יש שני מובנים: האחד קנייני, והשני נוגע למעמד הדיני והאיסורים שגם נובעים מכך שהוא נקנה ע"י כסף. ובלשונו: "ואכתי אית לן לברורי הא דאמרן דמפקיר עבדו אוכל בתרומה מפני קנין איסור שבו אף על פי שאין לרב בו שום קנין ממון, וכן בארוסה אוכלת ד"ת מפני קנין איסור שבה דהא קרא כתיב קנין כספו, והיינו קנין ממון והיכי קרינן לקנין איסור קנין כספו, וראיתי בשיטה מקובצת (דף נ"ז) בהא דאמר עולא דבר תורה ארוסה אוכלת שנאמר וכהן כי יקנה כו' והאי נמי קנין כספו הוא, 'והאי נמי קנין כספו שקנאה בכסף קידושין שלו'. הרי שהרגיש בזה שאין קנין ממון לארוס גבי ארוסתו לכך מפרש קנין כספו היינו שקנאה בכסף קידושין ועיקר אכילתה משום קנין איסור שבה שאסורה לכל העולם משום אשת איש, **וכיון שאותו קנין איסור נקנה לו ע"י כסף מקרי קנין כספו**, ובהכי ניחא נמי מאי דקשיא לן לעיל במפקיר עבדו דאוכל בתרומה אמאי לא אמרינן כספו המיוחד לו, והוא משום דהתם בדין יום או יומים כתיב: 'כי כספו הוא' היינו העבד הקנוי לכך בעינן כספו המיוחד לו, מה שאין כן גבי תרומה דכתיב קנין כספו ולא קאי על העבד הנקנה אלא על כסף מקנתו ואינו ענין לומר כספו המיוחד לו".

חלק אחד בגורן". כלומר, מדובר בוולד שהוא ספק כהן ספק עבד כהן, ונקבע כי הוא יכול לקבל תרומה בגורן, שהרי ממה נפשך: או שהוא כהן או שהוא עבד כהן הנחשב ל"קניין כספו" של הכהן, ובכל מקרה זכאי לאכול בתרומה. במקרה זה, בוודאי מדובר במי שלא קיבל גט שחרור ולכן אמר רב משרשיא כי "הגדילו התערובות (הוולדות שהתערבבו זה בזה) - משחררים זה את זה". אבל מן המישור הממוני אין להם צורך בשחרור כי גם ללא גט שחרור אין אפשרות להשתעבד באף אחד מהם, שהרי כל אחד הוא רק ספק עבד ולא ידוע מי מהוולדות הוא העבד שצריך לשחררו ומיהו האדון. על אף שבפנינו ולד שהינו 'מעוכב גט שחרור', נאמר במשנה כי שני הוולדות "אוכלים בתרומה". ולכאורה אם אין הוא כהן אלא עבד כהן, כיצד אוכל הוא תרומה, הרי אין אפשרות להשתעבד בו ובמה הוא קניין כספו? נמצא שיש ראיה מכאן כי אף שלא ניתן גט שחרור קרוי העבד "קניין כספו" וניתן להאכילו בתרומה.

הגמרא דוחה את הראיה האמורה באומרה, כי במקרה של ולדות שהתערבבו זה בזה - אם יבא אליהו ויגלה לנו מי מהם הוא העבד, הרי שהוא יהיה עבד גמור. כלומר, הסיבה שאין האדון יכול להשתעבד בו נובעת רק מכך שהוא לא יודע את המציאות, אך מבחינת המציאות כשלעצמה אין כל ספק שיש כאן כהן ועבד שהוא קניין כספו. על כן לא פקע שעבוד הממון ממנו. לעומת זאת, עבד שרבו הפקיר את זכויותיו הממוניות אינו קניין כספו של האדון כלל. ולכן הסתפקה הגמרא, האם הוא אוכל בתרומה, בהעדר גט שחרור, כשיש רק "קניין איסור" בלי קניין ממון".

הנה כי כן, במקרה של ולד כהנת שהתערב בוולד שפחה, בפנינו ספק במציאות, ועל אף כן נקבע כי הוא לא חדל להיות "קניין כספו" של הכהן. לכאורה, אם משפטי הממון הכריעו כי לא ניתן להשתעבד באף אחד מהוולדות מחמת הספק, שכן העבד מוחזק בעצמו ולא ניתן להשתעבד בו, הרי שהדבר היה אמור ליצור ודאות כי אינו מוגדר כעבד וכקניין כספו של האדון, והיה מן הדין לאסור עליו לאכול התרומה. אין זאת אלא שגם בספק במציאות, שאינו ספק דיני, אין הדין של המוציא עליו הראיה יוצר ודאות. הרי לנו לכאורה סתירה לסוגיה של "תקפו כהן".

הרב אלחנן ווסרמן בספרו קובץ הערות סימן ע"א מיישב קושי זה, תוך סקירת המהות של דיני הראיות וכללי ההכרעה השונים:

ביטול ברוב - הוא בגדר של הכרעה ודאית - המטה את הדין, כך שאחרי הרוב - אין ספק!

כך למשל, שתי חתיכות בשר שהתערבו עם חתיכה אחת של חֵלב -מותר מעיקר הדין מדאורייתא לאכול את כל שלוש החתיכות (שלא בבת אחת), למרות שברור שאחת מהן היא איסור[53]. ומבאר ברא"ש במסכת חולין (פרק ז' סימן ל"ז): "משום דגזירת הכתוב הוא, דכתיב אחרי רבים להטות הלכך חד בתרי בטל ונהפך איסור להיות היתר ומותר לאוכלן אפילו כולן כאחת". ביטול ברוב גורם אפוא לשינוי הדין כך שהאיסור הופך להיות היתר[54].

---

53. שולחן ערוך, יורה דעה סימן ק"ט סימן א': "חד בתרי בטיל ומותר לאכלן אדם אחד, כל אחד בפני עצמה, אבל לא יאכל שלושה יחד, ויש מי שאוסר לאכלם אדם אחד אפילו בזה אחר זה" וברמ"א פסק "וכן יש לנהוג לכתחילה. ויש מחמירין להשליך אחד או ליתן לאינו יהודי... ואינו אלא חומרא בעלמא". הרי לנו כי לשו"ע ביטול ברוב הוא בירור גמור של המציאות. עם זאת היש מי שאומר הם ראשונים החולקים על כך, ומשווים רוב לחזקה. כך למשל תוספות רי"ד בבא בתרא דף ל"א ע"ב: "דאם נתערבה חתיכה חֵלב בשתיים של שומן, בטלה ברוב... אע"פ ששלושה בני אדם מותרים לאכול את שלוש החתיכות, אם אדם אחד אכל שלושתן מביא חטאת, שהרי בבירור אכל חֵלב". יש להבחין בין 'ביטול ברוב' המשנה את המציאות, לבין המושג 'הולכין אחר הרוב' או 'כל דפריש מרובא פריש', שהם גם כמו חזקה רק מורים לנו להניח שהמציאות היא כמו הרוב.

54. וראה דברי ה"בני יששכר" מאמרי חודש אדר מאמר ב' - שקל הקודש, דרוש ז': "הדבר הזה הוא מאת ה', שהוא מזמין הדבר האיסור שיתערב ברוב היתר כדי שיהיה ניתר באכילה, כי יודע ה' **שזה הוא מכלל הבירור הנמסר לישראל.** ואם כן, מצוה הוא בדוקא שיאכל ישראל החתיכה ההיא ולא יחמיר, כענין שאמרו חז"ל [ברכות ח', א'] "גדול הנהנה מיגיעו יותר מירא שמים". ופירש בזה הרב הקדוש בעל השל"ה "נהנה מיגיעו" - היינו שייגע את עצמו בתורה ויודע להכשיר המאכל הזה עפ"י התורה, הגם שיש בתוך המאכל דבר איסור, הנה שב להיתר על פי כללי התורה, והאדם הזה אוכל המאכל ונהנה ממנו, הנה הוא גדול מן הירא שמיים המחמיר. והוא כדברינו ממש, להיות הדבר הזה נסיבה מאת ה' שיתברר המאכל האיסור ההוא, ולזכות יחשב לאדם האוכלו עפ"י התורה כי יתבררו הניצוצות הקדושים, והוא גדול מן הירא שמיים שאינו רוצה לאכול מטעם שיש בו תערובות איסור, הבן הדבר. על כן לדעתי הצעירה אין זה מדרך החסידות מה שכמה אנשים נוהגים סלסול בעצמם שלא לאכול מאכל שהיה עליו שאלת חכם, הגם שהוא דבר פשוט ומבואר דינו להיתר כגון על ידי תערובות בששים וכיוצא, כי לדעתי אדרבא מצוה הוא, יאכלו ענוים וישבעו, כי הוא נסיבה **מאת ה' שישוב האיסור להיתר ויתברר על ידי אכילת ישראל.** ומה שאמרו חז"ל [חולין מ"ד

עדים - אינם בירור של ספק, אלא שהם מביאים את בית הדין להניח מהי המציאות, ולכן גם אין בעדותם כדי לשנות את המציאות. לדוגמא, אם יודע אדם שאשה נישאה למישהו אבל הוא עד יחיד שעדותו לא התקבלה, למרות שבאו שני עדים ומעידים שאשה זו היא פנויה ובית הדין פסק על פי דבריהם, הרי שהאמת לא משתנה ובפועל היא אשת איש - ואסור לו לשאתה ואם יעשה כן יעבור על איסור דאורייתא במזיד! למעשה, זו משנה ערוכה ביבמות דף פ"ז עמ' ב': "האשה שהלך בעלה למדינת הים, ובאו (שני עדים כשרים) ואמרו לה מת בעליך וניסת, ואח"כ בא בעלה - תצא מזה ומזה, וצריכה גט מזה ומזה...והולד ממזר מזה ומזה"[55].

ע"ב] לא אכלתי מבהמה שהורה בה חכם, היינו דוקא במלתא דתליא בסברא, וכמו שכתבו הפוסקים". יודגש כי ה'בני יששכר' אומר שאין להחמיר ולהימנע מלאכול את ה'חתיכה ההיא' המותרת לפי כולם, אבל לא בא לחלוק על חומרת הרמ"א לחשוש לדעת התוס' רי"ד שלא יאכל אדם אחד את שלוש החתיכות.

נחדד את הדברים. הרמח"ל ב"מסילת ישרים" בפרק י"ד מבהיר כי חלק ממידת הפרישות שעל אדם לשאוף אליה היא פרישות בדינים ובכלל זה "להחמיר בספקות אפילו במקום שאפשר להקל וכבר ביארו חז"ל (חולין דף ל"ז עמ' ב') את הפסוק ביחזקאל ד', י"ד: 'הנה נפשי לא מטמאה', שלא אכלתי מבהמה שהורה בה חכם, והנה כל זה מותר הוא מן הדין ודאי, אלא שהוא החמיר על עצמו". ברם, דברים אלו אמורים ביחס לספק שכללי ההלכה קובעים כי ניתן לנהוג בו היתר. אולם, בתערובות אין זה ספק כלל אלא שהאיסור **הופך** להיתר ממש, ולכן מחדש ה"בני יששכר" כי מידת הפרישות לא תחייב להימנע מאכילה זו, אלא אדרבה יש עניין לאכול חתיכה זו, "כדי שישוב האיסור להיתר".

ודוק, לנוכח ההסבר של ה"בני יששכר" כי ביטול ברוב משנה את האיסור להיתר מכיוון ש"הדבר הזה הוא מאת ה', שהוא מזמין הדבר האיסור שיתערב ברוב היתר כדי שיהיה ניתר באכילה", נראה כי בפנינו הבנה מחודשת לכלל לפיו "אין מבטלים איסור בידיים", שהרי במקרה של ביטול מכוון לא ה' הוא "שאֵינה לידו" אלא האדם עשה פעולה מכוונת.

55. ודוק, מקום שבו בא הרוג ברגליו, הרי שדבר זה גובר על העדים, שכן העדים ביקשו ללמד מהי המציאות, והנה המציאות בפנינו והיא שונה. לעומת זאת, ביחס לרוב, המציאות **הדינית** השתנתה מחמת הספק ולכן מותר לאכול את כל החתיכות שבתערובת. ברם, ששינוי זה חל רק כל עוד שיש ספק. אבל אם יבוא עֵד שיברר מהי החתיכה של החֵלב, הרי שיחדל הספק ועימו יחדל דין הביטול ברוב. במקרה זה אין לומר שהעד עדיף על הרוב, אלא שכשיש עד הדבר מלמד על המציאות ואין יותר ספק, וממילא הכרעת הרוב שנאמרה רק ביחס למקרי ספק, נעקרת ממקומה.

חזקה בנוגע לאיסורים - גם אם היא בירור בדרגה מסוימת, אין היא יותר מאשר עדים ואין בה כדי להביא להכרעה ודאית, אלא היא רק מביאה את בית הדין להניח מהי המציאות. כך למשל, מצינו מחלוקת תנאים במשנה במסכת טהרות (פרק ה' משנה ה') ביחס למקרה של שני שבילים, אחד טמא ואחד טהור, והלך אדם באחד מן השבילים ולאחר מכן נגע בפירות של טהרות, ובא חברו והלך בשביל השני ולאחר מכן נגע בפירות של טהרות, האם ניתן לטהר את שני סלי הפירות? במסכת פסחים (דף י' עמ' א') מצינו כי אם נשאלו בית הדין ע"י זה בפני עצמו ועל ידי זה בפני עצמו, הרי שלכל הדעות שני האנשים טהורים. זאת מכיוון שבמקרה זה בפנינו 'ספק טומאה ברשות הרבים', כלומר אירוע הטומאה היה ברשות הרבים והרי כל אחד מהם נשאר בחזקת טהור, ואין לקשור בין שני הספקות וביחס לכל אחד מהם הוכרע הספק מכוח החזקה. אבל אם באו שניהם לשאול את בית הדין בבת אחת, בית הדין ידון את המקרה כאילו הלך אותו אדם עצמו בשני השבילים כאחד שלא ניתן לטהר פירות שנגע בהם, שהרי ממה נפשך אחד מהשבילים שבהם צעד היה טמא. מכאן, כי על אף שלאחר הליכת האדם בכל שביל בפני עצמו, נותר האדם בחזקת טהור, הרי שבעקבות הסתירה מיניה וביה - לא ניתן להכריע על פי החזקה, והוא טמא בוודאי. הנה כי כן, בעוד שלגבי ביטול ברוב מצינו כאמור כי הרוב הוא בגדר של "בירור" היוצר ודאות מוחלטת, עד כי מותר מעיקר הדין מדאורייתא לאכול את כל החתיכות שהתערבו בתערובת, לרבות זאת שהייתה אסורה, הרי שחזקה היא "הנהגה" בלבד, והנהגה זאת לא נאמרה במקרה של סתירה מיניה וביה.

חזקת המוחזק בספק ממון - היה מקום לדיון האם מדובר בקביעת הדין ושינוי המציאות - הבעלות, בדומה לביטול ברוב, או שמא מדובר בהנהגה בדומה לחזקה בדיני איסור, ומסקנת הגמרא במסכת גיטין היא שמדובר בחזקה בדומה לספק בדיני איסורים, שהיא הנהגה בלבד. לכן, כשיש סתירה מיניה וביה, אין להכריע את הספק בוודאות מכוח החזקה, שהרי זה לא דין כמו רוב, ואי אפשר לאכול את שתי החתיכות כאחד.

בסברת הדברים נראה לכאורה לומר כדלהלן: חזקה היא הנהגה של בית דין כיצד יש להכריע במקרה של ספק. אבל, אם למשל אותו אדם הלך בשני שבילים שאחד מהם טמא, המשמעות היא שאין ספק שהוא טמא, כי ממה נפשך - או שהשביל הראשון טמא, או שהשביל השני טמא והוא הלך בשניהם, כך שכלל אין לנו נפקות

מהו השביל הטמא. הוא הדין כאשר יש שני אנשים שכל אחד מהם הלך בשביל אחד והם פונים לקבל הכרעה בבת אחת - אי אפשר[56] לומר להם ששניהם טהורים, שהרי אין ספק כי אחד מהשבילים טמא הוא, ונוסח השאלה הוא: מי מהאנשים טהור, וביחס לכך לא ניתן להכריע ע"י חזקה[57].

---

56. הרב אשר אריאלי דייק את הדברים מלשון רש"י מסכת פסחים דף י' ע"א ד"ה "אם נשאלו", שביאר שאם נשאלו "כל אחד לחכם ספקו בפני עצמו - טהור, ואין בית דין יכול לטמאו, כדקיימא לן בספק טומאה ברשות הרבים ספקו טהור, ואם באו בבת אחת, הואיל ובהוראה אחת יש לנו לומר טמאין או טהורין, **אי אפשר** לנו לומר להם טהורים אתם - שהרי האחד ודאי טמא". אילו היה זה רק דין מדרבנן לא ניתן לומר את המונח "אי אפשר", שהרי מדאורייתא עובדה היא שטהור. המונח "אי אפשר" מלמדנו כי זהו דין דאורייתא, שלפיו בכלל אין דין של חזקה כאשר יש "ממה נפשך", שכן כאמור במקרה זה אין בכלל ספק. וסמך לדבר מצינו בכך שהתוס' שם ד"ה "טמאים" - מציין: "**נראה** דהיינו מדרבנן דמדאורייתא אפי' בבת אחת טהורים". התוספות אומר "נראה" בפשטות מכיוון שהוא משיג על רש"י. ואכן רש"י במסכת כתובות דף כ"ז ע"א ד"ה "טהורים" מציין, כי הטהרה נובעת מכך ש"כל חד כי אתי לקמן (כל אחד משני ההולכים הללו) תלינן ליה למימר בטהור הלך (אנו תולים לומר כי הוא הלך בשביל טהור, ואף שאנו יודעים כי אחד הלך בשביל שאינו כזה, הרי שזו ההכרעה שחלה כאשר יש ספק לומר כי איש זה בשביל טהור הלך) דהוה ליה ספק טומאה ברשות הרבים וספקו טהור". אולם אם הם באים להישאל בבת אחת "טמאין" - דהיכי נימא להו טהורים אתם (כיצד נאמר להם טהורים אתם) חד מינייהו ודאי בטמא אזל" (הרי אחד מהם בוודאי הלך בשביל טמא). מכיוון שאין ספק שאחד מהשבילים טמא, אי אפשר לפשוט את הספק לטהרה ולומר כי "בשביל טהור הלך" - שהרי אין ספק שאחד מהם הלך בשביל טמא.

57. בהקשר זה יש להבין כי חזקה יכולה להכריע רק שאלה המנוסחת באופן של: "האם" ולא שאלה המבקשת להכריע "מי". נבהיר: אחת מדרכי ההכרעה של ספק משפטי נוגעת לנטלי הראיה, וקובעת כי דבר מועמד בחזקתו, וכל עוד שאין הוכחה ברורה כי מצבו השתנה, ממשיך לחול לגביו הדין שחל לגביו קודם לכן. כך למשל אם יש לנו ספק ביחס לתחולתו של גט, נותרת האישה בחזקת אשת איש, וכן מי ששלח שליח לגרש את אשתו והוא זקן או חולה, יכול השליח למסור את הגט ואין חוששים שמא מת השולח, שכן יש חזקה כי הוא קיים. ברם, יש מקומות שהוכרעו על פי חזקה ויש מקומות שלא. דוגמא לכך היא סוגיית הגמרא במסכת פסחים (דף י' עמ' א') לגבי "בדיקת חמץ". בפרשת בא (שמות י"ג, ז') נאמר האיסור: "ולא יראה לך חמץ ולא יראה לך שאור בכל גבולך". מכוח איסור זה קבעו חז"ל חיוב לכל אדם מישראל לבדוק לפני הפסח את ביתו וכל גבולו כדי לוודא כי לא ייראה ולא יימצא בהם חמץ בפסח.

בהתאם לכך נראה כי כאשר יש שני אנשים שכל אחד מהם הלך בשביל אחד והם באים לבית הדין יחד - אי אפשר לומר להם ששניהם טהורים, שהרי ברי כי אחד מהם טמא, מאחר שאין ספק כי אחד מהשבילים טמא הוא. נוסח השאלה שעל

והנה, הגמרא דנה במקרים גבוליים, שבהם מתעוררת השאלה האם יש בהם חיוב לעשות "בדיקת חמץ". שניים מן המקרים נוגעים לבית שכבר נעשתה בו "בדיקת חמץ" והשאלה היא האם אין חובה לבצע בו בדיקה זו בשנית, מחמת חשש שהוחדר אליו חמץ לאחר הבדיקה. המקרה הראשון, נוגע למצב שבו בפנינו ערימה של חמץ ומולה בית שנעשתה בו בדיקת חמץ. בעל הבית ראה עכבר שהתרוצץ ונטל חמץ מן הערימה, אך הוא לא ראה אותו נכנס אל הבית. הספק הוא האם חדר חמץ מהערימה לבית, וההכרעה היא - שיש להעמיד את הבית על חזקתו כבדוק ונקי מחמץ ואין לחייב את הבעלים לבדוק שוב. המקרה השני נוגע לערימה של חמץ המצויה מול שני בתים בדוקים וראו עכבר שנכנס לאחד הבתים. לכאורה, ביחס לכל בית הספק הוא אותו ספק, כי ביחס לכל אחד מן הבתים הספק הוא, האם נכנס חמץ לבית, וההסתברות זהה (50%). ובכל זאת ההלכה שונה היא ולפיה גם כאן יש הבדל כיצד הוצגה השאלה בפני בית הדין: אם ניגש בכל פעם בעל בית אחד ושאל האם עליו לבדוק שוב את ביתו, התשובה היא שהוא פטור מכך, מחמת אותה חזקה שהבית בדוק ועומד. אבל, אם שאלו שני בעלי הבתים כאחד האם מוטל עליהם לבדוק, הרי שיש להחמיר. הכיצד? מה השתנה? אין זאת אלא, שיש שוני בצדדי הספק, והדבר מדוקדק בלשון הגמרא: במקרה הראשון, נוסח השאלה המוצג לדיינים הוא, האם החמץ בא בכלל אל הבית אם לאו (ובלשון הגמרא: "ספק על, ספק לא על"). ספק כזה ניתן להכריע ע"י חזקה, המותירה את המצב המשפטי בעינו ואינה משנה אותו מחמת ספק. לעומת זאת, במקרה השני, כאשר שני בעלי בתים באים כאחד לבית הדין, צדדי הספק הם: למי מן הבתים חדר החמץ, לבית זה או לבית השני ובלשון הגמרא: "אי להאי על, אי להאי על"). כלומר, ההנחה בשאלה היא כי החמץ חדר לאחד מן הבתים ומצבו השתנה, והשאלה נוגעת להכרעה בין שני הבתים. במקרה כזה, אין בידינו להכריע בשאלה מכוח דיני החזקה, וממילא שני הבתים יחויבו בבדיקה. אכן, גם במקרה זה יש לכל אחד מהם ספק האם הספק האם העכבר חדר בכלל לביתו שלו, אבל לבית הדין לא מוצגת השאלה: האם אירע המקרה אלא היכן אירע המקרה, ומשזו השאלה - נגזרת מכך התשובה. יסוד הדברים מצוי ב"שב שמעתתא", שמעתא ב', פרק ד', בו הציב את השאלה הבאה: בתוספות מסכת נידה (דף י"ח עמ' א', ד"ה "אחר הרוב") מצינו כי כל בהמה שיש ספק האם נשחטה כדין וכראוי, הינה אסורה מחמת "חזקת אינו זבוח". כלומר, בחייה של הבהמה היא אסורה באכילה. כדי שתותר הבהמה לאכילה, עליה לעבור הליך של שחיטה כדין. ממילא, מקום שבו בפנינו בהמה טבוחה, אך קיים ספק האם הזביחה היא כדין, יש להעמיד את הבהמה על חזקתה הקודמת (חזקת "אינו זבוח"), והיא נותרת אסורה באיסור דאורייתא -

בית הדין להכריע בה הוא בהכרח אפוא: מי מהאנשים טהור, וביחס לכך לא ניתן להכריע ע"י חזקה.

בדומה לכך, בגמרא בבא בתרא דף ל"א ע"ב מצינו כי "שתי כתות עדים המכחישות זו את זו - אמר רב הונא: זו באה בפני עצמה ומעידה, וזו באה בפני עצמה ומעידה, ורב חסדא אמר: כי אין להשתמש בעדי שקר (בהדי סהדי שקרי למה לי"). מבאר הרשב"ם שם, כי לדעת רב הונא עדים אלו כשרים להעיד כל אחד בעדויות נפרדות אחרות מחמת חזקת הכשרות שיש לכל עד "(משום דאוקי גברא אחזקיה ולא תפסלינהו מספק)". ואילו לדעת רב חסדא לא יעידו בשום עדות בעולם, שכן מעמידים את הממון על חזקתו "ולא תוציאנו מספק שמא העדים פסולים". אבל, גם לשיטת רב הונא אם באו בעדות אחת "אחד מכת זו ואחד מכת זו אין מצטרפים לעדות אחת דהא אחד מהם פסול בודאי ואין כאן אלא חצי עדות".

לפי זה, כאשר יש שני ולדות שהתערבבו, מותר לשניהם לאכול בתרומה ממה נפשך, שהרי הן הכהן והן העבד של הכהן רשאים לאכול בתרומה, וממילא נמצא

באופן ודאי. שונה הוא הדין עת שבפנינו "תערובות" - כלומר, שתי בהמות בפנינו, האחת שחוטה כדין ומותרת לאכילה, והשנייה לא נשחטה כדין וממילא אסורה. כעת התערבבו שתי חתיכות מבשר הבהמות הללו, בלא כל אפשרות להכיר ולהבחין איזו חתיכה באה מהבהמה השחוטה, ואיזו באה מהבהמה הפסולה. במקרה זה כל חתיכה מוגדרת כספק ולא כוודאי, ולכן למשל אם נגע אדם במי מן החתיכות הללו ברשות הרבים, אין הוא נטמא כדין נוגע בנבלה, לנוכח הכלל כי "ספק טומאה ברשות הרבים טהור". מכאן מסיק ה"שב שמעתתא" כי אין תחולה לחזקה של "אינו זבוח" ביחס לתערובות. ונשאלת השאלה, מדוע לא? למה במקרה הראשון ביחס לספק האם הבהמה נזבחה כדין, הכלל הוא שזו נבלה האסורה באופן ודאי, ואילו ביחס לתערובת בין שתי בהמות, הדבר מוגדר כספק הלכתי, וחלים דינים הלכתיים הנכונים במקרה של ספק? מה ההבדל בין המקרים? הרי בפנינו ספק זהה עם סבירויות זהות? אין זאת אלא כי בפנינו הבחנה הנובעת מאופן הצגת השאלה: במקרה הראשון, כשאדם מוצא חתיכת בשר, השאלה המתעוררת היא: מהי חתיכת בשר זו, שחוטה או נבלה? ביחס לספק זה יש להחיל את דיני החזקה המשפטית, לפיה גובר הצד הקודם על רעהו, וייקבע כי הבהמה עדיין לא נשחטה כדין. לעומת זאת, במקרה של מי שנוטל חתיכה מתוך תערובת של שתי חתיכות, השאלה המתעוררת היא: מיהי חתיכה זאת, האם היא זו הכשרה או זו הטרפה? ביחס לשאלה זאת, אין החזקה יכולה להכריע, שהרי נקודת המוצא היא, שאחד זבוח ואחד לא, והשאלה רק להיכן לשייך חתיכה זאת.

כי אין צורך לפשוט את הספק ביחס לזכות לאכול בתרומה. כשאין צורך לדון בספק - אין מקום להחיל את דרך ההכרעה של חזקה. לעומת זאת, ביחס למקרה של "תקפו כהן", בפנינו ספק שבו עלינו להכריע למי שייך הוולד, שהרי לא ידוע אם הוולד שייך לכהן או לישראל, וכשיש ספק - החזקה מכריעה בו. שמא תאמר, הרי יש צורך להכריע בכל זאת גם בספק ביחס לשני ולדות שהתערבו, שכן אם אי אפשר להשתעבד בכל אחד מהם הרי שביחס לאכילת תרומה לא נוכל לומר עליהם שהם 'קניין כספו' של מישהו? התשובה לכך היא כי אמנם אי אפשר להשתעבד במי מהם, אך כיוון שחזקתם שווה ואין לקבוע על ידי חזקה שכל אחד הוא ספק ו'מוחזק בעצמו' וזוכה בעצמו בתורת ודאי, שהרי אז יימצא כי שני הוולדות גם יחד הם בני חורין, ואלו שתי הכרעות התלויות זו בזו וסותרות זו לזו. חזקה לא נאמרה ביחס למצב של סתירה מיניה וביה. ממילא, מכיוון שלא ניתן לקבוע מי מהם זוכה בממון בתורת ודאי, הרי שהוא ממשיך להיקרא "קניין כספו" של הבעלים ואוכל בתרומה[58].

---

58. אכן, במקרה זה אין השאלה נשאלת לגבי שני הוולדות בבת אחת, אבל הרב וסרמן רואה בכך משום "ממה נפשך" מחמת תוצאתם של כלל הפסיקות שבפנינו. ברם, שמהלך זה קשה לכאורה, שהרי בסוגיה מסכת בבא בתרא דף ל"א ע"ב ראינו כי לפי שיטת רב הונא ניתן לקבל עדות של כל אחד מהעדים בפני עצמו, למרות שתוצאת הדברים מביאה לסתירה שהרי חלק מהעדים "ממה נפשך" פסולים ללא ספק. מסוגיה זאת במסכת בבא בתרא עולה אפוא, כי כל שאלה שאינה נשאלת בו זמנית אינה מעירה את הדין של "ממה נפשך", למרות שזו התוצאה של שתי הפסיקות. אם כן היה מן הדין לומר כי גם בסוגיה של כהן ועבד כהן שהתערבבו זה בזה אין זה מקרה של "ממה נפשך", שהרי כל אחד מהם בא להישאל בפני עצמו, והעובדה שהתוצאות סותרות אינה מפריעה לומר שיש חזקה לכל אחד מהם בפני עצמו, כפי שמצינו לגבי שתי כיתות עדים שכל אחת מהן מעידה בפני עצמה.

אולם, נראה לכאורה כי קיימת הבחנה בין המקרים כדלהלן:

במקרה של תערובת בין שני ולדות ה"ממה נפשך" נובע מכוח סתירה משום שזכות האכילה של ולד העבד נובעת מכך שהוא קניין כספו של הוולד השני בן הגבירה, ומי שלא ידוע שהוא כהן ודאי לא יכול להאכיל את עבדו בתרומה, מכאן שנשוא הספק הוא **התערובת של שניהם המצריכה הכרעה בשניהם**. כשיש תערובת הרי שהשאלה היא **מיהו** העבד ומיהו הכהן, וברגע שמכריעים את הדין על פי חזקה ביחס לאחד - יש בכך ממילא הכרעה גם לגבי השני. ביחס לכך לא תיתכן חזקה כלל ולא ייתכן לפסוק על שניהם פסיקות סותרות. לעומת זאת, במקרה של שתי כיתות עדים, השאלה

בהתאם לאמור מובן כי בסוגיה הנ"ל במסכת בבא מציעא ביחס ל"תקפו כהן" - הבהמה נחשבת של הישראל המוחזק בה בתורת "ודאי" והוא יכול להכניסה לדיר להתעשר. אולם, בסוגיה במסכת גיטין ביחס לוולדות שהתערבו, אין לקבוע שהעבד זכה בעצמו בתורת ודאי, שהרי אז יימצא כי שני הוולדות גם יחד הם בני חורין, ואלו שתי הכרעות הסותרות מיניה וביה. במקרה של הכרעות סותרות לא נאמר הדין של חזקה ביחס בדיני ממונות. רק ביחס לביטול ברוב ניתן לאכול את כל החתיכות שבתערובת, שכן התחדש שהרוב מטה את דינה של חתיכת האיסור להיתר. אבל, ביחס לחזקה אין הדין משתנה, אלא מתברר, ולגבי דיני 'בירור' - לא יכולה להיות סתירה מיניה וביה.

נמצא כי על אף שחזקה יוצרת ודאות, וניתן לכלול בצאן שממנו נלקח מעשר בהמה, גם בהמה שהתעורר ספק האם היא בכור, מכל מקום החזקה אינה מבררת את המציאות ובוודאי שאינה מטה את הדין כמו רוב, אלא שהיא רק בגדר של הנהגה כל עוד שהספק נותר בעינו. מכאן נשוב אפוא אל התמיהה שהעלינו בפתח הדברים, שהרי אם חזקה אינה יוצרת ודאות, לכאורה לא הוכרע במישור המהותי

אינה "מיהו השקרן" אלא "**האם**" פלוני הוא שקרן, והוא יכול להיות איש אמת או שקרן גם מבלי לדעת את הפסיקה של חברו במקרה זה ניתן להעמיד כל אחד על חזקתו, כאשר אין קשר בין כיתות העדים ובאופן עקרוני כל אחד מהעדים יכול להיות כשר. כל כת יכולה להיחשב ככשרה מכוח חזקת הכשרות שלה, בלי שהדבר ייחשב כסתירה בין החזקות. התוצאה אמנם סותרת מכיוון שהם העידו בעבר עדויות סותרות על אותו עניין, אבל כאשר שני הצדדים מובאים לדיון כל אחד בפני עצמו אין הסתירה עומדת לרועץ, ואין הדבר שונה משני שבילים כאשר הלכו בהם שני בני אדם הבאים להישאל כל אחד בנפרד, למרות שבדיעבד יוצא שהתירו לשני אנשים להיכנס לבית המקדש למרות שאחד מהם צעד בשביל שהוא בוודאי טמא.

ייתכן עוד, כי משום כך נזקק הרב וסרמן ב"קובץ הערות" סימן ע"א באות ז' להביא הסבר נוסף לפיו, במקרה שנתערבו הוולדות, העבד נחשב כקניין כספו של המוכר על אף שהוא מוחזק בעצמו ולא ניתן להשתעבד בו, שכן מקרה זה הוא בבחינת "מציאות זמנית", ואם יבוא אליהו ויגלה את עינינו מיהו העבד ומיהו הבעלים, הרי שלא יצטרכו ליצור קניין חדש כדי לשייך את העבד לבעלים. מכאן שבעלותו של הבעלים בעבד לא פקעה לרגע, והתורה רק הורתה כיצד להתנהג במקרה של ספק. אכן כעת בפועל אין אפשרות להשתעבד בעבד ומתנהגים עימו כמי שנמצא בוודאות בחזקת עצמו, הרי שזו מציאות זמנית למצב אי ידיעה, אך הבעלות במישור המהותי נותרה בעינה והעבד מוגדר כקניין כספו.

כי הממון שייך למחזיק בו, והספק נותר בעינו. אם כן, האם יש לומר כי אם המוחזק יקדש אישה באמצעות ממון זה, תהא זו מקודשת רק מספק? אין זאת אלא שהחזקה אף שאינה בירור והכרעה היוצרת ודאות, אבל זו הנהגה של "ודאי" והתורה חידשה כי יש לנהוג בממון זה כמי ששייך למוחזק לכל דבר ועניין.

ג. חזקת מרא קמא

עמדנו לעיל על שני סוגי הכרעה ביחס לממון מסופק.

סוג ההכרעה האחד הוא הכלל של "חזקת ממון" המורה לנהוג במקרה של ספק, על פי הסברה שחזקה מה שתחת יד אדם הריהו שלו.

סוג ההכרעה השני הוא דין "מוחזק" שהוא רק "תפוס" בממון והכרעה זו אינה נעוצה בסברה כלשהי, אלא נובעת מכלל לפיו הממון נותר במקום שבו היה.

יש הכרעה במטלטלין שהיא נמוכה משני כללי הכרעה אלו, שבה הספק מוכרע מכוח "חזקת מרא קמא", כלומר לפי מי שהיה בעלים בעבר. קביעה זו נעשית כאשר אין הכרעה לספק מכוח חזקת ממון, וגם אין מוחזקות בפועל (כגון כשהחפץ נמצא ברשות הרבים או במקום הפקר שאינו שייך למי מהצדדים המתדיינים).

אחד המקורות לדין "מרא קמא" מצוי בסוגיה במסכת בבא מציעא (דף ק' עמ' א'). נפרט:

במשנה שם מצינו כי "המחליף פרה בחמור וילדה, וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר: עד שלא מכרתי, וזה אומר: משלקחתי". הדין הוא "יחלוקו".

שואלת הגמרא מדוע נקבע כי עליהם לחלוק, הרי ניתן לראות ברשות מי נמצאת הבהמה והספק יוכרע על פי הכלל של מוחזק, כאשר הצד השני נחשב למוציא מחברו שעליו הראיה? במה שונה מקרה זה ממקרהו של ספק בכור שבו ה"מוחזק" זוכה בוולד?

מתרצת הגמרא כי הבהמה נמצאת באגם, שבו איש מהצדדים אינו יכול להיחשב כמוחזק.

שואלת הגמרא, עדיין אין נכון להכריע כי "יחלוקו", אלא צריך להכריע את הספק על פי הכלל של "מרא קמא", ויזכה בעל הפרה בוולד, שהרי אמנם כעת לא ידוע של מי הוולד וגם הוולד מצוי באגם, אבל ברור כי הבעלים המקורי היה בעל הפרה,

כי בעודה מעוברת טרם שנעשתה עסקת החליפין ברור שהוא היה בעל הפרה והוולד. ממילא, יהיה בעל דינו בגדר של המוציא מחברו עליו הראיה.

מתרצת הגמרא שמשנה זו נוקטת בשיטתו של סומכוס הסובר ש"ממון המוטל בספק - חולקים בלא שבועה". כלומר סומכוס חולק על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" וסובר כי במקרה של ספק, הכלל הוא "יחלוקו".

תוספות שם בד"ה "הא מני" בשם רבינו שמואל (הרשב"ם) עומדים על דקדוק בסוגיה: דרך הגמרא היא כי כאשר מובא תירוץ הסותר את כל האמור בסוגיה קודם לכן, מקדימה הגמרא לתירוץ זה את המילה: "אלא...". והנה, במקרה דנא הגמ' לא אמרה: "אלא הא מני סומכוס היא". משמע שהתירוץ הקודם שהפרה עומדת באגם, לא נסתר בעת הבאת ההסבר כי הסוגיה נלמדת לפי דעתו של סומכוס. מכוח דקדוק זה למד הרשב"ם, כי סומכוס אינו חולק על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" מכול וכול, אלא רק היכן שהצד האחד הוא רק "מרא קמא", אבל אם הצד האחד הוא "מוחזק" (כגון כאשר הפרה אינה באגם) לא אמר סומכוס את דינו[59].

כלומר הדין של "מרא קמא" הוא בגדר של הכרעה שרמת הראיה שבה פחותה ממוחזק. לכן סבר סומכוס ש"מרא קמא" אינה הכרעה במקרה של לידת פרה המצויה באגם. אבל לגבי "מוחזק" מודה סומכוס כי זו הכרעה.

כמו כן נראה במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב') כי אדם תבע את חברו מכוח שטר. ענה לו הנתבע כי שטר זה מזויף הוא. ענה התובע, אכן מודה אני כי שטר זה מזויף, אך היה בידי שטר אמיתי ואבד לי. אמר רבה: "מה לו לשקר?" אילו רצה היה טוען כי שטר זה אינו מזויף, וממילא נאמן הוא גם בטענתו כי היה בידו שטר אמיתי שאבד. רב יוסף חלק על כך, וגרס כי מכיוון שכעת מסתמך הוא על שטר מזויף הרי שאין בידו להוכיח את ראייתו כלל[60]. אמר רב אידי בר אבין, כי בעת שהמחלוקת

---

59. ובלשונו: "לא איירי סומכוס אלא בשאין מוחזק לא זה ולא זה, אבל היכא דמוחזק מודה סומכוס דעל אידך להביא ראיה".

60. תוספות מבהירים כי במקרה זה אין לומר כי הוא ייאמן מכוח טענת "מיגו" שיכול היה להכחיש את הטענה שהשטר מזויף, שכן טענת "מיגו" יוצאת מנקודת הנחה שהאיש דובר אמת, ואין לומר זאת על מי שמלכתחילה הציג שטר מזויף ושיקר. מי שבא בשקר אינו יכול לומר: "אינני משקר שכן אילו הייתי משקר הייתי טוען טענה טובה יותר" - שהרי עובדה היא שבא לבית הדין והעלה טענה שאין חולק כי יסודה בשקר.

היא לגבי קרקע הלכה כרבה שהוא נאמן, ואולם בעת שהמחלוקת היא לגבי כסף - הלכה כרב יוסף. הכיצד? מכיוון שלגבי קרקע הכלל הוא שהיא בחזקת בעליה האמיתי כי גם אם אחד מחזיק בה באלימות היא אינה נגזלת ונחשבת של ה'מרא קמא' לכן כשיש למחזיק בה מיגו המצדיקו כנגד המרא קמא, הרי שיש להותירה מספק בידי המוחזק בה - שהוא הקונה המחזיק בה. לעומת זאת, ביחס לכסף שאדם לווה, הרי שה'מוחזק' בכסף הוא הלווה כי מִלווה להוצאה ניתנה והמעות קנויות ללווה לגמרי, והמַלווה רוצה באמצעות המיגו להוציא כסף ממי שהוא מוחזק. על כן אין להוציא ממנו מכוח השטר המזויף[61].

מבואר אפוא כי חזקת ממון של מי שמחזיק בכסף כעת עדיפה על חזקת 'מרא קמא'[62].

בכל הנוגע למשמעותה ותוקפה של "חזקת מרא קמא" יש הסוברים שזהו יישום של דין "חזקה דמעיקרא" הנוהגת ביחס לכל דבר שנולד בו ספק, ובכלל זה ענייני איסור והיתר. כלומר, בכל מקרה של ספק אם דבר נאסר או הותר, אנו מחילים חזקה שבנקודת הזמן שבה אירע הספק - (בעת "לידת הספק") לא השתנו המציאות והדין מכפי שהיו בטרם שנולד הספק, בין להיתר ובין לאיסור[63]. על כן ממון שנולד בו ספק, מעמידים את הממון בזמן הספק בחזקת מי שהיה בעלים לפני שנולד הספק.[64]

---

61. ראה תוס' שם ד"ה "והלכתא" משום שבזוזים לא מועיל מיגו שכן זה מיגו להוציא, אבל בקרקע אומרים מיגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים.

62. הדברים עולים גם מן הסוגיה של "היו בה מומין" בכתובות דף ע"ה עמ' ב'.

63. הרמב"ם בפירוש המשנה על נזיר פרק ט' משנה ב' מבאר את מהותה של חזקה דמעיקרא כעיקרון לפיו בהעדר ידיעה אין אנו מעלים השערות כדי להכריע בספק, שהרי להשערות אין חקר ואין קץ. על כן, בהעדר ידיעה כיצד משתנה הדין - נשאיר אותו על מכונו. ובלשונו הזהב: "שאם נלך אחרי האפשרויות - הענין יגיע עד ללא תכלית. אבל, העיקר, שאם הוחזק מצב מסוים נשארנו בחזקתו עד שיהא דבר ברור מסלקו מאותה החזקה, וכל דבר שיש בו ספק ואפשרות אחרת הרי אין החזקה מסתלקת".

64. ראה פני יהושע בבא מציעא דף ו' עמ' ב' ד"ה "והא", וכן פני יהושע כתובות ע"ו עמ' ב' על רש"י ד"ה "כלה"; שב שמעתתא בשמעתא ד' פרק כ"ד; קצות החושן סי' ר"פ סוף ס"ק ב'; נתיבות המשפט סימן פ"ח, ס"ק ד'; מהרי"ט בחידושיו לכתובות דף ע"ו; שו"ת חת"ס אבן העזר סימן ע"ז חלק א' סי' פ' ד"ה "חזקה שניה"; שו"ת באר יצחק יו"ד סי' י"ח, ע"פ יבמות ל"א, א', ועי' שו"ת רבי עקיבא איגר סימן קל"ו וסימן ל"ז בדברי

כך למשל מצינו בדברי הר"ן[65] "לפיכך אני מסתפק בכל ספק קידושין אי צריכה גט מדאורייתא או לא? דאפשר דמדאורייתא שרי משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה, דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן ביה העמד ממון על חזקתו?" נמצא כי כשם שבספק שנשאר בגמרא בתיקו, לגבי דיני ממונות, יש להחזיקו בבעלות של מי שהיה בעלים עד עכשיו, כך גם בספק באיסורים (כגון אישה שספק אם התקדשה) יש להעמיד את הדבר המסופק באותו מצב שבו היה מוחזק עד עכשיו.

להבנה זו מספר נפקויות. כך למשל:

מה יהא הדין כאשר שני הצדדים מסרו הודאת בעל דין, איש לטובת רעהו?

ב"נתיבות המשפט" (ביאורים סימן פ"ח ס"ק ד') מצינו כי במקרה זה מכריעים את הדין על פי חזקת מרא קמא, שכן "חזקת מרא קמא היא כמו חזקה דמעיקרא באיסורים".

"נתיבות המשפט" מבאר כי ב'חזקת ממון' הנלמדת מן הסברה שמי שמבקש להוציא מחברו עליו הראיה, יחול הכלל ש"כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה", שהרי החזקה היא רק סברה להעביר את נטל הראיה על המבקש להוציא מחברו, ובהעדר טענה בידי המוחזק שהחפץ שלו הוא, פשיטא כי התובע לא צריך להביא ראיות כדי להוציא מידו. די לו בטענתו שהחפץ שלו כדי להתמודד מול הנתבע - שאין בידו טענה. לכן, אם שני הצדדים מודים איש בטענות משנהו, לא תועיל 'חזקת ממון', שהרי במקרה זה הנתבע מודה שהחפץ הוא של התובע, וממילא זו לכל הפחות חזקה שאין עמה טענה.

לעומת זאת, חזקת 'מרא קמא' תועיל במקרה זה, שהרי היא כמו חזקה דמעיקרא באיסורים. אין זו העברה של נטל ראיה אלא הנהגה במקרה שנותר בספק. על כן גם אם אין טענה בפי איש ואדרבה כל צד מודה למשנהו, החפץ יישאר בידי המוחזק (המודה שהחפץ לא שלו). ודוק, במקרה זה חזקת מרא קמא ה'חלשה' יותר, מכריעה את הספק שחזקת הממון ה'חזקה' לא יכלה להכריע.

הר"ן קידושין דף ה' עמ' ב'. ועי' קונטרס הספיקות כלל א' סי' ה' וכלל ד' סי' ח' ואמרי בינה שחיטה סי' כ"ד והלכות דיינים סי' נ' וכן ראה שו"ת אחיעזר יו"ד סי' ל"ו ומשך חכמה פרש' כי תצא על הפסוק "לא תשוב". וראה דבריו של הרב אלחנן וסרמן בקובץ שיעורים חלק ב' סימן ט'.

65. ר"ן על מסכת קידושין דף א' עמ' ב' מדפי הרי"ף.

אם דין "מרא קמא" הוא נגזרת של מדין "חזקה דמעיקרא" הכללי, ברור כי כשם שהדין של חזקה דמעיקרא נדחה מפני הדין של רוב, לפי הכלל של "רובא וחזקה רובה עדיף", כך נדחה גם הדין של "מרא קמא" מפני הדין של רוב. בדרך זו נוקט בעל ה"קצות החושן" ביחס למקרה של אדם שבא לזכות בממון מידי מי שהוא 'מרא קמא' אבל אינו מוחזק ע"י הכרעת רוב.

בשו"ת מהר"י בן לב (ספר ראשון, כלל י"ג, סימן ע"ז) **כתב כי אדם שבא לזכות בממון ע"י הכרעת רוב, אינו יכול להוציא מהבעלים המקורי שיש לו חזקת 'מרא קמא', שכן גם זה נכלל בכלל שאין הולכים בממון אחר הרוב[66].**

ברם, בעל "קצות החושן" בספרו "שב שמעתתא" (שמעתא ד', פרק כ"ד) **חולק על דברי מהר"י בן לב וגורס כי חזקת מרא קמא אינה עדיפה משאר "חזקה דמעיקרא", והכלל הוא כי "רובא וחזקא רובא עדיף" ולכן רוב גובר על חזקת מרא קמא.**

ה"שב שמעתתא" מסביר מדוע 'מוחזק' עדיף מרוב שהרי 'לא הולכים בממון אחר הרוב' להוציא מהמוחזק, ואילו 'חזקה דמעיקרא' אינה עדיפה על רוב. על פי דברי תוס' בבא קמא (דף כ"ז עמ' ב' ד"ה "ואין") **שכתבו, כי הטעם לכך שאין הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממוחזק, הוא משום שנגד הרוב ניצבים שני גורמים: א. מיעוט, ב. מוחזק, ושני אלו גוברים על הרוב[67].**

---

66. מטעם זה כתב המהר"י בן לב כי גם ספק ספיקא אינו מוציא ממרא קמא שכן דין ספק ספיקא יסודו בדין רוב כמבואר בשו"ת הרשב"א חלק א' סימן ת"א.

67. למשל, אדם מכר שור והקונה טוען כי השור נגחן ואין אפשרות לחרוש בו, יכול המוכר לומר כי הוא מכר שור המיועד לשחיטה. אמנם, הקונה טוען כי רוב האנשים נזקקים לשור לצרכי חרישה, אבל המוכר הוא המוחזק ולכן אין אפשרות להוציא ממנו מכוח טענת רוב, שהרי לא ניתן להוציא מהמוחזק בלי ראיה ברורה, ויש מיעוט של אנשים שקונים שור לצורך אכילת בשרו, כך שאין לנו הוכחה ודאית שהרכישה לא נעשתה לצורך אכילה. נמצא שמיעוט האנשים הקונים לשחיטה מסייע לטענת המוכר, ובנוסף לכך המוכר מוחזק במעותיו, ואין טענת הרוב של הקונה מוציאה מן המוחזק כיוון שיש גם מיעוט הנוהגים כפי טענת המוחזק ומסייעים לחזקתו.
נמחיש זאת: בהופעה של אמן נמצא קהל של 1000 איש. בדיקה בקופות מגלה כי נמכרו רק 490 כרטיסים ו-510 נותרו בקופה, משמע כי רוב הנוכחים באולם הסתננו בלא שרכשו כרטיס. אם ניטול באופן אקראי אחד מהקהל שלהוותו אינו יכול להציג את הכרטיס שרכש [מפני שגם מי שקנה כרטיס נתן אותו לשומר בכניסה לאולם], הרי שלכאורה ניתן להוכיח את התביעה נגדו באמצעות ה"רוב" העומד כנגדו, ובעזרת

ברם, מיעוט יכול להצטרף לחזקה ולהתייצב ביחד מול הרוב, כשהוא מצטרף למוחזק **בהווה - בעת הכרעת הספק**, והאיש המוחזק **עכשיו** בממון יכול לטעון כי צריך לבחון את המקרה שלו באופן פרטני ואינדיבידואלי שהרי יש מיעוט הנוהגים כמותו. אבל ברור שהוא אינו יכול להתייצב מול רוב יחד עם 'חזקה דמעיקרא' ולומר "פעם היה", שהרי המיעוט והרוב קיימים עכשיו, ואילו החזקה דמעיקרא הייתה תקפה רק **מעיקרא**, אך עכשיו משהתעורר ספק - אין החזקה שוררת עוד ויש בפנינו ספק. ממילא, עדיף רוב המצוי בפנינו כשמתמודדים בין המיעוט והרוב, ואין לפנינו את החזקה ששררה רק מעיקרא לפני שהחל הספק. נמצא שאין בהווה דבר שניצב לצד המיעוט - וממילא גובר הדין של רוב.

דעה שונה לחלוטין מצינו ב"קונטרס הספיקות" (כלל א' באות ה') הסובר שחזקת מרא קמא אינה נובעת מן הדין של חזקה דמעיקרא, שהרי חזקה דמעיקרא נלמדה מפסוקים ונאמרה לגבי איסורים, והכלל הוא שאין למדים ממון מאיסור. לגישתו, יסודה של "חזקת מרא קמא" נעוץ בדיני חזקת-ממון. אכן ברור כי אם תהיה התנגשות בין "חזקת ממון" או "מוחזק" לבין "חזקת מרא קמא", הרי ש"חזקת ממון" העכשווית או ה"מוחזק" עכשיו יגבר, שהרי חזקת מרא קמא מתייחסת לידיעת המציאות ששררה **בעבר**, ואילו מוחזקות מתבססת על המציאות הנוכחית. אדרבה, בדרך כלל כל מי שמוחזק בחפץ, הוא קיבל אותו כשקנה אותו מידיו של מרא קמא. אולם, בהעדר מוחזקות עכשווית, הדין של "מרא קמא" משמש חלף חזקת הממון, והסברה של "המוציא מחברו עליו הראיה" חלה לא רק כלפי מי שמבקש להוציא ממי שמחזיק כעת בחפץ, אלא גם ממי שמבקש לשנות את הידיעה והמוסכמה שיש לנו כי עד כה היה החפץ שלו. גם מי שמבקש לבטל ידיעה זו עליו הראיה. ממילא, יש להתייחס לחזקת מרא קמא כפי שמתייחסים למי שמוחזק בחפץ פיסית, וזאת אף שהחפץ עומד כעת ברשות הרבים או באגם[68].

מאזן ההסתברות (הוכחה מעל רמה של 50%) שהרי הסיכוי שהנתבע הספציפי הזה לא שילם הוא 51% = 510/1000. הרי שאם נלך לפי רוב התביעה הוכחה. בפועל, ברור כי מסקנה זו אינה נכונה כשהוא טוען בוודאות שהוא מהמיעוט הגדול, והשאלה אם פלוני קנה כרטיס צריכה להיבדק אינדיבידואלית לגביו. לכן, אי אפשר לחייב אדם בתביעה כספית - על פי רוב, ויש לחשוש לטענתו שהוא מהמיעוט.

68. ור' מהרש"א בבא מציעא דף ק' עמ' א'; ש"ך חו"מ סי' צ"א סוס"ק ל"ג "כל היכא דאיתא"; ועי' קונטרס הספיקות שם ונחל יצחק נ"ט, ב'; שערי תורה חלק ב' כלל כ"ב

ואכן, כך משמע לכאורה מלשון הגמרא בבבא מציעא (דף ק' עמ' א') שהבאנו ביחס לדברי המשנה כי "המחליף פרה בחמור וילדה, זה אומר: עד שלא מכרתי, וזה אומר: משלקחתי - יחלוקו". שואלת הגמרא מדוע אין מכריעים את הספק לפי דיני המוחזק, לבחון ברשות מי נמצא הוולד ויהא חברו המוציא מחברו עליו הראיה? מתרצת הגמרא כי הוולד נמצא במקום שאינו של שניהם. שואלת הגמרא מדוע אין מכריעים את הספק על פי חזקת מרא קמא? וגם בהקשר זה מציינת הגמרא: "וליהוי אידך המוציא מחברו עליו הראיה". כלומר, הגמרא השוותה בלשונה את דין המרא קמא לדין המוחזק ולא נקטה כי חל במקרה שכזה דין "חזקה דמעיקרא", אלא גרסה שכשיש חזקת מרא קמא, נחשב הצד השני ל"מוציא מחברו", בדיוק כמו המוציא מידי מוחזק.

הרמב"ם פסק בכל מקום כחכמים כי המוציא מחברו עליו הראיה, ובכל זאת ביחס למקרה של מחליף פרה בחמור וילדה, כשכל אחד מבעלי הדין טוען טענת שמא ואינו יודע ברשות מי ילדה, פוסק הרמב"ם בהלכות מכירה (פרק כ' הלכה י"א): "זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהן - יחלוקו". מכאן מוכיח הב"ח (על טור חושן משפט סימן רכ"ג), כי הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה" גם לפי חכמים חל רק כשכל צד מעלה טענת ברי. אבל, כשטוענים טענת שמא, לא נאמר כלל זה. ודוק היטב: אילו דין חזקת מרא קמא היה פועל מכוח העיקרון של 'חזקה דמעיקרא', הרי שלא היה כל הבדל אם הצדדים טוענים טענת ברי או טענת שמא, שהרי גם באיסורים חזקה זו מכריעה במקום שאנחנו מסופקים. הטעם הוא כי חזקת מרא קמא היא חידוש הממשיך את המציאות שהייתה ואינה עניין לטענותיהם כלל. אדרבה, חזקה זו היא דבר שנקבע כהנהגה דווקא כאשר מסופקים בדבר[69]. אולם, אם חזקת מרא קמא אינה מדין חזקה דמעיקרא אלא מדין חזקת ממון, הרי שניתן לומר כי מי שאינו טוען טענת ברי, אינו נחשב לבעלים,

---

פרט ב' ושערי יושר שער ה' פרק י"ד.

69. ר' רשב"א קידושין ס"ו סוף ד"ה "ואינו מחוור" כי האומר טענת "ברי" להתירא, לא מועילה חזקה קמייתא לאסור, **"לפי שלא ציוותה תורה לילך אחר חזקה אלא למי שמסופק בדבר"**. ועיין בקונטרס הספיקות ב' סעיף ד' המביא את דברי הרשב"א הללו, ומציין "ורז זה גילה לנו הרב בעל פני יהושע בכתובות כ"ב עמ' ב' ד"ה "ועדיין צריך", שהרחיב בביאור דעת הרשב"א והדברים עתיקים".

שהרי הוא עצמו אינו טוען שהוא בעלים, ואם כן לא חל הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה"[70].

ביחס לשיטת "קונטרס הספיקות" יש להבין מדוע באמת לא תועיל חזקת מרא קמא כשיש לצידה גם 'חזקה דמעיקרא' המכריעה את הספק גם מבחינה איסורית? שמא תאמר כי הדבר נובע מכך שבממונא לא משתמשים בחזקות של איסורים, הרי שהדבר אינו מהווה טעם מספיק, שהרי מצינו בש"ס כי הולכים אחר חזקה דמעיקרא גם בדיני ממונות. כך למשל:

במשנה כתובות דף י"ב עמ' ב' מצינו: "הנושא את האישה ולא מצא לה בתולים, היא אומרת משארסתני נאנסתי ונסתחפה שדהו, והוא אומר לא כי, אלא עד שלא ארסתיך והיה מקחי מקח טעות. רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים: נאמנת". ומבארת הגמרא כי הדבר נובע מכיוון ש"אוקמה אחזקה". מבאר רש"י: כי יש ספק האם בשעת אירוסין הייתה בתולה וחל חיוב של מאתיים זוז בכתובתה, או שמא בעולה הייתה, ולכן "העמד אשה על חזקתה ובתולה נולדה", וממילא נקבע

---

70. וראה בספר העיקרים לגר"ש איגר בעיקר "אין הולכים בממון אחר הרוב", שציין כי בסוגיה במסכת בבא מציעא דף ל"ד עמ' ב' מצינו כי כשיש ספק אם חל חיוב בכפל הביא הרא"ש סי' ב' את דעת הרי"ף והרמב"ם שחולקים את הכפל. ותמה עליהם הרא"ש מדוע חולקים? אכן, אין לבעל הפרה חזקת מרא קמא בכפל, אך מכל מקום היה צריך לקנות פרה לכפילא ועל הפרה יש לו חזקת מרא קמא? ביחס למחלוקת זו מציין הגר"ש איגר: כי אפשרי שהמחלוקת היא בנידון דנא: הרא"ש סובר כי חזקת מרא קמא נובעת מחזקה דמעיקרא, ולכן חזקת מרא קמא שיש לו בפרה מכריעה את הספק, והרי"ף והרמב"ם סבורים שטעם חזקת מרא קמא משום שבעל דינו נחשב למוציא דבר שהיה ידוע שהיה ברשות חברו, והרי הכפל לא היה עוד של חברו. ועיין קהילות יעקב על בבא מציעא סימן ל"ב. כמו כן, ר' דבריו של הרב אלחנן וסרמן בקובץ שיעורים חלק ב' סימן ח' המביא ראיה כי חזקת מרא קמא אינה חזקה דמעיקרא אלא חזקה רגילה מדברי תוספות במסכת בבא מציעא דף ק' עמ' א' ד"ה "הא מני סומכוס היא", שכתבו כי חזקת מרא קמא של בעלות הפרה עדיפא על חזקה דמעיקרא שגם בשעת הספק הפרה הייתה מעוברת, והעדיפות היא שחזקת מרא קמא היא כמו חזקת ממון. (לולא דבריו נראה לכאורה שניתן להסביר בתוספות כי העדיפות על פני חזקה של מעוברת נובעת מכך שזו חזקה שהתערערה, שהרי ילדה, כפי שמצינו לגבי מקווה שנמצא חסר כי כנגד חזקת הטומאה של הגברא אין חזקה של המקווה, שהרי מקווה חסר לפניך).

כי בשעת האירוסין המשיכה להיות בתולה והיא נאנסה אחר האירוסין. הרי לנו שימוש בחזקה דמעיקרא ביחס לדיני ממונות (של חיוב בכתובה).

במשנה כתובות דף ע"ה עמ' א' מצינו: "היו בה מומים ועודה בבית אביה - האב צריך להביא ראיה שמשנתארסה היו בה מומין הללו ונסתחפה שדהו. נכנסה לרשות הבעל - הבעל צריך להביא ראיה שעד שלא התארסה היו בה מומים אלו, והיה מקחו מקח טעות, דברי רבי מאיר". הטעם לכך שלאחר נישואין מוטל על הבעל להביא ראיה שעוד בטרם לאירוסין לא הייתה בתולה, נעוץ בכך שהאישה נהנית מחזקה דמעיקרא שהייתה בתולה. הנה לנו שוב, הסתמכות על חזקה דמעיקרא - בענייני ממונות[71].

ודוק, אם במקרה של חזקת מרא קמא חל גם הכלל של חזקה דמעיקרא, הרי שלא מובנת הסוגיה במסכת בבא בתרא דף פ"א ע"א, בה מציינת הגמרא כי הקונה שני אילנות ויש ספק האם נמכרה גם הקרקע ביחד עמם, הריהו מביא ביכורים (כי ספיקא דאורייתא לחומרא), אך אינו קורא את פרשת ביכורים שאינה נאמרת אלא במקרה של חיוב ודאי. הרשב"ם מבאר כי הטעם שאינו קורא, מפני שמחמת הספק אין מוציאים מידי המוכר, שכן המוציא מחברו עליו הראיה. לכאורה, אם כתוצאה מן המוחזקות והחלת הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה אנו מכריעים שהקרקע נשארת בידי המוכר בוודאות, מדוע חייב הקונה בהבאת ביכורים? הרי אין לקונה בעלות בקרקע כלל, שכן הספק הוכרע לטובת הבעלים המקורי ואי אפשר להוציא מידו. מוכח אפוא כי המוחזק בחזקת מרא קמא אינו בעלים ודאי ולכן הקונה חייב להביא ביכורים מספק, על אף שהמוכר הוא זה שהקרקע נותרת בידו. ברם, שואל הרב שמעון שקופ, בספרו "שערי יושר", שער ה' פרק י"ד, אם חזקת מרא קמא נובעת מחזקה דמעיקרא, למה מביא הקונה ביכורים מספק? הן הכלל הוא לגבי איסורים ומצוות שע"י חזקה דמעיקרא הדין מוכרע באופן גמור וודאי, וא"כ היה עלינו לפסוק את דין הקרקע לגבי מצוות ביכורים שהיא בחזקת בעליה הקודם (המוכר) באופן מוחלט וממילא אין כאן ספק לגבי הביכורים כלל?

---

71. הרב שמעון שקופ ב"שערי יושר" שער ה' פרק י"ד הביא ראיות נוספות לכך מדברי הראשונים. כך למשל: כתובות דף ל"ו ע"א תוס' ד"ה "החרשת"; בבא מציעא דף ק' עמ' א' בתוס' מצינו שמועילה חזקת מעוברת להצטרף עם חזקת ממון לסומכוס.

הרב שמעון שקופ שם מבהיר בעניין זה יסוד מוסד כדלהלן:

חזקה דמעיקרא התחדשה כדרך הנהגה כיצד לנהוג במקום שבו יש ספק הנוגע לאיסור.

אולם, יש כללי הכרעה נוספים בספיקות, שבעקבות החלתם נקבע כיצד תוכרע ההלכה במקרה הנדון, ומשכך לא נשתמש בחזקה דמעיקרא. כך למשל הכלל הוא כי 'ספק טומאה ברשות היחיד - טמא', גם כשיש חזקה דמעיקרא שיכולה לקבוע שהאדם טהור. במקרה של ספק טומאה ברשות היחיד אין אנו מתייחסים לחזקת הטהרה של אותו אדם, שכן הדין של חזקה לא נאמר אלא למקרים של ספק בלתי מוכרע, וביחס לספק טומאה ברשות היחיד הכריעה התורה את הספק, וממילא אין מקום להתייחס לחזקה דמעיקרא.

כך קבעה התורה כי חזקת 'מרא קמא' קובעת כיצד יש לנהוג בספק של ממון הנמצא בפנינו, ואילו חזקה קמייתא היא דרך ההכרעה ב'ספק איסור'. הספק לגבי קניית הקרקע במי שקנה שני אילנות, הוא ספק ממוני, והתורה קבעה שספק ממון כזה מוכרע על פי חזקת 'מרא קמא'. שורש הספק שלפנינו אינו ספק לגבי הבאת הביכורים והקריאה של הקונה, מפני שהם ספיקות שנוצרים כתולדה וכתוצאה של הבעלות על הקרקע, מכיוון שהשאלה היא מי הבעלים של הקרקע, אין לפנינו 'ספק איסור' ובהעדר ספק כזה לפנינו אין מקום להחיל 'חזקה דמעיקרא'.

לפי זה מובנת הסוגיה העוסקת בחיוב הבאת ביכורים. מכיוון שהספק הממוני נפשט בעזרת חזקת מרא קמא, אין בפנינו דיון של איסור, ממילא אין מקום להחיל חזקה דמעיקרא.

מעתה, מכיוון שאין בכוח דין 'מרא קמא' להכריע בתורת ודאי שהמוכר הוא הבעלים ולא הקונה, אלא הממון נשאר בידו רק כי לקונה אין ראיה, הרי שהקונה אינו נפטר מהבאת ביכורים. אבל אין המוכר יכול "לדרוש" הכרעה סופית שהקרקע שלו מכוח הדין של חזקה דמעיקרא, שכן לא היה דיון איסורי בעת שחזקת מרא קמא "אמרה את דברה" שהקרקע נותרת אצלו במצב של ספק, (ולכן הלוקח מביא ביכורים מכוח הצד שהקרקע שלו, אבל אינו קורא מכוח הצד שהקרקע אינה שלו). בהעדר דיון של איסור - אין מקום להחיל חזקה דמעיקרא.

דברי הגר"ש שקופ צריכים ביאור, שכן בהחלט ייתכן מצב שבו מתעורר הספק בהבאת הביכורים לפני שהצדדים דנו על הבעלות בקרקע, ובכל זאת אין אנו דנים

אותו כ'ספק איסור'. משום כך מחדש הגר"ש שקופ כי בכל ספק אנו הולכים לפי הנתון הטעון בירור שהוא שורש הספק, ושאלת הבאת הביכורים תלויה בשאלה האם הקונה קנה קרקע. לכן ספק זה מוכרע על פי כללי ספק ממון ולא לפי כללי ספק איסור. אלא שעדיין הדברים קשים שהרי אי אפשר לאחוז בחבל משתי הקצוות, כשמחד גיסא נאמר כי באותה נקודת זמן חזקת מרא קמא אינה פושטת את הספק ההלכתי, ומאידך איננו מאפשרים לחזקה דמעיקרא לחול בטענה שהספק צריך להתברר מכוח חזקת מרא קמא[72].

ודוק, הרי לשיטת הרב שקופ עצמו שהבאנו לעיל, לאחר שבית הדין פסק שהקרקע של המוכר, אם בעל הקרקע היה מקדש אשה בקרקע שמוחזקת בידו, היא הייתה מקודשת בוודאי. כמו כן אם לאחר זכייתו בקרקע היה מגדל בה עצים עם פירות חדשים היה המוכר 'מביא וקורא'. נמצא שרק על הפירות שיגדלו על העצים שנמכרו לקונה אנו אומרים שלא נפטרו מביכורים כי הוא הפסיד את הקרקע רק בגלל חזקת 'מרא קמא'.

ואכן, הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שמועות" (בבא מציעא אות ל"ו) חולק וכותב כי בכל מקום שיש חזקת מרא קמא חלה גם חזקה קמייתא. כלומר, הוא סובר שחזקת מרא קמא אינה סותרת לתחולת חזקה דמעיקרא, ואם כן נותרנו בצ"ע מדוע בדיני ביכורים הקונה מביא ביכורים, ואין החזקה דמעיקרא קובעת באופן ודאי כי המוכר נותר בעל הקרקע ואין הקונה מביא ביכורים?

הרב דוד פוברסקי[73] מבאר את הסוגיה באופן המרהיב הבא:

הרמב"ם (הלכות ביכורים פרק ב' הלכה י"ג) פוסק כי אמנם 'הקונה שלשה אילנות נחשב כמי שיש לו קרקע והוא מביא ביכורים, ואף על פי שאין לו אלא אילנות בלבד הרי הוא כמי שקנה קרקע'. כלומר, הוא לא באמת קנה קרקע אך נחשב כמי שקנה

---

72. הגרש"ש מעלה שם תמיהה זו בעצמו ומיישב כי דיני הביכורים **נובעים** מן ההכרעה בדיני הממונות, אלא שבדיני הממונות גופא אנו מכריעים מכוח חזקת מרא קמא שאינה מועילה לדינים שאינם ממוניים, לכן זה נשאר ספק שאין מה שיכריע אותו, ועל כן הוא מביא ואינו קורא.

73. הרב דוד פוברסקי שעורי ר' דוד מסכת גיטין דף מ"ח עמ' א'.

קרקע. הראב"ד השיג על הרמב"ם וסבר כי מדובר בקניית קרקע ממש ולא בקניין לעניין מסוים בלבד.

הרב חיים סולובייצ'יק בחידושיו ביאר, כי לדעת הרמב"ם גם מי שקנה שלשה אילנות - אין גוף הקרקע קנויה לו לכל דבר, אלא שיש לו בקרקע זכות נטיעה לעולם של אילנות, ואם האילנות שקנה ימותו הוא רשאי לנטוע אילנות אחרים תחתם. מכיוון שהקרקע קנויה לו לעולם לשימוש אחד לעניין זריעה ונטיעה - די בכך כדי שיוכל לומר: "את האדמה אשר נתת לי" והדבר נקרא אדמתו של הקונה ולכן הוא מביא ביכורים וקורא.

הרב סולובייצ'יק כתב כי אם קנה אילן אחד אין לו בקרקע זכות וקניין כלל, אלא רק זכות יניקה לעץ זה, וזכות זו אינה נחשבת כקניין בקרקע כלל, אף לא כקניין פירות אלא כל קניינו הוא בעץ בלבד, ולכן אינו מביא וקורא[74].

בהתאם להסבר זה של הרב סולובייצ'יק יישב הרב פוברסקי את קושיית הגר"ש שקופ מדוע הקונה שני אילנות מביא ואינו קורא אף שנפסק שהקרקע שלו מדין המוציא מחברו עליו הראיה, מיישב שהרי לפי דברי הרב סולובייצ'יק הספק אם יש לו קרקע אינו מעשי אלא רק ספק למדני: האם הקונה שני אילנות הוא כקונה אילן אחד שיש לו זכות יניקה בלבד, או שמא דינו כקונה שלושה אילנות, שיש לו זכות גם בגוף הקרקע לעניין יניקה.

נמצא שלעניין ההנהגה בפועל - אין נפקא מינה אם קנה את הקרקע או לא, שהרי ברור שיש לו זכות שהאילן יחיה, אלא השאלה היא האם זכות היניקה היא זכות בקרקע או באילן בלבד, לדרוש לאפשר לאילן לינק. זו נפקות "למדנית" כשבפועל ברור שאין המוכר יכול לשלול מהקונה את היניקה.

שמא תקשה כי תהיה בכל זאת נפקות מעשית לשאלה האם קנה קרקע או לאו, וזאת כשימותו האילנות שקנה עתה, ותתעורר שאלה האם זכאי הקונה שני אילנות לנטוע אילנות חילופיים, כשם שזכאי הקונה שלושה אילנות?

---

74. הרב סולובייצ'יק הציע דרך נוספת לפיה הקונה אילן אחד אין לו קניין לעניין יניקת הקרקע, אלא כל קניינו הוא רק באילן שמכר לו ולא בקרקע אלא שממילא מחויבים הבעלים לתת לו מקום האילן ויניקתו, כדי שיהא לו האילן שמכר לו. מכיוון שאין לו שום קניין בקרקע לכן נפטר הוא גם מהבאה, דהווי כקונה פירות מן השוק.

בתשובה לכך מבאר הרב פוברסקי כי אכן, כשיבא ליטע אילנות אחרים תחתיהם, לא יוכל לעשות כן מחמת דין המוציא מחברו עליו הראיה. מכל מקום עכשיו עד זמן הנטיעה, אין נפקות מעשית לשאלה זו וממילא אין להחיל שום חזקה שהיא הוראה כיצד יש לנהוג ונשאר הספק שמא יש לו קניין הגוף בקרקע.

מכיוון שאין עכשיו שאלה מעשית כיצד לנהוג - אין מקום להחיל דין המוציא מחברו עליו הראיה כי כרגע אינו מוציא ממנו כלום, ודין המוציא מחברו הוא הוראה כיצד לנהוג למעשה, כפי שראינו לעיל.

אלא שגם על דבריו יש להקשות מהמקרה שבו הקונה בא לשאול את בית הדין רק לגבי הבאת הביכורים ולא על קניין הקרקע.

ד. תובע התופס וטוען טענת ברי כנגד "מוחזק"

הבאנו לעיל את הסוגיה בבא מציעא (דף ו' עמ' ב') בעניין "תקפו כהן". על פי ההלכה יש לתת בכור בהמה לכהן, ובסוגיה שם נדון מקרה של ולד בהמה שיש ספק אם הוא בכור וממילא יש ספק האם יש לכהן בעלות ממונית על הוולד. הכהן אינו זכאי ליטול את הוולד שיש ספק האם הוא בכור, לנוכח הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". גם אם הכהן תפס את הוולד בחוזקה וטוען כי עתה הוא המוחזק ועל הישראל להביא ראיה שהוולד אינו בכור - "מוציאים אותו מידו". כלומר, מוציאים את הוולד מידו של הכהן ומחזירים לישראל, שכן משעה שנולד 'הספק' - הוולד, כבר חל עליו הדין של "עליו הראיה" - הוטל על הכהן להביא ראיה כדי להוציא מהמוחזק, ובתפיסה בלבד לא די. הכלל הוא על כן כאמור כי 'תפיסה לאחר שנולד הספק' - אינה מועילה[75].

סוגיה זו במסכת בבא מציעא עומדת לכאורה בסתירה לסוגיה במסכת כתובות דף י"ט עמ' ב'. שם מצינו ברייתא כי שטר שהעדים החתומים עליו מתו, ובאו שני עדים אחרים ואמרו "ידענו שכתב ידם הוא, אבל אנוסים היו (לשקר בעדותם), קטנים היו, פסולי עדות היו - הרי אלו נאמנים, ואי אפשר להשתמש בשטר הזה

75. כך עולה מן הסוגיה האמורה וזאת שיטת רוב הראשונים שנפסקה להלכה בטור יורה דעה סימן שט"ו: "ספק בכור אין הבעלים צריכים לתנו לכהן ... ואם תקפו כהן כתב הרמב"ם שאין מוציאים אותו מידו ואדוני אבי הרא"ש כתב שמוציאים אותו מידו".

כדי להוציא כסף מידי המוחזק. אם אין צורך באישור של העדים השניים, כי מדובר בחתימה של העדים הראשונים המוכרת לבית הדין, אין העדים השניים נאמנים, והמלווה יכול לגבות באמצעות שטר זה. שואלת הגמרא כיצד ניתן להצדיק את המלווה שעה שיש גם עדים המעידים לטובת הלווה? אמר רב נחמן: "אוּקֵי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה". כלומר, העדים מבטלים זה את עדות משנהו והמקרה נותר במצב של ספק. במקרה של ספק - נותר הכסף בידי המוחזק, כלומר בידי הלווה.

שואל רש"י שם ד"ה "ואוּקֵי ממונא בחזקת מריה", כיצד נאמר בלשון הברייתא כי העדים 'אינם נאמנים', הרי תוצאת הדין היא שבגלל עדות העדים אין הלווה משלם למלווה ונמצא כי עדות העדים הועילה לערער את השטר. מתרץ רש"י: כי אילו היו העדים נאמנים היה השטר נפסל בוודאות, אבל כשאינם נאמנים אין הלווה ממשיך להחזיק בכסף מכוח עדותם של עדיו (שערערו על עדי השטר), אלא רק מספק ומכוח היותו מוחזק בכסף. לכן אם המלווה יתפוס ממנו כסף אין הלווה מוציא ממנו, ועל מקרה זה נאמר בברייתא שאין העדים השניים נאמנים לערער את השטר.

מכאן עולה אפוא כי תפיסה של המלווה בכסף מועילה, על אף שזו תפיסה לאחר שנולד הספק ואם כן הדברים סותרים לסוגיה במסכת בבא מציעא.

שאלה זו מקשים תוספות שם ותירוצם הוא כי בסוגיה של "תקפו כהן" במסכת בבא מציעא הכהן התופס - טוען טענת ספק, שהרי הוא עצמו אינו יודע האם הוולד בכור אם לאו. לעומת זאת בסוגיה במסכת כתובות, המלווה התופס בכסף טוען טענת ברי ולכן מועילה התפיסה, ולדבריהם אם הכהן טוען ברי, שיודע שהוולד בכור, תועיל תפיסתו.

נמצאנו למדים אפוא כי תפיסה לאחר שנולד הספק וטענת ברי גוברים על מי שהיה המוחזק.

ניתן להבין את הטעם לכך שטענת ברי מועילה להותיר את הכסף בידי מי שתפס, בכך שבמוחזקותו של הלווה אין כל ראיה לעניין ספק ההלוואה ולכן יש מקום לדונו כתפוס בהלוואה ולא כמי שיש לו חזקת ממון[76]. כמו כן בספק בכור גם אם

76. לעיל הבהרנו כי יש להבחין בין 'חזקת ממון' לבין מוחזק מספק. חזקת ממון היא חזקה שיש בה סברא, כדבר הקרוב לוודאי לפיה הממון שייך למחזיק בו, כי אנו

היו נחלקים בברי אין במוחזקות של הוולד ראיה, וממילא מובן כי תפיסתו של מי שאומר שאין לו ספק כי החפץ שלו, גוברת על מוחזקות שאין בה כדי להוכיח דבר ביחס לבעלות המוחזק בחפץ.

דרך מעמיקה יותר להבין מדוע מי שתופס וטוען טענת ברי עדיף על מי שהיה מוחזק, היא כי הדין של 'מוחזק' אינו מברר דבר אלא קובע למי שמסופק כיצד לנהוג במקרים של ספק. אבל, כאשר התופס טוען ברי הרי שעל פי טענתו אין לו ספק בדבר הנדון וממילא, בהעדר ספק, אין הכרעת מוחזק חלה ביחס אליו.

אלא שצריך להבין, אם כך מדוע טענת ברי לא מועילה גם להוציא מידיו של מוחזק הטוען שמא? ומדוע מועילה טענת ברי רק כאשר כבר תפס את החפץ קודם לכן? דבר זה מתבאר ע"י הרב שמעון שקופ בספרו "שערי יושר" (שער ה' פרק י'), כי העובדה שאדם הבא לבית הדין וטוען על ממון שביד חברו שאין לו ספק שהוא שלו, אינה מקנה לו כוח בבית הדין להוציא את הממון מידי המוחזק. כשאמרו שהרוצה להוציא מחברו צריך להביא ראיה, מפורש ברש"י גיטין דף מ"ח עמ' ב': "המוציא מחברו עליו הראיה - **עליו להביא עדים** לברר את הספק". הראיה הנדרשת כדי להוציא מידיו של מוחזק - היא עדות, ולבית הדין אין כוח להוציא ממון מידי המוחזק מכוח מהימנות אישית, אלא נדרשים דיני ראיות כדי להוציא ממון - קרי עדות. לכן, גם כשהתובע טוען שהוא הבעלים של ממון שביד חברו בלי ספק, אומרים בית דין למלווה הבא ראיה. אבל, לאחר שתפס המלווה בעצמו את החפץ שלא בעדים הוא אינו זקוק לסעד מבית הדין, אדרבה המוחזק המקורי הוא

מניחים ש"חזקה כל מה שתחת יד אדם הריהו שלו". על פי רוב החפצים המוחזקים ביד אנשים אינם גנובים, ואין לנו להחזיק את שלפנינו כגנב אפילו מספק, ולכן ההנחה היא שחפץ שאדם מחזיק בו הגיע לידו כדין - או שקנה אותו כדין או שקיבל אותו כדין או שירש אותו ממי שהיה בעלים כדין. זוהי ההנחה כי "כל מה שתחת יד אדם הוא שלו", במקרים שבהם מתקיימת ההנחה ש"כל מה שתחת יד אדם הוא שלו", אין להוציא את החפץ מידי מי שמחזיק בו, בלי ראיה מוכחת, שהרי אנו מניחים שהוא שייך למחזיק. בדרך כלל זו משמעותו של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". לעומת זאת, מוחזק מספק (או "תפוס") נאמר ביחס למצבים שבהם לא תקפה ההנחה של חזקה מה שתחת יד אדם הריהו שלו, שכן יש ספק מובנה ביחס לבעלות בחפץ, כמו בספק בכור שגם אם הוא בכור אין בעובדה שהוא נולד ברשותו של הישראל בכדי להגדירו כגנב.

שבא עכשיו ודורש להחזיר את החפץ לידו מכוח מוחזקותו בעבר, ובזה אין ביד בית הדין לסייע ללווה להוציא מיד התופס, שהרי התופס שלא בעדים אינו מוגדר כגזלן - שבית הדין מסייעים לנגזל להוציא ממנו, אדרבה לדבריו אין ספק שהחפץ שלו, ודין מוחזק אינו חל כלפיו. לעומת זאת מי שתופס חפץ מחברו בעדים וטוען שהוא שלו, כיוון שתפס ממוחזק בעדים הוא נחשב לגזלן (כמבואר בסוגיית 'נסכא דרבי אבא' בב"ב ל"ד ע"א).

אכן, אילו היה התופס מוציא ממוחזק כשהוא עצמו לא יודע מה הדין הרי כיוון שאין לו ראיה בית הדין היו מפעילים את סמכותם. אבל, כשברי לו שהחפץ שלו, אין הוא מחויב להימנע מלתפוס את החפץ. חזקת המוחזק לא מהווה ראיה כנגדו, שהרי היא מאפשרת למוחזק להחזיק בנכס רק מכוח העדר סמכות לבית הדין להוציא מידו במקרה של ספק, בלא שיהא בה הכרעה דינית כלשהיא וממילא כאשר לו עצמו אין ספק - נותר החפץ בידו.

ברם, הכלל האמור לפיו טענת ברי מועילה להותיר את החפץ בידי התופס שהוציא מן המוחזק - סותר לכאורה לסוגיה בתחילת מסכת בבא בתרא.

במשנה בבא בתרא דף ב' עמ' א' מצינו כי אם נפל כותל הניצב בגבול שבין שתי חצרות לתוך רשותו של אחד מהם, הרי שאלמלא היה מוטל מלכתחילה חיוב על שני השכנים להקים את הכותל ביניהם, היה זוכה באבנים שנפלו אותו השכן שלחצרו נפלו האבנים שהרי הוא תפוס בהם.

מקשה התוספות שם, מדוע היה זוכה הלה בכל האבנים הרי "מעיקרא נולד הספק, ואם היו באים לחלוק בעוד שהכותל קיים היו חולקים בשווה מספק... הלכך אפילו נפל לרשות אחד מהם לא יפסיד האחר כוחו"? כלומר הרי זו תפיסה אחר שנולד הספק?

לכאורה קושייתם תמוהה, וניתן ליישבה בנקל על פי דבריהם במסכת כתובות כי תפיסה לאחר שנולד הספק מועילה למי שיש לו טענת ברי, וכן כאן תופס הלה את האבנים וטוען כי ברי לו שהם שלו?

יישוב לשאלה זו מצוי בספר "קונטרס הספיקות" בכלל ב' בשם אחיו:

מקום שבו הדין המקורי להכרעה בין הצדדים היה "המוציא מחברו עליו הראיה", (כמו בשני המקרים שנזכרו לעיל, בסוגיית "תקפו כהן" במסכת בבא מציעא

ובסוגיית "שטרות" במסכת כתובות), מועילה התפיסה בידי מי שטוען טענת ברי, **שהרי "אילו היו באים תחילה לדין, היה גם כן הדין שהמוציא מחברו עליו הראיה, אלא שמתחילה היה הראשון מוחזק ועכשיו השני מוחזק - ואין הדין משתנה".**

לאמור, הדין של המוציא מחברו נותר על כנו, ומה שהשתנה הוא המצב העובדתי שבו התובע הפך למוחזק והמוחזק הקודם הפך לתובע. במקרה כזה, מועילה לתופס טענת ברי שלו.

לעומת זאת, מקום שבו אם היו הצדדים באים לדין מתחילה כשהכותל עומד על כנו, הרי שהדין היה "יחלוקו" (מפני שזהו ממון המוטל בספק שאין אחד מוחזק בו יותר מחברו או ששניהם מוחזקים בו בשווה, וזהו הכלל החל ביחס למקרה הנדון בתחילת מסכת בבא בתרא), הרי שגם אם תפס אחד מהצדדים באבני הכותל מוציאים אותם מידו כדי להעמיד את הדין הקודם בחזקתו ולא מועילה לו טענת ברי שלו.

נראה כי הסברם של הדברים הוא, כי הכלל של "יחלוקו" הוא בגדר של פסק דין חיובי שנקבע ע"י בית הדין, ותפיסה אינה יכולה לשנות הכרעה דינית, גם אם התופס טוען שאין לו ספקות. אבל הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" אינו בגדר של פסק דין חיובי, אלא שבהעדר ראיה תומכת בטענתו - בית הדין נעדרי כוח לתת סעד משפטי לתובע הטוען טענת ברי ולהוציא את החפץ מידי המוחזק. אין זו הכרעה לטובת המוחזק אלא הימנעות מהכרעה בדבר בהעדר ראיה להוציא מידו. לכן, אם תפס הצד השני הדין נותר על כנו ומוחל באופן הפוך כשהמציאות משתנה, שכן שוב בית הדין לא יכולים לאכוף דבר - ביחס למקרה זה.

פרק ב

עדויות נגד מוחזק

פתחנו בפרק א' בכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" לפיו אם אין בידי התובע ראיה נותר הממון בידי המוחזק. מהי הראיה שנדרשת מן התובע כדי להוציא ממון מידי המוחזק? פשיטא כי עדים מהווים ראיה, שהרי נאמר בתורה (דברים י"ט, ט"ו): "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר". ואכן, רש"י במסכת בבא מציעא (דף ב' עמ' ב' ד"ה "עליו הראיה") מבאר: "עליו הראיה - **בעדים**. ואם לא (הביא עדים) אינו גובה דבר" (וכן כתב רש"י במסכת גיטין דף מ"ח ע"ב). כלומר, הראיה הברורה היא עדים.

עדות העדים אינה רק ראיה הסתברותית כי מסתמא העדים אינם משקרים ולכן כנראה שהמציאות היא כדבריהם. התורה אומרת 'על פי שני עדים **יקום דבר**' ובכך נקבע כי העדים מקנים סמכות וכוח לבית הדין ולהכרעתו. כלומר, לא זו בלבד שהעדים מספקים ידיעה על העובדות, אלא שהם גם יוצרים את הסמכות שמכוחה בית הדין מוציא ממון מהנתבע[77]. כדי להבין עניין זה נבקש לבאר את יסוד כוחם של שני עדים להוציא ממון מהנתבע.

א. מהותה של עדות

על פני הדברים נראה היה לכאורה, כי שני עדים יוצרים בירור עובדתי, ברמת הוכחה שבית הדין יכול וצריך לפעול על פיה. ברם, בגמרא במסכת סנהדרין (דף ל' עמ' א') מצינו שאם עד אחד מעיד על הלוואה של סכום מסוים ביום א', וחברו מעיד על הלוואת סכום זהה ביום ב', נחשב הדבר שיש שני עדים כי הלווה חייב סכום זה למלווה. במקרה זה, כל אחד מעיד "עדות מיוחדת", דהיינו שאינו מעיד על אותו אירוע שהעיד חברו, ובכל זאת הם מצטרפים. הכיצד ניתן להוציא ממון על פי עדות

---

77. כך נקט רבי שמעון שקופ בספרו "שערי יושר" שער ז' פרק א' "אין כונת התורה שהעדים יבררו רק האמת לפני בי"ד, אלא שהעדים פועלים לחדש אצל בי"ד כוח חדש לחתוך הדין ולכוף לקיימו כשורת הדין".

זאת? הן עד אחד אינו נאמן ואין אנו מוציאים ממון על פיו, וכאן בפנינו שני אירועי הלוואה, שעל כל אחד מהם אין לנו אלא עדות של עד אחד? ברור שאין זו עדות אחת של שני עדים על אותו מקרה, שכן אז היו העדים מכחישים ומבטלים איש את רעהו. מכאן עולה כי גם במקרה שאין לבית הדין בירור עובדתי מכוח שני עדים שעדותם תואמת ושיטתית, אלא בפנינו שתי עדויות של עד אחד, יש בכך להביא את בית הדין לפסוק על פיהם. הכיצד? בית הדין לא מקבל מהעדים את הסיפור העובדתי ומסיק את החיוב, אלא העדים מעידים כל אחד על חיוב סכום מסוים של הלווה למלווה, וביחד יש בפני בית הדין עדות של שני עדים שהלווה חייב למלווה סכום זה. כלומר גם מבלי לדעת אם סיפורי העדים נכונים, ההכרעה על חובו של הלווה למלווה מתקבלת על פי עדות העדים האומרים לבית הדין שהם יודעים שהוא חייב.

אך עדיין צריך להבין אם בית הדין לא יודעים שום סיפור נכון, כיצד יפסקו חיוב ללא סיבה המחייבת?

הגמרא במסכת מכות (דף ו' עמ' א') מבארת את מילות הפסוק: "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים **יקום דבר**" - "במקיימי דבר הכתוב מדבר", משמע שהעדים 'מקיימים' את הדבר, ויוצרים את העדות. בחידושי ר' שמעון שקופ (קידושין סימן ל"ז) מצינו דיון האם שני "העדים יחד מועילים לקיום הדין, או שכל אחד **מועיל בפני עצמו להוציא חצי הדבר** ובהצטרף שני החצאים נגמר כל הדבר". כלומר, הספק הוא האם יצירת ה'דבר' (ה'עדות') נולדת רק לאחר עדות שניהם, או שמא יש כוח מצטבר לעדות של כל אחד כשהוא לבדו, שהרי גם עדות של עד אחד מועילה לחייב שבועה, ואין לומר כי עדות של עד אחד אינה בת משקל ראייתי כלשהו ולפתע בהינתן עדות של שני עדים הפכו שני "אפסים" לברי תוכן מכריע, נראה כי לעדות של עד אחד בדיני ממונות יש משקל ראייתי כשלעצמו, המערער במקצת את חזקת הבעלים ומחייב אותם להישבע, ועם שמיעת עדות נוספת מגבש בית הדין את דעתו.

הרב שמואל רוזובסקי (בחידושי ר' שמואל מסכת גיטין סימן ט"ז)[78], מוסיף ומבאר את צדדי הדיון האמור: כאשר נאמר בתורה (דברים י"ט, ט"ו) "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים **יקום דבר**", הרי שבכל הנוגע לדיני ממונות יש לכל עד בפני עצמו

78. וראה חידושי הגר"ח סולובייצ'יק בכתבים עמ' רכ"ד, ודברי הרב שמעון שקופ בספרו שערי יושר שער ז' פרק א'.

"חצי **כוח עדות** והוא פועל חצי ב'**יקום דבר**' של העדות, אף שעד אחד כשלעצמו אינו מוציא ממון כלל, היינו משום שאין די בחצי כוח עדות כדי לחייב ממון וצריך הצטרפות של שני החצאים. אבל על כל פנים כל אחד בפני עצמו פועל חצי ב'כוח העדות'".

מתבאר מדבריהם שעדות של ממון אינה בהכרח עניין ראייתי, אלא העדים יוצרים "**כוח עדות**" שמשמעו כי בית הדין יונק את סמכות הכרעתו משני העדים. העדים אינם מספקים לביה"ד רק ידיעה על העובדות, אלא הם נותנים לביה"ד גם את הסמכות וכוח הפסק שעל פיו ביה"ד מוציא ממון מהנתבע. לעד אחד אין "כוח עדות" להוציא ממון, אבל יש לעדותו משקל ראייתי והוא מוגדר כמי שפועל חצי "כוח עדות", ובהינתן עדות נוספת בפנינו "כוח עדות" שלם, שעליו אמרה התורה: "יקום דבר".

בהתאם לכך מבאר הרב שמואל רוזובסקי את הדין של "עדות מיוחדת". כי אמנם העדים מספרים כל אחד סיפור שונה ובעת ראיית העדות הם אינם 'כת אחת'. בית הדין השומע את סיפוריהם אינו יכול לוודא שסיפוריהם נכונים. אבל יש לכל עד המעיד על סיפורו משקל ראייתי המספיק לקבוע ב'חצי כוח עדות' ש'פלוני חייב לאלמוני סכום מסוים'. בית הדין לא צריכים [ולא יכולים] לצרף את הסיפורים השונים של העדים, אבל יש צירוף של 'כוח שתי העדויות' הנפרדות, שהן בנות משקל ראייתי, להעניק "כוח עדות" שלם לבית הדין שמחמתו יוציא ממון מידי המוחזק. אף על פי שאין צירוף של העדים להיות "כת אחת" בעת יצירת הסיפור, שהרי הם מעידים על שני אירועים נפרדים שאירעו בשני ימים שונים, העדים יכולים להיות 'כת אחת' לגבי צירוף "כוח העדות" שלהם ולהעיד על חיוב.

ודוק, לגבי דין 'הזמה' צריך שהעדים הללו יוזמו כל אחד על סיפורו האישי, והזמת העדים תהיה כל אחד על סיפורו הוא, אבל לא יחול עליהם דין הזמה בלי שיזימו את שניהם, מפני שלגבי ה'חיוב' הם כת אחת. נמצא שכדי לייצר 'כוח עדות' די לנו ב"שני עד אחד" שראו, שכל אחד יוצר חצי עדות, ולכן אם אחר כך יזימו אותם ישלם כל אחד חצי מהממון שזממו לחייב, כיוון שכל אחד יצר חצי כוח עדות.

בכך מובן מדוע לא מועילה עדות מיוחדת בדיני נפשות, והיא כן מועילה בדיני ממונות. דיני נפשות נבדלים מדיני ממונות באופן יצירת כוח העדות. בדיני נפשות התוצאה אינה יכולה להתחלק, (אי אפשר להרוג חצי אדם), ומשום כך

אי אפשר לומר שעדות של עד אחד יצרה 'חצי כוח עדות', ואילו בממונות - כסף ניתן לחלוקה, וממילא גם לעדות שיש לה רק "חצי כוח עדות" יש משקל. יתֵרה מכך, בדיני נפשות בית הדין אינו פועל מכוח העדים. אלא שני העדים מביאים את הידיעה לבית הדין, ובית הדין ששמע סיפור משני עדים מוסמך לפסוק את הדין על פי הידיעה המאומתת שבפניו. על כן, בדיני נפשות אין לעד אחד משקל כלשהו, ולא תועיל עדות מיוחדת ונפרדת של 'שני עד אחד', אלא צריך עדות של שני עדים על אותו אירוע עצמו, ובלי זה אין בפנינו עדות כלל, שהרי אין משקל מצטבר לשני דברים שאין לאף אחד מהם משקל כשלעצמו. רק לצורך דיני ממונות, יש גם לעד אחד משקל המערער את בעלותו של המוחזק, וקיים מושג של "חצי כוח עדות". ממילא שני עדים שמעידים כל אחד על אירוע אחר, עשויים להצטבר לעדות המחייבת בתשלום[79].

בהתאם לכך יובנו גם דברי רבי יוסי (מכות דף ו' עמ' א') שהדין של "נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטלה" אינו חל ביחס לדיני ממונות. בדיני נפשות שעיקר העדות היא סיפור ראיית המעשה, הרי שהצטרפות העדים לכת אחת היא בעת הראייה, אבל ביחס לדיני ממונות הצטרפות העדים אינה בעת ראיית המעשה אלא בהגדתם בבית הדין שהיא היוצרת את כוח החיוב, על כן אם יש שלושה עדים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול יכולה העדות להתקיים בשניים הנותרים, כי ראייתם כאחד אינה מצרפת אותם אלא קבלת עדותם בבית הדין היא המצרפת, ולכן בית הדין יכולים לבחור את מי הם יקבלו לעדות ולהרכיב רק משניים את כוח העדות בלא השלישי.

הכלל של "עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה" נאמר רק לגבי דיני נפשות. מכיוון שבדיני ממונות אין העדים מצורפים בראיית "כת אחת", וניתן לחייב ממון ע"י צירוף שני "עד אחד" שייבחרו ע"י בית הדין. ממילא, פסולו של האחד, השלישי, אינו משליך על השנים האחרים.

סוגיה נוספת המוסברת לאור דברי הרב שקופ, היא הגמרא במסכת גיטין (דף ט"ו עמ' ב') אודות "נכי ריבעא דממונא (ממון שלם בניכוי רבע, כלומר שלושת רבעי) אפומא דחד סהדא" (בהתאם לעדות של עד אחד). הנדון שם הוא מקרה שבו שני

---

79. וראה נודע ביהודה מהדורא תנייניא אבן העזר סימן ע"ו.

עדים חתומים על השטר ומת אחד מהם, שאז צריך שניים מן השוק להעיד על כתב ידו של השני, שכן אם יעיד העד החי החתום בשטר על חתימתו שלו, ועל חתימת חברו ביחד עם עדות של עד אחד נוסף המכיר חתימה זו, יימצא כי שלושה רבעים מן החיוב נקבעים על פי העד החי. חצי נקבע מכוח חתימתו שלו על השטר ועדותו כי חתימה זו שלו היא, וביחס לחצי השני של העדות הרי שג"כ הוא מעיד ביחד עם עד נוסף.

רש"י שם (ד"ה "אתי לאחלופי בקיום שטרות דעלמא") **מבאר: "קיימא לן** (כתובות דף כ"א עמ' ב') **נאמן אדם לומר זה כתב ידי הרי חצי עדות, ואם בא להצטרף להעיד על חותם חברו עם אחר, הרי שלושה רבעי העדות על פיו והתורה אמרה** (דברים י"ז) **'על פי שנים עדים' - משמע חצי על פי זה וחצי על פי זה".**

רבי שמעון שקופ מבאר "ואם נאמר שעדים לענין ממון מועילים יחד בכללות, קשה להבין ענין זה מה החיסרון בכך שמעיד על כתב ידו של חברו? במה שונה הוא מעד אחר? רק אם מבינים שחידוש התורה בדין של "על פי שני עדים יקום דבר" הוא שצריך שני עדים שכל אחד מהם יוצר חצי "יקום דבר", ניתן להבין שלא ייתכן שעד אחד יבצע שלושת רבעי "יקום דבר"[80].

---

80. הרב שקופ מציין כי בדרך זאת ניתן ליישב גם את שאלת "נתיבות המשפט" סימן קמ"ה כי אם העיד עד אחד שחברו החזיק בקרקע בשנים א', ג', ו-ה', ועד השני העיד שפלוני החזיק בקרקע בשנים ב', ד', ו- ו' לא מועילה עדותם, שכן כל אחד מהם מעיד על שלוש שנים מפוזרות ולצורך חזקה צריך להחזיק שלוש שנים רצופות. והקשה "נתיבות המשפט" במה גרע מקרה זה ממקרה שבו העידו שישה עדים על שש שנות החזקה בקרקע, כאשר כל אחד מהם העיד על שנה אחת, שהדבר עולה כדי חזקה? ברם, לפי דבריו דלעיל מיישב הרב שמעון שקופ כי צריך שכל עד יעשה חצי "קיום דבר". אבל, כאשר עד אחד מעיד על חזקה בשנים א', ג', ו-ה' הרי שאין כאן חצי קיום דבר כי לדבריו שלו לא הייתה כאן חזקה, שהרי לשיטתו שלו לא היה כאן רצף. לדבריו היו שלוש שנים שלשיטתו שלו אינם חזקה. ממילא, אין לעדות זו כל משקל לעניין החזקה, וגם אם נקיים את עדותו עם עד נוסף אין לכך כל משמעות, כי לצרף שני אפסים כדי ליצור שלם לא ניתן. לכן, גם כשיש עוד עד שמעיד על השנים ב', ד', ו-ו' זו שוב עדות בלי תוכן שלא יוצרת חזקה ואין בה חצי קיום דבר. לעומת זאת, כאשר עד מעיד על החזקה בשנה מסוימת ויש שישה עדים על שש שנים, נמצא שכל

משהבהרנו את מהותה של עדות כגורם שעליו מושתתת סמכות בית הדין בדיני ממונות, נבחן להלן מה יהא הדין כאשר בפנינו תובע המביא שני עדים התומכים בגרסתו, אך מולו מתייצב נתבע המביא אף הוא כראיה לדבריו - שני עדים התומכים בגרסתו? כמו כן, נבחן להלן מה הדין במקרים שבהם התובע מגייס עדות של עד אחד בלבד.

ב. תרי ותרי

בגמרא במסכת בבא בתרא (דף ל"א עמ' ב') מצינו כי אם שני עדים העידו על מקרה מסוים ובאו שני עדים אחרים והכחישו את דבריהם, הרי ששתי כיתות העדים פסולות הן. שואל תוספות (ד"ה "וזו באה בפני עצמה") מדוע פסולה הכת השנייה ואינה נאמנת מכוח מיגו[81], שהרי אילו הייתה כת זו דוברת שקר ובודה דברים מליבה כדי לבטל את עדות הכת שכנגדם, לא היו העדים מעידים לגופם של דברים, אלא היו מעידים על פסולם של העדים הראשונים, לאמור כי גזלנים הם ופסולי עדות הם. יתרה מכך, אילו היו שקרנים היה בידם להזים את העדים הראשונים בעדות של "עימנו הייתם במקום אחר". במקרים אלה הייתה עדותם של העדים האחרונים עדיפה ועדות הראשונים נפסלת. אם כן, גם משהעידו העדים השניים לגוף הדברים יש להעדיף את דבריהם מדין מיגו, ומדוע הם פסולים?

תוספות מתרץ שני תירוצים:

א. אין אומרים מיגו במקום עדים, שהרי מיגו לא יכול להיות יותר מאשר עוד שני עדים המעידים כמוהם, והכלל הוא כי "תרי כמאה". כלומר, אף אם לטובת צד אחד מעידים שני עדים ולטובת הצד השני מעידים מאה עדים, אין תוספת

עדות היא על מקטע אחד. עד זה אינו מעיד על העדר רצף אלא על מקטע, וביחס למקטע זה יש לה תוכן והיא נחשבת כחצי קיום לשנה אחת ולכן בכל עדות יש כוח חיוב והעדויות יכולות להצטרף. בדומה לכך, כאשר שני עדים מעידים כל אחד על הלוואה שניתנה ביום אחר, הרי שלכל עדות יש תוכן ומהות, וממילא משיש בה "חצי קיום" דבר, יש בה גם כדי להצטרף לעניין כוח בית הדין ולחייב. כמו כן ראה בשו"ת אבני מילואים סימן ד'.

81. לעניין "מיגו" יוקדש פרק ד' להלן.

משקל כתוצאה ממספר האנשים, והעדויות עדיין פורכות זו את זו. ממילא, אין בכוח המיגו להוסיף דבר כשבפנינו שני עדים מול עדים עם מיגו[82].

ב. ביחס לעדות של שני אנשים לא ניתן לומר "מיגו", שכן אין דעתם של אנשים שווה ומה שירצה זה לטעון, לא יטען זה.

הרמב"ן שם (בבא בתרא דף ל"א עמ' א') מתרץ, כי מיגו לא יכול לבסס נאמנות לעדות של עדים שאינם נאמנים מצד עצמם. אי אפשר ליצור תוקף לעדות פסולה מדין מיגו[83]. שיטה זו של הרמב"ן מבוארת ע"י הרב ברוך דב ליבוביץ בספרו "ברכת שמואל" (על כתובות סימן כ"ח), כי יש להבחין בין כשרות לעדות לבין מהימנות.

כשרות לעדות היא עניין של הגדרה ושל מעמד משפטי כ"עד", ואילו מהימנות היא תכונה. אובדן המעמד של עד אינו נוגע למהימנות. כך למשל, משה ואהרן פסולים להעיד לקרוב משפחתם, שכן התורה פסלה קרובים לעדות. הם פסולים ולא יכולים להעיד אף שאין להטיל צל של ספק באמינות דבריהם. ביחס לקרוב משפחה אין למשה ואהרן דין עדים כלל. הפסול נוגע לעצם המעמד ולא נוגע כלל למהימנות. בדומה לכך עדות המוכחשת ע"י כך ששני עדים העידו נגד דברי העדים דנא - היא עדות של מי שהוכחש ואין לו יותר מעמד כעד, ולכן אין בית הדין יכול להכריע מכוחם של עדים אלו גם בצירוף מיגו. ממילא, במקרה של עדות מוכחשת שוב אי אפשר להכריע את הדין מכוח מיגו, שכן המיגו יכול להועיל למהימנות של בעל דין ולחוזקן של טענות, אבל אין בידי מיגו להכשיר מעמד פסולים. מיגו אינו יכול לתת לדברי עדים מוכחשים כוח של "עדות". מהימנות אישית אינה "עדות" ובית הדין

---

82. ודוק, במקרה זה אין לומר כפי שציינו לגבי "מיגו להוציא" שבידי הנתבע אין תשובה כנגד המיגו, שהרי בידו עדים שתומכים בטענתו וזו תשובה מובהקת.

83. בדומה לכך מביא השיטה מקובצת בשם הרא"ה "עדים לא מהימני במיגו (עדים אינם מהימנים מכוח מיגו), כל היכי דלא מהימני מתורת עדותן (בכל מקום שבו הם אינם נאמנים מכוח עדותם)". בדומה לכך מצינו ברמב"ן בקידושין דף ס"ד עמ' א' כי האב נאמן לומר קידשתי את בתי שהרי נאמר "את בתי נתתי לאיש הזה". אולם, לומר כי בתו נשבתה ועל כן פסולה היא לכהונה - אין הוא נאמן, אלא נאמנותו היא רק על נישואיה. ואין לומר כי יהא נאמן לומר שבתו נשבתה מכוח מיגו שנאמן לומר קידשתיה לפסול, שכן לא אומרים מיגו לחזק עדות. מיגו ניתן לומר רק לטובת הבעלים לחזק טענה - אבל ביחס לעדים לחזק ראיות - לא שייך דין מיגו, שהרי מיגו אינו בגדר של ראיה.

סומך על עדות כשרה בלבד בתור ראיה. כל דבר שלא חל עליו שם עדות כשרה - אינו ראיה שבית הדין יכול להסתמך עליה ולקבוע ממצאים מכוחה.

ודוק, יש הבחנה מהותית בין דברי תוספות לדברי הרמב"ן:

לדברי תוספות - כשיש עדים הגיעה רמת הראיה לשיא של 100%. מיגו לא מסייע במקום שיש עדים - כי אין יותר מ-100%.

לדברי הרמב"ן - מיגו יכול לתת תוקף או מהימנות לטענות בעל דין, אך לא לתקן "עדות פסולה" שכן עדות היא מעמד משפטי שלגביו נקבעה גזירת הכתוב שיש להכריע על בסיס דברי עדים כשרים[84]. מיגו אינו יכול ליצור מעמד משפטי כזה למי שהוכחש - ולכן אין צירוף של מיגו לעדים פסולים.

הנפקות בין השיטות תהא אם למשל כיתות העדים של התובע והנתבע מכחישות זו את זו, אך אחד מבעלי הדין מסתייע במיגו או בחזקה המסייעת לדבריו. לפי הרמב"ן, לעדים לא מועיל מיגו, אבל לבעל דין יש מיגו ולו הדבר מועיל בהחלט. לעומת זאת, לפי התוספות, מאחר שכל צד הביא עדות הרי שתוספת של מיגו מעבר לעדות לא תיתכן.

נראה כי נפקות זו בין שיטות הראשונים מצויה גם בהבחנה שעליה עמד רבי עקיבא איגר (מהדורא קמא סימן קל"ו). נעמוד על הדברים באופן סדור:

במסכת יבמות דף ל"א עמוד א' מצינו מחלוקת בגמרא האם במקרה של שתי כיתות עדים המכחישות זו את זו נוצר "ספק מדאורייתא" כלומר ספק גמור שאין להכריעו ע"י חזקה, או שזהו "ספק דרבנן" כלומר ספק שאינו גמור שניתן להכריעו ע"י חזקה[85].

---

84. רמב"ם יסודי התורה פרק ח' הלכה ב': "צוונו לחתוך הדבר על פי שנים עדים ואף על פי שאין אנו יודעין אם העידו אמת אם שקר".

85. בגמרא ביבמות דף ל"א עמוד א' מצינו נפקות לשאלה זאת במקרה שבו אדם היה נשוי לשתי נשים שהאחת היא בת אחיו (וממילא אם ימות האדם היא אינה יכולה להתייבם על ידי אחיו - שהרי היא בתו) והשנייה (צרת הבת) זרה לאח, אולם פטורה מייבום מדין "צרת ערווה". נוצר ספק שמא הערווה לא הייתה נשואה למת בעת פטירתו, כגון שהיו שני עדים שגט שנזרק לה (לבת אחיו) היה קרוב לה וממילא היא מגורשת ושני עדים אחרים אמרו כי הגט נפל כשהוא קרוב לבעל ולכן אינה מגורשת. אם נאמר כי

ההבנה הפשוטה בסוגיה היא כי הדעה שזה ספק גמור שאין להכריעו ע"י חזקה, גורסת שכאשר באות שתי כיתות עדים ומכחישות זו את זו - העדויות קיימות ואינן נחשבות כעדויות פסולות. נוצר אפוא מבוי סתום דווקא מכיוון שלכל צד יש עדים. במקרה כזה אי אפשר להכריע מכוח חזקה, שמניחה כי המצב לא השתנה, שהרי יש כת עדים אחת לפיה המצב כן השתנה. לכן לא ניתן לומר למשל כי יש חזקה שהאישה נשארה אשת איש ולא קיבלה גט, שהרי יש עדות שהיא כן קיבלה גט. לעומת זאת, הדעה הסוברת כי הספק אינו גמור וניתן להכריע בו מכוח חזקה, גורסת כי במקרה של שתי כיתות עדים המכחישות זו את זו, שתי העדויות כמי שאינן והדבר דומה למצב שבו איש לא הביא עדים כשרים. במקרה זה ניתן להכריע את הספק על פי דיני חזקה, ובדוגמה הנזכרת האישה נותרה בחזקת אשת איש.

אולם, רבי עקיבא איגר נוקט דרך מחודשת, לפיה גם מי שסובר שכאשר יש עדויות סותרות נוצר ספק שיש להכריעו ע"י חזקה, אינו נוקט שהעדויות פסולות לחלוטין ונחשבות כמי שאינן קיימות כלל. לדידו שורש המחלוקת הוא זה:

מי שסובר כי אין אפשרות להשתמש בחזקה סובר שכאשר יש עדויות סותרות המשמעות היא כי כל צד הביא לטובתו ראיה בדרגת הוכחה של 100% ולראיה שכזו כבר לא ניתן להוסיף בירור. ממילא חזקה לא תועיל מאומה, שהרי ה"חזקה" שהיא תוספת הסתברות ובירור תהא לכל היותר כמו כת עדים נוספת, והדבר משול למי שיביא מאה עדים כנגד כת של שני עדים, שאז פשיטא שהצדדים שקולים עפ"י הכלל המפורסם "תרי כמאה".

לעומת זאת, מי שסבור שניתן להכריע מכוח חזקה סובר כי אכן על מהימנות של עדים אי אפשר להוסיף דבר באשר עדות היא ממילא ראיה גמורה ומלאה. אבל חזקה אינה ראיה. חזקה אינה בירור ולא מוסיפה מהימנות, אלא היא דין תורה המורה כיצד לנהוג במקרה של ספק. ממילא, את המבוי הסתום הנוצר כתוצאה

במקרה של ספק היא נותרת בחזקת אשת איש הרי שמתייחסים אליה כמי שהייתה נשואה למנוח בטרם פטירתו וממילא הצרה ממשיכה להיות פטורה מייבום וחליצה מדין "צרת ערווה". אבל, אם נאמר שבמקום עדויות סותרות אין הולכים אחר חזקה הרי שנמצא כי הצרה חייבת בחליצה, שהרי ספק בלתי מוכרע הוא האם היא צרת ערווה (במידה והגט היה סמוך אליו) או לאו (אם הגט היה קרוב לאשה).

מעדים שהביא כל צד, שמתייחסים אליהם כעדים כשרים וקיימים, ניתן לפתור באמצעות התנהגות המבוססת על "חזקה".

כלומר, המחלוקת היא האם חזקה היא ראי ומעין בירור המובא כדי להכריע מה הייתה המציאות, או שזו הנהגת תורה למקרה שבו הספק נותר בעינו.

הנפקות מדרך הילוך זו היא מרהיבה וחלה במקרה שבאו שתי כיתות עדים האחת מעידה שהלווה פרע את ההלוואה בתוך זמנו והשנייה מכחישתה. אבל לטובת המלווה עומדת החזקה של "אין אדם פורע תוך זמנו" שאינה בגדר של 'הנהגה' למקרי ספק, אלא בגדר של "אנן סהדי" כלומר מעין עדות כללית שהלווה לא פרע, מכיוון שלא הגיע זמן הפירעון וטבע האדם הוא שלא להקדים פירעון בתוך זמנו.

לפי דרך ההילוך הראשונה הגורסת ששתי עדויות המכחישות זו את זו בטלות לגמרי והרי הן כמי שאינן, ולכן ניתן להכריע בכל מקום על פי חזקה, הרי שגם במקרה דנא ניתן להכריע שהלווה חייב מכוח "חזקת אין אדם פורע תוך זמנו". לעומת זאת, לפי דרך הילוכו של רבי עקיבא איגר יימצא כי גם מי שסובר כי במקרה של "שתי עדויות המכחישות" יש להכריע את הספק מכוח חזקה שהיא הנהגה למצבי ספק, יסכים שלא ניתן להשתמש בחזקה של "אין אדם פורע תוך זמנו", שהרי חזקה זו אינה הנהגה למקרי ספק אלא מעין עדות נוספת שהלווה עדיין לא פרע, ומכיוון שגם דעה זו סבורה שאין לראות בעדויות המוכחשות כמי שאינן קיימות, הרי שהוספת ראיה (אנן סהדי) לצד מסוים אינה מועילה לו דבר, שהרי "תרי כמאה" ולא ניתן להביא מאה עדים כנגד שניים ואין בכך כדי להוסיף מאומה.

מחלוקת זו דומה למחלוקת שהבאנו בין תוספות לרמב"ן:

הדעה הגורסת כי תרי ותרי ספיקא דאורייתא ואין הולכים אחרי חזקה - דומה לשיטת התוספות שהובאה לעיל - לפיה אין אפשרות להביא ראיה יותר מ- 100% ולכן חזקה (ומיגו לבעלים) לא יועילו. הדעה שתרי ותרי ספיקא דרבנן והולכים אחר חזקה - דומה לשיטת הרמב"ן שהובאה לעיל לפיה ניתן להוסיף סיוע צדדי לשם חיזוק אחת מן העדויות, וכן ניתן לסמוך על חזקה.

עם זאת, נראה כי גם תוספות יוכלו להודות שניתן להסתמך על חזקה, שכן אין זה דין של בירור עובדתי (מעין מיגו ועדות) הפושט את הספק, אלא חזקה היא הנהגה שנקבעה בדיוק למצבי ספק בלתי מוכרעים.

להלן נראה מהיכן שאב רבי עקיבא איגר את גישתו כי שתי כיתות עדים הסותרות זו את זו אינו מצב שבו אין ראיות לשום צד, אלא מצב שבו כל צד הביא ראיות מוחלטות והספק העובדתי לא ניתן לבירור:

ה"משנה למלך" על הרמב"ם בהלכות טומאת צרעת (פרק ב' הלכה א') נוקט כי מכוח הדין של חזקה ניתן להכריע רק ביחס לספק עובדתי, שכן חזקה היא דרך להכריע במחלוקת. אך במקרה של ספק דיני, כלומר כשאין ספק כי מעשה נעשה והשאלה היא מה הדין החל במקרה שכזה (במקרה הנדון שם, כשיש ספק מה היא ההלכה שניתנה למשה בסיני) לא ניתן להכריע לפי חזקה, שהרי פשיטא כי לא ניתן לומר כי מכוח החזקה בדבר מצבו של פלוני מסוים תשתנה ההלכה הכללית וישתנה הדין שנאמר למשה בסיני.

בשו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סי' ל"ז מציין כי כך עולה גם מדברי ה"שלטי גיבורים" (במסכת חולין דף י"ג עמ' א' בדפי הרי"ף), שכתב: "ונראה בעיני שלא אמרו הרי הוא בחזקת היתר אלא בספק במעשה. אבל אם המעשה ברור וההוראה מסופקת הרי שספיקו להחמיר". כלומר, חזקה מכריעה רק ביחס לספק עובדתי אך כשיש ספק דיני לא ניתן להכריע בו על פי דיני חזקה, ולומר כי יש לבטל דעת אחד מן הפוסקים על פי השאלה מי המחזיק.

דעה שונה מצינו בדברי הר"ן במסכת קידושין (דף א' עמ' ב' מדפי הרי"ף). המקרה שנדון שם הוא "נתנה היא ואמר הוא", כלומר אדם רצה לקדש אישה ואמר את דברי הקידושין, אך האישה היא זו שנתנה את הכסף. במקרה זה יש בגמרא ספק דיני בלתי מוכרע האם האישה מקודשת. הר"ן סבור כי במקרה כזה נעמיד את האישה על חזקתה ונאמר כי אינה מקודשת. הר"ן מבאר כי הדבר אינו שונה מכל ספק בלתי מוכרע של דיני ממונות שנותר ב"תיקו" (כגון ספק אם הוולד הוא בכור ויש לתיתו לכהן) שלגביו אנו אומרים "העמד ממון על חזקתו", והסכימו הפוסקים כי אף אם הכהן נטל לידיו את הממון בכוח והפך למוחזק מוציאים מידו, שכן ההכרעה נעשית בעת יצירת הספק ואז נקבע שיש לנהוג על פי דיני החזקה.

שואל רבי עקיבא איגר מדוע נזקק הר"ן ללמוד את דינו מן המקרה שבו הכהן תפס את החפץ בחוזקה וביקש להיות מוחזק, מדוע לא מושווה הספק במקרה של "נתן הוא ואמרה היא" לעצם הדין של ספק האם הוולד הוא בכור שבו מוכרע הדין על פי דיני החזקה? רבי עקיבא איגר מתרץ כי במקרה של ספק האם הוולד

הוא בכור, בפנינו ספק במציאות וממילא ברור שהחזקה מכריעה את הספק. אולם, במקרה של "תקפו כהן" הספק הוא דיני, שכן השאלה היא האם מוציאים מידו אם לאו, והשאלה אם תפיסה לאחר שנולד הספק מועילה היא שאלה הלכתית ולא עובדתית. לכן השוו את הספק של נתן הוא ואמרה היא שזהו ספק דיני לספק של תקפו כהן שהוא גם ספק דיני. השוואה זו מלמדת כי החזקה אינה מבררת את הספק העובדתי ואין אנו יודעים האם עסקינן בבכור אם לאו, אך הדין נקבע מכוח החזקה, הקובעת כיצד יש לנהוג גם במקרה של ספק בלתי מוכרע. אם כן, גם כשיש ספק דיני, נקבע כיצד יש לנהוג על פי דיני החזקה. אמנם הספק נותר בעינו אך החזקה קובעת כיצד יש לנהוג במקרי ספק בלתי מוכרעים, ובכך אין הבחנה בין ספק עובדתי לבין ספק דיני, שהרי בשני המקרים החזקה אינה מכריעה את הדין אלא מלמדת כיצד יש לנהוג במקרה של ספק בלתי מוכרע.

בהתאם למחלוקת זו של הר"ן ו"המשנה למלך", יש לעיין גם בסוגיה במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב'). בגמרא שם מצינו כי מי שבא וטען כי חברו נטל את שדהו. הלה השיב קניתי את השדה ממך והנה שטר המקח. טען התובע כי מדובר בשטר מזויף. בתגובה הודה התופס כי אכן השטר מזויף אך טען כי היה לו שטר אחר, אמיתי, שאבד. בעניין זה נחלקו רבה ורב יוסף. רבה סבר כי הנתבע נאמן, שהרי יכול היה לטעון כי זהו שטר אמיתי. רב יוסף אמר כי אין להאמין לנתבע, שהרי בסופו של יום הוא מסתמך בטענתו על שטר מזויף וחסר ערך.

לאחר מכן מביאה הגמרא מקרה דומה. אדם טען כי הלווה לחברו מאה זוז וביקש להוציא מידו ממון מכוח שטר. לאחר מכן הודה התובע כי השטר מזויף הוא, אך טוען כי היה בידו שטר מקורי שנאבד. הגמרא מציינת כי גם במקרה זה חולקים רבה ורב יוסף.

הגמרא מסיקה כי הלכה כרבה במקרה הראשון שבו הוצג שטר מקח לגבי הקרקע, אך הלכה כרב יוסף במקרה השני של שטר הלוואה. הכיצד? הן המחלוקת בשני המקרים זהה?

מבארת הגמרא, כי הלכה כרבה לגבי שטר מקח ויש להאמין לנתבע שבידו השטר המזויף, שכן במקרה זה החזקה פועלת לטובתו, והקרקע נשארת בידי המחזיק בה. אולם, הלכה כרב יוסף לגבי שטר הלוואה, והמחזיק בשטר המזויף אינו יכול להוציא ממון מכוחו, שכן שם הנתבע הוא המוחזק בכסף. מבאר רשב"ם כי הגמרא

נותרה בספק האם ההלכה כרבה או כרב יוסף ולא הכריעה במחלוקת זו. ומכיוון שיש ספק הלכתי - מכריעים כי הממון יישאר בידי המחזיק.

התוספות תמה על כך, שהרי הכלל בקרקעות כי כאשר מתעורר ספק האם היה מקח או לאו, הקרקע חוזרת לבעליה המקוריים מכוח 'חזקת מרא קמא'[86]. כך מצינו במקרה של 'בר שטיא', אדם שהיה סובל משיטיון זמני לסירוגין. שני עדים העידו כי הוא מכר את קרקעו בשעה שהיה שפוי והמקח חל, ושניים אחרים העידו שהמכר נעשה בשעה שהיה שוטה והמקח אינו חל. במקרה זה של שני עדים מול שני עדים ("תרי ותרי") אנו מכריעים כי הקרקע תחזור לבר שטיא מכוח "חזקת מרא קמא", ולא תיוותר בידי המחזיק הנוכחי. מדוע אם כן במקרה דנא, אנו מכריעים שלא על פי דיני החזקה, אלא מותירים את השדה בידי הלוקח? תוספות מבארים את דעת הרשב"ם, כי במקרה של תרי ותרי - נחשבות שתי כיתות העדים המכחישות זו את זו כמי שאינן, ולכן אנו הולכים אחר חזקה, והקרקע חוזרת לבעליה המקוריים. לעומת זאת, במקרה דנא כשיש ספק דיני לא ניתן ללכת אחר חזקה, ולהוציא מידי הלוקח. תוספות חלקו על כך וציינו "ודוחק הוא".

לכאורה שני הצדדים בתוספות הם כך: רשב"ם סבר כי כיוון שהמחלוקת בין רבה ורב יוסף היא מחלוקת דינית אי אפשר להלך בה אחר חזקה, ואין לדמות מקרה זה לדין החל ביחס לשתי כיתות עדים המכחישות זו את זו לגבי העובדות, שהוא ספק במציאות. אולם, תוספות הדוחים שיטה זו נוקטים כי היא דחוקה, ולדעתם אין שום סברא לחלק בין ספק דיני לספק במציאות.

ברם, מעיון בדברי רבי עקיבא איגר בסימן קל"ו (ומדברי קונטרס הספיקות כלל ד', אות ד') עולה, כי תוספות היו מסכימים בעיקרון להבחנה בין ספק עובדתי לספק דיני, אולם הייתה להם הסתייגות מסברה זו, שכן המקרה של תרי ותרי מושווה לדעת תוספות לספק דיני ולא לספק מציאותי בלתי מוכרע. טעמם הוא משום שכשיש שני עדים הרי שעל פי דין יש להכריע כמותם. 'תרי ותרי' משמעו לשיטת תוספות, כי יש שני גורמי פסק סותרים, כשכל כת עדים מחייבת אותנו לפסוק את הדין

86. הדבר שונה ממטלטלין שהמחזיק הנוכחי נחשב כמוחזק מכיוון שהממון תחת ידיו, אולם בקרקע אין משקל למחזיק הנוכחי שכן אין הקרקע נתונה תחת ידי האדם, ולכן החזקה המכריעה בקרקעות היא 'חזקת מרא קמא'.

בצורה שונה[87]. מכאן שתוספות סוברים שהעדים שסתרו זה את זה אינם בטלים עקב כך אלא שניהם נחשבים כממשיכים להימצא בפנינו ואין לבטל את הראיה והפסק שהביאו כל אחת מכיתות העדים[88]. ממילא יש כאן שאלה הדומה לספק דיני, שגם בו לא ניתן לבטל קיומו של מי מן הצדדים מחמת הספק. על כן גרסו תוספות כי אם צודק ה"משנה למלך" שבספיקא דדינא אין להכריע מכוח חזקה, יתעורר קושי כיצד חלה חזקה במקרה של תרי ותרי שכמוהו כספק דיני ולא כספק עובדתי. נקודת המחלוקת בין תוספות לרשב"ם היא אפוא, שהרשב"ם גורס שיש להתייחס ל"תרי ותרי" כמצב שבו יש להתעלם משתי כיתות העדים כאחת וממילא נחשב הספק כספק מציאותי גרידא, שמכריעים בו לדעת כולם על פי דיני החזקה (ואין סתירה מסוגיית תרי ותרי לדברי ה"משנה למלך"). תוספות לעומת זאת סוברים כי לשני כיתי העדים יש נאמנות מכרעת וממילא היה להם ראיה לגרוס כמו הר"ן שגם בספק דיני הולכים אחרי חזקה[89].

לעיל הבאנו את דברי רבי עקיבא איגר (בתשובה קל"ו) **כי גם לפי מי שסובר ש"תרי ותרי" הם בגדר של ספיקא דאורייתא, שתי כיתות עדים הסותרות זו את זו אינן מושוות למצב שבו אין ראיות לשום צד, אלא כמצב שבו כל צד הביא ראיות**

---

87. הוכחת רבי עקיבא איגר לכך היא, ממה שתוספות הוצרכו להביא את המקרה של "תרי ותרי", מדוע לא העירו מכל מקום בש"ס שהולכים אחרי חזקה? אין זאת אלא שרצו להוכיח שגם בספיקא דדינא הולכים אחרי חזקה ודבר זה הם ראו ב"תרי ותרי".

88. נראה אפוא שהסברה המקובלת בדברי האחרונים כי תוס' סוברים שתרי ותרי כמי שאינם כלל, נכונה רק בשיטת רשב"ם אבל תוס' עצמם דחו סברה זו.

89. יש שאלה ידועה האם יסוד גדרה של חזקת מרא קמא הוא מדין חזקה דמעיקרא, כמו שבכל התורה כאשר יש לנו ספק עובדתי מסוים אנו מניחים שהמצב לא השתנה מכפי שהיה, כך גם בספק המתעורר ביחס לבעלות בקרקע אנו מניחים שהבעלות המקורית נותרה כפי שהייתה; או שיסוד גדרה של חזקת מרא קמא נעוץ בדיני מוחזק שבתורה, שכשם שאין מוציאים חפץ מתחת יד אדם המחזיק בו, כך אי אפשר להוציא קרקע מידי מי שידוע לנו שהחזיק בו מקודם.
ודוק, אם ננקוט שחזקת מרא קמא היא חזקה דמעיקרא, מובנת שיטת הרשב"ם שבספק דיני לא מועילה חזקת מרא קמא, שהרי כאמור ע"י חזקה ניתן להכריע רק בספק עובדתי ולא בספק דיני. אבל אם חזקת מרא קמא מושווית לדין מוחזק, הרי שברור כי בספיקא דדינא נותנים למוחזק. ייתכן לומר **שבזה** תוס' חולקים על רשב"ם, שהם סוברים שחזקת מרא קמא מושווית למוחזק, ולכן סברו כי גם בספיקא דדינא יש להכריע עפ"י חזקת מרא קמא.

מוחלטות והספק העובדתי לא ניתן לבירור. נראה כי רבי עקיבא איגר הסיק חידושו זה מניתוחו (בתשובה ל"ז) את שיטת תוספות במסכת בבא בתרא, ממנה עולה כי "תרי ותרי" נחשב כספק דיני, והמשמעות היא שבתרי ותרי יש ראיות לשני הצדדים שאינן מאפשרות לפשוט את הספק, ולא שאין ראיה לאף צד.

קונטרס הספיקות (כלל ה' ס"ק ו'), מביא את דברי המגיה למשנה למלך כי בעוד ששיטת ה"משנה למלך" ביחס לספק דיני הנובע ממחלוקת אמוראים או מחלוקת הפוסקים, לא מועילה חזקה, הרי שביחס למקרה שאין בו מחלוקת רבותינו אלא ספק הלכתי שהגמרא לא מכריעה בו ומותירה אותו ב"תיקו" - מועילה חזקה. קונטרס הספיקות מבהיר הבחנה זו כך: ב"תיקו" הדבר דומה לספק במציאות, ולעומת זאת במחלוקת הפוסקים דומה הדבר לספק דיני. רבי עקיבא איגר הביא את הדברים וחלק עליהם, שכן לדעתו סברת ה"משנה למלך" היא שאי אפשר להכריע דין מכוח חזקה, שכן חזקה יכולה להכריע ספק עובדתי מה אירע ואין בכוחה להכריע מה הדין.

אולם, נראה לכאורה שניתן לבאר את הגיונו של קונטרס הספיקות כדלהלן:

לשיטת קונטרס הספיקות חזקה אכן מכריעה את הדין במקרי ספק, אלא אם כן יש כלל ראייתי המתייצב כנגדה לסותרה. במקרה של תרי ותרי יש לנו ראיות מוחלטות לכל צד והן שמונעות מן החזקה להכריע, שהרי מהותה של חזקה היא לקבוע שדבר לא השתנה, ואילו במקרה של תרי ותרי יש ראיה (שני עדים) שהמצב השתנה. בדומה לכך, במקרה של מחלוקת פוסקים במישור הדיני יש לנו לכל צד שיטת פוסקים שמחייבים לפסוק כשיטתם, ואם כן יש מה שמונע מהחזקה להכריע, שהרי לא ניתן לומר שהדין לא השתנה ולבטל את דעתו של אחד מהפוסקים. שונה הדבר ביחס לספק דיני הנובע משאלה בלתי מוכרעת בגמרא. במקרה זה שהדין נותר ב"תיקו" אנו איננו יודעים לפסוק מה נכון יותר אבל כל צד שהחזקה תכריע בעדו אין ראיה או שיטה הניצבת כנגדו. אין זה ספק בלתי מוכרע הנובע משני גורמים חיוביים המושכים איש לכיוונו **אלא ספק הנובע מהעדר הכרעה**. ממילא ברור כי במקרה זה ניתן להכריע על פי חזקה, שהרי אין שום כלל חיובי המתייצב כנגד החזקה ואילו את הספק - ניתן להכריע מכוח כלל שנועד להכריע במצבי ספק בלתי מוכרעים.

ג. עד אחד המעיד נגד המוחזק בממון

בתורה נאמר (דברים י"ט, ט"ו): "לא יקום עד אחד באיש לכל עוון ולכל חטאת בכל חטא אשר יחטא. על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר". דורשים חז"ל (בספרי) כי עד אחד אינו כשר "לדיני נפשות ולדיני ממונות, למכות ולקרבנות, להעלות לכהונה ולהוריד מן הכהונה". הרמב"ם בהלכות עדות (פרק ה' הלכה א') פוסק: "אין חותכים דין מן הדינים על פי עד אחד לא דיני ממונות ולא דיני נפשות, שנאמר 'לא יקום עד אחד באיש לכל עוון ולכל חטאת' ומפי השמועה למדנו שקם הוא לשבועה כמו שביארנו בהלכות טוען".

כלומר, עד אחד אינו יכול להעיד בדיני נפשות או בדיני ממונות. אולם, הוא יכול לחייב את הנתבע להישבע שהדין עימו, ואם הנתבע אינו יכול להישבע - יוציאו ממנו את הממון, על אף שלתובע המבקש להוציא מידו אין ראיה גמורה (שני עדים) אלא רק עד אחד.

בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סימן צ"ד) מבואר ש"בודאי אין חושדים עד אחד להיות שקרן", שהרי עד אחד מועיל לחייב שבועה, ופעמים אף לחייב ממון כשהנתבע אינו יכול להישבע, ואין אנו חושדים את העד להיות שקרן. כעין זה מצינו ב"קצות החושן" (סימן ל' ס"ק ט') שכתב כי עד אחד אינו חשוד לשקר אלא שהתורה פסלה אותו מלהיות עד אף אם הוא אומר אמת, כפי שמצינו במסכת בבא בתרא (דף קנ"ט עמ' א') לגבי קרובים שאין בידם להעיד אף אם יאמרו אמת ויהיו חכמים צדיקים ומהימנים כמשה ואהרן, שכן "גזירת מלך" היא לפסול קרובים.

בשו"ת תשב"ץ (חלק א' סימן ע"ז) בתחילת דבריו, כתב בדומה לדברי הרמב"ן: "יש לדקדק, מפני מה פסלה תורה עד אחד לממון? אי אפשר לומר שפסלתו תורה מפני שיש לחוש שמא הוא משקר, שהרי הלכה היא כרבי יהושע בן קרחה שאמר בסנהדרין (דף ל' עמ' א') כי העדים מצטרפים להעיד זה אחר זה... (שאם אחד מעיד על הלוואת מנה ביום א', וחברו מעיד על הלוואת מנה ביום ב', נחשב הדבר שיש שני עדים על חיוב מנה, והלווה מחויב לשלם על פיהם), ואם יש לחוש לשקר, אם כן כשם שעד אחד לחוד יש לחוש שמא שיקר, אם כן הוא הדין בשניים שכל אחד מעיד עדות מיוחדת (שאינו מעיד על אותו אירוע שהעיד חברו), ואין הצטרפותם מוציאה מידי חשש שמא הוא משקר שהרי כל אחד מעיד עדות אחת ועל מה שמעיד זה לא מעיד זה. ואם כן כיצד הם מצטרפים, הן אם יש חשש שעד הבא בפני

עצמו משקר הרי שאף אם יבואו אלף וכולם יעידו עדות מיוחדת לא יתחזק האמת בשביל כך שהרי ביחס לכל אחד יש לחוש כי הוא משקר".

לכאורה עולה מן הדברים שאין התורה חוששת שהעד ישקר, כיוון שלא נחשדו ישראל להעיד בשקר, שהרי "שארית ישראל לא יעשו עַולה", אלא שזוהי גזרת מלך שלא יקום עד אחד באיש לכל עוון ולכל חטאת, כמו שפסלה התורה אף את משה ואהרן משום גזרת מלך, אף שאין לחוש לשקר. אולם התשב"ץ מקשה על כך מן הגמרא במסכת יבמות (דף קט"ו עמ' א') בה מצינו כי עד אחד מהימן משום שעניין זה הוא בבחינת "מילתא דעבידא לאגלויי" (מציאות שניתן לבררה) שלגביה חזקה כי אדם אינו משקר[90], ומכאן משמע כי בעלמא חוששים אנו שמא הוא משקר. על כן, מסיק התשב"ץ כי בוודאי כשעד אחד בא להעיד בבית הדין הוא מוחזק בכשרות ויש רק חשש רחוק לחשוד שכביכול שקר הוא מעיד. מכל מקום **אפשר הוא שמעיד בשקר** ולכן לא האמינתו תורה להוציא ממון. "מה שאין לחשוד בזה שני עדים כשרים שאין לחשוד כלל לזרע ברוכי ה' שיהיו חצופים כל כך שלא יתביישו זה מזה, כיוון שהם מוחזקים בכשרות, אין שנים מצויים לחטוא בשביל אחד".

הרב אלחנן וסרמן מוסיף ומבהיר בספרו "קובץ הערות" (סימן ס"ג סעיף ג'), כי גם בדיני איסור שבהם עד אחד מהימן אין זו עדות אלא "מהימנות", שכן רק "שניים מבררים את המעשה בירור גמור, ועל כן לא מועילה טענת ברי כנגדם, משום

---

90. במסכת ראש השנה דף כ"ב עמ' ב' מצינו כי עולא הודיע בבבל שבית הדין קידש את החודש. אמר רב כהנא, כי מהימנות זו קיימת לא רק לגבי עולא שאדם גדול הוא, אלא לגבי כל אדם שכן "כל מילתא דעבידא לאגלויי - לא משקרי בה אינשי" (כל דבר שניתן לבררו - אין אנשים משקרים לגביו). וכך פסק הרמב"ם בהלכות קידוש החודש פרק ג' הלכה י"ד כי עד אחד כשר להודיע בגולה מתי קידשו בית הדין את החודש, משום שזה "מילתא דעבידא לאגלויי". אלא שיש להעיר על קושיה זו וליישב סברת החולקים, כי ייתכן שלאחר שהתקדש החודש בעדות ובבית דין כראוי, שוב אין צורך דווקא בעדות כשרה בכדי לבררו אלא העד בא רק לפרסם את הדבר, כמו שמצינו במסכת ראש השנה פרק ב' משנה ב' שפרסמו את קידוש החודש על ידי 'השאת המשואות' בראשי ההרים שגם היא אינה עדות, וכן מצינו שב'מילתא דעבידא לגלויי' מספיק גם סיפורו של גוי מסל"ת, ראה רא"ש מסכת מועד קטן פרק ג' סימן ל"ב, שהביא את דברי הרמב"ן כי מתאבלים על פי עד אחד (המעיד שקרובו מת) וכן על פי דברי עד מפי עד ודברי נכרי המסיח לפי תומו, שכן זהו "מילתא דעבידא לגלויי ולא משקרי ביה אינשי" כפי שמצינו לגבי קידוש החודש.

שברור לנו שהוא משקר כשאומר ברי נגד העדים. אבל בעדות של עד אחד אפילו במקום שהוא נאמן, אין לנו בירור על המעשה, אלא שיש לסמוך על דבריו לעניין שאין צריך לחוש לצד הספק (למשל כשהעד מעיד שגוש מסוים הוא שומן אין צריך לחוש שמא הוא חֵלב, אבל מכל מקום אין לנו בירור שהוא שומן, ועל כן מועילה טענת ברי נגד העד) התורה לא אמרה לסמוך על עד אחד אלא למי שהדבר ספק אצלו, ולא למי שיודע הדבר בבירור". כלומר, עד אחד לעולם אינו מברר את העניין כשני עדים. גם אם התורה מתירה לסמוך עליו, אין זה נקרא בירור, שכן כוח עדות המבררת יש רק לשני עדים ולא לעד אחד.

התשב"ץ מוסיף כי לאור זאת שהטעם לכך שעד אחד פסול לעדות נעוץ בחשש הרחוק שמא שכר אותו אחד מבעלי הדין להעיד שקר, לכן כאשר לבית הדין ברור שהוא אינו משקר הם יכולים להסיק מדבריו את העובדות ולפסוק על פי ידיעתם. התשב"ץ מחלק בין מקום שבית הדין דן על פי עדות שניים או עדות עד אחד כשמלבד עדותם בית הדין מצד עצמו אינו משוכנע בעובדות, לבין מצב שבו בית הדין עצמו משתכנע והעובדות ברורות לו, שאז בית הדין רשאי לפסוק על פי ידיעתו גם אם ידיעתו לא נסמכת על עדות כשרה.[91]

---

91. התשב"ץ מביא ראיה לדבר מהשוואת הגמ' את דין 'אנן סהדי' (לפיו כולנו עדים בעניינים הברורים לכולי עלמא): לעדות שני עדים, כדלהלן: "וראיה מפורשת לזה הא דאמרינן במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' א') בההיא דרבי חייא קמייתא מנה לי בידך אין לך בידי כלום ועדים מעידים אותו שיש לו חמשים נותן לו חמשים וישבע לו על השאר, ואמרינן ותנא תונא שנים אוחזין בטלית וכו' והא הכא דאנן סהדי כיון דתפיס דמאי דתפיס האי (מה שתפס זה) דידיה הוא (שלו הוא) ומאי דתפיס האי (מה שתפס זה) דידיה הוא (שלו הוא) וקתני ישבע, והשוו בעלי הגמרא ידיעת בית דין במה שחזקתו שכן הוא, לעדים, שכיון שהוא תופס ומטלטלין הרי הן בחזקת התופסן, אע"ג דאיכא למימר דאיכא חד רמאי ובחוזקה ואלמות תקפה מחברו במקצת, אפילו הכי סמכינן למימר דכיון דתפוס דידיה הוא דתפוס ואמרינן דאנן סהדי בהכי, ורצו ללמוד ממנה ההוא דר' חייא קמייתא דאיכא עדים במקצת הטענה משום דידיעתנו במה שחזקתו שכן הוא הויא כעדים דאנן סהדי דהכי הוא, הכא נמי אפילו תאמר שגזרת מלך היא בנחלה שלא ירדו לה אחים אלא בשני עדים, היכא שידעו ב"ד הדבר בדברים שחזקתן שהן אמת שזה ששמעו בו שמת שהדבר כן הוא בבירור מורידין קרוב משום דסמכינן על ידיעתינו ואמרינן דאנן סהדי בהכי ועבדינן בה עובדא".

הרב בנימין לב (המאה הי"ח) בספרו "שערי תורה" (עדות כלל א' פרק א') מסיק לפי שיטת התשב"ץ כי מקום שבו ברור לדיין שהעד אינו משקר אפשר לפסוק את הדין מכוח עדות של עד אחד. ה"שערי תורה" מציין כי גם מפסקו של הרמב"ם בהלכות סנהדרין (פרק כ"ד הלכה א') עולה שבית הדין יכול לפסוק לפי ידיעתו גם כשאין לו עדות כשרה, ואלו דבריו: "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ... אפילו הייתה אישה או עבד נאמנים אצלו הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן, ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד... וכן כל כיוצא בזה, שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת. אם כן למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר".

נמצא לדבריו שעד אחד יכול להעיד כאשר מדובר באדם נאמן כמשה ואהרן, שכן במקרה זה בית הדין משוכנע שאלה העובדות ואין לו חשש שהעד משקר.

הריב"ש (סי' קנ"ה וסי' קפ"ב) חולק מכול וכול על דברי הרמב"ם והתשב"ץ האמורים וסובר כי עד אחד אינו נאמן בשום מקרה גם אם אין חשש משקר. בדומה לכך עולה מדברי ה"חינוך" (מצווה תקכ"ג) כי אף אם הדיין יאמין לעד אחד שאינו משקר הוא לא יוכל לפסוק על פי עדותו. כך כתב בספר ה"חינוך": "שלא נוציא ממון על פי עדות עד אחד, ואפילו הוא (העד) בתכלית הכשרות והחכמה, או אפילו נביא, ועל זה נאמר (דברים י"ט, ט"ו) 'לא יקום עד אחד באיש לכל עוון ולכל חטאת'. משורשי המצווה, לפי שיצר לב האדם רע, ולפעמים תעלה בלבו שנאה על חברו, ואפילו יהיה האדם בתכלית הכשרות לא יינצל מחטא לפעמים. ואף כי יעמוד אדם ימים רבים בדרכי היושר אינו מן הנמנע להתהפך במחשבתו ולהרשיע, שהרי אמרו חז"ל (ברכות דף כ"ט עמ' א') כי יוחנן שימש בכהונה גדולה ולבסוף נעשה צדוקי. גם אמרו חז"ל (סנהדרין דף צ' עמ' א') כי חנניה בן עזור היה תחלה נביא אמת ולבסוף נעשה נביא שקר. על כן, ראוי וכשר הדבר שלא לסמוך על לב אדם לענוש חברו על פיו, ואפילו יהיה הנענש רשע גמור והדיוט שבהדיוטות, והמעיד חכם גדול שבישראל. אבל בהיות המעידים שניים אנשים כשרים, חזקה בכל זרע ישראל שלא יסכימו שניים להעיד שקר, וגדולה חזקה בכל הדברים".

מדברי הריב"ש והחינוך עולה, כי אף אם כל העולם סומך על יושרו של עד אחד מסוים, אין הוא יכול להעיד, ורק לגבי שני עדים אמרה התורה לסמוך על עדותם מפני שיש חזקה שלא יסכימו שניים זה עם זה להעיד שקר עבור אדם אחר. ברם, נשאלת השאלה, הן מצינו בגמרא דין של "אומדנא דמוכח" שמכוחו יכול בית הדין לפסוק אף שאין בפנינו עדות. אומדנא דמוכח נחשבת כ"ידיעה בלא ראיה" ודנים על פיה. כך למשל מצינו בגמרא שבועות (דף מ"ו עמ' ב')[92] כי אם ראו אדם שנכנס לתוך ביתו של חברו שלם, וידעו שמלבד שניהם לא היה שם אחר, ויצא חבול בגופו במקום שאינו יכול לחבול שם בעצמו, כגון שיש לו נשיכה בגבו, הרי זה ברור שזה נשכו ומשלם לו דמי חבלה. אם כן, נשאלת השאלה, מדוע לא נאמר כדברי התשב"ץ ומדוע שבית הדין לא יכריע את הדין על פי עדותו של עד אחד שכל העולם סומך על יושרו, מדין "אומדנא דמוכח"? שמא תאמר כי החשש שהעלה "החינוך" שמא התהפך ליבו של עד זה בקרבו בלי שיהא מודע לכך, מערער את האומדנא. אם כן מה יהא הדין כשהדבר הוא בבחינת "דבר העתיד להתגלות"? הן גם במקרה זה סובר הריב"ש כי אין לקבל עדות של עד אחד[93], אע"פ שאין כלל חשש שקר? מדוע שונה הדבר מדין אומדנא דמוכח? כמו כן, מה נאמר במקרה שמדובר בעדים שאין ספק כי אינם משקרים כגון משה ואהרן (כמבואר בגמ' בבא בתרא דף קנ"ט עמ' ב')[94] כאשר ודאי שאין כל חשש של שקר, גם לא בלב העדים, ואף לא במצב של נגיעה אישית הנובעת מקרבה. אם כן, מדוע בעדות של עד אחד שהינו משה או אהרן לא נוכל להוציא ממון, לכל הפחות מדין אומדנא דמוכח?

על שאלה זו משיב שו"ת חתם סופר (חלק ג' אבן העזר א' סי' צ"ד): "וכשאני לעצמי אפשר לומר על פי מה שהשריש הט"ז (אורח חיים סי' תקפ"ח ס"ק ה')[95] שאין כוח ביד

---

92. ראה רמ"ה סנהדרין ל"ז עמ' ב'.

93. בשולחן ערוך חושן משפט סימן ל' סעיף י"ד נפסק: "עדות בידיעה שלא בראייה, יתבאר בסימן צ' שיש מי שאומר דהוי עדות", ופסק הרמ"א שם: "אין חילוק בדיני ממונות בין מלתא דעבידא לגלויי או לא". ומציין ה"תומים" שם ס"ק י"ח: "זה דעת הריב"ש בסימן קנ"ה, ובסימן קפ"א וקפ"ג, שנחלק בזה עם הרשב"ץ חלק א' סימן פג - פד".

94. מחמת העדר חשש זה הסיקה הגמרא כי בהכרח קרובים פסולים מכוח "גזירת מלך" הקובעת שאינם עדים כלל, ולא מחמת חשש משקר.

95. וראה גם ט"ז ביורה דעה סי' קי"ז ובחושן משפט סי' ב'.

חכמים לעקור דבר המפורש בתורה 'על פי שנים עדים יקום דבר' ולא יקום עד אחד באיש". אולם, דבר זה נאמר רק במה שאין בית הדין יודע אלא מכוח עדות, אבל דבר המבורר להם עצמם בלא האמנתם לעדים נחשב כאילו הם ראו בעצמם. וכשם שאם ראו בעצמם עושים הדין שלא מתורת עדות, הוא הדין כל שלֵב בית הדין יודע בבירור את העניין שלא בתורת נאמנות העד, יכולים הם לדון שלא על פי עדות.

כלומר, אומדנא דמוכח מועילה מפני שהיא נותנת לבית הדין עצמו את ידיעת המעשה כיצד נעשה גם ללא עדות. מכוח האומדנא מסיקים בית הדין ויודעים בעצמם את העובדות ואינם צריכים עדות. אבל אומדנא דמוכח כי העד שלפניהם אומר אמת, לא תועיל שכן גם אחרי האומדנא מה שניצב בפנינו הוא עדות של עד אחד בלבד, ועד אחד גם אם הוא נאמן מאוד אינו יכול להעיד בדיני ממונות[96]. הבנתם של דברים היא - כי במקרה של 'אנן סהדי' כמו 'בא הרוג ברגליו', או ב'אומדנא דמוכח' כמו מי שנכנס עם חברו לחדר סגור ויצא עם נשיכה בגבו, יש לבית הדין מכוח מה שהם רואים. ידיעה מוכחת שהיא אובייקטיבית, שכל מי שיודע אותה מגיע לאותה מסקנה מבלי להאמין למישהו. לעומת זאת, בעדות של עד אחד שיש לנו סיבות להאמין לו, הרי עדיין זו אמונה סובייקטיבית שמי שמכיר את משה ואהרן סביר שיאמין להם, אך אדם זר שאינו יודע מי הם - לא יאמין להם. לכן לגבי עד אמין ידיעת בית הדין במקרה זה נסמכת על עדות ואמינות העד ולא על ידיעה עצמאית של בית הדין. בהתאם לכך ה"חתם סופר" מבחין בין שני מצבים:

דבר שאינו מבורר לבית הדין והם זקוקים לעדות - אין כוח ביד בית הדין לפסוק לגביו על פי עדות של עד אחד וחל הכלל של "לא יקום עד אחד באיש". כלומר, דין זה שסומכים על שני עדים הוא חידוש של גזירת הכתוב ואין לך בו אלא חידושו שכתבה התורה להאמין רק לשניים שאינם קרובים. שני עדים שהם קרובים אינם יכולים להעיד אף אם הם משה ואהרן. בדומה לכך, כאשר אין לבית הדין ידיעה משל עצמם ביחס לעובדות והם זקוקים לעדות הרי שעד אחד אינו עולה כדי "עדות". אדרבה בגמרא מצינו כי לעד אחד אסור להעיד בחברו שהוא גזלן, שכן

---

96. הדבר דומה למי שטוען טענת שמא ומבקש שנאמין לו שכן יש לו מיגו שיכול היה לטעון טענת ברי, אלא שמכוח מיגו הוא נאמן שאינו יודע את העובדות ושגם אצלו זהו שמא, וזו טענה שנדחית.

בית הדין לא יכול להאמין לדבריו, ונאמר "מדבר שקר תרחק". מכאן כי חז"ל קראו לעדות של עד אחד במקום שאינה מועילה דבר שקר, אף על פי שהעד האחד יודע שזו אמת.

אומדנא דמוכח על גופו של המעשה, והדבר ברור לבית הדין כאילו ראוהו בעצמם ואינם זקוקים לעדות - בית הדין יכול לפסוק על פי אומדנא אף ללא עדות כלל.

בהתאם לכך, בבירור המצריך 'עדות' גם אם יש אומדנא דמוכח שהעד לא ישקר בעדותו, כגון במה שהוא בבחינת דבר שעתיד להתגלות (מילתא דעבידא לאגלויי) שבוודאי שום אדם לא ישקר לגביו, בית הדין לא יכול לפסוק מכוח עד זה, כיוון שנזקקו לדין עדות ואין בידם לפסוק אלא על פי עדות כשרה של שני עדים. כמו כן, אם יש אומדנא להאמין לעד שאינו משקר, כגון כאשר מדובר במשה ואהרן, אין לקבל את הדברים מפיו כי יש צורך בעדות ועד אחד אינו עד. רק כאשר יש אומדנא על המקרה עצמו, הרי שבית הדין יכריע - בלי עדות, מכוח ידיעתו שלו על המקרה שנובעת מכוח האומדנא. ולפי זה שמיעת אדם המעיד על 'מילתא דעבידא לאגלויי' מועילה רק במקום שאין זקוקים לעדות.

ודוק עוד, כי לפי דברי ה"חתם סופר" נפרכת לכאורה ראיית ה"שערי תורה" מהרמב"ם לתשב"ץ, שהרי הרמב"ם עוסק במצב שבו אין אפשרות לפסוק על פי עדויות, אבל יש לבית הדין אומדנא על העובדות נשוא הדיון שבפניהם, וביחס לכך פסק כי בידם לפסוק את הדין אף בלא צורך בעדות. אולם, אין לכך ולא כלום עם דברי התשב"ץ העוסק בפסיקת הדין מכוח אומדנא הנסמכת על אמונתנו בעדותו של עד אחד, שברור לנו מכוח אומדנא דמוכח שאינו שקרן. זהו לכאורה דין נפרד לחלוטין, כפי שנוקט החתם סופר ובו לא עסק הרמב"ם כלל.

הגמרא במסכת בבא בתרא (דף קנ"ט עמ' א') מוכיחה שפסול קרובים לא נובע מחשש שקר אלא הוא נובע מגזירת הכתוב, שכן אילו הפסול היה נובע מכוח החשש שהעדים הקרובים משקרים היו משה ואהרן כשרים להעיד לקרובם. בפשטות הוכחת הגמ' היא מכך שהתורה מורה לנו להאמין לשני בני אדם מן השוק אף שאינם מוכרים לנו, ואילו למשה ואהרן שאמינותם מוכחת לרוב בני האדם ציוותה התורה שלא להאמין. אך עדיין משמעות הגמ' כי משה ואהרן אינם נאמנים מגזירת הכתוב למרות שאנו בטוחים שאינם משקרים, ואם כן במקום שאין גזירת מלך, אם הפסול נובע רק מחמת חשש משקר - משה ואהרן נאמנים. אם כן, תמוהים

דברי הריב"ש שעד אחד פסול מחמת חשש משקר בלבד, כי אם כן למה לא נאמין למשה או אהרן מעיקר הדין כשמדובר בעד אחד? שאלה זו אינה קשה לפי שיטת הרמב"ן שנוקט כי עד אחד פסול מחמת גזירת הכתוב, ואינה קשה לשיטת התשב"ץ לפיה משה או אהרן אכן נאמנים בעד אחד. אולם, לשיטת הריב"ש שאלה זו אינה מיושבת. ודוק עוד, לשאלה זו לא מועיל לכאורה הסברו של ה"חתם סופר", שהרי גמ' מפורשת היא שחשש משקר נפתר כשהעד הוא משה ואהרן. מצד אומדנא צודק ה"חתם סופר" כי זו מהימנות עד ולאומדנא שהיא ידיעת בית הדין בעצמו. אבל מדוע שלא יהא כאן דין עדות לעד אחד מאחר שאין חשש שהוא משקר?

ייתכן לומר כי כל סייעתא חיצונית לא תהפוך עד אחד לשניים. אי אפשר ליצור 'עדות' כשאין שני עדים, גם כאשר המהימנות שלו לא שנויה במחלוקת. אכן, לגבי שני עדים קרובים, בפנינו מצב בסיסי של עדות, שהרי שני עדים המעידים - זו עדות, וגם עדים שהם נאמנים בכל מקום אחר. לכן הגמרא הוכיחה כי אילו פסול של קרובים היה נובע מחשש משקר הרי שהייתה בפנינו עדות עם חשש שצריך להפיגו, ובמקרה של משה ואהרן החשש היה מופג, שכן החשש החיצוני שמעוררת הקרבה היה מתפוגג מכוח הכרת מעלת העדים. ממילא מן ההכרח לומר שגזירת הכתוב היא שקרובים כלל אינם עדים. לעומת זאת, אי אפשר לקבוע כי עד אחד נהפך ל"עדות" כי הוא מהימן (מחמת אומדנא או מחמת היותו משה או אהרן) כי קודם זו צריכה להיות "עדות" ורק אח"כ ניתן לומר כי זו עדות מהימנה. אם זו לא עדות הרי שהנאמנות לא תהפוך אותה בשום מקרה לעדות. לכן, אף אם יעיד בפנינו עד אחד שהוא משה או אהרן לא נוכל להוציא ממון על פיהם.

רעיון זה, עולה לכאורה גם מדבר משנה!

כך מצינו במשנה במסכת מכות (דף ה' עמ' ב'): "על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת - אם מתקיימת העדות בשנים, למה פרט הכתוב בשלשה? אלא להקיש שלשה לשנים... מה שנים, נמצא אחד מהן קרוב או פסול - עדותן בטלה (שהרי נשאר רק עד אחד ואין בפנינו שני עדים כשרים), אף שלשה, נמצא אחד מהן קרוב או פסול - עדותם בטלה".

ה"שאגת אריה" בספרו "גבורת ארי" מקשה כדלהלן:

נמצא העד פסול פירושו אדם שהעידו כי עבר עבירה, כגון גזל או חמס.

לפי דעות רבות, פסול זה של גזלן לעדות אינו מצד גזירת הכתוב, כמו פסולו של עד קרוב שבהם אפילו משה ואהרן פסולים להעיד זה על זה, אלא הפסול נובע משום החשש שמא יעיד שקר[97].

מכאן שאם היה ברור לנו שהעד מעיד אמת הרי שלכאורה אין לפסלו.

אם כן, מדוע יש לבטל את עדותם של שני העדים הכשרים שעימו? הן הוא עצמו אם היה ברור לנו שמעיד אמת עדותו עדות, וכאן בפנינו שני עדים כשרים שעימו המעידים עליו שבעדות זו אינו משקר. אם כן בעדות זו גופה יש להתייחס אליו כאל אחד מן הכשרים, ומכל שכן שאינו פוסל את העדים הכשרים שעימו?

לאור קושי זה נוקט ה"גבורת ארי" כי ממשנה זו עולה שאין אפשרות להכשיר עדות של עד פסול ע"י ידיעה חיצונית שדברי העד היו אמת. עדות צריכה להיות כזו העומדת בפני עצמה, לא מחמת ידיעה הבאה מבחוץ ולא מחמת מעלתם המיוחדת של העדים, ולכן הוא נשאר עד פסול וגם פוסל את חבריו שהעידו איתו.

עם זאת מצינו שיטת ראשונים הסוברים שניתן להכשיר עדות על ידי סיוע של אומדנא. במשנה במסכת גיטין (דף י' עמ' ב') מצינו כי "כל השטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים, אף על פי שחותמיהם עובדי כוכבים - כשרים". מבארת הגמרא

---

97. ראה רמב"ם הלכות עדות פרק י"ד הלכה ה' כי "הפסול בעבירה חשוד לזייף (שטר)". כלומר, מי שעבר עבירה יש חשש שישקר בעדותו, שכן כשם שבשביל הנאתו עובר עבירה כך יש לחשוש כי בשביל ממון יעיד שקר. ודוק, בגמרא במסכת סנהדרין דף כ"ז עמ' א' מצינו מחלוקת אביי ורבא: "מומר אוכל נבילות לתיאבון - דברי הכל פסול. להכעיס, אביי אמר: פסול, רבא אמר: כשר. אביי אמר: פסול, דהוה ליה רשע, ורחמנא אמר: "אל תשת רשע עד". ורבא אמר: כשר, רשע דחמס בעינן". משמע כי לשיטת אביי, שנפסקה להלכה, מומר פסול בין אם אכל להכעיס שאז הוא רשע ופסול כי פקע ממנו שם עד, ובין אם אכל לתיאבון שאז הוא פסול מחשש שקר שכן כשם שאינו חושש לחטוא כדי ליהנות, כך לא יחשוש לשקר כדי להרוויח ממון. וראה קצות החושן סימן נ"ב: "דע דיש חילוק בין רשע של חמס ובין רשע דאינו דחמס, והוא דרשע דאינו דחמס צריך להיות דוקא מחייבי מלקות לדעת הרמב"ם, ורשע דחמס אפילו אין בו מלקות פסול משום דחשיד למשקר בשביל הנאת ממון. מאידך, ראה מנחת חינוך ל"ז, ד' הסובר כי מדובר בפסול שמפקיע מהגזלן שם עד ולא בחשש משקר. להרחבה בדיון זה ראה חידושי רבי שמואל רוזובסקי סנהדרין סימנים י"א - י"ב.

כי מכיוון שהקניין נעשה באמצעות מעות והשטר הוא ראיה בעלמא, יש אומדנא שהעדות שנאמרה בנוכחות הערכאות וקבלה את אישורם מוחזקת כאמת, שכן אילו הקונה לא היה נותן למוכר כסף בנוכחות הערכאות לא היו הללו מסכנים את מהימנותם וכותבים שטר שקרי. על גמרא זו מקשה ה"מרדכי" (ב"הגהות אשרי" גיטין פרק א' סימן י' הגהה א') **אם כן מדוע אין משה ואהרן מהימנים כשהם מעידים לקרוב שלהם? הן פשיטא כי משה ואהרן לא היו מאבדים את מהימנותם ומוסרים עדות שקר, וממילא שייאמנו משה ואהרן מכוח אומדנא דמוכח? על כך משיבים הגהות אשר"י בשם ספר החכמה והמרדכי בשם רבו "רבינו יקר", כי עובדי כוכבים כשרים לעדות. "עובדי כוכבים אינם פסולים לעדות מן התורה אלא מטעם שהם גזלנים"[98]. ממילא, מכיוון שלגבי עדים אלו יודעים אנו כי לא היו פוגעים במהימנותם לחתום בשקר על שטר הרי שיש לקבל את העדות. לעומת זאת, משה ואהרן פסולים מן התורה מטעם קִרבה וזו אינה עדות כלל. אומדנא ומהימנות אינם יכולים לחולל עדות.**

הנה כי כן, לפי שיטה זו עדות של גויים כשורה אלא שהיא חשודה בשקר, וכאשר "אומדנא דמוכח" מסירה את חשש השקר יש בכך להכשיר עדות קיימת שיש קושי

---

98. בדומה לכך מצינו בתוספות מסכת בבא קמא דף פ"ח עמ' א' ד"ה "יהא עבד כשר לעדות" בשם רש"י על הסוגיה דנא בגיטין דף י"א, כי שטרות העולים בערכאות של נכרים כשרים לעדות מן התורה. תוספות שם לעומת זאת סוברים כי עדים גויים אינם כשרים מהתורה שכן בפרשת עדות נאמר "אחיו" וגויים אינם נקראים "אחיו". שטר שאושר בערכאות כשר על כן רק מדרבנן. ודוק, שיטת הרא"ש בסימן י' בגיטין ושיטת תוספות היא כי הערכאות מאשרים לעדים לחתום לאחר בירור העניין (ובלשון הרא"ש: "מנהיג המלך שלא יעשו שטר אלא בפני הערכאות שלא יחתמו העדים על שטר עד שיבואו בעלי הדבר לפני הערכאות ויראו **וידעו הערכאות אמיתת הדבר ואז יתנו הרשות לעדים לחתום**"). נמצא כי כעת מהימנות השטר אינה מחמת העדים אלא מחמת הערכאות שבדקו את העניין ואילו העדות בשטר היא של העדים עצמם שקיבלו רשות לחתום. ממילא מובן כי זו לא עדות, כי אי אפשר ליצור עדות של העדים מכוח מהימנות שמעניק דבר הניצב מחוץ לעדות. ההסבר לכך שהעדות מתקבלת בכל אופן, תואם אפוא רק לשיטת תוס' עצמם כי דין מהימנות ערכאות הוא מדרבנן בלבד. לעומת זאת, לשיטת רש"י "שטר היוצא בערכאות" מוכרח להיות עדות של **הערכאות** עצמם שהם החותמים על השטר ולא העדים, שכן רק לערכאות יש מהימנות עצמית. ואכן, כך עולה מדברי רש"י במסכת גיטין דף י"א עמ' א': "הורמיז ואבודינא בר שיבתאי ובר קידרי בטי ונקים אונא - כולם שמות דייני עובדי כוכבים הם". כלומר הגמרא הכשירתם לעדות כיון שהם מוכרים כנאמנים בזכות עצמם בגין כהונתם כשופטים.

בהאמנתה. אולם, מי שאינו בתורת עדות כלל כמו משה ואהרן, לא ניתן להכשירו מכוח "אומדנא דמוכח" וזו מועילה רק ביחס למה שעולה ממילא כדי עדות. לכאורה לפי ההסבר של ה"חתם סופר" לעיל הקושיה אינה קשה מעיקרא, מפני שניתן היה ליישב כי שטר העולה בערכאות מועיל רק מפני שיש למי שרואה אותו אומדנא דמוכח שהייתה הלוואה אבל זו ידיעה עצמית של בית הדין ולא בגדרי עדות כלל. לעומת זאת כאשר משה ואהרן מספרים לנו על הלוואה אנו רוצים לסמוך עליהם כעדים ואי אפשר להאמין לעדים מכוח אומדנא על אמינותם. אכן הגהות אשר"י שם מביא גם שיטה אחרת האומרת כי בוודאי גויים פסולים לעדות שהרי גם עבד פסול לעדות, והנאמנות של שטרות העולים בערכאות היא מתקנת חכמים.

עם זאת, הרב אשר אריאלי בשיעור שנתן בישיבת "מיר" ציין ששמע מהרב אלעזר מנחם שך, שפשיטא לו כי אילו היה יושב לדין והרב ישראל מאיר הכהן מראדין (מחבר הספר "חפץ חיים") היה מעיד כעד אחד, הוא היה מקבלו בלא פקפוק מדין 'אומדנא דמוכח'. הרב אריאלי הסביר את דבריו לפי דברי הרמב"ם שהבאנו לעיל שמתיר לדיין בדיני ממונות לפסוק לפי אומדנא דמוכח, וכדבריו בהלכות סנהדרין (פרק כ"ד הלכה א') כי "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ... שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שייראה לו שהוא דין האמת. אם כן למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם אמת העידו או שקר". לפי זה ביאר כי מותר לדיין לפסוק ולהוציא ממון מכוח אומדנא במובן זה שיש לו **רשות** לפסוק מכוח אומדנא אך אין הוא חייב לעשות כן. כמו כן, אין לבעל הדין זכות תביעה שהדיין יפסוק בעניינו מכוח האומדנא. הדיין **חייב** לפסוק לפי העדויות בלבד. אבל, לדיין יש **רשות** לדון לפי אומדנא אם הוא רוצה בכך. ממילא, כוונת הגמרא שמשה ואהרן פסולים בהיותם קרובים מתייחסת לדין עדות שחובה על הדין לדון על פיה. אבל, ניתן לקבל עדות של משה ואהרן בתור אומדנא דמוכח והדיין רשאי לפסוק לפי עדות זו.

ד. עד אחד באבדה

ראינו לעיל כי עד אחד אינו מעיד בדיני ממונות, ושיטת הריטב"א בגיטין (דף כ"ז עמ' א' ד"ה "מצאו") שגם באבדה אין עד אחד נאמן. עם זאת, מצינו בר"ן בחולין (דף ל"ד עמ' א' מדפי הרי"ף) כי עד אחד המעיד על מציאה שהיא של פלוני - נאמן, מכיוון

שאין לו הנאה מעדות זו וחזקה היא כי דבריו אמת. נשאלת השאלה: הרי מוצא האבדה הוא רק עד אחד ובממון צריך שני עדים כשרים? הרב שמעון שקופ בספרו "שערי יושר" (שער ו' פרק י"ד) מבאר כדלהלן:

אם בא אדם למוצא אבדה וטוען שהחפץ שלו (כגון תלמיד חכם שמזהה את החפץ בטביעת עין) והמוצא טוען שמא אינו שלך, לכאורה ראוי היה שיהא הדין עם דורש החפץ, מכיוון שהוא טוען טענת ברי והמוצא טוען טענת שמא, והמוצא גם אינו מוחזק שהרי אינו טוען כי הוא בעל החפץ[99]. מדוע אם כן נקבע כי אין מחזירים אבדה אלא בסימנים או עדים? אין זאת אלא שזו מצוות התורה. הכתוב אומר (דברים כ"ב, ב'): "והיה עמך עד דרוש אחיך אותו", ודרשו חז"ל (מסכת בבא מציעא דף כ"ח עמ' ב'): "דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, בסימנים או בעדים". מדרשת חז"ל נלמד כי מצוות התורה היא שלא להשיב אבדה אלא ע"י בירור.

דין זה של "עד דרוש אחיך אותו" אינו מדיני הממונות שבין אדם לחברו אלא הוא "דין שבין אדם למקום", כמו דיני האיסורים. לכן יש לומר כי לעניין השבת אבדה די בעדותו של עד אחד, כמו שהאמינה תורה עד אחד על שאר קיום המצוות, כמו תפילין וציצית וכיו"ב.

משום כך לאדם מהשוק שאינו צורבא מרבנן וחשוד לשקר בשביל ממון, אין להחזיר, וכמו שדרשו חז"ל: דרשהו אם רמאי הוא או לא. אבל, צורבא אינו חשוד להיות רמאי וממילא לא נאמר לגביו הדין של "עד דרוש אחיך אותו".

משום כך מחזירים אבדה לצורבא מרבנן בטביעת עין המזהה את החפץ, שכן מדין תורת המשפטים מגיעה לו האבדה (מכיוון שטען טענת ברי כנגד טענת שמא של מי שאינו מוחזק), ומדין מצוות השבת אבדה רק במי שחשוד כרמאי הצטווינו לקיימה ע"י עדים או סימנים ואילו תלמיד חכם אינו חשוד לדרוש את החפץ בשקר. ממילא מתורצים דברי הר"ן כי עד אחד נאמן כשהוא מעיד שהאבדה של פלוני, שכן מצוות 'עַד דרוש אחיך' אינה מדיני ממונות אלא הוא כעד אחד באיסורים שנאמן על זה.

---

99. אכן, המוצא מחזיק עבור בעלים. אבל, זו גופא השאלה מי הבעלים והאדם התובע טוען כי הוא הבעלים וממילא מחזיקים בנכס עבורו. נמצא כי המוחזקות אינה ניצבת כנגד טענתו.

ברם, הרב שקופ מעמיק חקור ומקשה: הן הר"ן עוסק גם במקרה שבו בפנינו אדם המעיד שהאבדה של אדם אחר שלא טען דבר בפנינו, ואם כן לא עומדת לו טענת ברי[100]. נדרשת איפה עדות גם מחמת דיני הממונות שבדבר ובממונות אין המוצא יכול לסמוך על עד אחד. מדוע גם במקרה כזה עד אחד נאמן[101]?

כמו כן מקשה הרב שקופ על הר"ן, הן הדין הוא (בבא מציעא דף כ"ח עמ' א') ששני בני אדם שכל אחד מהם טוען כי האבדה שביד המוצא היא שלו ונוקב בסימנים המוכיחים זאת, הרי שגם אם יש עד אחד לטובת מי מהם, יניחו את האבדה עד שיבא אליהו הנביא ויפשוט את הספקות ואין אחד מהם מקבל את האבדה. לכאורה, לפי הר"ן מדוע אין עד אחד נאמן?

הרב שקופ מסיק על כן כי עד אחד בדיני ממונות אינו מהימן, אך זאת רק כשיש בעל דין, שאז נאמר: "לא יקום עד אחד **באיש**". אבל, כשאין בעלי דין וצריך להכריע מה לעשות באבדה - הרי שעד אחד מהימן. אכן, אין המדובר בדיני איסור, וגם הפן הממוני לא הוכרע, שכן אין בעל דין הטוען כנגדם טענת ברי. אולם גם בדיני ממונות - עד אחד יכול להיות נאמן בממון כשאין זו הכרעה בין טוען לנטען.

נמצא כי אם ננקוט כפי ההסבר הראשון בדברי הרב שקופ לפיו עד אחד מהימן באבדה שכן הוא נוגע רק לדיני איסור, ואילו המישור הממוני הוכרע מחמת הכלל של ברי ושמא - וממילא דין זה לא נאמר במקום שבו בעל הדין לא בפנינו ואינו טוען טענת ברי. לעומת זאת הר"ן נוקט כפי ההסבר השני בדברי הרב שקופ כי עד אחד נאמן באבדה שכן זו לא מחלוקת בין שני בעלי דין, וממילא עד אחד נאמן באבדה גם כשאין טענת ברי והעד אינו מעיד לעצמו.

---

100. אין לומר כי בפנינו טענת ברי מכוח העדות, שכן הכלל הוא ש"אין ברי ע"י אחר", שכן טענת ברי אינה דין בדיני הראיות אלא דין בדיני הטענות, (בהלכות טוען ונטען). לכן, טענת ברי עומדת לבעל דין ולא לעדים.

101. ואכן, שיטת הריטב"א בגיטין דף כ"ח עמ' א' כי צורבא מרבנן מהימן לעצמו (מדין ברי) אבל לאחֵר - אין עד אחד מהימן בדיני ממונות.

ה. עד אחד בשבועה

על אף שעד אחד אינו נאמן לחייב ממון את הנתבע, הוא נאמן מן התורה לחייב שבועה.

הרמב"ם בהלכות טוען ונטען (פרק א' הלכה א') פוסק: "אם כפר (הנתבע) בכל ואומר לא היו דברים מעולם ועד אחד מעיד (שהנתבע כן חייב) הרי זה (הנתבע) נשבע מן התורה, ומפי השמועה למדו שכל מקום ששניים מחייבים אותו ממון, אחד מחייבו שבועה, וכן למדו מפי השמועה שעד אחד לכל עוון ולכל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה"[102].

בדיני איסורים הכלל הוא כי עד אחד נאמן, ו"הכל כשרים להעיד" כלומר גם עד שבדרך כלל הינו פסול להעיד, מקבלים את דבריו לצורך הכרעה בדיני איסור והיתר. אולם, שבועה הנוגעת לממונות אינה כדיני איסור ועֵד אחד מחייב שבועה רק אם הוא עֵד כשר לעדות בדיני ממונות, שאילו היה עימו עוד עד אחד היה בידם להוציא ממון. ברם, יש להבין מה מסייעת לנו העובדה כי עד זה כשר הוא לעדות, הרי כל עוד שאין לנו שני עדים אין כאן עדות כשרה? מה אפוא פשר הדין לפיו נוצר חיוב בשבועה כשיש עדות של עד אחד בתנאי שהעד כשר לעדות? וכי מה הנפקות מכך שהעד כשר לעדות כל עוד שאין פה שני עדים? נבאר את הדברים באופן סדור להלן, בעקבות היסוד שעליו עמדנו לעיל ביחס למהותה של עדות.

לעיל ראינו כי עדות אינה רק עניין ראייתי אלא יש "כוח עדות" שמשמעו כי בית הדין יונק את כוחו וסמכות הכרעתו משני העדים. העדים אינם מספקים לבית הדין רק ידיעה על העובדות, אלא הם נותנים לבית הדין גם את הסמכות וכוח הפסק

---

102. בגמרא בבא קמא דף נ"ה עמ' ב' מצינו ברייתא לפיה אחד מארבעה דברים שאדם פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים מדין גרמא בנזיקין, הוא: "היודע עדות לחברו ואינו מעיד לו". והגמרא שם בדף נ"ו עמ' א' מקשה, אם מדובר בעדות של שניים הרי שהוא עובר על איסור **דאורייתא** של (ויקרא ה', א'): "ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו", ואם כן פשיטא שחייב לצאת ידי שמיים, מבארת הגמרא כי מדובר בעדות של עד אחד. מבאר רש"י כי מדובר בעד אחד שאם היה מעיד היה בכך כדי לחייב את הנתבע שבועה וממילא ייתכן כי הנתבע לא היה נשבע בשקר והיה משלם, נמצא כי העד שלא בא להעיד גרם נזק בגרמא. ועיין דבר אברהם כרך ב' סימן ל"ח בהגהה.

שעל פיו בית הדין מוציא ממון מהנתבע. לעד אחד אין "כוח עדות" אבל יש לעדותו משקל ראייתי והוא מוגדר כמי שפועל חצי "כוח עדות", ובהינתן עדות נוספת של 'עד אחד' נמצא שבפנינו "כוח עדות" שלם, שעליו אמרה התורה: "יקום דבר".

הרב שקופ בספר חידושי ר' שמעון שקופ (על מסכת קידושין סימן כ"ב) מציין כי הדברים האמורים מתחדדים ע"י העיון בדברי תוספות במסכת מכות דף ו' עמ' א' (ד"ה "אמר ר"י"):

הגמרא שם נוקטת (אלו דברי רבי יוסי שהובאו לעיל) כי הדין של "נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטלה" אינו חל ביחס לדיני ממונות. מבאר רש"י כי ההבחנה בין דיני נפשות לדיני ממונות נובעת מכך שבדיני נפשות כתוב "והצילו העדה" ולכן כל פסול שיש בעדים מביא לפסילתם.

על כך הקשו התוספות שתי שאלות:

נאמר בתורה: "משפט אחד יהיה לכם" ואם כן היה מן הדין להשוות דיני ממונות לדיני נפשות.

הפסוק: "על פי שנים או על פי שלשה עדים" נאמר בדיני ממונות ואם כן גם בממון יש השוואה בתורה בין עדות של שניים לעדות של שלושה.

על שאלות אלו השיב תוספות שם: בדיני נפשות ניתן ללמוד משניים שעדותן בטלה בהיקש: כשם שבכת של שניים כאשר נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטלה לגמרי, כך גם כאשר בפנינו שלושה עדים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטלה לגמרי. אבל דיני ממונות שונים, שכן שם גם בעדות של שניים כאשר נמצא אחד מהם קרוב או פסול אין עדות השני בטלה לגמרי שכן הוא מחייב שבועה, כך גם כאשר בפנינו כת של שלושה עדים, כאשר נמצא אחד מהם קרוב או פסול תתקיים העדות בשאר העדים.

כלומר, העובדה שעד אחד מחייב שבועה בדיני ממונות מוכיחה לשיטת תוספות כי יש דין עדות אף לעדותו של עד אחד.

שואל הרב שמעון שקופ, הן הקושיה הראשונה של תוספות אינה מיושבת ע"י תירוצו, שהרי לאור ההיקש של "משפט אחד" היה מן הדין להשוות בין דיני ממונות לדיני נפשות? והתמיהה מחמירה, מה עניין חיוב בדיני שבועה, לדיני עדות להוצאת ממון? הן מכל מקום היה מן הדין להקיש בין הדין החל בעדות כת

של שלושה לדין החל בעדות כת של שני עדים, וכשם שביחס לשני עדים ברור כי אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול אין אפשרות לגבות ממון, כך גם ביחס לכת של שלושה אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול היה מן הדין לקבוע כי לא ניתן יהא לגבות ממון. אכן, עד אחד מחייב שבועה אך מה לכך ולעניין עדות ממון, הן גם ביחס לדיני נפשות ניתן לומר כי עד אחד כשר לנושאים של איסור והיתר, ואם כן מה מסייעת לנו העובדה שבממון יש חיוב שבועה כאשר אחד מהם פסול?

אין זאת אלא שיש הבחנה בין דיני נפשות לדיני ממונות לעניין "קיום הדבר" (ובלשון הרב רוזובסקי שהובא לעיל - ה"יקום דבר") הנובע מן העדות. לאמור, בדיני נפשות "שני העדים ביחד פועלים ומועילים ל'קיום הדבר' וכל אחד בפני עצמו אינו פועל כלום. לעומת זאת, בדיני ממונות כל אחד פועל חצי 'קיום דבר' ובהצטרף שני החצאים נגמר הדין על פיהם". על כן, בדיני נפשות יש היקש בין כת של שלושה עדים לכת של שני עדים, שהרי כשם שביחס לכת של שניים אם אחד מהם פסול גם השני אינו כלום ואינו מועיל אף ל"חצי קיום", כך גם ביחס לכת של שלושה עדים אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול אין הם מועילים דבר. לעומת זאת, בדיני ממונות שעד אחד פועל תמיד "חצי הדבר" הרי שפסולו של העד השני אינו גורע מכוחו דבר, אלא שחסר עדיין חצי שיעור. כמו כן בשלושה עדים אם נמצא אחד מהם פסול, מתקיים כוח שני העדים הכשרים כפי שיעורם וערכם.

נמצא כי תוספות הוכיחו מדין חיוב שבועה כי שונה היא עדות בדיני ממונות מעדות בדיני נפשות, שכן הדין לפיו עד אחד מחייב שבועה הוא תולדה מכך שעדות זו, של עד אחד, היא משמעותית כשלעצמה, שכן עד אחד פועל בדיני ממונות ויש כוח ראייתי לעדותו כשלעצמה. מעתה מובן גם מדוע עד שמחייב שבועה חייב להיות עד כשר אף שממילא בפנינו רק עד אחד ולא שניים.

על כן, הכלל הוא כי "כל מקום ששניים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייב שבועה", ולמדו חז"ל שעניין שבועה הוא תולדה הנובעת מכך שכאשר שני עדים מעידים יש לכל אחד מהם משקל ראייתי כשלעצמו, והתוקף המחייב נוצר מהצטרפות שניהם, אבל גם כשהוא אחד - עדותו היא 'חצי' עדות ממון והיא המחייבת את השבועה. אילו היינו אומרים כי בממונות אין לעדות של עד אחד כשלעצמה כל משקל ראייתי והיא כמי שאינה, הרי שלא היה שום דמיון בין עדות של עד אחד לעניין

שבועה לדין שני עדים לממון, וכפי שראינו לגבי דיני נפשות שלכל הדעות עדותו של עד אחד אינה מועילה דבר ורק שניהם יחד מועילים.

הרב שקופ מסיק על כן כי גם בקרקע שאין לגביה דין שבועה כלל, עדות של עד אחד מועילה לחצי קיומו של דבר, ומשום כך גם שם סובר רבי יוסי שאין למדים דיני ממונות מדיני נפשות, על אף שנאמר היקש של "משפט אחד" להשוות את כל הדינים, שהרי ענייניהם שונים הם ביחס להבנת מהותה ותוקפה של עדות כל אחד מהם.

מעתה יובן מדוע יש צורך בעד כשר כדי שהוא יחייב שבועה בדיני ממונות, וכך מבאר הרב שקופ: כאשר עד אחד מחייב שבועה אין זו **נאמנות** של העד לעניין שבועה, אלא "מה שיש חצי כוח עדות על הממון זהו המחייבו שבועה". כלומר, העובדה כי בפנינו חצי כוח עדות כנגד הנתבע ביחס לממון ויש כאן חצי "יקום דבר", היא הגורמת חיוב של שבועה. ממילא ברור כי צריך שיתקיימו בעדות זו כל התנאים הנצרכים לקיומה של עדות ממון, שכן רק במה ששני עדים מחייבים ממון עד אחד מחייב שבועה. אבל בעדות נפשות כל עד בפני עצמו אינו פועל מאומה והריהו כמי שאינו.

לחיוב בשבועה מכוח עד אחד עשויה להיות השלכה ממונית. נבאר:

הכלל הוא כי נתבע שהתחייב שבועה מכוח עד אחד, ואינו רוצה להישבע[103] - חייב לשלם. לא רק אם "אינו רוצה" להישבע משלם, אלא אף במקרה שבו הנתבע "אינו יכול" להישבע, כגון שאינו יודע בוודאות את העובדות, חייב לשלם. כך מצינו במסכת בבא מציעא (דף צ"ח עמ' א'): "אמר רבא (תובע הטוען לנתבע) מנה לי בידך, והלה אומר (הנתבע משיב) אין לך בידי (בוודאות) אלא חמישים[104], והשאר - איני יודע, מתוך שאינו יכול להישבע משלם".

---

103. מפני חומרתה של שבועה וחומר עונשה, אנשים רבים נמנעו מלהישבע אפילו על אמת. ר' בגמרא גיטין דף ל"ה עמ' א', "לא היו ימים מועטים עד שמת אחד מבניה, וכששמעו חכמים בדבר אמרו: מה מי שנשבע באמת כך..."

104. במקרה זה הנתבע חייב שבועה מן התורה אף ללא עדות עד אחד מחמת שהוא מודה במקצת. הדין של "מתוך שאינו יכול להישבע משלם" נאמר בכל שבועות התורה, בין במודה במקצת בין בשבועת השומרים ובין נתבע שהעיד כנגדו עד אחד.

ודוק, התורה אמרה שעד אחד אינו יכול לחייב ממון, ועם זאת מתחייב הנתבע לשלם במקרה שאינו יכול להישבע נגד עדותו של העד, שכן חיוב שבועה משמעו מתן בחירה לנתבע "להישבע או לשלם". ממילא, אין העד נחשב כיוצר חיוב ממון על הנתבע, אלא יוצר מצב שבו הנתבע עצמו צריך לבחור אם להישבע או להמיר את חיוב השבועה בתשלום. כך מצינו בפסקו של הרמב"ם (הלכות טוען ונטען פרק א' הלכה ד'): "כל מי שנתחייב שבועה מן התורה הרי זה נשבע ונפטר, ואם לא רצה להישבע יורדים (בית הדין) לנכסיו וגובים מהם כל מה שתבע חברו עליו, שהרי התובע אומר לו איני זז מדין תורה **או השבע או תן לי**"[105].

בסוגיית הגמרא במסכת בבא בתרא (דף ל"ג עמ' ב' ודף ל"ד עמ' א'), המכונה "נסכא דרב אבא", התעורר דיון כדלהלן: עד אחד בא לבית הדין והעיד על פלוני שחטף "נסכא" (גוש כסף) מחברו. "החוטף" היה יכול להכחיש את העד ע"י שבועה ולהיות נאמן שלא חטף. אולם ה"חוטף" השיב: אכן חטפתי אך את שלי חטפתי. אמר רבי אמי: כיצד נדון מקרה זה? לא ניתן לְפַסוֹק כי על הנתבע לשלם, שהרי אין בפנינו שני עדים שמכוחם נוכל לחייבו ממון. לפטור את הנתבע כליל אי אפשר שהרי יש עד אחד המעיד על החטיפה. לחייב את הנתבע להישבע להכחיש את העד כפי שמחייבת התורה גם לא ניתן, שהרי הוא מודה לדברי העד שחטף את הנסכא! רבי אבא הכריע את הדיון, כי הנתבע מחויב לשלם מחמת הכלל האמור שכל המחויב שבועה ואינו יכול להישבע - משלם.

ודוק, מדוע נחשב הנתבע למי שאינו יכול להישבע, הרי הוא יכול להישבע כי טענתו אמת וכי הוא חטף את של עצמו? מבאר הרשב"ם: "לית לן למימר לישתבע דדידיה חטף, שאין זו שבועה המוטלת עליו". כלומר, התורה אפשרה לנתבע להישבע כי דברי העד אינם נכונים. אם אין בידו להישבע שבועה זו, עליו לשלם. העובדה כי

---

105. ועיין קצות החושן סימן ל"ח ס"ק ה' האם שייך דין עד זומם ביחס לעד אחד המחייב שבועה, שהרי הוא מחייב שבועה **או ממון**, ואם אינו יכול להישבע משום שהיה חשוד או שטען איני יודע חייב לשלם. קצות החושן מציין כי לכאורה משמע מדברי תוספות ששייך בזה כאשר זמם (עיין בבא מציעא דף ד' עמ' א' תוספות ד"ה "עד אחד יוכיח" כי מה שהעד אינו משלם כשהוזם אינו חומרא אלא לפי שבעדותו אינו מחייבו ממון, ומשמע שבמקום שמחייבו ממון שייך בו "כאשר זמם". עם זאת קצות החושן מציין "אלא שלבי מהסס, דקרא כי כתיב כאשר זמם (דברים י"ט, י"ט) בשני עדים הוא דכתיב".

בידו לתרץ את המעשה בנימוקים שונים, ואף להישבע על כך, אינה מועילה, שכן לא זו השבועה שמחייבת התורה. התורה מאפשרת לו להישבע שבועה שמכחישה את העד ומאיינת את עדותו. אבל אם העד אינו מוכחש, הרי שאין תוקף לשבועה. אדם לא נשבע על תירוצים אלא על העובדות הנטענות. לעניין זה שווה הדין במקרה של עד אחד שמעיד על החטיפה, למקרה שבו מעידים שני עדים על כך, שאז ברור כי אינו נאמן לטעון "את שלי חטפתי", ולתרץ את חטיפתו.

אף שהשבועה אינה מועילה להיפטר מחיוב הממון, לכאורה מדוע אין לומר שיהא החוטף נאמן שהחפץ (הנסכא) שלו, מכוח מיגו שיכול היה להכחיש את החטיפה עצמה ועל כך היה נאמן בשבועה. אם כן שיישבע על טענתו הנוכחית ויהיה נאמן בטענתו ובשבועתו זאת מכוח "מיגו"[106]? התשובה לכך היא, שנגד עד אחד נתנה התורה דרך להיפטר ע"י שבועה, ואמרו חז"ל "או תישבע או תשלם". כשם שמיגו אינו מועיל כנגד חיוב שיצרו שני עדים, כך אין מיגו מועיל נגד חיוב שיצר עד אחד, שכן עד אחד יוצר חיוב של "או תישבע או תשלם". לא נכלל בכלל זה "או תישבע או תהיה נאמן באופן אחר". על כן, מי שאינו נשבע - משלם!

ב"נודע ביהודה" (מהדורא תנינא, אבן העזר סימן כ'), נדון עניינה של אישה שיצא קול שהרתה לזנונים וילדה, ושהעיד עד אחד שהשמינה מאוד כמעוברת ובלילה שאחריו שוב הייתה רזה, ומזה הסיקו שזינתה וילדה. היא הודתה שהתנפחה מאוד והתרוקנה בבת אחת, אך נתנה אמתלאות רחוקות לדבריה שהיה זה מחמת חולי. ה"נודע ביהודה" דן בהשוואת מקרה זה לסוגיה של נסכא דרב אבא בה נטען אכן חטפתי אך את שלי חטפתי ("אִין חטפי ודִידִי חטפי"), אך כתב: "שאני נסכא דר' אבא שאם היה כופר היה חייב שבועת התורה ועכשיו שמודה הוי מתוך שאינו יכול להישבע משלם. מה שאין כן במקרה דנא שאילו הייתה מכחישה את העד לגמרי לא הייתה מחויבת שבועה כלל[107], הרי שגם עתה שמודה שהשמינה אלא שאומרת

---

106. ודוק, במקרה זה אין תחולה לכלל לפיו "מיגו להיפטר משבועה לא אמרינן", שכן כלל זה נאמר רק במקרה שאדם מבקש להסיר את חיוב השבועה שלו ואילו במקרה דנא השאלה היא מדוע שלא נאמין לו **לאחר שנשבע** מכוח טענתו הנוכחית, שיש לתת בה אמון מכוח דין "מיגו".

107. לא מצינו שאשה חייבת שבועה בהאשמה על זנות, רק בסוטה ע"י קינוי וסתירה שביחס לכך כתוב: "והשביע הכהן את האישה בשבועת האלה".

לא נטמאתי וגידול הבטן היה מחמת סיבה אחרת - נאמנת מכוח מיגו, ולא שייך כאן מתוך שאינו יכול להישבע משלם". מבואר בדבריו שמועיל מיגו נגד עד אחד במקום שלא יצר חיוב, רק במקום שהאמינה תורה לעד לחייב שבועה לא מועיל מיגו, שהרי התורה האמינה לו וחייבה לשלם ממון אלא אם כן תהא שבועה כנגדו.

בהתאם לאמור מציין ה"נודע ביהודה" כי ייתכן שגם כשיש עדות של שני עדים המעידים שפלוני חטף את הכלי וטוען "אכן חטפתי ואת שלי חטפתי", הרי שעל אף שוודאי מחויב לשלם, מכל מקום "אולי לעניין לפסלו לעדות תועיל טענתו ששלו חטף ואינו נפסל לעדות". כלומר, בגדרי כללי הנאמנות הוא נאמן ששלו חטף וכשר לכל התורה, ומכל מקום את הנסכא עליו להשיב ואינו נפטר ע"י נאמנות זו, שכן גזלן אינו יכול לבא כנגד שני עדים ולטעון כנגד המוחזק "את שלי חטפתי".

הרשב"א[108] שואל, מדוע שלא ייאמן החוטף בטענתו כי את שלו חטף מכוח "מיגו שהחזרתי", כלומר מכוח כך שיכול היה לטעון כי החזיר את החפץ? תשובתו היא כי אכן במקרה כזה הוא היה מהימן, אלא שבסוגיה במסכת בבא בתרא עסקינן במקרה שאנו רואים את החפץ בידו וממילא ברור כי חפץ זה לא הושב. מדברי הרשב"א עולה אפוא כי אכן במקום שניתן לטעון מיגו שהחזרתי הדבר מועיל לפטור אותו מממון, שכן טענת החזרתי אינה מכחישה את העדות אלא פוטרת את החיוב שיצרה העדות. ומכוח מיגו כזה הוא יכול להסיר את חיוב השבועה, והראיה שגם כאשר שני עדים מעידים על החטיפה הוא יכול לטעון החזרתי. לעומת זאת, במקרה דנא טענת המיגו הכחישה את העדות ומכוחה הוא ניסה להיות פטור מחובת השבועה ובכך אינו נאמן. כלומר, מיגו אינו יכול לשלול את התהוות חיוב השבועה וחיוב הממון מעיקרם, אך בידו להעלות טענה המועילה גם משחל חיוב השבועה כמו טענת החזרתי, כשם שהוא יכול היה לשלם, כך נאמן לטעון "שילמתי". ממילא יכול הוא להשתמש בכוח של טענת שילמתי ולהיות מהימן שאת שלו חטף מכוח מיגו שהיה טוען ששילם. אין זו טענה הצופה פני עבר וטוענת "לא נטלתי" - כנגד עד אחד שמחייב שבועה, שבה אין הוא נאמן בכפירתו כנגד העדות, אלא זו טענה הצופה פני עתיד בבחינת נאמנות שהוא שילם את שחויב בו ובכך הוא נפטר מהשבועה ונאמן מכוח המיגו.

---

108. ראה חידושי הרשב"א בבא בתרא דף ל"ד עמ' א'.

פרק ג

ראיה שמוציאה מידי המוחזק

בפרק ב' לעיל ראינו כי כאשר נאמר ש"המוציא מחברו עליו הראיה", הרי ש'ראיה' משמעה עדות. אולם, יש מקרים שבהם לא צריך ראיה בדרגה של עדים, כגון כאשר התובע טוען טענת ברי ואילו הנתבע טוען טענת שמא בלבד, ואינו יודע לומר מה היה. לכאורה טענה - לרבות טענה מהימנה - אינה ראיה ועל כן אין בה כדי להוציא ממון. עם זאת מצינו דעות בגמרא לפיהן "ברי ושמא ברי עדיף". הכיצד הרי זו טענה ולא ראיה? כמו כן, מצינו כי אדם יכול להוציא מחברו בלא עדים באמצעות ארבעת "כללי הראיות" הבאים: א. חזקה אין אדם פורע תוך זמנו; ב. חזקה; ג. רוב; ד. מיגו. לכאורה הדבר תמוה לנוכח הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה"? נדון להלן בדברים.

א. הסתמכות על טענת התובע

לשם הצגת הנושא נפתח בהבאת עיקרון ה'מיגו', שעוד נעסוק בו בהרחבה להלן, לפיו אדם הטוען טענה קלושה והיה בידו לטעון טענה טובה ומסתברת יותר, יכול לסייע לטענתו בכך שיכול לומר "מיגו" (מתוך) כלומר, האמינו לי בטענתי הנוכחית מתוך כך שיכולתי לטעון טענה טובה ובחרתי לטעון בטענה הנופלת ממנה, אות הוא שטענתי אמת ודבקתי בטענתי זאת גם כשהדבר עלול לפגוע באינטרס שלי, כי זו האמת. טענה המסתמכת על "מיגו" היא אפוא טענה סבירה כשהמיגו מסייע לאמינות בעל הדין להיות נאמן בטענתו. עם זאת, להלן נראה כי יש שיטה רווחת בראשונים לפיה "מיגו להוציא לא אמרינן", כלומר על אף שטענתו מחוזקת ע"י המיגו, מכל מקום אינו יכול להוציא ממון מחברו ע"י טענה זאת. חיזוק המיגו מסייע רק להחזיק ממון ולא להוציא ממון. לפי שיטה זו נמצא, כי ההלכה אינה מצדדת בתפיסה לפיה אם בית הדין מאמין לצד אחד יותר מאשר לצד השני, התבררה האמת וניתן לפסוק את הדין ללא צורך בראיות נוספות. טענה טובה וסבירה אינה 'ראיה'. ראיה נעשית באמצעות הצגת שטר לבית הדין, או באמצעות

עדים שמציגים את העובדות בפני בית הדין. רק ראיה היא הכלי שבאמצעותו מתבררת האמת. בלעדיה - אין בפנינו בירור עובדתי. במקרים שיש ראיה בית דין "רואה" את העובדות ("ראָיה" לשון "ראִיה") ועשוי להכריע גם נגד המחזיק. לעומת זאת, **אמון בבעל דין כי הוא אומר אמת אינו ראיה.** לכן למשל, גם אם בעל דין אחד יהא משה רבינו ומולו יתייצב בעל דין שהינו רשע גמור, אך בידי משה לא יהיו ראיות לטענתו מלבד אמינותו שלו, הרי שהוא לא יעמוד בנטל הראיה לפי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". ראיה אינה הוכחה לגופם של בעלי הדין מי מהם אומר אמת. ראיה היא מה שמוכיח **כשלעצמו** את האמת העובדתית, דהיינו שטר או עדים שבאמצעותם יכול בית הדין עצמו להשקיף על המקרה ולקבוע על בסיס הראיה מה היו העובדות. לכן, גם אם לאחד מהצדדים יש מיגו והוא אמין מאוד, אין הדבר חורג מגדר של טענה המובעת ע"י בעל הדין גופו, ואין בכך כדי להוות ראיה **חיצונית** שמכוחה יוכל בית הדין לקבוע ממצאים עובדתיים[109].

בהתאם להנחה זו מתעורר לכאורה קושי חמור, עת שנעיין בגמרא במסכת כתובות (דף י"ב עמ' ב') בה מצינו כי אם אדם טוען כלפי חברו כי כספו מצוי בידו, והלה משיב לו "איני יודע". רב יהודה ורב הונא סוברים כי התובע זוכה בטענתו, ורב נחמן ורבי יוחנן סבורים כי הנתבע פטור מלשלם לתובע דבר. מבארת הגמרא כי רב הונא ורב יהודה סוברים שהתובע זוכה, שכן "ברי ושמא - ברי עדיף"[110], ורב נחמן ורבי יוחנן סוברים שטענתו של התובע נדחית, שכן חזקת הממון שביד הנתבע גוברת על טענת ברי, ואי אפשר להוציא מידי הנתבע באמצעות טענה גרידא. כך נפסק להלכה בשולחן ערוך (חושן משפט סימן ע"ה סעיף ט'): "מנה לי בידך שהלויתיך או שהפקדתי בידך, והלה אומר: איני יודע אם הלויתני או אם הפקדת בידי, ישבע היסת שאינו יודע, ופטור".

---

109. עם זאת, בהתייחסותנו לדין "מיגו" להלן, נציג גם שיטות החולקות על כך.

110. וראה שיטה מקובצת על בבא מציעא דף ל"ז ע"א בשם הראב"ד, כי מי שגזל מאחד מחמישה, ואינו יודע ממי מהם גזל, וכל אחד מהם טוען לו ממני גזלת מוטל עליו להשיב לכולם, שכן הם טוענים טענת ברי, והוא מצידו טוען כנגד כל אחד מהם טענת שמא (שמא לא ממך לקחתי אלא מן האחר). במקרה זה עליו לשלם על אף שברי לו כי לא לקח מכל החמישה, שכן הוא לא יכול להעלות טענת ברי, ובהעדר טענה הריהו מחויב בדין.

שיטת רב הונא ורב יהודה היא כי די בטענה כדי להוציא ממון מידי המוחזק. וקשה, הא כיצד? הן ראינו לעיל כי טענת התובע אינה ראיה ורק ראיה חיצונית היא כלי שבאמצעותו מתבררת האמת[111]?

יתרה מכך, בעוד שכאשר המוחזק-הנתבע משיב בטענת שמא, ישנה מחלוקת בגמרא ולהלכה אנו פוסקים שאין התובע זוכה בטענת ברי גרידא, הרי שאם אין הנתבע עונה כלום, מחדש "קצות החושן" (סימן קל"ג, ס"ק א'), שלכולי עלמא התובע זוכה. הדוגמא שמביא "קצות החושן" היא, כשקטן מחזיק בחפץ והתובע מביא עדים כי בעבר היה החפץ שלו. אילו המוחזק היה גדול וטוען כי החפץ שלו, תקף הכלל כי המוציא מחברו עליו הראיה. ברם, מכיוון שהמוחזק הוא קטן, וטענתו אינה טענה, שכן "דברי קטן אינם נחשבים כטענה"[112] הרי שהתובע גובר על המוחזק, מכוח טענתו שאין עליה מענה. ודוק, אין המדובר במקרה שבו הנתבע הקטן שותק, שאז ניתן לומר שתיקה כהודאה, אלא אף אם הנתבע עונה לתובע אלא שאין לדבריו דין של טענה כיוון שהוא קטן - התובע זוכה. נשאלת השאלה: מדוע יכול התובע להוציא מידי הנתבע באמצעות טענה בעלמא שאין עימה ראיה?

הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שיעורים" (כתובות אות כ"ו) מוסיף ותמה: הן הכלל הוא "על פי שניים עדים יקום דבר", ואילו עד אחד אינו מועיל בדיני ממונות. אם כן,

---

111. וראה תוספות כתובות ע"ו ע"א ד"ה "רישא" המבהירים כי כאשר הגמרא מציינת שעל אדם להביא ראיה, לא די בטענת ברי וצריך ראיה חיצונית, כי טענת ברי כשלעצמה אינה ראיה.

112. הקצות מסייג את דבריו שאם היה הקטן טוען שאביו קנה את החפץ ב"ד היו טוענים זאת עבורו, אך אם בא בטענת עצמו שקנה הרי שטענתו אינה כלום, ואין כוח לבית הדין לטעון עבורו. נתיבות המשפט שם חולק וסובר כי גם בטענת עצמו בית הדין טוענים עבור הקטן. אולם, אלמלא הדין של "טענינן" עבור הקטן, מסכים גם נתיבות המשפט עם שיטת קצות החושן כי בהעדר טענה מצד המוחזק - גובר המוציא בטענתו. כמו כן ראה בחידושי הגרנ"ט בבא בתרא סימן ב' (וכן ר' ספר הזיכרון "וזאת ליהודה" עמ' תק"ג במאמרו של רבי שלמה היימן על "חזקה מה שתחת יד אדם הריהו שלו וטענת לקוח וביאור בתוד"ה לפיכך", שמקורו בדברי הגרנ"ט) כי בחזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו המציאות מחזקת את טענתו, ואז מה שמוציא מידי חברו, אינו ראיה אלא - הטענה!

איך ייתכן שהתובע שהוא 'נוגע' בטענתו יהיה נאמן יותר מעד אחר שאינו נוגע בדבר, והרי בעל הדין הוא "אחד" ואין בכוחו של עד אחד להוציא ממון? יתרה מכך, לבעל הדין אין נאמנות עודפת מאדם אחר שאינו בעל דין, שהרי אדרבה בעל דין הוא נוגע בדבר.

בדומה לכך, כתב רבי שמעון שקופ בספרו "שערי יושר" (שער ו', פרק י"ח, אות שפ"א): "ענין זה של ברי ושמא לא מצאנו רק בהלכות טוען ונטען, שהטוען ברי טענתו עדיפא לענין ממון, דודאי למאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף אינו בגדר בירור, ומכל שכן מקום שהטוען שמא, הוא שמא טוב, שאינו יכול לדעת איזו הוכחה, ורגלים לדבר יש בזה שטוען אמת". מדוע אם כן תקפה טענת ברי מול טענת שמא? ה"שערי יושר" משיב כי "בממון, הטענה גורמת שיחזיק בממון מי שיש לו טענה טובה ולשני אין לו טענה". בדרך זו מסביר גם הרב וסרמן כי בעל הדין הטוען טענת ברי "זוכה בטענתו כיוון שחברו אינו טוען כלום".

הרב משה מרדכי אפשטיין בספרו "לבוש מרדכי" (כתובות סימן ט' ד"ה "והנראה") מבאר את פשר הדברים הללו כדלהלן: "בתורה נאמר (שמות כ"ד, י"ד) "מי בעל דברים יגש אליהם" ומכאן למדו חז"ל כי כאשר האחד תובע הרי שהנתבע מחויב להשיב לו תשובה ברורה ולהגיש את טענותיו לבית הדין, אם אינו עומד בחובה זו - יפסיד בדין. נמצא אפוא כי בטענת התובע יש כוח כשלעצמה כדי להוציא מידי הנתבע (המוחזק).

בהתאם לביאור זה נמצא, כי אכן טענה אינה ראיה והמוציא מחברו צריך לראיה. אולם טענת ברי של התובע מחייבת את הנתבע לטעון טענה נגדית. אם הנתבע אינו משיב, הרי שהטענה של התובע אכן עשויה לגרום לתובע לזכות בדין. כמו כן טענת שמא אינה נחשבת כתשובה נגד טענת ברי[113]. לעומת זאת, מקום שבו הנתבע משיב

---

113. נראה כי מכוח רעיון זה מיישב הגר"א סתירה בשולחן ערוך. נפרט: בשולחן ערוך חושן משפט סימן ר"פ סעיף ז' נפסק: "מי שמת והניח בן וטומטום או אנדרוגינוס, הרי הבן יורש את הכל, שהטומטום ואנדרוגינוס ספק". והרמ"א מגיה: "וכן כל ודאי וספק, אין ספק מוציא מידי ודאי". ומקור הדין במשנה ביבמות דף ק' עמ' ב' בדבר אדם שמת והותיר בנים ודאיים וכן מי שספק אם הוא בנו, הדין הוא שהספק אינו מקבל חלק בין האחים מכיוון שאין ספק מוציא מידי ודאי. ממשיך השולחן ערוך שם בסעיף ח' ופוסק: "הניח בנות וטומטום ואנדרוגינוס, יורשות בשווה והרי הוא כאחת

לטענת התובע בטענת ברי, הרי שבפנינו טענה מול טענה, ואין אפשרות לפסוק לטובת האחד ללא ראיה, אף אם טענתו של התובע עדיפה (מכוח מיגו) על טענתו של הנתבע, שכן המוציא מחברו עליו הראיה וכאמור טענה גרידא אינה ראיה.

בהתאם להסבר זה אודות עדיפותה של טענת ברי, ניתן להבין את הריטב"א ביחס לסוגיה במסכת קידושין (דף מ"ג עמ' ב'), בגמרא שם מובאת מחלוקת: רב אמר

מהבנות". מקשה רבי עקיבא איגר בתשובותיו (מהדורא תניינא סימן ד') מדוע שלא נאמר שהטומטום יירש הכול שהרי הוא ודאי יורש (כי בין אם הוא בן ובין אם הוא בת הינו יורש) והבת ספק, שהרי שמא הטומטום זכר ואז אינה יורשת כלל? והניח בצ"ע. על שאלה זו השיב הגר"א בביאורו לשו"ע שם ס"ק ח': "ואף על פי שהטומטום יש לו ודאי בנכסים מכל מקום לא נחשב ודאי משום זה כמו שביאר הרא"ש בפרק החולץ סימן ט'". הרא"ש מתייחס לסוגיית הגמרא ביבמות דף ל"ז עמ' ב' בדבר אדם שמת ולא הותיר אחריו אלא אדם אחד שהוא ספק בנו, ובאו לדין בני אחיו של המת עם האדם המסופק. הספק טוען כי הוא בנו של המת וממילא הנכסים שלו ובני אחיו טענו כי הוא אחיהם ולא בנו של המת, וממילא מגיע לו חלק איתם אך אין בידו ליטול את כלל הנכסים. על כך סברו חכמים כי גם במקרה זה אומרים "אין ספק מוציא מידי ודאי, ולבן הזה יש ודאי חלק בירושה (או כבן או כאחיין) ואילו לשאר יש רק ספק (שהרי אם הוא בן אין הם יורשים כלל) ואין ספק מוציא מידי ודאי. דוחה הגמרא שהדברים אינם דומים, שכן במקרה דנא גם לאותו אחד שהוא ודאי יורש או כבן או כאחיין - אין טענה ודאית. שמא תשאל, הרי ממה נפשך שהוא יורש? מבאר רש"י: "שאפילו הספק אין טוען טענת ודאי ואינו יודע מכוח מי הוא בא לירש". כלומר ירושתו היא הוודאית, אבל הוא שאינו יודע להסביר למה, טענתו אינה ודאית, שאינו יודע מיהו המוריש לו - המוריש או בנו (שאם הוא בן אחי המת, הרי ירושתו היא מכוח האח). והרא"ש מבאר שם באות ט': "שגם הספק אינו טוען טענת ודאי שאינו יודע מכוח מי הוא בא לירש ובשביל שיש לו זכייה ממה נפשך במקצת הנכסים לא חשיב כמוחזק בשאר הנכסים שהוא בא עליהם בטענת ספק". מכאן מסיק הגר"א כי אף מי שהוא ממה נפשך יורש, כיוון שטענתו היא טענת ספק ולא טענת ודאי אין טענתו עומדת כנגד טענת הצד שכנגד ואין בכוחה להוציא ממון. ומכאן מובנת ההלכה בשולחן ערוך כי מי שהוא ספק בן ספק בת, אף שהוא ודאי יורש, ואף יודע בוודאי מיהו המוריש לו, ואילו הבנות רק ספק יורשות, אין בכוחו להוציא מהן דבר, שכן טענתו אינה מציגה גרסה ברורה וודאית למה הוא יורש וממילא אין בידו להוציא מידי הצד שכנגד, שהשיב גם הוא בטענת ספק. הנה כי כן, יש ביד אדם להוציא ע"י טענה בלבד, ובלבד שהיא טענת ברי, והטענה נגדו אינה אלא טענת שמא.

שליח נעשה עד על ביצוע שליחותו, ורבי שילא אמר שאין שליח נעשה עד. הגמרא מבארת כי מחלוקת זו נוגעת הן לדיני קידושין וגירושין והן לדיני ממונות. בהתאם לשיטת רב אם לווה שלח כסף לשם פירעון חובו למלווה באמצעות שני שליחים, הרי שהשליחים נעשים עדים להעיד כי אכן החוב נפרע וכי מסרו את הכסף לידי המלווה. שואלת הגמרא, אם המלווה את חברו בעדים צריך לפורעו בעדים, כיצד הם נאמנים, הרי הם קבלו כסף מהלווה והם חייבים להחזירו למלווה או ללווה בעדים, ואם כן הם 'נוגעים בעדות' ונאלצים לטעון שמסרו את הכסף, שהרי אילו היו אומרים שלא מסרו את הכסף למלווה היה הלווה תובע אותם עצמם להחזיר לו את הכסף. מצד שני אם יטענו שהחזירו את הכסף ללווה יטען הלווה בצדק שעליהם להביא עדים אחרים על כך, שהרי להעיד על עצמם בוודאי שאינם נאמנים נמצא כי הם נוגעים בדבר? משיבה הגמרא כי המלווה את חברו בעדים אין צריך לפורעו בעדים, ולכן אין לשליחים נגיעה אישית, שכן הם יכולים לומר שהחזירו את הכסף ללווה ואינם צריכים להביא עדים על כך. שואל הריטב"א אם אין צריך לפרוע בעדים, מה צריך בכלל את השליחים, הרי גם בלי מהימנותם יכול הלווה לטעון במישרין כנגד המלווה כי חובו נפרע? תשובתו של הריטב"א היא כי הלווה יכול להיאמן כי פרע אף בלי עדים, אך רק כשהוא פרע בעצמו וטוען טענת ברי. אך כששלח שליחים לפרוע ולא היה נוכח בשעת הפירעון, אין הוא יכול לטעון טענת ברי מפני שהכסף לא נפרע ע"י הלווה בעצמו אלא ע"י שליח. שמא תאמר כי השליחים ייאמנו על כך, אף אם שליח לא נעשה עד, מדין טענת ברי שבפיהם? על כך משיב הריטב"א: "דלא הימנוה רבנן אלא כשטוען בברי פרעתיך אבל לשלוחו לא האמינוהו על המלווה ולפיכך צריך שיעידו לו עדים". הווי אומר כי טענת ברי נותנת כוח כשהיא נטענת בידי בעל דין, אך לא כשהיא נטענת בידי שליח. ממילא, אם השליח אינו נעשה עד, אין טענת הברי שבפיו מועילה מאומה.

ביאורם של הדברים, כי כאמור לעיל כוחה של טענת ברי היא דין שנאמר בהלכות טוען ונטען ויש בהם כדי ליתן תוקף לטענה אבל, השליח אינו צד להתדיינות שבין המלווה ללווה ולפיכך דבריו אינם בגדר של טענה, וממילא "לשלוחו לא האמינו על המַלווה" - אין חיזוק לדברי עד בכך שהדבר ברי לו.

הסבר נוסף כתב בספר "פני יהושע" (כתובות דף י"ב עמ' ב') כי טיעונו של התובע נתמך ב"חזקה", לפיה בדרך כלל אין אדם תובע ומנסה להוציא ממון בבית הדין

בלא שיש לו עילת תביעה, שהרי לא ירצה להיות גזלן[114]. כך מצינו במסכת שבועות (דף מ"ו עמ' ב'), כי אם אדם תובע מחברו ממון, והלה מכחיש, חייב הנתבע לישבע שבועה שאינו חייב מאומה. טעם הדבר כי חז"ל נקטו שאדם מן היישוב אינו תובע ממון אם אין שורש לטענתו. על כן הנתבע צריך להישבע כדי לאמת את הכחשתו. ממילא, כאשר הנתבע משיב בטענת שמא, נשארה החזקה הבסיסית שאין אדם תובע בחינם ממון שאינו שלו, ובהעדר כוח נגדי נותרת החזקה על כנה, והתובע זוכה מכוחה. הקושי בהסבר זה נעוץ בעובדה שמבקשים למעשה להוציא ממון מכוח חזקה זו, בעוד שמצינו רק שהיא מחייבת שבועת היסת ורק מדרבנן אך אין הוא אלים שמכוחו ניתן להוציא ממון [115].

כנגד הסברים אלו יש לציין את שיטת רבינו יונה (בבא בתרא דף כ"ח עמ' ב'): כי "מי שתובע את חברו כלים... אם לא רצה הנתבע להשיבו דבר - אין יורדים לנכסיו, אלא הפלים בחזקתו". מדבריו מבואר שהעדר תשובה לטענת התובע, אינה סיבה כשלעצמה להביא לזכייתו[116].

רבי יעקב מליסא (בעל "נתיבות המשפט") בספרו "בית יעקב" (כתובות דף ט' עמ' ב'), מסביר את סוגיית ברי ושמא באופן שונה: "כיוון שהמוחזק אינו יודע אם הממון שלו, והתובע יודע בברי, שייך לומר ברי ושמא ברי עדיף, כיוון שזה אינו יכול להחזיק בממון אחרים מספק וזה מחזיקו בברי".

נראה כי כוונתו לומר כי אכן אדם אינו מחויב להשיב על טענה שנטענה נגדו, והעדר תשובה כשלעצמו אינו מחייב להוציא ממנו את הממון. אבל, כאשר הוא משיב בטענת שמא, מצבו גרוע יותר ממי שאינו משיב כלל, שכן כעת ברור לתובע כי הוא לא עובר על שום איסור בלקיחת הממון, והמוחזק מודה שיש ספק שמא הממון שבידיו שייך לזולתו. כיצד נניח אפוא למוחזק להשאיר את הממון בידיו

---

114. ובלשון ה"פני יהושע": "חזקה שאין אדם תובע אלא אם כן יש לו, ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן... והלה טוען שמא, משום הכי התובע נאמן דמהיכי תיתי נחזיקנו ברשע".

115. ראה להלן בעניין זה של זכייה בממון ע"י חזקה.

116. ר' גם בשו"ת אגרות משה חושן משפט חלק א' סימן כ"ד: "מהיכי תיתי נימא שמחויב המוחזק להשיב על טענתו... לומר שיתחייב להשיב לו איזה דבר בלא הוכחת הודאה, שמטעם זה לא תועיל תשובת שמא - לא מסתבר כלל".

ולעבור על ספק איסור[117], עת שניתן להעביר את הממון לתובע, שברור לו שבידיו לא יהא כל איסור[118].

בדרך נוספת ביאר הרב משה פיינשטיין בשו"ת "אגרות משה" (חושן משפט חלק א' סימן כ"ד): רב הונא ור' יהודה סוברים, שאינו נחשב מוחזק, אלא כשמחזיק את שלו בבירור, אבל כשהוא עצמו מסופק שמא חייב לחברו וצריך ליתן לחברו, אין לו מעלת מוחזק, ודומה הדבר לחפץ המונח בבית דין ואחד תובע בברי והשני בשמא".

לדבריו טענת שמא גורעת מכוחו של המוחזק, ודומה הדבר כמו שהחפץ אינו בידיו, כיוון שהוא עצמו מודה שהמוחזקות שלו אינה מורה על בעלות, ואינה בת נפקות.

כלומר, בעוד שלפי שני ההסברים הראשונים (של ה"שערי יושר" וה"פני יהושע") הזכייה של הטוען ברי נובעת מכך שטענתו חזקה יותר מזו של הטוען שמא, הרי שלפי שני ההסברים האחרונים (של בעל נתיבות המשפט והרב פיינשטיין) הזכייה של הטוען ברי, נובעת מכך שטענת שמא מערערת את כוחו של המחזיק בחפץ להמשיך ולהחזיק בו. שני הסברים אחרונים אלו מתיישבים היטב עם שיטת רבינו יונה, שכן טענת ברי אינה מוציאה ממון, ושתיקת הנתבע אינה גורעת ממנו דבר, כל עוד שהתובע בא עם טענה ובלי ראיה. אבל, טענת שמא, מערערת את יכולתו של הנתבע להחזיק בחפץ.

---

117. ודוק, ראינו בפרק א' לעיל כי לפי שיטת שערי יושר איסורי גזל נובעים מן ההכרעה הממונית מי הבעלים, ואם על פי דיני חושן משפט נקבע שפלוני זוכה מחמת העדר ראיות לצד השני, אין הוא נחשב גזלן או ספק גזלן. לפי הסבר זה לא ניתן לנקוט בהסבר של הבית יעקב, הגורס כי הכרעת הבעלות במישור הממוני נגזרת מחמת דיני האיסור של גזל, והלכות גזילה הם הגורמים לקביעה הממונית שהנתבע חייב להעביר את הבעלות לתובע כדי שלא לעבור על איסור גזל.

118. בהערה 112 לעיל ראינו כי לשיטת "נתיבות המשפט" אפשר להוציא ממון ממוחזק שאינו משיב לתובע כלום. לעומת זאת, לפי ההסבר בספרו "בית יעקב" נמצא לכאורה, כי אם המוחזק אינו מסופק שמא הוא עובר על איסור - אין מקום להוציא ממנו ממון - אף שאינו משיב כלום. ודוק, אם העדר טענה מועיל להוציא ממון - מדוע ניזקק כאן לסברה של חשש לעבור על איסור? אין זאת אלא, שהעדר טענה אכן מועיל להוציא ממון, אבל שמא אינו מצב של העדר טענה והייתה אמורה להספיק טענת שמא של המוחזק כדי להשאיר את הממון בידו. על כן יש לומר כי מוציאים ממי שטען שמא, שכן זה ספק גזל.

ב. חזקה ראייתית - חזקה אין אדם פורע תוך זמנו

בגמרא במסכת בבא בתרא (דף ה' עמ' א') **מובאת שיטת ריש לקיש כי לווה שקבע זמן לפירעון חובו ביום מסוים, ואח"כ טען למלווה "פרעתיך בתוך זמני" אינו נאמן, "ולואי שיפרע בזמנו". אביי ורבא חולקים וסוברים כי יש שאדם פורע בתוך זמנו, כגון במקרה שנפלו לידו מעות. ההלכה היא כריש לקיש. בשולחן ערוך** (חושן משפט סימן ע"ח סעיף א') **נפסק: "הקובע זמן לחברו, ותבעו תוך הזמן. אמר לו (הנתבע) פרעתיך - אינו נאמן, חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו".**[119]

נשאלת השאלה, הן המלווה לא הביא ראיה שהלווה לא פרע לו את הכספים בתוך זמן ההלוואה כפי שהלווה טוען כיצד ניתן להוציא ממון ע"י 'חזקה' (שאדם לא

---

119. בשו"ת הרא"ש כלל ס"ו סי' ג' וכלל צ' סי' א' ובסמ"ע סי' ע"ח ס"ק א' מבואר כי מכיוון שקבע המלווה זמן לפירעון יודע הלווה שלא יהיו לו מעות עד אותו זמן וגילה דעתו שלא יוכל לפרוע בתוך הזמן. ודוק, הגמרא עוסקת במי ש"קובע זמן לחברו". מכאן מסיק תוס' כי הדין של "אין אדם פורע תוך זמנו" נאמר דווקא במקרה של הלוואה שנקבע זמן מפורש להחזרה, ולא בהלוואה שזמן פירעונה נקבע רק מכוח הנוהג לפיו "סתם הלוואה שלושים יום". כלומר, לפי שיטת תוספות יסוד החזקה הוא שהלווה מתכנן את הלוואותיו לפי יכולות הפירעון שלו ובהתאם לכך קובע זמן לפירעון. מכיוון שהזמן שנקבע לפירעון מבוסס על תחשיב מסוים שיש לו, וממילא יש לומר כי קביעת הזמן מצביעה על כך שעד לאותו זמן לא יהיו לו כספים לפירעון החוב. לעומת זאת, כאשר לא נקבע מועד מפורש לא יחול הכלל שאין אדם פורע תוך זמנו, שהרי אין בפנינו תחשיב של הלווה שסותר את הטענה שפרע בתוך הזמן, ולכן יהיה נאמן לומר שפרע.

ברם, הרשב"א חלק על תוס' וסבר כי גם בסתם הלוואה שלא נקבע לה מועד לפירעון ההלכה קובעת כי "סתם הלואה שלושים יום", ובמקרה זה מדובר בהלוואה בלי תחשיב של הלווה בדבר המועד שבו ישיג כסף לפירעון החוב, ובכל זאת אם בא הלווה וטען אחרי עשרים יום פרעתיך, חלה קביעתו של ריש לקיש אין אדם פורע תוך זמנו. הרשב"א נקט אפוא כי החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו נובעת מהערכה שלנו על טבע האדם שכל עוד שיש ללווה זמן "להתגלגל" עם הממון אין הוא רץ לפרוע.

ואכן, "קצות החושן" סי' ע"ח ס"ק ח' מבאר שטעם החזקה נעוץ במנהג בני אדם: שאין דרך בני אדם לפרוע קודם שהגיע זמן הפירעון. וראו עוד בעניין זה שו"ת מהרי"ט אבן העזר סימן כ"ז; שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן קל"ו; ביאור הגר"א סימן ע"ח ס"ק ח' וס"ק י"ז בדעת חלק מהראשונים; שו"ת חתם סופר חושן משפט סימן ס"ז; "קצות החושן" בספרו "משובב נתיבות" סימן ע"ח.

פורע תוך זמנו)? האם 'חזקה' שכזו היא ראיה שמכוחה יכול אדם להיות המוציא מחברו?

המהרי"ט (אבן העזר סימן כ"ז) מוסיף ומקשה, הן הכלל הוא (קידושין דף פ' עמ' א') כי "רוב וחזקה - רוב עדיף". לגבי רוב הכלל הוא (בבא קמא דף כ"ז) כי "אין הולכים בממון אחר הרוב". אם כן קל וחומר הוא שאי אפשר להוציא ממון מכוח חזקה. כיצד ניתן אם כן להוציא ממון מכוח החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו?

אחרונים רבים משיבים כי חזקה זו אינה בגדר של הנהגה כיצד לפעול במקרה של ספק, ואינה הנחה גרידא בדבר המציאות, אלא חזקה זו היא בגדר של הוכחה ברמה של עדות, שכן "אנן סהדי" - אנו עדים שכך היא המציאות[120]. מכיוון שניסיון החיים מעיד שזו המציאות. אולם, הסבר זה נתקל לכאורה בקושי, שהרי בסוגיה האמורה במסכת בבא בתרא, הובא נדון: מה הדין אם התובע תבע את הנתבע לאחר זמן הפירעון, ואמר לו הנתבע פרעתי לך בתוך הזמן. לכאורה, הנתבע יכול היה לומר בנקל כי פרע לאחר חלוף הזמן והיה נאמן, ומה לו להסתבך ולטעון כי פרע בתוך זמן הפירעון? טיעון זה, שהוא טענת "מיגו", מסייע לכאורה לטענת הלווה שהוא פרע. הגמרא הסתפקה שמא במקרה זה הלווה יהא נאמן, אף שהוא טוען נגד החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו? ובלשון הגמרא "במקום חזקה, מי אמרינן מה לי לשקר"[121]?

ה"שיטה מקובצת" תמה, כי לכאורה הדבר פשוט שהחזקה כי אדם אינו פורע תוך זמנו עדיפה על מיגו, שהרי כלל הוא ש"מיגו להוציא לא אמרינן", מיגו אינו ראיה מספקת להוציא ממון מידי מוחזק, ואילו לגבי "חזקה אין אדם פורע תוך זמנו" ראינו לעיל שהיא מועילה אף להוציא ממון מידי המוחזק. ברור אפוא כי חזקה עדיפה ממיגו.

---

120. ר' שו"ת רבי עקיבא איגר קמא סימן קל"ו כי חזקה אין אדם פורע תוך זמנו הווי בגדר של אנן סהדי וממילא דינה כדין עדות, וכ"כ ראה בביאור הגר"א סי' ע"ח ס"ק ח' וס"ק י"ז; ובמשובב נתיבות סימן ע"ח ובשו"ת חתם סופר חו"מ סי' ס"ז.

121. מתוך שיכול היה הלווה לטעון שפרע לאחר זמנו והיה נאמן, יכול לטעון גם שפרע בתוך הזמן. נגד "מיגו" זה ניצבת החזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו. לכן הגמרא מסופקת האם ה"מיגו" מועיל ללווה להתגבר על ראיית ה"חזקה".

בנוסף, אם החזקה של "אין אדם פורע תוך זמנו" פועלת מדין "עדים", כי "אנן סהדי" - כולנו עדים מניסיוננו שהחוב לא נפרע. כיצד סברה הגמרא לומר שיועיל מיגו כנגד עדים, הרי אין לנו בתורה הוכחה הגוברת על העדת עדים?

קושי זה מיושב עת שמעיינים בשו"ת רבי עקיבא איגר (מהדורא קמא סימן קצ"ז), בו מבואר כי החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו מועילה רק "בצירוף חזקת חיוב". כלומר, הכלל הוא שאין התובע הטוען טענת "ברי" יכול להוציא מנתבע המשיב טענת שמא, בהעדר ראיה התומכת בטענת התובע. אך זאת רק כשהנתבע אומר "איני יודע אם הייתי חייב אי פעם", שאז נטל הראיה מוטל על התובע. אבל, כשיש לנו ידיעה מוקדמת שהייתה הלוואה, ויש בפנינו "חזקת חיוב", הרי שחזקת הממון של הלווה לא מסייעת לו כיוון שידוע לנו שחלק מהממון שהלווה מוחזק בו הוא חייב אותו. על כן אם הלווה - הנתבע טוען "איני יודע אם פרעתי" - הרי שחזקת החיוב מסייעת למלווה, והוא יכול להוציא מידי הנתבע שאינו מוגדר כמוחזק.

רבי עקיבא איגר מבאר שאכן "חזקה אין אדם פורע תוך זמנו" אינה מועילה כשלעצמה להוציא ממון. אולם, כיוון שיש ללווה "חזקת חיוב" כלפי המלווה הרי שחזקה "אין אדם פורע תוך זמנו" מצטרפת ל"חזקת חיוב". מה פשרו של צירוף זה? הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שיעורים" (בבא בתרא אות ל') מבאר כי משמעות הדברים היא שלטובת המלווה ניצבת "חזקת חיוב" ומצד הלווה אין טענה מכיוון שלווה הטוען "פרעתי" בתוך זמני, ה"חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו" מכחישה את טענתו וגורמת לה שאינה נשמעת. על כן, הנתבע אף גרוע ממי שטען "איני יודע אם פרעתי לך", שאז חזקת החיוב נותרת בעינה.

נמצא אפוא, כי חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו אינה מהווה ראיה שיש בידה להוציא ממון, אלא שכאשר מוחזקותו של הלווה התחלפה בחזקת חיוב הרי שחזקה זו מערערת את כוח הטענה של הנתבע. בהעדר נאמנות בטענתו, אין הוא מעביר את נטל הראיה אל התובע ונותרת על מכונה חזקת החיוב[122].

---

122. בהתאם לדרך הילוך זה מיישב הרב וסרמן את דברי תוספות במסכת בבא מציעא דף י"ז שמי שהוחזק כפרן אינו נאמן לומר פרעתי. לכאורה, אין לומר שם כי יש חזקה שלא פרע, שהרי ייתכן בהחלט שגם שקרן יפרע את חובו. אלא כיוון שהנתבע נמצא בחזקת חיוב הרי משהוחזק כפרן אין לו נאמנות לטעון פרעתי, וכיון שאין לו נאמנות,

בהתאם לכך מיושבת שאלת ה"שיטה מקובצת" כיצד סברה הגמרא שמיגו עדיף על החזקה כי אדם אינו פורע תוך זמנו שעה ש"מיגו להוציא לא אמרינן" והחזקה מועילה כנגד מוחזק? התשובה היא כי מיגו אינו יכול להוציא מ"חזקת ממון", וגם "חזקה אין אדם פורע תוך זמנו" אינה מוציאה ממון מידי המוחזק, וכל תוקפה הוא כשישנה חזקת חיוב שמחמתה טענת הלווה לא תישמע כך שחזקת החיוב תישאר ללא מענה. כמו כן, מובן שאין לומר כי חזקה אין אדם פורע תוך זמנו פועלת מדין "עדים" (ומיגו לא יועיל כנגדה), שהרי החזקה אינה פועלת מכוח "אנן סהדי" (כולנו עדים) אלא רק כטענה המשתיקה את הלווה אל מול טענות המלווה וחזקת החיוב המסייעת לו.

חזקה אין אדם פורע תוך זמנו

הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך חושן משפט (סימן ע"ח סעיף א') כי הקובע זמן לחברו לפירעון החוב, ותבעו בתוך הזמן. אם אמר לו הלווה: פרעתיך - אינו נאמן, שכן חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו. ואם תבעו תוך זמנו ואמר לו הלווה: פרעתיך (וטענתו נדחתה), וחזר ותבעו אחר זמנו ואמר לו הלווה פרעתיך כעת, הרי שהוא "הוחזק כפרן ואינו נאמן".

הסמ"ע שם (בס"ק ה') מבאר, כי הלווה הוחזק כפרן מכיוון שבפעם הראשונה טען כי פרע בתוך הזמן, וטענה שכזאת מוכחשת מכוח חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. אם כן, כשם שהחזקה האמורה מועילה להוציא ממון, כך היא מועילה להגדיר את הלווה כשקרן.

בש"ך שם (בס"ק א') משמע כי אין זו החזקה של אין אדם פורע תוך זמנו שהפכה אותו לכפרן, אלא שהנתבע מוחזק כפרן מכוח הסתירה הנובעת מדבריו, שכן בתחילה טען שפרע בתוך הזמן ואח"כ טען שפרע לאחר הזמן[123].

נמצא כי טענתו כמי שאינה, והרי הוא כמי שאומר איני יודע אם פרעתיך שחייב. וראה עוד ב"קובץ שיעורים" בבא בתרא אות תרנ"ז.

123. מכיוון שרק הסתירה בין טענותיו היא שהופכת אותו לכפרן תמה הש"ך, שכן סתירה זו בטענותיו ניתנת לכאורה ליישוב, שכן הוא יכול לומר: "פרעתיך תוך זמני, אלא שמאחר שלא הייתי נאמן הוכרחתי לפרעך (שוב) אחר זמני". וראה ב"נתיבות

מחלוקת זו בין הש"ך והסמ"ע מבוארת ע"י הרב שמואל רוזובסקי (בחידושי ר' שמואל למסכת בבא בתרא סימן ז' באות ה') כמקבילה למחלוקת רבי עקיבא איגר ושאר האחרונים בשאלה האם חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו מהווה ראיה חיובית שבה כולנו עדים (אנן סהדי) מניסיוננו ויש בה כוח להוציא מידי המוחזק, או שמא היא מהווה רק קביעה כי טענה זו של הנתבע לא נחשבת לטענה שיש בה כדי להטיל על התובע נטל ראייתי כלשהו וחזקת החיוב נותרת כהווייתה, כך שלא נגדיר את התובע כמוציא מחברו. לפי ההסבר שחזקה אין אדם פורע תוך זמנו היא ראיה חיובית, ומניסיוננו מעידים אנו ("אנן סהדי") שהוא לא פרע תוך זמנו, מובן מדוע הטענה של הלווה כי פרע תוך זמנו מכחישה את דבריו, הופכת אותו לכפרן ומסלקת את מהימנותו, שהרי הוא כמי שהעיד נגד עדים. אולם, לפי ההסבר שחזקה אין אדם פורע תוך זמנו אינה ראיה חיובית, אלא רק טענת פירעון בתוך הזמן שאינה מתקבלת, אין מקום לומר כי הלווה הוחזק לכפרן מחמת החזקה של אין אדם פורע תוך זמנו, ומן ההכרח לומר כי הנתבע מוחזק כפרן מכוח הסתירה הנובעת מדבריו שלו עצמו.

בהתאם לאמור, נראה כי ניתן להשיב לשאלה, האם כשנקבע שהמוציא מחברו עליו הראיה, יש לומר כי "חזקה" היא ראיה?

לדעת המהרי"ט שחזקה אין אדם פורע תוך זמנו מועילה מכוח הדין של "אנן סהדי" (כולנו עדים מניסיוננו) הרי שחזקה יכולה להוות ראיה, שהרי כמוה כעדים המבררים את המציאות כהווייתה.

לדעת רבי עקיבא איגר ו"קובץ שיעורים" אין מקום להוציא ממון מידי המוחזק באמצעות חזקה זו, אלא שיש בכוחה של טענת התובע רק לגרום לכך שטענת הנתבע אינה עולה כדי סתירה לטענה זאת ונשארת תביעת המלווה כהווייתה.

המשפט" שם ס"ק ב' המשיב על כך שאדם שכבר פרע אינו פורע שוב מרצונו, בלא התדיינות בבית הדין ובלא שבית הדין כופים אותו לכך.

ג. חזקה דמעיקרא

חזקה דמעיקרא משמעה כי כאשר יש ספק אם דבר השתנה מכפי שהיה, אין מוציאים אותו "מחזקת מצבו הקודם", כלומר אין מניחים שהשתנה מכפי שהיה קודם לכן. בגמרא במסכת חולין (דף י' עמ' ב') מבואר כי דין חזקה דמעיקרא נלמד מן הפסוק (ויקרא י"ד, ל"ח) האמור בפרשת נגעי בתים: "ויצא הכהן מן הבית אל פתח הבית, והסגיר את הבית שבעת ימים". לכאורה, מדוע אין חוששים שמא עד שיצא הכהן מן הבית נחסר הנגע משיעור טומאה (שהוא כגריס), ובשעת ההסגר לא היה נגע?

אין זאת אלא שמעמידים את הנגע על חזקתו ומניחים כי לא השתנה מכפי שהיה קודם לכן. יתרה מכך, אף שהכהן יכול לצאת כשפניו לאחור כך שלא תזוז עינו מן הנגע עד שעת הסגר, אין מזקיקים אותו לעשות כן, שכן הדברים עומדים ממילא על חזקתם.

ודוק, "חזקה דמעיקרא" חלה גם במקום שבו אין בה כדי לברר ויש סיבה להמשיך לחשוש ולהסתפק (הגורם לחשש מכונה "ריעותא"), כגון אישה שזרק לה הבעל גט ספק קרוב לה שאז הדין הוא שהיא מגורשת, ספק קרוב לבעל שאז הדין הוא כי היא אינה מגורשת. מעמידים אותה בחזקת המצב שבו הייתה מעיקרא עד לזריקת הגט כאשת איש. במקרה זה פשיטא כי החזקה שלפני כן הייתה אשת איש אינה יכולה לברר ולהוציא עובדתית שהגט היה קרוב לו, אלא שאנו נוקטים לדינא שאישה זו נשארת בחזקת איסור כבתחילה. בלשון הגמרא ביבמות (דף ל' ע"ב): "אשה זו בחזקת איסור לשוק עומדת, ומספק אתה בא להתירה? אל תתירנה מספק". כמו כן אישה שנבעלה בוודאות אך יש ספק האם הבועל היה כשר או פסול, מדין תורה מעמידים אותה בחזקת כשרות לכהונה. גם במקרה זה אין כאן בירור כי הבועל היה כשר, אלא שאנו נוקטים לדינא כי היא כשרה לכהונה, כלשון רש"י שם: "אשה זו בחזקת כשרות עומדת, ומספק אתה בא לפסלה? אל תפסלנה מספק". יתרה מכך, כאשר יש ספק עקב כך שיש הכחשה של שני עדים כנגד שניים אחרים, הדין הוא שמעמידים את הדבר על חזקתו. במקרה זה לא ייתכן לומר כי החזקה יוצרת בירור, שהרי אין שום בירור שיכול להוסיף על עדים וכבר היו לעניין זה עדים והוכחשו. אין זאת אלא שעניינה של "החזקה דמעיקרא" הוא שמספק אין מוציאים את הדבר ממה שהחזקנוהו תחילה.

הרמב"ם בפירוש המשנה על המשנה במסכת נזיר (פרק ט' משנה ב') מבאר, כי חזקה דמעיקרא מבוססת על סברה לפיה אם נחשוש שדבר משתנה מחזקתו, הרי שאין סוף לאפשרויות שיש לחשוש מפניהן, וממילא בהכרח עלינו לומר ש"אם הוחזק מצב מסוים נשאירנו בחזקתו עד שיהא דבר ברור מסלקו מאותה החזקה. כל דבר שיש בו ספק ואפשרות אחרת, הרי אין החזקה מסתלקת". בהתאם לסברה זאת נמצא כי כאשר הכהן רואה נגע ומעמידים אותו על חזקתו דמעיקרא, הרי שחזקה זו היא בגדר של הנחה שבנקודת הזמן הנידונה עדיין לא נעשה דבר חדש. כמו כן, ביחס לאשת כהן שהלך בעלה למדינות הים, מעמידים את בעלה בחזקת חי והיא מותרת לאכול בתרומה, שכן אין לנו מקום להסתפק ולומר שמא נשתנה המצב מכפי שהיה. במקום שברור כי הדבר השתנה ממצבו הקודם, יקבע הדין של "חזקה דמעיקרא" כי כאשר אנו רואים השתנות מסוימת יש להניח כי היא אירעה מאוחר ככל הניתן, שכן חזקה היא שהחפץ לא השתנה עד העת שבה ראינו את השינוי שהתחולל בו. כך למשל, כאשר אדם נשלח לתת גט, וכשחזר מצא שהשולח מת, הרי שהגט הוא בחזקת כשר ואין האישה צריכה חליצה, שכן ההנחה היא שבנקודת הזמן של נתינת הגט הבעל היה חי והמשיך לחיות עד למועד שבו יצא מחזקתו זאת ע"י כך שראינוהו מת כעת.

האם חזקה דמעיקרא יכולה להוציא ממון? בסוגיית הגמרא במסכת כתובות (דף ע"ה), דנה הגמרא באישה שנישאה ונמצאו בה מומים, הבעל טוען שמא היו מומים אלו בה מעיקרא ומקחו מקח טעות, כך שאין צורך בגט, וכן טוען הבעל כי דין האישה לצאת בלא כתובה, שהרי מעולם לא היה תוקף לנישואיה מלכתחילה. האישה טוענת כי היא נולדה בלי מומים, ואם כן החזקה דמעיקרא קובעת כי בזמן הנישואין עדיין לא היו מומים והמומים אירעו לאחר הנישואין, וממילא הנישואין תקפים. לכאורה, האישה יכולה להוציא כתובה מיורשי הבעל, על בסיס חזקה זו? ברם, הכלל הוא כי המוציא מחברו עליו הראיה, וחזקה דמעיקרא היא הנהגה אך לא ראיה. כיצד יכולה אפוא האישה להוציא כספים בגין כתובתה על סמך חזקה דמעיקרא? יתרה מכך, כלל ידוע הוא (קידושין דף פ' עמ' א') כי "רובא וחזקה - רובא עדיף". כלומר, רוב הוא אמצעי בירור עדיף על פני חזקה. הכלל הוא כי בדיני ממונות לא הולכים אחר הרוב ולא מוציאים ממון מכוח רוב התומך בטענתו של התובע. היאך ניתן אפוא להוציא ממון על פי חזקה?

שאלה זו הועלתה בספר "שב שמעתתא" (בשמעתא ב', פרק ד') ובתשובה לכך היתווה את דרך ההילוך של "חזקה מעיקרא" כדלהלן:

אדם רכש בהמה וזו נאבדה מן הקונה ואינה מצויה כעת בפנינו. המוכר תובע כי ישולם לו כספו. הקונה אינו יכול להעלות טענה לפיה אולי הייתה בהמה זו טרפה והיה מקחו מקח טעות. אכן, ייתכן שהבהמה הייתה נגועה במום, וגם הכלל הוא כי "אין הולכים בממון אחר הרוב" וממילא אין לומר כי מן הסתם לא היה בה מום, שכן ברוב הבהמות אין מום שכזה, ויש אכן לבדוק אותה באופן פרטני. אבל הטענה שלו היא בבחינת "שמא" ואין כל עילה שמחמתה נעורר ספק זה (מה שמכונה "ריעותא"). לכן, החזקה מועילה משום שאין לנו ספק, "שכשאין 'ריעותא' אין אנו מעוררים כלל ספק זה".

לעומת זאת הכלל לפיו לא הולכים בממון אחר הרוב נאמר לאחר שיש ספק לפנינו, במקרה זו אין מקום להכריע את הספק מכוח דין רוב. אבל, מקום שאין כל ריעותא ואין מקום להסתפק, מקביל הדבר לטענת ברי ולא ניתן להעלות כנגדו טענת שמא, כדי ליצור ספק מכוח הכלל של "אין הולכים בממון אחר הרוב".

על כן כאשר אדם רוכש בהמה ונולד בה מום, והוא מבקש לטעון כי מום זה היה קיים גם ברשות המוכר בטרם שרכש אותה, כך שהיה זה מקח טעות, הרי שהוא מבקש ליצור ספק יש מאין, שהוא בבחינת טענת שמא - שאין אפשרות להעלותה.

במקרה זה לא ניתן לומר כי יש ריעותא הנובעת מכך שכעת יש מום לפנינו ברשות הקונה, שכן אין שום זיקה בין מצב הדברים כעת ברשות הקונה, לבין מצב הדברים קודם לכן כשהחפץ היה ברשות המוכר, "ואין מחזיקים ריעותא מרשות לרשות". כלומר, "אין רשות אחת נוגעת בחברתה כמלוא נימה" וביחס לרשות המוכר או האב - לא היתה ריעותא מעולם ואין ליחס לה ריעותא שאירעה ברשות הקונה או הבעל. הריעותא מעוררת להסתפק רק במקום בו התגלתה, והמצב דהיום אינו מלמד כלל כי זה היה המצב גם בעבר. ממילא, ביחס למצב הדברים ברשות המוכר אין בפנינו שום מקום להניח כי היה מום, והעלאת טענת מום היא בבחינת "טענת שמא" מובהקת.

זהו הבסיס לדין של "חזקה דמעיקרא", ומובן כיצד פועלת החזקה להוציא ממון מיד המוחזק בלא שהדבר יהווה ראיה, שהרי מי שטוען טענה כנגד החזקה דמעיקרא כמוהו כמי שטוען טענת שמא, כנגד טענת ברי, בלא שתהא לספק זה כל אחיזה

במציאות. ממילא אין להקשות כיצד יכולה האישה להוציא כספים מכוח כתובתה ואין חוששים ממומים על סמך חזקה דמעיקרא, שהרי אין זו כלל הוצאה כספים מכוח חזקה דמעיקרא אלא שאין כלל ריעותא כנגדה ואין בכלל ספק. העלאת טענת שמא במקרה כזה אינה מעוררת ספק כלשהו וממילא ניתן להוציא את הכספים מכוח הכתובה.

ה"שב שמעתתא" מביא ראיה מרהיבה לדבריו מדברי הרשב"א בחידושיו על מסכת חולין (דף י"א עמ' א' ד"ה "ובשם"). הראיה היא זו: הכלל הוא כי אם התגלה בשחיטת הבהמה שהבהמה הינה טרפה, ולא תוציא את שנתה, הרי שגם החלב שיצא ממנה בעודה בחיים טרף הוא, וכן הגבינה שהופקה מחלב זה. אולם, הרשב"א מבחין בין סוגי הטרפה השונים. אם מדובר בפגם שניתן לומר כי אירע כעת - בסמוך לגילויו כלומר סמוך לשחיטתה, אין לאסור את הגבינות שנעשו בחייה מחלבה, שכן יש להעמיד את הבהמה על חזקתה ולומר כי הפגם אירע רק סמוך לשחיטה. אולם, אם עסקינן בפגם מסוג של "סירכא" כלומר סימן לפצע שהגליד, הרי שאי אפשר לתלות את הפגם כמי שאירע סמוך לשעת השחיטה, שהרי ההגלדה מלמדת כי חלף זמן מן הפציעה. משיצאה הבהמה מחזקתה ואי אתה יודע מתי נטרפה ומתי יצאה מחזקתה, הרי שאוסרים את החלב ואת הגבינה שהופקה ממנו למפרע. מקשה הרשב"א ממקרה של אישה שהייתה מקודשת ומצויה ברשות אביה ולאחר מכן נישאה ואז נמצאו בה מומים שאינם משעת לידתה אלא כאלה שוודאי - שנוצרו בה בהמשך חייה. הדין הוא כי מעמידים את האישה על חזקתה שנולדה בלי מומים ואומרים כי המומים "נולדו" מאוחר ככל האפשר ורק לאחר שנתקדשה וממילא הבעל לא יכול להלין על כך. על אף שאנו רואים בבירור שהמומים נולדו לפני זמן מה, והיה מקום לומר כי כשם שברור שאירעו המומים לפני שהתגלו כך אירעו עוד לפני הקידושין והיה מקחו מקח טעות. לכאורה, החזקה הישנה כבר התערערה לחלוטין ואם כן הבה נקדים את תחולת הדין למועד שקודם לאירוסין? אין זאת אלא כי אין מקום לומר בגלל הריעותא הנוכחית שהאישה היא בעלת מום עוד מלפני הקידושין כי "אין לנו להחזיק ריעותא מרשות לרשות", אלא אומרים אנו "כאן נמצאו וכאן היו". כלומר כאן ברשות הבעל נמצאו המומים וברשות זו אנו מחזיקים שהיו. "אין מחזיקים מרשות לרשות", ואין כלל להסתפק על הזמן שהייתה ברשות האב, בגלל ריעותא שנמצאה ברשות הבעל וממילא יכולה אישה לגבות כספי כתובה, לא מכוח הכרעת "חזקה דמעיקרא" אלא - בהעדר מקום לספק כלל.

לפי שיטת ה"שב שמעתתא" נמצא כי "חזקה דמעיקרא" אינה מועילה להוציא ממון אפילו כשמדובר בחזקה דמעיקרא טובה כגון 'חזקת הגוף'. נבאר:

יש חזקה דמעיקרא המתייחסת למציאות הפיסית ("חזקת הגוף") לפיה אדם שידוע שלא היו בו מומים מסתמא לא ישתנה;

ויש חזקה דמעיקרא דינית כגון שידוע שהמקווה כשר היה, שאישה מקודשת, שאדם טהור, שעיסה טהורה.

מהסוגיה במסכת כתובות (דף ע"ה עמ' ב')[124] עולה כי לחזקה דמעיקרא שהיא חזקת הגוף, יש יותר תוקף מאשר לחזקה דינית[125].

אף על פי כן נוקט ה"שב שמעתתא" שאין החזקה דמעיקרא שהיא חזקת הגוף מועילה להוציא ממון.

לעומת זאת הפני יהושע (כתובות דף ע"ו עמ' ב') גורס כי באמצעות "חזקת הגוף", מוציאים ממון. הפני יהושע מבאר כי אין להקשות מכוח הכלל שאין הולכין בממון אחר הרוב, שכן גם הכלל שאין הולכים אחר הרוב נאמר רק ביחס למוחזק שטוען טענת ברי, שאז הכלל הוא ש"מי בעל דברים יגש אליהם", כלומר מי שרוצה לזכות בדין ולהוציא ממון מחזקתו צריך להגיש ראיה לדבריו. אולם, במקום שהנתבע אינו טוען ברי וחזקת הממון שלו נחלשה, הרי שבהחלט יש משקל גם לרוב וגם לחזקה דמעיקרא, שהרי חזקה היא דין דאורייתא וגם רוב הוא דין דאורייתא וללא חזקת ממון אין לחלק בין איסורא לממונא, שהרי אף בדיני נפשות מכריעים לפי רוב וחזקה. רק כנגד מוחזק הטוען טענת ברי נגד הרוב או החזקה אין להכריע בלי ראיות ממש, שהרי כשהוא טוען ברי הרי הוא כאומר "קים לי שאני מן המיעוט" כלומר, אני יודע שאני מהמיעוט או שהמקרה הנוכחי היה כפי המיעוט, וזכותו

---

124. וכמבואר בתוס' ד"ה "אבל היכא דליכא חזקה דממונא אזיל בתר חזקה דגופא".

125. הרב שמעון שקופ בספרו "שערי יושר" (שער ב - שער החזקות פרק א') מבאר כי חזקות מכריעות יותר כשהן מכריעות את מקור הספק, שאז כל הדינים הנולדים מן הספק נגררים אחר הכרעת הדין ביחס לחזקה זו. כך למשל, חזקת המקווה המלא ואינו חסר מועילה גם לאדם הטמא שטבל בו אף שהוא בחזקת טמא, וכן חזקת הסכין שלא נפגם מועילה להתיר את הבהמה. ור' עוד הרב אלחנן וסרמן "קובץ שיעורים" כתובות רס"ה.

לטעון כי אין להתחשב בחזקה, כי לכל כלל יש יוצא מן הכלל. נמצא אפוא כי במקרה שבו בעל הדין מעלה טענת ספק - ניתן להוציא ממנו באמצעות רוב וכן באמצעות חזקה דמעיקרא. לכן, יכולה האישה לגבות את כתובתה מידי הבעל, כשאינו יודע ואין בידו לטעון טענת ברי לגבי המומים.

דרך נוספת לבאר כיצד האישה מקבלת את כתובתה מכוח חזקה דמעיקרא מציע ה"פני יהושע" בקונטרס אחרון של ספרו. לפי הסבר זה אכן מכוח רוב אין מוציאים מידי המוחזק ומכוח חזקה מוציאים מידי המוחזק. רוב לא מועיל להוציא ממוחזק שכן בכל מקרה של רוב יש גם מיעוט. המיעוט הוא הוויה קיימת, ואי אפשר להתעלם ממנו כלא היה ולהוציא מהמוחזק שייתכן שמחזיק כדין בהיותו מן המיעוט. לכן, למשל, כאשר נמכר שור ונמצא נגחן לא ניתן לבטל את המקח בטענה ש"רובא לרדיא זביני" (רוב השוורים נרכשים לצורך שימוש של חרישה ולא לצורך שחיטתם), שכן ידוע לנו שיש גם מיעוט של רוכשי שוורים לשם שחיטה, וכיוון שאין ודאות, הרי שהמוכר יכול לטעון כי המקח היה לצרכי שחיטה (ואז אין פגם בכך שהשור נגחן). לעומת זאת, חזקה דמעיקרא מוציאה ממוחזק שהרי אין מיעוט כנגדה.

שמא תשאל כיצד ניתן ליישב את הדברים עם הכלל שרובא וחזקה - רובא עדיף? על כך משיב ה"פני יהושע" כי כלל זה נאמר רק כשיש רוב וחזקה **באותו עניין עצמו**. כך למשל בגמרא במסכת קידושין (דף פ' עמ' א') מצינו כי תינוק שנמצא בצד העיסה ובצק בידו - רבי מאיר מטהר, וחכמים מטמאים, מפני שדרכו של תינוק לטפח באשפה ולגעת בשרצים. רוב זה גובר על חזקת הטהרה של העיסה, על פי הכלל "רובא וחזקה רובא עדיף". במקרה זה הרוב והחזקה מתייחסים לאותה עובדה משום כך הרוב עדיף, שכן כשיש צד הנסמך על חזקת הטהרה של העיסה שתינוק זה לא טיפח באשפה, אנו מבקשים להחריג תינוק זה ממה שקורה בדרך כלל וממה שמסתבר שיקרה על פי רוב. לעומת זאת, כאשר יש חזקה המתייחסת לטהרת העיסה, וגם הרוב מתייחס לטהרתה, החזקה אינה נסתרת כאשר חורגים ממנה, שהרי דברים משתנים מעת לעת, וחזקה היא רק כלל הכרעה כשאין סיבה לומר שמשהו השתנה. לאמור: החרגה של המקרה מהרוב פוגעת בכללי ההסתברות שדין רוב מלמד להכריע על פיהם. אך לעומת זאת קביעה כי משהו יצא מ'חזקתו' לא פוגעת בכללי ההסתברות, שכן דין החזקה רק קובע דרך הכרעה החלה כשאין סיבה לחשוב שהמציאות השתנתה, ולא כשכללי ההסתברות אומרים שכן היה

שינוי. אדרבה, בכלל זה עצמו של הליכה אחרי המצב שמעיקרא, מונח, כי תחומי תחולתו אינם מתייחסים למקרה שבו כללי ההסתברות מחייבים להניח שהמציאות שונה. לכן במקרים אלו רוב עדיף על חזקה. אבל, מקום שבו אין רוב שמכחיש את החזקה, הרי שעל אף שרוב לא מועיל מטבעו להוציא מידי מוחזק - החזקה בפני עצמה כן מועילה להוציא ממון.

משום כך, מקום שבו יש חזקת הגוף לאישה, שאינה נסתרת ע"י רוב, כגון במקרה של אישה שנמצאו בה מומים שאין שום רוב שמכוחו ניתן לומר האם מומים אלו אירעו קודם לאירוסין או שמא נוצרו רק לאחר מכן, הרי שהחזקה תלמד כי המומים נוצרו מאוחר ככל שרק ניתן, והאישה אכן תוכל להוציא ממון מידי המוחזק מכוח הדין של חזקה.

ד. רוב

בגמרא חולין דף י"א עמ' א' מצינו כי הדין של רוב נלמד מהכתוב (שמות כ"ג, ב'): "אחרי רבים להטות". הגמרא מבחינה בהקשר זה בין שני סוגי רוב:

"רובא דאיתא קמן" - רוב הנמצא בפנינו כגון תשע חנויות המוכרות בשר כשר ואחת מוכרת בשר טרף. במקרה זה הרוב בפנינו ואנו מסיקים כי בשר הנמצא בעיר מקורו מחנות כשרה. רוב זה אינו סטטיסטיקה כללית בעלמא ("רוב סיכויים"), אלא ספק הנובע ממקורות הקיימים בפנינו ("רוב צדדי הספק מהו מקור הבשר")[126]. אין זה ספק שהכרעתו נובעת מצדדי העניין וסיבותיו, אלא להפך - הצדדים/סיבות

126. הרב יעקב ישראל קניבסקי ב"קהילות יעקב" (קידושין סימן ל"ו) הקשה "ומעולם לא הבנתי חילוק זה היטב, שכן אם נאמר למשל שמכל מאה אנשים יש מיעוט של עשרה פסולים וכמו בתשע חנויות שיש אחד מעשרה טרפה, אם כן מה נפקא מינה אם הוא רובא דאיתא קמן או רובא דליתיה קמן והרי כמו שלגבי רובא דאיתא קמן אנו אומרים שמא פירש מהמועט אע"פ שרוב הפרישות ראוי להיות מהרוב, כך גם כאן רובא דליתיה קמן שמא הנידון שלפנינו הוא מהמיעוט, ומה מקום לחלק בזה מרובא דאיתא קמן שיש לומר שפירש מהמיעוט?" הרב שמעון שקופ בשערי יושר שער ג' פרק א' מבאר כי ברובא דאיתא קמן המתייחס למציאות שלפנינו אף שהרוב מבורר היטב, אין הוא מכריע את עצם הספק, שהרי יש מיעוט וייתכן כי המקרה דנא הוא מהמיעוט. אבל ברובא דליתיה קמן - ההכרעה של הרוב לא נוגעת למציאות אלא לספק שלפנינו. וראה קובץ שיעורים בבא בתרא אות פ"ג.

העניין הם שגורמים את הספק, שכן מצד אחד בפנינו חנויות כשרות ומצד שני חנות שמוכרת בשר לא כשר ודבר זה עצמו יוצר את הספק[127]. גורמי הספק ניתנים למדידה וממילא נחשב הדבר ל"רובא דאיתא קמן"[128].

בדומה לכך, כשנחלקות הדעות של הדיינים בסנהדרין, רובם מזכים ומיעוטם מחייבים, הרי שהדיינים בפנינו והכרעותיהם הסותרות הן היוצרות את הספק. אנו מכריעים את הדין על פי דעת הרוב, כפי שנאמר בפסוק: "אחרי רבים להטות".

"רובא דליתיה קמן" - רוב שאינו בפנינו כגון יבם קטן שבא על יבמה קטנה. לדעת רבנן במסכת יבמות (דף ס"א עמ' ב') **"יגדלו זה עם זה" ואין חוששים שמא תימצא הקטנה איילונית (שאינה יכולה ללדת), או שהקטן יימצא סריס, ובהעדר אפשרות להקים שם לאחיו המת ולקיים מצוות ייבום, הם עוברים על איסור עריות של "אשת אח" שלא במקום מצווה. חשש זה אינו קיים, שכן אנו אומרים "לך אחר הרוב" ורוב הקטנים בעולם אינם סריס או איילונית. רוב זה נקרא "רובא דליתיה קמן", שכן לא התבצעה מעולם ספירה של מניין הסריסים והאיילוניות בעולם, הקטן שבפנינו לא "פרש מהרוב" ואין אנו מכריעים את הספק ע"י בחינת מקורו. הקטנים שבעולם אינם בפנינו ובכל מקרה הם לא גורמי הספק. הכרעת הספק נובעת מידיעה כללית וסוג של סטטיסטיקה ("רוב סיכויים"). הכרעה זו אינה דומה ל"רובא דאיתא קמן" ואינה נלמדת מהדין של "אחר רבים להטות" המתייחס לבית דין.[129]**

---

127. בלשון התוספות רי"ד מסכת בבא בתרא דף כ"ג עמ' ב': "תשע חנויות שהן מבטלות האחת של נבלה שם נולד ספק בבשר - שלא ידענו אם היא שחוטה או נבלה, ולהתיר הבשר באכילה יש תשע מקורות המתירות אותו ומקור אחד האוסר אותו".

128. תוספות רי"ד שם מציין כי ביחס לחנויות יש רוב שמצטרף זה לזה לומר שבשר זה כשר. אבל לגבי אדם שנמצא הרוג ולא ברור מאיזו עיר בא הרוצח וזקניה של איזו עיר צריכים להביא כפרת "עגלה ערופה" - אם היו תשע עיירות של ישראל ואחת של גויים ולא ידוע מהיכן בא הרוצח לא הולכים אחר הרוב אלא אחר העיר הקרובה יותר. מדוע אין הולכים אחר הרוב? שכן אין רוב שלילי "ולכל עיר ועיר יש גורם אחד או מזו בא או מזו בא, ואין ביאת עיר זו מסייעת לזו. כל אחת ואחת עומדת בפני עצמה ואין באחת מהן רוב, שכולן היו שוות, לפיכך דין הוא שנלך אחר הקרובה".

129. הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שיעורים" (בבא בתרא אות פ"ג) מתייחס לדברי הגמרא במסכת בבא בתרא דף כ"ד עמ' א' כי אישה שיש ספק האם מקור הדם הנמצא אצלה הוא מן הרחם ואסור, הכלל הוא שהולכים אחר הרוב (רוב דמים מקורם ברחם ולא מן ה"עלייה") והיא טמאה. ומבואר בתוספות שם ד"ה "ושמע מינה" כי מדובר ב"רובא

הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה בא ללמדנו, בין השאר, כי אין הולכים בממון אחר הרוב. כך מצינו בגמרא במסכת בבא קמא (דף מ"ו עמ' א'): "חכמים אומרים: זה כלל גדול בדין, המוציא מחברו עליו הראיה". הגמרא שאלה מדוע התנסחו חכמים בלשון: "זה כלל גדול בדין"? והתשובה היא כי כלל זה מבטא את החידוש לפיו "אין הולכים בממון אחר הרוב", כלומר נדרשת ראיה בכדי להוציא מן המוחזק ואין להסתפק ברוב, לא ניתן אפוא להוציא מן המוחזק מכוח רוב. ואכן, במסכת בבא בתרא (דף צ"ב עמ' א') מצינו: "המוכר שור לחברו ונמצא נגחן. רב אמר: הרי זה מקח טעות, ושמואל אמר: יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך (וביחס לשור העומד לשחיטה אין זה מום). הגמרא מבארת כי רוב השוורים נרכשים לצורך חרישה ולא לצורך שחיטת השור ואכילת בשרו, ומחלוקת רב ושמואל היא כדלהלן: רב אמר: הרי זה מקח טעות, שכן הולכים בדיני ממונות אחר הרוב - ובמקרה הנדון כאן רוב קונים לשחיטה - ויכול הקונה לתבוע את כספו מיד המוכר המוחזק בו מכוח הדין של רוב. שמואל אמר, שרק ביחס לדיני איסור והיתר הולכים אחר רוב אך לא בדיני ממונות. ממילא גם אם רוב השוורים נרכשים לצורכי חרישה, לא ניתן לבטל את המקח ולהוציא ממון מידי המוחזק מכוח הדין של רוב - בהעדר ראיה אחרת. בדומה לכך מצינו במסכת בבא קמא (דף כ"ז עמ' א' ועמ' ב') כי המשנה מתארת את הכלי שבשבירתו היא עוסקת פעם בכינוי כד ופעם בכינוי חבית, שכן לעיתים אנשים מכנים חבית במונח כד ולהפך. הנפקות היא לפרשנות של הסכם מכר, לפיו אין הקונה יכול לטעון כי שילם עבור חבית וקיבל כד, שכן ביטוי זה משמש לשני הכלים כאחד. הגמרא מבהירה, כי החידוש שבדבר נעוץ בכך, שרוב בני האדם קוראים לכד כד ולחבית חבית, ורק המיעוט מכנה לעיתים כד בתואר חבית. אולם,

---

דליתיה קמן". שואל על כך ה"שב שמעתתא" (שמעתא ד, פרק א') מדוע נחשב הדבר לרוב שאינו בפנינו? הן במקרה של חתיכת בשר שנמצאה בעיר ויש תשע חנויות שמוכרות בשר שחוטה ואחת שמוכרת בשר נבלה, נחשב הדבר ל"רובא דאיתא קמן", שכן מקור הספק הוא החנויות ועסקינן ברוב גורמים ("רוב צדדים" של הספק) ולא ב"רוב סיכויים" כללי וסטטיסטי, ואם כן הוא הדין ביחס לדם שנמצא אצל האישה שמקורו כנראה ברחם שכן שם יש יותר דמים. ה"קובץ שיעורים" מבאר כי עסקינן ברובא דליתא קמן שכן "לא מדדנו את הדם באישה זאת אם רובו במקור או בעלייה, אלא שיש לנו ידיעה כללית שרוב דם במקור. ואי לא סומכים על רובא דליתיה קמן אלא חוששים למיעוט, שמא בהמה זו טרפה והיא מהמיעוט, כך נחשוש שמא דם זה בא מהמיעוט מעלייה ולא מהרוב מהמקור.

המוכר יכול לומר כי הוא לא נמנה על הרוב ואמר חבית אך התכוון לכד, שהרי "אין הולכים בממון אחר הרוב".

תוספות שם (ד"ה "קמשמע לן דאין הולכין בממון אחר הרוב") **תמה מדוע לא נלמד ללכת אחר הרוב בדיני ממונות כפי שעושים בדיני נפשות שהולכים בהם אחר הרוב? הן בדיני נפשות שחמורים הם יש הכרעה על פי דין של רוב (כגון בית דין שנחלקו בו הדעות האם פלוני הרג את הנפש שמכריעים לפי דעת הרוב). ואם בדיני נפשות הולכים אחר הרוב, הרי שבדיני ממונות מקל וחומר שיש לעשות כן? תוספות מתרץ כי במקרה של דיינים נחשב המיעוט כבטל ו"כמי שאינו". לעומת זאת, לגבי דיני ממונות המיעוט ניצב בעינו ולא מוציאים מידי המוחזק מכוח דין של רוב[130] כלומר, אין הולכים אחרי הרוב. ויש לבאר מדוע גם בדיני ממונות בבית הדין פוסקים לפי רוב הדיינים, והרי אין הולכים בממון אחר הרוב? לפי התוספות ההסבר הוא שאף שאמרה תורה להכריע בבית הדין לפי הרוב, מכל מקום אחרי שהכריעו לא נחשב הדבר שהולכים אחר הרוב אלא המיעוט הוא כמי שאינו ופסק הדין ניתן ע"י בית הדין כולו.**

למסקנה שונה לגמרי מגיע תוספות מסכת סנהדרין דף ג' עמ' ב' (ד"ה "דיני ממונות לא כל שכן"). **תוספות הקשה מדוע אין הולכים בדיני ממונות אחר הרוב ואין למדים מדיני נפשות? תוספות מציין כי לכאורה ניתן היה להשיב שבדיני נפשות עסקינן**

---

130 **מה פשר המונח כי המיעוט בדיינים "נחשב כמי שאינו", וכי הדיין נחשב כמי שטעה מכיוון שיש רוב כנגדו? ובפרט שרוב של בית דין הוא רובא דאיתא קמן".** הרב שמעון שקופ בספרו "חידושי רבי שמעון יהודה הכהן" על מסכת בבא מציעא סימן ז' מבאר, כי הדין של הכרעה על פי דעת הרוב נלמד מן הפסוק "אחרי רבים להטות" המתייחס להכרעה שיפוטית ולאחר שנקבע כי יש להכריע בהתאם לדעת הרוב "נפקע מן המיעוט שם דיין לדון בפועל כסברתם", שהרי דעת ההרכב מוגדרת לפי דעת הרוב. משמעה של ההכרעה השיפוטית היא - לברר את עמדת בית הדין ועמדה זו, עמדת הרוב היא המוגדרת כפסק דין - היא היחידה הקיימת. דבר זה לא ניתן לאמץ בדיני ממונות, שבהם בכל זאת קיים מיעוט של אפשרויות השונה מהרוב. רבי שמעון שקופ מוסיף ומבאר כי אילו דעת המיעוט הייתה נותרת בגדר אפשרות מסתברת, מניין היה לו לרוב בעצמו כי הצדק עימו? אין זאת אלא שעמדת הרוב היא עמדה מסתברת יותר, שכן כל עמדה צריכה לעבור נטל שכנוע, ודעת המיעוט לא עמדה בנטל זה ולא הצליחה לשכנע את דייני הרוב. להרחבה בסוגיה זו ראה א. וינרוט "דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית" סיני ק"י - אב אלול תשנ"ב.

ברובא דאיתא קמן ורק משום כך הולכים אחר הרוב (ואחר רוב שכזה אכן ילכו גם בדיני ממונות), ואילו בדיני ממונות לא הולכים אחר הרוב - רק ברוב דליתיה קמן. אולם, תוספות דוחה תירוץ זה, שהרי בגמרא בסנהדרין (דף ס"ט עמ' א') משמע שבדיני נפשות הולכים אחר הרוב גם ברובא דליתיה קמן, ולמעשה בכל מקום הולכים בדיני נפשות אחר הרוב, כגון: "רוב נשים יולדות בחודש התשיעי, רוב האנשים טועים ביום עיבור החודש" וכיו"ב.

על כן מתרץ תוספות כי לעולם הולכים בדיני ממונות אחר הרוב, וכאשר נאמר שהמוציא מחברו עליו הראיה, כולל הדבר ראיה של - רוב. אולם, יש "רוב קלוש" כגון רוב אנשים הרוכשים את הבהמה לצורכי חרישה, שאינו נחשב כרוב משכנע כשאר דיני הרוב, ורק משום כך לא סומכים עליו בדיני ממונות להוציא מידי המוחזק.

ובכן, מה ההבדל בין רוב זה לשאר דיני רוב?

הב"ח (טור חושן משפט סימן רל"ב ס"ק כ"א) מבאר כי "כנגד אדם אחד שקונה מאה שוורים לחרישה יש מאה בני אדם שקונים עשרה שוורים לשחיטה". כלומר, הרוב "חלש" וקלוש, כי אכן בין השוורים יש רוב שנרכשים לחרישה, אבל בין הקונים יש רוב שמבקשים לקנות לשחיטה.

ברם, "קונטרס הספיקות" (כלל ו' אות א') תמה על הסברו זה של הב"ח, שהרי לפי דבריו ברוב חזק (שאינו רוב קלוש ושאין כנגדו רוב אחר הגורע את כוח הרוב שאנו מבקשים ללכת אחריו) לא נחלקו רב ושמואל, ולכולי עלמא הולכים בזה אחר הרוב. אם כן, אין לכאורה מובן לדברי הגמרא (בבא בתרא דף צ"ב עמ' ב'), המקשה על שיטת רב (שהולכים בממון אחר הרוב), מדין אשה שהתאלמנה ואין ידוע אם נישאה כשהיא בתולה (וכתובתה מאתיים) או נישאה כשהיא אלמנה או גרושה (וכתובתה מנה). הדין במקרה זה שהיא מקבלת מנה. והגמרא מקשה לפי רב מדוע לא מגיעה לה כתובה מלאה של מאתיים מנה, הן רוב הנשים בתולות נישאות? לכאורה, לפי הב"ח קושיה זו אינה קשה לרב יותר מאשר על שמואל, שהרי לדעת שניהם במקרה זה צריך ללכת אחר הרוב?

בנוסף, הגמרא תולה שם את מחלוקת רב ושמואל אם הולכים בדיני ממונות אחר הרוב, במחלוקת תנאים, שכן שנינו כי "המוכר פירות לחברו וזרען ולא צמחו. אם קנה וזרע זרעי גינה שאין נאכלים - חייב באחריותם, זרע פשתן - אינו חייב

באחריותם; רבי יוסי אומר כי עליו לתת דמי זרע בכל מקרה. אמרו לו חכמים: הן הרבה רוכשים את הזרעים לדברים אחרים? הגמרא מציינת כי שני התנאים (חכמים ורבי יוסי) סבורים שהולכים בממון אחר הרוב, אלא שהאחד סבור כי הולכים אחר רוב האנשים והאחר סבור כי הולכים אחר רוב הזרעים, וממילא למדה הגמרא כי לא ניתן לומר שדעת שמואל, שלא הולכים בממונות אחר הרוב, תואמת למי משיטות התנאים. לכאורה, לפי שיטת הב"ח המחלוקת של רב ושמואל היא בדיוק כמחלוקת התנאים - קרי האם הולכים אחרי רוב כשיש רוב אחר שניצב כנגדו, שהרי המחלוקת של התנאים היא אם הולכים אחר רוב אנשים או אחר רוב זרעים וזו בדיוק מחלוקת רב ושמואל לשיטת הב"ח, האם הולכים אחר רוב שוורים או אחר רוב קונים. מדוע סברה אפוא הגמרא כי שיטת שמואל אינה תואמת לשיטת אף אחד מהתנאים?

נעבור לדרך אחרת להבין את שיטת רב, שהולכים בממונות אחר הרוב. הריטב"א (קידושין דף נ' עמ' ב') מבחין בין **רוב שבטבע**, שאינו תלוי בדעת בני אדם, והוא מחויב המציאות מטבע הבריאה, כגון: רוב בני האדם פוריים ורק מיעוט בני אדם הם בגדר של סריס או איילונית, או "רוב נשים מעוברות יולדות ומיעוט מפילות". ביחס לרוב זה, הכלל הוא כי אין חוששים למיעוט וניתן להוציא מכוחו ממון לכל הדעות. לעומת זאת, יש **רוב התלוי במנהג בני האדם**, שאין הדבר מחויב שכך יקרה, וכל אדם שרוצה יכול לנהוג כמנהג המיעוט. במקרה זה חוששים למיעוט לחומרא, שהרי כיוון שהדבר תלוי בדעת האדם, פעמים שהנתבע נוהג כמנהג המיעוט.

על עיקרון דומה עמד ה"שב שמעתתא" (שמעתא ד' פרק ו') בביאור שיטת רב על פי דברי הרמב"ן (בספר המלחמות, קידושין פרק ב', דף כ"ב עמ' א' מדפי הרי"ף). **נפרט:**

בגמרא במסכת קידושין (דף נ' עמ' ב') נדון עניינם של סבלונות (מתנות שהחתן שולח לכלה לפני נישואיה). חתן שלח סבלונות ויש ספק האם התכוון לכן שכסף זה ישמש גם ככסף קידושין? אמר רב פפא: במקום שבו מקדשים ורק אח"כ שולחים סבלונות חוששים שהאישה מקודשת, ובמקום ששולחים סבלונות ורק אח"כ מקדשים לא חוששים שהיא מקודשת. החידוש של הגמרא הוא כי אף שהרוב מקדשים ורק אח"כ שולחים מתנות, ורק המיעוט שולח סבלונות לפני הקידושין, אין חוששים למיעוט והאישה מקודשת. על כך כתב הרמב"ן כי אין רוב זה דומה למחלוקת רבי מאיר וחכמים אם חוששים למיעוט, שכן שם רוב שבטבע הוא ואי

אפשר שיהיה אחרת ולכן רבנן לא חוששים למיעוט. אבל שליחת סבלונות לפני הקידושין היא עניין של מנהג "**ופעמים הרבה, שאדם נוהג כמנהג המיעוט. הלכך במקום איסור אשת איש החמירו**" גם לרבנן. לפי זה ביאר ה"שב שמעתתא" כי אין הולכים בממון אחר הרוב וצריך ראיה אחרת כדי להוציא מיד המוחזק רק ביחס לרוב הנגזר מהתנהגויות בני אדם, שכן המיעוט יכול לטעון כי הוא כלל לא נהג כמנהגו של הרוב. על כן ביחס לכלל של רוב קונים שור לחרישה סובר תוספות כי רוב זה קלוש הוא[131].

ה"שב שמעתתא" מביא ראיה לשיטתו מדברי תוספות במסכת יומא (דף פ"ה עמ' א'). נבאר:

בגמרא מצינו כי אם אדם מצא בעיר תינוק מושלך, אם רוב תושבי העיר נכרים הילד נוכרי, ואם רוב ישראל - הילד ישראל, מחצה על מחצה - הילד ישראל. מבאר רב פפא כי אם רוב העיר הם ישראל נוהגים בתינוק כמו בישראל לעניין החובה להחזיר לו אבדתו. שואל תוספות (ד"ה "להחזיר לו אבדתו") מדוע, הרי לשיטת שמואל (במסכת בבא בתרא דף צ"ב עמ' ב') אין הולכים בממון אחר הרוב? מתרץ תוספות כי כלל זה, שאין הולכים בממון אחר הרוב, נאמר רק כשהחפץ בא לידי המחזיק בו ברשות הבעלים, כמו מעות שניתנו מרצונו של הקונה בתמורה לשור ונמצא השור נגחן. אבל, ביחס לאבדה שהחפץ לא הגיע לידי המוצא מכוח רשות הבעלים - יש ללכת גם בממונות אחר הרוב.

תוספות מוסיפים כי גם לעניין נזיקין הולכים אחר הרוב, והוא נדון כישראל. לכן, אם הזיק שור של ישראל את שורו של הילד שנמצא בעיר - צריך לשלם לו, כיוון שרוב העיר הם ישראל וממילא מניחים כי הילד הניזק גם הוא ישראל. מקשים האחרונים, איך מוציאים ממון מן המזיק על פי רוב הרי אין הולכים בממון אחר הרוב? ביחס לקושי זה לא ניתן להשיב, כפי שהשיב תוספות ביחס להשבת אבדה,

131. לפי הסבר זה נמצא אפוא כי לשיטת תוספות, ביחס ל"רוב שבטבע" הדין הוא שהולכים אחר הרוב לכולי עלמא גם בדיני ממונות. ברם, שגם הסבר זה טעון ביאור, כפי שהקשינו על שיטת הב"ח, שכן גם הרוב המופיע בגמרא במסכת בבא בתרא דף צ"ג עמ' א' של "רוב מתעברות ויולדות" הוא רוב שבטבע, ובכל זאת משמע שם כי לדעת שמואל אין הולכים במקרה זה אחר הרוב? שאלה זו מעלה ה"שב שמעתתא" שם בפרק ז' ומיישב כי אכן קושיה זו היא גם לשיטת שמואל.

שהרי כאן הבעלים המקורי (המוחזק) הוא המזיק, ולא ניתן לומר כי ממונו מוחזק אצלו שלא ברשות הבעלים. אם כן, כיצד ניתן להוציא ממנו ממון בלא ראיה? מכאן מוכיח ה"שב שמעתתא" כי הכלל שאין הולכים בממון אחר הרוב וצריך ראיה אחרת כדי להוציא מיד המוחזק חל רק ביחס לרוב הנגזר מהתנהגויות בני אדם, שאז המיעוט יכול לטעון כי הוא לא נהג כמנהגו של הרוב. אבל, רוב של בני העיר שלא תלוי בדעתו של האדם, הוא בגדר של ראיה חזקה שאין להניח שיהיה אחרת, ולכן הולכים אחריו גם בדיני ממונות[132].

נמצא כי גם לפי דברי שמואל, שאין הולכים בממונות אחר הרוב, ניתן יהא לשיטת התוספות להוציא ממון מכוח רוב, בלי להביא ראיה נוספת - ברוב "חזק" שאין כנגדו רוב אחר הסותר לו לפי הסבר הב"ח, או כאשר עסקינן ברוב שבטבע, לפי הסבר ה"שב שמעתתא".

אולם, ה"שב שמעתתא" סבור כי במסגרת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" אין די ברוב מכל סוג שהוא, ובממונות אין הולכים אחר הרוב - כלל ועיקר. את קושיית תוספות כי גם בדיני נפשות הולכים אחר הרוב, מיישב ה"שב שמעתתא" (שם בפרק ח'), כי לעולם ההכרעה היא על פי עדים, כגון שראו כי פלוני הכה את אביו. הרוב אמנם מכריע כי המוכה הוא אביו מחמת החזקה ש"רוב בעילות אחר הבעל", אולם זו לא הכרעה לגבי המעשה שנעשה אלא כלפי התנאים המקדימים לעשייה. כלומר, מאחר שהאדם הזה 'הוחזק' כאביו של המכה על פי רוב, הרי שאסור לאדם להכות את מי שמוחזק כאביו על פי רוב, ועל כן כאשר העידו עליו שני עדים שהכה את המוחזק כאביו, הרי העידו שעבר על ציווי התורה. מן ההכרח לכאורה לומר כן, שהרי לעולם כאשר באים עדים בפנינו מניין לנו כי הם כשרים? אין זאת אלא שיש חזקת כשרות. האם פשר הדבר שמוציאים ממון מכוח חזקת הכשרות? ודאי שלא. החזקה פועלת את פועלה לשם הגדרת העדים ככשרים, אך זהו תנאי מקדים שחל לפני העדות, והעדים שאמרה תורה לסמוך עליהם הם כאלה שהוחזקו ככשרים. מעתה נמצא כי הוצאת הממון נעשית מכוח עדים שאמרה התורה לסמוך עליהם. בדומה לכך דן ה"חתם סופר" (פסחים דף י"א עמ' ב') ביחס לשני עדים שאין עדותם תואמת בתאריך בהפרש של יום אחד שאין לומר כי העדות מוכחשת, כי

132. וצ"ע אם כן למה נזקק תוס' לבאר לגבי אבדה כי הרוב מועיל, מכיוון שהנכס לא בא לידי מוצא האבדה מדעת הבעלים. הן יכלו לתרץ שזה רוב בטבע.

רוב העולם טועים בעיבור החודש. לכאורה קשה הדבר שהרי אין הולכים בממון אחר הרוב? ה"חתם סופר" מיישב כי אם לא מסתמכים על הרוב בממונות מדוע אין חוששים למיעוט שמכזבים ואומרים עדות שקר? אין זאת אלא שגזרת הכתוב היא שהדין נחתך ומכריע על פי שני עדים "לא משום דאמת ברור הוא אלא כך הוא גזרת הכתוב וכן כתב הרמב"ם להדיא בהלכות יסודי התורה סוף פרק ז". כלומר, דין הרוב במקרה זה נוגע לשאלה מקדמית בכשרות העדים, האם הם מוכחשים, ולאחר שהרוב מכריע כי העדים לא הפסידו את "חזקת כשרותם" הרי שההכרעה בעניין לגופו נעשית על פי שניים עדים המוחזקים ככשרים.

כמו כן מצינו ברמב"ם בהלכות סנהדרין (פרק ט"ז הלכה ו'): "אינו צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה. אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק. כיצד? אמר עד אחד חלב כליות הוא זה, כלאי הכרם הם פירות אלו, גרושה או זונה אישה זו, ואכל או בעל בעדים אחר שהתרה בו, הרי זה לוקה אף על פי שעיקר האיסור בעד אחד". כלומר, עד אחד אינו נאמן להעיד על אדם כי אכל חלב ואין להלקות אותו בלא שיבואו שני עדים להעיד על כך. אבל, כאשר בא עד אחד ואמר כי חתיכה מסוימת היא חלב, אין הוא מעיד על האדם אלא על המאכל, וזו עדות מקדימה שלגביה הוא נאמן מדין "עד אחד נאמן באיסורים". התורה אסרה על אכילת מאכל שעד אחד העיד עליו שהוא "איסור", ולכן לאחר מכן, כשבאים שני עדים ומעידים כי פלוני אכל חתיכה זו, הרי שהוא לוקה מכוח עדות של שני עדים. בדומה לכך נמצא כי גם בדיני נפשות הרוב מועיל כדי להכריע בסוגיה עובדתית מקדימה. אבל, האירוע עצמו יוכרע רק על פי עדות של שני עדים. ממילא, אין בפנינו מציאות של רוב שעל פיו יוכרע העניין לגופו, לא בדיני נפשות ולא בדיני ממונות.

רוב בדיני ממונות - ברובא דאיתא קמן

בעיקר הדין של שמואל, לפיו אין הולכים בממון אחר הרוב נחלקו הראשונים האם דין זה נאמר גם ביחס לרובא דאיתא קמן.

בניגוד לדברי התוספות במסכת סנהדרין (דף ג' עמ' ב' ד"ה "דיני ממונות לא כל שכן") שהבאנו לעיל, "תרומת הדשן" בסימן שי"ד כתב בשם "גליון תוספות" (בבא בתרא צ"ב עמ' א') ובשם "הגהות מיימוניות", כי ברובא דאיתא קמן הולכים אחר הרוב גם בדיני ממונות. לפי זה כאשר נאמר הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה - רוב הוא ראיה, כאשר עסקינן ברובא דאיתא קמן.

הנדון בפני "תרומת הדשן" היה זה: ראובן מסר לשמעון עשרה זהובים ולוי מסר לו שישה, ובקשוהו שיוליכם ממקום למקום. לשמעון היו בכיסו עשרים זהובים משלו והוא אמר להם: "הריני מניח את הזהובים שלכם עם הזהובים שלי בכיסי, ועל האחריות שלכם אוליך אותם". בלכתו בדרך נקרע הכיס ונאבדו לו ארבעה זהובים. ראובן שמעון ולוי באים לדין למי מהם שייך ההפסד?

"תרומת הדשן" משיב על כך, כי מכיוון ששמעון הוא המוחזק בכל הזהובים, בידו לומר לראובן וללוי: "הזהובים שלכם הם אלה שנפסדו והמוציא מחברו עליו הראיה". ברם, ממשיך "תרומת הדשן" כי לכאורה הואיל ורוב הזהובים היו של שמעון הרי שזו הוכחה כי הזהובים שנפסדו פרשו משלו והם שנפסדו. כך משמע מדברי תשובות מיימוניות כי אנחנו אומרים מה שפרש - מהרוב פרש ואפילו להוציא ממון. אף שהלכה כדברי שמואל שאין הולכים בממונות אחר הרוב, דין זה נאמר רק לגבי רובא דליתא קמן, כגון מי שמכר שור לחברו ונמצא נגחן, אבל רובא דאיתא קמן מועיל גם נגד חזקת ממון.

"תרומת הדשן" מביא ראיה לדבריו מדברי ראשונים[133], ומוסיף ומציין כי יש ראשונים רבים[134] החולקים על כך וסוברים כי הכלל של "אין הולכים בממונות אחר הרוב" מתייחס גם לרובא דאיתא קמן וממילא שמעון יוכל לטעון כי המטבעות שנזקו אינן ממנו, ועל ראובן ולוי יחול הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". אכן הרמ"א על שולחן ערוך חושן משפט סימן רצ"ב סעיף י' פסק כי אם אדם נתן לחברו להוליך לו מטבעות של זהב, והשליח עירבן עם מטבעות שלו ונאבדה אחת מהן, יכול המוחזק לומר לשאינו מוחזק: שמא שלך נאבד ואין הולכים אחר הרוב

---

133. רשב"ם בבא בתרא דף צ"ג עמ' א' ד"ה "דהוא גופיה" ודעת הריצב"א שם (אך עיין בחידושי רבי עקיבא איגר שם שמדברי הרשב"ם בדף צ"ב עמ' ב' ד"ה "באיסורא" משמע כי בממון אין הולכים אחר הרוב גם ברובא דאיתא קמן); תוס' רי"ד בבא בתרא דף צ"ב עמ' ב'; ור' בשו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן ק"ו בדעת תוספות במסכת יומא דף פ"ה עמ' א' ד"ה "לא צריכא".

134. שיטת תוספות בכתובות דף ט"ו עמ' ב' ד"ה "להחזיר" ודברי המרדכי שם סימן קמ"א. ור' קונטרס הספיקות כלל ו' אות ד' כי כך עולה גם מדברי הרשב"א והרא"ה שם, וכן עולה מדברי המגיד משנה על רמב"ם בהלכות איסורי ביאה פרק ט"ו הלכה כ"ו, וכן ר' תוספות בבא בתרא דף כ"ג עמ' ב' ד"ה "חוץ לחמישים אמה".

בממון[135]. מדברי הרמ"א עולה בבירור, כי כאשר יש מוחזק אין הולכים בממון אחר הרוב להוציא מידו אף ברובא דאיתא קמן.

חידושו של רבי עקיבא איגר

טעם ההבחנה של הראשונים המובאים בתחילת דברי "תרומת הדשן", לפיה אין הולכים בממונות אחר הרוב רק ברובא דליתא קמן, אך הולכים אחר הרוב ברובא דאיתא קמן מבואר בשו"ת רבי עקיבא איגר (מהדורא תניינא סימן ק"ג) כדלהלן:

שיטת רבי מאיר בגמרא בממסכת קידושין (דף פ' עמ' א') היא, כי גם כשיש רוב, אין לומר כי המיעוט בטל וכמי שאינו קיים, אלא שדין תורה הוא ללכת אחר הרוב. רבנן חולקים וסוברים כי המיעוט בטל לגמרי.

לשיטת רבי מאיר, כאשר יש חזקה, כגון עיסה שיש לה חזקת טהרה, ומתעורר ספק אם נטמאה מכך שתינוק נגע בה, אף שרוב התינוקות טמאים מכיוון שהם משחקים באשפה שיש בה שרצים - הרי שאמנם יש בפנינו רוב, אך כוחו של המיעוט לא בטל לגמרי והוא מצטרף לחזקת טהרה של העיסה. צירוף זה של מיעוט וחזקה ("סמוך מיעוט לחזקה") - מהווה ראיה שקולה לרוב. לכן, אין להוציא את הדבר מחזקתו ואין לשרוף את התרומה כדין תרומה שנטמאה בוודאות.

---

135 **הרמ"א הוסיף ופסק בעקבות דברי תרומת הדשן שם, כי אם "שנים הפקידו אצל אחד, ונאבדה או נגנבה אחת מהמטבעות, הולכים אחר הרוב".** במקרה זה אי אפשר ללכת אחר המוחזק, שהרי השומר מחזיק עבור שניהם באותה מידה, מכיוון ששניהם הפקידו בידי אותו גורם והשאלה היא למי מהם עליו לשלם. אכן, השומר מחזיק במטבעות עבור מי שהוא הבעלים באמת, אך מכיוון שהוא אינו יודע מי הבעלים הרי שהוא נחשב כמחזיק עבור שניהם. כך מצינו למשל בגמרא בבא מציעא דף ל"ז עמ' א' כי אם אדם הפקיד שני מטבעות וחברו מטבע אחת, ויש ספק מי הפקיד שניים ומי הפקיד אחד, הרי שביחס למטבע שבספק ("מנה שלישי") הדין הוא שיהא "מונח עד שיבא אליהו". שואל תוס' בדף ב' עמ' א' ד"ה "יחלוקו" מדוע אין המדובר בממון המוטל בספק שהדין לגביו הוא "יחלוקו"? ומיישב תוספות כי יחלוקו נאמר כשאיש לא מוחזק, אבל כאן שניהם נחשבים למוחזק ולכן אי אפשר לעשות חלוקה שהיא בגדר של הוצאה מיד אחד מהם. ובלשון תוס' שם: "וכן במנה שלישי ... הנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים בו". וראה תשובת מיימוני סימן ס"ח, וראה שו"ת הרשב"א סימן תתקס"ג.

ברש"י במסכת קידושין שם מצינו כי ביחס לרובא דאיתא קמן אין אומרים את הדין של "סמוך מיעוטא לחזקה". לכן, במקרה של בשר שאין ידוע מקורו ויש בעיר תשע חנויות של בשר כשר, הדין הוא שהבשר כשר ואין אומרים סמוך את המיעוט של החנות האחת המוכרת בשר טרף לחזקה שהבשר אינו זבוח כדין. במקרה זה גם רבי מאיר מודה שהולכים אחר הרוב.

הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ ביאורים" (על "שב שמעתתא" אות ה') מבאר את טעמה של ההבחנה בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן, כי הדין ללכת אחר הרוב, ברובא דליתא קמן נובע מסברה. זו סטטיסטיקה. לכן, אין לומר כי המיעוט כמי שאינו, שהרי במסגרת אותה סטטיסטיקה עובדה היא שיש גם מיעוט. לעומת זאת, הדין ללכת אחר הרוב ברובא דאיתא קמן נלמד מהפסוק שנאמר לגבי הכרעת הדין "אחרי רבים להטות", וכפי שהבאנו לעיל, מפסוק זה למדו שהמיעוט של הדיינים כמי שאינו ונלמד מדין התורה שיש להתייחס בהכרעת הדין כאילו בית הדין כולו הכריע את הדין כדעת הרוב. בקביעה זו של התורה נכלל כי אין להתייחס למיעוט והוא כמי שאינו. ממילא, בכל רובא דאיתא קמן, הנלמד מאותו פסוק, אין מיעוט שניתן לסמכו לחזקה של הנתבע המוחזק בכסף, והרוב גובר.

רבי עקיבא איגר סובר שהדין לפיו אין הולכים בממונות אחר הרוב לדעת שמואל, נובע אף הוא משיטת רבי מאיר שהמיעוט אינו בטל לגמרי ומצטרף לחזקת הנתבע על ממונו. לכן אין בידי הרוב להוציא מידי המוחזק. ומכיוון שזה הטעם, הרי שבמקרה של רובא דאיתא קמן, שבו המיעוט נחשב כמי שאינו, אין לומר את הדין של "סמוך מיעוט לחזקה", והרוב מוציא ממון. זהו הטעם לכך שרוב מוציא מידי מוחזק והולכים גם בממונות אחרי רובא דאיתא קמן.

הרב שמעון שקופ בספרו "שערי יושר" (שער ג' פרק א') מוסיף ומבאר כי רובא דליתא קמן, הוא רוב סטטיסטי של הסתברות, וגדרו של רוב זה הוא לקבוע שאין בכלל לחשוש שמא אישה מסוימת היא איילונית או שהריון יארך שבעה חודשים בלבד. לעומת זאת, רובא דאיתא קמן מתייחס בהגדרה למציאות של ספק, שכן מהותו של רובא דאיתא קמן הוא להכריע בין צדדים קיימים בפנינו היוצרים ספק. רוב זה אינו יכול לברר את המציאות והספק נשאר כשהיה, שהרי המיעוט קיים וייתכן בהחלט שהבשר שבפנינו בא מהחנות הטרפה. עם זאת, קבעה התורה כי לעניין הכרעת הדין יועיל רוב זה, בדומה לרוב של דיינים שמכריע את המיעוט,

אף שמבחינת הספק דבר לא השתנה, שהרי לא ברור שהמיעוט טועה, אך התורה הכריעה שיש לנהוג כשיטת הרוב.

נמצא אפוא כי רובא דליתא קמן הוא סברה שמבררת את המציאות בתורת ודאי. זו הוראה לפיה אין להסתפק כלל וניתן לסמוך על רוב זה בין לקולא ובין לחומרא. לעומת זאת, **ברובא דאיתא קמן** אין שום הכרעה ובירור במציאות **אך יש גזירת הכתוב "אחרי רבים להטות"**, ביחס לדין שלפיו יש לנהוג. נמצאת חולשתו של ה"רובא דאיתא קמן" חוזקו, שכן בהעדר סברה שתאמר כי אין ספק כלל, פועל רוב זה מכוח גזירת הכתוב. לכן, רבי מאיר לא חושש למיעוטא ברובא דאיתא קמן, שהרי זו קביעת התורה! זהו גם פשר דברי תרומת הדשן כי על אף ששמואל קבע כהלכה שאין הולכים בממון אחר הרוב, הרי שברובא דאיתא קמן הולכים אחר הרוב גם בדיני ממונות, שהרי מקרא מלא דיבר הכתוב "אחרי רבים להטות".

הכרעת דיבור בדבר ייעוד כספים - על פי דעת הרוב

הבהרה חשובה נוספת היא, שהדין של אין הולכים בממון אחר הרוב מתייחס לשאלה האם חפץ שבידי המוחזק הוא שלו, אם לאו, כשהרוב בא להוות ראיה בידי התובע המבקש להוציא מידו. אולם, אין בכך לשלול את זכות ההכרעה של ציבור על פי דעת הרוב, מה לעשות עם כספים שיגיעו לידם, בדומה לכך שגם בדיני ממונות בבית הדין פוסקים על פי רוב הדיינים. הרב יעקב אטלינגר בשו"ת "בנין ציון" (סימן קס"ג), עומד על הבחנה נוספת בשאלה זו, עת שנשאל אודות אדם שביקש לקבל כספי תמיכה והתעוררה שאלה האם הוא עומד בקריטריונים של חלוקת הכספים. הרוב סבר כי יש לקבלו לכלל הנתמכים והמיעוט טען כי אין הולכין בממון אחר הרוב. תשובת ה"בנין ציון" היא כי במקרה זה מועיל רוב מפני שלא מוציאים ממון מהמוחזק, כלשונו: "אם ירצו רוב הכולל לקבל היחיד להיות כאחד מהם אין המיעוט יכול לעכב בטענה שאין הולכין בממון אחר הרוב, שכן כלל זה לא נאמר אלא שאין הולכים אחר הרוב להוציא ממון מהמוחזק[136]. רק נגד חזקת ממון אין הולכים אחר הרוב אבל כאשר אין חזקה הולכים אחר הרוב. רק

136. כמבואר בשולחן ערוך חושן משפט סי' רל"ב סעיף כ"ג לגבי מוכר שור לחברו ונמצא נגחן, שאין הולכים אחר הרוב שקונים שור לחרישה כדי להוציא ממון מיד המוכר, וכן ראה בש"ך סימן רצ"ב ס"ק כ"ז.

למערערים חזקה נגד הרוב כי החלוקה אשר עליה יטענו שנגרעה מהם עדיין לא באה לידם".

ה"בנין ציון" מוסיף ומבאר שם, כי אף אילו היו בני הקהל מוחזקים בכספים, כגון אם כספי החלוקה כבר הגיעו לידם, הרי שגם אז אין המיעוט יכול להתנגד לדעת הרוב, שכן הרוב יכול להכריע מה יעשו בכסף המצוי בידם. בכך אין כדי להוציא מהמוחזק אלא כדי לקבוע מה יעשה בכספים שבידי הציבור שהוא המוחזק. כלומר, בעוד שבדיני ממונות הרוב לא יכול להכריע מי צודק מלכתחילה, הרי שכאן, הרוב מכריע כלפי העתיד מה ייעשה בכספים וההלכה קובעת כי זכותם לעשות כן[137].

ה. "מיגו להוציא"

בגמרא במסכת בבא בתרא דף ל"ב מובא מקרה של אדם שפנה אל חברו, וטען כלפיו כי הוא יושב בקרקע שאינה שלו. המחזיק השיב לו: קניתי קרקע זו ממך והנה בפנינו השטר שעליו חתומים עדים. ענה לו המערער: שטר זה מזויף הוא! למשמע טענה זו השיב המוחזק, בלחישה, לרבה שדן בעניין: אכן, השטר מזויף הוא. אולם, שטר מעולה היה לי ואבד, על כן אמרתי לעצמי: אחזיק בקרקע מכוח שטר מזויף זה. אמר רבה: איזה עניין יש למערער לשקר בטענתו שהיה לו שטר אמין שנאבד? הן יכול היה לטעון כי שטר זה שבפנינו מעולה הוא, ואיש לא היה יכול להכחיש את השטר, שהוא בגדר של ראיה לנכונות האמור בו מכוח העדים החתומים על השטר. לכן, המחזיק נאמן לקבל את הקרקע.

אמר לו רב יוסף: הרי כל עוד שאין בפנינו שטר קנין, נמצא כי הקרקע עומדת בחזקת בעליה הראשון. על מי יש לסמוך אפוא כדי להוציא את הקרקע מידיו? הן השטר שבפנינו הוא "חספא בעלמא" (משול לחרס הנשבר) ואין לו כל תוקף. הרשב"ם מבאר, כי אין ליתן תוקף לשטר זה, שהרי המוחזק עצמו הודה ששטר זה מזויף.

שואל תוספות שם ד"ה "אמאי", מדוע קובע רב יוסף שאין המחזיק זוכה בקרקע בשל כך שאין לו שטר? הרי עדיין ניתן להאמין לטענתו שהקרקע שלו גם ללא

---

137. זאת בנוסף לכלל לפיו לא הולכים בממון אחר הרוב, נאמר רק ברובא דליתא קמן אבל ברובא דאיתא קמן הולכים אחר הרוב, כפי שמצינו בשו"ת תרומת הדשן סי' שי"ד.

שטר, שהרי טענתו שהיה לו שטר אמיתי ואבד, וטענה זו אמינה היא מכוח "מיגו", שמתוך כך שיכל לטעון שהשטר שבפנינו תקין, יש להאמין לו גם בטענתו שהיה לו שטר קודם?

על שאלה זו תירץ תוספות שם (שיטת ריב"ם) **תוך קביעת כלל: "מיגו להוציא ממון לא אמרינן"**[138]**. כלומר, מכוח טענת "מיגו" המשווה אמינות לטענה, ניתן להותיר ממון בידי המוחזק. אולם, אין מקום להוציא ממון מידי מוחזק.**

"קצות החושן" (סימן פ"ב ס"ק ט') **מבאר כי לא אומרים מיגו להוציא משום שחזקת ממון עדיפה על המיגו וכוחה חזק ממנו. בספר "חידושי רבי נחום"** (על בבא בתרא פרק שלישי אות קנ"ה) **מובא הסברו של הרב נחום פרצוביץ' כי פשר הדברים כך הוא:**

כוחו של "מיגו" הוא לחזק את הטענה ולהפכה לטענה אמינה[139]**. אבל, כאשר אחד הצדדים מוחזק ונקבע כי "המוציא מחברו עליו הראיה" משמעות הדבר היא כי על בעל הדין להביא - ראיה חיצונית, כגון שטר או עדות. טענתו של בעל הדין עצמו אינה יכולה להוות ראיה שבאמצעותה מוציאים מידי המוחזק. טענה, אף אם אמינותה ברורה בעינינו - ואף אם הטוען נאמן - לעולם אינה חורגת מגדר**

---

138. סברא זו הובאה גם בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן ק' "דקיימא לן דמיגו לאפוקי ממונא לא אמרינן".

139. זאת בין אם אומרים אנו כי מיגו מחזק את מהימנות הטענה, ובין אם אומרים אנו כי מיגו מוסיף "כוח לטענה". (ר' קובץ שיעורים חלק ב' סימן ג' "דין מיגו יש לפרשו בשני אופנים: א) אנן סהדי (כולנו עדים) שאומר אמת שכן למה לו לשקר שהרי היה יכול לטעון טענה טובה מזו. ב) אינו מטעם אנן סהדי (כולנו עדים) אלא שהוא דין נאמנות שכן בכוח הנאמנות שיש לו לטעון טענה אחרת נאמן גם על טענה זאת שהוא טוען". כלומר, כאשר המוחזק טוען טענה "שלי הוא" - כוח מוחזקותו מציב את גדרי ההתדיינות ומעביר את נטל ההוכחה לצד המוציא ממנו. כוח המוחזקות נקבע לפי הטענה הטובה ביותר שיכול היה לטעון לה. העובדה שבפועל הביא לכך נימוק לא ראוי משום שלטענתו זו האמת, אינה גורעת מכוח מוחזקותו שקבע את גדרי ההתדיינות וחובת הבאת הראיה. ככל שעומדת לו הנמקה אחרת התומכת בטענתו, הרי שהיא פועלת לטובתו אף אם לא הביא אותה בפני בית הדין. על בית הדין לקבוע את גדרי ההתדיינות, ואז גם הנמקות שלא הביא פועלות לטובתו, שהרי הן קיימות וניצבות בפני בית הדין ממילא, אף אם בעל הדין לא ציין אותם. זה פשר המונח "כוח הטענה". ברם, בין אם זו מהימנות של הטענה ובין אם זה כוח הטענה - הדברים אינם חורגים מטענה של בעל הדין ואין בהם כדי לעלות כדי ראיה.

של "טענה" ואין בה כדי להוות "ראיה". לדיינים חסר כלי פעולה כדי להוציא באמצעותו מהנתבע. כך למשל, אם יבא משה רבינו ויעיד, המהימנות תהא מוחלטת, אך מכיוון שהוא עד אחד לא יוציאו ממון על פיו, כי אין ב"כלי הדיינים" אמצעי שיאפשר להם לעשות כן.

הסבר נוסף מדוע אין אומרים מיגו להוציא, עולה מתשובתו של "תרומת הדשן" בסימן שי"ד שהובאה לעיל לגבי: "ראובן מסר לשמעון עשרה זהובים ולוי מסר לו שישה, ובקשוהו שיוליכם ממקום למקום, והיו גם לשמעון עצמו עשרים זהובים בכיסו ואמר להם הריני מניח זהובים שלכם עם זהובים שלי בכיסי - על אחריות שלכם. ויצא לדרכו ובלכתו בדרך ע"י טלטולו נקרע הכיס קצת ונאבדו לו ד' זהובים, ואין לידע מאיזה זהובים נאבדו. השלושה (ראובן שמעון ולוי) באו לדין לשאול לאיזה מהם יגיע ההפסד, או אם לכולם לפי חשבון?"

תרומת הדשן פסק כי שמעון לא הפסיד מאומה. מכיוון שיש ספק של מי הכספים שאבדו, ואין בידי מי מהצדדים להביא ראיה בעניין זה, חל הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" - ואין אפשרות לזכות בתביעה כנגד שמעון. גם אחריות בנזיקין אין לשמעון, שהרי התנה במפורש מראש כי אינו נושא באחריות לכספים.

ביחסים שבין ראובן שמסר לשמעון עשרה זהובים לבין לוי ששלח שישה זהובים, פסק "תרומת הדשן" כי חל הכלל שהולכים אחר הרוב, וממילא כל ארבעת הזהובים שנפלו - הם מכספו של ראובן, ואילו לוי אינו נושא במאומה מן הנזק. שמא תשאל, הרי במסכת בבא בתרא (דף צ"ב עמ' ב') קבע שמואל כלל לפיו אין הולכים בממון אחר הרוב? על כך משיב "תרומת הדשן" כי כלל זה נאמר רק באופן שמבקשים להוציא מידי מוחזק, ואילו במקרה דנא שניהם, ראובן ולוי אינם מוחזקים.

ממשיך "תרומת הדשן" ומבהיר: שמא תאמר כי ראובן ולוי מוחזקים הם, שכן שמעון החזיק בכספים עבורם? וכך עולה לכאורה מדברי תוספות במסכת בבא מציעא דף ב' עמ' א' כי כאשר שומר מחזיק במנה עבור שני מפקידים הדבר נחשב בחזקת שניהם והרי הם בעצמם מוחזקים בו[140]. על כך משיב "תרומת הדשן" כי

140. תוספות שם מציין כי אם מבקש אחד מן המוחזקים בשווה לזכות בממון מכוח טענת מיגו, אין הוא יכול שכן "מיגו להוציא לא אמרינן", משמע כי שניהם מוחזקים הם ומי שבא להוציא מחברו הריהו מוציא מידי מוחזק.

מוחזקות זו חלה רק לעניין זה שלא נאמר הכלל של מיגו להוציא, אבל הצדדים אינם מוחזקים עד כדי כך שיחול כאן הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" הקובע שאי אפשר להוציא ממוחזק על ידי רוב, ולכן ניתן להכריע את הספק שכאן על פי רוב.

ובכן, מדוע במקרה דנא אי אפשר להוציא ע"י מיגו ואפשר להוציא ע"י רוב? הן ביארנו כי מיגו להוציא לא אמרינן מכיוון שנגד מוחזק נדרשת ראיה של עדים. אך אם כן, כיצד מועיל רוב להוציא ממוחזק כנגד הכלל שאין הולכים אחר הרוב בדיני ממונות להוציא מידי מוחזק? ואם אין כאן מוחזק ולא חלה כאן ההלכה של המוציא מחברו עליו הראיה בעדים, מדוע לא יועיל מיגו להוציא?

אין זאת אלא שלשיטת "תרומת הדשן" הכלל לפיו מיגו להוציא לא אמרינן אינו נובע מן הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", ולא מכך שצריך ראיה ברמה של עדות כדי להוציא ממוחזק. גם במקום שלא צריך ראיה ברמה של עדות כדי להוציא (כגון כששני הצדדים מוחזקים בשווה) ודי ברוב כדי להכריע, לא ניתן להוציא מדין "מיגו", שכן כוחו הראייתי של מיגו הוא מוגבל. די בו להוות ראיה כדי להחזיק ואין די בו כדי להוות ראיה שיש בה כדי להוציא ממי שמוחזק כמוהו. זו ראיה עם כוח ראייתי מוגבל. כמו שעד אחד נאמן באיסורים ולא בדיני ממונות, ויש מי שמהימן בעינינו לצורך קבלת אשראי עד לסכום מסוים ולא מעבר לכך, כך מיגו מהווה ראיה שכוחה רב לה עד לגבול מסוים, כלומר להחזיק ולא להוציא כלל.

כלומר, העיקרון של "מיגו להוציא לא אמרינן" נובע מחמת חיסרון במהימנותה של טענת המיגו עצמה, ולא מפני שמיגו אינו נמנה על "כלי הדיינים" העומד בדרישה של המוציא מחברו עליו הראיה, ואשר די בהם כדי להוציא מידי מוחזק.

שני ההסברים ניצבים בבסיס מחלוקת רבה ורב יוסף

ייתכן כי שני ההסברים האמורים לכלל ש"מיגו להוציא לא אמרינן" ניצבים בבסיס המחלוקת של רבה ורב יוסף בסוגיה דנא. נבאר:

שיטת רב יוסף שאין המחזיק זוכה בקרקע מבוארת ע"י ריב"ם (בתוספות ד"ה "אמאי") בכך ש"מיגו להוציא ממון לא אמרינן".

שיטת רבה החולק על כך מבוארת בתוספות במסכת בבא מציעא (דף ב' עמ' א' ד"ה "וזה נוטל") כי מכיוון שהנתבע יכול היה לשתוק, הרי שעומד לצידו מיגו חזק שניתן להוציא מכוחו.

נמצא כי לרב יוסף גם מיגו של שתיקה לא מוציא מידי מוחזק ולרבה במיגו זה של שתיקה אפשר להוציא מידי מוחזק.

המחלוקת היא בפשטות זו:

לפי רב יוסף אין מיגו שיכול להוציא, כי חסר ב"כלי הפעולה" של בית הדין. ממילא, גם אם עסקינן במיגו שיכול היה לשתוק, שמהימנותו גבוהה יותר, אין בכך לסייע לדיינים להוציא ממון מכוח זה.

לפי רבה מיגו להוציא לא אמרינן כיוון שחסר במהימנות, של טוען טענת המיגו. על כן, מיגו שמהימנותו גבוהה יותר - שיכול היה התובע לשתוק מכול וכול - מועיל כדי להוציא ממוחזק.

מיגו כראיה בפני עצמה

הרמב"ן על בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב')[141] חולק על שיטת התוספות וסובר כי אומרים "מיגו להוציא"[142]. ואפילו כשהתובע בא להוציא ממוחזק גמור[143], די לו במיגו.

לעיל הערנו כי לא די בטענה עצמה כדי להוציא ממוחזק וצריך ראיה. היה מקום אפוא לומר שלדעת הרמב"ן מיגו מהווה ראיה מספקת. ואכן, בדברי ה"חתם סופר" מצינו כי מיגו מהווה כשלעצמו ראיה תקפה.

---

141. בדומה לכך סוברים הרשב"א שם ובשו"ת הרשב"א חלק ג' סימן שנ"ג; הריטב"א בכתובות דף ט"ז עמ' א'; הריב"ש בסימן של"ו.

142. הרמב"ן מבאר על כן בסוגיה כי הטעם לכך שאינו זוכה בטענתו אינו נעוץ בדין שמיגו להוציא לא אמרינן. הטעם הוא פשוט, שכיוון שהציג מתחילה שטר מזויף, שאין חולק כי מזויף הוא, אינו יכול שוב להיות נאמן מכוח מיגו, שהרי מיגו נועד להראות מהימנות, ובמקרה דנא אין חולק שמדובר באדם שלא נמנע מלשקר. בסוגיה דנא אין אפוא נפקות למחלוקת הראשונים, אך שיטת הרמב"ן היא שאומרים מיגו להוציא, ולכך נפקות בכל מקרה אחר.

143. להבדיל ממצב שבו שני הצדדים מוחזקים, כפי שנדון בדברי תרומת הדשן הנ"ל.

בגמרא במסכת גיטין (דף ה' עמ' א') אומר רב הונא כי אם באו שני עדים ואמרו שהם שלוחי הבעל למסירת הגט, אין צריך לתקנת חכמים לומר בפנינו נכתב ובפנינו נחתם, אלא הם נאמנים על כשרות הגט במיגו שיכלו לומר שהאשה נתגרשה כבר בפניהם.

שואל ה"חתם סופר", מדוע צריך מיגו הרי יש כאן שני עדים? כשיש עדות למה נחוץ הדין של מיגו? החתם סופר מיישב, כי תוקף של עדות לא ניתן להם, שכן העדים מעידים על עצמם שהם שליחי הבעל, ואדם אינו יכול להעיד על עצמו.

נשאלת השאלה, אם העדים נוגעים בדבר ונחשבים לבעלי דין ביחס לנשוא עדותם, כיצד ניתן לתת לעדותם תוקף מכוח מיגו? וכי אם יכול אדם להעיד בעניין אחר, ניתן תוקף של עדות לדבריו במקום שבו אינו מהווה עד, ואינו כשיר להיות עד? ואם אינו כשיר להעיד מה מסייע בידינו המיגו?

אין זאת אלא שחידושו של ה"חתם סופר" הוא, כי יש כוח ראייתי למיגו של שניים, שאף שאינו נחשב כעדות מכל מקום הוא כוח ראיה העדיף על נאמנות שליח. כלומר שליח גט נאמן רק מכוח תקנת חכמים ואילו כוח ראיה זה הינו בר תוקף כדין העומד בפני עצמו, בדומה למקרים שבהם יש הכרעה מכוח עדות.

ברם, זוהי דרך מחודשת לומר כי המיגו נחשב כראיה בפני עצמה. הדרך המקובלת בדברי האחרונים היא שמיגו אינו יכול להוות עדות על העובדות לגופן[144], אלא

---

144. ר' אבן האזל הלכות מכירה פרק כ' 'יש לומר דמיגו לא מהני אלא בבעלים ולא בעדים'. בעל דין הטוען פרעתי מהימן מכוח מיגו, אך כוח ראייתי של עדות לא ניתן להקים תוך שימוש במיגו.
אמנם מצינו כי עדים הנוגעים בעדותן יכולים להסתייע בראיה של מיגו על מנת להסיר את הדין של "חשש משקר" הנובע מן הנגיעה (ר' בבא בתרא דף כ"ט עמ' א' כי שוכר נאמן להעיד מי המשכיר שלו, אף שיש לו נגיעה בדבר, שכן אם זה ששילם לו עד כה אינו המשכיר נמצא כי הוא חייב כסף למישהו אחר בגין דמי השכירות. נאמנות זו מותנית בכך שיש לו מיגו), אבל במקרה זה נאמנותו של השוכר אינה מכוח המיגו, והמיגו רק שולל את החשש הנובע מכך שהינו נוגע בדבר. לעומת זאת, במקרה הנדון בחתם סופר אין כאן עדים כלל (כי בעל דין אינו עד פסול, אלא בכלל אינו עד) יש לטעון כי לא ייתכן שתיווצר נאמנות חדשה ע"י מיגו במקום שאין כוח ראייתי בסיסי של עדות.

מוסיף מהימנות לטענותיו של בעל הדין. כלומר, המיגו אינו יוצר ראיה אלא מחזק טענה, ואם כן שבה התמיהה למקומה כי לכאורה לא די בטענה כדי להוציא?

להלן נציע דרך נוספת להסבר כיצד יכול להיות שמיגו יועיל להוציא מידי מוחזק למרות הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה, ועל אף שמיגו אינו נחשב ראיה שכן ראיה היא רק עדים. הרב יעקב קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" על בבא מציעא סימן ג', מבאר כי יש בדין "מיגו" שני דברים:

האחד הוא המהימנות שמיגו נותן למי שמעלה את הטענה, שעה שיכול היה לטעון טענה טובה יותר.

השני, שבעל טענת המיגו הופך ל"מוחזק", שהרי יכול היה להעביר את החפץ לחזקתו ע"י הטענה הטובה שבידו וממילא נחשב הוא כבר כעת כמי שטען אותה והעביר את החפץ לידיו.

בדרך זו מבאר ה"קהילות יעקב" את הגמרא במסכת בבא בתרא (דף ל"ו עמ' א') העוסקת במקרה של עיזים שנכנסו לשדה ואכלו בו "חושלי" (שעורים קלופים השטוחים בשמש). בעל השדה תפס את העיזים שלא בפני עדים וטען כי הם אכלו הרבה, יותר מכדי שווי העזים. הכלל הוא ביחס לנזקי שן ברשות הניזק שהבהמה מועדת לעולם וחייבים לשלם את מלוא הנזק. ברם, שהעדים אינם מעידים מה אכלו העיזים: מעט או הרבה. הדין הוא כי בעל השדה נאמן לטעון לגבי היקף הנזק עד כדי דמיהם של העיזים, וזאת במיגו שיכול היה לומר כי הוא רכש את העיזים ושלו הם, שהרי הם ברשותו וממילא היה מהימן אילו טען כך. על כן, גם כשטען כי העיזים אינם שלו אלא שאכלו כך וכך הריהו מהימן. אבל, ככל שהוא טוען שחייבים לו מעבר לדמי העיזים אין הוא מהימן, שכן על כך אין מיגו ואין הוא יכול להוציא מידי חברו אלא בעדים.

מקשה תוספות במסכת בבא קמא (דף ק"ז עמ' א' ד"ה "עירוב פרשיות כתוב כאן"), הכיצד הוא נאמן במיגו זה, הן כשהוא בא לומר לחברו כי אלו עיזים שלו, עליו להעז ולומר טענה שברור לו כי חברו יכול להכחישו לגביה, ולומר שהוא משקר במצח נחושה, לעומת זאת בטענתו הנוכחית כשהוא טוען על אכילת העיזים הוא יודע שהנתבע לא יודע כמה אכלו, והכלל הוא שמיגו של העזה אינו מועיל להוציא מידי מוחזק כי נוח לו לטעון את הטענה שאין בה העזה.

אולם, לפי ההסבר של ה"קהילות יעקב" כי במיגו יש שני דברים: מהימנות והעברת דין המוחזק הרי שהדברים מתבארים: אכן, מהימנות לא מתווספת לו במיגו זה, שכן ניתן לומר כי הסיבה לכך שהוא לא העלה את הטענה הטובה יותר אינה נובעת מהמהימנות שלו, אלא מכך שחשש להעז פניו. אבל מחמת עצם העובדה שהייתה בידו אפשרות לטעון טענה שמעבירה את החפץ לידו הוא נחשב למוחזק וממילא אינו מוציא מיד חברו אלא מחזיק.

בהתאם למהלך זה של ה"קהילות יעקב" נראה כי בידינו הסבר כיצד מועיל מיגו להוציא. אכן, אין המיגו עולה כדי ראיה, ואין בידי המיגו להוציא ממוחזק. אבל משעומדת לנתבע טענת המיגו שוב אין הוא מוציא אלא אדרבה הוא המוגדר כמוחזק!

ברם, שהחלה של סברת ה"קהילות יעקב" מעוררת קושי, שכן בגמ' בבבא בתרא מדובר שבעל המיגו היה תפוס בממון והמיגו הפך אותו למוחזק, אבל כיצד יכולה טענה שהייתה יכולה להיות מועלית ע"י התובע, להפוך למוחזק - את מי שאינו תופס בממון? הן לכאורה זו רק טענה ואילו החפץ נמצא בידי הנתבע, וממשיך לחול הכלל לפיו "המוציא מחברו עליו הראיה", וראיה היא עדות. נראה על כן להסביר סוגיה זו על פי המבואר לעיל, שבעיקרון יש בטענת התובע כשלעצמה כוח להוציא מידי הנתבע המוחזק, כאשר טענתו נותרת בלא תשובה מצד הנתבע. לפי זה יש לומר בדעת הרמב"ן כי אם טענת התובע מגובָּה במיגו והיא מהימנה - די בה כדי להוציא ממון, שכן טענת התובע היא טענה עם מיגו שהיא טענה חשובה, ומולה ניצב הנתבע עם טענה בלי מיגו, והדבר משול לטענה שאין עליה תשובה, שאז התובע יכול להוציא מחברו או שהוא אף נחשב כמוחזק.

לעיל עמדנו על שיטת האחרונים ("שערי יושר", ר' אלחנן וסרמן ו"לבוש מרדכי"), כי טענה גורמת שיוציא ממון כאשר התובע מעלה מצדו טענה טובה ולצד שכנגדו אין תשובה ראויה. במקרה זה בעל הדין זוכה בטענתו כיוון שיריבו אינו משיב לטענתו. אכן, בטענה כשלעצמה אין כדי להוציא ממון, כי טענה אינה ראיה. אולם הטענה מחייבת את הנתבע להשיב, ואם הנתבע אינו משיב או שהוא משיב טענה גרועה (כגון טענה בלי מיגו - כנגד טענת התובע המגובָּה במיגו), הרי שהעדר התשובה הראויה גורם לכך שהתובע יזכה בדין. הדברים יקבלו משנה תוקף והבהרה עת שנעמוד על מהותו של מיגו להלן.

פרק ד

מיגו

א. מהותם של "מיגו" ושל "הפה שאסר"

במשנה במסכת כתובות דף י"ב עמ' ב' מצינו: "הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים. היא אומרת משארסתני נאנסתי ונסתחפה שדהו, והוא אומר לא כי, אלא עד שלא ארסתיך (איבדת את בתולייך) והיה מקחי מקח טעות. רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים: נאמנת; רבי יהושע אומר: לא מפיה אנו חיים, אלא הרי זו בחזקת בעולה עד שלא תתארס, והטעתה אותו, עד שתביא ראיה לדבריה". ובמשנה שם בדף ט"ו עמ' ב' מצינו "ומודה רבי יהושע, באומר לחברו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו - שהוא נאמן (במיגו)".

הגמרא בדף ט"ז עמ' א' מבארת את מחלוקת התנאים כדלהלן:

רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים כי האישה נאמנת (בטענתה שנאנסה לאחר שנתארסה) מכוח מיגו שיכלה לומר כי לא איבדה את בתוליה כתוצאה מאונס אלא כתוצאה מפציעה, (מוכת עץ) שזו טענה עדיפה מבחינתה שכן לפיה אין היא אסורה לכהונה, ועל כך חלק רבי יהושע. אולם, ביחס למקרה שבו אדם אומר לחברו כי השדה "של אביך הייתה ורכשתי אותה ממנו" מודה רבי יהושע לרבן גמליאל ורבי אליעזר כי הוא נאמן (לומר שקנה מהאב) במיגו שיכול היה לומר לא היו דברים מעולם כי השדה מלכתחילה שלו. כלומר, אין מחלוקת עקרונית בין התנאים כי במקרים מסוימים - יכול הנתבע להיות מהימן מכוח מיגו.

שואלת הגמרא מדוע במקרה של "רכשתי את השדה מאביך" מודה רבי יהושע שיש נאמנות של מיגו, ובמקרה של "משארסתני נאנסתי" סובר רבי יהושע שאין נאמנות

של מיגו? מה ההבדל בין מיגו זה למיגו זה[145]? עונה הגמרא "הכא (בשדה) אין שור שחוט לפניך, התם (באשה שאינה בתולה) הרי שור שחוט לפניך".

מבאר רש"י כי לגבי שדה "אין שור שחוט לפניך" כלומר לא הייתה בפנינו תביעה - "כיצד הגיע שדה זו לידך". אילו היה המחזיק בשדה שותק לא היה מי שיערער עליו כלל. על כן, יש מהימנות מכוח מיגו, שכן "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", הנתבע הוא שעורר במו פיו את כל ההתדיינות ובה במידה פתר אותה במו פיו. אבל ביחס למקרה שלא מצא לה בתולים הרי ש"שור שחוט לפניך" כלומר, המציאות בפנינו מעוררת התדיינות, ומחייבת התייחסות של האישה. האישה לא יכלה למנוע את הדיון ע"י כך שתשתוק. ממילא, אף על פי שיכלה להשיב טענה טובה (מוכת עץ) יותר מזו שטענה (משארסתני נאנסתי), סובר רבי יהושע כי אנו חושדים שמא אכן נאנסה לפני האירוסין כפי טענת הבעל, והאשה אינה נאמנת מכוח מיגו, מחמת אחד משני טעמים: ראשית, שמא לא טענה את הטענה הטובה יותר מכיוון שטענה זו לא עלתה על דעתה. שנית, שמא היא בחרה באופן מכוון להעלות טענה פחות מהימנה מתוך מטרה להיראות נאמנה יותר. כלומר, זו עלולה להיות הערמה.

---

145. הש"ך חושן משפט סי' פ"ב הקשה בשם הב"ח מהי שאלת הגמרא: "מאי שנא האי מיגו מהאי מיגו" הרי "שנא ושנא" שכן כשהאישה אומרת משארסתני נאנסתי ותובעת מאתיים - זהו מיגו שבא להוציא מידי המוחזק לכן אינה נאמנת. אבל מי שמעלה מיגו להחזיק שדהו, בכך יודה ר"י שהאישה נאמנת. ברם, ייתכן ליישב שאלה זו אם נניח כי לא אומרים מיגו להוציא מהטעם הבא: מיגו מועיל מכוח רוב (שכן רוב בני אדם טוענים כן, ואף שהוא אינו טוען כן מאמינים לו משום שהיה יכול לטעון כמו רוב בני האדם). ממילא, בממון שבו אין הולכים אחר הרוב - לא ניתן לומר מיגו להוציא. לפי זה ניתן לומר כי במקום שבו יש חזקת הגוף המסייעת למיגו יועיל המיגו אף להוציא (כלומר: כאשר מצטרפת חזקת הגוף לרוב - מוציאים ממוחזק, כפי שציין ה"פני יהושע" במסכת כתובות דף ט"ז עמ' א' כי כשם שמצינו שטענת ברי של תובע נגד טענת שמא של הנתבע בצירוף חזקה מועילה להוציא ממון כך רוב בצירוף חזקה תועיל להוציא ממון שהרי רוב עדיף על פני ברי ושמא כשם שראינו לגבי איסורים רוב מתיר אפילו בלא חזקה ואם כן רוב בצירוף חזקה מועיל להוציא ממון).
לפי זה מיושבת קושיית הב"ח, שכן במשנה בדבר הנושא את האישה ולא מצא לה בתולים לכל הדעות יש חזקת הגוף המסייעת למיגו וממילא זו תועיל אף להוציא. לכן שואלת הגמרא: "מאי שנא האי מיגו מהאי מיגו".

נמצא לשיטת רש"י כי מיגו מועיל לפי רבי יהושע רק כשאין תביעה של איש וחל הכלל של "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". אבל, אם הייתה תביעה - אין מיגו, אפילו כשהנתבע יכול היה לדחות את התביעה על הסף ולומר לא היו דברים מעולם.

תוספות שם (ד"ה "התם שור שחוט לפניך") מבאר כי גם במקרה שהייתה תביעה מצד בעל השדה ניתן להעלות טענת מיגו, שכן הוא יכול היה להשיב לו: "לא היו דברים מעולם - שדה זו לא הייתה שלך מעולם". אבל ביחס למקרה של אונס הרי ש"שור שחוט לפניך" שהרי "אין לה בתולים ואינה יכולה לומר בתולה אני כמו בשור שחוט שאין יכול לומר חי הוא".

כלומר, לשיטתם אין הדבר תלוי בקיומה של תביעה, אלא אם הנתבע יכול היה לסלק את הטענה בהכחשה מלאה ולומר לא היו דברים מעולם ותחת זאת בחר להשיב לקחתיה, מודה רבי יהושע שזהו מיגו טוב אף על פי שאין כאן הפה שאסר הוא הפה שהתיר. לעומת זאת במקרה של אישה אין היא יכולה לטעון לא היו דברים מעולם, שהרי המציאות היא שאינה בתולה ונדרש הסבר לכך. העובדה שהאישה נתנה הסבר של "משארסתני נאנסתי" ולא הסבר של מוכת עץ, אינו מספיק כדי שנאמין לה.

הרמב"ן מקשה על שיטת רש"י שתי שאלות חריפות:

א. לפי שיטת רש"י יימצא כי כל אדם שרכש קרקע, חשוף לטענה, של כל אדם שיטען כנגדו 'שדה זו של אבותיי הייתה" [ואין לו עדים על כך] אם הנתבע לא יאמר לו: "לקחתיה מהם", הוא יצטרך להביא עדי חזקה ואם לא יביא לא יהיה נאמן. והרי הדבר פשוט שצריך חזקה רק במקום שיש עדים למערער לומר של אבותיי הייתה, אבל במקום שאין לו עדי אבות נאמן הנתבע בכל טענה במיגו של לא היו דברים מעולם אף שהיה ערעור כנגדו ולא יכול היה לשתוק.

ב. הן בכל הש"ס מצינו שיש מיגו גם כשיש תביעה, ולא רק במקרה של "הפה שאסר" ולא מסתבר כי כל המקרים הללו יהיו שלא לפי שיטת רבי יהושע?

על כן נראה כי אין לייחס לרש"י מסקנה לפיה לדברי רבי יהושע אין מיגו בכל מקום שיש תביעה, אלא רבי יהושע מודה שאף כאשר יש תביעה, יוכל הנתבע להיות נאמן במיגו. אולם רבי יהושע חולק במקרה שבו הנתבע נוקט בדרך של

"הודיה והדחה" שהיא טענה גרועה, כיוון שהנתבע מודה בעילת התביעה ("של אביך הייתה") אלא שהוא טוען כעת "לקוחה היא בידי". אולם, במקום שבו הטענה אינה גרועה ואין בה הודיה והדחה, אלא כפירה של הנתבע בכל הטענה שהעלה התובע, הרי שהנתבע יוכל להיות מהימן באמצעות דין מיגו[146].

כאמור, בדיני מיגו ישנה חלוקה יסודית בין שני מושגים: א. מיגו; ב. הפה שאסר הוא הפה שהתיר. בעקבות הבחנה זו נפנה לעיין בדברי התוס' הבאים:

בגמרא במסכת כתובות (דף י"ט עמוד א') מצינו: "אמר רב הונא אמר רב מודה בשטר שכתבו - אין צריך לקיימו". פירוש הדבר: ככלל - נתבע שהוצג נגדו שטר הלוואה בבית דין יכול לטעון שהשטר מזויף ועל התובע לדאוג לאמת את חתימת העדים באמצעים שנתקנו לשם כך ע"י חז"ל, דבר המכונה "קיום שטרות".

הגמרא דנה במקרה של נתבע שטען פרעתי את ההלוואה. התובע השיב על כך אם אכן פרעת מה עושה השטר בידי (שטרך בידי מאי חזית)? הנתבע אינו יכול לחזור כעת ולומר בעצם השטר מזויף, שכן מתוך טענתו הקודמת שטען שפרע את ההלוואה שבשטר, עלתה ממילא הודאה שהשטר אמיתי, ואין התובע נדרש לקיימו.

שואלים התוספות שם, מדוע אין הנתבע נאמן מכוח מיגו, הן יכול היה לומר מתחילה שהשטר מזויף, וממילא יש להאמין לטענתו הראשונה שהשטר נפרע.

---

146. על שאלתו הראשונה של הרמב"ן משיב ספר "משכנות הרועים" כי אכן צריך הקונה לשמור על שטרו או שיאמר הקונה להד"מ ולא יודה שקנה מאביו ולא ייאמן מכוח מיגו שכן טענת הנתבע גרועה מטעם נוסף, שאם אכן כדבריו שהוא קנה את הקרקע - היכן שטרו? ואמנם תופעה מקובלת היא שאין בני אדם שומרים את שטר הקנייה לעולם, אבל במקרה זה עליהם להיזהר שלא להשיב לתובע בטענה גרועה של הודיה והדחה. אבל אם מדובר במטלטלין אין הודיה והדחה הופכים את הטענה לגרועה, שכן הנתבע אינו נדרש להציג שטר, ולכן התובע אינו נאמן בטענתו עד שיביא עדים שהוא היה בעלים. לעומת זאת הרמב"ן הוכיח מדברי הגמ' שכל שאין למערער עדים שהייתה של אביו גם בקרקעות אין זו טענה גרועה, שכן הנתבע אינו חייב לענות למי שאין בסיס לטענתו וכנגדו אינו נדרש להראות את שטרו, ולכן התובע אינו נאמן בטענתו. בהעדר עדים לתובע אין הנתבע צריך להוכיח את החזקתו, וממילא נאמן הנתבע מכוח מיגו.

תוספות משיבים: "ויש לומר שמא ירא לווה לומר מזויף פן יכחישוהו וליכא מיגו, ופירש הקונטרס במקום אחר דטעמא משום דדבר תורה אין צריך קיום, דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין, ורבנן הוא דאצרכוהו קיום, כי טעין מזויף הוא, אבל בשאר טענות כגון פרוע הוא לא הצריכוהו קיום".

בפשטות נראה כי תוספות מתרצים שאין הלווה נאמן בטענת פרוע במיגו שיכול היה לטעון טענת מזויף, שכן זו טענה שהלווה חושש להעלות, שמא יכחישו את טענתו ויוכיחו שהשטר אינו מזויף ובמקרה זה הוא יוחזק שקרן. לעומת זאת, כשטוען פרעתי, נמצא כי אף אם יקיימו את השטר לא יוחזק כשקרן.

כמו כן, התוספות מביאים את דברי רש"י שביאר את טעמו של רב הונא שהלווה לא נאמן בטענת פרעתי ביחס לשטר, משום שמדין תורה אין שטר צריך קיום, ו"עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבית דין". זו רק תקנה של חז"ל שבעל השטר צריך לקיימו כשטוען הלווה שהוא מזויף. אבל, דברי חז"ל אלו נאמרו רק ביחס לטענת מזויף, ואילו ביחס לשאר הטענות, כגון כשהלווה טוען שפרע את החוב, לא הצריכו חז"ל את המלווה לקיים את השטר והעמידוהו על דין תורה שהשטר כשר בלא קיום. ממילא, אין להאמין לנתבע הטוען טענת פרוע מכוח מיגו, שהרי ניצב כנגדו שטר מקוים שכמוהו כעדים.

אולם, דברים אלו מעוררים תמיהה, שהרי אף שמדין תורה אין השטר צריך קיום אבל מכל מקום מאחר שיכול לטעון מזויף מכוח תקנת חכמים, מדוע לא יהיה נאמן לטעון פרעתי מכוח מיגו שהיה יכול לטעון מזויף? ואין לומר שיש שטר שכמוהו כעדים, שהרי עצם קיום השטר מוטל בספק לאחר שהלווה נאמן להכחישו בטענת מזויף, ויהא נאמן בדומה לכך מדין מיגו, גם בטענת טענת פרוע?

במענה לכך, ביאר הרב איסר זלמן מלצר בספרו "אבן האזל" (הלכות מלווה ולווה פרק י"ד הלכה י"ד), שאין כוונת התוספות לתרץ שני תירוצים נפרדים, אלא מה שהביאו בשם רש"י בא כהמשך והשלמה למה שכתבו קודם לכן, שאין להאמינו במיגו דמזויף כיוון שירא לומר כן שמא יכחישו אותו[147]. נבאר.

---

147. והדברים מדויקים בלשון התוספות שכתבו: "ופירש הקונטרס במקום אחר" ולא כתבו: "ובקונטרס פירש". הטעם לכך הוא שאין זה תירוץ אחר אלא הוספה לתירוץ הראשון.

בתחילה תירצו התוספות שלדעת רב הונא אין להאמין לו מדין מיגו מכיוון שירא לומר מזויף. אבל עדיין קשה היה להם, שיהא נאמן מדין "הפה שאסר" שהוא דין שונה ומחודש.

מיגו משמעו נאמנות של הטוען טענה, ומחזק את טענתו בסברה כי הוא לא משקר מתוך שהיה יכול לטעון טענה טובה יותר. לעומת זאת, דין "הפה שאסר" אינו נובע מחיזוק טענתו על ידי המיגו, אלא למדו חז"ל במסכת כתובות (דף כ"ב עמ' א') מהנאמנות שנתנה תורה לאבי הנערה לומר: "את בתי נתתי לאיש הזה", שבכל מקום שאנו באים לאסור רק על פי דבריו שלו, הרי שהוא נאמן גם להתיר, שהרי אם אתה מקבל את דבריו יש לקבלם במלואם ולא רק את מקצתם. ממילא, ביחס לדין זה של "הפה שאסר" לא חלה הסברה שהלווה לא העלה טענה שהשטר מזויף מחמת יראתו, שהרי אין אנו עוסקים בנאמנות הניתנת למי שיכול היה לטעון טענה אחרת, אלא שאין אנו יכולים ליצור חיוב מכוח דבריו שעה שהוא עצמו מעיד על פטור מחיוב זה.

על זה הוסיפו התוספות לבאר את העניין על פי דברי רש"י, שאין המדובר בשטר שפיו של הלווה הוא שקיימו והוא רוצה לבטלו, שהרי מדאורייתא שטר זה אינו זקוק לקיום על ידו ולכן אין לו כוח לבטלו. הוא יכול היה להעלות טענה כנגד השטר שמזויף הוא ולפסלו מכוח דין דרבנן, אבל זה שהוא לא העלה טענה זו אינו הופך אותו ליוצר החיוב, ולא מפיו אנו חיים אלא מכוח השטר.

אכן, הלווה יכול היה להעלות טענת מזויף ומכוחה עומדת לו טענת מיגו, אבל ביחס למיגו - אין הוא נאמן שכן הוא ירא להעלות טענת מזויף[148].

---

148. הרב שמעון משה דיסקין בספרו משאת המלך על גיטין דף ב' עמ' א' ציין כי רגילים לומר שעניין מיגו הוא בירור שהוא דובר אמת שמאחר שיודע שבטענת מזויף יזכה ובטענת פרוע לא יזכה, אם כן למה לו לטעון טענה שהוא מפסיד בה, אלא בוודאי שהוא אומר אמת, ומתברר שמה שאמר פרוע הוא אמת. ודבר זה אינו מובן, שהרי המיגו מניח כי בעל הדין יודע את תוצאות טענותיו ויודע שהתוצאה של טענת מזויף שיזכה בדין ותוצאת טענת פרוע היא שיפסיד. אך אם כן, מה לו לבעל דין שיעלה ביודעין טענה שהוא עתיד להפסיד בה, הן במקרה זה למה לו להתעצם עם חברו ולטרוח לבוא עימו לבית הדין ולמה לא שילם לו מיידי? מוכרח אפוא שלא ברור לו בבירור גמור שיפסיד אם יעלה את טענתו שהשטר פרוע. אך אם אינו מודע לתוצאה של טענותיו הלך לו המיגו, שהרי העלה טענה זו מכיוון שלא ידע שטענה אחרת

נמצא כי הפה שאסר אין - מכוח דברי רש"י שהשטר מקוים מדאורייתא גם בלי הלווה. טענת מיגו אין - מכיוון שהלווה חושש להעלות טענה של מזויף.

ב. מיגו מטעם בירור או מטעם כוח הטענה

תמהנו על דברי רש"י כיצד ביאר את טעמו של רב הונא שהלווה לא נאמן בטענת פרעתי ביחס לשטר שאינו מקוים, משום שמדין תורה השטר אינו צריך קיום, סוף סוף - אחר שחכמים הצריכו קיום עלינו להאמין לנתבע בטענת פרעתי במיגו שיכול היה לטעון מזויף מכוח תקנת חכמים? מכוח שאלה זו הסיק הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שיעורים" (חלק ב' סימן ג') כי יש להבחין בשתי דרכים להבנת דרך הילוכו של מיגו:

בירור - הסבר אחד הוא כי מיגו מברר ומאמת את נכונות דברי הטוען, בבחינת "אנן סהדי" כולנו עדים - שטענתו אמת, שכן למה לו לשקר עת שהיה יכול לטעון טענה טובה מזו? לפי הסבר זה נמצא כי ע"י המיגו מתברר שטענת הנתבע אמת וממילא הוא גובר על טענת התובע.

כוח הטענה - הסבר אחר הוא כי מיגו פירושו "כוח הטענה" כלומר, כאשר המוחזק טוען טענה "שלי הוא" - הוא מציב את גדרי ההתדיינות, משום שגם אם לא היה מפרש דבריו, היה חל הדין של המוציא מחברו עליו הראיה. בית דין דן בגדרי הטענות מכוח הנמקות הקיימות לבעלי הדין לזכותם, בין אם הועלו על ידם ובין אם לאו. במקרה שבעל הדין טוען ברי שהחפץ שלי ולא מפרש דבריו, בית הדין אמור להכריע בדינו של המוחזק **אף שלא מנימוקיו**, אלא לפי הטענות העומדות לזכות טענתו ושאותם יכול היה להביא. לכן גם עכשיו כשהוא מפרש את טענתו, אין זה פוגם בכוח בית הדין להכריע בעניינו לולא דבריו. לפי הסבר זה הדין של מיגו אינו מוסיף מהימנות לטענה שנטענה בפועל, אלא שהנתבע זוכה בדינו מ'כוח הטענה' שהיה יכול להעלות ולא העלה.

עדיפה ממנה? אולם נראה לבאר העניין שהאיש שאינו רמאי דעתו ללכת לבית הדין ולספר להם העניין והם יחליטו אם הוא זכאי או חייב ורק הרמאי הוא שמכיר הדין ואת הטענה הקרובה לו יבחר לטעון. ממילא, אילו היה זה רמאי היה בוחר בטענה הטובה יותר ומשלא עשה כן אות הוא כי אינו רמאי.

הסבר נוסף למושג של "כוח הטענה" מצינו בספרו של הרב שמעון שקופ "שערי יושר" (שער ו' פרק ט') לפיו כשם שאדם שבידו לתקן דבר איסור נאמן להעיד כי הוא תוקן וכשר, על אף שטענה זו ניצבת כנגד חזקת האיסור של הדבר, כך גם בדיני ממונות כיוון ש"בידו" לזכות בממון זה ע"י טענה מסוימת, הרי שניתנת נאמנות לטענה שטען. לפי הסבר זה הדין של מיגו מוסיף מהימנות לטענה שנטענה בפועל, אך לא מחמת שזהו סוג של בירור שדבריו אמת[149], אלא שיש משנה תוקף לטענת הנתבע מכוח הטענה שהיה בידו להעלות ולא העלה.[150]

בהתאם להסבר שמיגו פירושו "כוח הטענה", מבוארים היטב דברי רש"י, שכן חכמים קבעו שללא טענה על זיוף השטר אין לפקפק בכוח השטר, ורק טענת מזויף מחייבת קיום של השטר ולא טענה אחרת, וממילא אין אפשרות לייחס כוח כלשהו לנתבע כשאינו טוען מזויף אלא טוען טענה אחרת כנגד השטר. כלומר, בדרך כלל בית דין לא מוגבל להנמקות של בעלי הדין, אלא דן בגדרי הטענות ומכוח ההנמקות הקיימות לזכותם. אולם ביחס לשטר נקבע ע"י חכמים שטענות אחרות לא ניתן להעלות ולהצריך קיום לשטר וממילא לא יכולים להוציא מכוח האפשרות לפקפק במהימנות השטר. אילו מיגו היה פועל מטעם מהימנות הרי שלאחר שהצריכו חכמים קיום לשטר, היה הלווה יכול לטעון טענת פרעתי במיגו של מזויף. אולם, בהתאם לדרך ההילוך שמיגו פועל כ"כוח טענה", הרי שמכיוון שטענת מזויף אינה טענה תקפה מדין התורה היא אינה נותנת כוח, ואף שניתן

---

149. הרב שקופ מציין בספר חידושיו על מסכת בבא בתרא סימן י"ט כי אין לומר שמיגו מוסיף מהימנות גרידא, שהרי גם קרוב שאינו חשוד לשקר (כגון משה ואהרן) אינו מהימן בעדותו. אין זאת אלא שכאשר נאמר "המוציא מחברו עליו הראיה" צריך להביא כראיה עדים שיש תוקף לדבריהם, ולעדותו של קרוב אין תוקף של עדות ו"כוח שיפסקו בית הדין על פיה". ממילא, גם לא תועיל תוספת מהימנות לדברי הנתבע, שהרי הדין אינו מוכרע על פי המהימנות של הראיות אלא לפי תוקפן וממילא לא מועיל מיגו מכוח העובדה שאינו חשוד לשקר, אלא "שלפי ערך כוח הזכייה שהיה ביכולתו לזכות בבית הדין בטענתו הראשונה, יש לו כוח הזכייה בטענתו השנייה".

150. לעיל הבאנו גם את הסברו של הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" על בבא מציעא סימן ג' כי יש בדין "מיגו" שני דברים: האחד הוא המהימנות שמיגו נותן למי שמעלה את הטענה, שעה שיכול היה לטעון טענה טובה יותר. השני, שבעל טענת המיגו הופך ל"מוחזק", שהרי יכול היה להעביר את הנכס לחזקתו ע"י הטענה הטובה שבידו וממילא נחשב הוא כבר כעת כמי שטען אותה והעביר את הנכס לידיו.

להעלותה מדברי סופרים אבל ככל שאין מעלים אותה אין בה כדי להביא לכך שנתבע יזכה בדינו מכוח טענה שהיה יכול להעלות ולא העלה. ממילא מובן כי מכיוון שטענת מזויף עצמה אינה מועילה מהתורה, הרי שהנתבע אינו יכול לזכות בדינו מכוחה כאשר העלה טענת פרוע ולא העלה טענת מזויף.

יישוב קושיית רבי עקיבא איגר

לפי מהלך זה מתרץ הרב אלחנן וסרמן את שאלתו של רבי עקיבא איגר על דברי התוספות במסכת כתובות (דף כ"ה עמ' ב' ד"ה "הרי שאמר בני זה וכהן הוא"). נבאר:

בגמרא שם מצינו כי אם בא אדם ואמר: "בני זה וכהן הוא - נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אישה". הגמרא מבארת כי הוא מהימן להאכילו בתרומה, שכן בידו להאכילו בתרומה, שהרי הוא כהן והכול חולקים לו תרומה ומכיוון שהבן סמוך על שולחנו בידו להאכילו. אולם, אין הוא מהימן להשיאו אישה ונותר ספק שמא ממזר או נתין הוא, שהרי הוא (אביו) קרוב שלו ופסול להעיד בעניינו, וגם אין לומר שהדבר בידו, שהרי "אין בידו להשיאו אישה".

תוספות שם ד"ה "הרי שאמר בני זה וכהן הוא" מסיק מו' החיבור 'וכהן הוא' כי האב מעיד שתי עדויות, שכן מדובר במקרה שלא ידוע לנו אם הוא בנו, והוא בא להעיד שהוא בנו. כמו כן הוא מעיד שהבן כהן ואינו בן גרושה. מקשה תוספות, אם מדובר במקרה שבו לא היה ידוע לנו שהוא בנו, מדוע שלא יהא נאמן גם להעיד שכשר הוא ליוחסין מכוח מיגו שיכול היה לומר שאינו בנו ואז בהעדר קרבה אליו הוא היה נאמן לגביו כעד? מתרץ תוספות כי אין להאמינו במיגו, שהרי מכוח המיגו הוא נאמן בדבריו שהוא בנו וממילא נמצא כי לפי טענתו שלו הוא קרוב - וקרוב פסול לעדות.

רבי עקיבא איגר בחידושיו שם אומר "בעניי איני מבין", שכן אם אדם מבקש שיאמינו לעדותו ניתן לומר לו כי "לפי עדותך שלך אינך נאמן להעיד" ואי אפשר לקבל עדות שלפי האמור בה העד לא כשיר להעיד וזו עדות שתוקפה נפרך מתוכה. אבל, במקרה דנא מבקשים לתת אמון בבעל דין מכוח מיגו, ואם כן "מה בכך שהוא קרוב, וכי קרוב אינו נאמן במיגו"?

על כך משיב הרב אלחנן וסרמן כי אינו נאמן במיגו, שכן "לדבריו קרוב הוא, אף שהיה יכול לומר שאינו בנו ואז היה נאמן בתורת עדות, אבל כיוון שבאמת קרוב

הוא ואין לו כוח עדות אלא שהיה יכול להטעות אותנו שנאמין לו שלא כדין, אין שייך לומר שיהא לו כוח הנאמנות מטענה האחרת, שהרי באמת גם בטענה האחרת אין לו כוח נאמנות כלל".

כלומר, אילו מיגו היה עניין של בירור היה אכן מקום להאמין לו, אבל אם זה כוח הטענה אין כוח לטענתו שהיה יכול להיות נאמן מדין עדות, שהרי הוא פסול לעדות. אדרבה, אנו מאמינים לטענתו שלו כי מדובר בבנו, ומשהאמנו לו אין לו אפשרות להעיד על הבן ואין לו נאמנות מדין עדות, שהרי הבן קרוב שלו. ממילא, גם אין לו כוח הטענה להעיד מדין מיגו, שהרי אין לתת כוח לטענתו מחמת מה שיכול היה להעלות מדין עדות - שעה שהוא פסול לעדות.

הסבר דברי הר"ן

בדומה לכך יבוארו דברי הר"ן בביאור הסוגיה במסכת קידושין (דף ס"ד עמ' א'). שם מצינו כדלהלן:

במשנה נאמר כי מי שאומר "קדשתי את בתי, קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה, והרי היא קטנה - נאמן; קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה, והרי היא גדולה - אינו נאמן. נשבית ופדיתיה, בין שהיא קטנה בין שהיא גדולה - אינו נאמן".

הגמרא שם תמהה מה ההבדל בין הרישא של המשנה שהאב נאמן לבין הסיפא שבה האב לא נאמן? הגמרא משיבה: רישא בידיה (כלומר, בידו לקדשה, שהרי היא קטנה ונמצאת ברשותו של האב לקדשה, שנאמר "את בתי נתתי לאיש הזה"), סיפא לאו בידיה (שהרי היא גדולה ואין בידו לקדשה, וכן לגבי מי שנשבית אין בידו לפסול אותה לכהונה). ולא? וכי אין ביד האב לפסול את בתו מכהונה והרי ביד האב לקדש את בתו קטנה לכהן שנולד מפסולי כהונה, כגון מגרושה, שהינו חלל ובכך הוא הופך את בתו שנישאה לו לפסולה לכהונה? הגמרא דנה בכך באריכות ולבסוף מסיקה שגזירת הכתוב היא שלגבי נישואין האמינה התורה לאב כי קידש את בתו ואילו לגבי שבי לא האמינה התורה לאב.

הר"ן על הרי"ף מסכת קידושין (דף כ"ז עמ' ב') תמה מדוע שלא נאמין לאב כשאמר כי בתו הייתה שבויה, במיגו שיכול היה לומר כי קידש אותה לפסול לה ובכך היה נאמן לפסול אותה מכהונה ומאכילת תרומה? הר"ן מתרץ שני תירוצים:

דבר זה מכונה "מיגו לחצי טענה", שהרי הטענה כי הבת שבויה גורמת לבת פסול בין לעניין אכילת תרומה ובין לעניין נישואין לכהן, שהרי בת כהן שנשבתה גם פסולה מן התרומה, ואילו כאשר הוא אומר גירשתיה הוא פוסל אותה רק להינשא לכהונה ולא לאכילת תרומה, שהרי בת כהן שהתגרשה שבה לבית אביה ורשאית לאכול בתרומה. ייתכן שיש לאב סיבה לטעון דווקא טענת שבי שיש בה פסילה מורחבת, ולא את הטענה המצומצמת שקידשה וגירשה. על כן בטענת השבי שהוא טוען, הכוללת נפקויות שאינן כלולות בטענת קדשתיה וגירשתיה, אין מיגו טוב.

מה שהאמינה התורה לאב כי קידש את בתו הוא חידוש, שהרי מן הדין לא היה האב ראוי להיות נאמן בהיותו עד אחד בלבד, והכלל הוא כי "אין דבר שבערווה פחות משניים". ממילא, חידוש התורה מתייחס רק למהימנות של האב באותה טענה עצמה אבל "אין אומרים מיגו", שכן "אין לנו בו אלא חידושו בלבד".

מקשה הרב אלחנן וסרמן ("קובץ שיעורים" חלק ב' סימן ג') "מה בכך שזה חידוש, מכל מקום, הרי יש לומר כי האב יהא נאמן מדין מיגו"? הרב וסרמן משיב כי תירוצו הראשון של הר"ן מתייחס למיגו מכוח מהימנות. ביחס לכך מבאר הר"ן שאין האב נאמן מכוח העובדה שלא בחר בטענה כי קידש את בתו לפסול, שהרי בטענה זו היה משיג רק פסול חלקי. ממילא יש לו סיבה טובה להעדיף דווקא את הטענה שבתו הייתה שבויה.

שמא תאמר כי המיגו יחול מכוח ההסבר השני, לפיו אדם נאמן מכוח טענות העומדות לו, ואשר בית הדין שוקל אותם אף אם הוא לא העלה אותן? במקרה דנא, אף אם אין מהימנות לאב בכך שלא בחר בטענה אחרת (שהרי יש לו סיבה לכך), הרי שעצם קיומה של טענה זו גורמת לבית הדין לקבל את עמדת האב? על כך משיב הר"ן כי טענת האב היא בגדר חידוש "ואין לך בו אלא חידושו". כלומר, התורה האמינה לאב באופן יוצא דופן רק כשהוא מעלה טענה של "את בתי נתתי לאיש הזה" אבל אין לחשוש לקידושין כשאינו אומר כך ולכן אין זו טענה העומדת לרשות האב כשהוא לא מעלה אותה. ממילא אין הוא נאמן אלא בטענה זו עצמה ולא בטענה אחרת מחמתה. נמצא כי שני התירוצים של הר"ן מכוונים כנגד שני דרכי ההילוך של דין מיגו.

ג. מיגו במקום שהטענה לא נוחה לטוען (מיגו דהעזה)

נוכח הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה נמצא, כי אם התובע אינו מביא ראיה הרי שהנתבע פטור. אולם, אם הנתבע מודה במקצת הטענה, הרי שהוא חייב שבועה על מה שלא הודה עליו. חיוב זה נלמד מהפסוק (שמות כ"ב, ח'): "אשר יאמר כי הוא זה עד האלהים יבא דבר שניהם". חז"ל דרשו כי הפסוק מתייחס למי שאמר "כי הוא זה", כלומר הנתבע אמר לתובע "אין לך בידי כי אם זה". מכאן דרשו חז"ל כי אם הודה במקצת הטענה מחייבים אותו שבועה.

מה טעם הדין? ביחס לכך מצינו במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' א') את דברי רבה: "מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע"? מבאר רש"י כי השאלה היא מדוע חייב המודה במקצת להישבע ואינו נאמן במיגו שיכול היה לכפור הכול בהעדר ראיה כנגדו? כעין זה ביארו תוספות שם שהשאלה בגמרא הייתה מדוע שלא יהא נאמן מכוח מיגו שהיה בידו לכפור בכל החוב, ואם גזירת הכתוב היא שלא סומכים על מיגו, הרי שנלמד מכאן לכל התורה כולה שמיגו אינו יוצר נאמנות? משיבה הגמרא כי "חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו". כלומר, לא תעמוד לצידו טענת מיגו שיכול היה לכפור בכל החוב, שכן הוא חש אי נעימות להחציף ולהעז פניו בבעל חובו ומשום כך הודה במקצת. מסוגיה זו עולה אפוא, כי לא חל הכלל של מיגו כאשר בעל הדין נמנע מלהעלות טענה שהיה חש אי נוחות רבה להעלותה[151].

הוא הבין במקרה של "מיגו לחצי טענה" כלומר, כאשר בטענת המיגו לא היה נאמן אלא על חלק מטענתו הנוכחית, כגון המחזיק בקרקע וטוען כי רכש אותה ואין לו עדים על שלוש שנות חזקה אלא על שנתיים. במקרה זה הקרקע חוזרת לבעליה והוא אף מחויב לשלם בגין הפירות שאכל במשך שנתיים. לכאורה, עומד לזכותו

---

151. בדומה לכך מצינו במסכת בבא בתרא דף ה' עמ' ב' כי אין אדם נאמן לומר פרעתיך בתוך זמן החוב, שכן חזקה ש"אין אדם פורע בתוך זמנו". שואל תוספות מדוע אינו נאמן לומר פרעתיך עתה, כלומר בתום זמן הפירעון? על כך משיב ר"י כי מדובר בתביעת פירעון שהועלתה ביום האחרון שלו והכלל הוא כי "לא חציף איניש למימר (אין אדם מעז לומר) פרעתיך היום. אבל רגיל הוא לומר פרעתיך אתמול ושכחת". הנה כי כן, אין לומר מיגו במקום שהטענה החילופית כרוכה באי נוחות ובהעזה מצד הנתבע.

מיגו שיכול היה לטעון כי קנה את הפירות שאז היה נפטר מתשלום דמי הפירות, שהרי לגבי הפירות הוא המוחזק והתובע הוא המוציא מחברו. אולם, אין מיגו כזה, שכן הוא לא רצה לטעון טענה מצומצמת לפיה קנה רק את הפירות מפני שהוא רוצה לזכות לא רק בפירות אלא גם בקרקע. ממילא, כל טענה שאין המיגו מועיל אלא למקצתה, אי אפשר לומר "מה לי לשקר" ולהניח כי אילו לא היה בטענתו אמת היה בוחר בחלופה זו, שהרי יש לו בהחלט עניין לשקר כדי לקבל גם את גוף הקרקע[152].

עיקרון דומה מצינו בסוגיה במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב'): שם נדון מקרה של אדם בשם רבא בר שרשום שנתן הלוואה לחברו, והותנה שהפירעון ייעשה בדרך של נטילת קרקע הלווה כמשכון ואכילת פירות הקרקע במשך מספר שנים עד לכיסוי החוב. בינתיים מת הלווה ורבא בר שרשום אמור היה להשיב בתום התקופה את הקרקע ליתומים. אולם, רבא בר שרשום המשיך להחזיק בקרקע, שכן לטענתו הייתה הלוואה נוספת שאביהם של היתומים נטל ממנו. אילו היה טוען ליתומים לקיומה של הלוואה נוספת היה נתקל בקושי לגבות מיתומים והיה מתחייב שבועה כדין מי שמנסה להיפרע מן היתומים. על כן טען כי הקרקע שלו, תוך הסתרת שטר המשכון. לא היו עדים שסתרו את דבריו ועל כן אמור היה רבא בר שרשום להיות נאמן בדבריו שהיתומים חייבים לו כסף, במיגו שיכול היה לטעון שהקרקע שלו. אביי השיב לו, כי אמנם אין עדים שהקרקע שייכת ליתומים, אך מכל מקום יצא קול בשוק שמדובר בקרקע של היתומים. ממילא אין כאן מיגו, שהרי לטעון נגד קול, יוצר אי נוחות לנתבע. מהותו של מיגו הוא בירור שהנתבע אומר אמת בטענתו הנוכחית, שהרי אם היה משקר, יכול היה לטעון טענה טובה יותר. אולם בשעה שהטענה האחרת (שאותה לא טען בפועל) הינה טענה שיוצרת אי נוחות לנתבע, הרי שאין בפנינו מיגו, שכן הנתבע אינו חפץ לטעון את הטענה האחרת מחמת אי נוחות, ולא מחמת שהוא דברן בטענות אמת.

---

152. ר' מאירי בבא בתרא דף ע"ו עמ' ב'; תוס' בבא בתרא דף ל"ה עמ' ב' ד"ה "אי" בתירוץ השני; רבינו יונה שם בתירוץ הראשון; תוס' כתובות דף ט' עמ' ב' ד"ה "לא". וראה בשו"ת מהרי"ט חלק א' סי' ל"ג בנוגע למקרה של דיון בין אלמנה ליורשים המבאר מדוע לא עומדת לאלמנה טענת מיגו ואחד מן הביאורים הוא שאין אומרים מיגו לחצי טענה. כמו כן ראה תומים כללי מיגו אות ל"א ואות קי"ט ונתיבות המשפט כללי מיגו אות י"א.

לנוכח האמור לעיל כי טענה שיש אי נעימות לטעון אותה אינה יוצרת נאמנות של מיגו אף במצב שבו אילו טען אותה בפועל היה מהימן, כתב הרא"ש בשו"ת (כלל ס"ו סימן ח'), **כי אדם המבקש לטעון טענה שאין עדים כשרים הסותרים אותה, אך יש עדים פסולים היודעים שטענה זו אינה אמת, אינה עולה כדי מיגו**[153]**. אכן אילו היה טוען טענה זו היה נאמן, שהרי עדים פסולים לא יכולים לסתור את דבריו. אבל, הוא טוען טענה אחרת שלא נוח לו להעיז פניו ולהעלות טענה שיש מי שיודעים כי אינה אמת**[154]**.**

---

153. ה"תומים" כללי מיגו (אחרי סימן פ"ב) סימן י"ח טוען כי דברי הרא"ש שם עוסקים בעדים קרובים, ולא בעדים פסולים. ביחס לעדים קרובים מצינו בגמרא במסכת בבא בתרא דף קנ"ט עמ' א' כי אין הנחה שהם משקרים אלא זוהי "גזירת מלך" (הקב"ה), שאפילו משה ואהרן אינם יכולים לשמש כעדים למי שהוא קרוב שלהם. ממילא ניתן היה לומר, כי כיוון שכל הבריות מניחים כי דבריהם אמת, ממילא אין לו כלל מהימנות מכוח מיגו שהרי לא היה רוצה לטעון טענה המכחישה את דברי העדים, שהרי הכול יאמרו כי שקר בפיו ושאין העדים הללו משקרים. ממילא אין זה נכון לומר כי יש עדים נגד טענת המיגו שהרי העדים שיש כאן הם עדים פסולים - אלא שזה לא מיגו כי לא היה רוצה לטעון כנגדם. אבל אין בדברי הרא"ש ראיה ביחס למקרה של מיגו כנגד עדים פסולים מחמת עבירה או מחמת ממון שאז הם נפסלים מחמת חשש שקר או החטא, כי שם ניתן לומר כי המיגו יועיל, כי אינו חושש לטעון ולהכחישם כי אדרבה "יתלו הקלקלה במקולקלים שהם העדים הפסולים". ור' שם "כן מצאתי בתשובת פני משה ח"ב סי' ק"ה". עם זאת, ה"תומים" מציין כי יש מדברי הרא"ה על כתובות דף כ"ב ע"ב כי שיטת הרא"ש אמורה גם כאשר המיגו ניצב נגד עדים פסולים.

154. דברי הרא"ש התייחסו למקרה שבו ראובן הרוויח משמעון אלף זהובים במשחק ומלבד זאת עשה שמעון לראובן שטר עליו באלף זהובים והקנה לו בעדים. עדי הקניין היו פסולים. כשהוציא ראובן את השטר אמר לו שמעון כי השטר פסול (זו טענה כנגד עדים שאדם לא יכול להעלותה). אמר לו ראובן הישבע לי שלא הקנית לי, שכן אם יש קניין הוא חייב לשלם לו אף שאין עדים. ענה לו הנתבע שאכן היה קניין אבל הדבר נעשה בצחוק כדי להתל בו. טענה זו כשלעצמה לא ניתן להעלות, שכן אדם אינו יכול להודות שהיה קניין ולטעון שהיה בצחוק. אבל, הנתבע דנא מבקש להיות נאמן במיגו שיכול היה לטעון שלא עשה קניין כלל ובאותה טענה היה נאמן שכן מי שידע שהיה קניין הם עדים פסולים ונגד דבריהם הנתבע נאמן. אודות מקרה זה הבהיר הרא"ש כי הנתבע אינו נאמן, שכן הטענה שהקניין נעשה בצחוק כשלעצמה אינה מתקבלת, והמיגו שיכול היה לטעון שלא היה קניין, אינו תקף שכן לנתבע הייתה אי נעימות להעלות טענה זו שעדים פסולים יודעים שאינה אמת.

הרב יהונתן אייבשיץ ב"אורים ותומים" בסימן י"ח (כללי מיגו, אחרי סימן פ"ב) מביא ראיה מרהיבה לפסקו של הרא"ש שלא אומרים מיגו נגד עדים פסולים, שכן הדבר דומה למיגו דהעזה. הראיה היא כדלהלן:

במשנה מסכת עדויות פרק ח' משנה ב' מצינו: "העיד רבי יוסי הכהן ורבי זכריה בן הקצב על תינוקת שנשבתה בין הגויים והרחיקוה בני משפחתה ופסלוה לכהונה, כדין מי שנבעלה לפסול. באו עדיה והעידו שאמנם נשבתה אבל לא נסתרה ולא נטמאה. אמרו החכמים לבני משפחתה: אם מאמינים אתם לעדים שנשבתה האמינו שלא נסתרה ושלא נטמאה, ואם אין אתם מאמינים שלא נסתרה ושלא נטמאה אל תאמינו שנשבתה.

שואל תוספות יום טוב שם, אם יש עדים שלא נבעלה לפסול, איך סברו בני המשפחה לומר שיש לפסלה? ותשובתו היא על פי שיטת הראב"ד, כי העדים דנא היו פסולים, כגון עבד ושפחה שהעידו.

שואל ה"תומים" ממה נפשך:

אם היו עדים כשרים שנשבתה מה פשר השאלה ששאלו חכמים: "אם אתם מאמינים שנשבתה האמינו שלא נבעלה", הרי אם יש עדים כשרים בדבר, אין לנו שיקול דעת, והדין מחייב להאמין לעדים ולקבל את עדותם;

אם אין עדים כשרים שנשבתה, איך יכולים עדים פסולים להעיד מלכתחילה כי האישה התייחדה עם גויים לפוסלה, הרי צריך עדים כשרים כדי לפוסלה!

ואין לומר כי יצא "קול" בעלמא שהתינוקת נשבתה, שהרי הדין הוא (כמבואר במסכת כתובות דף כ"ו עמ' א') ש"אין ערעור פחות משניים".

מן ההכרח אפוא לבאר את המשנה כי התינוקת בעצמה הודתה שנשבתה אך אמרה: "נשביתי וטהורה אני". במקרה זה יש לה מיגו שלא נטמאה, שהרי יכלה לומר לא נשביתי. אם כן, איזה צורך יש באמירת עדים פסולים שהיא נשבתה ולא נטמאה, הרי היא עצמה נאמנת על כך? אין זאת אלא שאין לה מיגו שלא נשבתה כיוון שהעדים הפסולים מעידים שנשבתה, ומכל מקום טיהרוה חכמים מחמת הטעם הנזכר במשנה כי העדים עצמם הודו שלא נטמאה.

שואל ה"תומים" מדוע התינוקת אינה נאמנת לומר טהורה אני במיגו שלא נשביתי, הרי אין עדים כשרים שהיא נשבתה, ונמצא שאין נגד המיגו שלה אלא עדים

פסולים (עבד ושפחה) אם כן מדוע אינה נאמנת? אין זאת אלא שאין אנו אומרים מיגו במקום עדים פסולים, כפי שנוקט הרא"ש[155].

הנה כי כן, מדברי הרא"ש עולה כי אין נאמנות מכוח מיגו כשהטענה החילופית שניתן היה להעלות נסתרת מדברי עדים, אף אם הם עדים פסולים, מכיוון שאדם חש אי נוחות מכך שטענתו עומדת בסתירה לדברי עדים אלה.

ודוק, אם מיגו נובע מדין נאמנות, מובן מדוע אין לומר מיגו כאשר הטענה הטובה יותר כרוכה בהעזה ובאי נוחות. אולם, אם מיגו נובע מדין "כוח הטענה" מדוע לא עומדת טענת מיגו למי שטענתו החילופית כרוכה בהעזה? הן סוף סוף טענה זו הייתה קיימת ועמדה לצידו?

נראה כי טענה שאין אדם חפץ לטעון אותה מפאת אי נעימות, כמוה כטענה שאין בידו להעלותה, וממילא אין זו טענה שעומדת לצידו ואין היא נותנת כוח לטעון טענה אחרת. ואכן, נראה שיש ראיה לדברים מדבריו של רבי עקיבא איגר כפי שיפורטו להלן.

הכלל הוא שבית הדין טוען עבור יתומים או לקוחות כל טענה שאביהם או המוכר שהם באו מכוחו יכול היה לטעון. בתוספות (גיטין דף ב' עמ' א' ד"ה "ואם יש עליו עוררין יתקיים בחותמיו")**, דנים האם מי שתובע כסף מיתומים או מלקוחות, בית הדין טוענים נגדו טענה שהשטר מזויף למרות שסתם שטר הוא בחזקת כשר. תוספות מצדד כי**

---

155. יושם אל לב כי לכאורה ניתן היה להשיב על ראיה זו, שלעולם דברי התינוקת שהיא קטנה לא נחשבים כ'הודאה' ואין בהם ממש מבחינה ראייתית, והידיעה היחידה של קרובי התינוקת כי היא נשבתה נובעת מכך שבני משפחה ראו להאמין לפסולים, ואדם רשאי לאסור על עצמו כל דבר כחתיכה של איסור ("שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא") כמבואר בש"ך על יורה דעה סימן קכ"ז ס"ק כ'. וממילא על כך אמרו להם חכמים: "אם אתם מאמינים לעדים שנשבתה תאמינו להם גם שלא נטמאה". ברם, שנראה כי צדקו דברי התומים משתי סיבות: א. "שויא אנפשיה" פירושו שאדם אוסר משהו על נפשו שלו. אבל, כאן בני המשפחה ריחקו אותה מהכהונה להינשא לאחרים, ולא אסרו את עצמם. ב. אם הם מאמינים לעדים כי נשבתה ולא מאמינים להם שלא נטמאה ומחמירים על עצמם, מה פשר דברי חכמים אליהם: "אם אתם מאמינים לעדים בדבר אחד תאמינו להם גם בדבר השני". הן בהחלט אפשר להאמין בדבר אחד ולא להאמין בדבר אחר שהוא פחות מסתבר (כמו עדות שלא נסתרה, שכדי לדעת דבר כזה צריך שלא תזוז ידם מידה בכל רגע).

אכן בית הדין מעלים טענה כזו שאם לא כן תיווצר תקלה, שכן כל אדם יוכל לכתוב שטר מלווה ולהחתים עדי שקר ולגבות מיתומים ומלקוחות שאינם יודעים אם הייתה הלוואה ואינם יכולים לברר את הדבר. ברם, תוספות דוחה ראיה זו, שכן אף אם נאמר שבית הדין אינם טוענים "מזויף" יש בידם להשיב על התביעה ע"י טענת "פרוע", כשם שהנתבע עצמו - אילו היה לפנינו - היה נאמן לטעון "פרוע" במיגו שיכול היה לטעון מזויף. מקשה רבי עקיבא איגר [הו"ד בספר "כתב וחותם"] הן טענת מזויף ניתן לטעון רק כשאין עדים המקיימים את השטר. בהעדר עדי קיום ניתן לטעון לא רק טענת מזויף אלא גם טענת פרוע מכוח מיגו שיכול היה לטעון כי השטר מזויף. מה הנפקות אפוא בשאלת תוספות האם בית הדין טוענים טענת מזויף ליתומים, שעה שבכל מקרה ניתן להגיע לאותה תוצאה מכוח טענת פרוע במיגו של מזויף. רבי עקיבא איגר משיב על כך כי יש נפקות במקרה שיהיו עדים פסולים שיטענו כי הם מכירים את החתימות שבשטר. בהתאם לדברי הרא"ש נמצא שאי אפשר לטעון במקרה דנא פרוע במיגו דמזויף שכן זהו "מיגו דהעזה" שהרי יש עדים פסולים שהשטר אינו מזויף. אכן אם אביהם היה טוען מזויף הוא היה נאמן, שהרי אין עדים כשרים המכחישים את דבריו. נמצא כי אם בית הדין יכולים לטעון מזויף, הרי שיוכלו לטעון כך ליתומים גם כאשר עדים פסולים מעידים שהשטר אינו מזויף. אולם אם בית הדין אינם יכולים לטעון מזויף, אלא רק טענת פרוע, הרי שבמקרה דנא בית הדין לא יוכלו לטעון מאומה עבור היתומים, שכן במקום שיש עדים פסולים שהשטר אינו מזויף, הרי שגם אביהם לא היה נאמן לטעון פרוע.

ודוק, כשאנו עוסקים בבית דין הטוען ליתומים ולקוחות טענות שיכול היה אביהם או המוכר לטעון, אין אנו עוסקים בנאמנות בית הדין, שהרי בית הדין אינם חשודים לשקר, וגם הם אינם טוענים מידיעה אלא מעלים טענה שאולי היה טוען אביהם שמא השטר פרוע. טענה זו אינה מועלית על ידו בפועל, ולכן אין צורך לברר את נאמנותו. כל מהותו של מוסד ה'טענינן' בהעלאת טענה שאביהם היה נאמן לטעון אותה במיגו, הוא מטעם "כוח הטענה" לפיו יש לבית דין כוח להעלות טענת פרוע נגד השטר באותה מידה שיכול היה בעל הדין המקורי לטעון מזויף. גם ביחס למיגו זה טען רבי עקיבא איגר כי אי אפשר היה להעלותו במקום של עדים פסולים מכיוון שזהו מיגו דהעזה. מכאן עולה אפוא כי אף כשעסקינן במיגו כגורם המעצים את כוח הטענה של התובע אי אפשר להסתמך עליו כאשר יש בו מידה של העזה.

ד. מיגו לאדם שניסה להוציא באמצעות שטר מזויף

בשלהי הפרק הקודם ראינו את שיטת הרמב"ן הסובר כי טענת מיגו עומדת לאדם גם כשהוא מבקש להוציא מכוחה מידי המוחזק ("מיגו להוציא"). שיטה זו לא מתיישבת לכאורה עם הסוגיה במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב' המובאת לעיל), בדבר אדם שטען כי חברו יושב בקרקע שאינה שלו. המחזיק השיב לו: קניתי קרקע זו ממך והנה בפנינו השטר שעליו חתומים עדים. ענה לו התובע: שטר זה מזויף הוא. למשמע טענה זו השיב המוחזק, בלחישה, לרבה שדן בעניין: אכן, השטר מזויף הוא. אולם, שטר מעולה היה לי ואבד, על כן אמרתי לעצמי: אחזיק בקרקע מכוח שטר מזויף זה. רבה סבר כי יש לקבל את דבריו. רב יוסף אמר, כי כל עוד שאין בפנינו שטר קניין אמיתי עומדת הקרקע בחזקת בעליה הראשון. על מי יש לסמוך אפוא כדי להוציא את הקרקע מידיו? הן השטר שבפנינו הוא "חספא בעלמא" שכן המוחזק עצמו הודה ששטר זה מזויף.

ביחס לכך שאל תוספות שם, מדוע שלא יהא המוחזק נאמן בטענתו שהיה לו שטר אמיתי ואבד, מכוח "מיגו" שיכול היה להישאר בטענתו שהשטר שבפנינו תקין? הן לכאורה אין לומר שהוא מנסה לזכות בקרקע מכוח "חספא בעלמא" ולא מכוח שטר אמיתי, שכן הוא טוען שהיה לו שטר אמיתי אלא שאין בידו להציגו, וטענת המיגו מועילה להאמין לו חלף הצגת השטר, ומכוח המיגו כמוהו כמי שמחזיק בשטר אמת.

על שאלה זו השיב תוספות כי מיגו להוציא לא אמרינן, וממילא מכיוון שהוא מבקש להוציא מידי מוחזק אין מיגו מועיל להאמין לו שהיה בידו שטר טוב, והוא נותר עם השטר המזויף שהוא "חספא בעלמא".

אולם, לשיטת הרמב"ן הסובר שאומרים "מיגו להוציא", חוזרת קושיה זו למקומה, מדוע שלא יהא התובע מהימן להוציא מידי המוחזק מכוח טענתו שהיה לו שטר אמיתי, שלגביו יהיה נאמן מכוח מיגו שיכול היה לטעון כי השטר שבידו אינו מזויף?[156]

---

156. הרמב"ן שם מתרץ קושי זה מכוח ביאורו לסוגיה כי מדובר היה בשטר שאינו מקוים, כלומר שעדיין לא באו בפנינו עדים המזהים את חתימת העדים שבשטר. במקרה זה אין בפנינו שטר בר תוקף וממילא מי שטוען כי השטר מזויף זוכה בדין. אלא,

הרשב"ם שם מבאר כי התובע אינו יכול להוציא את הממון בטענת מיגו, שכן התובע עצמו מודה כי השטר שבידו אינו אלא חספא בעלמא "וכיוון שהודה הודה". כלומר, מכיוון שהודאת בעל דין כמאה עדים שהשטר שבפנינו מזויף הרי שלא יכולה לקום שוב טענת מיגו. ברם, שהסבר זה תמוה, שהרי טענת המיגו לא באה לסייע לתובע להוציא את הקרקע מהמוחזק באמצעות השטר המזויף שבידו, אלא להוות הוכחה כי היה לו שטר אמיתי, שבאמצעותו הוא רוצה להוציא מידי המוחזק. כך שואל הריטב"א: "קשיא להו לכולהו רבנן ז"ל (לכל הראשונים) דהא רבה (בבואו להוציא את הממון מהתובע) לא סמך אהאי שטרא (שהוא חספא)

שהנתבע טען שאמנם הוא מודה שהשטר מזויף אבל זיופו טוב כל כך, עד שהוא יכול להביא עדים שהיו מקיימים את השטר בלא לחוש בזיופו. ביחס לכך אמר רבה כי יש לאפשר לתובע להביא עדים שיקיימו את השטר, שהרי יכול היה לשתוק ולא לספר שהשטר מזויף הוא. על כך השיב לו רב יוסף כי לא יאפשרו לתובע לקיים את השטר, שהרי הודה כי שטר זה הוא "חספא בעלמא" וכיצד ייזקק בית דין לקיום שטר שידוע לנו שהוא מזויף. מכיוון שהשטר לא יתקיים בבית הדין, שוב עומדת על כנה טענת הנתבע כי השטר מזויף, שכן כך הוא הדין בכל מקום שכלפי שטר שאינו מקוים ניתן לטעון כי הוא מזויף.

דברים אלו ניתן להבין בשני אופנים: או שכוונת הרמב"ן היא שבי"ד לא נותנים לתובע "לשחק" ולעשות הצגת קיום שטר מכוח עדים שידוע לבית דין זה עצמו מפי התובע עצמו כי טועים הם, או שאין תוקף לעדות ולא יחול שֵם קיום על עדות ש"מאשרת" שטר מזויף וממילא גם אם היה התובע מצליח להביא עדי קיום, בפועל השטר לא היה נחשב כמקוים, וכיון שאין בפנינו שטר מקוים אי אפשר להוציא ממון. נפקות בין שני ההסברים תהא במקום שבו התובע פנה לקיים את השטר בבי"ד אחר שבפניו לא הודה התובע שהשטר מזויף. לפי ההסבר הראשון זו עדות, אך לפי ההסבר השני לא חל שם קיום שטר גם על עדות זו.

לכאורה יש להקשות על הרמב"ן, הן התובע אינו רוצה לגבות באמצעות השטר שבפנינו (שאינו מקוים), אלא רוצה להיות נאמן שהיה לו שטר אחר מכוח מיגו? אולם, לפי הסברו של הרמב"ן התשובה לכך פשוטה היא, שכן אילו היה בידו שטר שעל פניו הינו כשר, ניתן לתת תוקף גם לטענה כי שטר אחר היה בידו ואבד, אבל אם השטר שבידו אינו מקוים, יימצא כי גם אם ניתן תוקף לטענתו כי יש לו שטר אחר **שכזה** שאינו מזויף, הרי שגם אז הוא נאמן כי היה לו שטר אחר - שאינו מקוים. הטענה שהיה בידו שטר אחר יכולה להתקבל לפי רמת השטר שבידו כעת, ומכיוון ששטרו הנוכחי אינו מקוים הרי שגם העדות על השטר האחר הינה לשטר שאינו מקוים וממילא נעדר תוקף ואין אפשרות להוציא ממון מכוחו.

אלא אשטרא מעליא דהווה ליה, שהוא נאמן דאירכיס ליה (שאבד לו) במיגו (וע"י נאמנות הרי השטר כמו בפנינו)".

לכאורה אפשר היה לומר כי כוונת הרשב"ם היא, שכבר הוכח כי התובע דנא ניסה להוציא קרקע מכוח שטר מזויף, ולפי הודאת בעל הדין שלו עצמו הוא שיקר כשבא לבית הדין וטען מכוח שטר שהוא חספא בעלמא. ואם כן לא ניתן להאמין לשקרן זה מכוח טענת מיגו. כלומר, טענת מיגו פירושה כי "אילו הייתי שקרן הייתי מעלה טענה אחרת". ברם, שתובע זה כבר ניסה להעלות טענה אחרת שבשקר יסודה. התובע אמנם יכול היה להמשיך ולשקר ולא עשה כן, אבל לא ניתן לתת נאמנות לאדם שמהימנותו מעורערת ושהוכח כי כבר ניסה להוציא ממון מכוח טענת שקר.

אולם, לא נראה שזו כוונת הרשב"ם, שכן הרשב"ם הקשה שם, שגם בשאר המקרים שבהם מועלית טענת מיגו, יש הודאה שהטענה שאותה יכול היה לטעון אינה אמת ובכל זאת יש דין מיגו. כך למשל, כאשר בעל דין טוען "פרוע" במיגו שיכול היה לטעון "מזויף", הרי שבטענו פרוע הוא מודה שהשטר אינו מזויף[157]. משְׁאֵלה זו עולה, שהמקרה דנא אינו שונה משאר המקרים של טענת מיגו, וזאת על אף שכאן הוכח כי כבר שיקר ואין עוד להאמין לדבריו. עצם העובדה שיכול היה להמשיך ולהחזיק בשקרו ולא עשה כן מלמדת כי כעת אמת בפיו ושטר אמיתי היה בידו ואבד. אם כן, חוזרת ונשאלת השאלה, מדוע אין התובע נאמן מכוח מיגו בטענתו כי היה לו שטר טוב שנאבד, ושימוש בשטר טוב זה כדי להוציא מהמוחזק?

ה"נימוקי יוסף" ביאר את דברי הרשב"ם וכתב: "כיוון שהודה ממש בפניו". כלומר, במיגו רגיל, כגון פרוע במיגו דמזויף[158], האדם שטען "פרוע" לא ביטל בפיו בפירוש את טענת המזויף (שאותה לא טען), והעובדה שהשטר אינו מזויף נודעת לנו מאליה מתוך ניתוח של טענת 'פרוע', שכן ברור מאליו שאדם לא פרע שטר שהוא מזויף. במקרה זה איננו יכולים לשלול את כוח טענת הפרוע בעקבות הידיעה

---

157. הרשב"ם מיישב קושי זה בכך שבמקרה דנא לפני המיגו הוא הציג שטר מזויף וכל יצירת כוחו ונאמנותו הם מכוח השטר שהוא מודה כי הוא מזויף, שבאמצעותו לא ניתן להוציא קרקע מהמוחזק.

158. אדם אינו יכול לטעון פרוע נגד שטר, כיון שזוהי כל מטרת השטר ומהותו, שהתובע יוכיח באמצעותו שהחוב קיים. אולם כאשר השטר אינו מקוים וניתן לטעון שהוא מזויף, יכול הנתבע לטעון שהוא פרוע, במיגו שהיה יכול לטעון שהוא מזויף.

שהשטר אינו מזויף, שהרי גוף הדבר שהשטר אינו מזויף נודע לנו מתוך טענת "פרוע" עצמה. אדרבה, טענת 'פרוע' מתחזקת מכוח טענת 'מזויף' שלא נשללה בפירוש ע"י התובע. אולם במקרה דנא התובע עצמו הודה בפיו שהשטר מזויף, במנותק ובטרם שהעמיד בפנינו את הטענה שהיה לו שטר אחר. "כיוון שהודה ממש בפניו" אין לתת תוקף לדבריו מכוח טענה אחרת שלו, שהרי זו אינה קיימת, עוד קודם שהועלתה הטענה שאותה כן העלה. נמצא כי יש הבחנה בין מקרה שבו הטענה שהועלתה וזו שנזנחה שלובות זו בזו ונובעות זו מזו, לבין מקרה שבו יש הודאת בעל דין השוללת טענה אחת, עוד קודם שהטענה השנייה הועלתה, ובלא שיש קשר סיבתי בין שתי הטענות. במקרה האחרון אין לתת כל כוח ותוקף לטענה שנטענה, מכוח טענה אחרת הכרוכה בה ואשר לא נטענה, שהרי אין כוח לטענה שאינה קיימת.

הסבר זה מבוסס על הרעיון לפיו מיגו מבטא את "כוח הטענה" ולא "נאמנות". כלומר בית הדין מביט אל מעבר לטענה שנטענה בפועל, ומתייחס לטענה שאותה יכול היה בעל הדין להעלות ואשר מכוח אותה טענה בית הדין אמורים היו לתת כוח ותוקף לטענתו בבואם להכריע את הדין. במקרה של הודאה כי השטר מזויף, אי אפשר לומר כי מכיוון שהתובע יכול היה שלא להודות בזיוף, יפעלו בית הדין מכוח טענה חילופית זו, שהרי טענה זאת אינה עומדת עוד לתובע אחרי שהודה בפירוש כי בשטר זה אין ממש. לא כן במקרה שהתובע לא הודה בפירוש כגון שאמר פרוע ולא אמר בפיו שהשטר אינו מזויף. שם העובדה שהשטר אינו מזויף נודעת לבית הדין רק מתוך טענת הפרוע עצמה, וכפועל יוצא מן התוקף הניתן לה. במקרה זה יש כוח לטענת הפרוע כפי מה שהיה יכול לזכות בטענה של מזויף[159].

159. ור' מה שכתב הריטב"א: "ויש מפרשים דרב יוסף סבר דכיוון שנתברר לנו שאותה טענה שהיה יכול לטעון היא שקר גמור, כגון זו שנתברר לנו שהשטר מזויף ושקר, **אין לנו לבנות עליו מיגו,** שלא אמרינן מיגו אלא כשהיא טענה שאינה מבוררת שנאמינו בה מתוך טענה אחרת שהיה יכול לטעון ולא נתברר בה שום שקר. ורבה סבר דאפילו בהא אמרינן מיגו, והפירוש הזה נכון מכולם, והכי קאמר אמאי קא סמכת לעשות מיגו להאמינו במה שאמר ששטר היה לו ואבד, אהאי שטרא זייפא והאי שטרא נתברר שהוא שקר ופסול, ונבנה עליו מיגו?"

אולם, אם מיגו פועל בדרך של בירור, הרי שההבחנה האמורה אינה תקפה, ואין נפקות האם הטענה החילופית שלא הועלתה נשללה מכוח הודאה עצמאית, או שהיא נלמדת מכללא מכוח גוף הטענה שהועלתה, שהרי בשני המקרים אי העלאת טענה אחרת טובה יותר מוסיפה לנאמנותו של בעל הדין.

הסבר נוסף העלה הרב אלחנן וסרמן, ב"קובץ שיעורים" (חלק ב' סימן ג' אות י"ב) כי מיגו יכול להיות בין שתי טענות, אך לא בין שתי ראיות. כלומר, אדם שהעלה טענה יכול לזכות בה אם היא מחוזקת מכוח טענה אחרת שיכול היה לטעון. אבל, אם אדם טוען כל העת את אותה טענה (קניתי שדה זו ממך) ואין לו טענה אחרת טובה יותר. הוא רק טוען כי הראיה שהביא פחות טובה מראיה אחרת שיכול היה להביא, הרי שעל זה אין מיגו, כי בית הדין יכולים להתחשב בטענה שבעל דין יכול היה להעלות ולא העלה, אך אין בידם להכריע מכוח ראיה שניתן היה להביא ולא הובאה. כך למשל ברור כי אם אדם מביא עדי שקר הוא לא יוכל להיאמן בטענה שיכול היה להביא עדי אמת. מיגו מועיל רק לטענות ובמקרה זה אין טענה אחרת שיכול היה להעלות. ממילא, אם בעל דין הביא עדים (בשטר) והעדים לא קיימים (השטר מזויף) אין לו מכוח מה לזכות, ואין אפשרות לומר כי ניתן תוקף לדבריו הואיל והוא הביא ראיה לא טובה למרות שיכול היה להביא ראיה אחרת, שכן לכך לא מועיל מיגו.

לכן, כשאדם מודה כי השטר שבידו מזויף אך טוען שהיה לו שטר אחר, הרי שמבחינת טענתו לא חל כל שוני ומבחינת דיני הראיות לא מועיל מיגו ו"אי אפשר לתת לו כוח הנאמנות של הטענה האחרת שהיה יכול לטעון היינו כוח עדים כיוון דבאמת אין לו עדים כלל".

ודוק היטב, אילו מיגו היה עניין של נאמנות היה המיגו מועיל אף במקרה של אדם שיכול היה להביא ראיה טובה ולא הביאה, אבל אם מיגו הוא עניין של כוח טענה, הניצבת לימינו לחזק טענה שהעלה, הרי שמובן כי כשיש כל העת רק טענה אחת אפשרית או שכלל לא העלה טענה אלא הביא ראיה בלי לטעון דבר, אין מה שייתן כוח לטענתו. העובדה שיכול היה להביא עדים ולא הביאם, אינה נותנת כוח ותוקף לדבריו, שהרי זו ראיה שלא הביאה.

לא ניתן ליצור נאמנות ע"י זיוף

בגמרא במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב') שהבאנו לעיל ראינו כי רב יוסף סבר שהשטר הוא חספא בעלמא, אך רבה סבר כי יש לזכות את התובע בטענתו כי שטר מעולה היה לו ואבד. מכאן עולה לכאורה כי רבה סבר שאומרים מיגו להוציא מידי מוחזק. תוספות במסכת בבא מציעא (דף ב' עמ' א' ד"ה "וזה") מבאר כי רבה חולק רק מכיוון שבמקרה זה התובע לא היה צריך להעלות טענה אחרת ודי היה לו לשתוק ("אי בעי שתיק"), כדי שהשטר שבפנינו יוציא מידי המוחזק, שכן "החתימה הייתה ניכרת לעומדים שם". נשאלת השאלה: מדוע מיגו של "אי בעי שתיק" חזק יותר ממיגו שיכול היה לטעון טענה אחרת? אם מיגו הוא עניין של נאמנות הדבר מובן, שכן לעיתים יש להפריך את המיגו ולומר כי התובע לא העלה טענה אחרת טובה יותר רק מכיוון שהוא לא חשב על כך ולא התעשת[160]. אך במקום שבו היה יכול בעל הדין פשוט לשתוק, לא עומדת לו סברה זו לרועץ. ברם, אם מיגו הוא "כוח הטענה" קשה להבין הבחנה בין מיגו שיכול היה להעלות טענה אחרת, לבין מיגו שאי בעי שתיק, וכיוון שבסופו של דבר מדובר במיגו, הרי מיגו להוציא לא אמרינן?

ברם, רבינו יונה במסכת בבא בתרא שם, מבאר כי במקום שבו התובע יכול היה לשתוק ולזכות בחפץ הרי שנחשב הדבר שהוא כבר המוחזק בחפץ זה, וממילא סברת רבה היא שדבר זה נחשב למיגו להחזיק ולא מיגו להוציא. כלומר רבה לא סבר שמועיל מיגו להוציא ממוחזק אלא סבר שמיגו שכזה נחשב למיגו להחזיק, שהרי די לו בהחזקתו ובשתיקתו כדי להחזיק בחפץ. לפי הסבר זה ניתן להבין את שיטת רב יוסף האומר שאין כאן מיגו כי השטר מזויף באופן הבא:

עיקרו של מיגו הוא כאשר יש אפשרות לנתבע לטעון טענה אחרת שהיה זוכה בה או שיכול היה לשתוק ולזכות בדין, אבל במקרה זה לא הייתה טענה טובה לנתבע

---

160. בחידושי העילוי ממייצ'יט סימן נ"א כתב שלא אומרים מיגו להוציא שכן מיגו אינו בירור גמור, שכן מאחר שייתכן שאדם יודע שיכול להיות נאמן מכוח מיגו, שוב ייתכן ששקרן הוא, והטעם לכך שלא טען טענה שהיה זוכה בה, נעוצה בכך שהוא יודע שיהא נאמן גם בטענת המיגו, ועל כן נחשב הדבר רק לספק ואי אפשר מכוחו להוציא ממון. וראה גם חידושי רבי ראובן (גרוזובסקי) כתובות סימן ט"ז אות ב' וחידושי ר' נחום (פרצוביץ) אות קנ"ה.

ואילו היה שותק היה מפסיד את השדה, אלא שהוא המציא ויצר על ידי זיוף טענה חדשה שלא הייתה לו ועל ידי כך רוצה לזכות, ובזה לא אמרינן מיגו. טעם זה בוודאי נכון להסבר שמיגו הוא שימוש ב'כוח הטענה' שהיה לנתבע, וכאן ידוע שלא היה לו כוח כזה. טעם זה נכון גם לפי ההסבר שמיגו יוצר נאמנות ורב יוסף סובר שלא ניתן 'להמציא' את הנאמנות, ובוודאי שלא על ידי זיוף.

ה. טוען וחוזר וטוען

עמדנו עד כה על פשר הסוגיה במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב'), בדבר אדם שהחזיק בקרקע וטען כי רכש אותה מחברו תוך שהוא מציג שטר. הוא הודה כי זהו שטר מזויף אך טען שהיה בידו שטר מקורי שאבד. ראינו לעיל, כי תוספות שאל, מדוע שלא יהא המוחזק נאמן בטענתו שהיה לו שטר אמיתי ואבד, מכוח "מיגו" שיכול היה לטעון שהשטר שבפנינו תקין? עמדנו לעיל על תשובה אחת בתוספות כי מיגו להוציא לא אמרינן. תוספות שם מביא תשובה נוספת, לפיה הוא אינו נאמן, שכן הוא נחשב ל"טוען וחוזר וטוען", כלומר הנתבע חוזר בו מטענתו הראשונה, ומבקש להיות נאמן בטענה חדשה, ועל כך אינו נאמן. תוספות מנמק כי הוא "חוזר וטוען", שהרי מעיקרא טען כי השטר שהציג בפני בית הדין הוא שטר אמיתי, ועתה הוא חוזר בו ומודה ששטר זה הוא חספא בעלמא, אלא שהיה לו שטר אחר שאבד. הכלל הוא אפוא כי אדם לא נאמן להיות "חוזר וטוען" גם אם יש לו מיגו התומך בטענתו.

מקור הדין שאין אדם נאמן להיות "טוען וחוזר וטוען" מצוי במסכת בבא בתרא (דף ל"א עמ' א') שהובאה לעיל אודות מי שאמר על נכס שהוא "של אבותיו" ואף הביא עדים על כך שהנכס היה של אבותיו. הצד שכנגדו טען שהנכס היה שייך לאבותיו שלו ואף הביא עדים שאכל מן השדה שנות חזקה. הגמרא פסקה כי הראשון זכה בנכס, שכן טענת השני הוכחשה ע"י העדים. אכן השני הביא עדים שהוא אכל שנות חזקה, אך טענתו שהנכס היה של אבותיו הוכחשה ע"י העדים של הראשון. לאחר שנפסק הדין לטובת הראשון, חזר השני וטען כי אכן השדה הייתה של אבותיך אולם גם העדים שהבאתי אני, אמרו אמת, וישבתי בשדה שנות חזקה כדין, מכיוון שקניתי את השדה מאבותיך. כלומר, מה שאמרתי מתחילה שהשדה הייתה של אבותיי, כוונתי הייתה בדרך הפרזה, שכן השדה הייתה מוחזקת בעיניי כשלי בצורה ברורה כאילו הייתה זו שדה שירשתי מאבותיי. הגמרא דנה האם במצב כזה "טוען

וחוזר וטוען, או אין טוען וחוזר וטוען?" עולא אמר: טוען וחוזר וטוען, נהרדעי אמרו: אינו טוען וחוזר וטוען.

על פי סוגיה זו ביארו תוספות לגבי מי שהביא תחילה שטר מזויף, כי רב יוסף סבר כדעת "נהרדעי", ולכן סבר שאין בעל השטר יכול לזכות בדינו בטענה שונה מהטענה שהציג בתחילה.

בתוספות מבואר כי אין אדם יכול להיות "חוזר וטוען" גם כשמיגו מסייע לטענתו השנייה. ודוק, במקרה של "נהרדעי" לא היה מיגו לאדם שבא לחזור ולטעון, שהרי טענתו הראשונה כבר הוכחשה ע"י העדים של בעל דינו. לעומת זאת, במקרה של רב יוסף, בעל השטר יכול היה להמשיך ולדבוק בטענתו המקורית לפיה השטר שהציג בפנינו הוא אכן שטרו, וכאשר הוא בחר לחזור ולטעון טענה אחרת היה לו מיגו שסייע לטענתו החדשה. עם זאת ביארו תוספות, שרב יוסף נקט שאין לקבל את הטענה השנייה של בעל השטר ואין בידו להיות "חוזר וטוען", והעובדה שיש לו מיגו אינה מסייעת לו. מדוע? נראה כי אם טעם הדבר שאין אדם יכול להיות חוזר וטוען נעוץ בחוסר נאמנותו, שכן טענתו השנייה של אדם החוזר בו מדבריו חשודה בעינינו, הרי שבמקרה שיש לו מיגו היה עלינו להאמין לטענתו השנייה. אין זאת אלא ששורש הדין שאין אדם חוזר וטוען אינו נעוץ בחוסר נאמנות אלא בדיני ההשתק. כלומר, לאדם יש זכות להעלות טענה שהיא אמיתית לדבריו, ולהתדיין מכוחה באופן שיטתי, אך אין לו 'זכות' לטעון בבית דין טענה, ולאחר שהטריח את בית הדין ודנו וביררו את טענתו, לחזור ולבקש דיון חוזר בטענה חדשה. בית הדין אינו מקבל אדם הנוהג כ"שבשבת ברוח" ומעלה טענות משתנות מסל אפשרויות שברשותו. אדם כזה אינו נראה שמייחס חשיבות לאמיתות הדברים שמביא לבית הדין. הדבר דומה לאדם שיבוא לבית הדין ויטען 'אולי היה כך' - לטענה זו לא מועיל מיגו, כמו שלא מועיל מיגו למי שאנו חוששים שטועה וטוען ב'דדמי', וכל שכן אם עושה זאת לאחר שהוכחש בהתאם לראיות המושמעות ובהתאם לנסיבות. טענה שנייה זו שהעלה בעל השטר אינה דבר שבית הדין ישעה לו והוא מושתק ומנוע להעלותה. על כן, מיגו לא יכול לסייע לו. מיגו מספֵּק נאמנות לטענה. אבל אם אין טענה - אין למה להאמין.

"קצות החושן" סימן פ' ס"ק ג' מבאר מהלך אחר לכך שאדם מושתק מלהיות "חוזר וטוען". לדבריו הדין של "אינו חוזר וטוען" נעוץ בכלל של "הודאת בעל דין כמאה

עדים היא". טענתו הראשונה של בעל הדין, מהווה הודאה מצידו שזו האמת ואין בלתה. בטענתו זו הוא זונח טענות אחרות ומודה שאין טענה אחרת. כך למשל אדם שאומר שהשדה הייתה של אבותיו הרי הוא כאומר שלא קנה אותה, וכמו שאמרו 'כל האומר לא לוויתי כאומר לא פרעתי דמי'[161]. ביחס לכך מביא "קצות החושן" מהלך כדלהלן:

הטור (סימן פ' סעיף ד') כותב בשם הרב ר' יוסף אבן-מגאש[162] כי אם היה ביד הטוען לעמוד על טענתו הראשונה כגון שעדיין לא באו עדים המכחישים אותה, הרי שהוא יכול לחזור מטענתו ולטעון טענה אחרת אפילו אם היא סותרת את טענתו הראשונה. דוגמה לדבר, אדם נתבע על הלוואה וטען לא היו דברים מעולם. לאחר מכן חזר ואמר הלווה: 'אני פטור מחמת שפרעתי את ההלוואה'. דבר זה מכונה בפוסקים: "חוזר מפטור לפטור". במקרה זה הוא עובר מטענה טובה שהיה נאמן בה, לטענה אחרת שאף היא טובה, ודבר זה הוא רשאי לעשות. אם לאחר שחזר וטען יבואו עדים לסתור את הטענה הראשונה שכבר זנח, הדבר לא יפריע לו. "קצות החושן" מביא כי המפרשים ביארו את טעמו של הר"י מגאש, כי מכיוון שהאדם יכול היה לעמוד בטענתו הראשונה, הרי שהוא נאמן בטענתו השנייה מכוח מיגו.

על כך מקשה "קצות החושן" מדוע אם באו עדים אח"כ והכחישו את טענתו הראשונה הוא נאמן בחזרתו, הרי שנינו במסכת כתובות (דף כ"ב עמ' א') כי אישה שאמרה אשת איש אני והתגרשתי נאמנת מכוח מיגו שיכלה לומר כי מעולם לא נישאה. ואם יש עדים שהיא הייתה אשת איש אינה נאמנת. זאת גם במקרה שעדים אלו באו לאחר שטענה כי גרושה היא. עדות זו מבטלת את המיגו למפרע, והמיגו נחשב ל"מיגו נגד עדים". אם כן, מדוע לא מפריעה לנו העובדה שבאו עדים כנגד טענתו הקודמת, הרי זה מיגו במקום עדים?

---

161. שיטתו של "קצות החושן" שאדם לא יכול להיות טוען וחוזר וטוען מכיוון שיש כאן הודאת בעל דין, מבוארת בדברי הרשב"ם במסכת בבא בתרא דף ל' עמ' ב' (ד"ה "אמר רבא עביד"), וכן בתוס' שם, שהטענה השנייה נסתרת מהא דהודה בתחילה. ועיין עוד ברשב"ם שם בסוף העמוד שכתב: "דהודאת בעל דין כמאה עדים ואחר טענות הראשונות נלך".

162. ועיין ש"ך על שו"ע חו"מ סימן ע"ט ס"ק כ"ג.

בדומה לכך מצינו ביחס למודה בשטר שכתבו וטען פרעתי, כי הוא נאמן מכוח מיגו שיכול היה לומר שהשטר מזויף. ברם, הכלל הוא[163] כי אם באו עדים לבסוף לקיים את השטר, אין הוא נאמן לומר פרעתי ואין אנו אומרים כי הוא כבר שב קודם לכן מטענתו הראשונה ונאמן בטענה השנייה מכוח מיגו. אם כן, גם ביחס לחוזר וטוען מפטור לפטור, מדוע יכול הוא לחזור מדבריו הראשונים ולהיות מהימן מכוח מיגו, שעה שברור כי אילו עמד בטענתו הראשונה לא היה מהימן שהרי יש עדים כנגדו?

מיישב "קצות החושן" כי החוזר מפטור וטוען טענה אחרת אינו נאמן מטעם מיגו, אלא מפני שטענתו הפוטרת הראשונה לא נחשבת כהודאת בעל דין כנגד טענתו השנייה, משום שהודאת בעל דין חלה רק בשעה שהמודה מחייב את עצמו מכוח טענתו. אבל, אם אין באותו שלב תוצאה של חיוב מעשי, אין לדבריו מעמד של 'הודאת בעל דין' אלא 'דיבורים שאינם מחייבים'. ממילא אין מניעה מלחזור בו מטענתו ולעבור לטענה אחרת, שכן עדיין לא חלה על טענתו הראשונה ההלכה של הודאת בעל דין. בהתאם לכך מובן הדין של "חוזר מפטור לפטור", שכן הטעם שאין אדם "טוען וחוזר וטוען" נובע מכך שטענתו הראשונה מהווה הודאת בעל דין שטענתו השנייה אינה נכונה. אולם, הודאת בעל דין מהווה עדות רק כשהביאה לידי חיוב. על כן, כל עוד לא נוצר חיוב מכוח טענתו הראשונה אין היא נחשבת כהודאת בעל דין שהטענה השנייה אינה נכונה, ומובן כי אינו מנוע להעלות את הטענה השנייה, וממילא אין צורך להכריע לטובתו מכוח מיגו.

הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שיעורים" (בבא בתרא אות קל"ה) מקשה על תירוצו האמור של תוספות ביחס לשיטת רב יוסף שמי שהביא שטר וחזר וטען שהוא מזויף והיה לו שטר אחר אינו נאמן מפני שהוא חוזר וטוען. מה בכך שהוא חוזר וטוען, הרי הדין שאין אדם חוזר וטוען נאמר רק ביחס למי שהוכחש על ידי עדים, אבל מי שחוזר וטוען **מפטור לפטור** מדעת עצמו, עת שיכול היה להישאר בטענתו הראשונה - נאמן. אם כן מדוע בעל השטר פסול מדין טוען וחוזר וטוען? מחמת קושי זה ביאר הרב וסרמן כי תוספות סבורים בטעם הדבר ש"אינו חוזר וטוען" כפי הדרך הראשונה שהבהרנו לעיל, כי לאדם יש זכות להעלות רק טענה אחת ולהתדיין מכוחה באופן שיטתי, אך אין לו "זכות" לנהוג כ"שבשבת רוח" ולהעלות טענות משתנות.

---

163. ראה שו"ע חו"מ סימן פ"ב סעיף א'.

בהתאם לדרך זו הטעם שיכול אדם לחזור מפטור לפטור ולהיות מהימן אינו יוצר זכות להעלות טענה אחרת, אלא רק לפרש את טענתו הראשונה באופן אחר. על ידי המיגו הוא מהימן לפרש שקודם לכן הוא לא דייק ושהגרסה שהוא מעלה כעת היא שמשקפת את טענתו מלכתחילה[164]. אולם, במקרה של רב יוסף אי אפשר לומר מכוח מיגו שהוא יהא נאמן שזה פשר טענתו מלכתחילה, שהרי מתחילה הציג בפנינו שטר וטען שזהו השטר הנכון, וכעת הוא מבקש לומר שהשטר האמיתי אבד, והשטר שבפנינו מזויף. טענתו השנייה אינה יכולה להוות הסבר לטענתו הראשונה, כי היא סותרת לה. לפיכך אינו יכול לחזור אף לא "מפטור לפטור".

הסבר זה אינו תואם למהלכו של "קצות החושן" לפיו בעל הדין לא יכול לחזור בו מטענתו הראשונה עקב דין "הודאת בעל דין", המשתיק אותו מלשנות את טענתו, וממילא כל עוד שאין כל חיוב כנגדו והוא לא הפסיד דבר מטענתו, אין זו הודאת בעל דין ובידו להיות חוזר וטוען.

לפי "קצות החושן" גם כשהטענה השנייה אינה מתיישבת עם הטענה הראשונה, אין נפקות אם הוא בא לפרש את דבריו או לשנות את טעמו כליל. מי שסובר שהטעם לכך שהוא לא יכול לחזור בו נעוץ בדין של "הודאת בעל דין" אינו מבחין בין טענה שמפרשת את קודמתה, לטענה שמשנה כליל את הטענה הראשונה.

---

164. בניגוד לכך מצינו בדברי הר"י מגאש על מסכת בבא בתרא דף ל"א עמ' ב': נקוט כלל זה בידך שאין אומרים מיגו אלא במה שהוא מוחזק בו, אבל במה שאינו תחת ידו והוא מבקש להוציא מחברו בלא ראיה, אלא מכוח מיגו - אינו נאמן. בדרך זו מסביר הר"י מגאש את שיטת רבי יוסף שאין מיגו כשטוען: "שטר זה מזויף ושטר אחר היה בידי ואבד". לכאורה מדוע נזקק ר"י מגאש לכך שזה "מיגו להוציא" ואינו מיישב בפשטות שאינו נאמן שכן הוא "חוזר וטוען". אין זאת אלא שר"י מגאש לשיטתו שהובאה בטור שאדם חוזר מפטור לפטור גם בטענה הסותרת לראשונה, וסבר כי כאשר אדם טוען ששטר אחר היה לו שאינו מזויף, **אין זה חוזר וטוען מחיוב לפטור**, כיוון שלא הוכחשה טענתו הראשונה בעדים. עוד יש לומר שחזרה מטענה מתרחשת כאשר בעל דין טוען **טענה אחרת**, כגון מזויף או פרוע. אבל כאן הוא מחזיק כל העת בטענה אחת והיא, שהוא קנה את הקרקע ויש לו שטר על כך. טענה זו אינה משתנה אם במישור העובדתי מוכח שזה לא השטר הראשון אלא שטר אחר. שינוי זה אינו בטענה אלא השינוי הוא בראיה העומדת לרשות אותה טענה ודבר זה לא נחשב חוזר וטוען.

לעומת זאת, לפי ההסבר שאדם יכול לחזור ולטעון "מפטור לפטור" מחמת דין מיגו שמקנה לו נאמנות, הרי שיש מקום לומר שהמיגו מועיל רק למי שמפרש את דבריו הראשונים ולא למי שמבקש לטעון טענה אחרת לגמרי. טענה חדשה שמבקש בעל הדין להעלות, אינה דבר שבית הדין ישעה לו והוא מושתק מלהעלותה. על כן, מיגו לא יכול לסייע לו.

מחלוקת הרמב"ן ורשב"ם

נראה לכאורה כי מחלוקתם של "קצות החושן" והרב וסרמן תלויה במחלוקת ראשונים במסכת בבא בתרא (דף ו' עמ' א') גבי 'כל האומר לא לוויתי כאומר לא פרעתי דמי'.

הכלל הוא שלווה שטען "לא לוויתי", אינו יכול לחזור ולטעון "לוויתי ופרעתי". ממילא אם המלווה יוכיח באמצעות שטר שכן הייתה הלוואה, יהא הלווה חייב לפרוע שכן אינו יכול לחזור ולומר פרעתי. יתרה מכך, אף אם יבואו עדים שהוא פרע את ההלוואה, כדבריו האחרונים, הוא לא ייפטר בכך מחובו למלווה, שכן אמירתו הראשונית "לא לוויתי" עולה כדי הודאת בעל דין שהוא לא פרע, שהרי אין אדם פורע חוב שלא לווה. נמצא כי העדים המעידים שהוא פרע מוכחשים על ידו ואינם יכולים לסייע לו שכן הודאת בעל דין שהוא לא פרע עדיפה מעדות העדים.

הרמב"ן מבאר כי מי שאומר תחילה לא לוויתי אינו יכול לחזור ולטעון פרעתי מפני שהוא נחשב חוזר וטוען. החידוש המיוחד שהאומר "לא לוויתי" נחשב כאומר ומודה בהודאת בעל דין שלא היה פירעון, נחוץ רק במקרה שיש עדים המעידים שהוא פטור מהחוב, כי אז היה מקום לתרץ את דבריו הראשונים ולומר כי מה שאמר מתחילה 'לא לוויתי' משמעו 'לא אירע כך שלוויתי ולא פרעתי'. משום כך מחדשת הגמרא שלא מתרצים כך את דבריו אלא דבריו הראשונים מהווים הודאת בעל דין הסותרת את דברי העדים. אבל אם לא באו עדים 'פשיטא שאפילו בחוזר וטוען פרעתי ודאי שאינו חוזר וטוען'. מדברי הרמב"ן עולה כי הדין ש"אינו טוען וחוזר וטוען" אינו נובע מחמת הכלל של הודאת בעל דין, אלא זהו דין בפני עצמו לפיו אין לבעל הדין זכות לשנות ולטעון טענה אחרת.

לעומת זאת, הרשב"ם (בסוף דף ל' עמוד ב') כתב שהדין של אין חוזר וטוען נובע מכך שזו טענה נגד הודאת בעל דין ולכך לא יעזרו עדים.

נמצא שיש נפקא מינה בין שתי השיטות הללו במקרה של חוזר וטוען לטענה שאינה מוכחשת על ידי הטענה הראשונה כשהוא מביא עדים שמעידים כטענתו השנייה. לפי הרשב"ם לא יהא בכך כדי לסייע לטענתו השנייה, שכן לרשב"ם כל שינוי טענה נחשב למוכחש מכוח הטענה הראשונה ודבריו הראשונים עולים כדי הודאת בעל דין. לכן לא יעזרו לו עדים שפרע, באשר זו עדות נגד הודאת בעל דין. אולם, לדברי הרמב"ן לא כל "חוזר וטוען" נחשב כהודאת בעל דין, אלא שבסתם אינו נאמן לחזור בו ולשנות טענתו, אבל אם יסייעו לו עדים שיעידו כטענתו השנייה יוכל לשנות את טענתו ולטעון כמו העדים, ורק באומר לא לוויתי שנחשב כאומר לא פרעתי וכהודאת בעל דין מפורשת אומרת הגמרא שלא יועילו עדים כנגד הודאה מפורשת להוכיח כי פרע את חובו. אבל, בסתם שינוי טענה לשיטת הרמב"ן הוא יוכל להביא עדים אלו.

משעמדנו על מהותו של מיגו, ועל דרכי פעולתו ועל מחלוקת הראשונים האם תובע יכול להוציא ממון מכוח מיגו, ומשראינו כי טענה ראשונה שטען בעל דין יכולה להיחשב כסותרת לטענה השנייה, נפנה לכלל דומה בין כללים וסייגים נוספים שנאמרו בדיני מיגו והוא דין "מיגו למפרע", שבו טענה שנטענה בעבר מבטלת את האפשרות להיות נאמן בטענת המיגו. כמו כן נדון במקרים שבהם טענת המיגו נסתרת באופן אחר כגון מכוח שטר או עדים.

ו. מיגו למפרע

אחד מן הסייגים שבהם טענת מיגו לא מועילה הינו "מיגו למפרע", היינו שבשעה שבא אדם לבית דין לטעון, כבר אין לו מיגו. כך למשל כשהתובע הודה קודם לכן שאין טענת המיגו אמת, אבל מתחילה יכול היה שלא להודות בכך. ביחס למקרה זה כתבו הרבה ראשונים[165] וכך נפסק להלכה[166] שאינו מיגו, שכן אין אדם נאמן משום מיגו אלא כשהמיגו קיים בשעת טענתו, אבל לאחר שהודה כבר בטל המיגו.

---

165. ר' תוס' בכתובות דף פ"ה עמ' א' ד"ה "אית לך" ודף ק"ט עמ' ב' ד"ה "אם טען". ועי' גם בשיטה מקובצת כתובות דף ק"ט עמ' ב' וברבינו יונה ב"ב דף מ"א עמ' ב' בשם ר"י ובש"ך חו"מ סי' ע"ב ס"ק צ"ג.

166. ראה בש"ך חו"מ סימן פ"ב כללי מיגו אות ה', ביאור הגר"א שם אות ה', נתיבות המשפט שם כלל כ"ט, ט"ז בתחילת סימן פ"ב.

במסכת כתובות (דף פ"ה עמ' א') מצינו מקרה של אישה שקיבלה בפיקדון חבילת שטרות והמפקיד מת. באו היתומים ותבעו את השטרות. אמרה להם: עוד בחיי אביכם המנוח תפסתי את השטרות מכוח חוב שהיה חייב לי. באו הצדדים לדין לפני רב נחמן, אמר לה: האם יש לך עדים כי המוריש תבע שטרות אלו ממך בחייו ולא נעתרת לדרישה, כך שתפסת את השטרות בחיי המוריש? אמרה היא: לא. אמר לה רבי נחמן: אם כן, נחשב הדבר כתפיסה לאחר מיתה, לא כלום היא.

שואל תוספות מדוע צריכה האישה עדים שתפסה את השטרות בחייו, הן יש להאמין לטענתה שהאב תבע אותה בחייו, מכוח מיגו שמלכתחילה יכלה לומר שהיא קנתה את השטרות ואינם פיקדון בידה[167].

שאלה זו מיישב תוספות בשם ר"י, כי אין הדבר נחשב למיגו "הואיל ועכשיו אינה יכולה לטעון לקוח הוא בידי", שהרי כבר הודתה מתחילה שהיא "תפסה את השטרות" בחיי האב המנוח כפיקדון. אמנם מתחילה יכולה הייתה לטעון שהשטרות לקוחים בידה, אך היא לא טענה כן כיוון שסבורה הייתה שטענתה האחרת (שהשטרות תפוסים אצלה לצורך גביית חוב) הינה טענה מעולה, ולא הייתה יודעת שהדבר נחשב כתפיסה לאחר מיתה. כעת משהתברר לה שטענתה אינה טובה, כבר אין מיגו המסייע לה, שכן כבר הודתה שהשטרות לא לקוחים בידה, וממילא אינה נאמנת שהאב היה חייב לה כסף במיגו שיכולה הייתה לטעון כי רכשה את השטרות בחייו.

ודוק אם מיגו פועל מכוח בירור הרי שדברי תוספות שלא אומרים מיגו למפרע ברורים הם[168], שכן אין תוספת נאמנות לטענה הנוכחית של האישה, מכוח טענה טובה יותר שהייתה יכולה להעלות, שהרי בשעה שטענה את טענתה הראשונית היא לא העלתה בדעתה שהטענה האחרת טובה יותר[169].

---

167. ככלל, אדם נאמן לטעון על חפצים המצויים בידו "לקוחים הן בידי", ומכיוון שהוא מוחזק בחפץ טענתו מתקבלת אף בלא עדים ובלא ראיה.

168. לעניין זה ר' רבי יהונתן אייבשיץ ב"תומים" סימן פ"ב, כללי מיגו אות ק"ט וכן בשו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא תניינא סימן מ"ה וחלק ג' סימן כ"ח.

169. הסבר נוסף לכך שאין אומרים מיגו למפרע כתב רבי יונתן אייבשיץ ב"אורים ותומים" כלל ס"ט אות קט"ז, וכן רבי עקיבא איגר בשו"ת חלק ג' סימן נ"ח, כי ככלל מיגו נובע מן הסברה כי אילו היה שקרן היה בוחר בטענה טובה יותר כדי לזכות בממון זה

אולם לכאורה, אם מיגו פועל ע"י "כוח הטענה", כלומר שבית הדין מביא בחשבון לא רק מה שהנתבע טען בפועל אלא גם טענות שעמדו לרשותו, מדוע אין אומרים מיגו למפרע, הרי עמדה לאישה האפשרות לטעון שהיא רכשה את השטרות? ברם, נראה לומר כי גם על פי ההסבר של "כוח הטענה" משמעות הדבר היא כי בית הדין מביא בחשבון טענות שניתן להעלות כעת בשלב הדיון הנוכחי. אבל אין בית הדין מתחשב בטענות שרק בעבר ניתן היה להעלותן. ממילא במקרה דנא שהאישה הודתה בשלב הקודם של הדיון שלא רכשה את השטרות, ושוב אין טענה זו עומדת לרשותה אין "מיגו".

על סברה זו ניתן לחלוק ולסבור שמתן תוקף לטענה אינו מותנה בהכרח בכך שהטענה החילופית עומדת גם כעת. ואכן, יש ראשונים הסוברים שיש מקום לטענת מיגו למפרע[170]. כך למשל על שאלת תוספות הנ"ל (במסכת כתובות דף פ"ה עמ' א'), **שתיאמן האישה לגבי צרור השטרות מכוח מיגו שהייתה יכולה לטעון כי רכשה את השטרות ולא קיבלה אותן כפיקדון, אין הרא"ש מיישב כי זהו מיגו למפרע, ומשמע מדבריו כי הוא סובר שניתן לומר מיגו למפרע[171]. בטעם הדבר**

בשקר. מיגו מוכיח אם כן כי אינו שקרן. אולם, אין לומר כי מיגו יוצר הנחה כי זהו אדם מהימן **שלעולם** אינו משקר. מיגו מוכיח רק כי ברגע זה הוא לא משקר בטענה שהעלה. לאדם אין מהימנות לעולם ועד, ולו מכיוון שאנשים משתנים, כשחולף זמן וכשהנסיבות משתנות. ייתכן בהחלט כי אדם רוצה להיות דובר אמת ואינו משקר כדי להרוויח, אך לאחר זמן החמיץ, מידותיו התקלקלו והוא מוכן לשקר כדי להרוויח. לכן, צריך בכל רגע להוכיח שאינו שקרן, מכוח העובדה שבידו לשקר **עכשיו** ולהעלות טענה מעולה והוא לא עשה כן, ואילו העובדה שבעבר היה דובר אמת, אינה מועילה לנו במאומה. בהתאם לכך ברור כי אין מיגו למפרע, שהרי אף אם יוכח שאתמול דיבר אמת אין הדבר מוכיח דבר על טענתו המועלית כעת.

170. ראה למשל רש"י בכתובות דף ק"ט עמ' ב' ד"ה "נאמן". תוספות שם ד"ה "דהא" מקשה על ביאורו של רש"י שהטענה המועלית היא בגדר מיגו למפרע, ומכאן הסיק "כנסת הגדולה" הובא ב"תומים", קיצור כללי מיגו אות ק"ט, וכן ב"חתם סופר" בבא בתרא דף ל' עמ' ב' - כי לשיטת רש"י נאמן אדם מכוח "מיגו למפרע".

171. בדרך זו ביאר את דבריו ב"קורבן נתנאל" שם באות ע', וכן נקט שו"ת מהר"י בן לב חלק ג' סימן ל"ו, והוכיח כן משו"ת הרא"ש כלל ס"ח סימן א'. ברם, מצד שני מפורש ברא"ש בכתובות פרק י"ג סימן י"ב שמיגו למפרע לא אמרינן. וכן כתב ביחס לדבריו שו"ת מהרי"ט חלק א' סימן צ', והובא ב"תומים" קיצור כללי מיגו אות ק"ט. על כן, הש"ך סימן נ"ו ס"ק ל"ד כתב שגם הרא"ש סובר שאין אומרים מיגו למפרע, ובמסכת כתובות דף

ביאר הרב נחום פרצוביץ'[172] כי אכן במיגו למפרע אין בירור שבעל הדין אומר אמת, אך "כוח הטענה" יש בכך, שכן כאשר בית הדין בא להכריע בין בעלי דין, הוא מביא בחשבון גם טענות שכעת אינן עומדות לנתבע אך עמדו לרשותו מלכתחילה. העובדה כי בעל דין לא העלה טענה או אף טען באופן המונע ממנו העלאת טענה זו בהווה, אינה גורעת מכוח ההכרעה של בית הדין על פי טענות וסברות שניתן היה להעלותן, בהתעלם ממה שהצדדים טענו בפועל, שהרי בית הדין לא מוגבל לטענות הצדדים בבואו להכריע בתביעותיהם.

הסברו של רבי עקיבא איגר

על דעות הסוברים כי מיגו למפרע לא אמרינן יש להעיר, כי במסכת בבא בתרא (דף ל"א עמ' א') מצינו דיון ביחס למי שטען כי שדה היא שלו, שכן לדבריו הוא ירש אותה מאבותיו. אח"כ חזר וטען השדה "של אבותיי שלקחוה מאבותיך". אולם, הוא מבקש להיות נאמן בטענה אחרונה זו, במיגו שיכול היה לומר "זו שדה שקניתי ממך". לכאורה, כיצד מסייע לו המיגו, הרי זה מיגו למפרע, שכן מתחילה הוא חשב שיזכה בטענת של אבותיי ולא יצטרך לומר קניתי שדה זו ממך. על שאלה זו משיב רבי עקיבא איגר (שו"ת חלק ג' תשובה כ"ח) באופן מרהיב כדלהלן:

א. הכלל שאין אומרים מיגו למפרע חל במקום שבו אנו יכולים לומר שטענתו הראשונה היא אמת ומה שהיה יכול לטעון הוא שקר. הוא מבקש שנאמין לו לטענתו במיגו שיכול היה מלכתחילה לומר כי השדה לא הייתה מעולם של התובע. בזה נקבע הדין שמיגו למפרע לא אמרינן, שכן המיגו אינו מוכיח שטענתו הנוכחית הינה אמת, משום שייתכן והוא סבר שטענתו הראשונה "מפלוני רכשתי" די בה בכדי לזכות בשדה ועל כן הוא לא רצה לטעון שקר ולא טען מלכתחילה את הטענה של "לא הייתה שלך מעולם". עכשיו כשראה שלא זכה בטענתו הראשונה הוא רוצה לזכות מכוח מיגו, אך אין לנו ראיה שאינו משקר[173].

פ"ה הוא לא תירץ כדברי תוספות משום שמדובר במקרה שבו הנתבע מפרש את דבריו הראשונים וממילא אין הדבר נחשב כמיגו למפרע, ולכן הדבר מועיל.

172. "חידושי רבי נחום" על בבא בתרא אות ס"ו.

173. המקרה הנדון שם (בדף ל' עמ' א') הוא, שאדם טען "רכשתי את השדה מפלוני שאמר לי כי רכש אותה ממך". בכך הודה כי השדה היתה של המערער. עתה נודע לו

ב. אבל, הכלל של מיגו למפרע אינו מונע את הנאמנות של מי שטוען וחוזר וטוען, מפני שבמקרה שהתובע טוען ששתי הטענות שקר וגם טענתו הראשונה הייתה שקרית, בזה הנתבע חוזר ואומר: אם אכן טענתי הראשונה הייתה שקר הרי כבר הייתי משקר טוב יותר ואומר: "לא היו דברים מעולם".

עסקינן אפוא במי שטוען מלכתחילה כי השדה הייתה של אבותיו ויש לו מיגו (שיכול היה לומר ממך רכשתי ואכלתי שלוש שנות חזקה), אלא שאין אנו יכולים להאמין לו, שכן זה מיגו במקום עדים שכן המערער הביא עדים כי השדה הייתה של אבותיו שלו. הנתבע רוצה לפרש את דבריו הראשונים ולטעון: "אבותיי לקחוה מאבותיך" ולהיות נאמן בתוספת זו מכוח אותו מיגו שיכול היה לומר בתחילה: ממך רכשתי. כאן לא אומרים שמיגו למפרע לא אמרינן, מכיוון שאילו לא היה מכוון לכך מתחילה וממציא תוספת זו, ורק עכשיו, נמצא כי גם טענתו הראשונה הייתה שקרית והוכחשה ע"י עדים. ממילא חוזרת טענתו שאם הוא היה מבקש לשקר הרי שהיה אומר "ממך רכשתי". מכיוון שמכוח המיגו נראה שטענתו אמת, הרי שהוא נאמן לתרץ את דיבורו.

ז. מיגו נגד עדים

סייג נוסף בדיני מיגו הוא: "מיגו נגד עדים לא אמרינן". מקור הדברים בגמרא בבא בתרא (דף ל"א עמ' א') בה נדון מקרה שבעל דין אחד טען קרקע זו של אבותיי היא ובעל הדין השני טען של אבותיי היא. בעל הדין הראשון הביא עדים כי הקרקע הייתה של אבותיו ובעל הדין השני הביא עדים שהחזיק בקרקע שלוש שנים, דבר המעיד על קניין בקרקע. אביי פסק כי הדין עם בעל הדין הראשון, שכן טענת השני שהקרקע הייתה של אבותיו נסתרה ע"י עדים שהוכיחו כי הייתה של אבותיו של בעל הדין הראשון. מצד שני, העדים שהביא השני אינם מועילים לו, שהרי הם

שאמירת "פלוני אמר לי שרכש ממך" אינה מועילה לו, ומשום כך הוא מוסיף וטוען "הוא רכש את השדה ממך בפני" (קמי דידי זבנה מינך). אכן, במקרה זה כשטען מתחילה "מפלוני קניתי" יכול היה לומר מלכתחילה "השדה לא הייתה שלך מעולם". אך מחמת מיגו זה אנו אומרים שבטענתו הראשונה אמר אמת כשטען שקנה מפלוני. אמירה זו מתקבלת אך היא לא מועילה לו. עכשיו הוא כבר חייב להמשיך את קו הטיעון שבו התחיל ועל כן אין לו מיגו על המשכה של הטענה.

העידו אמנם שהוא החזיק בקרקע אך הכלל הוא שחזקה בלי טענה אינה מועילה, ובמקרה דנא בעל הדין השני לא טען שקנה את הקרקע. הגמרא מבארת כי לבעל הדין השני יש מיגו, שהרי יכול היה לטעון מתחילה שקנה את הקרקע מן הראשון, וטענה זו הייתה מהווה בסיס להחזקתו (שעליה יש לו עדים). ע"י כך היה גובר על טענת הראשון שהביא עדים שהייתה השדה של אבותיו. אולם, אביי סובר כי מיגו זה אינו מועיל לו, שכן זהו "מיגו נגד עדים", שהרי בסופו של יום לבעל הדין השני אין אפשרות לקבל את הקרקע מכוח טענתו הנוכחית שהקרקע הייתה של אבותיו, שהרי על זה העידו עדים נגדו, ונמצא שהחזקה שהחזיק אינה נתמכת בטענה. טענת בעל הדין השני כי הקרקע של אבותיו, שלגביה רוצים להאמין לו מכוח מיגו, נסתרת מהעדים שהביא בעל הדין הראשון כי הקרקע של אבותיו דווקא, ונמצא כי בפנינו עדים הגוברים על המיגו.

טעם הדבר שמיגו אינו מועיל כנגד עדים נעוץ בכך שמיגו מהווה חיזוק לטענתו של בעל דין, אך גם לאחר חיזוק הטענה, אין הדברים חורגים מגדר של טענה, ועדים לעולם עדיפים על טענה.

מצד שני, מצינו בסוגיה שם את דעת רבה שפסק כי הדין עם בעל הדין השני, שטען כי החזיק בשדה שלוש שנים. זאת מכיוון שעומד לצידו מיגו, שהרי יכול היה לטעון שהחזיק בקרקע ג' שנים מכוח רכישת הקרקע מרעהו ועל החזקה זו יש לו עדים.

מהי סברת רבה, כיצד ניתן להאמין למיגו ולסתור את דברי העדים שהקרקע של בעל הדין הראשון? וכי מיגו גובר על עדים? שאלה זו מקשה הרמב"ן בחידושיו, כיצד ייתכן שהמיגו מועיל להכחיש את העדים ולומר כי שקרנים הם, הרי התורה האמינה להם?

הרמב"ן מיישב את שיטת רבה כי מכיוון שהשני טען טענת ברי שהייתה הקרקע של אבותיו ויש מיגו המסייע לטענתו, הרינו נתלים באפשרות רחוקה שמא התכוון שאבותיו של השני לקחוה מאבותיו של הראשון, למרות שבעל הדין השני עצמו לא טען כך[174]. הרמב"ן מוסיף כי אף אם העידו העדים שאבותיו של הראשון דרו בקרקע עד יום מותם, סבר רבה כי עדיין יש מקום להאמין לטענת השני ולהעלות סברה

174. לעומת זאת, אביי סבר כי מכיוון שהשני טען "של אבותיי היא" הריהו כמי שטען "ולא של אבותיך היא הקרקע", וביחס לכך העדים מכחישים אותו.

שמא ממש סמוך למיתתם מכרוה לאבותיו. טענה דחוקה זו מועלית הואיל ויש מיגו לטובת השני ומי שניצב לצידו מיגו טוענים עבורו כל טענה שניתן להעלות.

הרמב"ן מביא דוגמה לכך מהמקרה המובא בגמרא במסכת בבא מציעא (דף פ"א עמ' ב') בדבר אדם שהפקידו בידו בהמה ודרשו כי לא ילך עמה בדרך העוברת בנהר פקוד, שכן יש שם מים העלולים להרוג את הבהמה. הנפקד הלך לדרכו עם הבהמה, וזו מתה. הנפקד הודה כי הלך בנהר פקוד אך טען כי לא היו שם מים. גם במקרה זה סובר רבא כי עומדת לו טענת מיגו, שהרי יכול היה שלא להודות כי הלך בנהר פקוד. שמא תאמר הרי יש עדים שבנהר פקוד יש מים, שהרי כולם יודעים שזהו נהר[175]? אין זאת אלא כי מי שיש לו מיגו אנו טוענים עבורו גם טענה דחוקה לפיה היו שם מים אך לא הם שהמיתו את הבהמה. כלומר ע"י המיגו אנו דוחקים להעמיס בדבריו (שאמר 'לא היו מים') פירושים ואפשרויות רחוקות ('לא היו מים שהרגו').

לפי הסברו של הרמב"ן נמצא כי גם רבה מודה שמיגו לא מכריע נגד עדים, אלא שכשיש מיגו מעלים גם טענה דחוקה שיהא בה כדי ליתן נאמנות לבעל המיגו וליישב את טענתו עם דברי העדים.

הצורך במיגו נובע מכך שבלי המיגו אין אנו מפרשים דברי בעל דין באופן דחוק כדי ליישבם עם המציאות. כך למשל מצינו בגמרא במסכת מכות (דף ה') שדנה במקרה שעדים מעידים כי פלוני רצח בצד אחד של בית גדול ובאו עדים והעידו כי עדי הרצח היו בצד השני של הבית שממנו אי אפשר היה לראות את הרצח, הרי שהם בגדר של עדים זוממים. שואלת הגמרא מה החידוש בדבר? משיבה הגמרא כי החידוש הוא שאין לחוש כי העדים רואים היטב גם מצד אחד של הבית את אשר נעשה בצידו השני של הבית. ודוק, אילו היו העדים מעידים כי עמדו בצד מזרח וראו למרחוק את שקרה בצד מערב, הם היו נאמנים. אך משאמרו כי ראו מעשה שאירע במזרח ולא אמרו שהצליחו לראותו מרחוק, הפשט הפשוט בדבריהם הוא שגם הם עמדו במזרח וראו מעשה שנעשה שם. על כן, משנמצא כי הם עמדו במערב הרי שעדותם הוזמה. כלומר, בסתמא אנו הולכים אחר פירוש

175. ידיעת 'כל העולם' מוגדרת כעדות המכונה 'אנן סהדי', וטענה נגד 'אנן סהדי' כמוה כטענה נגד עדים.

שהוא מסתבר יותר. אבל כאשר יש מיגו אנו מפרשים את הדברים ולו באופן דחוק כדי שתתיישב המציאות עם עדותם.

נמצאנו למדים כי אביי ורבה חולקים בשאלה, האם כאשר יש מיגו אנו טורחים לייצר פרשנות רחוקה נגד הפשט הפשוט של הדברים כדי שתתיישב הטענה עם דברי העדים, או שמא במקום עדים אנו לא מתייחסים כלל למיגו וממילא אנו לא מחפשים ליישב דבר אלא מעמידים את דברי בעל הדין במצבם הסתמי. כלומר במקום עדים אין נשמע כלל המיגו וממילא אין מקום לפרשנות[176].

הסברו של רבי חיים מטלז

הרשב"ם מבאר את דברי רבה כדלהלן:

> **"אמר רבה מה לו לשקר - לזה המחזיק (בעל הדין השני) במאי דטוען דשל אבותיו וירשה מהם, אי בעי אמר של אבותי היתה, והלכך בהאי מיגו מהימנינן ליה".**

מסתימת דבריו נראה שרבה סובר שיש להאמין לבעל המיגו נגד העדים, פשוטו כמשמעו, ואין אנו מעמידים גירסה ליישב את דברי בעל הדין עם דברי העדים, אלא שבמיגו עצמו די כדי להאמין לבעל הדין. הדברים תמוהים ביותר, כיצד ניתן להתעלם מדברי העדים מפני מיגו?

ביאור מרהיב לשיטת הרשב"ם מצוי בספרו של הרב חיים רבינוביץ "חידושי רבי חיים מטעלז" על מסכת בבא בתרא עמ' רי"ג ביחס לסוגיה דנא, כדלהלן:

דין תורה הוא שנאמין לדברי עדים יותר מכל הבירורים שבתורה, אך ההכרעה של דין לפי דברי עדים אינה עניין של "בירור שכלי שכך אמת כדברי העדים", שהרי התורה קבעה כי "על פי שניים עדים יקום דבר" בלא להבחין בין עדים שנאמנותם גבוהה וברורה כמו משה ואהרן לבין נאמנותם של שניים מן השוק. כך מצינו ברמב"ם בהלכות סנהדרין (פרק כ"ד הלכה א') כי "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה... אם כן למה הצריכה תורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני

176. בדרך זו הובהרו הדברים ע"י הרב נחום פרצוביץ, בספרו "חידושי רבי נחום" על מסכת בבא בתרא דף ל"א עמ' א'.

עדים ידון על פי עדותן **אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר**". כלומר, העדים אינם גורמים לבירור מלא, אלא שזו גזירת הכתוב לפסוק לפי עדותם.

יתרה מכך מצינו ברמב"ם בהלכות יסודי התורה (פרק ח' הלכה ב') שאיננו מאמינים לנביאים מחמת מופת שיתנו לדבריהם, אלא שזו גזירת הכתוב לקבל את דבריהם כשם ש"ציונו לחתוך הדבר על פי שנים עדים, **אע"פ שאין אנו יודעים אם העידו אמת אם שקר**". הדימוי של עדות לדברי נביא, מראה כי אין בפנינו בירור שהסברה מחייבת לקבלו אלא שזו גזירת הכתוב.

על אף שגזירת הכתוב היא לקבל עדות של עדים אף שלא ידוע אם העידו אמת יש מקרים שבהם אין הדיין מקבל את דברי העדים וזאת כשליבו נוטה לומר כי אין אמת בפיהם. דבר זה נקרא "דין מרומה". כך פוסק הרמב"ם בהלכות סנהדרין (פרק כ"ד הלכה ג'): "מנין לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר אחתכנו ויהיה הקולר תלוי בצואר העדים, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק... אם היה לבו נוקפו שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים... או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים... אסור לו לחתוך אותו הדין אלא יסלק עצמו מדין זה וידיננו מי שלבו שלם בדבר, והרי הדברים מסורים ללב והכתוב אומר 'כי המשפט לאלהים הוא'".

מעתה נראה כי כאשר אדם מעלה טענה הסותרת לדברי עדים, שעה שבידו להעלות טענה שאינה סותרת לדבריהם, זהו בירור המוכיח שטענתו אמת, שהרי שום אדם בר דעת לא יטען נגד עדים בשעה שיש לו טענה אחרת שלא תעמוד נגדם. אם בעל הדין עומד על דעתו וטוען כנגד דברי העדים אות הוא שדבריו אמת, והדבר מציב ספק חריף ביחס לדברי העדים. הדבר דומה לדין מרומה.

על כן סבר רבה כי מיגו מסוג זה עושה ריעותא בדברי העדים, ובדומה לדין מרומה בית הדין מסתלקים מלדון ולהכריע על פי דברי העדים. ממילא, מאחר שבית הדין מסתלק מלדון בעניין הרי שממילא נשאר הממון ביד המוחזק.

כלומר, לדברי רבה המיגו אינו חזק מדברי העדים עד כדי כך שנזנח את העדות ונפעל על פי המיגו. אבל, המיגו המתייצב מול עדות הוא כה חריף, עד שהוא גורם לבית הדין למשוך את ידו מלפסוק בעניין על פי דברי העדים, והממון נשאר ביד הנתבע מכוח היותו מוחזק.

אביי לעומת זאת סובר כי דין מרומה נקבע רק במקום שבית הדין רואים עורמה **בדברי העדים עצמם.** אבל, במקום שאין לנו כל ריעותא בדבריהם של העדים, אלא שיש בירור חיצוני, של מיגו, הגורם לנו להרהר אחר דבריהם, לא נאמר הכלל של דין מרומה, וממילא חלה גזירת הכתוב והדין מוכרע על פי דברי העדים.

מיגו לפסול עדות ומיגו לפסול עדים

ההלכה היא כדברי אביי שאין לקבל מיגו במקום שהוא סותר לדברי העדים. עם זאת, יש הבחנה בסיסית בשאלה האם המיגו בא כדי לסתור **את העדות** עצמה, שאז העדים גוברים ואין לסטות מדבריהם, או שהמיגו בא לפסול **את העדים** עצמם, שאז יש למיגו תוקף רב. נפרט:

הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך (חושן משפט סימן פ"ב סע' א'): מלווה שהוציא שטר שאינו מקוים (כלומר, שלא אומת בבית הדין שהשטר אינו מזויף) והלווה מודה שכתבו (וממילא אינו צריך אימות), אלא שטוען: פרעתי, נאמן... והוא הדין לכל מה שיטען דבר שמבטל השטר, כגון אמנה (שטר שנעשה ללא שההלוואה ניתנה, שזהו שטר שקר ומי שערך אותו חוטא ורשע הוא). מאחר והשטר אינו מקוים, היה ביד הלווה לטעון כי הינו מזויף ומשבחר הלווה להודות שהשטר אינו מזויף, הריהו נאמן להעלות טענות אחרות נגד השטר, והוא יהא נאמן בטענותיו מכח מיגו.

הש"ך שם ס"ק פ"ב מבהיר כי הנתבע נאמן לטעון 'שטר אמנה הוא זה', לא רק כאשר לדבריו העדים חתמו בתום לב ולא ידעו שזהו שטר אמנה (כגון שהלווה אמר לעדים שהוא כבר קיבל את ההלוואה), אלא אפילו כאשר הוא טוען שהעדים ידעו שהשטר שקרי הוא, ונמצא שלפי דבריו העדים רשעים הם, שהרי העידו עדות שקר כשחתמו על שטר זה. על אף זאת נאמן הלווה בדבריו כיוון שיש לו מיגו.

על דברי הש"ך הללו מקשים, "קצות החושן" (סימן פ"ב ס"ק א') ובספר "הפלאה" במסכת כתובות (דף י"ט עמ' א'): כיצד נאמן הלווה לפסול עדים באמצעות מיגו, הרי זהו מיגו נגד עדים? מדוע שונה הדבר ממי שמבקש להיות נאמן ע"י מיגו בטענה שהעדים העידו שקר?

ה"הפלאה" מיישב כי מקום שבו בעל דין מביא טענה כנגד עדות העדים אין להאמין לדבריו. אבל במקרה דנא אין הוא מעיד שאין תוקף לדברי העדים, אלא שהוא

טוען כי העדים עצמם רשעים הם, ועל כך הוא נאמן מפני שהעדים אינם יכולים להעיד על עצמם שהם כשרים מפני שלגבי עצמם הם כקרובים.

כלומר, במקרה שאדם טוען כי דברי העדים שקר, אין הוא טוען שאין כאן "עדים" אלא הוא טוען שאין כאן "עדות", ובכך סותר הוא את דברי העדים. במקרה זה הכלל הוא כי אין בכוחו של אדם לטעון טענה הסותרת לעדות[177]. לעומת זאת, כאשר הנתבע טוען שהעדים רשעים, הרי שלדבריו אין כאן עדים וביחס לכך עשוי הוא להיות נאמן.

למה הדבר דומה? שני עדים העידו. באו שנים אחרים ואמרו כי הראשונים העידו שקר. במקרה זה יש בפנינו שתי כיתי עדים המכחישות זו את זו ועדות כולם בטלה. אולם, אם הכת השנייה תעיד כי הכת הראשונה הינה כת פסולה, שכן אלו אנשים שעברו על לאו דאורייתא (שעליו נאמר: "והיה אם בן הכות הרשע"), כגון שהעדים הם מחללי שבת, הרי שהשניים האחרונים נאמנים בעדותם, שכן הם לא הכחישו את העדות אלא פסלו את העדים עצמם. בזה אין כאן עדים כנגד עדים מפני שהעדים שעליהם העידו שהם פסולים אינם נאמנים להעיד על עצמם שהם כשרים.

הסברו של רבי יצחק אלחנן

בדרך שונה ביאר את דברי ה"הפלאה" האמורים הרב יצחק אלחנן ספקטור בשו"ת "נחל יצחק" (חושן משפט סימן פ"ב). לדבריו, המקרה דנא שונה מדין מיגו שאינו מועיל נגד עדים, שכן עסקינן במקום שבו אין ידיעה שיש עדים לפנינו שהרי השטר לא מקוים. בעל הדין הוא שנותן תוקף לדברי העדים, שהרי בשטר שאינו מקוים בעל הדין יכול היה לטעון כי השטר מזויף, ורק הודאתו שהשטר אמת היא שיצרה את תוקף העדות שבשטר. ממילא, אין המדובר בעדות העומדת על רגליה שלה, אלא בעדות שניזונה ונסמכת על דברי בעל הדין. מעתה מובן כי הוא נאמן לסתור את דברי

---

177. ודוק גם במקרה שאדם טוען טענה שנסתרה ע"י עדים, הרי לפי טענתו העדים העידו שקר והם פסולים, אבל זו **תוצאה** של דבריו, ולא נשוא עדותו. לעומת זאת כאשר הוא טוען כי העדים היו רשעים מעיקרא הרי שזה גופא נשוא עדותו, ובכך נאמן הוא יותר מהעדים על עצמם. במקרה הראשון האדם התייצב מול עדים כשרים בוויכוח על נשוא העדות והם גוברים עליו. אולם, במקרה השני אין כנגדו שני עדים כשרים, שהרי נשוא טענתו הוא זה גופא שהעדים חתמו שקר והם רשעים, והעדים אינם יכולים להעיד על כשרותם שלהם, ולכן הוא נאמן.

העדים מדין "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", שהרי הנאמנות של העדים אינה מדין עדות, אלא מכוח הודאתו שלו, וכנגד דבריו שלו רשאי הוא לטעון ולסייג את הדברים.

הרב יצחק אלחנן ספקטור מדמה את הדברים לדברי תוספות במסכת בבא קמא (דף ע"ב עמ' ב' ד"ה "אין לך בו"), שכתבו כי הדין של "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" עדיף ממיגו והוא חל אף במקום עדים. כלומר, על אף שמיגו אינו מועיל במקום עדים, הרי שבמקום שבו חל הכלל של הפה שאסר הוא נאמן אף כנגד עדים משום שמדובר במעין "מיגו בעיקר העדים". כלומר בנאמנות שאינה נשענת על מהימנות העדים ודבריהם, אלא על הודאת בעל הדין המודה לדבריהם, נאמן בעל הדין גם לסייג את הדברים שמקור נאמנותם בדבריו שלו.

מחלוקת הרמב"ם והטור

ההלכה היא כאמור, שלא אומרים מיגו כנגד עדים. והנה, הלכה זו סותרת לכאורה לפסקו של הרמב"ם בהלכות גזילה (פרק ד' הלכה ד'). שם מצינו מקרה שאדם אומר לחברו: "נכנסת לביתי וגזלת מנכסיי", והנתבע אומר: "לא נכנסתי כלל לבית". העדים מעידים שהוא נכנס לבית אך הם לא ראו אם נטל דבר מתוך הבית. במקרה זה נאמן הנתבע בדבריו בשבועת היסת, מכוח מיגו שיכול היה לטעון נכנסתי ולא נטלתי[178]. ה"טור" (חושן משפט סימן צ') חולק על דברי הרמב"ם וסובר כי במקרה שיש עדים כי הגזלן נכנס לביתו, הרי כיוון שהנתבע הוכחש על ידי העדים באמירתו שלא נכנס לבית, שוב אין הוא נאמן להישבע כדבריו ואדרבה יישבע התובע וייטול[179].

---

178. ובלשון הרמב"ם: "ראוהו עדים שנכנס למשכֵּן את חברו ולא ראוהו בעת שיצא או שיצא ואין נראה תחת כנפיו כלום ובעל הבית טוען ואומר כך וכך נטל, אפילו אמר (הממשכן) מעולם לא נכנסתי שהרי מכחיש את העדים הרי זה פטור שאם אמר נכנסתי ולא נטלתי נשבע שבועת היסת שלא נטל כלום והולך, שאפשר שיכנס לגזול ולא גזל".

179. ובלשון הטור: "כתב הרמב"ם אפי' אם יש עדים שראוהו נכנס אבל לא ראוהו שהוציא כלים ובע"ה אומר כך וכך נטלת והוא מכחיש את העדים ואומר מעולם לא נכנסתי אפ"ה פטור שאם אמר כן נכנסתי ולא נטלתי נשבע היסת שלא נטל כלום לפי שאפשר שנכנס לגזול ולא גזל ע"כ, **ויראה** כיון שהעדים מכחישין אותו שאינו נאמן עוד בשבועה, אלא בע"ה נשבע ונוטל".

ה"בית יוסף" שם (באות ב') מבאר את מחלוקתם כך:

> "וטעמו - של הרמב"ם - מיגו דאי בעי אמר נכנסתי ולא נטלתי, ודעת רבינו (הטור) דהוי כמיגו במקום עדים.
>
> וטעמו של הרמב"ם דהאי לאו הכחשה היא, דמלתא דלא רמיא עליה דאינש וכו' הילכך מיגו שלא במקום עדים הוא".

כלומר, לדעת ה"בית יוסף" מחלוקת הרמב"ם ו"הטור" נעוצה בכך, שלפי הרמב"ם הנתבע נאמן במיגו וטענתו לא נחשבת כמכחישה את העדים משום שהכניסה לבית אינה דבר שנותנים עליו את הדעת ולכן ייתכן שאינו מדייק בדבריו בכך. לעומת זאת, לדעת הטור זהו חלק מעיקר העדות.

מחלוקתם היא בדמיון לדין המוזכר בגמ' במסכת שבועות (דף ל"ב עמ' א') ונפסק בשולחן ערוך (חושן משפט סימן ע"ט), כשהרמב"ם מדמה את המקרה הזה לדין שם, בסעיף ד', שאם תובע יטען שהלווהו בפני פלוני ופלוני ואמר הנתבע לא היו דברים מעולם, ובאו העדים והעידו שראו שנתן לו כסף אך אינם יודעים אם הייתה זו הלוואה או מתנה, ההלכה היא שהנתבע 'הוחזק כפרן' כיוון שהכחיש את כל המקרה, ונתינת המעות היא חלק ממעשה ההלוואה על כן לדעת הרמב"ם הכניסה לבית שלא ברשות היא חלק ממעשה הגזילה. לעומת זאת, לדעת הטור הכחשת הכניסה לבית דומה לנאמר שם (בסעיף י"א), שאם הנתבע הוכחש בדבר שאינו עיקר התביעה, כגון שאמר לו שהלווהו בצד עמוד פלוני וטען הנתבע שלא היה בצד עמוד פלוני מעולם, והוכחש על ידי עדים שאמרו שהיה בצד עמוד פלוני, אין לומר כי הוא 'הוחזק כפרן', שכן העמידה בצד עמוד פלוני אינה מעיקר מעשה ההלוואה וייתכן שאינו זוכר אותה. בדומה לכך גם כניסה לבית חברו לפני שלקח מאומה אינה חלק ממעשה הגזילה.

רבי עקיבא איגר מקשה על דברי הרמב"ם מדוע הוצרך לומר שנאמנות הנתבע היא מדין 'מיגו', והלא אמירתו שלא נכנס לבית כוללת גם שלא גזל, וכיוון שהכניסה לבית חברו מבלי לקחת דבר אינה נחשבת מוכחשת מהעדים, הרי זה כמי שטען לא גזלתי שנאמן בלי מיגו כשלא הוכחש? כמו כן תמה רבי עקיבא איגר, גם על הטור והרמ"א שכתבו שזה 'מיגו במקום עדים', שהרי בוודאי שלא נאמן לומר כנגד

העדים לא נכנסתי, וכל השאלה אם אחר שהוכחש בזה, נאמן בעל הדין לומר לא לקחתי. מה זה קשור למיגו כנגד עדים? [180]

בספר "כנסת הגדולה" (על טור חושן משפט סימן צ' בהגהת ב"י) כתב: צריך לחלק מדוע בסימן ע"ט סעיף י"א לא חלק הטור על הרמב"ם והביא את הדין ללא חולק, וכאן הוא חולק על הרמב"ם? ומחלק, שבסימן ע"ט הוא חזר ואמר שאולי עבר אבל לא לווה ונמצא שהוא מסכים לדברי העדים שייתכן ועבר ליד העמוד. אבל אצלנו הוא נשאר בהכחשתו את העדים שלא נכנס לבית כלל.

ודוק, לפי ההסבר שהצענו ההבחנה פשוטה יותר: המעבר ליד העמוד הוא פרט שולי שאינו קשור להלוואה, ודומה לכך שלא מכחישים עדים אם מתברר שאינם זוכרים איזה עץ היה ליד מקום ההלוואה. מה שאין כן לגבי הכניסה לבית חברו ללא רשות לקחת חפץ, בזה סובר הטור שלא כדברי הרמב"ם שהכניסה היא חלק ממעשה הגזילה שהרי גם הכניסה אסורה עליו.

אכן, הרב יהונתן אייבשיץ בספרו "אורים ותומים" (אות י"ג שם), וכן הרב יעקב ריישר בספר "שבות יעקב" (כללי מיגו באות ד'), ביארו כי טעם פסקו של הרמב"ם שהגזלן נאמן שלא נטל דבר - נובעת מכך שכיוון שלטענתו לא לקח דבר, אם כן השאלה שעליה הוכחש, האם הוא נכנס לביתו של הנגזל אם לאו, היא דבר שאין הוא אמור לזכור, כי הכלל הוא שאדם לא זוכר דברים שוליים שאינם נחשבים בעיניו. [181] ומכיוון שלא נטל כלום הוא גם לא זוכר שנכנס לבית חברו. על כן, גם אם אנו מקבלים את עדות העדים כי הוא נכנס לבית, אין להסיק מכך כי הוא משקר. אם כן בפנינו תובע שאין לו ראיות ונתבע שטענתו לא התערערה וממילא חזרנו לדין הבסיסי של "המוציא מחברו עליו הראיה".

---

180. ובלשונו: "תמהני דאמאי צריכים למיגו כיוון דאמרינן דלא הוחזק כפרן דמילתא דלא רמי' ממילא כיוון דבכלל דלא נכנסתי ג"כ דלא נטלתי ממילא על לא נטלתי בעצמותי נאמן כמו במודה דנכנס ולא גרע במאי דשיקר שלא נכנס דמה בכך שזה שקר ואנו דנין אותו לנכנס מ"מ בזה נאמן דלא נטל, ומזה גם מה שכתב להטור הוי מיגו במקום עדים וכ"כ בהגה הוא תמוה דפשיטא דלכ"ע אינו נאמן לומר לא נכנס אלא דפליגא אם נאמן דלא נטל וצע"ג".

181. "כל מילתא (כל דבר) דלא רמי עליה דאניש (שלא מוטל על האדם לזכור אותו) לאו אדעתיה" - הוא לא שם לב אליו וממילא אינו זוכר אותו.

הפה שאסר לעומת מיגו

בכל הנוגע לכלל כי עדים עדיפים על מיגו, יש לציין סייג חשוב המופיע בדברי תוספות במסכת בבא קמא (דף ע"ב עמ' ב' ד"ה "אין"). תוספות מביא את דברי הגמרא במסכת כתובות (דף י"ח עמ' ב') כי "שנים החתומים על שטר ואמרו קטנים או אנוסים היינו, אם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר הרי אלו נאמנים". כלומר, כיוון שאין כתב ידם מוכח ממקום אחר, והיה בידם לטעון שהשטר מזויף, הרי שהם נאמנים מכוח מיגו גם על טענתם כי השטר נחתם על ידם אך הם היו קטנים או אנוסים. לכאורה, כיצד הם נאמנים לומר כי פסולים היו, שעה שבפנינו עדות בשטר שעל פניו העדים החתומים עליו נאמנים? האם אין זה מיגו נגד עדים? על כך מתרץ תוספות כי נאמנות העדים לומר "קטנים היינו" או "אנוסים היינו", אינה מדין מיגו אלא מדין "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". ללמדך כי הדין של ה"פה שאסר" הנובע מקיום החתימות שיוצר את העדות, יוצר נאמנות לבטל את העדות. נמצא שכוח הדין של "הפה שאסר" חזק מדין מיגו, והוא ניצב גם נגד העדות, שהרי בסיס כל העדות היא נאמנותו של העד, ומכוח נאמנות זו עצמה נובע כי יש להאמין לו גם בעת שהוא סותר את העדות.

ח. מיגו מממון לממון

במשנה במסכת בבא מציעא (דף ב' עמ' א') שנינו: "שנים אוחזין בטלית... זה אומר כולה שלי, וזה אומר כולה שלי... יחלוקו. זה אומר כולה שלי, וזה אומר חציה שלי... זה נוטל שלשה חלקים, וזה נוטל **רביע**". שואל תוספות (ד"ה "וזה"), מדוע במקרה השני זה שטוען "חציה שלי" נוטל רק רבע, ואינו נאמן לקבל חצי מהטלית, במיגו שיכול היה לומר "כולה שלי", שאז היה מקבל חצי כפי שראינו במקרה הראשון במשנה?

ב"שיטה מקובצת" מצינו תירוץ של תוספות רבינו פרץ לשאלה זו, כי "אין אומרים מיגו מממון לממון". כלומר: ביחס לחצי הטלית יש לו מחלוקת עם רעהו, והוא רוצה לקבל יותר מן המגיע לו (את כל החצי שבמחלוקת), מכיוון שביחס לחצי אחר של הטלית יכול היה לטעון כי גם היא שלו. לאמור, הוא מבקש לקבל יתרון בממון אחד בגלל טענה שיכול היה להעלות ביחס לממון אחר. מיגו שכזה אינו תקף. בדומה לכך מצינו בדברי הרמב"ן וכן בר"ן שאין אומרים מיגו מממון זה לממון אחר[182].

182. בדומה לכך ראה גם בתירוץ אחד בנימוקי יוסף, ובריטב"א וברשב"א.

ביחס להסברו של רבינו פרץ מביא ה"שיטה מקובצת" את תמיהתו של השר מקוצי כדלהלן: הגמרא במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' א') שואלת מדוע המודה במקצת חייב שבועה ואינו נאמן בטענתו שלווה רק מחצית, מכוח מיגו שיכול היה לכפור לגמרי ולטעון כי לא לווה מאומה[183]. ההנחה של הגמרא היא כי ניתן לומר מיגו מסוג זה, על אף שדרך ההילוך של המיגו במקרה זה הוא, כי החייב שיכול היה לכפור בחצי הממון שמודה שנטל, כדי לזכות בטענתו ביחס לחצי הממון האחר שכפר בו. משמע כי אומרים מיגו מממון לממון.

ה"מרדכי" מיישב את קושיית השר מקוצי "יש לומר דהיינו לפטור משבועה, דבמיגו כל דהו פטרינן משבועה". כלומר, במקרה של 'מודה במקצת', אין אנו פוטרים את הכופר מחיוב ממון על ידי המיגו, אלא אנו באים רק לפוטרו מחיוב שבועה על המחצית שכפר. כלומר, המיגו אינו בא לפטרו מממון אלא לפטרו משבועה.

מיגו שנועד לפטור משבועה, יכול להיות גם מיגו הנאמר מממון לממון.

ברם, שלכאורה הדברים מחוסרי ביאור, מה ההבדל בין מיגו להיפטר מממון לבין מיגו להיפטר משבועה? אם מיגו מממון לממון הינו מיגו טוב, מדוע אינו מועיל אף לפטור מחיוב ממון?

כדי ליישב שאלה זו יש לעמוד על מהותו וטעמו של הכלל לפיו לא אומרים מיגו מממון לממון.

לעיל עמדנו על שני ביאורים לדין של מיגו. הסבר אחד גורס כי מיגו מחזק את נאמנות בעל הדין עקב כך שיכל לטעון טענה טובה יותר ולא טען. ההסבר השני גורס כי מיגו משמעו "כוח הטענה" הנותן משנה תוקף לטענת הנתבע מכוח הטענה שהיה יכול להעלות ולא העלה.

לפי ההסבר כי מיגו משמעו "נאמנות" לנתבע, מכיוון שהעלה טענה שמכוחה הוא מקבל פחות מאשר במסגרת טענה אחרת, הרי שלכאורה אין הבדל בין מיגו המתייחס לאותו ממון לבין מיגו המתייחס לממון אחר. מדוע אפוא אין לומר מיגו מממון לממון? אולם, לפי הסברו של הרב אלחנן וסרמן כי מיגו משמעו "כוח

---

183. את תשובת הגמרא בהקשר זה הבאנו בפרק זה לעיל בעת שעסקנו בנושא של "מיגו דהעזה".

הטענה" ויש משנה תוקף לטענת הנתבע מכוח הטענה שהיה יכול להעלות ולא העלה, מובן כי מיגו ניתן לומר ביחס לטענה שהיה בידו להעלות **בנוגע לממון זה**, ואין אפשרות לתת משנה תוקף לטענה בממון זה מחמת טענה הנותנת לו כוח - בנוגע לממון אחר.

לפי הסבר זה ניתן לבאר את כוונת ה"מרדכי" כדלהלן:

א. להיפטר משבועה, אין נדרשת אלא נאמנות, שהרי כל עניינה של שבועה הוא שהנתבע רוצה להיות נאמן על ידה בכפירתו. אם אדם נאמן בפנינו ע"י מיגו הרי שהדבר מהווה תחליף מספיק לשבועה, שכן אין לנו הבדל אם נאמנותו הוכחה לנו מחמת שבועה או שנאמנותו הוכחה ע"י מיגו.

ב. לעומת זאת, כדי שמיגו יפטור מממון, לא די בנאמנות, אלא צריך לטעון טענה שיש בכוחה לסתור את הוכחת התובע המבוססת על עדים או שטר. רק מיגו שיש בו "כוח הטענה", מהווה טענה מעולה וברורה, שיש בכוחה לפטור את הנתבע. ממון לממון אין המיגו נותן "כוח הטענה" לכן מיגו ממון לממון מועיל לפטור משבועה אך אינו מועיל לפטור מממון.

ב"נימוקי יוסף" בתחילת מסכת בבא מציעא מובאת התמיהה דלעיל, מדוע מי שטען "חציה שלי" ביחס למציאה ששניים אוחזים בה נוטל רבע, ואין אנו אומרים כי ייטול חציה מכוח מיגו שיכול היה לטעון "כולה שלי והיה נוטל חציה בשבועה". ה"נימוקי יוסף" מתרץ כי אין אומרים מיגו אלא בטענות שקולות. אבל כאן טענת חציה שלי יותר נוחה לנתבע מאשר כפירה בכולה. זהו "מיגו דהעזה" מכוח שלושה טעמים:

א. יותר נוח לאדם לומר חציה שלי שאינו מעז פניו בחברו כל כך, מלומר כולה שלי שיצטרך להעז לגמרי;

ב. אין אומרים מיגו אלא באותו דבר עצמו שהוא תובע או כופר, אבל מדבר לדבר לא (כלומר, אין אומרים מיגו מממון לממון) לפי שאפשר שבדבר אחד הוא מעז ובדבר אחר אינו יכול להעז[184];

---

184. הדברים טעונים ביאור, שהרי לא עסקינן בשני נכסים שונים אלא בשני חצאיה של אותה טלית עצמה.

ג. אילו היינו אומרים מיגו והוא היה נוטל חציה מכוח טענת "חציה שלי", הרי שיותר היה נוח לומר "חציה שלי" ושייטול את כל תביעתו, (חצי) מאשר לומר "כולה שלי" ויטול גם כן רק חציה ומחצית מתביעתו תדחה. לפיכך, כשם שאילו אמר כולה שלי אינו נוטל אלא חצי טענתו כך מי שאומר חציה שלי אינו נוטל אלא חצי טענתו.

על הסבר זה של הנימוקי יוסף מסתערת לכאורה קושייתו של השר מקוצי שהובאה לעיל, כי מן הסוגיה במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' א') עולה כי ניתן לומר מיגו מממון לממון. הנימוקי יוסף לא יכול ליישב כפי שתירץ המרדכי כי שם מדובר במיגו לפטור משבועה, שלצורכו לא צריך כוח הטענה (שאותו אין במיגו מממון לממון) אלא במיגו של נאמנות (שהוא נאמר גם מממון לממון). שהרי לפי הסברו של ה"נימוקי יוסף" הטעם לכך שלא אומרים מיגו מממון לממון נעוץ בהעדר נאמנות (מחמת שזהו מיגו דהעזה). אם זהו פגם בנאמנות הרי שהדבר אמור לגרום שלא יועיל מיגו מממון לממון גם ביחס לפטור משבועה?

הרב חיים הלוי סולובייצ'יק ב"חידושי הגר"ח על הש"ס", מיישב את קושיית השר מקוצי באופן אחר ומבהיר כי בסוגיה של הודאה במקצת הטענה אין זה מיגו מממון לממון, ואין להשוות מקרה זה עם הדין של שניים אוחזים בטלית כשהאחד טוען חציה שלי. הטעם הוא זה:

לגבי טלית זהו מיגו מממון לממון משום שהוא מבקש שנאמין לו בטענתו שחציה שלו במיגו שאילו היה שקרן היה טוען כי גם חצי הטלית השני שלו ואז היה יכול לזכות בעוד רבע מתוך החצי השני של הטלית. במקרה זה הוא לא היה יכול לקבל עוד חלק בחצי הראשון של הטלית שבו עסקינן, אלא היה יכול לזכות ברבע מתוך חצי הטלית השני. ברור כי החצי השני של הטלית הוא ממון אחר וטענה לגביו לא נוגעת לחצי הראשון של הטלית, ועל כן זהו מיגו מממון לממון.

לעומת זאת, במודה במקצת כשהוא כופר בכל הממון ומהימן על כך, אין לומר כי הוא נאמן על מקצת הממון הראשון מכיוון שהוא נאמן על המקצת השני אלא שזהו דין כופר הכול שנאמן בכל כפירתו, כי כאשר הוא כופר בלא הודאה ולתובע אין ראיות, הרי שלנוכח הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ובהעדר ראיה לתובע - נאמן הנתבע בכפירתו. נמצא כי על החמישים שהוא כופר בהם - הוא נאמן בכפירתו מצד עצמם ולא משום שהכפירה של החמישים האחרים מועילה

לכפירתו על החמישים הראשונים. לפי זה נראה בפשטות כי אין כל שייכות של דין מודה במקצת לדין של מיגו מממון לממון.

כלומר כאשר הגמרא הציעה שכופר במקצת יהא נאמן בכפירתו מתוך שיכל לכפור בממון אחר, אין זה מחמת שהכפירה בממון האחר הייתה מסייעת לו בממון שכפר עתה, אלא מפני שאם היה כופר בממון האחר הייתה משתנה ההגדרה גם בממון הזה שבו כפר, והוא היה מוגדר ככופר הכול גם על ממון זה. כפירה זו היא עצמה פוטרת מחיוב מכוח הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה", והדין שמחייב שבועה נאמר על "מודה במקצת", ואינו חל על כופר הכול.

בהתאם להסברו זה של הגר"ח סולובייצ'יק מיושבת תמיהתו של השר מקוצי, אף לפי שיטת ה"נימוקי יוסף", שהרי הדין של מודה במקצת כלל אינו שייך לדין של מיגו מממון לממון, וממילא אין ראיה שאומרים מיגו מממון לממון ביחס לשבועה או ממון.

יישוב קושיית השר מקוצי

את קושיית השר מקוצי ניתן ליישב בדרך נוספת בהתאם לשיטת רש"י במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' א' בד"ה "מפני מה אמרה תורה"). רש"י ביאר, כי שאלת הגמרא ביחס למודה במקצת מדוע חייב שבועה אינה נובעת כלל מדין מיגו, וממילא אין להקשות שזהו מיגו מממון לממון. לפי רש"י השאלה של הגמ' היא מדוע "לא חשבו **כמשיב אבדה** לפטרו, שלא כפר בכולו". כלומר, שיטת רש"י היא שהגמרא לא שאלה שמודה במקצת ייפטר משבועה מפני שיש לו מיגו, אלא שייפטר מפני שהוא מוגדר כמשיב אבדה. הסבר לכך מצינו ב"פני יהושע" כפי שמתבאר בחידושי הרב נחום פרצוביץ (על בבא מציעא דף ג' עמ' א') כדלהלן:

א. מיגו פירושו קבלת טענתו של נתבע שבא **להיפטר** מתביעת התובע, ועומדת לזכותו טענה אחרת שמכוחה יכול היה לזכות בדין. מיגו הוא אפוא כלי סיוע שהופך את נטלי הראיה במקרה של נתבע המבקש לחמוק מחובת תשלום לתובע.

ב. לעומת זאת שאלת הגמ' הייתה מפני שהיא ראתה את ה"מודה במקצת" כאדם שבא **לשלם**, וממילא הוא מוחזק בעינינו כמהימן כמו מי שבא והשיב אבדה, שהוא אדם ישר בהגדרה.

ג. בעוד שבדרך כלל נתבע המעלה טענת מיגו הוא חשוד בעינינו לשקר ו"נחלץ" מחוסר האמון כלפיו מכוח טענת המיגו, הרי "שבמודה במקצת" עסקינן באדם שמלכתחילה אין לחשוד בו שהרי תמים וישר פועלו, שכן הוא משלם כספים בדומה למשיב אבדה שאין להטיל דופי במהימנותו. תשובת הגמ' היא שגם "המודה במקצת" לא עשה זאת מיוזמתו אלא רק לאחר שתבעו אותו והוא נאלץ להודות במקצת.

ד. ה"פני יהושע" מציין כי שיטת רש"י מוכרחת היא בהתאם לשיטת הר"י מגאש שמיגו אינו מסייע לפטור משבועה כלל. מהי אם כן שאלת הגמרא על הדין של מודה במקצת החייב שבועה, מכך שיכול היה לכפור בכול, הרי זה "מיגו לאפטורי משבועה"? אין זאת אלא ששאלת הגמרא נבעה מכך שיש מהימנות במקרה של מודה במקצת, שאינה נובעת מדין מיגו אלא מדין משיב אבדה.

שיטת רבינו יונה בסוגיית רבא בר שרשום

דוגמא נוספת למיגו מממון לממון מצויה בסוגיה במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב') שהובאה לעיל. שם מצינו כי רבא בר שרשום הִלווה מעות לחברו וסיכם עימו שהפירעון ייעשה בדרך של נטילת קרקע כמשכון ואכילת פירותיה במשך מספר שנים, ובתום התקופה יוחזר הנכס הממושכן. הלווה מת, ורבא בר שרשום הסתיר את שטר המשכנתא שבו ניתן לראות את מועד סיום המשכנתא. הוא המשיך להחזיק בקרקע כאילו המשכנתא נמשכת. לשאלת אביי טען כי אמנם המשכנתא נגמרה, אלא שהוא נתן הלוואה נוספת לאביהם של היתומים כנגד שטר חוב וזו לא הוחזרה וגם לא הובטחה ע"י משכון. דא עקא, שתקנת חכמים היא כי מכיוון שהיתומים קטנים ולא יודעים מה היה בימי אביהם, על כן מי שמנסה להיפרע מהם חייב שבועה, אף כשיש שטר חוב בידו. משום כך, תכנן רבא בר שרשום להמשיך להחזיק בקרקע ולהיפרע מחובו באמצעותה, ולהיות נאמן על כך במיגו שהיה יכול לטעון שהקרקע שלו, ולאחר שיסיים לאכול פירות בגובה דמי ההלוואה הנוספת - ישיב את הקרקע לבעליה.

רבינו יונה בספר "עליות" מדייק בגמ' שרבא בר שרשום העדיף קודם לאכול את פירות הקרקע כשיעור הלוואתו כדי שיהיה מוחזק, אבל אילו היה רוצה להיות נאמן במיגו לפני שאכל את הפירות לא היה המיגו מועיל לו. שואל רבינו יונה,

מדוע סבר רבא בר שרשום כי עליו לטעון זאת מראש? רבינו יונה משיב על קושי זה שלושה תירוצים:

א. ככל שהיה טוען לפני האכילה היה זה מיגו להוציא ממון, שהרי הוא בא להיפרע את ההלוואה השנייה מכוח מיגו.

ב. זהו מיגו לפטור משבועה ולשיטת הר"י מגאש והגאונים שהובאה לעיל, מיגו לא מועיל להיפטר משבועה[185].

ג. זהו מיגו מממון לממון מכיוון שהוא מבקש לזכות **בכספי ההלוואה** במיגו שהיה טוען על קרקע שהיא קנויה לו. "ולא מצינו תורת מיגו אלא במי שבא לזכות בממון מתוך שהיה יכול לזכות **באותו ממון עצמו** בטענה אחרת".

ביחס להסברו הראשון של רבינו יונה יש להבין מדוע נחשב הדבר כ"מיגו להוציא", אף על פי שיש שטר בידו? הן הכלל שאין אומרים מיגו להוציא נאמר לנוכח הכלל ש"המוציא מחברו עליו הראיה" והראיה הנדרשת היא שני עדים ולא מיגו. אבל כאן היה ביד התובע (רבא בר שרשום) שטר שחתומים בו עדים ואם כן לכאורה אין זה מיגו להוציא? רבינו יונה מחדש אפוא כי מכיוון שיש תקנת חכמים כי שטר זה לבדו אינו מועיל כנגד יתומים והמלווה חייב גם שבועה, נמצא כי אלמלא המיגו לא היה בידו ליטול מן היתומים את הממון באמצעות השטר. על כן זהו מיגו להוציא.

בדברים אלו יש חידוש רב, שהרי כאמור בידו של רבא בר שרשום היה שטר שכמוהו כעדים התומכים בטענתו שיש חוב. הצורך במיגו הוא כדי לפטור אותו משבועה, ואם כן אין זה פטור מהבאת עדים כדי להוציא ממון מחברו, אלא כדי לפטור משבועה, ולכך אמור להועיל מיגו. על אף זאת מחדש רבינו יונה כי זהו "מיגו להוציא ממון"[186].

ייתכן כי מכיוון שזהו חידוש רב, הביא רבינו יונה שני הסברים נוספים.

---

185. לא כל הראשונים מסכימים כי מיגו אינו מועיל לפטור משבועה. ייתכן כי משום כך הביא רבינו יונה את ההסבר השלישי.

186. הסבר זה תואם לשיטת "תרומת הדשן" בסימן שי"ד, שהובאה בתת פרק ג ענף ה' לעיל, לפיה הכלל של מיגו להוציא לא אמרינן, מתייחס גם למקרה שבו נטל הראיה של התובע אינו מחייב להביא עדים.

שני ההסברים האחרים של רבינו יונה עולים יפה רק לפי ההסבר כי מיגו חל מחמת "כוח הטענה" ולא מכוח היותו תוספת בירור. כך ראינו לעיל כי אם מיגו מועיל מדין נאמנות יש בכוחו אף לפטור משבועה, שהרי חלף הנאמנות שמעניקה השבועה, חיזק התובע את נאמנותו באמצעות מיגו[187]. לעומת זאת אם מיגו מועיל מחמת כוח הטענה אין בו כדי לסייע להיפטר משבועה, שהרי שבועה באה מדין נאמנות, והוספת כוח לטענת התובע אינה יכולה לבא חלף הצורך בבירור נאמנות הטענה ע"י שבועה[188].

כמו כן ראינו לעיל, כי אם מיגו נובע מדין נאמנות הרי שהוא יחול אף ביחס למיגו מממון לממון. רק אם מיגו מועיל מחמת "כוח הטענה" מובן מדוע אין אומרים מיגו לפטור משבועה ולא מיגו מממון לממון. על כן, ייתכן כי כדי להבהיר את הסוגיה אף לפי מי שסובר שמיגו מועיל מחמת החיזוק למהימנות בעל הדין היה צורך לחדש כי מיגו להוציא לא אמרינן, ובירור של מיגו יועיל להחזיק ממון ולא להוציא ממון.

ט. מיגו לאפטורי משבועה

חז"ל תיקנו כי השותפין והאריסין חייבים להישבע כשהם נוטלים את חלקם, ככל שהעומד מולם חושד בהם ומבקש זאת. אך אם אין ראיה שפלוני היה שותף או אריס, והתובע טוען כי הנתבע שותף בעסקו, או כי קרקע המעובדת ע"י הנתבע שלו היא וזה שמעבדה רק אריס שלו, הרי שאם אין ראיות לטענת התובע, יכול הנתבע לכפור וממילא לאור הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" התביעה תידחה. אבל, אם הנתבע מודה בטענה שהוא שותף, אלא שהוא טוען כי נהג בשותפו ביושר ובאמונה, ובמקרה של אריס הוא טוען כי לא נטל מאומה שלא כדין והוא מבקש ליטול חלקו בלי שבועה, זהו לכאורה מקרה מובהק שיש להאמין לנתבע מכוח מיגו שהיה בידו להכחיש את השותפות או האריסות. ולא היא. הלכה פסוקה היא ברמב"ם הלכות

---

187. מצד שני ייתכן לומר כי כאשר התורה הורתה שבירור ייעשה ע"י שבועה, הרי שמיגו אינו יכול לבא חלף שבועה וזו שיטת הראשונים החולקת וסוברת שמיגו לא מועיל לפטור משבועה.

188. ברם, מייד להלן נראה את הסברו של הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שיעורים" ממנו נראה כי אדרבה, דווקא אם נוקטים שמיגו חל מחמת כוח הטענה ניתן לומר שמיגו פוטר משבועה, שכן אין המדובר במיגו שבא כבירור במקום שבועה, אלא שבמקום שיש מיגו אין צורך בשבועה מלכתחילה.

שלוחין ושותפין (פרק ט׳ הלכה ד׳) שהמיגו לא מועיל והנתבע מחויב להישבע כי לא נטל דבר שלא כדין: ״אף על פי שאין שם עדים שזה אריסו או שותפו אלא הוא מודה מפי עצמו ואמר שותפו או אריסו או בן ביתו אני, אבל לא גזלתי כלום, הרי זה נשבע בנקיטת חפץ. (מפני) שאין אומרים מיגו לפוטרו שבועה אלא לפוטרו ממון״. כלומר, מכיוון שבמקרה של שותפות מוכחת או אריסות רשאי השותף התובע לדרוש דין וחשבון שיגובה בשבועה, נמצא כי המיגו אמור לפטור את הנתבע משבועה, והכלל הוא שמיגו מועיל רק להוציא ממון אך כנגד חיוב שבועה לא מועילה טענת מיגו[189].

לעומת שיטתו של הרמב״ם סובר הרא״ש (על מסכת שבועות פרק שביעי סימן ג׳) כי מיגו מועיל גם לפטור משבועה, ובלשונו: ״מה לי ממון מה לי שבועה״. הרא״ש מוסיף ומעיר: ״אטו שבועה לאו ממון הוא, דזימנין דלא בעי אישתבועי וקיהיב ממונא״. כלומר, השבועה אינה נדון עצמאי, שהרי אדם נשבע כדי להיפטר מתשלום. ממילא, ככל שמיגו מועיל לפטור מממון יועיל גם מיגו לפטור משבועה, שהרי כל עיקרה של שבועה אינו אלא לתת לאדם נאמנות ביחס לתביעות ממון, מכיוון שמיגו מועיל לפטור מתביעת ממון ״מה הטעם שלא יועיל מיגו לפטור משבועה על אותו ממון, שכל מהותה של השבועה היא לברר נאמנות בענייני ממון ותו לא״.

מהו טעמו של הרמב״ם שמיגו מועיל רק לדיני ממונות אך אינו מועיל לפטור משבועה?

מצינו לכך הסברים שונים בדברי האחרונים, ובין השאר כדלהלן:

ה״**לבוש**״ (חושן משפט סימן רצ״ו סעיף א׳) מבאר כי כשאדם טוען לפטור עצמו ממממון בטענותיו, הוא יודע שהוא צריך לקבל עליו כל חומרות שבועות שבעולם כדי להחזיק דבריו שיאמינו לטענותיו ובוודאי אינו חושש להישבע. אם כן אין זה מיגו

---

189. שיטת ר״י מגאש שאין אומרים מיגו לפטור משבועה תואמת לשיטת רש״י במסכת בבא מציעא דף ג׳ עמ׳ א׳ ביחס לחיוב שבועה של מודה במקצת, עליה עמדנו לעיל. רש״י שם מבאר כי שאלת הגמרא היא מדוע שלא ייאמן בטענתו כדין משיב אבדה. כלומר, שאלת הגמרא מדוע מודה במקצת חייב שבועה אינה נובעת מדין מיגו, אלא מדין משיב אבדה. אין זאת אלא ששיטת רש״י תואמת לשיטת ר״י מגאש שיש מהימנות במקרה של מודה במקצת, שאינה נובעת מדין מיגו אלא מדין משיב אבדה, שכן בנאמנות של מיגו אין כדי לפטור משבועה.

טוב לומר כי היה בידו לטעון טענה הפוטרת אותו משבועה, שהרי הוא טוען ברצון רב טענה שיש בה לחייב אותו בשבועה ובלבד שיאמינו לו כדי לפטור אותו מחיוב ממון. אם כן, "היאך נפטור אותו מטעם מיגו, בזמן שהוא עצמו לא חשב להיפטר, מה שאין כן במיגו דממון מפטור לפטור". כלומר, אדם הרוצה להיפטר מחיוב ממון אדיש לעניין השבועה ושתי הטענות זהות בעיניו, אף שאחת מחייבת שבועה והשנייה לא, שכן שתי הטענות משרתות את מטרתו הנעלה בעיניו - להיפטר מחיוב ממוני. אם כן, אין להאמין לו שאילו היה משקר היה בוחר בטענה אחרת כדי להיפטר משבועה, שכן בעיניו הטענות שוות[190].

הסבר זה אינו תקף כמובן אם מיגו חל מחמת "כוח הטענה" שהרי לפי הסבר זה עצם העובדה שהייתה בידו טענה הפוטרת משבועה מעניקה לטענתו הנוכחית כוח זהה ואין הדבר תלוי בשיקולי כדאיות ונאמנות של בעל הדין. נמצא כי שיטת הרמב"ם מובנת לפי הביאור שמיגו נובע מנאמנות ולא מ"כוח הטענה".

הסמ"ע (שם ס"ק א') מבאר כי "דווקא בהוצאת ממון הקלו לומר מיגו, כי קשה להוציא ממון מיד בעליו. אבל היכא שנפטר בשבועה מהוצאת ממון לא רצו חז"ל לפטרו בשבועה מכוח מיגו". כלומר, מיגו פועל לטובת הנתבע מכוח קולא שמקילים על המוחזק שלא לשלם כשיש לו מיגו, וכדי שלא להוציא ממנו ממון בלא עדים בניגוד לכלל שהמוציא מחברו עליו הראיה בעדים. אבל, לגבי שבועה לא נאמרה קולא זו.

ברם, שהסבר זה אינו מיישב את הערת הרא"ש כי השבועה אינה מכוונת אלא לדחיית תביעת הממון ומשמועיל המיגו לעניין הממון מה טעם לא יועיל לעניין השבועה? כמו כן, תמה הש"ך שם על דברי הסמ"ע, שהרי "מיגו מועיל מדאורייתא, **ובדאורייתא** אין מקום לחלק אם הקלו עליו **חכמים** אם לאו". הט"ז מוסיף ומקשה על הסמ"ע, שהרי מצינו שיטה בראשונים לפיה מיגו מועיל אף להוציא ממון[191].

---

190. ייתכן אף לומר יתרה מכך, כי הוא בחר בכוונת מכוון בטענה שיש בה שבועה כדי שתוטל עליו שבועה והוא ייצא נאמן בבית הדין באופן ברור. אכן, כעת הוא מבקש להיפטר משבועה וייתכן שכעת נכנס חשש בליבו, אבל מיגו כבר אין לו שכן בחר בתחילה בטענה המחייבת שבועה בכוונת מכוון.

191. אם כי ייתכן ששיטת הרמב"ם והר"י מגאש חולקת על שיטת ראשונים זו. וראה חמדת שלמה כתובות י"ז עמ' ב' ד"ה "אמנם" שרבה בב"מ דף ג' עמ' א' לגבי מודה במקצת לשיטתו שסבר שאומרים מיגו להוציא וא"כ ק"ו לאפטורי משבועה.

העילוי ממייצ'יט (סימן נ"א) **ביאר כי בכל מיגו אין בירור מוחלט שהוא אומר אמת כשהוא בוחר בטענה קלושה יותר, שכן ייתכן כי הוא אכן משקר בטענתו ובכל זאת בחר בה ולא בטענה טובה יותר, ביודעו כי טענה זו תזכה אותו בנאמנות מכוח מיגו. ממילא נמצא כי גם אחרי המיגו בפנינו ספק (שמא הוא אדם מניפולטיבי), אלא שהכלל הוא כי אי אפשר לחייב בדיני ממונות מכוח ספק[192]. אולם, לעניין שבועה לא די במיגו, שהרי אין במיגו כדי להוציא מכלל ספק ואדרבה השבועה הרי באה לסלק את הספק. ודוק, גם לפי הסבר זה נמצא כי מיגו תקף לשיטת הרמב"ם מחמת נאמנות ולא מתוקף "כוח הטענה", שהרי סברת העילוי ממייצ'יט מתייחסת לספק שנותר בנאמנות התובע בעקבות הסברה שהעלה את הטענה החלשה ביודעין שבכך יחול עליה מיגו. ספק זה בעניין האמינות אינו צריך להשפיע על הדין אם מיגו מעניק כוח טענה שהרי במקרה זה עצם העובדה שבידו טענה חזקה מעניקה משקל לטענה שהעלה, ואין נפקות למניע שלו לבחור בטענה זו.**

הט"ז (שם ס"ק א') **ביאר, כי מיגו מועיל מכוח בירור של נאמנות, ובכך הוא דומה לרוב.**

ברם, שביחס לרוב הכלל הוא כי במקום שניתן לברר את המציאות לא סומכים על הרוב.

שבועה היא אמצעי בירור. שכן מי שמשקר יימנע מלהישבע, על כן לא סומכים על מיגו לפטור משבועה ולהימנע מבירור.

הסברה היא כי שבועה עדיפה על מיגו שכך מיגו מושתת על הנחה כי מי שמשקר בוחר טענה טובה יותר ואם לא עשה כן מן הסתם הוא דובר אמת. ברם שניתן לפקפק בהנחה האמורה שכן ייתכן שאדם בוחר בטענה פחות טובה מהסיבה הפשוטה שהוא כלל לא חשב על הטענה הטובה יותר. לעומת זאת שבועה היא אמצעי חריף מאוד שאדם שאינו דובר אמת נמנע ממנו בתוקף.

ודוק, גם לפי הסבר זה נמצא כי לשיטת הרמב"ם מיגו אינו תקף מחמת כוח הטענה אלא מחמת דין נאמנות.

---

192. ברם, שגם על הסבר זה יש לתמוה בהתאם לשיטת הראשונים שאומרים מיגו לא רק להחזיק בממון אלא גם להוציא ממון. אם כי ייתכן ששיטת הרמב"ם והר"י מגאש חולקת על שיטת ראשונים זו.

הסברו של הר"ן

ה"כסף משנה" מציין כי מקור דברי הרמב"ם הוא בשיטת הר"י מגא"ש, והרמב"ם "נמשך אחר רבו" הר"י מגאש, הנוקט כי מיגו לפטור משבועה אין אומרים. דברי הר"י מגאש הובאו בר"ן במסכת שבועות (דף מ"ה עמ' ב'), וההוכחה שלו לכך שאין אומרים מיגו כדי להיפטר משבועה היא מכך שבגמרא שם מצינו כי אם עד אחד מעיד שהנתבע לווה והנתבע מכחיש - צריך הנתבע להישבע שלא לווה, אף שיש לו מיגו שיכול היה לטעון פרעתי ולהיפטר משבועה. הרי לנו ראיה כי למרות המיגו יש חיוב שבועה. ברם, שבאותו עניין הייתה כאמור עדות של עד אחד כנגד טענתו של הנתבע, ועל כן דחה הר"ן ראיה זו של ר"י מגאש, שכן כל עוד שבעל הדין לא נשבע בבואו להכחיש את דברי העד שהעיד כנגדו, הרי שהעד נאמן כשני עדים. ממילא אין מיגו, שהרי אין אומרים מיגו במקום עדים.

נמצא כי אין לנו ראיה שמיגו לא מועיל לפטור משבועה במקום שאין עדים כלל.

על שיטת הר"ן שואל הרב אלחנן וסרמן (ב"קובץ שיעורים" חלק ב' סימן ו') אם כוח מיגו שווה לכוח של שבועה ויש במיגו כדי לפטור משבועה, למה כשיש עד אחד המיגו לא פוטר? הרי שבועה מועילה כנגד עד אחד, ואם כן גם מיגו צריך להועיל כנגד עד אחד? מה הנפקות בכך שהגדרנו את כוח העד האחד ככוח שני עדים, הרי שבועה מועילה כנגד העד השווה כשניים, ואם כן שגם מיגו יועיל כנגדו ויהא העד האחד מוכחש ע"י מיגו כפי שהוא מוכחש ע"י שבועה? על תמיהה זו משיב "קובץ שיעורים" שם, כי אם אומרים שמיגו מועיל לפטור משבועה, אין פירוש הדבר שע"י טענת מיגו הרי הוא כמי שנשבע, אלא שמלכתחילה חיוב שבועה הוחל רק כשאין לו נאמנות לטענתו. אבל כשיש לו מיגו לא חל מלכתחילה חיוב שבועה. כלומר, במקום שאין לו מיגו הטעם לכך שאינו נאמן, אינו מפני שצריך להישבע, אלא להפך הוא צריך להישבע רק כשאינו נאמן בטענתו.

הסברו של "קהילות יעקב"

הסבר אחר לכלל שאין אומרים מיגו לפטור משבועה, מביא הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" על מסכת בבא מציעא (סימן ג'). ה"קהילות יעקב" חידש כי בנוסף למשקל הראייתי של טענת המיגו, שכן אילו היה משקר היה בוחר בטענה טובה יותר, יש במיגו כוח להגדיר את הנתבע כ"מוחזק". מכוח טענתו

הוא היה יכול לקבל את הנכס לידו בבית הדין, ואם כן גם בטענה הרעועה יותר שטען, נהנה הוא מכוח זה של מוחזק[193]. בהתאם למהלך זה מובן לחלוטין כי מיגו לא מועיל לפטור אותו משבועה, שהרי מוחזקות לא מועילה לפטור משבועה. אדרבה, בכל מקום שחייבו שבועה נהנה בעל הדין מחזקת כשרות לפיה מוחזק אדם כשר מישראל לומר אמת, ועל אף מוחזקות זו חייבו אותו להישבע. המיגו אינו פותר את הספק אלא מעניק חזקה ופוטר מלשלם, וממילא אין די בכך כדי לפטור משבועה. לפי הסבר זה נמצא כי ניתן לבאר את שיטת הרמב"ם אף אם סוברים שמיגו נובע מכוח הטענה, שהרי פועלו בהענקת כוח של מוחזקות לתובע מחמת טענתו העדיפה ולא בהענקת מהימנות לטענה.

הסבר זה של "קהילות יעקב" יסייע בידינו להבין גם את שיטת הר"ן שכאמור חולק על הר"י מגאש וסובר שמיגו מועיל לפטור משבועה, ועם זאת מודה כי מיגו דהעזה המועיל לפטור מממון אינו מועיל לפטור משבועה. נפרט:

עמדנו לעיל על הכלל ש"מיגו דהעזה לא אמרינן" לפיו לא עומד לאדם כוח של מיגו אם בטענה שהיה יכול להעלות יש מידה מסוימת של העזה. כך למשל ראינו את הסוגיה במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' א') שהקשתה מדוע המודה במקצת הטענה חייב שבועה? מדוע שלא יהא נאמן מכוח מיגו שהיה בידו לכפור בכל החוב? על כך השיבה הגמרא כי "חזקה אין אדם מעז פניו בפני בעל חובו". כלומר, לא תעמוד לו טענת מיגו שיכול היה לכפור בכל החוב, שכן הוא חש אי נעימות להחציף ולהעז פניו במי שעמד לצדו והלווה לו את הכספים בעת שהיה זקוק להם. מחמת חוסר נעימות זו הוא הודה במקצת. מסוגיה זו עולה אפוא, כי לא חל הכלל של מיגו כאשר בעל הדין נמנע מלהעלות טענה שהיא בגדר של "העזה".

---

193. מכוח דרך הילוך זו ביאר ה"קהילות יעקב" כי מיגו מועיל גם אם בטענה העדיפה היה עליו להעז פניו בפני בעל חובו. אכן, במקרה של "מיגו דהעזה" אין לו כוח ראייתי עדיף (שהרי הטעם שלא טען את הטענה העדיפה שלו אינו מפני שהוא דובר אמת, אלא מפני שלא רצה להעז פניו בבעל חובו) אבל, את "כוח הטענה" יש לו, והוא נחשב מוחזק בנכס מכוח טענה שהיה בידו להעלות. ממילא נחשב הנכס כמצוי תחת רשותו וממשלתו.

לכאורה כלל זה סותר לאמור במסכת שבועות (דף מ"ה עמ' ב')[194]. שם מובהר כי פועל נאמן כאשר הוא נשבע שלא קיבל את שכרו, כיוון שהמעביד טרוד בפועליו ואינו זוכר למי שילם ולמי לא. ברם, הגמרא מסייגת כלל זה למקרה שבו אין ספק שהמעביד שכר את הפועל, כגון שיש עדים על כך, והוויכוח הוא רק אם שכרו של הפועל שולם. אבל אם "שכרו שלא בעדים, מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך מעולם, יכול הוא לומר לו שכרתיך ונתתי לך שכרך". נמצא כי בפנינו מיגו העומד לזכות המעביד, אף שזה "מיגו דהעזה", שהרי נחוצה העזה גדולה לעמוד מול עובד שעשה את מלאכתו והשקיע מחֵלבו ומדמו ולומר: "לא שכרתיך". סוגיה ערוכה מוכיחה אפוא כי אומרים מיגו דהעזה.

עוד מצינו במסכת בבא בתרא (דף ל"ו עמ' א') אודות עיזים שאכלו בשדה של פלוני והזיקו לו. בתגובה תפס בעל השדה את העיזים לחזקתו. אמר אביו של האמורא שמואל כי התופס נאמן לטעון שהעיזים גרמו לו נזקים עד כדי דמיהם של העיזים שבידו. נאמנות זו נובעת מדין מיגו, שהרי יכול היה לומר שהעיזים שלו ("לקוחות הן בידי"). הנה כי כן, בפנינו נאמנות של מיגו על אף שנחוצה העזה של גזלן להביט בעיניו של בעל החפץ ולומר לו קניתי ממך את החפץ, שעה שלא קנהו ממנו מעולם. בפנינו אפוא מיגו דהעזה והוא מועיל[195].

על קושי זה עמדו תוס' במסכת בבא קמא (דף ק"ז עמ' א' ד"ה "עירוב"), ותירצו כי חיוב השבועה שנאמר בהלוואה הוטל דווקא כשטוען טענה שיש בה כפירה והעזה כלפי חברו כמו בתובעו הלוואה והוא מודה במקצת, אבל בטענה שאין הנתבע יודע מה היה, כמו בתובע את בעל הבית שיודע שהוא טרוד בפועליו ולא שם לב, או בעיזים שאכלו שלא בידיעתו של בעליהם, ואין העזה בטענתו לא חייבו שבועה כי אין זה דומה לטענת הלוואה שעליה נאמר שיש חיוב שבועה.[196]

---

194. ר' תוספות ב"ק דף ק"ז עמ' א'.

195. ברם, רבי יהונתן אייבשיץ בספרו "אורים ותומים" כללי מיגו ע"ד, תמה על ראיה זו שהרי המיגו אינו מחייב שיעז פניו בפני הבעלים, שהרי בידו לומר לקחתיו מאדם אחר.

196. בלשון תוספות: "לא דמי למידי דכפירה דלכפור ודאי אינו מעיז במידי דידע ביה חבריה והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו".

מה פשר הדברים? מדוע צריך העזה בתביעתו, האם זו גזירת הכתוב ללא טעם? "קצות החושן" (סימן פ"ב ס"ק י"ד) כתב על כך "דבריהם סתומים מאוד"[197]. ברם, נראה כי זו הסברא שהבאנו לעיל, שלא חייבה התורה שבועה אלא כאשר הוא תובע דבר שהשני יודע את האמת, שאז טענתו חזקה יותר כי אם לא היה בטוח בדבריו לא היה מעז לתובעו כשחברו מכיר בשקרו. ועל כן יש בכוחה של טענה כזו לחייב שבועה. אבל כשתובעו דבר שיודע שחברו לא יודע ואין העזה בתביעתו זו טענה חלשה יותר ולא מחייבת שבועה.

הש"ך (בכללי מיגו באות ו') פירש בדעת התוספות שיש להבחין בין מיגו לפטור מממון, שאותו אומרים גם כאשר עסקינן בהעזה, לבין מיגו לפטור משבועה שאותו לא אומרים. אכן, ספק רב אם זו הכוונה בדברי תוספות[198]. מכל מקום הר"ן נקט בדרך זו וביאר כי הסוגיה בבא מציעא (דף ג' עמ' א') עסקה בפטור משבועה ועל כך השיבה הגמ' שבהעזה אין מיגו. לעומת זאת, שתי הסוגיות האחרות (של פועל התובע שכרו ושל בעל השדה שהעיזים אכלו מהיבול שלו) עוסקות בחיוב ממוני, ולגבי ממון מועיל גם מיגו דהעזה.

ברם, מה פשר שיטתו זו של הר"ן? הן הוא סבור כי מיגו מועיל לפטור משבועה, ואם אנו אומרים שמיגו דהעזה הוא מיגו טוב להוציא ממון, למה אין מיגו דהעזה מועיל לפטור משבועה?

על כך משיב "קהילות יעקב" (שם), כי אין להוציא ממון מן המוחזק. מיגו מסייע בידי הנתבע להיחשב למוחזק. על כן, אף אם לנתבע יש מיגו חלש[199] אין להוציא

---

197. "קצות החושן" ממשיך ומציין "ואין לדברים אלו ביאור כלל, וכבר התחבטו בדבריהם כל האחרונים ז"ל ופירשו פירושים מתחלפים. עיין מה שכתב הש"ך בכללי מיגו אות ו' בביאור דבריהם, וב"פני יהושע" בחידושיו שם, וגם ב"תומים" (קיצור כללי מיגו אות ע"ב) מאריך בזה".

198. כתב התומים כללי מיגו אות ע"ד: "אם כי הדברים נכונים בעצמם כי כן דעת רוב מחברים (לחלק לדינא), מכל מקום אי אפשר לפרשו בלשון התוס' כלל. ומה זה למידי דכפירה, ואין בכל דברי התוס' ממש תיבה אחת רמז לזה לחלק בין ממון לשבועה".

199. מיגו דהעזה הוא חלש מאוד מבחינת המשקל הראייתי שלו, שהרי הטעם לכך שאדם לא נוקט בטענה טובה יותר שלו אינה נובעת מכך שהוא דבק באמת, אלא מכך שהטענה הטובה יותר כרוכה בהעזה.

את הממון מידו. אבל כאשר התורה הטילה שבועה על המוחזק, הרי זה כאילו התורה אומרת שהחזקתו בחפץ טעונה בירור חזק של שבועה וככל שלא יישבע יפסיד, ובמקום שנחוץ בירור חזק של שבועה לא ניתן לפטור אותו משבועה ע"י מיגו חלש שכזה. לכן מיגו דהעזה לא פוטר משבועה[200]. הווי אומר, כי מיגו דהעזה תלוי בטבע בני האדם, ויש מי שאינו מעז פניו ויש מי שמעז לעשות כן, לכן זה ספק. ממילא, בממון די בספק כדי שהתובע לא יוכל להוציא ממנו ממון שהרי "המוציא מחברו עליו הראיה". אבל, לעניין שבועה שבאה מלכתחילה על הספק, לא מועיל מיגו, שהרי גם אם אנו מניחים שהוא טוען אמת - הוא חייב להישבע.

ודוק היטב, בהתאם להסברו של ה"קובץ שיעורים" (חלק ב' סימן ג' אות כ') הדברים מקבלים משנה בהירות, שהרי ראינו כי מיגו דהעזה נחות ממיגו רגיל רק בדרגת הבירור שבדבר, אבל מבחינת כוח הנאמנות אין הבדל בין מיגו למיגו. לכן לעניין ממון מועיל מיגו דהעזה, שהרי המיגו פועל מחמת "כוח הטענה" וביחס לכך אין הבדל בין מיגו למיגו. לעומת זאת, לצורך פטור משבועה לא מועיל מיגו דהעזה, מפני שלעניין פטור משבועה צריך בירור, ומיגו דהעזה אינו מברר היטב.

"קצות החושן"[201] מוסיף ומבהיר הבחנה זו, באופן שהינו מובן אף אם מיגו מועיל מכוח בירור ואף בדיני ממונות. הסברו של "קצות החושן" הוא כדלהלן: אכן, מיגו דהעזה חלש הוא, שכן ניתן לומר שהוא מעדיף טענה חלשה יותר לא מכיוון שזו האמת, אלא מכיוון שלא נוח לו בטענה האחרת, שהרי אין אדם מעז פניו בפני מי שיודע את האמת כמוהו. עם זאת, כאשר הוא המוחזק ומבקשים להוציא ממנו ממון ולטעון כי הוא גזלן ומוחזק שלא כדין, הרי שאדם מתנגד לכך בכל צורה, ורואה את התובע כמי שמעז פניו בו. במקרה זה הנתבע "יעז ויעז בכל טענה". על כן, לגבי ממון אומרים מיגו דהעזה. לעומת זאת, לגבי שבועה הכלל הוא כי מי שחשוד על

---

200. סתירה זו בין הסוגיות אינה מבוארת לפי שיטת הרא"ש בשבועות דף פ"ז סימן ג' הסובר כי מיגו מועיל גם לפטור משבועה. ביחס לכך ציין "קהילות יעקב" כי הרא"ש תמה על הר"י מגאש שם "מה לי ממון מה לי שבועה", וביאר הרא"ש כי כל שבועה נוגעת לחיוב ממון ואי אפשר לחלק ביניהם. והיה צריך הרא"ש לתמוה על עצמו ועל כל הראשונים שלגבי העזה כולם מודים לחלק בין ממון לשבועה".

201. קצות החושן סימן פ"ב ס"ק י"ד, לפי שו"ת הרשב"א בתשובה ח"ב סימן רפ"ג.

ממון חשוד גם על שבועה[202] ואם כן בהכרח משמבקשים ממנו להישבע אות הוא שנותנים בו אמון. מכיוון שאין חושדים בו שהוא גזלן ומחזיק שלא כדין ואדרבה הוא בחזקת כשר, הרי שהוא מוחזק לנו כאדם שאין לו נחישות לעשות כל פעולה נועזת ממילא ההנחה היא כי אין הוא מעז פניו בפני בעל דינו, ולכן אין אומרים מיגו דהעזה לפטור משבועה.

י. מיגו במקום ברי ושמא

תובע טוען "מנה לי בידך". ראיות אין לו. הנתבע יכול היה להכחישו ולפי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה - התביעה הייתה נדחית. חלף זאת משיב הנתבע "איני יודע". ביחס לכך מצינו במסכת כתובות (דף י"ב עמ' ב')[203] מחלוקת אמוראים. כלומר, כאשר התובע טוען טענת ברי שאתה חייב לי, ואילו הנתבע אינו מכחיש אלא טוען טענת שמא;

רב הונא ורב יהודה סבורים כי הנתבע חייב לשלם, שכן "ברי ושמא - ברי עדיף";

רב נחמן ורבי יוחנן סבורים שהוא פטור, שכן במקרה זה אין הודאה מצד הנתבע ואילו התובע מצידו לא הביא ראיה כלשהי לטענתו, ואם כן ממשיך לחול הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".

לכאורה שיטת רב הונא ורב יהודה טעונה ביאור, שהרי מדוע שלא יהא הנתבע נאמן בטענתו מכוח מיגו שיכול היה להכחיש את טענת התובע בהכחשה ודאית ובטענת ברי?

על שאלה זו משיב הרב אלחנן וסרמן ("קובץ שיעורים" בבא בתרא אות תס"א)[204] כי בין אם מיגו הוא "נאמנות" ובין אם הוא "כוח הטענה" אין במיגו כדי לסייע לו, שהרי הנתבע אכן נאמן בטענתו ויש לו גם כוח טענה לומר מה שאומר, אלא שמה

---

202. שו"ע חו"מ סימן צ"ב, סעיף ג'. קצות החושן מבאר כי הוא צריך לכפור לו "או משום אשתמוטי או משום ספק מלווה ישנה עד שיזכור, ואם לא יזכור שהוא בוודאי חייב לו מלווה ישנה לא יחזיק מספק וכמו שכתב תוס' בבא מציעא דף ו' עמ' א' ד"ה 'ממון'".

203. כמו כן ראה בבא קמא דף קי"ח עמ' א' וכן בבא מציעא דף צ"ז עמ' ב'.

204. "מקשים העולם, מדוע שלא נאמין לשמא במיגו שיכול לטעון ברי, ומתרצים שאפילו אם נאמינו שאינו יודע - עדיין ברי ושמא עדיף".

הוא אומר? שהוא לא יודע. ובכן, הוא נאמן שהוא אכן לא יודע. אבל לשיטת רב הונא ורב יהודה, מי שלא יודע על חיוב שלטענת התובע הוא אמור לדעת ממנו - משלם[205].

הגמרא במסכת כתובות שם מציינת כי מחלוקת האמוראים מקבילה לכאורה למחלוקת התנאים במשנה שם, כדלהלן:

הנושא את האישה ובעת הנישואין לא מצא לה בתולים. היא אומרת כי כשקדשה, בעת אירוסיהם, עדיין הייתה בתולה וממילא לא היו קידושיה בגדר מקח טעות של הארוס. איתרע מזלו של הבעל ש"נסתחפה שדהו" כלומר הדברים הם בבחינת נזק שאירע לשדה - לאשה כשהיא כבר שלו.

הבעל לעומת זאת טוען שמא 'עד שלא אירסתיך נאנסת והיה מקחי מקח טעות'?

ביחס לתביעת הכתובה על ידי האישה, נחלקו הדעות: רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים כי האישה נאמנת, ולכאורה הדבר נובע מכך שהיא טוענת שברי לה שמגיעה לה כתובתה, והבעל טוען שמא היה מקח טעות ואינו חייב לה כתובה. לכן ברי ושמא ברי עדיף; לעומת זאת רבי יהושע אומר: "לא מפיה אנו חיים" כלומר אין אנו סומכים על דבריה "אלא הרי זו בחזקת בעולה עד שלא תתארס והטעתו, עד שתביא ראיה לדבריה". כלומר, חל הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", וכל עוד שהאישה לא תוכיח כי לא נבעלה קודם האירוסין אין לה כתובה של מאתיים זוז כקבוע לבתולה.

לכאורה בפנינו מחלוקת האם מעדיפים את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", או שמא את הכלל של "ברי ושמא ברי עדיף" כשהכלל של "המוציא מחברו" חל רק על נתבע המעלה טענת ברי. ברם, הגמרא דוחה זאת ומבארת כי ייתכן שרבן גמליאל העדיף את טענת האישה לא מחמת הכלל של "ברי ושמא ברי עדיף", אלא מכיוון שעומדת לזכותה של האישה טענת מיגו, שהרי יכלה לטעון כי היא כלל לא

205. "נתיבות המשפט" סימן ע"ה ס"ק ז' הוסיף וביאר כי גם במישור הנאמנות אין להעלות טענה שיהא הנתבע נאמן בטענת שמא שלו במיגו שיכול היה להעלות טענת ברי. זאת מכיוון שיש לומר כי הוא לא העלה טענת שמא והעדיפה על טענת ברי מכיוון שטענת השמא נכונה יותר, אלא עשה כן כיוון ש"ניחא ליה לאדם לטעון איני יודע מאשר לטעון טענת ברי".

נבעלה לאיש אלא בתוליה נשרו מחמת שנפרעה (מוכת עץ) ולכן דינה כבתולה. טענה זו הייתה עדיפה לה שהרי בטענה זו היא אינה מודה שנבעלה באונס ומשום כך היא לא נפסלת להינשא לכהן לאחר מיתת בעלה[206].

על דברי הגמרא הללו תמהים הראשונים, שכן בדרך כלל מיגו מועיל מכיוון שבטענה האחרת היה הנתבע נאמן, לעומת זאת במקרה זה גם אילו הייתה האישה טוענת כי בתוליה נשרו עקב מכה, היא לא הייתה נאמנת לקבל את כתובתה בלא להביא ראיה לדבריה, שהרי הבעל הוא המוחזק בכספי הכתובה ולה אין ראיה לטענתה.

הרשב"א השיב על כך כי מכיוון שהתובע אף הוא אינו יודע מה קרה וטוען טענת שמא, די אף במיגו כזה להועיל לה.

ונשאלת השאלה, מדוע? הרי בסופו של דבר הבעל מוחזק בכספו, האישה באה להוציא מידו - בלי ראיה, כאשר מה שעומד לצידה הוא שתי טענות שבשתיהן לא הייתה מהימנת. כיצד יכולה היא אפוא להוציא מידו, רק מכיוון שגם הוא לא יודע מה היה? וכי מה נפקות בכך שאינו יודע, כאשר נטל הראיה לא עליו אלא עליה. הוא המוחזק ולה אין ראיה. מה מחייב אותו לשלם?

על שאלה זו משיב הרב אלחנן וסרמן "קובץ שיעורים" (חלק ב' סימן ג' באות כ"ד) כי אכן אילו מיגו היה פועל מחמת 'נאמנות', הרי ש'אין אדם יכול להרים עצמו בשרוכי נעליו' ולבקש לזכות בתביעה מכוח מיגו שיכול היה להעלות טענה אחרת שגם בה לא היה נאמן. אבל, כאן המיגו פועל מכיוון ש"אנן סהדי דמה לי לשקר, ואינו נאמן בכהאי גוונא אלא במקום דליכא הכחשה, אבל במקום הכחשה צריך מיגו שיהא לו כוח הנאמנות של הטענה האחרת".

כלומר, כוח הטענה אין כאן כי אין לה כוח בטענה ההיא שתיתן לה כוח בטענה זו. אולם בירור יש וכולנו עדים (אנן סהדי) כי דיברה אמת, שהרי גם אם אין בידה להעלות טענה שתזכה אותה במאתיים מנה, טוב לה לומר כי מכה השירה את בתוליה ולא אדם, שהרי בטענה זו אינה נפסלת לכהונה. משלא בחרה לומר כן הרי שזה סימן שהיא דבקה באמת וגרסתה היא הנכונה.

---

206. אנוסה תחת בעלה אסורה לכהן, ואלמנה מותרת לכהן הדיוט.

בפנינו אם כן מיגו מסוג חדש, שבו יש לבעל דין נאמנות במה שטען עתה במיגו שיכול היה להעלות טענה אחרת נוחה יותר, למרות שבטענה האחרת עצמה אינו נאמן. נאמנותו נובעת מרגש, הטענה האחרת הייתה טובה לו בהיבט מסוים, וממילא עצם העובדה שבחר שלא להעלותה מלמדת כי דברו אמת. הרשב"א מביא לכך ראיה מרהיבה מן הסוגיה במסכת קידושין (דף נ' עמ' א') כדלהלן. הגמרא דנה שם בכלל של "דברים שבלב אינם דברים", לפיו אין אפשרות ליצור תנאי המסייג פעולה שביצע אדם, אם הדברים לא נאמרו על ידו במפורש. הגמרא מביאה כדוגמא לכך אדם ששלח שליח להביא לו מעות מן החלון והשליח הביא לו. לאחר מכן התברר שהיו בחלון גם מעות של הקדש וגם מעות של חולין, והשליח הביא מהחלון את מעות ההקדש ובכן גרם לכך שבעל הבית הוציא את מעות ההקדש לקניית דברי חולין. לפי הכלל שהקדש מתחלל גם בשוגג הרי שבעל הבית עבר על איסור של מעילה. בעל הבית טען להגנתו כי לא הוא מעל, מכיוון שהשתמש במעות כבר, מעל השליח, כיוון שהשליח לא עשה את שליחותו, שכן כוונתו הייתה שהשליח יביא לו את המעות האחרות - של חולין - שהיו בחלון. ברם, מכיוון שהוא לא אמר לשליח איזה מעות להביא, הדין הוא כי "דברים שבלב אינם דברים". כוונתו של בעל הבית אינה משנה דבר, ומכיוון שלא סייג את דבריו ולא ציין אלו מעות להביא הרי שכל המעות שבחלון כלולות בשליחותו. נמצא כי השליח לא שינה מצו השליחות במאומה וממילא בעל הבית מעל וחייב להביא קרבן על מעילתו בשוגג. שואלת הגמרא כיצד מוכיחים מכאן שדברים שבלב אינם דברים, אולי בדרך כלל גם דברים שניתן להסיק מכללא נחשבים לדברים, ואילו היינו מאמינים לבעל הבית כי לכך כיוון, הרי שכוונתו הייתה מועילה והמעות של הקדש לא היו כלולות בשליחות. אלא שכאן בעל הבית אינו נאמן כלל לומר כי התכוון רק למעות חולין ולא למעות הקדש, ואנו חושדים בו שהוא טוען כך כדי להיפטר מהבאת הקרבן. על כך משיבה הגמרא כי ודאי שיש להאמין לבעל הבית בטענתו שלא כיוון למעות ההקדש, שהרי אילו היה משקר ומעלה טענת שקר רק כדי להיפטר מקרבן מעילה, הרי שהיה בידו לטעון "מזיד הייתי" ומי שהזיד במעילה פטור מקרבן.[207]

207. וממשיכה הגמ' שם, וכי איזה מיגו עומד לו, הרי גם אילו היה טוען "מזיד הייתי" לא היה נאמן לפטור את עצמו מהקרבן, שכן הכלל הוא כי "אין אדם משים עצמו

רואים אנו אפוא כי הגמרא סברה שטענת "מזיד הייתי" מקובלת יותר מאשר לומר "התכוונתי בלב רק למעות חולין ולא ציינתי זאת" - שזו נראית טענה גרועה ומגוחכת, שהרי מי שיודע שיש מעות הקדש בחלון ומתכוון שלא להשתמש בהם - מציין זאת בפני השליח ומזהיר אותו על כך. נמצא כי מועיל לבעל הדין גם מיגו שבו בעל הדין לא העלה טענה אחרת, שאין לה נפקות מעשית מזו שהועלתה, והיא לא הייתה מועילה לו, אבל היא מוציאה את הטוען באור חיובי או הגיוני יותר. עצם העובדה שאדם מעלה טענה קלושה כשיש טענה המוציאה אותו באור חיובי יותר מעניקה לטענה שהועלתה מהימנות של מיגו.

ודוק: במיגו הזה אין כוח טענה, שהרי הטענה החילופית נעדרת כוח מבחינת תוצאת הדין, אך במישור הנאמנות יש במיגו כדי להועיל. לא מדובר בטענות להוצאת ממון, ולא ביחסים שבין תובע לנתבע, וממילא אין זה מיגו של 'כוח הטענה'.

מכל מקום ראיית הרשב"א היא כי יש 'בירור' בנאמנות האדם גם כאשר הוא טוען טענה חלשה במקום לטעון טענה חזקה, למרות שאין בין שתי הטענות נפקות מעשית.

עם זאת הרשב"א כאמור מסייג את דבריו, וקובע כי במיגו מסוג זה, שבו האישה אומרת אנוסה הייתי אחרי האירוסין ויש לה מיגו שיכלה לטעון כי בתוליה נשרו כתוצאה ממכה, היא נאמנת רק כאשר הבעל טען טענת שמא[208]. אבל, אילו היה הבעל טוען טענת ברי לא היה המיגו מועיל. מה טעם הדבר? לכאורה מכיוון שיש

רשע"? ומיישבת שיכל לומר: "נזכרתי", דהיינו שלפני שהשליח הוציא את המעות נזכר המשלח שהם של הקדש והכלל הוא: "נזכר בעה"ב ולא נזכר שליח, שליח מעל".

208. הסוגיה בכתובות מציינת עוד הסבר לפיו מדובר בטענת ברי ושמא נגד חזקה, שכן לאשה הטוענת כי בתוליה נשרו מאוחר יותר לאחר האירוסין יש חזקת הגוף שהייתה לפני לידת הספק בתולה. לפי הסבר זה יש לכאורה לתמוה איך הסיק הרשב"א (ופוסקים רבים) שמועיל מיגו להוציא כאשר בפנינו ברי נגד שמא, הן יש הסבר חילופי זה שאינו מסכים עם התירוץ שניתן להוציא מידי מוחזק ע"י מיגו בצירוף עם ברי נגד שמא? ואם כן, בהינתן שיש תירוץ אחר איך ניתן להוציא מנתבע בספיקא דדינא? וייתכן לומר שהגמרא לא חזרה בה מהיסוד שברי ומיגו מועיל נגד שמא, רק חזרה בה שמיגו שאין בו כוח הטענה יוכל להועיל גם נגד חזקת הגוף, ולא די לגמ' כעת בתשובת הרשב"א שזה ג"כ מיגו.

כאן מיגו למה לא תהא נאמנת גם כשהבעל טוען טענת ברי? נראה לומר כי הטעם לכך נעוץ בדין ש"מיגו להוציא לא אמרינן". האישה מנסה עם טענתה להוציא כסף מידי הבעל בגין כתובתה בשיעור שמשולם למי שהייתה בתולה בעת אירוסיה, ובכך היא מבקשת להוציא ממון מחזקתו. אכן, מחלוקת ראשונים היא האם אומרים "מיגו להוציא" וניתן היה לומר לכאורה כי דעת הרשב"א היא שאין אומרים מיגו להוציא, (ואכן כך מצינו בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן ק' "דקיימא לן דמיגו לאפוקי ממונא לא אמרינן").

ודוק, ראינו לעיל את שיטת הרמב"ן במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב') הסובר שמיגו להוציא אמרינן, וראייתו הראשונה של הרמב"ן היא מן הסוגיה דנא, שבה רבן גמליאל אומר שיש להאמין לאשה לקבל את כתובתה במיגו, ומכאן שמיגו להוציא אמרינן. לפי זה, כל הראשונים הסוברים שלא אמרינן, יתרצו את הסוגיה דנא כפי שכתב הרשב"א, שבאמת לו היה הבעל טוען טענת ברי לא הייתה האישה יכולה להוציא ממון מידו מכיוון שמיגו להוציא לא אמרינן. אבל קשה, כי אם כן גם כשהבעל טוען טענת שמא איך האישה מוציאה מידו את כתובתה, הרי בסופו של דבר אין בידיה כל ראיה לדבריה וזהו מיגו להוציא?

אכן יש לבאר, שהרי אנו עוסקים כאן בסוגיית ברי ושמא, לפיה יש הסוברים שברי נגד שמא יכול להוציא ע"י הברי לחוד אלא שהגמרא כאן מבארת שגם החולקים וסוברים שבדרך כלל בכדי להוציא ממון לא די בכך שיש לו טענת ברי ולזה שנגדו רק טענת שמא, ובכל זאת כאן יודו כולם כי הדין עם התובעת, שהרי יש בידי האישה גם טענת ברי וגם נאמנות מיגו. המיגו מועיל לכך שטענת הברי של האישה מתקבלת. על כן אין ראיה שאומרים מיגו להוציא כשהוא בפני עצמו, כי כאן ההוצאה היא ע"י טענת ברי כשהיא מחוזקת במיגו. אבל אילו הייתה מועלית טענת ברי ע"י שני המתדיינים - לא היינו מוציאים מידי המוחזק, כי מיגו להוציא לא אמרינן.

ברם, מלשון הרשב"א בסוגייתנו נראה יותר, שאף לשיטת הרמב"ן הסובר שבדרך כלל מיגו להוציא מועיל גם נגד טענת ברי, כאן לא יועיל המיגו לאישה במקום שהבעל טוען ברי. הטעם לכך הוא שכדי להוציא מידי מוחזק צריך מיגו גמור שיש בו גם כוח הטענה. לעומת זאת המיגו דנא הוא כאמור רק בגדר של בירור ללא כוח טענה, שהרי גם בטענה החילופית לא הייתה האישה נאמנת. ממילא, זהו מיגו רעוע

ולכן יש בו רק כדי לחזק את טענת ברי נגד טענת השמא, ואין בו כדי להוציא מידי המוחזק הטוען טענת ברי.

אכן לפי זה יש מקום לעיין כיצד הוכיח הרמב"ן מסוגיה זו כי מיגו להוציא אמרינן, הרי ניתן לפרוך ראיה זו בנקל ולטעון כי כאן עיקר ההוצאה היא ע"י הברי ושמא, והמיגו הוא רק חיזוק לטענת ברי. אך נראה לבאר עניין זה לפי המהלך דלהלן:

הבאנו לעיל את דברי האחרונים שהבהירו כי הטעם שהטוען טענת ברי זוכה בטענתו הוא מכיוון שטענתו נשארה כטענה שאין עליה תשובה - והוא זוכה מחמת עצם הטענה, שכן טענת הגנה של "שמא" אינה בגדר של תשובה כלל. לפי שיטה זו יש לומר כי הדין של המוציא מחברו עליו הראיה נאמר רק כשיש תשובה בפי הנתבע. אם יש בפי התובע טענה המחייבת תשובה, הנתבע לא יכול לבחור ב"אין תגובה", שהרי נאמר: "מי בעל דברים ייגש אליי", הרי שאם אין בפי הנתבע לענות - הדבר מחייב את הנתבע לשלם[209].

---

209. בהקשר זה עמדנו לעיל על הדין ודברים בין הרב משה פיינשטיין לרב אליעזר מנחם שך בשו"ת אגרות משה חושן משפט חלק א' סימן כ"ד. הרב שך ביאר כי "דין טוען ונטען הוא, שאם אחד טוען הרי שחברו מחויב להשיב הן או לאו ותשובת שמא אינה תשובה. אלא שר' נחמן ור' יוחנן סברי שבלא בירור אין זו טענה ואינו מחויב להשיב. לכן הועילו המיגו והחזקה שטענתו תהיה טענה שיצטרך חברו להשיב. ותשובת 'שמא' אינה תשובה". הרב פיינשטיין תמה על כך כי "עיקר היסוד לא נראה כלל, דמהיכי תיתי לומר שמחויב המוחזק להשיב על טענתו? רק אולי כשאינו משיב בבית דין אפשר שיתחשב כהודאה, וגם זה אינו ברור. אבל לומר שיתחייב להשיב לו איזה דבר בלא הוכחת הודאה שמטעם זה לא תועיל תשובת שמא לא מסתבר כלל. ואיך שייך לומר מדוע יפסיד בשביל אי ידיעת חברו? מדוע יפסיד הנתבע בשביל ברי של חברו מאחר שאינו ברור גמור ואפשר שמשקר, והפסד של התובע אף אם האמת כדבריו הוא מצד שאין לו בירורים טובים ולא מצד אי ידיעת הנתבע, שכן אילו היו לתובע הוכחות טובות שמוציאים ממון מכוחן, היה מוציא אף אם הנתבע אינו יודע מזה כלום. ואם כן ודאי שעל התובע לברר בבירור גמור שחייב לו הנתבע. ומאחר שכן קשה מאחר שאין מיגו וחזקה ברורים להוציא ממון מה טעם מועילים בהצטרפות של ברי ושמא? על כן מבאר הרב פיינשטיין כי "פירוש ברי ושמא ברי עדיף הוא כמשמעו שעדיף משמא, ושייך זה כשהדבר תלוי (כלומר: כשכפות המאזניים מעוינות) כגון שהוא שקול שאין לזה כוח יותר מאשר לזה ויש כאן על הממון שני תובעים: אחד תובעו בשמא והשני בברי אומרים אנו שהטוען ברי עדיף ונותנים לו את החפץ, אבל אם יש לאחד כוח יותר מחברו כגון שהברי בא להוציא ממוחזק שלא

לפי הסבר זה נמצא כי מי שסובר כי 'ברי ושמא לאו ברי עדיף' גורס שטענה לבד אינה מזכה את התובע אף כשאין תשובה לטענתו, וכדי לזכות עליו להביא ראיות ולא די בשתיקת הנתבע. בהתאם לכך לדעת הרמב"ן גם מיגו לא יועיל להוציא מידי המוחזק, שהרי גם אם מיגו מחזק את טענת התובע, אבל עדיין זו טענה חזקה אבל לא ראיה, ובטענה אין כדי להוציא. על כן נוקט הרמב"ן כי לפי מי שסובר שבמקרה של ברי ושמא לאו ברי עדיף - לא יועיל גם מיגו. על כורחך נמצאת למד, כי מאחר שאנו רואים בסוגיה דנא כי מיגו מזכה את האישה לזכות גם ממוחזק, ואין הדבר נובע מכך שיש טענה נגד המוחזק אלא מפני שיש מיגו נגדו (שהרי ברי ושמא לאו ברי עדיף), יש להסיק כי הדבר נובע מכך שיש בכוחו של מיגו עצמו להוציא. אין נפקות לכך שהנתבע טען טענת שמא, כי לשיטה זו אין משמעות למה שטוען הנתבע וכדי להוציא מיד מוחזק צריך ראיות שיסייעו לתובע. מכאן שמיגו הוא ראיה[210].

לעומת זאת שאר הראשונים סוברים כי גם לדעת הסובר שברי ושמא לאו ברי עדיף, פשר הדבר הוא שאין בכוחה של טענת ברי כשלעצמה כדי להוציא מידי המוחזק, אף כשאין תשובה לטענה זו. אבל מכל מקום טענת ברי המחוזקת ע"י מיגו היא כן טענה שאי אפשר להתעלם ממנה ללא תשובה ובהעדר תשובה של הנתבע - יזכה התובע.

יתרה מכך, אף אם העדר תשובה לטענת תובע אינה מוציאה מידי מוחזק וצריך ראיות ממש, נראה כי אפשר להבהיר את שיטתם באופן הבא[211]:

הוי שקול אין מוציא הברי. וסברי רב הונא ור' יהודה שאף אם הוא מוחזק מכל מקום כשטוען שמא באופן שהיה לו לדעת, הרי שזה ריעותא על החזקה שלו ונעשה אצלנו ספק שהדבר שקול והווי ברי עדיף". ביאור שיטת הגרמ"פ היא שלגבי כתובה אף שהבעל מוחזק בכסף, אבל הרי ביד האישה שטר העומד לגביה שאין בו ריעותא, ולכן שניהם שקולים בכוחם, וככל שהבעל לא טוען ברי כנגד השטר הרי כוחה של האישה הטוענת ברי גובר.

210. וראה לעיל שביארנו כיצד בפועל מיגו מועיל להוציא לפי שיטת הרמב"ן, כיוון שאינו אלא חיזוק לטענה, וטענה אינה זוכה.

211. בסוגייתנו (כתובות דף י"ב) מצינו שמועילים מיגו וברי נגד שמא, על אף שאין באחד מהם כדי להועיל, ואם כן מאיזה טעם יועיל בצירוף שניהם? הרב משה פיינשטיין בשו"ת אגרות משה חושן משפט חלק א' סימן כ"ד ביאר כי כשהאישה טוענת ברי

בסוף פרק ג' לעיל ראינו את דברי הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" כי מיגו הופך אדם למוחזק[212]. אלא שתמהנו על כך וכי הוא יותר מוחזק ממי שבפועל מחזיק בנכס? עוד ראינו לעיל את דברי הרב משה פיינשטיין בספרו "אגרות משה" (חושן משפט חלק א' סימן כ"ד) בביאור הדעה שברי ושמא ברי עדיף מפני שאדם המחזיק בנכס אך טוען טענת שמא אינו נחשב למוחזק, כי מוחזק הוא רק מי שמחזיק בנכס שלו בבירור. אבל כשהוא עצמו מסופק שמא הוא חייב לתת לחברו, הרי שאין לו מוחזקות ודומה הדבר לחזקה שאין עימה טענה בקרקעות שאינה חזקה. גם במטלטלין רואים אותם כאילו החפץ מונח בבית דין ואחד טוען ברי והשני טוען שמא. אמנם רב נחמן חלק על כך וסבר שאין טענת ברי עדיפה, כי אף שהוא טוען שמא עדיין החפץ בידו ונחשב מוחזק כלפי הטוען ברי, אבל עתה ניתן לצרף את שני הדברים ביחד:

מחד גיסא המוחזק אינו ממש מוחזק כי הוא רק מחזיק בטענת שמא;

מאידך גיסא ניצב לעומתו התובע כשהוא "חמוש" גם במיגו שזוהי סברה שיש בה כדי לעשותו מוחזק.

נמצא שבמקרה זה בפנינו מוחזקות מטעם מיגו, שיש לה עדיפות על פני מוחזק בטענת "שמא", שהרי טענת השמא מערערת את מוחזקותו של הנתבע.

משאירסתני נאנסתי והבעל אומר שמא עד שלא אירסתיך, הרי ש"בלא טענותיהם היה הבעל חייב לאישה שהרי התחייב לה בכתובתה, אלא שהבעל טוען שמצא ספק והוא נאמן על זה שמצא ספק וצריכה היא לברר הספק. ולכן אף אם היא אומרת ברי אינו מועיל לרב נחמן ור' יוחנן אף שכאן גם הבעל בא לתבוע ובטענת שמא, וברי הרי עדיף דכיוון שברי אינו ברור להוציא ממון והוא הוצאת ממון גם כאן לרב נחמן ור' יוחנן שסוברים כי טענת שמא לא מגרעת מהמוחזק, ולכן אינה יכולה להוציא ממנו בטענת ברי. אבל זה רק בלא חזקה, שכן אם יש לה חזקה נמצא שגם היא באה מכוח חזקה ואז טענותיהם שקולים לגמרי, שהרי אף שבכל מקום חזקת ממון עדיף משאר חזקות מכל מקום כאן שקולין הם מאחר דגם הבעל המוחזק צריך לתבוע לכן ברי עדיף".

212. ויש לומר שהדברים אמורים אף כאשר בפנינו מיגו בלי כוח הטענה אך יש בו משקל ראייתי, שהרי ה"קהילות יעקב" לא סייג את דבריו למהלך של כוח הטענה אלא התייחס למיגו כפשוטו מדין בירור, ונקט שבירור טענתו מעניק לה תוקף ועושהו כעין מוחזק מכיוון שבעינינו נראה שטענתו אמת.

הנה כי כן בפנינו הבנה כיצד יש מקום לצירוף בין טענת הברי לבין המיגו, שמחמתו טענת תובע עם מיגו המעניקה מעין מוחזקות עדיפה על טענת שמא של נתבע שיש בה כדי לערער את מוחזקותו שלו.

המורם מן הדברים כי אף לדעת הסוברים כי מיגו להוציא לא אמרינן, מכל מקום כנגד נתבע הטוען טענת שמא ניתן לומר מיגו להוציא[213].

שיטת תוספות תואמת לרמב"ן

בהתאם לאמור נעיין בסוגיה נוספת:

הכלל הוא כי אדם המוחזק בחפץ נאמן לטעון שהוא בעלים. משום כך, אף אם תובע מביא עדים המעידים שהחפץ הנמצא כעת ביד הנתבע היה לפני כן בבעלותו (של התובע), אין בכך כדי להוציא את החפץ מיד המוחזק, שכן הוא יכול לטעון "לקוחים הם בידי". כלומר, אכן בעבר היה החפץ שלך אך אני כעת בעליו, שכן קניתי אותו וחזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו.

עם זאת במסכת בבא מציעא דף קט"ז עמוד א' מצינו כי בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר אין המוחזק נאמן לומר שקנה את הכלים כנגד עדים המעידים שהכלים היו שייכים לפני כן לתובע.[214] העובדה שהכלים העשויין להשאיל מצויים תחת ידו

---

213. הדברים מפורשים בהגהות מרדכי תחילת בבא מציעא: "וריצב"א תירץ דלא אמרינן מיגו להוציא... ובמקום שיש ברי במקום שמא עם המיגו אמרינן מיגו להוציא, כדאיתא בכתובות גבי משארסתני נאנסתי דנאמנת במיגו אפילו להוציא מהאי טעמא". כמו כן כתב הב"ח סימן פ"ב סעיף י"ט: "וקשיא לי, קיימא לן כרבן גמליאל פרק קמא דכתובות באומרת משאירסתני נאנסתי יש לה מאתים מנה, במיגו שאילו רצתה הייתה אומרת מוכת עץ אני, מכאן שאומרים מיגו להוציא. ויש לומר כי שם כיוון שהיא טוענת ברי והוא טוען שמא, טענתה עדיפה כפי שמצינו שם ולכך נאמנת במיגו אף על גב שזהו מיגו להוציא". הדברים מובאים גם בש"ך חושן משפט, כללי מיגו בסוף סימן פ"ב אות א' ואות ט"ו. למסקנה זו הסכימו פוסקים רבים.

214. באותו מקרה מלווה נטל כמשכון מידי הלווה סכין של בית המטבחים שמקצבים בו בשר מהלווה, אך ללא המשכון לא הייתה לו ראיה שהלווה חייב לו. אביי הורה למלווה שהוא חייב להחזיר את המשכון ללווה, שכן זהו כלי שעושים בו אוכל נפש. לאחר ההחזרה אם יתעורר ספק על ההלוואה נטל הראיה יהיה על המלווה ויהיה עליו להביא עדים או לצפות שהלווה יודה בחובו. אך אם ייכשל מבחינה ראייתית,

ובחזקתו אינם מעידה שהם שלו, שהרי אלו כלים שאדם מחזיק בהם גם כשאינם בבעלותו, שהרי הם עשויים להשאיל ולהשכיר. הגמרא שם מונה בהקשר זה כמה חפצים המוגדרים כ"כלים העשויים להשאיל ולהשכיר" כגון ספרים, מספריים וכיו"ב.

על כך הקשו תוספות שם, שכן במסכת בבא קמא (דף קי"ד עמ' ב') מצינו "המכיר כליו וספריו ביד אחר" - הלה קנה אותם בשוק, וכעת מתברר שזהות המוכר מפוקפקת, אם "יצא לו שֵם גניבה בעיר" כלומר, ידוע שאירעה גניבה אצל התובע, יישבע המחזיק כמה שילם בעד הספרים וימשיך להחזיק בהם. אם לא יצא שֵם שאירעה גניבה אצל התובע אין מקום לחייב את המחזיק להישבע, "שאני אומר מכרם (התובע) לאחֵר ולקחם זה ממנו".

שואלת הגמרא: מדוע שלא יהיה התובע נאמן גם כשלא יצא לו שם גניבה בעיר לומר נגנבו לי במיגו שיכול היה לומר הִשְׁאַלתיו לך, והמחזיק לא יהיה נחשב כמוחזק כי אין המוחזק נאמן לטעון "שלי הם" כנגד טענת השׁאָלה.

קושי זה מיישב רבינו תם כי מדובר במקרה שמכירים את התובע שאינו רגיל להשאיל ספרים שלו[215]. נמצא כי לפי מי שסובר שאומרים מיגו להוציא, אפילו לא יצא לו שֵם גניבה בעיר נאמן הוא לומר שהכלים גנובים ממנו במקום שניתן לומר

יוכל הלווה לזכות בדין. רבא לעומת זאת סבר כי כיוון שידוע שהיה בידו חפץ של הלווה, המלווה נאמן שהלווה חייב לו כסף עד שווי החפץ שהיה ממושכן במיגו שיכול היה לומר שהחפץ לקוח הוא בידי. שואלת הגמרא, האם אביי חולק וסובר שאין מיגו למלווה? במה שונה הדבר מהמקרה של עיזים שאכלו שעורים קלופים ("חושלי") בנהרדעא, ובא בעל השעורים ותפס אותם כשהוא טוען לנזקיו, שאביו של שמואל אמר כי הוא נאמן בטענותיו בדבר גובה הנזק עד לשווי העיזים, במיגו שיכול היה לטעון כי העיזים שלו הם. מבארת הגמרא כי עיזים אינם דבר שאנשים משאילים ומשכירים אותו וממילא המחזיק היה נאמן לומר שהן שלו ולכן יש לו מיגו. לעומת זאת, סכין של קצבים הינה דבר שנהוג להשאיל אותו. והכלל הוא כי "דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ואמר לקוחים הן בידי - אינו נאמן" ולכן הימצאות הסכין של חברו בידו אינה מקנה לו מיגו.

215. תשובה נוספת מביא תוספות שם: "ולמורי ה"ר דודי נראה לתרץ שמיגו להוציא לא אמרינן, ואכן לפי מי שסובר במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב') שאומרים מיגו להוציא, אכן יש לומר כפירוש ר"ת".

השאלתים לך (כלומר, בכלים שעשויים להשאלה), אלא אם מדובר באדם מסוים שידוע שאינו רגיל להשאיל. רבינו תם דחק להעמיד את הסוגיה באוקימתא מאוד מסוימת של אדם ספציפי שאינו משאיל. תוספות שם מבהירים כי אנו מוכרחים לומר כדבריו לפי הסוברים כי מיגו להוציא אמרינן.

לכאורה ניתן לדחות דבריהם בנקל - כי התובע טוען ברי שנגנבו ממנו, ואילו הנתבע שקנאם מאדם אחר משיב לתובע שמא מכרת לאחר, כיוון שלא יצא שם גניבה בעיר, ובמקרה כזה מודים כולם כי אומרים "מיגו להוציא". מדוע אם כן נקטו תוספות שאינו נאמן במיגו משום שזה מיגו להוציא?

אין זאת אלא שתוספות סברו כדעת הרמב"ן, כי לפי מי שסובר שמיגו להוציא לא אמרינן הרי שגם במקרה של ברי ושמא לא אמרינן מיגו להוציא, ולכן הוכיחו מסוגיה זו שלעולם אמרינן מיגו להוציא. לעומת זאת שאר הפוסקים יתרצו כי אומרים כאן מיגו להוציא, אף אם בדרך כלל אין אומרים, שכן כאן מדובר בתובע ברי ונתבע שמא.

יא. מיגו נגד חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו

אדם מלווה מעות לחברו ללא שטר, ומתנה עימו שיפרע את החוב בזמן מסוים. בתום הזמן המלווה תובע את חובו והלווה טוען שכבר פרע את חובו. הכלל הוא שהלווה נאמן[216]. אולם, אם המלווה תובע את חובו בתוך הזמן והלווה טוען פרעתי, נחלקו האמוראים במסכת בבא בתרא (בדף ה' עמ' א') האם הוא נאמן. יש הסוברים שהלווה נאמן, שכן דרך הלווה לשלם אף לפני זמן הפירעון כשנזדמנו לו מעות, כדי שלא יטריד אותו המלווה בהגיע זמן הפירעון. לעומת זאת, יש הסוברים שהלווה אינו נאמן בטענה שפרע תוך זמנו: "ולוואי שיפרע בזמנו". הגמרא מוסיפה כי יש גם 'חזקה' שאין אדם פורע בתוך זמנו, (וראה בפרק ג ענף ב' אודות חזקה זו).

---

216. מן התורה במלווה על פה הלווה נאמן לומר שפרע בלא שבועה, כדין 'כופר הכול'. מדרבנן הלווה צריך להישבע שבועת היסת. הלווה נאמן לטעון שפרע אף על פי שלווה בעדים, לנוכח הכלל 'המלווה את חברו בפני עדים אין צריך לפורעו בעדים'. וכל שכן אם לא היו עדים בשעת ההלוואה והלווה הוא שהודה בהלוואה, שנאמן הלווה לומר פרעתי.

הגמרא במסכת בבא בתרא (שם), דנה מה הדין כאשר המלווה פנה לתבוע את הלווה לאחר חלוף הזמן, והלווה מצידו טען כי פרע בתוך זמן ההלוואה לפני שחלף מועד הפירעון. במקרה זה, הלווה יכול היה לטעון שפרע לאחר זמן הפירעון וכאמור הוא היה נאמן בטענתו זו. נמצא כי כשטען שפרע בתוך זמנו והרע את מצבו - עומדת לו טענת מיגו שמחמתה יש להאמין לו. מצד שני, קיימת החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. ממילא השאלה היא האם אומרים: "מה לי לשקר במקום חזקה"[217]?

דיון זה של הגמרא מתמיה, שהרי לכאורה הדבר פשוט שכוחה של חזקה עדיף מכוחו של מיגו וניתן להוכיח זאת מגוף הסוגיה, שכן ביחס ל"חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו", נקטה הסוגיה שחזקה זו מועילה להוציא ממון מהלווה, ואילו מיגו אינו מועיל לדעת ראשונים רבים כדי להוציא מידי המוחזק, כפי שראינו לעיל. אם כן, היה צריך להיות ברור כי במקרה של מיגו הניצב נגד חזקה, יגבר כוח החזקה.

לעיל (בפרק ג ענף ב') עמדנו על הדברים ותמהנו עוד, הן המלווה לא הביא ראיה שהלווה לא פרע לו את הכספים בתוך זמן ההלוואה כפי שהלווה טוען. כיצד ניתן אם כן להוציא ממון ע"י חזקה (שאדם לא פורע תוך זמנו)? הן הכלל הוא שהמוציא מחברו צריך להביא ראיה - כלומר עדים, ולא מצינו "המוציא מחברו עליו החזקה". האם ה"חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו", כמוה כראיה?

המהרי"ט (אבן העזר סימן כ"ז) הוסיף והקשה, הן הכלל הוא (קידושין דף פ' עמ' א') כי 'רוב וחזקה - רוב עדיף'. לגבי רוב הכלל הוא (בבא קמא דף כ"ז) כי "אין הולכים

---

217. בהתאם לכך דנו האחרונים האם מועיל מיגו נגד רוב, כאשר יש הסוברים (ובהם התומים, כללי מיגו אות ל"ה ואות צ') שאינו מועיל, שהרי הכלל הוא שרוב עדיף מחזקה, וכיוון שספק הוא בגמרא האם מועיל מיגו במקום חזקה, כל שכן שאינו מועיל נגד רוב שעדיף מחזקה. לעומת זאת, הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שיעורים" חלק ב' סי' ח' הוכיח כי מיגו עדיף מרוב, שהרי יש הסוברים שאין אומרים מיגו להוציא מחזקת המוחזק, ואילו לגבי רוב מצינו את דעתו של רב לפיה "הולכים בממון אחר הרוב" להוציא מחזקתו, ומכאן שרוב עדיף ממיגו. זאת ועוד, במיגו נגד חזקה לא נסתפקו בגמרא אלא במקרה של חזקה מעין "אין אדם פורע תוך זמנו", שמועילה אף להוציא ממון, אבל ברוב, שאינו מועיל להוציא ממון, לא הסתפקו, ואם כן ניתן להסיק כאמור שכוח מיגו עדיף מכוח רוב.

בממון אחר הרוב". אם כן קל וחומר הוא, שאי אפשר להוציא ממון מכוח חזקה. כיצד ניתן להוציא אם כן ממון מכוח החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו?

הרב אלחנן וסרמן ("קובץ שיעורים" בבא בתרא אות ל') מבאר שאכן המלווה אינו מוציא באמצעות החזקה, כי החזקה אינה ראיה שבכוחה להוציא. הטעם שהמלווה מוציא מהלווה נובע מכך שלטובת המלווה ניצבת "חזקת חיוב" לפיה כל עוד לא נטען בפנינו טענת פירעון, המלווה זוכה בתביעתו.[218].

בדרך כלל, במלווה על פה הלווה נאמן נגד "חזקת חיוב" באמצעות טענת פרעתי. אולם לווה הטוען שפרע בתוך זמנו, כמוהו כלווה שאינו טוען כלום, כיוון שה"חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו" מכחישה את טענת הלווה וגורמת לה שאינה נשמעת. כלומר: החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו - **אינה הוכחה** שהוא לא פרע, **אלא השתקת** טענת הפירעון. מכוח חזקה זו נמצא כי ללווה אין כוח לטעון פרעתי בתוך זמן ההלוואה ונשארת חזקת החיוב המחייבת אותו לפרוע.

לפי דרך זו, אין בפנינו הלכה הקובעת שיש בכוחה של חזקה להוציא ממון. אכן, כשם שאין בכוחו של רוב להוציא ממון, כך גם אין בכוחה של חזקה להוציא ממון. תוקפה של ה"חזקה אין אדם פורע תוך זמנו" בכך שהיא גורמת השתק לטענתו של הלווה, וממילא המלווה זוכה בממון מחמת שיש "חזקת חיוב".

מכיוון שחזקה אין אדם פורע תוך זמנו אינה ראיה מספקת להוציא ממון, הרי שדיון הגמרא האם ע"י המיגו יגבר הלווה, הינו כך: ככלל, מהותו וגדרו של מיגו הוא חיזוק לטענת הנתבע. בהקשר דנא הגמרא דנה האם טענת פרוע בתוך זמנו היא טענה מבוטלת שאינה קיימת כלל ואשר מושתקים מלהעלותה, וממילא אין למיגו מה לחזק שהרי טענה מושתקת אי אפשר לחזק, או שמא טענה הסותרת לחזקה אין אדם פורע תוך זמנו היא טענה קיימת אך **רעועה** וממילא ניתן לחזק אותה ע"י מיגו.

---

218. כלומר, הכלל הוא שאין התובע הטוען טענת "ברי" יכול להוציא מנתבע המוחזק המשיב בטענת שמא, בהעדר ראיה התומכת בטענת התובע. אך זאת רק כשהנתבע אומר "איני יודע אם הייתי חייב אי פעם", שאז כיון שהנתבע מוחזק חובת הראיה על התובע. אבל, כשיש לנו ידיעה מוקדמת שהייתה הלוואה, ויש בפנינו "חזקת חיוב" המבטלת את מוחזקות הלווה, והנתבע טוען כנגדה "איני יודע אם פרעתי" - הרי שחזקת החיוב מסייעת למלווה, והוא יכול להוציא מידי הנתבע.

לעיל ראינו (בפרק ג ענף ב') כי יש הסוברים שחזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו היא הוכחה ברמה של עדות, שכן אנו עדים על בסיס ניסיון החיים "אנן סהדי" שאדם אינו פורע בתוך זמנו[219]. בהקשר זה העלינו לעיל קושי חריף, שכן אם בפנינו עדות, כיצד דנה הגמרא בשאלה האם מיגו יועיל נגד חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו? הן חזקה זו תקפה מדין "עדים", ופשיטא כי מיגו אינו גובר על עדים, שהרי אין בתורה הוכחה שתוקפה גובר על העדאת עדים?

הרב נחום פרצוביץ בחידושיו למסכת בבא בתרא (אות ק"כ) מבהיר, כי לפי שיטה זו יש לומר שהמיגו מערער את החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. לאמור כי כאשר יש ללווה מיגו, אין החזקה יוצרת "אנן סהדי", שכן היא מעורערת מפני הוכחה הניצבת כנגדה. על כן כאשר היא נסתרת מטענת מיגו, נתערערה החזקה ושוב אין בה כדי להוות ראיה מספקת לסתור את טענת הלווה.

ודוק היטב, הסבר זה של הרב נחום פרצוביץ מנוגד לחלוטין להסבר הראשון שבו נקטנו על פי שיטת "קובץ שיעורים". נבאר:

בהתאם להסברו של "קובץ שיעורים" ביארנו כי מיגו עדיף מחזקה והיה בידו להכריע את החזקה. הטעם שהגמרא מצדדת בכך שמיגו לא יועיל נגד חזקה נעוץ בכך שאין כאן טענה הנשמעת כלל (כי החזקה יוצרת השתק), וממילא אין למיגו את מה לחזק. אבל ככל שיש טענה, מועיל מיגו לחזק אותה ויש בו כדי לגבור על חזקה[220].

לעומת זאת, לפי הסברו של הרב נחום פרצוביץ אומרים אנו כי חזקה עדיפה על מיגו וכמוה כעדים, שכן "אנן סהדי" שהוא לא פרע. כל הספק בגמרא נוגע רק

---

219. ר' שם שעמדנו על עיקרי הדברים, עת שדנו בשאלה כיצד "חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו" מועילה להוציא ממון ממוחזק. ור' שו"ת רבי עקיבא איגר קמא סימן קל"ו כי חזקה אין אדם פורע תוך זמנו הווי בגדר של אנן סהדי וממילא דינה כדין עדות, וכ"כ ראה בביאור הגר"א סי' ע"ח ס"ק ח' וס"ק י"ז; ובמשובב נתיבות סימן ע"ח ובשו"ת חתם סופר חו"מ סי' ס"ז.

220. לפי הסבר זה העובדה שמיגו להוציא לא אמרינן וחזקה כן מוציאה ממוחזק נובעת מכך שהחזקה אינה מוציאה אלא רק משתיקה את טענת הנתבע, וממילא המלווה מוציא באמצעות חזקת החיוב.

לשאלה שמא מועיל מיגו לערער את הוכחת החזקה מעיקרה, כך שלא תתייצב החזקה כהוכחה נגד הלווה.

חזקה שכמוה כעדות

תוס' בסוגיה דנא במסכת בבא בתרא (דף ה' עמ' ב' ד"ה "מי") מקשים, מה היה המקום לספק בגמרא שמיגו יועיל להכריע חזקה, הן במסכת יבמות (דף קי"א עמ' ב') שנינו במשנה, כי יבמה שאמרה תוך שלושים יום לא נבעלתי כופין את היבם לחלוץ. אך אם טענה כן לאחר שלושים מבקשים הימנו לחלוץ ולא כופים אותו לעשות כן. הטעם לכך מבואר שם כי לאחר שלושים יום קשה להניח כי היבם לא ייבם אותה, שכן אחרי שלושים יום אדם אינו מעמיד עצמו מלעשות מעשה[221]. על כן, לאחר שלושים יום אין כופים לחלוץ, שכן האישה לא מהימנת בטענתה שטרם ייבם אותה. תוספות מקשה הרי יש לה מיגו שיכלה לומר כי היבם לא ייבם מכיוון שאינו מסוגל לכך, שזו טענה שבה היא נאמנת. אין זאת אלא שאין במיגו כדי לתת לטענתה מהימנות שיהא בה כדי לסתור את החזקה שאין אדם מעמיד עצמו מעבר לשלושים יום. מסוגיה זו מוכח אפוא, שמיגו לא מועיל נגד חזקה. אם כן מדוע הסתפקו בכך בסוגייתנו? תוספות השאירו קושיה זו בצ"ע. על קושי זה של תוספות תמה הרב וסרמן ("קובץ שיעורים" בבא בתרא אות ל"ג): מנין לנו שניתן לדמות את כל החזקות זו לזו? הן ניתן לומר שהן אינן עשויות מקשה אחת[222]?

---

221. "עד שלשים יום מוקי איניש אנפשיה - טפי (מעבר לכך) לא מוקי אנפשיה".

222. עיין בחידושי הרא"ה לכתובות דף י ע"א ד"ה "אבל" שהקשה על כך שהאמינו לבעל מטעם חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, ובבבא בתרא [ה', ב'] הויא בעיא ולא איפשיטה. ואיכא למימר דודאי אין כל החזקות שוות ואין אומרין בהן זו דומה לזו. וכעין זה תירצו שם בתוספות ט' ע"ב ד"ה "לא", ובש"ך בסימן פ"ב סק"א בשם הנמוק"י ושם בדיני מיגו האריך בזה. ועי' בקו"ש שם שהוכיח היטב שיש חזקות שתוקפן עדיף מחזקות אחרות. כך למשל החזקה המופיעה בתחילת מסכת בבא בתרא כי שני השותפים עשו כאחד את הכותל שמפריד בין חצרותיהם, שאין חולק כי אין צד נאמן לומר אני עשיתי את הכותל כולו אף שיש מיגו המסייע לו (מיגו שיכול היה לטעון "לקוח הוא בידי"), שכן הדבר נחשב כמיגו במקום עדים שכן תוקף חזקה זו הוא כתוקף עדות.

ב"שיטה מקובצת" תירץ את קושיית התוספות כי פשיטא לגמרא שמיגו גרוע מחזקה, וכל הספק בסוגייה דנא הוא רק מכיוון שהלווה מוחזק בכסף, וממילא מתעורר ספק שמא מועיל מיגו להצטרף לכוח המוחזק, כך שלא תועיל החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו כדי להוציא ממוחזק. הדבר מבואר היטב לפי מה שהסברנו לעיל שהנתבע טוען פרוע, וע"י מיגו טענתו אינה מושתקת. אכן, כל זה מטעם שהלווה מוחזק וזכאי לטעון פרוע, אלא שהחזקה משתיקה את טענתו והמיגו גורם לה להישמע. אולם מלכתחילה כוחו של הלווה נעוץ בכך שהוא מוחזק וזכאי לטעון פרוע. לעומת זאת, במקרה של יבמה הטוענת כי לא ייבמו אותה, אין לה מוחזקות היוצרת זכות שתסייע לה בטענתה כי לא נבעלה, ולכן המיגו לא מסייע לה.

ברם, אם כן יש לעיין מדוע תוספות לא נקטו בדרך זו ולא תירצו את שאלתם על פי האמור בהסבר ה"שיטה מקובצת"? מה גדר המחלוקת בעניין זה? על כך משיב הרב נחום פרצוביץ כי לפי ביאורו דלעיל נראה, שדעת התוס' הינה כפי הדרך השנייה שפירטנו לעיל, כלומר שחזקה אין אדם פורע תוך זמנו היא מעין עדות ("אנן סהדי"), והמיגו מועיל בכך שכאשר יש מיגו כנגדה אין תוקף מלא לחזקה ואינה נחשבת כעדים. ממילא, לא ניתן לתרץ כדברי ה"שיטה מקובצת" שמיגו מועיל רק בצירוף מוחזקות הלווה, שהרי לפי הדרך השנייה, שמיגו מערער את החזקה, אין נפקות בין מי שמחזיק לבין מי שבא להוציא, שכן כל מקום שבו נתערערה החזקה לא ניתן לדון על פיה כלל והיא לא תועיל גם במקום שאין מוחזק. על כן, הקשו תוס' מכוח האמור בסוגיה במסכת יבמות.

הרב נחום פרצוביץ הוסיף ליישב בהתאם לביאורו זה את שאלת ה"קובץ שיעורים" וביאר:

"ונראה עוד בזה, דעיקר מה שהקשו תוס' מיבמות הוא רק כפי השיטה השנייה שביארנו: לפיה החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו הרי היא כעדים, והנדון הוא שמא יואיל המיגו לערער את החזקה, ואז יש מקום לקושייתם, שכן כמו שבסוגייתנו צידדנו שמיגו מערער את החזקה, כך גם שם יועיל מיגו לערער את החזקה שאין אדם מעמיד עצמו שלושים יום, וחזקה מעורערת אינה חזקה. אבל לפי הדרך הראשונה, שהחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו אינה משולה לעדים, אין שום מקור מהסוגיה דנא לומר שמיגו יועיל לערער חזקה, וכל הספק שמא אומרים מיגו במקום חזקה הוא רק ביחס לחזקה שאינה כעדים וכשהמיגו עדיף מהחזקה".

לפי זה אכן יש הבחנה בין החזקות, שכן החזקה שאדם אינו מעמיד נפשו יותר משלושים יום מלייבם כמוהו כאנן סהדי ובכך פשיטא לגמרא שלא מועיל מיגו לערער את החזקה[223].

חזקה כראיה לתובע וחזקה כערעור לטענת הנתבע

מצינו אפוא שני ביאורים לדין לפיו טענת לווה כי פרע בתוך זמנו אינה מתקבלת: ביאור אחד גורס כי החזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו אינה מהווה כשלעצמה ראיה שיש בכוחה להוציא מיד הלווה, והטעם לכך שהמלווה זוכה בתביעתו הוא, מפני שיש חזקת חיוב על הלווה המושתק לטעון "פרעתי בתוך זמני". הביאור השני גורס, כי חזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו כמוה כעדים, שכן "אנן סהדי" שהוא לא פרע, ועל כן חזקה זו פועלת כשלעצמה, ובכוחה להוציא ממון.

---

223. הרב אלחנן וסרמן שביאר את כל הסוגיה כפי הדרך הראשונה שאל על תוס', אבל לפי שיטתם של תוספות עצמם קושייתם ברורה. ודוק, רש"י במסכת בבא בתרא דף ה' עמ' ב' מבאר כי לפי הצד בספק שמיגו מועיל נגד החזקה, (כלומר שטענת הפירעון נגד החזקה אינה בטילה לחלוטין, אלא היא טענה רעועה, והמיגו מחזק אותה וגורם שהיא תישמע), יש לומר שהלווה שטוען פרעתי יהא נאמן בשבועה. ומקשה "קובץ שיעורים" שם באות לד: "וקשה מה בא להשמיענו? פשיטא שצריך להישבע" (שבועת היסת), שכן כך הוא דין של כל מי שטוען פרוע גם כשאינו נגד חזקה חייב להישבע? קושי זה יישב הרב וסרמן בתשובה ששמע מחמיו הרב מאיר אטלס: שכוונת רש"י היא שכאן יחויב בשבועה דאורייתא. וביאר העניין לפי מה שכתב הש"ך בסימן פ"ב לתרץ את קושיית תוספות מן הסוגיה ביבמות שהיבמה אינה נאמנת לומר לא נבעלתי במיגו שאינו יכול לבוא עליי, משום שבטענת אינו יכול לבוא עליי אין נאמנותה נובעת מצד עצמה, אלא מכוח חזקה שאין אישה מעיזה לומר טענה שכזו בפני בעלה אם אינה נכונה, וכשנאמנותה רק מצד החזקה, ודאי לא אומרים מיגו במקום חזקה נגדית, לעומת זאת בסוגיה דנא נאמנותו של הלווה לומר פרעתי לאחר זמנו נובעת מצד עצמו ולא מטעם חזקה, על כן הסתפקה הגמרא האם כשיש לו כוח להיות נאמן בטענה עצמית הרי זה נותן לו כוח להיות נאמן בטענה שהיא נגד חזקה, והשאלה שייכת רק לעניין לפטור מממון, שהרי בזה נאמנותו נובעת מצד עצמו, אבל לעניין שבועה שיטת רש"י במסכת בבא קמא דף ק"ז, שזה שהכופר הכול פטור משבועה הוא רק מטעם חזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, וא"כ אין נאמנותו גם לאחר זמנו מצד עצמו אלא מכוח 'חזקה' דאין אדם מעיז, ובכך פשיטא שאין אומרים מיגו במקום חזקה נגדית של אין אדם פורע תוך זמנו, וכיוון שבטלה כוח החזקה שאין אדם מעיז ממילא לשיטת רש"י יהיה חייב בשבועה מדאורייתא.

להלן נראה את שיטת הראב"ד המשלב בין שני ביאורים אלו:

הרמב"ם בהלכות מלווה ולווה (פרק י"ד הלכה י"ג) **כתב: "מי שהיה לו חוב על חברו בשטר ואבד השטר והעדים קיימים... וטען שפרע הרי זה נשבע היסת. והורו רבותי שאפילו היה החוב לזמן ועדיין לא הגיע זמנו להפרע, הואיל וכתבו לו השטר ואין בידו שטר והלווה טוען פרעתי - נאמן ונשבע היסת שפרעו, שאנו חוששין שמא פרעו ולפיכך קרע השטר או שרפו. וכן הורו רבותי שאפילו היה השטר יוצא מתחת ידי אחר והלווה טוען ממני נפל אחר שפרעתי, אף על פי שהוא בתוך זמנו נשבע היסת ונפטר שכיוון שאין השטר ביד המלווה אין שם חזקה".**

כלומר, בחוב ללא שטר כל לווה הטוען טענת פרעתי מהימן - בצירוף שבועת היסת[224].

אם הלווה טוען כי פרע בתוך הזמן אינו נאמן ולא מועילה לו שבועה.

---

224. שבועת היסת היא שבועה שחייב בה הנתבע, אם כפר לגמרי בתביעה ואין כל ראיה לתובע או לנתבע. לאמור, מן התורה נתבע צריך להישבע כדי לחזק את טענתו רק בשלושה מקרים, שבהם יש בסיס מסוים לתביעה: א. כאשר התובע מביא עד אחד המאשר את דבריו (אם הביא שני עדים - הוא זוכה בדין); ב. אם הנתבע הודה בחלק מהתביעה; ג. כאשר הנתבע הוא שומר חינם הטוען שהחפץ נגנב או אבד שלא באשמתו. אבל מדרבנן נקבעה שבועה גם במקרים נוספים, כגון כאשר אדם מבקש להיפרע מיתומים את חובו של אביהם. מן התורה מי שכופר לגמרי בתביעה ואין כל ראיה כנגדו - פטור לחלוטין מתשלום ומשבועה. ברם, במסכת שבועות דף מ' עמ' ב' מצינו כי רבי נחמן קבע שגם כאשר הנתבע כופר לחלוטין בתביעה ואין כל ראיה לתובע - עליו להישבע. הצורך בשבועה זו נבע מסתירה בין שתי הנחות. מחד גיסא, "חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו", כלומר, דרכו של עולם שלתביעה יש יסוד כלשהו, ולכן ראוי שהנתבע יישבע על טענתו. מנגד, בגמ' בבא מציעא ג' ע"א למדנו כי כופר הכול פטור משבועה כי קיימת חזקה לפיה "אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו" וממילא יש להניח שהנתבע דובר אמת ואינו מעיז להכחיש לגמרי תביעה צודקת. אולם, רב נחמן חשש שייתכן שהנתבע אכן מתכוון לשלם את חובו כשיתאפשר לו הדבר, ובינתיים הוא משתמט על ידי הכחשתו עד שישיג את הסכום הדרוש. למקרה מעין זה מיועדת השבועה שתביא אותו להודות בחובו ולשלם מייד. אכן, מדין תורה נאמר כלל זה רק במקרה של "מודה במקצת", אולם בימי רב נחמן "רבו עזי פנים", והחלו לכפור בחובותיהם ולכן תיקן רב נחמן את השבועה. לעניין זה ר': רש"י מסכת שבועות, דף מ"ח עמ' ב'; ר"י מגאש מסכת שבועות, דף מ"ה, עמוד א'; תוספות רי"ד ורמב"ן בבבא מציעא דף ו' עמ' א'; מאירי שבועות דף ל"ח, עמ' ב'.

אך במקרה שההלוואה הייתה באמצעות שטר והשטר אבד, או אף נמצא ביד אדם אחר - הרי שמתערער תוקף ראיית השטר[225] ונאמן הלווה בטענתו שפרע בצירוף שבועת היסת - גם אם טען שפרע בתוך הזמן. כלומר, התערערות השטר מחזירה את הדין לכך שהלווה יהא נאמן בטענתו ככל טענת פרעתי שמועילה ללווה שבועת היסת, ולא חלה החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו.

הראב"ד משיג וסובר כי גם במקום שהייתה נפילה והתערער השטר, עדיין יש תוקף לחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, והלווה לא נאמן לטעון פרעתי ולהיפטר בשבועה, אלא המלווה הוא שיישבע ויהא נאמן בטענתו.

הש"ך על שולחן ערוך חושן משפט סימן מ"א ס"ק י"ט מבהיר, שאמנם מצינו בגמרא כי שטר שאבד התערער תוקפו, אבל הראב"ד סובר שיש בכך רק כדי לשלול את כוח השטר ולא כדי לקבוע שאין חוב. עם התערערות השטר יש לדון בכך כדין מלווה בעל פה שמוטל על המלווה להביא ראיות. אכן, כאשר הלווה טען כי פרע בתוך הזמן, הרי ש"אנן סהדי" שלא פרע, וממילא יש ראיה ניצחת למלווה. במקרה זה "דל שטרא מהכא" (הסר את השטר מן הדיון) עדיין המלווה יגבה את חובו מכוח העדות הטמונה בחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו.

הרמב"ם סובר שאובדן השטר חורגת מפגיעה בתוקפו של השטר, והדבר מעורר חשש שמא ההלוואה עצמה נפרעה וממילא אין 'חזקת חיוב'. החזקה כי אין אדם פורע תוך זמנו מועילה להוציא ממון מהלווה רק מפני שלצד המלווה עומדת חזקת חיוב. אבל אם התעררה חזקת החיוב הרי שאין החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו מועילה כדי להוציא ממון מן הלווה.

על שיטת הראב"ד הקשה ב"ספר התרומות" (שער כ"ב): "שבועה זו למה? אם נדון כקובע זמן לחברו ואמר לו פרעתיך בתוך זמני, דל שטרא מהכא ובלא שבועה יטול? ואם אין הזמן מועיל לו (מפני הרעותא), אפילו בשבועה לא יטול"?

כלומר, אם רק השטר התערער על ידי הנפילה אך לא מסיקים מכך דבר על פירעון ההלוואה לגופה, הרי שבפנינו מלווה רגילה שבה אדם טוען כי פרעו לו בתוך הזמן.

---

225. אבידת שטר מוגדרת כ'ריעותא', שכן בשטר כשר וטוב אדם נזהר ושומרו כראוי. ראה בסוגיה בב"מ דף י"ג עמוד א' "כיון דנפל אתרע ליה", ויש לדון אם הריעותא היא רק לגבי ראיית השטר, או שזו ריעותא גם בטענת המלווה וכדלהלן.

ממילא דין הוא כי על המלווה לגבות את חובו, אף בלא שבועת היסת. אם לעומת זאת הנפילה מעוררת חשד לפירעון, מדוע ניתן להוציא ממנו ע"י שבועה בעלמא?

הרב אריה לייב מאלין (בספרו "חידושי רבי אריה לייב" חלק א' סימן צ"ה) משיב כי הראב"ד סובר שהחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו מועילה בשני מישורים:

חזקה זו מהווה ראיה בבחינת עדים ("אנן סהדי") שהלווה לא פרע;

חזקה זו מערערת את טענת הלווה ואינה מאפשרת לבטל את חזקת החיוב.

מקום שבו התערער השטר מפני שאבד, יש בכך כדי להסיר את הכוח הראייתי של החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. אין לומר עוד שמבורר הדבר שהלווה לא פרע, שהרי יש ריעותא כי אם השטר לא פרוע כיצד לא שמרו עליו מאובדן? על כן, לא תיחשב במקרה זה החזקה כ"אנן סהדי" כאילו יש עדים שלא פרע. אבל, חלקה השני של החזקה קיים. טענת הלווה הטוען כי פרע תוך זמנו אינה מתקבלת, שהרי אין זו דרכו של אדם לפרוע בתוך הזמן.

הראב"ד סובר כי הסיבה לכך שהמלווה פטור מלהישבע כשהוא טוען כי פרע תוך זמנו, נובעת מהבירור שבחזקה שהופך את טענת המלווה למבוררת עם עדים. בלא בירור זה מחויב המלווה להישבע, גם כשטענת הלווה לא התקבלה, שהרי מלווה חייב להישבע ללווה גם כשהלווה לא נאמן לטעון פרעתי. כלומר, לא מדובר בטענה ללא תשובה שיש הסוברים שיש בה כשלעצמה כדי לזכות, אלא כנגד טענת המלווה ניצב הלווה הטוען כטענת ברי פרעתי, אלא שטענתו לא מתקבלת בגלל החזקה. אכן, לא מתבטלת 'חזקת החיוב' שלו, אך המלווה שאין בידו ראיה או חזקה ללא ריעותא חייב לישבע להכחיש את טענתו. כלומר, הראב"ד סובר כי החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו היא ראיה, אבל כשהתערער השטר ועימו נחלש כוחה הראייתי של החזקה ואין בירור של "אנן סהדי" - אין ראיה גמורה למלווה. על כן נדרש המלווה להישבע כדי לברר את טענתו שהלווה לא פרע[226].

---

226. ובלשון הרב אריה לייב מאלין: "ומשום דהחוב אינו עומד לפירעון תוך זמנו, על כרחך טענת פרעתי אינה טענה כלל ומשום הכי גם הכא, אף היכא דנפל איתרע וחסר **הבירור** של תוך זמנו, מכל מקום חזקת חיוב של החוב לא נגרע, ועל זה לא מהני ריעותא דנפילה כלום, וע"כ אינו נאמר לומר פרעתי, אבל מ"מ שבועה בעי, דליפטר משבועה בעינן שיהיה הבירור של תוך זמנו, דהחזקה היא הפוטרת משבועה, אבל בנפל ואיתרע דחסר הבירור, משום הכי לא נפטר משבועה".

אימתי נדרשת החזקה כראיה

שיטת הראב"ד מקבלת משנה תוקף, עת שנעיין בדברי הרב איסר זלמן מלצר (בספרו "אבן האזל" על הלכות שכנים פרק ג' הלכה ב'):

דרך ההילוך של הסוגיה במסכת בבא בתרא (דף ה' עמ' א') היא כדלהלן: "אמר ריש לקיש: הקובע זמן לחברו, ואמר לו פרעתיך בתוך זמני - אינו נאמן, ולואי שיפרע בזמנו. אביי ורבא אמרו כי אדם פורע תוך זמנו, לעיתים מזדמנים לו כספים והוא אומר: אלך ואפרע כך שלא יטריד אותי המלווה". בשלב זה של הסוגיה מובאים דברי ריש לקיש כ'רוב' ו'סברא', בלא שמובאת בסוגיה ה'חזקה' כי אין אדם פורע תוך זמנו. לצורך הבנת שיטתו של ריש לקיש ניתן היה לומר כי הוא סובר שפשוט לא שכיח הדבר שאדם יפרע בתוך זמנו. לכאורה די בכך, שהרי מן הדין לא היה צריך הלווה להיות נאמן בטענת פירעון כיוון שלמלווה יש חזקת חיוב שחייב לו הלווה כספים שאם לא כן לא היה תובע אותו. הלווה בא לבטל את חיובו וטוען כנגד חזקת החיוב, ובדרך כלל הוא נאמן בטענתו שפרע, שכן ככלל כל חוב עומד לפירעון. אבל, בחוב שאינו עומד לפירעון כגון כאשר עסקינן בטרם שהגיע מועד פירעונו - אין הלווה נאמן. לעומת זאת, אביי ורבא סברו כי אדם עומד בהחלט לפרוע גם חוב שלא הגיע זמן פירעונו אם הגיעו המעות לידו.

רק בהמשך הסוגיה הסיקה הגמרא כי ההלכה כדברי ריש לקיש והוסיפה לחדש כי המלווה גם יכול לגבות את חובו ללא שבועה אף מיתומים, שאינם בקיאים בעובדות ביחס להלוואה שנטל אביהם. הכלל הוא שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יִפָּרַע אלא בשבועה. אבל במקרה דנא אין צורך בשבועה, שכן "חזקה אין אדם פורע תוך זמנו". בשלב זה חידשה אפוא הגמ' כי בתוך זמן ההלוואה, לא רק שאין זה שכיח שהחוב ייפרע אלא שיש חזקה שהלווה אינו פורע. כלומר החזקה נדרשה רק כהוכחה במקום שככלל לא די בטענת המלווה ונדרשת הוכחה ברמה של שבועה כגון במקרה של הוצאה מיתומים.

נמצא כי שני הביאורים אמת.

אכן, הלווה אינו נאמן לטעון כי פרע את חובו בתוך הזמן, וזאת גם כשאין ראיה בת תוקף של 'חזקה' כי אין אדם פורע תוך זמנו, אלא מחמת חזקת חיוב של המלווה שאין הלווה יכול לטעון נגדה טענה שאינה מצויה כי יש רוב נגדה. כדי לדחות את טענת הלווה אין צורך בחזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו, מפני שגם בטענה שאינה

שכיחה הלווה אינו נאמן לבטל חזקת חיוב, אך עדיין המלווה היה צריך לישבע שבועת היסת כנגד טענת הלווה. כך גם לווה הטוען כי המלווה מחל לו על החוב אינו נאמן מפני שזו טענה גרועה שהרי חוב אינו עומד למחילה והמלווה נשבע היסת ונוטל, ורק כאשר יש ללווה מיגו שיכול היה לטעון פרעתי הוא נאמן בטענת המחילה. יסוד זה נלמד גם הוא מהסוגיה דנא. המרדכי בסוגייתנו (אות תסט בד"ה "חזקה") מביא שהקשה רבי מאיר אם אמרינן מיגו במקום חזקה, מדוע לא יהא נאמן לומר 'פרעתי תוך זמני', במיגו שהיה טוען 'מחלת לי'? המרדכי עונה, שמכאן מוכח כי טענת מחילה היא טענה גרועה, שכן אין זה שכיח שמלווה מוחל על חובו. מכיוון שחוב אינו עומד למחילה, אין הלווה נאמן בטענה זו אלא אם כן יש לו מיגו של טענת פרעתי (וכן פסק הרמ"א בחושן משפט בתחילת סימן ע"ח). אמנם, כאשר הלווה לא נאמן מפני שטענתו אינה שכיחה צריך המלווה להישבע שבועת היסת כנגד טענת הלווה הטוען כנגדו 'מחלת לי'.

כשאין ריעותא חלה בדרך כלל גם 'חזקה' שיש לה תוקף ראייתי (ותוקפה כעדות ו"אנן סהדי" שהיא אמת) לפיה אין אדם פורע תוך זמנו. ראיה שכזו מאפשרת למלווה לגבות את חובו מהלווה גם בלי שבועת היסת כנגד טענת הלווה מפני שהחזקה היא כאנן סהדי לטובתו. לכן כשיש את ה'חזקה' גם במקרה שבאים להוציא מיתומים גובים בלי שבועה.

לפי מהלך זה מובנים היטב דברי הראב"ד. בתחילת הסוגיה אמר ריש לקיש שהלווה אינו נאמן מפני שטענתו אינה סבירה, אך לא אמרו שהמלווה פטור משבועה, שכן לא הזכירו עדיין את ה"חזקה" שאדם אינו פורע תוך זמנו. לאחר מכן אמרו שיש חזקה הפוטרת את המלווה משבועה - ואפילו מיתומים. מסדר זה של הסוגיה עולה כי רק החזקה היא זו שהביאה לפטור משבועה. משכך סבר הראב"ד כי אם התערערה החזקה בעקבות איבוד השטר, חזרנו לדין הראשון שבגלל ה'רוב' הלווה מושתק מלטעון את טענתו שפרע, אך בלא שניצבת חזקה כנגדו דין הוא שכדי שהמלווה ייאמן יש צורך בשבועה[227].

---

227. השיטה הרווחת בראשונים היא כי מסקנת הגמ' היא תוספת חידוש על דינו של ריש לקיש האומר שהלווה לא נאמן בגלל 'הרוב', ובאה הגמ' להוסיף חידוש לפיו יש גם 'חזקה' והיא מועילה אף נגד יתומים, כי בדרך כלל גבייה מיתומים קשה היא, וכאן חידשו שהחזקה היא ראיה כה ברורה שיש בה כדי להוציא אף מיתומים. זאת בהתאם

מיגו שפרעתי היום

הראשונים מעלים קושי חריף בסוגיה דנא: בגמרא במסכת בבא מציעא (דף ק"ב עמוד ב') **מצינו ספק כדלהלן: שוכר אמר שילמתי את דמי השכירות והמשכיר טוען לא נטלתי. על מי להביא ראיה? ביחס לשאלה זו מציינת הגמרא כי לכאורה אין מקום לספק, שהרי אם השוכר העלה טענה שפרע בתוך זמנו, הרי שיש בעניין זה משנה, לפיה אם מת האב בתוך שלושים יום מיום שנולד בנו בכורו, הרי הוא בחזקת שלא נפדה, עד שיביא ראיה שנפדה. לעומת זאת, אם מת האב לאחר שלושים יום הריהו בחזקת שנפדה. אם כן, גם לגבי שוכר הטוען כי פרע את דמי השכירות בתוך זמנו יש חזקה שהוא לא פרע, ואם טען שפרע אחר זמנו - הרי שחזקתו שפרע. הגמרא מבארת על כן כי הספק מתעורר רק במקרה שהשוכר טוען כי פרע ביום האחרון לשכירותו כשמסתיים זמן השכירות. מסקנת הגמרא היא שאדם משלם ביום המיועד לפירעון ("עביד איניש דפרע ביומא דמְשַׁלַּם זמניה"). מסוגיה זו מבואר אפוא שרק ב"תוך זמנו" אין אדם פורע, אבל ביום שהגיע זמן הפירעון הוא פורע.**

אם בכל מקרה שבא המלווה לתבוע את פירעון ההלוואה ביום הפירעון, נאמן הלווה לטעון "פרעתי היום", שהרי אדם עשוי לפרוע ביום הפירעון, מדוע שלא נאמר, שכל לווה יוכל לטעון פרעתי בתוך הזמן מיגו שהיה בידו לומר 'פרעתי היום'.

לגירסה שלנו בסוגיה "ואפילו מיתמי". ברם, הרב איסר זלמן מלצר בספרו "אבן האזל" על הרמב"ם בהלכות מלווה ולווה פרק י"ד הלכה א' כתב: "קשה, שעיקר הך דינא דאינו נאמן הלווה לטעון פרעתי בתוך זמנו, לא הביא הרמב"ם אלא כאן בדין מלווה בשטר ולעניין פטור משבועה, ועוד הביא דין זה בפרק י"א הלכה ו' ובפרק כ"ו הלכה ו' לגבי לגבות מלווה ע"פ מן היתומים, שאם מת הלווה בתוך זמן המלווה גובים, דחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. והוא תימה, למה לא כתב דין שאין אדם פורע תוך זמנו גבי הלווה גופיה שטוען פרעתי דאינו נאמן בתוך זמנו? לכן נראה שמוכרחין אנו לומר חידוש גדול שהרמב"ם באמת אינו סובר להלכה שהדין שאין אדם פורע תוך זמנו אלא גבי שבועה ולגבות מן היתומים, וגורס בגמ' והלכתא כריש לקיש "מיתמי" ולא כגרסתנו "**ואפילו** מיתמי", והיינו שבמקום שהלווה טוען פרעתי הלכה היא כאביי ורבא שאדם נוהג לפרוע גם בתוך זמנו, וסובר שמה שאמרה הגמ' "**חזקה** אין אדם פורע תוך זמנו" היינו חזקה שהיא בגדר רוב, שכן על פי רוב אין אדם פורע תוך זמנו, אבל אפשר שיזדמן שיפרע כדי שלא יטרידהו החוב, ולכן כשהלווה **טוען טענת ברי** שפרע כיון שהלכה שאין הולכים בממון אחר הרוב - נאמן הוא. אבל, לגבות מן היתומים שאינם טוענים "בוודאי אבינו פרע" גובים, שכן אין טוענין עבורם טענה שאינה מצויה".

על שאלה זו הראשונים השיבו:

א. תוס' ד"ה "ובא בזמנו" מבאר, כי הלווה נאמן לומר שפרע היום. אבל טענה זו יש בה חוצפה והעזה לומר שהמלווה אינו זוכר מה שקרה היום, ויותר נוח לו לטעון פרעתי אתמול ושכחת. לכן אם הוא טוען פרעתי בתוך הזמן במיגו שיכול היה לומר פרעתי היום, הרי זה מיגו דהעזה ואין זה מיגו. לפי זה צריך לומר ששאלת הגמרא בעניין מיגו כנגד חזקה מתייחסת רק למקרה שבו המלווה תובע את חובו אחרי יום הפירעון, כגון כשצריך לפרוע ביום שני והמלווה תובע ביום שלישי. הנתבע מצידו טען כי פרע תוך זמנו ביום ראשון, ובעניין זה דנה הגמ' האם הלווה נאמן ביום שלישי לומר פרעתי שלשום (בתוך הזמן) במיגו שיכול היה לטעון פרעתי אתמול (קרי בזמן הפירעון) שהיא טענה שאין בה העזה. אבל אם המלווה תבע בדיוק בזמן (ביום שני), אין בידי הלווה מיגו לומר פרעתיך עתה או לפני דקות ספורות, מפני שזהו "מיגו דהעזה".

ב. הרמב"ן נוקט בגישה הופכית, לפיה דינו של ריש לקיש הוא רק בלווה הבא ואומר בתוך הזמן שפרע, ולכן סובר ריש לקיש שאינו נאמן בטענה זו כי רוב העולם אינם פורעים בתוך הזמן, וגם אין לו מיגו, הרמב"ן מדייק זאת מכך שריש לקיש לא אמר 'מלווה התובע בתוך הזמן'. ודוק, כי לפי הרמב"ן בדינו של ריש לקיש לא מדובר במקרה של מלווה יוצא דופן הפונה לתבוע את הלווה בתוך הזמן, כי אדרבה אילו היה מדובר שהמלווה תובעו בתוך הזמן בוודאי שיש סברא שהיה הלווה נאמן לומר פרעתיך, כי אם המלווה תובע ולוחץ בתוך הזמן ייתכן שגם הלווה התאמץ לפרוע בתוך הזמן. לכן כשהלווה בא בתוך הזמן אין ללווה שום מיגו. אבל ספק הגמ' היה במקרה רגיל שהמלווה 'תבעו אחר זמנו' כשיש ללווה מיגו. אכן גם אם יתבע המלווה ביום הקבוע לפירעון הרי שדינו כדין מי שבא לאחר זמן, שכן נאמן הלווה לומר פרעתי היום, וממילא ככל שנכריע שמיגו מועיל נגד החזקה[228] נאמן הלווה גם לטעון פרעתי בתוך הזמן במיגו שיכול היה לומר "פרעתי עכשיו".

---

228. הרמב"ן מביא שהראב"ד סובר כשיטת תוספות, מטעם אחר, אך לאחר דיון הרמב"ן חולק לחלוטין על תוס' וכותב: "ואין דעתי מקבלת לא הפירוש הזה ולא הדין הזה, שהיה להם בגמרא לפרש ששונה המקרה של מלווה שבא ביומא דמשלם זמניה, ממלווה שבא בתוך הזמן". אכן תוס' גרס בגמרא: "ובא בזמנו" וזה שורש דבריהם

ג. בעל התרומות (חלק ב' שער ט"ז אות ב') סבור כי דברי הגמרא שאדם נאמן לומר כי פרע את חובו ביום האחרון של זמן הפירעון נאמרו במלווה התובע ביום הפירעון (כפי שנקטו תוס') אך בסוף היום. במקרה זה הלווה אף נאמן לומר כי פרע בתחילת היום (למרות שככלל אדם פורע רק ברגע האחרון) וזאת במיגו שיכול היה לומר פרעתיך כעת, בסוף היום. הלווה נהנה מטענת מיגו, שכן אין העזה בטענה זו מצדו. אולם אם המלווה תובע בתוך הזמן או בתחילת היום האחרון אין הלווה נאמן שפרע וממילא גם מיגו אין לו.

דעה זו הובאה בשולחן ערוך (חושן משפט סימן ע"ח סעיף ד'): "יש אומרים דהא דאמרינן בתבעו ביום שנשלם הזמן ואמר לו פרעתיך היום, דנאמן, הני מילי כשתבעו בסוף היום; אבל קודם לכן, אינו נאמן. וכי אמר בסוף היום: פרעתיך תוך זמני, נאמן, במיגו דפרעתיך היום. וכן סובר בעל העיטור"[229].

ודוק לפי הרמב"ן ובעל התרומות אין זמן שבו הלווה נאמן לומר שפרע בתוך הזמן, ובכל זמן שנאמן לטעון פרוע יכול הוא לומר גם פרעתי כעת, וממילא יש לו מיגו אם יאמר שפרע בתוך הזמן. ביחס לכך נאמרה החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. רק לשיטת תוספות יש הבחנה בין תביעה יום אחרי הזמן שאז עומדת לו טענת מיגו, לבין תביעה ביום האחרון שבה אין ללווה מיגו שיכול היה לומר שפרע היום, שכן זה מיגו דהעזה.

שהוכיחו שגם בבא בזמן ולא בתוך הזמן - עדיין הלווה אינו נאמן. לעומתם נוקט הרמב"ן כאמור שדינו של ר"ל הוא דווקא בבא **בתוך** הזמן. וכמו כן כתב הרמב"ן בבירור שם בדף ה' עמ' ב' שאם בא ביום האחרון, זה שייך לשאלה אם מועיל מיגו, וזאת לשיטתו שבמקרה דנא מדובר כשהתדיינו בתוך הזמן גופא.

229. ועי' שם בביאור הגר"א: "תוס' חילקו דאע"ג שלאחר זמנו נאמן לומר אפי' פרעתי תוך זמנו מכל מקום ביומא דמישלם זמניה אף על גב דנאמן לומר פרעתיך היום אבל בתוך זמנו לא דאין זה מיגו, דלא חציף... אבל בעל העיטור ובעל התרומות לא חילקו בכך דכל שנאמן לומר היום, נאמן אף לומר בתוך זמן אלא דבשואל איירי בסוף היום והסוגיה בבא בתרא מיירי בתחילת היום ואף פרעתיך היום אינו נאמן".

על שיטת תוספות תמה "קצות החושן" (בסימן ע"ח ס"ק ה'), שהרי בממון אומרים אנו גם מיגו דהעזה[230] וכמו שנקטו הפוסקים[231]. ואם כן, ככל שמיגו מועיל ללווה להיות נאמן נגד החזקה, גם מיגו דהעזה יועיל לו?

"קצות החושן" מתרץ כי רק כאן שאנו עוסקים בטענה הניצבת כנגד חזקה טובה של אין אדם פורע תוך זמנו סברו תוס' כי מיגו דהעזה לא מועיל, וזאת אף אם מיגו רגיל מועיל.

הרב אלחנן וסרמן (ב"קובץ שיעורים" בבא בתרא אות כ"ז) ביאר את הדברים כי החיסרון במיגו דהעזה הוא בכך שאין בו בירור, שכן ייתכן שהטעם לכך שאינו מעלה את הטענה החזקה יותר שבפיו אינה נובעת מהיותה אמת, אלא מכך שאינו רוצה להעיז פניו בבעל דינו. אבל, כוח הטענה יש במיגו זה, שהרי יש בידו להעלות טענה חילופית זו ולזכות באמצעותה בממון[232]. ממילא, במקרה דנא שצריך ראיה שתסתור את החזקה, הרי שלא די במיגו דהעזה, אף שעסקינן בממון ולא בשבועה. לעומת זאת, הרמב"ן סבר שהטעם שמועיל מיגו דהעזה בממון נעוץ בכך שכדי להרוויח ממון אדם מעיז גם מעיז פניו. ממילא, מי שלא העיז פניו ולא העלה טענה טובה יותר אות היא כי לא שיקר ויש גם מהימנות לטענתו. על כן סבר הרמב"ן כי במקרה דנא יועיל המיגו.

---

230. כך מצינו בסוגיה של "עיזי דאכלי חושלי" שהובאה לעיל. ברם, שביחס לראיה זו ציין "קצות החושן": "יש לדחות שכן זו העזה יותר לומר לחברו 'היום פרעתיך' ואפילו בממון לא אמרינן ליה, מה שאין כן בהני עיזי דאכלי חושלי יכול למימר לקוח מאתמול שזה לא הוי העזה כל כך. אבל מ"מ הוקשה לו שכן הלכה רווחת בישראל היא (כפי שנפסק בשו"ע חושן משפט סימן ע"ב סעיף י"ח) גבי משכון שרק אם ראו **עתה** בידו את המשכון אינו נאמן לומר לקוח הוא בידי, אבל אם ראו שעה קודם נאמן לומר לקוח במיגו דהחזרתי בשעה זו. לכאורה, מדוע לא אמרינן שאם ראו שעה קודם ג"כ אין מיגו שהרי אינו יכול לומר החזרתי בשעה זו, שכן זו העזה. מן ההכרח אפוא לומר שבממון נאמן אף במיגו דהעזה כזה".

231. כך נקטו הרשב"א הר"ן והריטב"א בסוגיה דנא וכן תוס' במסכת בבא בתרא דף נ"ב עמ' ב' ד"ה "דברים", סברו שלהלכה מועיל מיגו דהעזה בממון.

232. משום כך ביאר "קובץ שיעורים" כפי שראינו לעיל שמיגו זה מועיל בממון, מחמת כוח הטענה שבו, אך אינו מועיל לפטור משבועה, שכן לשם כך יש צורך במהימנות ובראיה (חלף השבועה) ולא די בכוח טענה.

מיגו בטענה שמעלה בית דין

בשולחן ערוך (חושן משפט סימן ק"ח סעיף ד') נפסק כי אדם שהפקיד ממון בשטר, ומת הנפקד, בית הדין טוענים עבור היתומים שלו, שמא האב החזיר את הפיקדון. אילו היה הנפקד חי, הרי שטענת 'החזרתי' הייתה מתקבלת, למרות שיש שטר אצל המפקיד הטוען "אילו פרעת כיצד השארת את שטר החוב בידי?" זאת מכיוון שהנפקד יכול היה לטעון כי מעות הפיקדון נאנסו, ושומר פטור במקרה של אבדו באונס. על כן, נאמן הלווה גם בטענת 'החזרתי' - מכוח מיגו.

החידוש הוא שטענה זו תקפה, מכוח אותו מיגו גם כאשר היא מועלית ע"י בית הדין עבור היתומים.[233] ודוק, אצל בית הדין אין לומר כי המיגו פועל מכוח "נאמנות", שהרי בית הדין אינם נאמנות לטענת עצמם, וגם בלאו הכי אינם טוענים מידיעה אלא מעלים את הדברים בגדר אפשרות בלבד שמא האב, הנפקד, החזיר את המעות. מיגו בהקשר זה פועל אפוא בהכרח אך ורק מחמת "כוח הטענה" ולפיו מכיוון שהיה כוח בידי הלווה לזכות בדינו כשהוא טוען כי המעות אבדו באונס, הרי שבית הדין יכולים לטעון עבור היתומים כי המעות הוחזרו[234].

השולחן ערוך מוסיף כי אם מת האב בתוך הזמן, אין בית הדין טוענים עבור היתומים שמא המעות הוחזרו, שכן טענה שכזו סותרת לחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. הש"ך שם (בס"ק ז') תמה על כך, שכן הגמרא לא הכריעה בשאלה אם אומרים מיגו במקום חזקה, והדין הוא שבמקרה של ספק בממון יש לפסוק לקולא לנתבע, כלומר - אין להוציא מידי היתומים, ויש לטעון עבורם שמא המעות הוחזרו בתוך הזמן, שזו טענה שהנפקד היה מהימן לגביה במיגו דנאנסו?

ברם, לפי ביאורו של הרב אלחנן וסרמן כי בטענה שמעלה בית דין אין במיגו תוספת נאמנות אלא רק "כוח הטענה", מבאר הרב נחום פרצוביץ בחידושיו למסכת בבא בתרא (אות ק"ז) כי יש ליישב קושי זה. כאן לא שייך לומר שיועיל מיגו נגד חזקה, שכן כאמור בדברי הרב וסרמן, כל ספק הגמ' אם מועיל המיגו מול החזקה התקיים

---

233. ר' תוס' גיטין דף ב' עמ' א' ד"ה "ואם".

234. תוס' הנ"ל מבאר כי אין בית הדין טוען במישרין טענת "נאנסו" עבור היתומים, שכן אונס המעות אינו שכיח.

רק במקום שקיים הבירור של המיגו, אבל אם אין בירור (אלא רק "כוח הטענה") פשיטא שלא אומרים מיגו במקום חזקה[235].

פירעון ביום האחרון

הראב"ד (מובא בחידושי הרמב"ן), נוקט גם הוא כדברי תוספות שבמקרה של מלווה התובע ביום הפירעון (בזמנו), אין הלווה נאמן לומר שפרע בתוך הזמן במיגו שיכול היה לומר שפרע היום. הראב"ד מנמק את הדבר בטעם אחר משל תוספות. רוב האנשים אינם פורעים בדיוק ביום שנגמר זמן הפירעון, וזה פשר דברי הגמרא: "ולוואי שיפרענו בזמנו". כלומר הלוואי שיהא הלווה חריג לטובה בנוף האנושי ויפרע ביום הפירעון. ממילא, מסביר הראב"ד, טענת הלווה שפרע בתוך הזמן אינה נסמכת על מיגו שיכול היה לומר שפרע היום, כיוון שגם היום אין זה שכיח לפרוע.

על הסבר זה תמה "קצות החושן" מה בכך שרוב האנשים אינם פורעים ביום האחרון לחובם "סוף סוף אם היה הלווה טוען כך היה נאמן, ואם כן יש לו מיגו"?

נראה לומר, כי טענת "פרעתי היום" היא אמנם טענה שמתקבלת, אך היא טענה קלושה ומתקבלת בקושי. ממילא, מכיוון שטענת 'פרעתי בתוך זמני' היא טענה שאדם מעלה כנגד החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, אין בכוח מיגו קלוש כל כך כדי לסייע בידו להתגבר על החזקה. הווה אומר, כי עסקינן בטענה רחוקה שמעוררת השתאות ביחס לגרסתו ולא נוח לאדם להימצא במצב שכזה בבירור דינו. אמנם הראב"ד סובר כי לא מפריעה לאדם העובדה שזו העזה לומר "פרעתי היום", אך ברור שאין אדם רוצה להעלות טענה שיפקפקו באמיתותה ויחשדו בו בשקר. כלומר, אמנם מי שטוען לפנינו טענה זו אנו מחויבים לקבלה. אבל מי שלא

---

235. בהתאם לאותו מהלך מיישב שם הרב נחום פרצוביץ את פסקו של "יד רמה" בבא בתרא אות נ', שכתב שבמלווה על פה כשמת האב תוך הזמן והיתומים מודים שהייתה הלוואה רק שאינם יודעים אם פרע, הרי הם מחויבים לשלם. והקשה הש"ך בסימן ס"ט, ס"ק מ"ט, מדוע שלא יטענו להם בית הדין פרוע במיגו שהיתומים יכלו להכחיש את כל החוב, שהרי בגמרא הספק האם אומרים מיגו כנגד חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו הוא ספק שלא הוכרע. אולם, בהתאם לאמור, מבואר היטב, שהרי כל ספק הגמ' שמא יועיל מיגו במקום חזקה הוא רק כאשר בפנינו מיגו שיש בו כוח בירור, ודבר זה אינו קיים כאשר מדובר בבית דין הטוענים ליתומים, וממילא בהעדר הוכחה פשיטא שלא אומרים מיגו במקום חזקה.

טוען טענה זו אין בכך כדי להצביע על אמינותו שכן ייתכן ולא עשה כן מכיוון שלא היה מעוניין לטעון טענה דחוקה המעוררת תמיהות.

הבחנת "קצות החושן"

"קצות החושן" מבאר את שיטת הראב"ד, כי יש להבחין בין מקרה של תביעה לאחר חלוף זמן הפירעון לתביעה ביום הקבוע לפירעון כדלהלן:

בתביעה של המלווה לאחר זמן הפירעון - יכול היה הלווה לטעון פרעתי לאחר הזמן ויהיה נאמן. במקרה זה אלמלא הודאת פיו שפרע בתוך זמנו לא הייתה טענת הפירעון שלו מתנגדת כלל לחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. על כן, כאשר הוא טוען שפרע בתוך הזמן ורוצה שיאמינו לו במיגו, המיגו חזק יותר ודומה למצב שבו "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". בלא טענת פירעון, הדבר סביר בעינינו שהלווה כבר פרע, שהרי כבר עבר זמנו. גם אם הלווה לא היה בפנינו, הייתה לנו סברא לחשוב שכבר פרע. נמצא שהלווה שהודה וטען פרעתי בתוך הזמן, הוא "הפה שאסר" והוא שמפקיע את מחשבתנו הבסיסית, וממילא הוא נאמן להיות גם "הפה שהתיר" בטענתו שפרע בתוך הזמן.

אבל בתביעה של המלווה ביום האחרון של זמן הפירעון - האפשרות שעל הפרק בלא שהלווה יטען - היא כי פרע בתוך זמנו[236], וזו אפשרות שעומדת כנגד חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו. אכן, הוא יכול להעלות גם טענה כי פרע ביום האחרון, אבל אילו היינו בוחנים את העובדות בלי טענות הצדדים, לא היינו מעלים על דעתנו כי הוא פרע ביום האחרון, שהרי רוב בני האדם אינם עושים כן. לכן אלמלא טענתו לא היה בסיס לטענה כי כבר פרע ביום האחרון. ממילא אף שעדיין בפנינו מיגו, שיכול היה הלווה לטעון שפרע היום, והוא אומר שפרע אתמול. מכל מקום אלמלא טענתו לא היינו סוברים שפרע כבר, ולכן אין כאן "הפה שאסר". נגד 'חזקה' לא סברה הגמרא שיועיל מיגו, שאין לו כוח של "הפה שאסר"[237].

---

236. "קצות החושן" מבאר כי מטעם זה גם לא טוענים אנו ליורשים שאביהם פרע ביום האחרון של זמן הפירעון.

237. ודוק, דברי "קצות החושן" מיוסדים על ההנחה הידועה, כי "הפה שאסר הוא הפה שהתיר" היא סברה היוצרת מהימנות ברמה גבוהה לאין ערוך מהנאמנות של מיגו. עמדנו על כך בהרחבה בתחילת פרק זה. משכך, סובר "קצות החושן" כי כדי להיות

יב. מיגו נגד חזקת ממון

חזקת ממון מבוססת על הכלל הראייתי כי כל מה שתחת יד אדם הריהו שלו[238]. מה יהא הדין כאשר המחזיק מבקש להוציא מ'חזקת הממון' של עצמו מכוח טענת מיגו? כך למשל הרמ"א (בהגהתו על שו"ע חושן משפט סימן צ"ט סעיף א') מתייחס ללווה שבאו נושים ליטול נכסים שתחת ידו והוא טוען שאינם שלו אלא רק מופקדים בידו ומשום כך אי אפשר לגבות מהם. השולחן ערוך פוסק[239] כי אינו נאמן, והמלווה יכול לגבות מהם אף אם ללווה יש מיגו, כגון שהיה יכול להעביר את הנכסים לאחרים שהוא טוען כי הם שלהם. "ואף על פי שיש לו מיגו... אינו נאמן, דהוי מיגו במקום חזקה דכל מה שנמצא ביד אדם בחזקת שהוא שלו". נמצא כי המיגו של המחזיק אינו מועיל לו להפקיע מ"חזקה" זו האומרת שהממון שלו.

בהתאם לכך ניתן להבין את סוגיית הגמרא במסכת בבא בתרא (דף ל"ג עמ' ב') אודות עד אחד שהעיד כי ראה שאדם המחזיק במטיל כסף חטף אותו מחברו וטוען שהוא שלו. ככלל, עד אחד אינו מחייב ממון והנתבע יכול להכחישו, להישבע ולהיפטר[240]. אבל, במקרה דנא החוטף הודה לדברי העד שהוא חטף, אך טען כי המטיל היה שלו מלכתחילה ("אין, חטפי ודידי חטפי"). רבי אבא חייבו לשלם כיוון שלא הכחיש את דברי העד ואילו טענתו כי חטף את שלו אינה מועילה לפוטרו. תוספות שם הקשו, מדוע אינו נאמן בטענתו במיגו שיכול היה להכחיש

נאמן נגד ראיה של חזקה אין אדם פורע תוך זמנו נדרשת נאמנות חזקה של "הפה שאסר".

238. בפרק א' לעיל עמדנו על ההבחנה בין מוחזקות לבין חזקת ממון. מוחזקות היא החזקה בפועל בנכס שאינה עולה כדי ראיה שהנכס אכן שייך למחזיק בו. למשל, כשנולד ספק בכור בעדר. העובדה שהכבש נמצא בידי בעל העדר אינה ראיה כלל כי אינו בכור השייך לכהן. הישראל מוחזק והכהן לא יוכל להוציא את הנכס מידו אך המוחזקות אינה מהווה ראיה לבעלות. לעומת זאת, כאשר אנו רואים חפץ ביד אדם, עצם החזקתו בחפץ גורמת לנו להניח שהחפץ הוא שלו ונמצא בידו כדין ואין לנו להניח כי החפץ נמצא בידו שלא כדין.

239. פסק זה מבוסס על דברי המגיד משנה על הרמב"ם בהלכות מלווה ולווה פרק א' הלכה ד'.

240. במסכת כתובות דף פ"ז עמ' ב' דרשו חז"ל את הכתוב (דברים י"ט, ט"ו): "לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת" - "לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם - אבל קם הוא לשבועה".

את העד ולהיפטר ע"י שבועה? הרב חיים סולובייצ'יק (חידושי הגר"ח על הש"ס אות רפ"ה) מבאר שלפי דעת הרמ"א שמיגו לא יכול לסייע לחוטף נגד החזקה של מה שתחת יד אדם הוא שלו, תתורץ קושיית תוספות, והחוטף לא מהימן במיגו שכן טענתו "חטפתי את המטיל שלי" ('דידי חטפי') סותרת לחזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו. אדרבה ה"חזקה" מוכיחה שהממון שייך לנחטף שהחזיק בו, ואילו לחוטף אין חזקה, שהרי אנו יודעים שהדבר בא לידו בדרך של חטיפה ורואים אותו כגזלן. ברם, שאם כן מדוע לא תירצו כך תוספות שם? אין זאת אלא שתוס' סוברים כי מיגו מועיל להוציא מידי חזקה. ואכן, הרמ"א מציין כי יש ראשונים החולקים וסוברים שניתן להעלות טענת מיגו נגד חזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו[241].

הרב חיים הלוי סולובייצ'יק העיר על תירוצו לשאלת תוספות, כי בגמרא שם משמע[242] שאם לא היה עד אחד המעיד על החטיפה, היה החוטף נאמן לומר כי חטף מטיל של עצמו מכוח מיגו שיכול היה להכחיש את החטיפה מלכתחילה. לכאורה, כיוון שהודה שחטף זהו מיגו נגד חזקתו של הנחטף שאינו מועיל לפי האמור בדברי הרמ"א?

על כך משיב הגר"ח סולובייצ'יק כי הוא נאמן מכיוון שאף אחד לא ראה את החטיפה, ולכן מבחינתנו הנכס מצוי בידו וממילא עומדת החזקה לטובתו. רק כשברור ע"י עדות העד שהוא חטף את מטיל הכסף, אין מקום להחיל עליו חזקה זו אלא על הנחטף, מכיוון שהחזקה שלו נסתרת לאחר שאנו שומעים שהחפץ בא לידו ע"י חטיפה וגזילה.

ודוק היטב, ה'חזקה שמה שתחת יד אדם היא שלו' מבוססת על כך שחפצים שבני אדם מחזיקים בידם מן הסתם באו לידיהם כדין. לכן גם אם ידוע לנו שהחפץ היה אתמול של ראובן ועתה הוא בידי שמעון הטוען שקנה אותו מראובן, היינו אומרים החזקה היא של שמעון המחזיק בחפץ עכשיו. אבל אם ראינו או שמענו ששמעון חטף חפץ מראובן הרי שהחטיפה אינה יוצרת חזקה "מה שתחת ידו הוא שלו" כיוון שבדרך כלל חטיפה מעידה על גזילה. בהתאם לכך אילו היה מקובל שאדם חוטף

---

241. ראה תשובת הרא"ש כלל ע"ט סי' י"א, וכן תשובת הרשב"א המובאת בדברי ה"בית יוסף" על טור חושן משפט סוף סימן מ"ז.

242. כך מבואר בדברי הרשב"ם ובתוס' שם.

חפץ רק כשהוא שלו, פשיטא כי גם כשהחפץ נחטף הייתה עומדת החזקה שמה שתחת יד אדם הרי הוא שלו, והחוטף לא היה זקוק למיגו כדי לומר כי הוא חטף את שלו. לכן מסביר הגר"ח כי כאשר לא ראינו מעשה חטיפה, אלא אנו רואים את החפץ ביד שמעון ומחזיקים שהוא שלו כדין, וכל החשד נוצר על ידי 'הודאתו' שהוא חטף, הוי אומר שהוא נאמן במיגו שלא 'חטף' אלא 'לקח' את שלו. במקרה זה המיגו אינו נוגד את החזקה של מה שתחת יד אדם הוא שלו, אלא המיגו מברר שהחזקה היא של מי שהחפץ עכשיו בידו. כלומר, כיוון שללא דיבורו של המחזיק היה נחשב בעינינו שמה שתחת ידו הוא שלו, נמצא שהודייתו שחטף אינה הודאה שהרי לטענתו נטל את שלו והוא בדבריו רק מחזק את החזקה שמה שתחת ידו הוא שלו. למעשה, אין כאן הודאה על חטיפה המערערת את החזקה שכל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו וחזקה זו ממשיכה לעמוד לצידו. על כן פשיטא כי במקרה זה אין מיגו נגד חזקה אלא אדרבה המיגו מחייב להסיק שהחזקה נשארת אצל החוטף[243].

מקרה זה אינו דומה לדברי הרמ"א (בסימן צ"ט) האמורים ביחס ללווה הטוען כי חפצים שתחת ידו אינם שלו, שהרי במקרה שם הממון נמצא בידי הלווה והחזקה שלפנינו שהוא שלו. לכן כשהוא טוען שהממון אינו שלו הרי שהמיגו בא להפקיע מהחזקה הנראית בעינינו, לכן זה מיגו נגד חזקה ומשום כך אינו נאמן.

כמו כן ברור כי האמור חל רק כאשר אין עד אחד המעיד על החטיפה. אבל כשעד אחד מעיד שהוא חטף, הרי שנשארה לבעלים הקודם החזקה שכל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו וממילא לא מועילה טענת מיגו, שהרי מיגו לא מועיל נגד חזקה[244].

---

243. מכל מקום אנו נזקקים למיגו, שכן בלא המיגו היינו עושים "פלגינן דיבורא" ומאמינים לו בהודייתו על העובדה שהוא חטף, ולא היינו מאמינים לפרשנותו כי חטף את של חברו. אבל מאחר שהוא נאמן לפרש את מעשיו במיגו הרי שהוא מהימן ביחס לכל דבריו ונמצא שאין כאן הודאת חטיפה כלל.

244. מקרה זה אינו דומה למצב שבו אין עד אחד על החטיפה, שכן במקרה זה הוא המחדש לנו את החטיפה, ובלא הודאתו הרי מחזיקים את הנכס בידו, ויש לו חזקה כי החפץ בידו, והרי הוא אומר שחטף בדין ולמעשה אין כאן חטיפה כלל. לעומת זאת, במקום שהעד יודע שהוא חטף אלא שאינו יודע של מי הממון, הרי שמאחר שהעד נאמן כל זמן שלא הכחישו בשבועה, נשארת החזקה לבעלים הראשונים.

ברם, לכאורה הדברים לא מובנים היטב, מדוע כשיש רק עד אחד לא נאמר שהמיגו אינו נגד חזקה, אלא גורם שנאמין לו שהוא שהופך לבעל החזקה ולא הנחטף, ועד אחד לא יכול להוציא ממון מחזקת מי שהוא בידו?

ייתכן כי התשובה לכך נעוצה בהבחנה בין דין מיגו לדין הפה שאסר לגבי יצירת החזקה.

כלומר, כאשר אין עד שמעיד על החטיפה, הרי שהחזקה שנוצרת היא שהחפץ הוא שלו, ולגבי מה שאמר שחטף יש לחוטף כוח של 'הפה שאסר', שהרי בלא הודאתו אין לנו להניח שחטף והוא זה שיצר במו פיו את הספק האם החפץ שלו. מה שאין כן כאשר בפנינו עד אחד שחטף אי אפשר לומר שנוצרת חזקה שהנכס שלו, אלא אנו נזקקים לבירור העניין בשבועה[245].

בהתאם לכך נמצא כי כשיש עד אחד על החטיפה, הרי שלא מפיו אנו חיים שהייתה חטיפה ואין לו כוח של 'פה שאסר' לומר כי הוא חטף את הממון שלו עצמו[246]. ממילא זהו מיגו ולא הפה שאסר ואין בו כוח להכחיש את החזקה. אולם, כאשר אין עד אחד שחטף, הרי שמפיו אנו חיים שחטף, וכשהוא טוען כי חטף את של עצמו, הרי שהוא נאמן מכוח דין "הפה שאסר והוא הפה שהתיר" לחזק את מה שנראה בעינינו שהחזקה שמה שבידו הוא שלו.

הרב חיים סולובייצ'יק מציין כי לכאורה ניתן היה לתרץ בפשטות כי ה'פה שאסר' עדיף ממיגו, ולכן רק לגבי מיגו סובר הרמ"א שאין לו תוקף ראייתי מספיק כנגד חזקה, אבל דין הפה שאסר חורג מנאמנות ובירור שהוא אומר אמת, אלא מהווה טעם לכך שאין בית הדין יכולים להשית עליו חיוב. שכן פיו עצמו שהוא היסוד המחייב, אינו יוצר חיוב זה. לכן בכוחו לפטור אף שדבריו מנגדים לחזקה. אך

---

245. הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" על מסכת בבא בתרא סימן כ"ה ביאר "דבכל מיגו אותה טענה שאילו רצה היה טוען, כל כמה דלא טעין לא חיישינן לה אנן, אבל הפה שאסר הוא בגוונא דאותה טענה שהיה יכול לטעון גם אנחנו מסתפקים בה וחוששין לה ורק כשיש הודאת פיו שאינו כן, מסתלק אותו חשש, ועל פיו הוא דבאנו לחייבו. בזה אמרינן דכיוון שכל חיובו הוא רק משום דבריו והרי הוא מוסיף דברים המזכים אותו, הפה שאסר הוא הפה שהתיר ואי אפשר לחייבו על פיו יותר ממה שהוא אומר".

246. החוטף אינו נאמן להכחיש את העד בלא שבועה.

הגר"ח כותב "ואף שהוא הפה שאסר אם אין עדים על החטיפה, מכל מקום גם הפה שאסר לא מהימן נגד חזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו". כלומר במקרה שהחזקת החפץ הנראית לעינינו היא ברורה כמו במקרה של לווה המחזיק את החפץ, גם עם הפה שאסר לא יהיה נאמן לומר שהחפץ אינו שלו כי זה נגד מה שנראה בעינינו, (כגון שלא היינו יודעים שהחפץ בידו אלא על פיו). רק כשאנו רואים את החפץ בידי שמעון וללא דבריו אנו מחזיקים אותו בחזקתו, אז כשהוא טוען שלקח את שלו, הרי שהוא לא טוען נגד חזקה כלל.

נראה שהרב חיים סולובייצ'יק כיוון לכך ש'חזקה' אינה בירור אלא קביעה שזו נקודת המוצא של בית הדין בסתמא בלא שיתברר דבר. על כן נקט הגר"ח סולובייצ'יק כי כאשר אין עד אחד על החטיפה, הרי שההנחה הבסיסית של בית הדין הינה שהחפץ של המחזיק שלא ידוע לנו שהוא 'חוטף', וממילא החזקה היא לטובתו. על כן, גם כאשר המחזיק 'מודה' שחטף אין הדבר מערער את ההנחה הבסיסית האמורה, שהרי אין סיבה שמחמת טענתו תתבטל החזקה וההנחה שהניחו מעיקרא. לעומת זאת, כשיש לבית הדין ידיעה על החטיפה מכוח דבריו של עד, הרי שכל עוד שאין שבועה המכחישה את העד הרי שההנחה היא שהחפץ של הנחטף, וממילא החזקה היא של הנחטף. במקרה זה החטיפה לא יצרה חזקה לחוטף, מאחר ובסתמא נוקטים אנו שחטיפה מעידה על כך שהחפץ לא שלו.

יג. מיגו במקום חזקת מרא קמא

עמדנו לעיל על סוגיית הגמרא במסכת בבא בתרא (דף ל"ב) בדבר תובע הטוען כי רעהו יושב בקרקע שלו. בתגובה, הציג לו הנתבע המחזיק שטר שעליו חתומים עדים וטען כי קנה את הקרקע בשטר זה. ענה לו המערער: שטר זה מזויף הוא! למשמע טענה זו השיב המחזיק "אכן השטר שהצגתי מזויף הוא, אולם שטר מעולה היה לי ואבד". אמר רבה: כיוון שיכול היה המחזיק לטעון כי שטר זה שבפנינו מעולה הוא, ואיש לא היה יכול להכחיש את שטרו, הרי שהמחזיק נאמן שהיה לו שטר אחר טוב ואבד. אמר לו רב יוסף: כל עוד שאין בפנינו שטר קניין שאינו מזויף נמצא כי הקרקע עומדת בחזקת בעליה הראשון (חזקת מרא קמא). על מה יש אפוא לסמוך כדי להוציא את הקרקע מידיו? הן השטר שבפנינו הוא "חספא בעלמא" (משול לחרס הנשבר) ואין לו כל תוקף.

ביחס לסוגיה זו עמדנו לעיל על הסברי הראשונים אודות שיטת רב יוסף, מדוע לדעתו נחשב המחזיק בקרקע כזוכה בקרקע ללא שטר? הרי לטענתו היה בידו שטר אמיתי שאבד וטענה זו אמינה היא מכוח "מיגו", שהרי יכול היה לטעון שהשטר שבפנינו תקף הוא. על שאלה זו תירץ תוספות שם (שיטת ריב"ם) תוך קביעת כלל "**מיגו להוציא ממון לא אמרינן**", עליו עמדנו בהרחבה לעיל.

פסק הגמרא בסוגיה זו הוא כרבה הסובר שלמחזיק בקרקע עומדת טענת המיגו, והריהו נאמן לומר שהיה לו שטר ואבד. כלומר, ע"י מיגו הוא נאמן אף נגד חזקת הבעלים הראשון ("חזקת מרא קמא"). רב יוסף סבר כי מכיוון שלבעלים הראשון עומדת "חזקת מרא קמא" הריהו כמוחזק, ולכן למחזיק בקרקע אין מיגו, שכן זהו מיגו להוציא. לעומת זאת, לדעת רבה המחזיק בקרקע נאמן במיגו נגד הבעלים המקורי.

בטעמו של רבה נחלקו המפרשים, ויש נפקות הלכתית בדבר כפי שנראה להלן.

בספר "קצות החושן" (סימן פ"ב ס"ק י"ג)[247] מבוארת דעת רבה שמציג השטר נאמן מכוח מיגו לקבל את הקרקע, כיוון שאין זה נחשב "מיגו להוציא". טעם הדבר הוא, שרק במטלטלין אנו אומרים "חזקה מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו", אבל בקרקע אין מוחזקות, שהרי האדם אינו "מחזיק" בקרקע באופן פיסי והיא לא תחת ידו. נמצא, כי לתובע יש רק "חזקת מרא קמא" אך אינו "מוחזק" בקרקע. הווי אומר כי גם לרבה מיגו להוציא לא אומרים, אך רבה סובר כי מיגו נגד חזקת מרא קמא אינו מיגו להוציא.

לפי שיטת "קצות החושן" ישנה נפקות הלכתית גם ביחס למטלטלין. במקרה של תובע המבקש להיות נאמן במיגו אודות מטלטלין המצויים ברשות הרבים ולא תחת יד הנתבע, הרי שהנתבע אינו מוחזק כיוון שהחפץ אינו מצוי תחת ידו. לנתבע יש אפוא רק חזקת מרא קמא, וכנגדה סובר רבה שמועיל מיגו. הגמרא פסקה כאמור כרבה.

---

247. בדומה לכך כתב בספרו "שב שמעתתא", בשמעתא ד' פרק כ"ד שבקרקע לעולם אין חזקת ממון כיוון שאינה תחת ידו ממש וכל מה שיש בה הוא חזקת מרא קמא למערער על המחזיק בה.

הרב יוסף דב סולובייצ'יק בשו"ת "בית הלוי" (חלק ג' סימן ל"ג) כותב, כי מי שסובר שאין אומרים מיגו להוציא אומר זאת לא רק כנגד מוחזקות אלא גם כנגד חזקת מרא קמא. ומהסוגיה מוכח שעיקר טעמו של רבה שהתובע נאמן מכוח מיגו נעוץ בכך שרבה סובר כי אומרים מיגו להוציא.

"בית הלוי" מוכיח שאין לומר כשיטת "קצות החושן", שהרי באותה סוגיה מביאה הגמרא מקרה של מחזיק בקרקע, ולאחר מכן מביאה הגמרא מקרה דומה ביחס לאדם שטען כי הלווה לחברו מאה זוז וביקש להוציא מידו ממון מכוח שטר. גם במקרה זה התובע חזר בו והודה כי השטר שהציג מזויף הוא, אך טען כי היה בידו שטר מקורי שנאבד. הגמרא מציינת כי גם כאן חולקים רבה ורב יוסף, אולם במקרה זה הלכה כרב יוסף, לעומת המקרה הקודם שעסק בשטר מקח על קרקע שבו נפסקה ההלכה כרבה. ודוק, במקרה של שטר הלוואה אין ספק שהתובע הוא מוציא ממוחזק, ובכל זאת סובר רבה שהוא נאמן במיגו. מוכח אפוא כי רבה חולק לחלוטין על הכלל של "מיגו להוציא לא אמרינן". נמצא כי טעמו של רבה שהמחזיק נאמן במיגו שהיה בידו שטר מקח טוב, אינו מחמת שזה לא מיגו להוציא, אלא מחמת שגם "מיגו להוציא" אמרינן.

כלומר, בניגוד לדברי "קצות החושן", לפיהם רבה מודה ש"מיגו להוציא לא אמרינן" אלא שהוא סובר שמיגו נגד "חזקת מרא קמא" אינו נחשב "מיגו להוציא", הרי שלדברי "בית הלוי" נמצא כי רבה חולק לחלוטין על הכלל של "מיגו להוציא לא אמרינן".

לדברי "קצות החושן" ברור הדבר כיצד פסקה הגמרא כי הלכה כרבה בנוגע למיגו שהציג המחזיק ביחס לקרקע, על אף שאנו סבורים בכל מקום (לשיטת הרבה מן הראשונים) שמיגו להוציא לא אמרינן, שכן מיגו נגד חזקת מרא קמא אינו מיגו להוציא. ברם לדברי "בית הלוי" קשה, כיצד פסקה הגמרא כרבה בנוגע למיגו של המחזיק ביחס לקרקע, עת שאנו פוסקים בכל מקום כי מיגו להוציא לא אמרינן?

"בית הלוי" מבאר כי הגמרא נותרת בספק לגבי השאלה האם אומרים מיגו להוציא ולכן פסקה כרבה לגבי קרקע ולא במעות, למרות שטעם רבה בשניהם שווה.

ומדוע הכריעה הגמרא כרבה רק לגבי קרקע? על כך משיב "בית הלוי" כי מכיוון שהמוחזק גר בה הרי שהוא במידה מסוימת מוחזק, ובלשונו "קצת מוחזק", ממילא כשהוא טוען טענת מיגו להוציא - הוא נאמן. לעומת זאת, בתביעת מעות שהוא מוציא גמור - לא מועיל מיגו להוציא.

כלומר לפי שיטת "קצות החושן" הגמ' פסקה שהלכה כרבה בקרקע מכיוון שהכריעה שמיגו נגד מרא קמא אינו נחשב מיגו להוציא. אכן, רבה עצמו סבר שאף בממון היה הטוען נאמן, שכן הוא סובר שמיגו להוציא אמרינן, אך בזה לא נפסקה ההלכה כמותו. הגמרא פסקה כמו רבה רק לגבי קרקע מכיוון שמיגו להוציא לא אמרינן רק כנגד מוחזק, אך כנגד מרא קמא אמרינן. ומה שפסקו כמו רבה בארעא - אינו מטעמו של רבה שאומרים מיגו גם להוציא, אלא מכיוון שהוכרע בגמרא שמועיל מיגו נגד מרא קמא.

אולם, לפי "בית הלוי" מרא קמא כמוהו כמוחזק, ונגד שניהם אין לומר מיגו להוציא. אלא שבקרקע לא יכלו להוציא מדירתו את מי שגר בקרקע, מכיוון שמיגו להוציא יוצר רק ספק, או מפני שמי שגר בקרקע נחשב כ"מוחזק קצת". לפי זה נמצא כי מי שידוע כבעלים של מטלטלין הנמצאים ברשות הרבים, אין לתובע זכות להוציא במיגו מידי המרא קמא, שהרי לא מועיל מיגו להוציא ממרא קמא. כמו כן בקרקע לא מצינו שמיגו מועיל נגד מרא קמא בלא שהטוען הינו מוחזק קצת ע"י שגר שם.

הנה כי כן, לפי "קצות החושן" מיגו להוציא לא אמרינן רק כנגד מוחזק ולא כנגד מרא קמא. לכן מי שטוען "קניתי" ביחס למטלטלין המצויים ברשות הרבים ומבקש להיות נאמן במיגו שזה היה חפץ שלו זה מכבר - נאמן כנגד מרא קמא. לעומת זאת, לפי "בית הלוי" גם מיגו נגד מרא קמא נקרא מיגו להוציא ולא אמרינן. על כן, במקרה של מטלטלין ברשות הרבים הוא לא יהא נאמן מכוח מיגו ליטול מהמרא קמא.

"בית הלוי" מוסיף כי גם לגבי קרקע שמועיל מיגו להוציא כאמור (כיוון שהוא גר בקרקע ונחשב "מוחזק קצת"), הדבר נאמר רק במיגו טוב ("מיגו דאי בעי שתיק")[248], אבל בשאר סוגי המיגו לא תועיל טענתו.

סברא נוספת מצינו בספר עליות דרבינו יונה (על בבא בתרא דף ל"ב עמוד ב'), כי רבה סבר שעל אף שוודאי שאין אומרים מיגו להוציא "שאני האי מיגו דכיון שכבר קדם וטען מִמְּךָ קניתיה וזהו שטרי, וכבר בטענתו הוחזק בקרקע, הרי שלאחר שהודה כי שטר זה מזויף הוא, אלא שטען כי 'שטר טוב היה לי ואבד' אין זה נחשב למיגו

248. כפי שראינו לעיל ביחס לדברי תוס' בתחילת מסכת בבא מציעא ד"ה "וזה" שרבה אמר מיגו להוציא כיוון שמדובר במיגו דאי בעי שתיק.

להוציא ממון אלא רק להחזיק בממון"[249]. הגמרא לא קיבלה את הדברים לגבי ממון, אבל לגבי קרקע שבה הוא כבר גר, וגם יש את הסברא שכבר זכה בה מכוח טענתו הראשונה, מובן מדוע זהו של מיגו להחזיק בחפץ ולא מיגו להוציא.

מהותה של חזקת מרא קמא

האחרונים דנו במהותה של חזקת מרא קמא: "קצות החושן" סובר כי חזקה זו היא כשאר "חזקה דמעיקרא"[250] שהוחלה גם לגבי איסורים[251]. כלומר, לפי שיטה זו דין מרא קמא אינו אלא "חזקה דמעיקרא", שבה אנו מעמידים מקרה על חזקתו, ואנו פוסקים את הדין על בסיס הנחה מוקדמת כל עוד שלא נודע לנו כי השתנתה[252].

ודוק, בכל הספקות באיסורים, למשל האם אישה התגרשה או לא, האם בהמה נטרפה או לא וכיו"ב, השאלה היא האם מושא הספק יצא מחזקתו הראשונה או לא. כנגד כך מועיל רוב ומועיל מיגו ואחר שנפשט הספק מתבררת ממילא הגדרתו של הדבר ברגע הספק. אבל בחזקת ממון שיש בפנינו מוחזק שהממון תחת ידו, גם לאחר שנפשוט את הספק מבחינה עקרונית עדיין במצב העכשווי הנכס מצוי בפועל ביד המחזיק בו ונדרשת פעולה להוצאת הממון מחזקתו על כן לא מועיל רוב כנגדו. לעומת זאת, כאשר יש ספק בקרקע אם המרא קמא מכר אותה כיון שהקרקע לא עוברת באופן פיסי מיד ליד אלא הדיון הוא על הגדרתה ההלכתית, מובן כי בדומה לאיסורים לכאורה צריך להיות הדין שמועיל רוב לפשוט את הספק. המרא קמא לא עדיף מחזקת אשת איש "כיון דהשתא אין אדם מוחזק בה",

---

249. הבאנו את דברי רבינו יונה לעיל, וביארנו שם שזוהי סברא אחרת - לא שזהו מיגו חזק (דאי בעי שתיק), אלא שנחשב כמיגו להעמיד את הנכס בחזקתו, שהרי בלא שידבר כלום כבר בטענתו הראשונה בעת שהציג את השטר היה זוכה בקרקע והדבר היה נחשב כמי שהחפץ כבר בידיו.

250. הנלמד מדין בית המנוגע, במסכת חולין דף י"א עמ' א'.

251. "קצות החושן" סימן ר"פ ס"ק ב' וסימן צ"א ס"ק י', "שב שמעתתא" שמעתא ד' פרק כ"ד.

252. וראה בספר "שב שמעתתא", שמעתא ה' פרק ג' בשם פירוש המשניות לרמב"ם "ביאור ענין חזקה, העיקר כשנתקיים איזה ענין שיהיה, נניחהו בחזקתו עד שיבא דבר מבואר שיבטלהו מזאת החזקה, וכל דבר שיהיה בו ספק ואפשרות אחר הרי זה לא יסתלק החזקה" - הבאנו ביאור העניין לעיל.

ואם כן גם כאן על אף שהוחזקה נחלה באותו שבט, כל שאין אדם מוחזק בה - מועיל רוב כנגדה. לעומת זאת, יש אחרונים הסוברים כי חזקת מרא קמא אינה אלא כ"חזקת ממון"[253]. כלומר, כשם שבכל ספק בדיני ממונות אומרים אנו את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ומי שמוחזק בממון גובר בדין, והדבר נלמד מפסוק או מסברה[254], כך גם במקרה של חזקת מרא קמא, שאמנם אינו מוחזק כעת, אך אנו יודעים שהוא היה מוחזק קודם לכן, הריהו נחשב כמוחזק ביחס לבעל דין שכנגדו. נמצא כי כשם שלמוחזק עתה יש כוח זכייה בממון, כך יש כוח של זכייה בידי מי שהיה מוחזק וחלים כלפיו כל הדינים הנוהגים בהוצאת ממון ממוחזק.

נראה לכאורה כי מחלוקת "קצות החושן" ו"בית הלוי" תלויה בשאלה זו:

שיטת "בית הלוי" היא שחזקת מרא קמא כמוה כדין מוחזק. על כן, אין אומרים מיגו להוציא כנגד חזקת מרא קמא, כפי שלא אומרים דין מיגו להוציא מידי מוחזק.

"קצות החושן" למד בדעת רבה, כי חזקת מרא קמא כמוה כ"חזקה דמעיקרא" וממילא מובן כי מועיל מיגו נגדה כפי שראינו מפורשות בדברי "קצות החושן".

יד. מיגו נגד חזקת שלוש שנים

במסכת בבא בתרא (דף כ"ח עמוד א') ואילך שנינו דיני "חזקת שלוש שנים". חזקה זו מתייחסת למי שמחזיק בקרקע במשך שלוש שנים רצופות. עדים העידו שקרקע זו הייתה של חברו, אך אם המחזיק טוען כי רכש אותה והביא עדים שהחזיק בה שלוש שנים כראוי[255] אין מוציאים את הקרקע מידו. טעם הדבר הוא, שאין דרכו של אדם לשמור את שטר קניינו לעולם ובהעדר שטר או ראיה הוא עלול להפסיד את בעלותו, על כן, קבעו חכמים כלל לפיו עדות שהאדם ישב בקרקע שלוש שנים רצופות ללא עוררין מהווה הוכחה שקנה את הקרקע[256].

---

253. מהרש"א בבא מציעא דף ק' עמ' א'; קונטרס הספיקות כלל א' אות ה'; הרב שמעון שקופ ב"שערי יושר" שער ה' פ' י"ד.

254. ראה בבא קמא דף מ"ה עמ' ב'.

255. היינו שאכל פירות הקרקע ונהנה ממנה ברציפות כדרך שבני אדם נוהגים בקרקע שבבעלותם.

256. יש סברה מוטעית, כי חזקה זו מועילה מפני שהינה השתק של התובע שאינו יכול לטעון לאחר שחלף זמן, והריהו מפסיד את ממונו מחמת ששתק זמן רב. לא

בגמרא שם (בדף ל"ה עמ' ב') מצינו את דברי רבי אבא כי אם התובע סייע במו ידיו להעמיס פירות מן הקרקע הזו על שכמו של המחזיק, הרי שנוצרת לאלתר 'חזקה' לטובת המחזיק, אף בלא צורך להמתין ג' שנים. מעשה זה של הנתבע מעניק למחזיק הוכחה שהוא בעלים, שהרי התובע הודה שהנתבע הוא הבעלים בכך שסייע לו להעמיס על שכמו את פירות השדה.

רב זביד מסייג את הוראת רבי אבא, וסובר כי אם התובע טען שאכן הנתבע ישב ואכל את פירות הקרקע שלוש שנים, אך הדבר לא נבע מבעלות אלא מאריסות, כלומר לטענתו של התובע היה הנתבע אריס שלו המעבד את הקרקע וזכאי לחלק מפירותיה בשכר עבודתו, הרי שהעובדה שהתובע הטעין פירות על שכמו של הנתבע אינה מוכיחה שהנתבע הוא הבעלים. במקרה זה, הסיבה שהוא הטעין פירות על שכם הנתבע נובעת מטעם פשוט שעסקינן בחסד של הבעלים עם האריס המקבל את שכרו בפירות. בהעדר הודיה - התובע נאמן. עם זאת מציין רב זביד כי לאחר חלוף שלוש שנים אין התובע נאמן לומר כי עסקינן באריס המעבד את הקרקע וניזון מפירותיה, שכן היה עליו לערער ולפרסם במהלך שלושת השנים את טענתו שהנתבע המחזיק בקרקע אינו בעלים אלא אריס.

ביחס להוראתו האחרונה של רב זביד הקשו הראשונים, שלכאורה הינה מיותרת לחלוטין, שהרי הדבר פשוט וברור שאחר שלוש שנים אין התובע יכול לטעון כי המחזיק הינו אריס בעלמא, שהרי אם אדם יוכל להעלות טענה זו, מה הועילה תקנת חכמים של חזקת ג' שנים? הרי כל תובע יטען: "לפירות הורדתיו"? שמא תאמר כי אכן נגד טענה זו לא הועילו חכמים, אלא שאנו לא חוששים שאדם יטען טענה זו בשקר, אין בכך כדי ליישב, שהרי כל אדם שטוען כלפי המחזיק: "גזלת

כן הדבר: חזקת ג' שנים חורגת מגדר השתק לתובע והיא בגדר של ראיה למחזיק שאכן הוא בעל הקרקע, כשישיבתו בקרקע ברציפות בלא ערעור מוכיחה שאכן הוא קנה את הקרקע. להבחנה זו יש נפקות במקרה של חזקה בלא טענה: אם המערער (הבעלים המקורי) בא וטוען: "מה אתה עושה בקרקע שלי", והמחזיק בקרקע לא משיב: "קניתי אותה ממך", אלא אומר: "לא אמר לי אדם דבר מעולם" - אין הוא זוכה בקרקע, שכן פיו ענה בו שאינו יושב מכוח קניין. אילו היה בחזקה זו משום השתק לתובע, הרי שהחזקה הייתה אמורה לפעול לטובת הנתבע אף כשאין בפיו טענה. העובדה שהנתבע אינו נאמן בלא טענה מלמדת כי חזקת ג' שנים פועלת כראיה חיובית לטובת הנתבע, וממילא בהעדר טענה מצידו אין הראיה מועילה.

לי הקרקע" יהא נאמן בטענתו נגד חזקת ג' השנים - במיגו שיכול היה לטעון: "רק אריס אתה ולפירות הורדתיך" וממילא יימצא כי לא תתקיים חזקת ג' שנים לעולם?

כדי ליישב שאלה זו צידדו תוספות במסכת בבא מציעא (דף ק"י עמ' א') שנגד חזקת ג' שנים לא מועיל מיגו, כיוון שהמחזיק ג' שנים כמוהו כמוחזק ומיגו נגד מוחזק הוא "מיגו להוציא". ממילא, לא יוכל התובע לומר כי השדה גזולה במיגו שיכול היה לומר "אריס אתה" ולפירות הורדתיך.

יתרה מכך יש לומר שחזקת ג' שנים הריהי כעדים המעידים שהקרקע שייכת למחזיק, וממילא מיגו נגד חזקת ג' שנים הריהו כמיגו נגד עדים. בהתאם לכך, מובנים דבריו של רב זביד כי היה מקום לטעות ולומר שטענת לפירות הורדתיך תתקבל, ותקנת חכמים של חזקת ג' שנים הועילה רק למקרה שהתובע טוען גזולה היא בידך, שאז תועיל החזקה ולא יהא התובע נאמן במיגו[257].

אולם בהמשך דברי תוס' שם וכן הרמב"ן במסכת בבא בתרא (דף ל"ה עמ' ב') חולקים מכול וכול על דברי תוספות האמורים. הרמב"ן מבאר כי הדבר פשוט שחזקת שלוש שנים אינה כדין עדים[258] ועשויה לעמוד למערער טענת מיגו כנגד המחזיק שלוש שנים[259].

---

257. ור' שם בתוס' מה הועילה התקנה הרי סוף סוף כל אחד יטען לפירות הורדתיך.

258. אמנם, ניתן לומר שאף אם חזקת ג' שנים אינה כ"עדים", מכל מקום היא מועילה למחזיק שיהא דינו כ"מוחזק" בקרקע, ומיגו נגדו ייחשב כ"מיגו להוציא". אולם, שיטת הרמב"ן היא ש"מיגו להוציא" אמרינן.

259. לפי זה קובע הרמב"ן כי הוראתו האחרונה של רב זביד אכן פשוטה היא ונאמרה לשם הידור הדברים בלבד, ולא באו דבריו להשמיענו שמיגו לא מועיל נגד חזקת ג' שנים. ובלשון הרמב"ן: "פירושא בעלמא הוא לתרוצי מילתא בהדי מתני' דחזקה, והכי קאמר והני מילי בתוך שלש דעביד איניש דמדלי צנא ללוקח פירות ושתיק, אבל לאחר שלש דמתניתין לא, דכיון דמשיך זמן לא שתקי אינשי בלוקח פירות. ויש מפרשים שהייתה לרב זביד הוה אמינא כי כאשר תקנו רבנן חזקת ג' שנים הדבר מתייחס רק למקרה שהבעלים המקורי לא טען שהמחזיק היה אריס, אבל אם טען ואמר לפירות הורדתיו אין חזקת ג' שנים מועילה. "ולא דייק, שאם כן אף היכן שלא טען נאמן לומר פלוני גזלן הוא, מיגו דאי בעי אמר לפירות הורדתיו, שהרי דבר ברור הוא ודאי שחזקה לאו כעדים דמיא ומיגו במקום חזקת שלש שנים אמרינן בכל מקום".

במחלוקת תוס' והרמב"ן האם יש מיגו כנגד חזקת ג' שנים אין נפקות ישירה לנידון הנזכר למעלה, שכן למסקנת הסוגיה אין הוא יכול לומר עוד "לפירות הורדתיך" ואינך אלא אריס, וממילא אין מקום לדון האם יוכל לטעון כי השדה גזולה. אולם, המחלוקת קיימת באופן כללי ביחס לכל חזקת שלוש שנים האם היא מהווה ראיה גמורה עד שמיגו נגדה נחשב מיגו נגד עדים או לכל הפחות מיגו להוציא, או שמערער הבא בטענת מיגו נגד חזקת הבעלים, יוכל לזכות בטענתו.

רבי עקיבא איגר (בהערותיו על חושן משפט סימן ק"מ) דן בשאלה דנא, קרי במקרה שבו: "יש עדים למערער (שהקרקע הייתה שלו בעבר) ואין לראובן עדי חזקה, ושמעון (המערער) מודה לו שאכל (ג' שנים) אלא שטוען שבגזלנות אכל, האם נאמן (שמעון) במיגו (נגד החזקת ראובן ששמעון עצמו מודה כי ראובן החזיק בקרקע)".

רבי עקיבא איגר הפנה בעניין זה לתשובת הרב יעקב פּוּלְי המובאת בסוף ספר "עזרת נשים"[260]. הרב כולי סבור כי המיגו במקרה זה חלש ביותר, שכן אדם חושש לטעון כלפי חברו כי הוא לא ישב שם ג' שנים, שכן זה דבר שעשוי להתברר ("מילתא דעבידא לאיגלויי") והמחזיק אף עלול להביא עדים שישב שם ג' שנים. נמצא כי הבעלים המקורי מודה שהמחזיק ישב שם ג' שנים מחוסר ברירה ולא מכיוון שאיש אמת הוא. ממילא אין לו מיגו שיוכיח את טענתו כי ג' השנים שהמחזיק ישב בקרקע היו בגזלנות. מפסיקה זו של הרב פּוּלְי כי באותו מקרה אין מיגו, משמע כי כאשר יש מיגו טוב לבעלים המקורי (כגון במקום שלא יכולים לבוא עדים שיעידו כי החזיק בשדה ג' שנים) הרי שהמיגו מועיל נגד חזקת ג' שנים ואין זה נחשב למיגו להוציא או למיגו נגד עדים.

הרב אריה זאב גורביץ (בספרו "ארזא דבי רב" על מסכת בבא בתרא סימן ה') העלה סברה כי הצדדים בספקו של רבי עקיבא איגר תלויים במחלוקת הראשונים שבין הרשב"ם והתוס' במסכת בבא בתרא (דף ל"ג עמ' א') בשאלה האם חזקת ג' שנים פוטרת את המחזיק מן הצורך להישבע שבועת היסת כנגד טענת המערער[261].

---

260. עזרת נשים סי' ב' עמ' קט"ו ד"ה "וראיתי".

261. לעניין שבועת היסת ר' הערה 224 לעיל.

הרשב"ם (שם בד"ה "מהימנא") **כתב שחזקת שלוש שנים "במקום שטר קיימא" - כלומר טענתו מוכחת כדין טענתו של מי שמחזיק בידו שטר וממילא אין הוא חייב להישבע. בהתאם לשיטה זו גם מיגו לא יועיל למחזיק שהרי זהו מיגו כנגד שטר, כמו שלא מועיל מיגו נגד עדים.**

לעומת זאת, תוס' (שם בד"ה "מיגו") **כתבו שעליו להישבע ואינם סוברים כי יש לראותו כמי שמחזיק שטר בידו. מכאן משמע שחזקת ג' שנים אינה נחשבת כאנן סהדי וכשטר וממילא ברור כי יועיל המיגו של המערער**[262].

לעומת זאת הבה נעיין בדברי תוספות במסכת בבא מציעא (דף ק"י עמוד א'):

בגמרא שם מצינו מקרה שבו נחלקו מלווה ולווה לאחר שלוש שנים שבהם אכל המלווה את פירות השדה שמושכנה לו. המלווה אומר כי השדה מושכנה לו לחמש שנים ונשארה לו זכות לאכול את פירותיה שנתיים נוספות. הלווה טוען כי השדה מושכנה לשלוש שנים ועתה עליה לחזור לרשותו. אומר הלווה למלווה, הראה לי את שטר ההלוואה ונראה כמה שני משכנתא נקובות בו? משיב לו המלווה כי השטר אבד. רב יהודה אמר כי המלווה נאמן להשאיר את הקרקע בידו עוד שנתיים במיגו שיכול היה לומר: "לקוחה היא בידי". כלומר, במיגו שנאמן היה לטעון קניתי את הקרקע והייתה עומדת לו "חזקת ג' שנים", הוא נאמן גם בטענה כי המשכנתא היא לחמש שנים[263].

הגמרא שואלת על רב יהודה, לאור קיומו של מושג המכונה: "משכנתא דסורא". מדובר בתקנת חז"ל לפיה כדי לאפשר מתן הלוואות מניבות ולהימנע מאיסור ריבית, ניתן להלוות ולפרוע הלוואה בתוספת רווח, ע"י כך שהמלווה יקבל מראש את השדה של הלווה כ"משכנתא". שאת פירותיה ייטול המלווה ויאכל את פירות

---

262. עם זאת ראה הערתו שם באות ה' ביחס לסתירה הקיימת לכאורה בין שיטת תוספות בבא מציעא דף ק"י עמ' א' ד"ה "אמר ליה" לבין תוספות במסכת בבא בתרא בדף ל"ג עמ' א' ד"ה "מיגו" לפיו אף אם יטען לקוחה היא בידי - עדיין יתחייב בשבועת היסת.

263. רב זביד ורב עוירא חולקים על רב יהודה, ולדעתם המלווה אינו מהימן, שהרי לטענתו מדובר בשטר משכנתא המניב זכות לאכול פירות לחמש שנים ואדם נזהר שלא לאבד שטר שכזה עד לסוף התקופה הכתובה בו, כדי שיוכל להמשיך לאכול פירות. מכאן יש להסיק כי השטר לא אבד, אלא מצוי בידו והוא מטמין אותו ואינו מראהו, בסברו כי ע"י כך יוכל לאכול מפירות השדה שנתיים נוספות.

השדה לתקופה מוסכמת שבסופה הקרקע תחזור לבעליה ודמי השכירות יהוו פירעון של ההלוואה. לדברי רב יהודה ייתכן כי במקרה זה אם יטמין ויסתור המלווה את שטר המשכנתא ויטען כי השדה לקוחה בידו יאמינו לו בכך? אם תאמר כדבר הזה, יימצא כי כאשר חכמים ייסדו מושג של "משכנתא דסורא" עלול הלווה לאבד את בעלותו ולבא לכלל הפסד[264]. משמעותה של שאלה זו היא לכאורה, כי הגמרא מבקשת להניח שאין המלווה נאמן לטעון שמגיע לו לאכול מפירות הקרקע שנים נוספות על מה שהלווה מודה לו, מכיוון שגם לאחר אכילת הפירות במשך ג' שנים אין המלווה יכול לטעון: "לקוחה היא בידי".

בתוספות שם ד"ה "אמר ליה" מובאת קושיית "הרב רבי אלחנן": הן הלכה היא כי מי שמחזיק במקרקעין ג' שנים נאמן שהקרקע שלו. אם כן, כיצד ייתכן שהגמ' הניחה בשאלתה כי מי שאכל פירות שלוש שנים אינו נאמן לומר שקנאה?

ר"י מתרץ, שאכן סברת הגמרא היא שחזקת ג' שנים מועילה רק במידה שהבעלים המקורי מערער וטוען שהמחזיק הוא גזלן. כנגד טענה זו מועילה החזקה, שהרי אם אכן המחזיק גזלן הוא, הרי שהיה על הבעלים המקורי למחות בתוך שלוש שנים, כיון שלטענתו של הבעלים המקורי הוא ידע שיש לו עניין עם גזלן שהשתרר על הקרקע ברמייה, וממילא אם ישתוק ג' שנים ולא ימחה יטען המחזיק שהקרקע שלו. על כן, אם לא מחה הפסיד את הקרקע. אבל, במקרה של משכנתא, סבר המקשה בגמרא כי הבעלים המקורי יכול לטעון שהמלווה היה אדם אמין בעיניו והוא לא חשש שלאחר ג' שנים יטען בשקר שזכותו להישאר בקרקע ולכן לא מחה.

לפי הסבר זה, נמצא כי הגמרא סברה בהווה אמינא כי כאשר מערער טוען כלפי המחזיק "גזולה היא הקרקע בידך" מועילה למחזיק חזקת ג' שנים. אבל, כאשר הוא טוען כי הקרקע בידו היא משכנתא דסורא שפג תוקפה או כל טענה שמחמתה הוא

---

264. רב אשי עונה על כך, כי ביחס למשכנתא דסורא תיקנו חכמים שבעל הקרקע ישמור על בעלותו על ידי כך שהוא שישלם את המס למלך, ויתקן את גבול השדה כדי שיידעו הכול כי זו שדה שלו, וכי מי שמחזיק בה אינו בעלים בה. ביחס לקרקע שאינה חייבת במס למלך, בידו למחות לפני תום שלוש השנים בפני שני עדים ולהודיעם כי לא מכר את השדה, אלא המחזיק בה אינו אלא ממשכן. אם הלווה לא מחה כך בפני שני עדים, אין לומר כי התקנה של "משכנתא דסורא" היא תקלה בפניו, אלא הוא זה שהפסיד לנפשו בחוסר זהירותו ובכך שלא מחה בפני שני עדים.

הרשה למחזיק לרדת אל הקרקע לאכילת פירות, לא מועילה למחזיק חזקת ג' שנים ואין בידו לטעון "לקוחה היא בידי".

ברם, שלפי מהלך זה חוזר תוספות ושואל מדוע כל מערער המבקש לטעון כלפי המחזיק: "גזולה היא בידך" לא יהא מהימן במיגו שיכול היה לומר: "במשכנתא הייתה הקרקע אצלך או לפירות הורדתיך", שהרי נגד טענה חילופית זו לא הייתה מועילה למחזיק חזקת ג' שנים.

על כך משיב תוספות כי "מיגו" לא מועיל לערער את חזקת ג' השנים, מפני שזהו מיגו במקום עדים, שכן "אנן סהדי" (כולנו עדים) שאם המחזיק נמצא בקרקע בגזילה לא היה הבעלים המקורי שותק אלא היה מוחה. מכך שלא הייתה מחאה - כולנו עדים שאכן הקרקע של המחזיק.

עוד תירצו תוספות שהמיגו של המערער נחשב כ"מיגו להוציא", שכן המחזיק אכל פירות הקרקע במשך ג' שנים וממילא נחשב המערער כ"מוציא מחברו". הכלל הוא ש"מיגו להוציא לא אמרינן" וממילא אין המערער יכול לזכות בדינו מכוח טענת מיגו שאינו מועיל[265].

---

265. הרמב"ן בחידושיו למסכת בבא בתרא דף ל"ב עמ' ב' מביא את דברי הסוגיה דנא שבה אמר רב יהודה כי המלווה נאמן לומר כי המשכנתא היא לחמש שנים במיגו שיכול היה לומר לקוחה היא בידי, ומקשה הן המלווה עדיין לא תפס את פירות השנה הרביעית והחמישית, ולגבי שנים אלו בוודאי הקרקע בחזקת בעליה המקורי היא עומדת, ועל אף זאת הוא מהימן בטענת מיגו. מכאן ראיה כי טענת מיגו מועילה גם כדי להוציא ממוחזק. ועיין ש"ך בכללי מיגו חושן משפט סוף סימן פ"ב, א' וכן ב"בית הלוי" ג' ל"ג, שיישבו את דעת הסוברים כי טענת מיגו אינה מועילה להוציא ממוחזק, כי מכיוון שהמלווה עכשיו תפוס בקרקע, הרי שאף שלגבי גוף הקרקע המלווה נקרא "מוציא מחברו" שהרי הקרקע בחזקת בעליה המקורי עומדת, אך לעניין "מיגו" בטענתו הנוכחית אין הוא נקרא "מוציא". כמו כן ראה רבינו יונה בבא בתרא דף ל"ג עמ' א' שאינו נחשב מוציא לפי שכבר זכה בקרקע לפי טענתו משעה שירד בה לחמש שנים בחזקה של "נעל, גדר ופרץ" ור' נתיבות המשפט ק"נ, ה' וגידולי שמואל בבא מציעא דף ק"י עמ' א'. כמו כן ראה אורים ותומים בכללי מיגו ס"ק ט' כי מי שמחזיק בקרקע אף שאינו מרא קמא לא שייך לומר לגביו מיגו להוציא, ואף שלא החזיק עדיין שלוש שנים רק משתמש בקרקע, שכן הגמ' הכריעה שבקרקע אף שלא החזיק שלוש שנים זהו מיגו להחזיק ולא להוציא. עם זאת, חל דין זה גם ביחס למערער על המחזיק אם יש לו מיגו, אין זה מיגו להוציא שהרי הוא מרא קמא וטענתו היא בגדר של מיגו

ברם, שואל תוספות, אם כן נמצא שאין כל משמעות לתקנת חזקת ג' שנים. הן טעמה של חזקה זו הוא, שעד שלוש שנים נזהר אדם לשמור על שטרו ולאחר חלוף ג' שנים אינו שומר עליו עוד. אולם, אם תמיד ביד המערער לטעון כי הייתה זו משכנתא או שהורידו לפירות, נמצא כי כל אדם יצטרך לשמור על שטרו לעולם. אם לא יעשה כן, עלול המוכר לטעון כי המחזיק אוחז בקרקע רק כמלווה במשכנתא דסורא שהורשה להחזיק בה לזמן מוגבל, וכנגד טענה זו לא תועיל חזקת ג' שנים.

בעקבות שאלה זו חזר תוספות מדבריו דלעיל וביאר, כי הגמרא לא סברה שמערער שיטען כי זו משכנתא דסורא יגבר על המחזיק, והיה ברור כי המחזיק יכול לטעון שהשדה "לקוחה היא בידו", והוא נאמן בטענתו בין אם המערער טוען כי המחזיק גזלן הוא ובין אם הוא טוען כי המחזיק יושב בקרקע מכוח משכנתא דסורא. שאלת הגמרא הייתה מה יעשה בעל קרקע הממשכן אותה בחובו, כדי שהמלווה לא יוכל לטעון כנגדו "לקוחה היא בידי". תוספות מבאר כי הגמרא הניחה בשאלה זו שמחאה פירושה אמירת "לך מפה" ולא אמירה "אתה רשאי להחזיק בקרקע אבל לא כבעלים". על כך השיבה הגמרא כי גם אמירה "דעו כי משכנתא היא בידו" מוגדרת כמחאה.

לפי מסקנה זו של תוספות נמצא, כי לא הייתה לגמרא מעולם הווה אמינא כי יש טענה העומדת בפני חזקת ג' שנים. עם זאת, מדברי תוספות לא מתברר האם נשארו בסברתם האמורה לעיל שטענת מיגו לא מועילה כנגד חזקת ג' שנים מכיוון שזהו מיגו להוציא או מיגו נגד עדים, או שמא חזרו בהם תוספות מדבריהם אלו[266].

להחזיק וקרקע בחזקת בעליה עומדת. וראה עוד נתיבות המשפט בכללי מיגו ס"ק ה' שכתב כי "מיגו להחזיק קרקע ביד המוחזק נגד חזקת מרא קמא, אמרינן. וכן אם יש לבעל חזקת מרא קמא מיגו, אמרינן אף להוציא הקרקע, כיון שחזקת מרא קמא מסייעת למיגו". וראה עוד רבי יצחק אלחנן ספקטור "נחל יצחק" סימן נ"ו אות ג' ענף ב'.

266. תוספות לא התייחסו לנקודה זו בשלב המסקנה. עם זאת משהסיקו תוספות שגם טענת משכנתא אינה מתקבלת נגד חזקת ג' שנים, ברור כי למערער הטוען "גזולה" לא מסייע מיגו שיכול היה לומר משכנתא, שהרי גם טענת משכנתא אינה מתקבלת. מעתה כבר אין ראיה לחידוש של תוספות שמיגו לא מתקבל נגד חזקת ג' שנים. עם זאת, ייתכן שסברא זו - שמיגו לא מתקבל נגד חזקת ג' שנים - ברורה לתוספות גם בלי ראיה, ולכן אף שאין צורך בסברא זו כדי ליישב את דברי רב יהודה בסוגיה, מכל מקום הדין דין אמת הוא.

אכן, לפי המסקנה המערער אינו נאמן בטענת גזולה ולא בטענת משכנתא, אך יש נפקות לשאלה האם נשארו תוספות בסברתם זו, במקרה שבו דן רבי עקיבא איגר, שלמחזיק בקרקע אין עדים כי אכל את פירותיה שלוש שנים, אך המערער מודה בכך אלא שהוא טוען גזולה היא בידך או במשכנתא באה לידך. במקרה זה יש למערער טענת מיגו (שהרי יכול היה להכחיש את עצם חזקת ג' השנים), וממילא אם נשארה על כנה הסברה של תוספות כי מיגו לא מועיל נגד חזקה, הרי שעל אף שיש מיגו - המערער לא יזכה בדינו.

ודוק, תוס' הביאו שתי סיבות שמיגו לא מועיל כנגד חזקת ג' שנים:

האחת, שחזקת ג' שנים נחשבת כאנן סהדי ועדות שהקרקע של המחזיק, ומיגו לא מועיל כנגד עדים;

השנייה, שחזקת ג' שנים מחשיבה את המחזיק למוחזק בקרקע ומיגו להוציא לא אמרינן.

לא בכל מקרה קיימות שתי הסיבות. כך למשל, ראיית החזקה כעדות נובעת מכך שכולנו עדים שהקרקע לא של המערער, שהרי סברה ישרה היא כנגדו "אם זה שלך היכן היית ולא מחית". ממילא, אם תהיה תשובה למחזיק שמסבירה מדוע לא מחה, אין "אנן סהדי" וממילא אילו הייתה למערער טענת מיגו, לא יהא זה מיגו במקום עדים. אולם, אם המחזיק נחשב כמוחזק ומיגו לא מועיל מכוח הכלל שמיגו להוציא לא אמרינן, הרי שגם כשיש למערער הסבר מדוע לא מחה עד עתה, המיגו לא יועיל, שכן זהו מיגו להוציא.

הרב מאיר שמחה מדווינסק בחידושיו למסכת בבא בתרא דף כ"ט עמ' א' ציין דברים אלה בהבהירו כי "יש לעיין לפי המסקנה אם אמרינן מיגו למערער (נגד חזקת ג' שנים) כגון כשאין עדים על חזקה רק הודאת המערער, האם מכיוון שלא מועילה תקנת חכמים של חזקה בהעדר עדים, שוב צריך היה המחזיק להיזהר בשטרו ואומרים מיגו, שכן חז"ל לא התקינו דין חזקה במקרה שכזה ומסולקת ראיית האחרונים מתוספות במסכת בבא מציעא (דף ק"י עמ' א' ד"ה "אמר ליה"), שכן פירוש תוספות היה לפי ההווא אמינא שתקנו רבנן חזקה אף שלא הועילו בתקנתם, שהרי בכל חזקה בידו לטעון לפירות הורדתיך. אבל אין לומר כן לפי המסקנה, שהרי זה גופא הקשו תוספות אם כן מה מועילה תקנתם? בהתאם לכך מובן מדוע רבי עקיבא איגר הביא ראיה מדברי "עזרת נשים" ולא מדברי התוספות. וראה עוד הרב אריה גורביץ בספרו ארזא דבי רב, על מסכת בבא בתרא סימן ה' באות ו'.

נפקות זו באה לידי ביטוי למשל, כאשר המערער טוען כלפי המחזיק כי הוא אכל את הפירות מכוח משכנתא. בעניין זה אמרו תוספות שהמערער יכול לומר כי לא מחה עד עתה מכיוון שלא חש צורך בכך, בסברו כי המלווה אדם ישר הוא. בהינתן סברה זו נמצא כי אין "אנן סהדי" ואין זה מיגו כנגד עדים.

אמנם, למסקנת תוספות אין למערער הבא מכוח טענת משכנתא טענת מיגו, שכן עומדת למחזיק לעולם חזקת ג' שנים. אולם, תהיה נפקות במקרה שהעלה רבי עקיבא איגר שבו למחזיק אין עדים להוכיח את ישיבתו בקרקע, אולם המערער מודה שהמחזיק יושב בקרקע ג' שנים ועם זאת טוען נגד ההחזקה. המערער נהנה במקרה זה מטענת מיגו (שיכול היה להכחיש את ההחזקה של המחזיק בקרקע במשך ג' שנים) ונאמן כי המחזיק לא קנה מידו אלא החזיק רק מכוח משכנתא ואין זה מיגו נגד עדים שהרי המערער מסביר מדוע לא מחה עד כה. אולם, אם הטעם לכך שאין מהימנות מכוח מיגו, נובע מכך שהמחזיק ג' שנים נחשב כמוחזק ומיגו להוציא לא אמרינן, יימצא כי המערער אינו נאמן בטענת המיגו שבידו ולא יהא בידו להוציא את הקרקע מן המוחזק. נמצא אפוא כי יש נפקות בין תירוצי התוספות.

ה"שיטה מקובצת" בסוגיה זו הביא את דברי תוס' הרא"ש המקבילים לדברי תוספות לפיהם טענת מיגו לא מועילה כנגד חזקת ג' שנים. אולם התוס' רא"ש מביא רק את הטעם שזהו מיגו נגד עדים ואינו מנמק את העדר המיגו בכך שזהו מיגו להוציא. לפי שיטה זו במקרה של טענת משכנתא שאליה נלווה מיגו (כשאין למחזיק עדים על החזקתו והבעלים המקורי הוא שהודה בכך) יזכה המערער בדין. ואכן, כך מבוארים הדברים בספר "שער משפט" סימן ק"מ ס"ק ו'[267].

סתירה לדברי הרא"ש

אולם מקשה ה"שער משפט" כי דברי תוספות הרא"ש ניצבים לכאורה בסתירה גלויה לדברי הרא"ש עצמו בפסקיו במסכת בבא בתרא (סימן כ"ט) וכדלהלן.

---

267. ובלשונו: "בספר אסיפת זקנים בב"מ שם הביא בשם תוס' הרא"ש דס"ל נמי דלא מהני מיגו של המערער נגד החזקה דג' שנים דהוי כמיגו במקום עדים, אך משמע שם דדוקא כשטוען המערער שבגזל בא לידו, אבל כשטוען במשכנתא בא לידך אף שתקנו רז"ל שצריך למחות מ"מ מהני המיגו של המערער להוציא מהחזקה ג' שנים, ולא הוי מיגו במקום עדים די"ל שהאמינו שלא יכפור ולכך לא מיחה".

הסוגיה במסכת בבא בתרא (דף ל"ט עמ' ב') עוסקת בחיוב למחות בסוף כל שלוש שנים של החזקה בקרקע ובר קפרא אומר: "ערער וחזר וערער - אם מחמת טענה ראשונה ערער אין לו חזקה ואם לאו יש לו חזקה". כלומר, אם במחאה שעשה בסוף ג' השנים הראשונות טען שהמחזיק היה בקרקע **בגזלנות** ובמחאה השנייה שעשה בתום ג' השנים השניות טען כי הקרקע בידו **בתורת משכנתא** הרי שהודה שהמחאה הראשונה הייתה שקר, וממילא נובע מכך כי חזקת ג' שנים הראשונות הייתה בלא מחאה.

הרשב"ם הסיק מכך דין נוסף, כי אם אדם מחה שתי מחאות **בתוך ג' שנים** והמחאות מכחישות זו את זו, התבטלו הן המחאה הראשונה והן השנייה והמחזיק הופך למוחזק בסוף ג' שנים "שהרי במחאה שנית הודה שהראשונה הייתה שקר ובטלה, וכל שכן מחאה זו השנייה שהרי הוחזק כפרן וכמי שלא מחה דמי".

הרא"ש תמה על הרשב"ם: ביחס לדברי בר קפרא אכן נמצא כי בהתאם לדברי המערער הנוכחיים עולה כי הקרקע הייתה בידי המחזיק שאכל את פירותיה במשך ג' השנים הראשונות בלא מחאה מצד הבעלים המקורי. אבל, בדיון העוסק במחאות סותרות בתוך ג' שנים, הרי אין אדם מוחזק כפרן אלא כשטען בפני בית דין והוכחש על פי עדים, אבל מחאה היא מן הדברים שאדם אומר מחוץ לבית הדין. גם בפני בית הדין הכלל הוא כי אם אדם טוען שתי טענות פוטרות לפני בית דין אף כשהן טענות המכחישות זו את זו - לא נתבטלו הטענות עקב כך, ובידו להמשיך ולהחזיק בטענה השנייה, שהרי יכול הוא לומר: "טעיתי במחאה ראשונה"[268].

הסתירה בדברי הרא"ש

ביחס לכך תמה ה"שער המלך" הרי הטעם לכלל שאין אדם מוחזק כפרן אלא על פי עדים וככל שאין עדים נגדו יכול הוא לחזור "מפטור לפטור", נובע מכך שיכול היה לעמוד בטענתו הראשונה ולא לעבור לטענה אחרת[269]. אם כן, נכון הדבר לא רק ביחס למי שחזר בו מטענתו ע"י מחאות סותרות בתוך ג' שנים (כפי שנקט הרשב"ם), אלא אף במי שחזר בו מטענתו בסוף ג' השנים השניות (כפי שנקט בר קפרא). גם במקרה זה יש להאמין למערער בטענתו השנייה, במיגו שיכול היה

268. דברי הרא"ש הובאו להלכה בטור חושן משפט סי' קמ"ו.

269. כך ביאר הטור בסימן פ' בשם הר"י בן מיגא"ש.

לעמוד בטענתו הראשונה. אם כך, טענת הרא"ש על הרשב"ם קשה גם על דברי בר קפרא, ומדוע אין המערער שמחליף את טענותיו נאמן בערעורו.

מכך שאין הרא"ש אומר כן נמצאנו למדים, כי מכיוון שמכלל טענתו הנוכחית של המערער כי הקרקע הגיעה לידי המחזיק מכוח משכנתא, עולה הודאה שההחזקה הראשונה הייתה חזקה מעולה, לא מועיל עוד המיגו של המערער לבטל את חזקת ג' שנים של המחזיק. זהו מיגו נגד חזקת ג' שנים שנחשב כמיגו במקום עדים, או מיגו להוציא. אם כן בפנינו "ראיה מוכרחת שהרא"ש והטור סוברים שאף כשהמערער טוען כי 'במשכנתא באה השדה לידך' אין הוא נאמן במיגו לבטל את חזקת ג' השנים של המחזיק".

נמצא לכאורה שיש סתירה בין דברי תוס' הרא"ש בבבא מציעא (דף ק"י) שהסיק כי מיגו נגד חזקת ג' שנים מועיל כשאין זה "מיגו נגד עדים", לבין העולה מפסקי הרא"ש עצמו הסובר כי גם במקרה זה מדובר במיגו להוציא שאינו מועיל.

תירוצו של הרב מאיר שמחה מדווינסק

סתירה זו בדברי הרא"ש מיישב רבי מאיר שמחה מדווינסק (בחידושיו למסכת בבא בתרא דף כ"ט עמ' א'). המבאר כי הטעם לכך שמיגו לא מועיל בהתאם לפסקו של הרא"ש אינו נובע מכך שזהו מיגו להוציא מחזקת ג' שנים, אלא הדין נובע מן הסברה שעליה עמדנו בפרק ד (ענף ד') לעיל (בהתייחסנו לסוגיית הגמרא במסכת בבא בתרא דף ל"ב). שם עסקנו באדם שטען שהקרקע היא שלו מכוח שטר שהוא עצמו הודה שהוא מזויף ולא הועיל לו מיגו. זאת מכיוון שטענת מיגו פירושה כי "אילו הייתי שקרן הייתי מעלה טענה אחרת". ברם, שתובע זה כבר ניסה להעלות טענה אחרת שהתברר לפי הודאת בעל הדין שלו עצמו שהוא שיקר כשבא לבית הדין וטען מכוח שטר שהוא חספא בעלמא. אם כן לא ניתן להאמין לשקרן זה מכוח טענת מיגו. התובע אמנם יכול היה להמשיך ולשקר ולא עשה כן, אבל לא ניתן לתת נאמנות לאדם שמהימנותו מעורערת ושהוכח כי כבר ניסה פעם אחת להוציא ממון מכוח טענת שקר. בהתאם לסברה זו אין להאמין במיגו למערער שטענת מחאה אחת שלו סותרת לרעותה אחר ג' שנים, שהרי הוא עצמו הודה כי שיקר במחאתו הקודמת. לאחר ג' שנים ללא מחאה נוצרת חזקה ליושב בקרקע, נמצא שאין תועלת למחאה הנוכחית אם לא הייתה מחאה כנגד ההחזקה הראשונה, והרי

הוא עצמו הודה כי שיקר במחאתו זאת. לדבריו הנוכחיים אי אפשר להאמין, שהרי הוא נזקק גם למחאה הקודמת ומבקש להיות מהימן מכוח העובדה שיכול היה להיוותר עם טענתו הקודמת, שהוא הודה שבשקר יסודה. מיגו לא מועיל לחזק טענה של שקרן אף אם אינו מיגו להוציא. על כן, רק בתוך שלוש שנים יהיה נאמן, שהרי במקרה זה אין צורך בטענת המיגו שלו ואף בלעדיה יהיה נאמן בטענתו שהרי עדיין לא עברו ג' שנים מתחילת ההחזקה של המחזיק. במקרה זה הוא אינו מבקש להיות נאמן מכוח מיגו אלא מחמת טענתו הנוכחית.

בהתאם להסבר זה נמצא כי אין ראיה משיטת הרא"ש שהמחזיק ג' שנים נחשב למוחזק עד שמיגו כנגד החזקתו ייחשב כמיגו להוציא וממילא אין סתירה בדברי הרא"ש[270].

טו. מיגו נגד מנהג המדינה

בגמרא במסכת בבא מציעא דף ק"י עמ' א' מצינו מחלוקת האם מיגו מכריע נגד "מנהג המדינה". הנדון שם הוא אריס האומר כי תנאי שכרו הם לקבל מחצית מהיבול, כשזהו אכן מנהג המדינה לתת לאריס מחצה מהיבול. לעומת זאת, בעל הבית אומר כי התחייב לתת לאריס רק שליש מהיבול, ויש לבעל הבית מיגו שיכול היה לטעון שאין זה כלל אריסו אלא הוא רק שכיר. רב יהודה סובר כי בעל הבית נאמן במיגו. לדעת רב נחמן האריס נאמן, והלכה כרב נחמן[271]. הראשונים מבארים כי טעמו של רב נחמן הוא, שמיגו נגד מנהג המדינה כמוהו כמיגו נגד עדים[272].

בדומה לכך מצינו לגבי נאמנות על איסורים משנה במסכת פאה (פרק ח' משנה ג'), כי עניים נאמנים לומר על פירות שבידם שהם מתנות-עניים ופטורים מתרומות

---

270. בלשונו של רבי מאיר שמחה: "מה שהביא השעה"מ מהרא"ש התם דמי לעובדא דרבה לקמן דהמיגו מתחיל משקר. רק בתוך ג' בלא מחאה ראשונה אי שקלת לה מהני, רק משום שסותר דבריו אמרינן מיגו אי בעי הוה טעין לה, ומהני המיגו מהטענה השקריות להסיר חסרונה וקלקולה וסלק לה כמו שאינה, משא"כ לאחר ג' דכל תועלת המחאה הוא מהראשונה, ואיהו קאמר עלה דשקר הואי וצריך להאמינו במיגו מטענת שקר, ודוק, וכן פסק הרא"ש לקמן, וזה נכון. ודברי הרא"ש בפסקיו ובתוספותיו אינם סותרין כלל זה את זה".

271. רמב"ם הלכות שותפין פרק ח' הלכה ה' וכן טור ושולחן ערוך חו"מ סימן ש"ל סעיף ה'.

272. ר' רמב"ן, ר"ן, נימוקי יוסף ומאירי על בבא מציעא דף ק"י עמ' א'.

ומעשרות. עם זאת, אין הם נאמנים לומר שקיבלו קמח ופת של מתנות עניים, לפי שדרך בני אדם לתת לעניים חיטים, ולא קמח ופת. על אף שיש לעניים מיגו שיכלו לומר שניתנו להם חיטים והם עשאום קמח ופת, מכל מקום אינם נאמנים נגד מנהג המדינה. בהתאם לאמור מבארים הראשונים (ר"ש ורא"ש) את המשנה כי מכיוון שדרך בני אדם לעשות כן הרי זה כמיגו במקום עדים[273].

במרדכי על מסכת בבא מציעא סי' שצ"ז כתב אודות משנה זו: "וצ"ע, דהא בשמעתין (בסוגייתנו במסכת בבא מציעא אודות אריס) משמע דאפילו במקום מנהג מהימן במיגו". ובספר "גדולת מרדכי" תמה על דברי ה"מרדכי" הן אדרבה, המשנה תואמת לחלוטין לדעת רב נחמן שהלכה כמותו, לפיו מיגו במקום מנהג אינו מועיל. הש"ך מבאר על כן את שאלת המרדכי, כי אמנם המשנה במסכת פאה תואמת לשיטת רב נחמן, אך בה בעת יש לתמוה, שכן נמצא כי דברי האמורא רב יהודה נסתרים מדבר משנה.

הש"ך מיישב את שאלת המרדכי, כי רב יהודה מודה שבמקרה של עני במשנה במסכת פאה מיגו אינו מספיק כדי להאמין לעני שבעל הבית נתן לו קמח או פת, שכן אין בפי העני נימוק למה חרג בעל הבית ממנהג המדינה ונתן לו קמח או פת. שונה הדבר במקרה של אריס, שבעל הבית המבקש להיאמן במיגו נגד המנהג, מנמק את טענתו באומרו לאריס: "אילו לא נתרצית ליקח שליש מהתבואה בלבד, הייתי מוריד אריס אחר יותר טוב ממך, לכן נתרצית בשליש כדי שאוריד אותך".

---

273. ביארנו את המחלוקת בגמרא במסכת בבא מציעא דף ק"י עמ' א', כשיטת רוב המפרשים, לפיהם מחלוקת היא בין האמוראים האם מיגו מכריע נגד "מנהג המדינה" אולם, התומים בכללי מיגו אות צ' סובר שמיגו במקום מנהג מועיל לכולי עלמא והטעם שרב נחמן מאמין לאריס - אינו מכוח מנהג המדינה הניצב נגד המיגו, אלא מחמת שלדעתו אין לבעל הבית מיגו לומר שהלה אינו אריס אלא שכיר, שכן אילו היה שכירו היה לדבר קול. אבל, כשיש מיגו הוא מועיל אף כנגד מנהג. לדעתו המשנה במסכת פאה פרק ח' משנה ג' הקובעת שאין העניים נאמנים לומר שקיבלו קמח ופת כנגד מנהג המדינה ליתן פירות, טעמה הוא מפני שמנהג דינו כדין רוב, ובאיסורים הולכים אחר הרוב, ואין מיגו מועיל נגדו. אבל בממון מועיל מיגו נגד מנהג, שכן בדיני ממונות אין הולכים אחר הרוב.
אולם, ה"שם אריה" חו"מ סימן ל"ג תמה, שהרי מצינו כי כאשר אין לבעל הבית מיגו מוציאים ממנו ממון מכוח המנהג, ומכאן שמנהג עדיף מרוב.

הש"ך מדגיש כי הסבר זה נאמר בדעת רב יהודה בלבד אולם "קיימא לן כרב נחמן, ואם כן בכל עניין לא מועיל מיגו במקום מנהג". כלומר להלכה אין אנו מאמינים לטענת מיגו גם כאשר יש נימוק בפי בעל הטענה מדוע הוא שינה ממנהג המדינה.

לפי רב נחמן מכריע מנהג המדינה אף כאשר בעל המיגו נותן נימוק הגיוני לטענתו, שכן לפי מה שכתבו הראשונים מנהג המדינה כמוהו כעדים ממש ומיגו נגד עדים לא מועיל גם כאשר יש נימוק הגיוני, שהרי סוף סוף עדים ניצבים נגד טענת המיגו והדבר מוגדר כבירור של המציאות.

נמצא בהכרח כי רב יהודה ורב נחמן נחלקו מהו תוקפו של מנהג המדינה. לרב נחמן מנהג המדינה כמוהו כעדים ממש, ומיגו לא מועיל נגדו בשום אופן. לעומת זאת, לרב יהודה זוהי ראיה מסוימת אך אין היא נחשבת כעדים. ראיה זו אינה עדיפה ממיגו. למעשה, מנהג המדינה אינו אלא טענת בירור מכוח "רוב", שהרי פשר המנהג הוא שרוב העולם נוהגים כך. רב יהודה סובר אם כן כי מיגו מועיל נגד רוב. אמנם, כאשר לבעל המיגו אין נימוק משכנע מדוע שינה בעל דינו מהמנהג, הרי שהמיגו שלו מעורער ואינו אמין. אך משהוא מנמק את טענתו, הרי שהמיגו שלו גובר על מנהג המדינה.

נידון ממוני מול נידון איסורי

ניתן לכאורה ליישב את שאלת ה"גדולת מרדכי" בדרך אחרת:

במסכת בבא מציעא עסקינן בנידון ממוני, כאשר בעל הבית מוחזק בפירותיו ומבקש להיאמן במיגו נגד האריס. במקרה זה טענת המיגו אינה עומדת לבדה נגד מנהג המדינה, אלא היא מסייעת למי שהינו מוחזק. נמצא שנגד מנהג המדינה יש בפנינו בעל דין שיש לו שני חיזוקים ראייתיים: א. מוחזקות ב. מיגו. ביחס לכך סובר רב יהודה כי מיגו מסייע למוחזק להיאמן בטענתו. לא כן במקרה של המשנה במסכת פאה. שם אין העני ניצב כלל מול תביעה כספית של מאן דהוא, שהרי לעני יש מוחזקות בפירות ואף אחד אינו טוען שהוא גזל אותם. הדיון בסוגיה זו נוגע רק להלכות "איסור והיתר": האם העני נאמן להעיד כי פירותיו מעושרים. במקרה זה אין נידון ממוני ומוחזקותו של העני אינה רלוונטית לדיון. העובדה שהעני מוחזק אינה מסייעת לטענתו, שהרי גם אם ננקוט כמנהג המדינה שפירותיו אינם מעושרים, אין אנו באים לערער את מוחזקותו בפירות, אלא רק להטיל עליו חיוב

של מעשר. במקרה זה המיגו של העני ניצב לבדו נגד מנהג המדינה, ועל כן מודה רב יהודה כי מיגו נגד מנהג המדינה אינו מועיל[274].

לפי דרך זו אין לנו הוכחה כי מיגו מועיל נגד רוב, שכן במקרה דנא בעל המיגו הוא מוחזק, וכמבואר לעיל אין הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממוחזק. נמצא שהמיגו אינו עומד נגד הרוב, שכן הרוב הוכרע כבר ע"י המוחזקות של בעל הבית.

לעומת זאת רב נחמן סובר, כי מיגו לא מועיל נגד מנהג המדינה אף כשהמיגו מצורף למוחזקות, שהרי כאמור לשיטתו מנהג המדינה כמוהו כעדים, ואף מוחזקות בצירוף עם מיגו אינם מועילים כנגד עדים.

שותפים שבנו מחיצה בחצר

במשנה במסכת בבא בתרא (דף ב' עמ' א') מצינו כי "שותפים שרצו לעשות מחיצה בחצר בונים את הכותל באמצע", ו"מקום שנהגו לבנות גויל גזית כפיסין לבינים בונים, הכל כמנהג המדינה. לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם". תוספות שם (ד"ה "לפיכך") מבאר כי אף אם שהו האבנים שנפלו ברשות אחד מהצדדים במשך זמן רב, אין הוא מהימן לומר שקנה מחברו את מחצית האבנים במיגו שיכול היה לומר שבנה את הכותל לבד, כיוון שמנהג המדינה הוא שהשותפים בונים יחד. מכאן מוכיח הש"ך (כללי מיגו אות ב') כי גם כאשר עומדת לבעל הדין מוחזקות בנוסף למיגו לא מועיל לו המיגו כנגד מנהג המדינה[275].

ברם, "קצות החושן" (סימן פ"ב ס"ק יז) דחה ראיה זו, שכן בסוגיה זו במסכת בבא בתרא אין זה מנהג המדינה בעלמא שעומד כנגד מיגו ומוחזקות אלא הרבה מעבר לכך. מכיוון שבעקבות המנהג לבנות בגויל וגזית מחויבים שניהם לבנות **ובית הדין כופין אותו** ומשום כך הוא לא מהימן לומר שהוא בנה את הקיר לבדו בניגוד למנהג. לעומת זאת, ביחס למקרה של מנהג בעלמא ייתכן כי מיגו בתוספת מוחזקות יועיל.

---

274. בדרך זו בוארו הדברים בשו"ת שם אריה חושן משפט סי' ל"ג.

275. אכן גם לשיטת הש"ך יש להעיר למה לרב יהודה לא נאמן הן הוא יכול לנמק שלא רצה להתעכב עם הכותל בהתדיינות עד שישלם לו והיה חשוב לו לבנותו מהרה. ואולם הש"ך סובר שזו טענה דחויה שכן אין אדם מפסיד ממון שמגיע לו בדין.

יצאה בהינומה

סוגיה נוספת שממנה עולה לכאורה ראיה ברורה בהקשר זה היא המשנה במסכת כתובות דף ט"ו עמ' ב' בה מצינו "האשה שנתארמלה או שנתגרשה. היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך. אם יש עדים שיצאת בהינומה וראשה פרוע כתובתה מאתים". כלומר, מנהג המדינה היה כי בתולה נישאת בלא כיסוי ראש, ומכאן עולה כי כתובתה היא של מאתיים זוז ולא מאה זוז כדין כתובת אלמנה או גרושה. ביחס לכך מציין רבי פינחס הורוויץ בספרו "הפלאה" על המשנה שם, כי לכאורה משמע שדין המשנה נאמר דווקא כאשר יש עדים שהיא יצאה בהינומה. אבל אם אין עדים והבעל עצמו מודה שיצאה בהינומה הרי שהוא נאמן במיגו שיכול היה לומר שאלמנה הייתה ושלא יצאה בהינומה. לכאורה, זהו מיגו במקום מנהג המדינה ועולה מן הסוגיה כי מיגו מועיל כנגד מנהג המדינה[276].

ה"הפלאה" מביא כנגד זה את דברי תוס' (ד"ה "אם יש עדים"), האומר כי כשיצאה בהינומא "אין הבעל נאמן לומר אלמנה נשאתיך מיגו שיכול היה לומר פרעתי (את הכתובה) שכן זהו מיגו במקום עדים". מכאן עולה בבירור כי הבעל אינו נאמן במיגו העומד נגד המנהג שאלמנה אינה יוצאת בהינומה, שכן המנהג כמוהו כעדים. כמו כן הביא מעוד כמה ראשונים ומהש"ך בכללי מיגו, ומשום כך מיישב שיש נאמנות לטעון נגד המנהג רק אם טוענים שהיה אונס שמנע את קיום המנהג.

על כל פנים מוכח אם כן מדברי הראשונים מסוגיה זו שלא מועיל מיגו נגד מנהג[277].

ה"חתם סופר" (על כתובות דף ט"ז עמ' ב') דחה ראיה זו, שכן ייתכן לומר שרק במנהג כזה שכולם ללא יוצא מן הכלל נוהגים בו כמו שרק בתולה יוצאת בהינומא, ואם כן לטעון שהוציאו אלמנה לחופתה כשהינומה על ראשה ושערה גלוי הוא נגד מנהג כל העולם ולכן לא מועיל מיגו. מה שאין כן במנהג מדינה שאינו אלא דבר

---

276. ה"הפלאה" מציין כי ראיה זו מעוררת קושי על דברי הש"ך וסיעתו שלא אומרים מיגו לבטל מנהג מדינה.

277. כך עולה גם מדברי הריטב"א שם, וכן מדברי רבינו יונה על מסכת בבא בתרא דף ל"א עמ' א' ומן הרשב"א שם ובדף ל"ג עמ' א'. וראה קונטרס אחרון אבן העזר סימן צ"ו ס"ק כ"א. כמו כן בטעם השביעי שם כתב כי כשטוען כי ניתן לו קמח אינו חשוב כמיגו ביחס לעיקר המנהג, שאלמלא דבריו היינו אומרים שניתנו לו כשהם חיטים.

שרוב המדינה נוהגת בו כמו שיעור התשלום לאריס וכיו"ב, שייתכן שיש שמרבים בתשלום ויש שממעטים - ייתכן שיועיל מיגו[278]. אדרבה, ביחס למנהג שרק הרוב נוהג בו נראה כי ייתכן לומר שלא מועיל מנהג להוציא ממון כמו שאין הולכים בממון אחר הרוב.

מעות בעסקה או בהלוואה

ברמ"א ביורה דעה סימן ק"ס סעיף י"ח מובא מנהג שהיה נפוץ בכמה קהילות, לפיו אפוטרופוס של יתומים היה מלווה את מעות היתומים ב'ריבית דרבנן' (ריבית שאינה קצוצה מראש) והפוסקים התירו את הדבר.

הש"ך שם (בס"ק כ"ח) **מציין כי אם מקבל המעות טוען, כי הוא קיבל את הדמים מן האפוטרופוס לשם ביצוע 'עסקה' משותפת ולא לשם הלוואה בריבית[279] הריהו נאמן כשיש לו מיגו. מתוך שיכול היה לומר לא קיבלתי מעות כלל מהאפוטרופוס או קיבלתי והחזרתי, יכול הוא לומר קיבלתי לשם עסקה ולא לשם הלוואה[280]. מקשה על כך רבי יהונתן אייבשיץ** (התומים בכללי מיגו אות צ'): **"הא ליכא מאן דאמר דסבירא לן דמהני מיגו (נגד מנהג המדינה) דהא הלכה כרב נחמן, ובפרט דמשנה דמס' פאה מסייע ליה כמו שכתב הש"ך". כלומר, כיצד פוסק הש"ך כי יש להאמין ללווה במיגו, שעה שהדברים סותרים לסוגיות הנ"ל שהביאם הש"ך עצמו לעיל ולפיהם אין אומרים מיגו נגד מנהג[281]? אמנם לפי דברי ה"חתם סופר" יש ליישב שהש"ך פסק כמרדכי הסובר שמנהג זה אינו חזק כל כך ויש מיעוט שאינו נוהג כך ולכן נאמן המקבל לומר שהוא מן המיעוט.**

---

278. וראה שו"ת מהרי"ט חלק ב' אבן העזר, תשובה כ"ח.

279. טענה זו נוחה לו במקרה שמחצית הרווח מעסקיו הינו פחות משיעור הריבית הנהוג באותו מקום.

280. הכרעת הש"ך בזה הינה כדעת המרדכי ורבינו ברוך שנקטו כי המקבל נאמן, ושלא כדעת ראב"ן שכתב שאין המקבל נאמן כיוון שהמנהג הוא לתת מעות יתומים בריבית דרבנן ואין להאמין לו במיגו נגד המנהג.

281. התומים סובר על כן כי להלכה מיגו מועיל להחזיק ממון ביד המוחזק נגד מנהג המדינה, שכן מנהג אינו אלא רוב, ואין מוציאין ממון מכוח רוב, שיטתו זו התבארה בפירוט לעיל. אולם לשיטת הש"ך הסובר שמנהג מכריע מיגו צ"ע.

שני סוגי מיגו

"נתיבות המשפט" כללי מיגו כלל כ"ג מיישב את דברי הש"ך בהתאם להבחנה בין שני סוגי מיגו, המצויים בסוגיה האמורה במסכת כתובות (דף ט"ז עמ' א') שעליה עמדנו לעיל. נפרט:

במשנה בכתובות מצינו את דעת רבי יהושע, כי האומר לחברו שדה זו של אביך הייתה ולקחתיה הימנו - נאמן, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. מבאר רש"י כי התובע "אינו יודע שהייתה של אביו אלא על פיו של זה ומה שאסר הרי התיר". כלומר, הראיה היחידה שהשדה שלו, היא עדותו של הנתבע והלה גם טען כי רכש את השדה מאביו של התובע. נמצא כי לרבי יהושע יש מהימנות במקרה זה מכוח טענת מיגו.

מצד שני מביאה הגמרא שם את דברי רבי יהושע, כי הנושא אישה ולא מצא לה בתולים. היא אומרת: "משארסתני נאנסתי ונסתחפה שדהו", והוא אומר: "לא כי, אלא עד שלא אירסתיך נאנסת". רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים: נאמנת, שכן יש לה מיגו שיכלה לומר כי מוכת עץ היא ואז גם לא נפסלה לכהונה, וממילא היא נאמנת משאמרה נאנסתי ופסלה עצמה מכהונה. ברם, רבי יהושע חולק וסובר כי היא אינה נאמנת. נמצא כי לדעתו אין היא נאמנת מכוח טענת מיגו. כיצד מתיישבת סתירה זו בדברי רבי יהושע? "זה מיגו (בטענה כי קניתי את השדה מאביך) וזה מיגו (בטענה כי נאנסה לאחר אירוסיה) מאי שנא האי מיגו מהאי מיגו"?

משיבה הגמרא כי במקרה שאדם טוען: "קרקע זו הייתה של אביך וקניתיה ממנו - אין שור שחוט לפניך", (רש"י: "שיעלה על לב בעליו לתבוע מי שחטו. כלומר אם שתק זה (הנתבע) לא היו לו עוררים (ולא היה עולה כלל על דעת התובע לתבוע ממנו שדה זו). הלכך אי לאו דדבר פשוט הוא שלקחה הימנו לא היה אומר לו של אביך הייתה. הילכך אמרינן מיגו"). לעומת זאת במקרה של אישה הטוענת כי נאנסה אחרי אירוסיה "הרי שור שחוט לפניך" (מבאר רש"י: שור שחוט לפניך - בתולים שלא מצא לה - הם הסיתוהו לבא לבית הדין). במקרה זה אין לומר בוודאות כי הדין עם הנתבע הטוען טענת מיגו. רש"י ממשיך לבאר: "כי אף על פי שיש לאישה להשיב טענה טובה מזו (שטענה) לא אמרינן מיגו, שמא לא הסיקה על דעתה לטעון טענה טובה יותר, או שמא היא מערימה על התובע וטוענת טענה פחות טובה כדי להימצא מהימנה".

נמצא כי יש מיגו שאכן מוכיח את טענת הנתבע וזאת כאשר הנתבע הוא שיזם את הדיון ובלעדיו לא היה התובע מעלה כלל על דעתו לתבוע[282], ויש מיגו שאינו מוכיח את הטענה וייתכן כי הטענה העדיפה לא הועלתה - לא מחמת מהימנות הנתבע, אלא מטעמים אחרים.

בהתאם להבחנה זו מבאר "נתיבות המשפט" כי ההלכה הפסוקה בשולחן ערוך חושן משפט (סימן ש"ל סעיף ה') גבי בעל הבית שטען כי סיכם עם השכיר פחות מהמקובל, המיגו אינו מועיל מכיוון שזהו מיגו מהסוג השני שהרי אין חולק כי הפועל עשה מלאכה בתוך שדהו והשאלה היא רק כמה לשלם לו, כשכיר יום או באריסות למחצה או לשליש או לרביע. הסיבה שהנתבע אינו נאמן נובעת על כן מכוחו העודף של מנהג המדינה על פני מיגו שהוא מיגו חלש, ואינו מהווה ראיה מספקת לגבור על המנהג. לעומת זאת, בהלכה הפסוקה בשולחן ערוך יורה דעה (סימן ק"ס) עסקינן בלווה שיכול לומר לאפוטרופוס של היתומים לא קיבלתי ממך מאומה, "והוי כאין שור שחוט לפניך". כלומר, זהו מקרה שבלי הודאת הנתבע אין התובע יכול לנקוט כלל בהליך של תביעה. זהו אפוא מיגו מן הסוג השני, המהווה ראיה - והוא מועיל אף כנגד מנהג המדינה.

ברם, שקשה לכאורה על דבריו של "נתיבות המשפט", שהרי ראינו כי לפי הש"ך פוסקים כרב נחמן 'בכל עניין לא מועיל מיגו נגד מנהג', והסברה שכתבו המפרשים לכך שמיגו לא מועיל נגד מנהג המדינה היא שמנהג הוא כעדים, וממילא זהו מיגו נגד עדים. אם כן, מה מועילה העובדה כי "מיגו דאי בעי שתיק" הוא מיגו מן הסוג השני העולה כדי ראיה? הרי בסופו של דבר מיגו זה ניצב כנגד מנהג המדינה שכמוה כעדות והכלל הוא שאין ראיה העומדת נגד עדים? צ"ע[283].

---

282. ראה דברינו לעיל אודות חוזקו של "מיגו דאי בעי שתיק".

283. בדומה לכך הערנו לעיל אודות חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, שיש אומרים כי חזקה זו פועלת מכוח "אנן סהדי" (כולנו עדים) שוודאי לא פרע בתוך הזמן, כנגד טבעו של עולם. והקשה שם "שיטה מקובצת" אם כן, כיצד העלתה הגמרא שם צד שמיגו יגבר על חזקה זו שאין אדם פורע תוך זמנו, הן מיגו אינו גובר על עדים ("אנן סהדי - פירושו ראיה בת תוקף של עדות). ביחס לשאלה זו נראה לנו ליישב כי לדעה זו החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו אינה בגדר של "אנן סהדי" ואין לה תוקף של עדות, והיא רק מצטרפת לחזקת חיוב. עיין שם סעיף 106 ואילך. אולם, השאלה נשארת בתוקפה במקרה דנא - עת שעסקינן במנהג המדינה שכמוהו כעדים.

טז. מיגו נגד מיגו

מקרה שהיה כך היה:

ראובן תובע את שמעון וטוען כי שמעון תפס ממנו מעות. לראובן התובע אין עדים.

שמעון מודה שאכן הוא תפס מעות מכיסו של ראובן. אולם, הוא טוען כי היה זה כספו שלו שהפקיד זה מכבר אצל ראובן. ומכיוון שראובן לא רצה להשיב לו את כספי הפיקדון. הוא תפס כעת בכספים והשיב לעצמו את דמיו.

ודוק, בהתאם לסוגיית "נסכא דרבי אבא" שהבאנו לעיל, כשאין עדים על חטיפה נאמן אדם לומר: "אֵין חטפי ודִידִי חטפי". כאן שמעון עצמו הודה שחטף ותלה את הצדקת תפיסתו בכך שאכן ראובן חייב לו את כספי הפיקדון. כנגד טענה זו יכול היה ראובן להשיב: נכון הפקדת אצלי מעות, אבל הפיקדון שהפקדת אבד באונס (ושומר חינם ואפילו שומר שכר פטור באונסין) והכסף שנטלת ממני הוא שלי ואיני חייב לך מאומה. משכך גם לשיטתך עליך להחזיר את הכסף שחטפת. אבל ראובן לא טען כך, אלא השיב לנתבע "לא הפקדת אצלי מאומה". על כן, שמעון לא נאלץ להתמודד עם טענת "נאנסו המעות" וטוען "דידי חטפי".

ראובן מבקש אפוא כי יאמינו לו בטענתו כי לא הייתה מעולם הפקדה, במיגו שיכול היה לומר נאנסו. מכוח מיגו זה הוא מבקש להוציא משמעון את המעות שתפס ממנו.[284]

ברם, שגם לנתבע יש מיגו. שמעון יכול היה לומר לא תפסתי ממך מאומה, שהרי לראובן אין עדים על התפיסה. משום כך, מבקש שמעון להיאמן שהיו אלו כספיו שלו שאותם הפקיד בידי ראובן, במיגו שיכול היה לומר לא נטלתי ממך מאומה.

נמצא הוויכוח ביניהם בשאלה אחת: האם הייתה הפקדה. ראובן טוען שלא הייתה הפקדה ומבקש להיאמן במיגו שיכול היה לטעון 'נאנסו', ושמעון טוען שהייתה הפקדה ומבקש להיאמן במיגו שיכול היה לטעון 'לא תפסתי'.

יש לנו אם כן מיגו של ראובן התובע, שיכול היה לטעון שהיה פיקדון שהופקד ונאנס, כנגד מיגו זה של התובע ניצב מיגו של הנתבע, שיכול היה להכחיש את עצם תפיסת המעות מיד ראובן ולכן מבקש להיאמן כי היו אלו כספי פיקדון שלו. אכן,

---

284. הדברים אמורים לפי הסוברים שמיגו להוציא אמרינן.

גם אם הייתה הפקדה, היה שמעון נאלץ להשיב מה שתפס אילו ראובן היה טוען נאנסו, אבל ראובן לא טען כך.

הדין עם מי? למי יש להאמין?

"קצות החושן" (בסימן פ"ב סעיף י"א), סובר כי במקרה זה גובר שמעון הנתבע כיוון שאצל ראובן התובע - זהו מיגו להוציא. ברם, שדברים אלו אמורים רק לפי ההלכה ש"מיגו להוציא לא אמרינן". אולם מה נעשה לפי שיטת הרמב"ן שהובאה לעיל, שמיגו להוציא אמרינן?

ייתכן שגם הרמב"ן אמר שמיגו מועיל כראיה אף כדי להוציא ממון, רק כאשר לתובע שבא להוציא עומדת טענת מיגו ואילו לנתבע הניצב כנגדו אין. במקרה זה בפנינו מוחזקות בעלמא של נתבע כנגד טענת מיגו של תובע ועל כן סבר הרמב"ן שמיגו עדיף. אבל הרמב"ן יודה כי אין לומר 'מיגו להוציא' כאשר כנגדו ניצב נתבע שגם בידו לטעון טענת 'מיגו להחזיק'. במקרה זה נמצא ששמעון הנתבע גם מוחזק וגם יש לו מיגו, ואם כן למה שראובן יהא עדיף עליו ויוציא ממנו? במה עדיף מיגו של תובע על המיגו של הנתבע?

רבי עקיבא איגר (מסכת כתובות דף פ"ז עמ' א') העלה בעניין זה סברה מרהיבה, אשר מכוחה יש להבחין בין מיגו למיגו, כאשר יש מיגו שהינו "חזק" ועדיף על משנהו[285]. נפרט.

> **"נראה היכא דיש לזה ולזה מיגו חזינן אם לכל אחד יש מיגו בפני עצמו - בזה הם שקולים בשווה. אבל אם מיגו של זה יוצא מכוח טענת חברו, ואילו רצה חברו לטעון שקר, לא היה נשאר לזה מיגו, ממילא מיגו דהך עדיפא"[286].**

---

285. לעיל עמדנו על סברת "נתיבות המשפט", בדבר שני סוגי מיגו שמצינו בגמרא במסכת כתובות דף ט"ז עמ' א', אך שם ההבחנה נוגעת לסוג שונה של טענת המיגו המועלית. רבי עקיבא איגר לעומת זאת נותן עדיפות למיגו אחד על פני רעהו, מכיוון שמיגו של אחד משמיט לא רק את טענת רעהו אלא גם את טענת המיגו שלו.

286. ור' סברא זו גם בשו"ת מהרי"ט חלק א' סימן ע', והביאו בשו"ת "אור שמח" חלק ב' בסוף תשובה כ"ז.

כלומר:

שמעון יכול היה לומר להד"מ. לא חטפתי כלום. במקרה זה לא היה לראובן מה לומר וטענתו הייתה נדחית. לא היה בידו שום מיגו. על כן, כוחו של שמעון הוא לסלק את ראובן מכול וכול.

לעומת זאת, ראובן תלוי בשמעון ורק לאחר ששמעון מודה שהייתה חטיפה אלא שטען כי היה פיקדון, הרי שמתחיל להתנהל דיון, ורק אז יש לראובן בחירה לטעון כי נחטף ממנו ממון שלו עצמו כי לא הייתה הפקדה בידי שמעון, או מפני שהייתה הפקדה והוא פטור מלהשיב את הכסף שכן המעות נאנסו.

שמעון יכול היה לשקר ולשמוט את הדיון מעיקרו ולכן המיגו שלו עדיף על המיגו של ראובן.

"כוח הטענה" בבסיס סברת רבי עקיבא איגר

מהי הסברה הניצבת ביסוד דברי רבי עקיבא איגר? מה הנפקות בכך שהמיגו של ראובן נולד רק לאחר ששמעון הודה שנטל את הכספים? סוף סוף לאחר ששמעון הודה כי חטף את הכסף נמצא כי לשניהם יש מיגו, ומיגו - הוא מיגו. למה שמעון עדיף? לכאורה העדיפות היא שלשמעון יש 'הפה שאסר' לעומת ראובן שיש לו רק 'מיגו', אבל יש לטעון כי לאחר ששמעון 'הודה' שטענתו תלויה במצב הפיקדון והוא לא טוען שיודע שהפיקדון קיים, הרי הוא זה שנתן כוח למיגו של ראובן.

נראה כי אם מיגו הוא מהימנות הרי שאין נפקא מינה אלו נסיבות הולידו את המהימנות, וכעת בפנינו מצב שבו שניהם טוענים מיגו שמראה על מהימנותם. למה משנה לנו מה היה **בעבר**? אבל, דברי רבי עקיבא איגר מובנים "כמין חומר" אם דרך הילוכו של מיגו נובע מ"כוח הטענה". במקרה זה ה"היסטוריה" של ההליכים בהחלט מכריעה את הכף. בהקשר זה ראינו לעיל את דברי הרב שמעון שקופ ("שערי יושר" שער ו' פרק ט') כי כשם שאדם **שבידו** לתקן דבר איסור נאמן להעיד שהוא כשר, כנגד חזקת האיסור של הדבר, כך גם בדיני ממונות כיוון ש"בידו" לזכות בממון ע"י טענה מסוימת, הרי שניתנת נאמנות לטענה שטען. לפי הסבר זה מובן כי הטענה של מי שיכול לשלול את כל הדיון חזקה יותר, שהרי בידו של שמעון היה לזכות בדין ולהשמיט גם את יכולתו של ראובן להעלות טענת מיגו.

בדומה לכך ראינו לעיל, את דברי הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" (על בבא מציעא סימן ג') כי בעל טענת המיגו הופך ל"מוחזק", שהרי יכול היה להעביר את החפץ לחזקתו ע"י הטענה הטובה שבידו וממילא נחשב הוא כבר כעת כמי שטען אותה והעביר את החפץ לידיו. גם לפי הסבר זה מובנים היטב דברי רבי עקיבא איגר, כי הטענה של מי שיכול לשלול את כל הדיון חזקה יותר, שהרי הוא הופך למוחזק וממילא כשיש מיגו כנגד מיגו הוא המוחזק, אין בידי מי שכנגדו אפשרות להיות בעל ראיה המוציאה מידיו.

נפקות בין "קצות החושן" לרבי עקיבא איגר

ודוק, לכאורה אין נפקות בין דרכו של "קצות החושן" לבין דרכו של רבי עקיבא איגר, שהרי לשיטת שניהם שמעון הנתבע זוכה בדין, או מכיוון שבידו מיגו והוא גם מוחזק (שיטת "קצות החושן") או מכיוון שהמיגו שלו עדיף (שיטת רבי עקיבא איגר). ברם, נראה כי בהחלט עשויה להיות נפקות בין ההסברים כאשר המיגו העדיף יהיה דווקא של ראובן, שכן במקרה זה לפי שיטתו של רבי עקיבא איגר, ראובן התובע יגבר, אע"פ שהוא מוציא, שהרי יש בידו מיגו עדיף. מתי יכולה להיווצר עדיפות למיגו של ראובן דווקא?

הגאון רבי יהושע מקוטנא (בספרו "ישועות ישראל" סימן מ"ח ס"ק א') צייר מציאות שכזו, כדלהלן:

הכלל הוא כי שטר שנפרע אי אפשר לשוב ולהשתמש בו לצורך הלוואה נוספת בין הלווה למלווה, שהרי כל מהות השטר היא שהלווה לווה על פיו וממילא יצר שעבוד לטובת המלווה בשטר זה. שטר שכבר נפרע ונמחל שעבודו איבד תכונה זו (כמבואר בבבא מציעא דף י"ז עמ' א').

עם זאת, במישור הראייתי מועיל השטר. כלומר, אם הלווה מודה שלווה בשנית והסכים בפירוש שהשטר הפרוע יישאר אצל המלווה ויהווה ראיה לכך שהוא לווה בשנית, והוא מודה שלצורך כך החזיר את השטר לידי המלווה, הרי שמועיל השטר להוות ראיה נגדו שלא פרע ולגבות מנכסים בני חורין שבידו[287].

287. השטר לא יועיל לגבות מנכסים משועבדים כי אין שעבוד ללא "שטר" וכאן אין זו הלוואה שלשמה נוצר השטר, אלא זו הסכמה ביניהם ששטר זה ישמש ראיה נגד הלווה.

כעת, בא הלווה וטוען פרעתי הלוואה שנייה זו, ומבקש כי יאמינו לו במיגו שיכול היה לומר: 'לא הסכמתי בכלל ששטר זה יהווה ראיה נגדי, אחרי שפרעתי את ההלוואה הראשונה'. נמצא כי בפנינו לווה שהוא מוחזק בכסף ובידו טענת מיגו.

כנגדו ניצב המלווה הטוען: 'אתה הסכמת ששטר זה יהווה ראיה, ואני נאמן בכך במיגו שיכול הייתי לומר שגם את ההלוואה הראשונה לא פרעת, ואני מבקש ע"י שטר זה להיפרע בגין ההלוואה הראשונה'.

בפנינו אפוא תובע הטוען טענת מיגו, כנגד טענת מיגו ומוחזקות של הנתבע. לפי "קצות החושן" נעדיף אפוא את הנתבע. אולם, במקרה זה ברור כי המיגו העדיף הוא של המלווה, שהרי הוא יכול לשמוט את כל הדיון בטענתו וללווה לא תעמוד כל טענת מיגו, שהרי אם המלווה טוען כי ההלוואה הראשונה לא נפרעה, הרי שאין בידי הלווה כוח לטעון טענה כלשהי כנגד השטר שבידי המלווה, שכמוהו כעדים. נמצא כי לפי שיטת רבי עקיבא איגר, יגבר המלווה (התובע) שיש לו מיגו עדיף.

נמצא כי אם מיגו מועיל מחמת "כוח הטענה" הרי שעשוי להיות מיגו של תובע שעדיף על מיגו של נתבע, ויהא בו אף כדי להוציא מידי מוחזק[288].

288. שמא תאמר, אף לפי רבי עקיבא איגר כיצד נאמן המלווה הרי זה מיגו להוציא? אולם, נראה כי לפי רבי עקיבא איגר ראובן יגבר ואין הדבר נחשב כמיגו להוציא, כי ה"מיגו" אינו מוציא אלא רק מבטל את המיגו של הנתבע. מכאן ואילך נמצא שמעון מחזיק בכסף ללא מיגו, והוא עצמו מודה שחטף מראובן ואין לו מיגו להיאמן בדבריו שהייתה הפקדה. והדבר מפורש (בהקשר אחר) בתשובת הגרע"א מהדורא תניינא סימן ק"ל: "ולא מקרי מיגו להוציא דבא רק לסלק מיגו של הלווה שיהיה מיגו נגד מיגו". ועי' במה שהבאנו לעיל אם מיגו להוציא בשטר נחשב מיגו להוציא ומדברי הנתיבות והקצות החושן בסימן פ"ב סק"ו.

פרק ה

שטרות

א. מהותו של שטר

שטר שחתומים עליו שני עדים נחשב לראיה חלוטה, שכן בפנינו שני עדים שעדותם גם נחשבת כאילו נחקרה בבית דין ונמצאה מהימנה. כך מצינו בגמרא במסכת גיטין (דף ג' עמ' א'): "אמר ריש לקיש: עדים החתומים על השטר - נעשו כמי שנחקרה עדותן בבית דין"[289].

ברם, בתורה נאמר (דברים י"ט, ט"ו): "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר". מבאר רש"י כי חז"ל דרשו שעל העדות להימסר בעל פה "על פי שני עדים - ולא שיכתבו עדותם באגרת וישלחו לבית דין". בעקבות כך נקבע הכלל כי עדות שבכתב פסולה. כך מצינו בגמרא במסכת גיטין (דף ע"א, עמ' א'): "אמר ליה אביי: עדות קאמרת? שאני עדות, דרחמנא אמר: מפיהם - ולא מפי כתבם"[290]. כיצד מועילה אם כן עדות בשטר בניגוד לכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם"?

---

289. רש"י מבאר: "דלא חציף איניש לזיופי". כלומר, יש חזקה שהעדים החתומים בשטר אכן חתמו עליו. שמא תאמר, אם כן השטר מבוסס על חזקה הכיצד יש לו כוח של עדות? אין זאת אלא שהחזקה הופכת את השטר למסמך אמין המבטא עדויות. לאחר מכן, העדות שהובאה בו היא שמוכיחה את הדבר, והדבר שקדם לה והביאה בפנינו, אינו חלק מהמשא הראייתי, אלא נלקח כדבר מובן מאליו. בדומה לכך, כאשר יש עד אחד שהעיד כי חתיכה מסוימת היא חלב ולא בשר, הרי שאם יבואו לאחר מכן עדים לפיהם פלוני אכל חתיכה זו הוא ילקה על פיהם. אף, שבבסיס העדות ניצבת עדות של עד אחד בלבד שהחתיכה הזו היא חלב, הדבר נחשב כנתון עובדתי ולא כדבר שעומד שוב להוכחה, וממילא מכאן ואילך העדים הם הניצבים בפנינו ומחייבים את פלוני במלקות.

290. וראה גם יבמות דף ל"א עמ' ב'. כך נפסק בשולחן ערוך חושן משפט סימן כ"ח סעיף י"א: "העדים ששלחו עדותן בכתב לבית דין, אינו עדות, דכתיב: 'על פי שנים עדים' (דברים י"ז, ו') מפיהם, ולא מפי כתבם. הגה: וכן נוהגין".

הסברו של רש"י

רש"י במסכת גיטין (דף ע"א עמ' א' ד"ה "ולא מפי כתבם") מבאר: "דלא דמי לשטר שחתמוהו ביומו דההוא אורחיה להכי". כלומר, התורה דיברה על עדות בבית דין. אבל, שטר דרכו להיות בכתב, וממילא ברור כי לא על כך אמרה התורה "ולא מפי כתבם".

בשו"ת "אבני נזר" (חלק אבן העזר סימן קצ"ח)[291] מבוארים דברי רש"י אלו, כי בשטר "כתיבתו זהו דיבורו", שכן דרך העולם להעיד בשטר מפי הכתב, וממילא בהכרח כי הדין של "מפיהם ולא מפי כתבם" נאמר רק על הגדת עדות בבית דין שדרכה להיאמר. אולם דין זה לא התייחס לשטר, שבו הכתיבה היא צורת הגדת העדות עד כי יש לומר כי "כתיבתו זהו דיבורו".

הסברו של "בעל המאור"

הסבר אחר מצוי בדברי "בעל המאור" (יבמות דף ט' עמ' א' בדפי הרי"ף) כי מכיוון שאין כותבים את השטר אלא מדעת המתחייב, אין זה נחשב "מפי כתבם" אלא מפי כתבו, כלומר מפי כתבו של הלווה המתחייב. הווי אומר, כי העדים שבשטר אינם מוסרים את "דברי העדים" על המאורע אלא את דברי בעל השטר שאמר להם לכותבו. נמצא כי השטר אינו תקף מדין עדות של שני עדים, אלא מכוח התחייבותו של בעל הדין, שדבריו הם שהובאו ע"י שני העדים. בהתאם לכך נמצא כי אם העדים כתבו מעצמם "ולא אמר להם כתובו, הא ודאי מפי כתבם הוא". כלומר, יש צורך ב"דעת המתחייב"[292] כדי שהשטר לא ייפסל מכוח הדין של "מפי כתבם"[293].

---

291. "אבני נזר" ציין כי לשון רש"י "הוא ממש לשון הש"ס בבכורות ובחולין", וכוונת הדברים למסכת בכורות דף כ"ה ע"א כי תולש צמר מהכבש אינו גוזז, ועם זאת התולש כנף עוף חייב משום גוזז, שכן לגבי כנף של עוף מנהגו כך, ופירש"י: דרך נוצות עוף לתלוש ולא לגזוז. מכאן כי עוף שאין לו גיזה תלישתו זהו גיזתו, וכן מצינו בירושלמי (שבת דף נ"א ע"א), וכן מצינו בחולין (דף קל"ז עמ' א') כי נוצה של עיזים תלישתו היא דרך גזיזתו. ממילא נמצאנו למדים כי כיוון שדרך העולם בתלישה ולא בגזיזה, הרי שמתייחסים למעשהו כאל גזיזה, ובדומה לכך על אף שכתיבה בדרך כלל אינה כדיבור, מכל מקום מכיוון ששטר דרכו להיות ולחייב רק בכתיבה הרי שכתיבתו זהו דיבורו.

292. בתשובת מהר"י אדרבי (דברי ריבות) סי' רכ"ז (הובא ב"אבני מילואים" סימן מ"ב ס"ק י"א) כתב בשם הרשב"א "כל שטר שנעשה שלא מרצון המתחייב אינו אלא כפנקס בעלמא".

293. "קצות החושן" בסימן כ"ח ס"ק ו' סבר כי שיטת רש"י זהה לשיטת בעל המאור. כלומר, פשר דברי רש"י כי הדבר שכיח שמקבלים שטר הם שמכך מוכח שעל כך לא

בהקשר זה ידועים דברי הרב חיים הלוי סולובייצ'יק על הרמב"ם בהלכות אישות (פרק ג' הלכה י"ח) המבאר כי הדעת הנחוצה היא של 'עושה השטר'. בשטר שמהותו 'חיוב ממוני' נחוצה דעתו של המתחייב כי הוא עושה את החיוב. בשטר קידושין שמועיל מהתורה נחוצה דעתו של הבעל נותן שטר הקידושין לאישה. לנוכח אמירת התורה כי הבעל צריך להיות 'בעל המעשה', הרי שהבעל הוא שנחשב "עושה השטר". לא מכוח היותו המתחייב[294] אדרבה, בקידושין יש לומר כי האישה היא המקנה את עצמה ונחשבת כמי שמתחייבת, דעת הבעל נחוצה כי הוא "עושה השטר" ואילו דעת האישה נחוצה רק כדי שהשטר יהיה נכתב "לשמה". כלומר, הבעל לא יוכל ליצור שטר 'לשמה', בלי לברר עימה כי היא מעוניינת בקידושין.

הסברו של תוספות בכתובות

הסבר נוסף נמצא בדעת תוספות במסכת כתובות (דף כ' עמ' א' ד"ה "ורבי יוחנן אומר", בשלהי דבריהם), כי דברים שהעד רושם לעצמו כזיכרון דברים, למען יוכל לרענן את זיכרונו כשלא יהיה לו זיכרון חי מן האירוע, היא עדות מן הכתב ולא מפי העד. במקרה זה חל הפסול של "מפיהם ולא מפי כתבם". אבל, דברים שהעד כותב כ"תיקון שטרות" ו"כסדר השטר" נכנסים לגדר "שטר", וזוהי עדות שאף נחשבת כמי שנחקרה בבית דין. הווי אומר כי אם העדות נכתבה כמסמך פרטי שנועד לסייע ביד העד לזכור את הדברים כשהעד עצמו לא זוכר, נמצא כי אין בידינו מאומה. הכתב אינו עדות אלא סיפור כתוב שממוען לעד, והעד הרי לא זוכר. אבל,

---

אמרה התורה את הדין של "מפיהם ולא מפי כתבם". אך מה הסברה שבדבר? ביחס לכך מבאר בעל המאור כי הסברה היא שהעדים שבשטר לא מעידים על מה שהם ראו, אלא על דברי עושה השטר.

294. דברי הגר"ח סולובייצ'יק משיבים על שאלת "אבני מילואים" סימן ל"ב ס"ק ד', שהביא את דברי הגמרא במסכת קידושין (דף ט' עמ' ב'): "כתבו לשמה ושלא לדעתה, רבא ורבינא אמרי מקודשת רב פפא ורב שרביא אמרי אינה מקודשת". על כך תמה "אבני מילואים" שם: "וקשיא לי לפי שיטת רש"י ובעל המאור דהא דמהני שטר ולא הוי מפי כתבם משום שנעשה השטר מדעת המתחייב והווי ליה מפי כתבו ולא מפי כתבם (מובא ב"קצות החושן" סי' כ"ח סק"ו) ואם כן תיפוק ליה דפסול כל שנכתב שלא מדעת האישה דהווי ליה מפי כתבם כיון שנכתב שלא מדעת המתחייב? על כך השיב הגר"ח סולובייצ'יק כי על אף שהבעל אינו המתחייב, דעתו מחויבת בהיותו "עושה השטר".

אם בפנינו "נוסח של שטר" הממוען לכוּלֵי עלמא, הרי שחל על העדות הכתובה בו דין שטר וזו עדות שמועילה[295].

הסברו של רבינו תם

הסבר נוסף הובא בשם ר"ת בתוספות מסכת יבמות (דף ל"א עמ' ב' ד"ה "דחזו"), לפיו הפסול של "מפי כתבם" נאמר רק ביחס למי שאינו יכול להעיד בפיו (כגון שהוא אילם), או למי שאינו זוכר את העדות אלא ע"י שמעיין במה שכתב לעצמו לזיכרון. אבל, מי שזוכר ויכול להעיד בפה, יכול גם להעיד בכתב. התורה לא פסלה 'עדות שבכתב', אלא פסלה 'עד' שאינו יכול להעיד אלא בכתב. רבינו תם מדמה עניין זה לכלל של "כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו"[296].

כך מצינו שם: "אומר ר"י ששמע מר"ת שנוהגים עכשיו ששולחים העדים עדותם בכתב ידם לבית הדין ולא נאמר על כך "מפיהם ולא מפי כתבם" כיון שהם זוכרים עדותם. ומה ששנינו (גיטין דף ע"א עמ' א') "ואם לא יגיד" פרט לאילם שאין יכול לדבר. שאלה הגמרא, הרי יכול לדבר מתוך הכתב? תירצה הגמרא כי התורה אמרה "מפיהם ולא מפי כתבם" שונה דינו של אילם שכן הוא אינו ראוי להעיד".

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (בהלכות עדות פרק ג' הלכה ד') סובר כי מדאורייתא אכן עדות שבשטר אינה כשרה להיות עדות, שכן זו עדות מפי כתבם של העדים ולא מפיהם. העדות בשטר מועילה רק מדברי סופרים. על שיטת הרמב"ם נעמוד בפירוט בסמוך להלן.

---

295. "קצות החושן" בסימן כ"ח ס"ק ו', גורס כי זוהי שיטת הרמב"ן (אך לא מצאנו זאת במפורש, ונראה שכוונתו לדברי הרמב"ן כתובות כ', א' ד"ה "ור"ח" והו"ד בשטמ"ק שם) וביאר שיטתו כי "לא שייך בעדות שבשטר מפי כתבם דכיוון דנכתב בנוסח שטר הווי ליה כמי שנחקרה עדותן בבית דין, ולא שייך מפי כתבם אלא היכא דאינו בתורת שטר".

296. כלומר: מנחה המובאת לבית המקדש, עד שישים עישרון כשרה אעפ"י שלא נבללה היטב, שכן סולת בשיעור זה ראויה להיבלל היטב בכלי אחד. מה שכשיר להיבלל - אינו נפסל גם אם בפועל לא נבלל. לעומת זאת, מה שאינו כשיר להיבלל (כגון כשיש יותר משישים עישרון) נפסל.

על שלושה מתוך ההסברים שראינו לעיל (של בעל המאור, תוס', ר"ת והרמב"ם) לשאלה כיצד מועילה עדות שבשטר על אף הכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם", מקשה "קצות החושן" סימן כ"ח ס"ק ו' לנוכח הסוגיה במסכת כתובות (דף כ"ד עמ' ב') בה מצינו כדלהלן: הגמרא דנה בשאלה האם ניתן לקבוע יוחסין (כגון שאדם הוא כהן) על בסיס כינוי המוזכר בשטר?

מדובר בשטר שבו כתוב "אני כהן לוויתי מפלוני מנה" וחתמו העדים. הגמרא דנה האם עדות העדים שבשטר מתייחסת רק להתחייבות הממונית הכתובה בשטר ולא להגדרת החייב ככהן, או שמא העדים מעידים על כל פרט שמופיע בשטר? בכך נחלקו רב הונא ורב חסדא, ודעת אחד מהם היא, שהשטר מועיל אף לעניין יוחסין.

"קצות החושן" שואל כיצד תועיל עדות זו שבשטר, הן אף אם העדים מעידים לא רק על ההתחייבות הממונית אלא גם על ייחוסו של הלווה, עדיין יש קושי לקבל את העדות הזאת לנוכח הדין של "מפיהם ולא מפי כתבם"? "קצות החושן" מנתח קושי זה לפי כל אחת מן השיטות:

לשיטת "בעל המאור" קשה, שהרי גם אם נאמר שהשטר מבטא את דעת המתחייב עצמו, הדבר מועיל ביחס להודאת בעל דין בדיני ממונות ששם דברי המתחייב הם ברי תוקף. אבל, כשאדם אומר "אני כהן" - אין עדותו על עצמו מתקבלת. ומכיוון שאין ממש בדבריו, אין מקום להגיד כי העדים מאשרים את דברי המתחייב, שהרי אמירתו בעניין זה נעדרת תוקף. קושי זה לא מתעורר אם נניח כי בפנינו דברי העדים עצמם שהם יודעים ומעידים כי הוא כהן, אך דברי העדים עצמם הם בגדר של "מפיהם ולא מפי כתבם", אם כן כיצד מועיל השטר?

לשיטת התוס' ביארנו כי בעדות שבשטר לא שייך "מפי כתבם", שכן כתיבת העדות בנוסח של שטר יוצרת דין "שטר" ועדות שבשטר מהימנה היא. ברם, שהגדרת המונח "שטר" מתייחסת רק לדיני ממונות ולא להגדרת אדם ככהן ואין מושג הנקרא "לשון השטר" ביחס לדיני יוחסין[297].

---

297. "קצות החושן" מבאר כי אם העדות על היות הלווה כהן היא עניין אגבי לאמור בשטר, והעדים מעידים על "שטר" ממוני ואגב כך מאשרים את כל פרטיו, ומעידים כי פלוני שהוא כהן לווה, הרי שאין הדבר מוגדר כעדות מפי הכתב אלא כעדות שב"שטר". אבל, לפי מי שסובר כי "אכולהו מילתא קא מסהדי" דהיינו שהעדות מתייחסת לכל

לשיטת הרמב"ם שעדות שבשטר מתקבלת רק מדברי סופרים, גם כן קשה, שכן תקנת חכמים לקבל עדות מפי כתבם, נתקנה רק ביחס לדיני ממונות או בגיטין משום תקנת עגונות, אבל בשאר דברים (כגון הגדרת החייב ככהן) אין תקנת חכמים שתאפשר לקרוא לאדם כהן על פי עדות כתיבה?

לאור קושי זה מתבארת הסוגיה לכאורה רק לפי שיטת ר"ת, כי מה שהעד יכול להגיד בפיו ואינו מנוע מלעשות כן (עקב העדר יכולת לדבר או מחוסר זיכרון חי), הוא יכול להעיד גם מפי הכתב.

"קצות החושן" מיישב קושי זה ונוקט כי הסוגיה מתבארת גם לפי שאר שיטות הראשונים שהבאנו. על פי הדין "כל המשפחות בחזקת כשרות" וגם "עד אחד נאמן באיסורים". נמצא ממילא כי עד אחד כשיר להעיד גם בענייני יוחסין. אלא שחכמים "עשו מעלה ביוחסין" ופסלו עדות של עד אחד כדי להצריכו להביא שני עדים[298]. אולם, מכיוון שזה רק דין מדרבנן, הרי שבדבר שבו צריך עדות רק מדרבנן הכשירו גם עדות "מפי כתבם"[299].

עד בשטר שנהיה אילם

הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך חושן משפט (סימן מ"ו סעיף ל"ו) כי אם עד חתם בשטר כשהוא בריא ונשתתק (כלומר, נהיה אילם), הוא אינו יכול להעיד בבית דין שזהו כתב ידו (עדות קיום), אבל אחרים מעידים על כך. הש"ך (בס"ק ג') מדייק כי דין זה נאמר רק על בריא שהשתתק, אך מי שהיה אילם בעת כתיבת השטר, אין השטר כשר. ודוק, לפי שיטת ר"ת הדבר מובן היטב, שכן כאמור מי שאינו יכול להעיד בפיו, גם אינו יכול להעיד באמצעות שטר. אולם, לפי הסברם של רש"י

פרט בפני עצמו, הרי שיש בפנינו שתי עדויות נפרדות: האחת שפלוני לווה והשנייה שפלוני כהן. ואם כן, העדות השנייה, אינה 'שטרית', וממילא חל עליה הכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם". להבחנה זו בין עדות הכוללת שני נושאים לבין עדות בנושא עיקרי שאגב כך כלולה בה עדות בנשוא משני, ראה תוס' במסכת כתובות דף כ"ד עמ' ב', ד"ה "אמנה".

298. ראה בתוס' כתובות דף כ"ד עמ' א' ד"ה "אבל אינו נאמן" וכן בדברי הר"ן שם דף י' עמ' ב' בדפי הרי"ף).

299. בדומה לכך ר' בדברי הרמ"א על שו"ע חו"מ סימן מ"ו סעיף ז', לעניין קיום שטרות שמועיל בו גם "מפי כתבם".

ובעל המאור ששטר הוא סוג של עדות שעליה לא נאמר הכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם", מדוע פסול האילם לחתום על השטר?

"קצות החושן" (שם בס"ק י"ט) מחדש על כן, כי אילם הוא "פסול הגוף", הנלמד מן הפסוק "אם לא יגיד" שממנו הסיקו חז"ל במסכת גיטין (דף ע"א עמ' א') "פרט לאילם שאינו יכול להגיד". נמצא כי כשם שיש פסול בסומא, או בחרש, אף ביחס לעדות שהם יודעים את תוכנה, (כגון סומא המזהה את מעשהו של פלוני מכוח "טביעות עין" של הקול, או שראה מעשה בטרם נסתמא), כך יש פסול הגוף גם ביחס לאילם שמחמתו אין הוא נחשב בשעת חתימתו לעד כלל. בהתאם לכך מבאר "קצות החושן" כי גם בשטר שבו אין פסול של "מפיהם ולא מפי כתבם" האילם יהיה פסול - משום פסול הגוף. כלומר, הפסול אינו בכך שההגדה היא מפי הכתב אלא בכך שאין זה עד כשר[300].

ב. ביאור שיטת הרמב"ם בדבר מהות השטר

עמדנו על שיטת הרמב"ם בהלכות עדות (פרק ג' הלכה ד') כי לנוכח הדין של "מפיהם ולא מפי כתבם" השטר מועיל רק מדברי סופרים ולא מדאורייתא. "קצות החושן" (בסימן כ"ח ס"ק ו') מביא את שיטות הראשונים הסוברים כי גם שטרי ראיה מועילים מדאורייתא כשנעשו מ'דעת המתחייב' או ב'תיקון שטרות'. על כך מביא הרב מאיר שמחה הכהן בספרו "אור שמח" את קושיית האחרונים, כיצד כותבים 'שטר חליצה' והעדים חותמים שחלצה לפניהם, הרי לא שייך בזה 'תיקון שטרות' ו'דעת המתחייב'? הכיצד אם כן מועילה העדות, ולא חל הכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם"[301]? כיצד מהימנת האישה לומר כי היא חלוצה וסומכין עליה באיסור דאורייתא על בסיס שטר החליצה?

---

300. קצות החושן מביא ראיה לדבריו מכך שאילם פסול להיות עד בקידושין, וזאת על אף שעדי קידושין אינם צריכים הגדה ואין אלו עדים ראייתיים אלא עדים המקיימים את ההליך ונותנים לו תוקף. על אף זאת, כל שהוא פסול הגוף הרי הוא כסומא ומדבר ואינו שומע. מן ההכרח אפוא כי אין זה פסול מדין "מפיהם ולא מפי כתבם" אלא פסול הגוף של העדים. "קצות החושן" מציין עוד כי מטעם זה אם העד ראה את ההלוואה בהיותו אילם ונעשה בריא בשעת הגדת העדות, הרי שהשטר פסול משום שתחילתו בפסול. אילו היה פסולו משום "מפי כתבם" אם כן אם היה בריא בשעת ההגדה ומגיד בפיו למה נפסל העד? אין זאת אלא שעסקינן בפסול הגוף של העד.

301. ודוק, העובדה שפלונית חלצה לפלוני, אינה עולה מן השטר באופן אגבי, אלא זהו עניינו של השטר להודיע שהייתה חליצה. ואם כן, מתחזק הקושי כיצד מועילה

האחרונים תירצו כעין שכתבו התוספות על מסכת בבא בתרא (דף ל"ט עמ' ב' ד"ה "מחאה") על השאלה איך כותבים שטר מחאה שלא שייך לעשות על דעת המתחייב? התוספות מיישב קושי זה כי זו תקנת חכמים שיועיל השטר, כי אי אפשר באופן אחר. אלא שתמוה שלא כתבו הראשונים כלום לגבי שטר חליצה. על כן, ביאר ה"אור שמח" כי שטר חליצה אינו שטר אלא 'מעשה בית דין'. חליצה הייתה צריכה להיות בינו לבינה בלא נוכחות בית דין. אך הכלל הוא שעושים חליצה בבית דין וחותמים שלושה דיינים על השטר, כדי לתת לשטר תוקף של מעשה בית דין. נמצא כי הכתב שבא לפנינו אינו עדות אלא מעין "פסיקתא" המתעדת את פסק הדין של בית הדין. ביחס לכך לא נקבע הכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם", שהרי דין זה נאמר רק בהלכות עדות, ולא מצינו כי יחול גם על 'מעשה בית דין'. על קיום פסק דין של בית הדין אפשר בהחלט ללמוד גם מפי כתבם, שהרי אין זו עדות.

קושיית הרמב"ן

על שיטת הרמב"ם מקשה הרמב"ן (בהשגתו על ספר המצוות שורש שני), שהרי בגמרא במסכת גיטין (דף ל"ו עמ' א') מצינו כי "העדים חותמים על הגט, מפני תיקון העולם" (מבאר רש"י כי: "מאחר שיתפרשו שמותם יחזרו אחר יודעיהם ומכיריהם להעיד על כתב ידם"). שואלת הגמרא: "מפני תיקון העולם? **דאורייתא הוא**, דכתיב (ירמיהו ל"ב, מ"ד): 'וכתוב בספר וחתום'". מכאן עולה כי לעדות של עדים שחתמו על גט יש תוקף מדאורייתא ואם כן כיצד נוקט הרמב"ם כי יש תוקף לעדות רק מדרבנן?

הרב חיים הלוי סולובייצ'יק בחידושיו על הרמב"ם דנא מציין כי קושיית הרמב"ן על הרמב"ם כוללת שני חלקים:

א. השאלה הראשונה היא, הן הכלל הוא כי אם אדם גירש או קידש בשטר שיש עליו עדים יש תוקף למעשיו. זאת על אף שהמגרש והמקדש בלא עדים אין במעשיו ולא כלום. אם כן, לפי שיטת הרמב"ם כי לעדות שבשטר אין תוקף של עדות כלל מדין תורה, כיצד מועילה עדות שבשטר ליצור גירושין וקידושין[302]?

העדות על כך בשטר החליצה, הרי הדין הוא ש"מפיהם ולא מפי כתבם"?

302. אכן, במסכת גיטין דף ג' עמ' ב' מצינו מחלוקת רבי מאיר ורבי אלעזר אם עדי חתימה הם הנותנים תוקף לשטר או שיש צורך בעדי מסירה שיראו כי פלוני נתן שטר זה כדי לתת לו תוקף ואם עדי מסירה הם הנותנים תוקף לשטר הרי שאין זו עדות שבכתב.

ב. שאלה נוספת קשה על הרמב"ם לנוכח הדין שאישה יכולה להוכיח את גירושיה ע"י הצגת גיטה. במקרה זה ההוכחה כי התגרשה נסמכת על העדים החתומים בגט. נמצא כי על בסיס עדי השטר מתירים לאישה זו, שהייתה אשת איש, להינשא לאדם אחר. נישואין לאשת איש הם איסור תורה כמובן. אם כן, לשיטת הרמב"ם שעדויות המופיעות בשטר אינן תקפות מדאורייתא משום שהדבר נקרא "מפי כתבם", כיצד סומכים על מה שכתוב בשטר ומתירים לאישה להינשא?

הרב חיים סולובייצ'יק מציין כי את הקושיה הראשונה ניתן היה לכאורה ליישב באמצעות הבחנה בסיסית בקיומם של שני חלקים בדרך הילוכה של עדות. החלק הראשון הוא פעולת ההעדאה. כאשר עדים באים בפני בית דין ומוסרים עדות, זהו מעשה של הגדת העדות. החלק השני הוא התוצאה של מעשה הגדת העדות, שזו הסקת המסקנות ע"י בית הדין בדבר האירועים שאירעו.

הכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם" מתייחס רק לחלק הראשון והוא מחדש כי הגדת עדות חייבת להיערך בפני בית הדין, ואם העדות לא נשמעת מפי העדים אלא מפי כתבם "אין זו הגדה כלל".

אבל, כאשר אישה מתגרשת באמצעות גט שעדים חתומים עליו, הרי שלא עסקינן בהגדת עדות אלא בעדים שנותנים תוקף למעשה ולשטר. בסוג זה של עדות אין צורך במעשה של הגדת עדות, וממילא אין תחולה לכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם".

אבל הקושיה השנייה בעינה עומדת, שהרי כאשר אישה מבקשת להוכיח באמצעות הגט שבידה כי התגרשה, הרי שהעדים החתומים בגט נחוצים כדי להוכיח את אשר אירע, ולא רק כדי לתת תוקף למעשה הגירושין. במקרה זה יש צורך בדרך הילוכה של העדות, הכולל את שלב הגדת העדות בפני בית הדין. ממילא, הצגת הגט לוקה

ברם, לפי שיטת ר"מ, שדי בחתימה על השטר כדי לתת לו תוקף, כיצד מועילים עדי חתימה הרי הדבר נחשב "מפי כתבם"? והדבר קשה במיוחד לשיטת הרמב"ם שפסק בהלכות גירושין פרק א' הלכה ט"ז כי "גט כשר הואיל ועדים שבו כשרים והרי הגט יוצא מתחת ידה". מכאן עולה שהרמב"ם פסק בבירור כי עדי חתימה הם המועילים לכל הדעות, ואם כן כיצד יש תוקף לעדים אלו, הרי זה מקרה מובהק של "מפי כתבם"?

בחיסרון של "מפיהם ולא מפי כתבם" ושוללת אפשרות לראות בעדי הגט משום הוכחה ע"י עדים[303].

בין כתב לבין שטר - הסבר הגר"ח סולובייצ'יק

במענה לקושי יסודי זה מבאר רבי חיים סולובייצ'יק את ההבחנה בין "כתב" לבין "שטר" כך: "**כתב**" הוא אמצעי להבעת דברי העדים.

"**שטר**" הוא אמצעי למתן תוקף למעשה קניין.

ב"כתב" העדים מספרים בחתימתם על מה שכבר נעשה קודם לכן. ב"שטר" העדים יוצרים בהווה את המציאות, בזמן חתימתם, ובאמצעות החתימה עצמה.

כאשר עדים חותמים על "שטר" לצורך מתן תוקף של קניין כמו גירושין, קידושין, שחרורי עבדים ורכישת בעלות, הדבר מוגדר כ"שטר" מדין תורה, ואין חיסרון של מפי כתבם, שהרי אדרבה כל הדין של "שטר" משמעו מסמך בכתב היוצר חלות שבהעברתו מיד ליד ניתן תוקף דִּינִי לקניין. יתרה מכך, לאחר שמסמך פעל והוגדר כשטר הרי שחל עליו הכלל לפיו "עדים **שבשטר** נעשתה עדותם כמי שנחקרה בבית דין", וניתן להשתמש בשטר גם כראיה לכך שהקניין נעשה באמצעות שטר זה. לעומת זאת, כתב שכל תכליתו למסור את העובדות מפי העדים באמצעות מסמך המשמש כאמצעי לספר לנו את דבר העדים - לוקה בחיסרון של "מפיהם ולא מפי כתבם".

הווי אומר כי כתב שנעשה לשם מתן תוקף קנייני ונחשב ל"שטר" אכן חל מדאורייתא גם לשיטת הרמב"ם, וניתן להשתמש בו גם כראיה להתרת איסור דאורייתא. רק לגבי כתב שתכליתו הגדת עדות חולק הרמב"ם וסובר כי משאין להגדירו כשטר אלא כעדות שבכתב, הרי שיש לו תחולה רק מדברי סופרים והוא פסול למקרים שבהם נדרשת עדות מדאורייתא.

---

303. עם זאת, הרב סולובייצ'יק מציין כי לאחר העיון נראה כי גם הקושיה הראשונה במקומה עומדת, שכן בסופו של דבר גם בעדות המקיימת את הגט ונותנת לו תוקף יש להתבסס על הגדרת החתימה של העדים כעל עדות, ודבר זה לא ייתכן כאשר העדים לא עברו תהליך של הגדת עדות, שכן אנו ניזונים רק מפי כתבם ולא מפיהם וממילא מדאורייתא אין בפנינו עדות כלל.

נקודת ההבחנה בין שיטת הרמב"ם לבין שיטת רש"י דלעיל תהא כאשר בעל נתן ביד אשתו כתב המציין את העובדה כי היא התגרשה על ידו בעבר. לפי שיטת רש"י, בפנינו "שטר" הכשר מדאורייתא, שכן הדברים שבשטר אינם "דברי העדים" אלא "דברי בעל הדין". האישה יכולה אפוא להציג שטר זה כראיה על גירושיה ובית הדין יתיר לה להינשא. לעומת זאת, לפי שיטת הרמב"ם, הכתב שבידי האישה אינו אלא ראיה מדרבנן ואי אפשר לסמוך עליו להתירה מאיסור אשת איש שהוא מן התורה, שהרי העדים במקרה זה לא באו לתת תוקף וליצור גט אלא להעיד שניתן גט בעבר, ועל כן לשיטת הרמב"ם זהו כתב ולא "שטר".

הרב איסר זלמן מלצר בספרו "אבן האזל" (הלכות עדות פרק ג' הלכה ד') אינו מקבל את ההבחנה של הגר"ח סולובייצ'יק, שהרי לפי ביאורו נמצא כי לשיטת הרמב"ם שטר מכר ושטר מתנה שלא יצרו את המקח אלא היו רק שטרי ראיה - אינם מועילים מדין תורה. ברם, שבמסכת קידושין (דף כ"ו עמ' א') נוקטת הגמרא כי הפסוק (ירמיהו ל"ב, מ"ד): "שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום" עוסק בקניין שבוצע בכסף, כאשר השטר נועד לראיה בעלמא. מבואר אפוא כי השטר שנזכר בכתוב הוא רק לראיה ועל אף זאת הוא מועיל כעדות על המקח.

אכן, ייתכן כי הרמב"ם ינקוט כי הראיה שבשטר על מקח שנעשה בכסף מועילה רק מדברי סופרים, שכן הפסוק שממנו למדים הינו מדברי נביאים (ספר ירמיהו) כלומר "מדברי קבלה". אבל קשה לומר כן, שהרי הרמב"ם מנמק את פסקו שהשטר מועיל מדברי סופרים בכך "שלא תנעול דלת בפני לווים". משמע כי הטעם לכך שהשטר מועיל מדברי סופרים בלבד אינו נעוץ בכך שהכתוב הוא מדברי קבלה ולא מהתורה אלא מכיוון שזו תקנת חכמים. ובכלל, אם הדבר נלמד מדברי קבלה אין צורך לומר טעמים לדבר שנלמד מפסוק.

על כן מדקדק "אבן האזל" כי יש להבחין באופן הבא:

יש שטר שמועיל לשם יצירת המקח, כגון שטר שנאמר בו "מכרתי שדה פלונית לפלוני". לשון זה מועיל לקניין מדין שטר. לכן אף אם הקניין נעשה בפועל ע"י כסף, והשימוש בשטר זה הוא רק לראיה, כיוון שיש לשטר כזה דין שטר הראוי ליצירת מקח הרי שהוא מועיל מדאורייתא גם כראיה.

יש שטר שכל תוכנו היא רק הודאה שמודה ראובן שלווה משמעון מנה. שטרות אלו אינם יוצרים דבר ואין בהם כל נפקות מלבד תוקפם הראייתי[304]. מכיוון ששטר זה הוא רק בעל תוקף ראייתי ואין לו בשום נסיבות תוקף דיני שהשטר מחיל ויוצר, הרי שאין לקבל את העדות של חותמיו מדין תורה, וחל הכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם". ביחס לשטרות ראיה אלו כתב הרמב"ם כי תוקפם רק מדברי סופרים כדי שלא תנעול דלת בפני לווים.

בהתאם לכך, יש לומר כי הגמרא במסכת קידושין (דף כ"ו) נוקטת כי השטר הוא לראיה בעלמא, אבל מדובר בשטר שהיה בו כדי להחיל קניין ועל כן חל עליו דין שטר מדאורייתא. אכן, באותו מקרה הקניין נעשה ע"י כסף והשטר רק לראיה, אך דין שטר עליו מכיוון שיש בו כוח ליצור מקח אם משתמשים בו לשם כך.

ברם, הרב מלצר בספרו "אבן האזל" מבקש לבאר את דברי הרמב"ם באופן שונה. הרב מלצר מחדש כי גם לשיטת הרמב"ם, כשיש עדות בשטר, לרבות שטרי ראיה, שבה מעידים העדים אודות מעשה שהיה בפניהם הדבר מועיל מדאורייתא. ההבחנה בדברי הרמב"ם אינה בין שטר קניין לשטר ראיה, אלא בין שטר שבו העדים מעידים על דבר שאירע לנגד עיניהם, לבין דבר שרק עתיד להיות וטרם אירע, שבו השטר מועיל רק מדברי סופרים. דרך הילוכו של "אבן האזל" הוא זה:

בין עבר לעתיד הבחנת "אבן האזל"

המשנה בסוף מסכת בבא בתרא (דף קס"ז עמ' ב') אומרת: "כותבין שטר ללווה אף על פי שאין מלווה עמו". כלומר שטר הלוואה נעשה מחמת בקשת אדם מעדים לכתוב שטר כי הוא עומד ללוות כסף. כתיבת השטר נעשית אפוא מכוח בקשת הלווה אף כשאין המלווה נמצא עימו. נמצא כי השטר קודם להלוואה וממילא העדים לא רואים שכבר לווה והוא גם לא מודה בפניהם שלווה, שכן דבר זה עוד לא אירע. עדות העדים הכתובה בשטר היא על בקשת הלווה מהם לכתוב לו שטר.

---

304. "אבן האזל" מציין עוד כי אף בשטרי הלוואה אין לומר כי השטר יוצר את השעבוד והזכות של המלווה לגבות מנכסים משועבדים (כלומר מנכסי הלווה שנמכרו לאחרים). השטר רק יוצר קול להלוואה להודיע לכולי עלמא כי פלוני חייב כסף וממילא ידעו מי שרוכשים ממנו נכסים כי עלול המלווה להוציא את הנכס מידם.

על כן, במקרה זה הביאור לפיו השטר מבטא הודאת בעל דין ולא את דברי העדים אינו תקף, שהרי השטר נכתב בטרם שהייתה הלוואה. הלווה גם לא יכול היה להודות בנטילת הלוואה.

השטר מלמד על קיומו של חוב רק מהיסק הגיוני הנובע מהעובדה שהוא נמצא בידי המלווה. פשר הראיה שבשטר הוא אם כן, שאם יימצא שטר שכזה בידי המלווה אות הוא כי הייתה הלוואה.

נמצא כי הנושה לא מסתמך על הודאת בעל דין הבוקעת מן השטר, אלא על כך שהשטר שנכתב על ידי העדים ללווה, מצוי עכשיו בידי המלווה. אבל, בכך הוא מסתמך על דברי העדים ולא על דברי בעל הדין. דברי העדים עולים רק מהכתב ועל כך יש דין של "מפיהם ולא מפי כתבם". ממילא אין העדות תקפה מדאורייתא ולכך מתייחסים דברי הרמב"ם כי שטר מועיל רק מדברי סופרים.

דברי הרמב"ם נוגעים אפוא רק לשטר הלוואה ודומיו, שבו העדים החתומים על השטר לא ראו את תוצאת השטר, קרי את קיומה של הלוואה בפועל.

לעומת זאת, שטר שבו העדים מעידים על הודאת בעל דין ביחס למה שכבר היה, וכן כל שטר המהווה ראיה על מקח שבוצע לעיני העדים, או על מעשה אחר שנעשה בפניהם והחיל תוקף דיני, כגון חליצה, הרי שאף לשיטת הרמב"ם יהא תוקף מדאורייתא.

ג. אופן יצירתו של שטר בר תוקף

במסכת גיטין (דף ג' עמ' ב') מצינו מחלוקת תנאים בין רבי מאיר לרבי אלעזר, האם כוחו של שטר הגט לעשות את פעולת הגירושין, נוצר ע"י העדים החתומים על השטר (שיטת ר"מ כי "עדי חתימה כרתי"), או ע"י העדים הרואים את מסירת השטר מהבעל לאישה (שיטת רבי אלעזר ש"עדי מסירה כרתי").

עם זאת, במסכת גיטין (דף ל"ו עמ' א') מבואר כי גם לפי שיטת רבי אלעזר הסובר כי עדי מסירה הם היוצרים את תוקף השטר, תקנו רבנן עדי חתימה מפני תיקון העולם. רבנן חששו שמא עדי המסירה ימותו או יֵלכו למדינת הים והאישה לא תוכל להוכיח את גירושיה, שהרי אם אין צורך בחתימת העדים בשטר והגט שבידה נעדר חתימות, אין מה שיוכיח לנו כי השטר שבידה הינו גט כשר וכי היא התגרשה

בו כדין, יוכלו לסבור שהיא כתבה את השטר בעצמה. על כן, התקינו חכמים שיהיו עדים חתומים בשטר ויעידו בחתימתם שהבעל כתב את הגט, ומעתה תהא לנו ראיה שהאישה מגורשת ע"י כך שהשטר מצוי בידה.

כלומר, תוקף השטר נעשה ע"י עדי המסירה. עדי החתימה לא מועילים לכך ולא הם שיצרו את הגט. אבל, עדי החתימה מסייעים לאחר מעשה לשמש ראיה לכך שהשטר שבפנינו אמיתי והועיל לגרש את האישה[305].

כך פסק הרמב"ם בהלכות גירושין (פרק א' הלכה ט"ו): "תקנת חכמים היא שיהיו העדים חותמין על הגט, שמא יתן לה גט בפני שנים וימותו ונמצא הגט שבידה כחרס מחרסי האדמה, שהרי אין בו עדים. לפיכך תקנו שיעידו מתוכו. ואע"פ שהעדים בתוכו, נותנו לה בפני שנים, בין אותן העדים החתומין עליו בין בפני שנים אחרים, **שעיקר הגירושין בעדי מסירה**".

לכאורה קשה על שיטת הרמב"ם האמורה, הן העדים החתומים בגט-בשטר, הם לראיה בעלמא ואינם מקנים תוקף לשטר. אם כן מדוע אין פסול של "מפיהם ולא מפי כתבם"? כיצד נתיר אשת איש כאשר עדי המסירה לא בפנינו, מכוח עדות של עדי החתימה שאינם מעידים אלא מפי הכתב? נראה לכאורה כי זה תורף שאלת הרמב"ן שהובאה לעיל. לשאלה זו נמצא כי הסברי הגר"ח סולובייצ'יק והגרא"ז מלצר לא הועילו לנו דבר, שהרי לדבריהם רק עדות שבכתב המקנה תוקף לשטר יכולה לשמש גם כראיה לדברים, ואינה נפסלת מטעם 'מפי כתבם'. אבל, מכיוון שעדי מסירה כרתי, ועדי חתימה אינם נותנים תוקף לשטר, כיצד ניתן להשתמש בעדות עדי החתימה לראיה, שעה שהיא עדות מפי הכתב?

עדי מסירה או עדי חתימה כרתי

הסבר לדברים עשוי להימצא לפי שיטת הרי"ף במסכת גיטין (דף מ"ו עמ' ב' מדפי הרי"ף) הגורס כי רבי אלעזר חידש שעדי מסירה יוצרים את הגט גם כשאין עדי חתימה, אבל הוא מודה שגם עדי חתימה עשויים לתת תוקף לגט. הרי"ף מוכיח את דבריו מכך שמצינו בגמרא במסכת גיטין (דף פ"ו עמ' ב'): "אמר רב יהודה אמר **רב**

---

305. ומניין שיש עדי מסירה? כי כיוון שהשטר היה ביד הבעל והחתים עליו עדים מן הסתם כשהבעל נתן זה היה בכשרות עם עדי מסירה.

הלכה כרבי אלעזר בגיטין", ובה בעת **רב** הוא שאמר כי אם אישה נישאת באמצעות גט שחתם עליו עד אחד והסוֹפֵר, הרי שהגט אינו תקף ואם נישאה לאדם אחר וילדה לו בן - הוולד ממזר. מדוע הוולד ממזר? הרי רב פסק הלכה כרבי אלעזר שעדי מסירה כרתי, וכיוון שיש לנו עדי מסירה, ואף בלא עדי חתימה כלל הגט תקף, למה ייפסל גט החתום ע"י עד אחד? אין זאת אלא שמה שנאמר כי הגט פסול כשחתום עליו עד אחד בלבד, מתייחס למצב שבו אין עדי מסירה. בהכרח כי ביחס למקרה זה, שאין עדי מסירה, הכלל הוא כי הגט לא יוכשר בחתימה של עד אחד אך יוכשר בחתימה של שני עדים על אף שאין עדי מסירה.

זאת ועוד, אילו לא היה לגט תוקף מכוח עדי החתימה, מהו "תיקון העולם" בכך שחייבו להחתים עדים על השטר? הרי בהעדר עדי מסירה אין לחתימתם כל תוקף ומניין לנו שהגט נמסר בעדי מסירה[306]? שמא לא נמסר הגט בפני עדים? מה יוכיח זאת? אין זאת אלא ש"תיקון העולם" הוא שלא להסתפק בעדי המסירה שמא אלו לא יהיו בפנינו בעתיד, ולהחתים עדים על הגט כדי לתת לו תוקף לגט **גם מכוחם של עדי החתימה**. נמצא כי כל מקום שבו יש עדי חתימה אין צורך בעדי מסירה ולהפך, שכן די לנו או בעדי מסירה או בעדי חתימה.

הרמב"ם בהלכות גירושין (פרק א' הלכה ט"ז) סובר כשיטת הרי"ף, שהרי פסק: "חתמו בו שנים ועבר ונתנו לה בינו לבינה או שנמצאו עדי מסירה פסולין, **הרי זה כשר** הואיל ועדים שבו כשרין והרי הגט יוצא מתחת ידה".

בהתאם לשיטה זו נמצא כי עדי החתימה יכולים להעיד גם "מפי כתבם", ותקף כהווייתו הסברו של הגר"ח סולובייצ'יק, שהרי בחתימתם בגט עדי החתימה נותנים לגט תוקף. אכן, אם יש גם עדי מסירה הרי שאין צורך בעדי החתימה כדי לתת תוקף לשטר. אך בהקשר זה ביאר הגרא"ז מלצר כי די בכך שלעדים הייתה יכולת לתת תוקף לשטר, כדי שכבר ניתן יהא להשתמש בעדות כתבם גם כראיה.

---

306. הרי"ף אינו מקבל את ההנחה האמורה בהערה לעיל שאנו מניחים 'מן הסתם' שהיו עדי מסירה.

עדות בידיעה בלא ראיה

עם זאת, יש להבין את שיטת הרי"ף, שכן הגמרא מציינת שלפי רבי אלעזר עדי מסירה כרתי ולא נאמר "**גם** עדי מסירה כרתי". אדרבה, מבואר במפורש בגמ' שעדי החתימה הם רק לתיקון העולם ולא למתן תוקף לגט בעצמם, אף בלא עדי מסירה. ואכן, רש"י מבאר כי "תיקון העולם" משמעו ראיה **לאחר** זמן שהגט נמסר כדין, אבל הגירושין עצמם צריכים להיות בפני עדי מסירה שהם הנותנים תוקף לגירושין.

הר"ן על הרי"ף שם מבאר כי אכן לשיטת רבי אלעזר עדי מסירה כרתי ועדי חתימה לא כרתי. ברם, רבי אלעזר מודה שגט החתום בעדים כורת אף על פי שלא נתנו בעדי מסירה, שכן עצם העובדה שבידי האישה גט שחתימת העדים בו מעידה כי הבעל כתב אותו, מביאה למסקנה הכרחית כי הבעל מסר לה את הגט. על כן נמצא כי עדי החתימה הופכים ממילא גם לעדי מסירה, במובן זה שמעדותם עולה ממילא כי הייתה מסירה. ברם, שבהתאם להסבר זה נמצא שוב כי חתימת העדים לא נותנת תוקף לשטר. יתרה מכך, מצינו בדברי אבני מילואים (סימן ל"א ס"ק ד') כי לא די בהיסק הגיוני בכדי לתת תוקף לגט, אלא "עדות המסירה" נעשית ע"י כך שכולנו עדים - ("אנן סהדי") שגט שהיה אצל הבעל ומצוי אצל האישה, נמסר מידו לידה, שאם לא כן כיצד הגיע לידה. על כך כתב גם בספרו "קצות החושן" (סימן מ"ב ס"ק א') כי מדברי הר"ן עולה שמועילה בקידושין וגיטין "**עדות בידיעה בלא ראִיה**". לאור הסברים אלה, משאין בידי עדי החתימה לתת תוקף לגט, שבה למכונה שאלת הרמב"ן, כיצד ניתן ללמוד דבר מעדות עדי החתימה, לנוכח הכלל של "מפיהם ולא מפי כתבם"?

עדות מותנית - הסברו של "קהילות יעקב"

הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" (על מסכת גיטין סימן ד') מבאר את שיטת רבי אלעזר כי עדי מסירה כרתי באופן שונה. לדבריו עדי החתימה מעידים שכל מה שכתוב בגט הוא אמת, ועדותם מהווה עדות על הגירושין. אע"פ שבאותו שלב האישה עדיין לא התגרשה, מכל מקום זוהי עדות מותנית. העדות היא שיש גט המותלה במסירתו לאישה. על כן, כאשר נמסר הגט לאישה הרי שנמצא כי יש כאן עדות גירושין. ה"קהילות יעקב" מבאר כי זוהי גזירת הכתוב בכל השטרות כי כאשר המתחייב מצַוֶה לכתוב שטר ומצווה על העדים לחתום, יכולים העדים להעיד בחתימתם על מה שלא היה עדיין. אכן בזמן חתימתם על השטר, אין העדים

מעידים שהדבר אירע, שהרי הם חותמים על השטר מראש, אך חתימתם היא עדות מותנית שמהווה עדות על הגירושין או ההלוואה בצירוף ה'אנן סהדי' הנוצר לאחר המסירה כשהשטר מוחזק בידי מי שעושה השטר התחייב כלפיו. לפי זה עדי החתימה מעידים על הגירושין ממש, כי כשיגיע הגט לידה נוצרת על ידם עדות גירושין והיא תהיה מגורשת. הווי אומר כי עדי החתימה הם גם עדי מסירה, והם עדים שהגירושין תקפים[307].

"אנן סהדי" כמסייע לעדות

ודוק, גם לפי שיטת ה"קהילות יעקב" יש צורך ב"אנן סהדי" הנוצר מעצם החזקת השטר ע"י הנושה או ע"י האישה המעידה כי השטר נמסר לידם, שכן "אלמלא הייתה כאן מסירה של השטר, מה עושה השטר בידי המוחזק". אבל, יש הבדל מהותי בין ביאורו של הר"ן לבין ביאורו של ה"קהילות יעקב" כדלהלן:

לפי הר"ן - ה"אנן סהדי" שנוצר מחתימת העדים הוא המעיד על המסירה ולא חתימת העדים.

לפי ה"קהילות יעקב" - ה"אנן סהדי" מוציא לפועל את העדות של עדי החתימה שהעידו עדות מותנית על יצירת הגירושין. הווי אומר, אין כאן עדות 'אנן סהדי' על המסירה של הגט, אלא שה'אנן סהדי' מפיח רוח חיים בעדות המוקדמת, ועדות הגירושין מיוחסת לעדים החתומים בלבד. כשם שכשעדים מעידים על קידושין עדותם נסמכת על 'חזקת כשרות' שלהם, אך אין הכוונה שהאישה מקודשת על בסיס 'חזקה', אלא על בסיס עדים, אלא שהעדים כשרים מכוח חזקה. הוא הדין במקרה דנא. עדי החתימה הם המעידים על האישה שהתגרשה והתוקף לגט ניתן ע"י עדותם. אלא, שכדי שנוכל לייחס עדות זו לגירושין שאירעו אחרי שהם חתמו, אנו נעזרים ב"אנן סהדי".

לפי שיטת ה"קהילות יעקב" נמצא כי העדים שחתמו על השטר אינם רק עדי ראיה, אלא הם פועלים בחתימתם ונותנים תוקף לגירושין ע"י חתימתם. ממילא חל

---

307. וראה גם בספרו של הרב דוד כהן "מילי דשטרות" (ירושלים תש"פ) סימן ב' אותיות ב' - ג'. הרב כהן מבאר שם כי "יסוד הדברים שהתחדש בשטר שהעדים יכולים להעיד על סמך ידיעה עתידית שנוצרת מתוך חתימתם".

בעניין זה חידושו האמור לעיל של הגר"ח סולובייצ'יק, כי על עדי חתימה שנותנים בחתימתם תוקף למעשה לא חל הדין של "מפיהם ולא מפי כתבם".

עדות על הגירושין או לשם יצירת שטר

הבחנה זו בין עדות ראיה לעדות שמשמשת למתן תוקף לשטר, ניצבת בבסיס דברי התוספות במסכת גיטין (דף ב' עמ' ב') וכדלהלן:

הגמרא שם דנה בדברי רבה שאמר כי שליח המביא גט ממדינת הים "צריך לומר בפני נכתב ובפני נחתם" - לפי שבני מדינת הים אינם בקיאים לכתוב את הגט לשמה, וממילא השליח צריך להעיד כי גט זה נכתב בפניו לשמה. שואלת הגמרא מדוע די בעד אחד שיעיד שהגט נכתב לשמה, הן מן הראוי שיהיו שני עדים בדבר כפי שנהוג בכל העדויות שבתורה? מיישבת הגמרא כי "עד אחד נאמן באיסורין" ועדות על כשרות הגט כמוה כהתרת דבר איסור, של אשת איש[308].

שואל תוספות שם (ד"ה "עד אחד נאמן באיסורין"): "הקשה ר"ת מה תשובה היא זאת, עיקר הגט יוכיח שצריך לחותמו בשנים". כלומר, תוספות הקשה כיצד סברה הגמרא להסיק כי די בעדותו של עד אחד על כשרות הגט כפי שעד אחד נאמן באיסורים, הרי פשיטא כי לא די בעד אחד שיחתום על הגט ואנו נזקקים לשני עדים?

תוספות השיב כי שאלת הגמרא שעד אחד יספיק כתוצאה מכך שעד אחד נאמן באיסורים, נובעת מכך "שעיקר הגט נעשה כבר, ושוב אין צריך אלא גילוי מילתא לידע אם לשמה נכתב". כלומר, לאחר שכבר יש גט שיש בו שני עדים, ניתן להסתפק בעדות של עד אחד שהגט נכתב לשמה, וביחס לכך סברה הגמרא לומר ש"עד אחד נאמן באיסורין", שהרי זו כבר לא העדות שבאה לתת תוקף לגט אלא עדות שבאה להבהיר את כשרותו של הגט והיא מתווספת לעדות שני העדים שבגט.

רבי חיים הלוי סולובייצ'יק ב"חידושי הגר"ח" הציע לתרץ את קושיית תוספות, כי אמנם לנוכח הכלל שעד אחד נאמן באיסורים היה ניתן להסיק שגם לצורך התרת איסור אשת איש יספיק עד אחד. את שני העדים בגט אין מזקיקים כדי להתיר

---

308. הגמרא מבארת אח"כ כי עדות על כשרות גט אינה ככל האיסורים, וחל לגביה הכלל של "אין דבר שבערווה פחות משניים".

את האיסור, אלא משום שגט הוא שטר, וכדי ליצור שטר צריך שני עדים. על כן, ניתן לומר כי בשלב זה הבינה הגמרא כי אין הבחנה בין איסור אשת איש לשאר איסורים, ואילו היה שטר כשר בעד אחד היה מספיק גם בגט עד אחד, ולהֶפך אילו היה צריך שטר כדי להתיר איסורים אחרים, אכן היה צריך גם שם שני עדים, כדי ליצור את השטר[309].

הרב סולובייצ'יק מבאר את דרך הילוכם של תוספות לאור דברי הגמרא במסכת בבא בתרא (דף קס"ה עמ' א'), ממנה עולה כי גם עד אחד יוצר שטר. הגמרא שם דנה בשאלה האם עד אחד בשטר ועד אחד המעיד בעל פה מצטרפים. מדיון זה עולה, כי שטר שיש בו עדות של עד אחד - דין שטר עליו, שהרי העד השני כלל לא חתם על השטר אלא מעיד בעל פה.

ברם, רבי חיים סולובייצ'יק מציע הסבר לפיו הגמרא שם עוסקת במקרה שבו גם העד שמעיד בעל פה, מתייחס לשטר וממילא נחשב אחד מעדי השטר, שכן הוא עד מסירה. כך משמע מדברי תוס' במסכת כתובות (דף כ' ע"א ד"ה "ורבי יוחנן"). במקרה זה נמצא שיש לשטר שני עדים (עד החתימה ועד המסירה) ואין ראיה כי יש תוקף גם לשטר העשוי ע"י עד אחד.

אמנם אם נאמר שהגמרא במסכת בבא בתרא עוסקת בעד שאינו מעיד על השטר כלל, ואף לא ראה את מסירת השטר, אלא זהו עד שמעיד בע"פ שגם הוא ראה את ההלוואה - כלומר, עד אחד חתם על שטר ההלוואה, ועד אחד העיד בע"פ על ההלוואה - נוכל להוכיח מגמרא זו שעד אחד יכול ליצור שטר, ומה שצריך שני עדים בגט אינו כדי ליצור שטר אלא כדי להתיר אשת איש. זה פשר שאלת תוספות בגיטין כי הגט עצמו מוכיח שאין הדין של עד אחד נאמן באיסורים חל על היתר אשת איש, שהרי יש צורך בגט שיש בו שני עדים.

---

309. יש מן האחרונים שהבינו כי דברי רבי חיים סולובייצ'יק הם ביאור לתירוצו של תוספות עצמו, ומכוחם יש להבין כי כאשר תוספות משיב "שעיקר הגט נעשה כבר, ושוב אין צריך אלא גילוי מילתא לידע אם לשמה נכתב", כוונת הדברים היא ששני העדים החתומים על הגט עשו כן כדי ליתן לו תוקף, וממילא העדות של העד הנוסף המעיד שהגט נכתב לשמה אינה עדות שיוצרת את המקח, אלא עדות ראיה בעלמא. לעניין זה ראה הרב יחזקאל ברשטיין בספרו "דברי יחזקאל" סי' ל"א. כמו כן, ראה הרב ברוך דב ליבוביץ בספרו "ברכת שמואל" גיטין סימן י"ג.

נמצא לפי זה, כי לשיטת תוספות במסכת כתובות, השטר שנדון במסכת בבא בתרא (דף קס"ה) **נעשה מכוח שני עדים (עד אחד לחתימה ואחד למסירה) וממילא הצורך בשני עדים אינו כדי להתיר אשת איש, אלא כדי ליצור שטר. לעומת זאת, לפי דברי תוספות במסכת גיטין צירוף העדים הוא לצורך ידיעת הגירושין אבל אין צורך בשני עדים כדי לתת תוקף לגט, כי שטר כשלעצמו נוצר אף מכוח עד אחד, והעד שבעל פה אינו עד מסירה אלא עד שראה את הגירושין.**

הסברו של רבי עקיבא איגר לצורך בשני עדים בשטר

לפי הסברו של רבי חיים סולובייצ'יק שיטתם של תוספות במסכת כתובות היא, ששטר שחתום עליו עד אחד אינו כשר לא לדיני ממונות, ולא לדיני איסורים, מהטעם ש"יצירת שטר" אינה נעשית אלא ע"י שני עדים. הסבר אחר לכך שאין שטר נעשה בפחות משניים מציע רבי עקיבא איגר[310]. לדבריו, מהותו של שטר היא להציב בפנינו עדות שלא ניתן לערער עליה[311]. ובלשונו: "בעד אחד כיון שיהיו יכולים להכחישו לא מקרי שטר". לפיכך עדות של עד אחד באיסורים המופיעה בשטר אינה נהנית מתוקף של שטר, שכן על אף שהכלל הוא ש"עד אחד נאמן באיסורין", אין עדותו עומדת נגד שנים שיכחישוה, וממילא אין לומר כי יש לדברים תוקף של שטר[312].

---

310. ליקוטי רבי עקיבא איגר, הוצאת הרב אריאלי, קידושין דף ס"ה.

311. ור' מסכת כתובות דף י"ח עמ' ב': "אמר ריש לקיש עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבית דין". מבואר, כי מהותו של שטר להציב בפנינו עדות הנחשבת כמי שעברה בדיקה וחקירה ומאושרת ע"י בית הדין.

312. אמנם גם עדות של שניים אינה עומדת נגד שניים אחרים שיכחישוה, שהרי במקרה כזה יש בפנינו "תרי ותרי" ואין בידנו להכריע כי הדין עם עדי השטר נגד העדים המכחישים, אך יש הבדל ברור בין מקרה זה לבין עד אחד שהוכחש ע"י שניים. במקרה של עד אחד שהוכחש ע"י שניים עדותו בטלה לחלוטין והרי הוא כמי שאינו, והשניים שנגדו נאמנים לגמרי. לא כן בשניים נגד שניים שאז עדות כולם שווה, ואלו שבשטר אינם בטלים יותר מאלו שמכחישים אותם. העדות שבע"פ לא מאיינת את העדות שבשטר, אלא שווה לה, ואין השטר "מעורער" אלא "מוכחש". למעשה, כל עדות שבעולם חשופה להכחשה מצד עדים אחרים, ואף עדות שבשטר אינה חורגת מכך. אולם כאשר עדות השטר חשופה ל"ערעור" ול"ביטול", מכיוון שזו עדות של

נפקות יפה בין ההסבר של רבי חיים סולובייצ'יק לבין ההסבר של רבי עקיבא איגר קיימת במקרה של עד אחד המעיד לטובת התובע. במקרה כזה שבו יש רק עד אחד התומך בגרסת התביעה, אי אפשר להוציא ממון מהנתבע, שהרי כלל נקוט בידנו שאין הוצאת ממון בלא שני עדים. אולם, דין תורה הוא, כי עדות העד האחד הועילה לחייב את הנתבע שבועה[313].

הרמב"ם בהלכות מלווה ולווה (פרק י"ד הלכה י') פוסק: "הוציא עליו שטר חוב בעד אחד ולווה טען פרעתי, הרי זה מחויב שבועה". מכאן עולה, כי מועיל גם עד אחד כדי לתת תוקף של שטר. נמצא לכאורה כי הרמב"ם סובר שניתן ליצור שטר גם ע"י עד אחד, ואם כן לכאורה יש לומר כי הוא הדין באיסורים.

ברם, לפי רבי עקיבא איגר, ניתן לדחות כי לגבי איסורים עד אחד בשטר אינו כלום, כיון שעדותו חשופה לערעור. שונה הדבר ביחס לשבועה, ששם עדות העד מלכתחילה לא באה להכריע, אלא רק ליצור ספק הגורם להיפוך של נטל הראיה ולהעברתו על כתפי הנתבע. עדות זו אינה נחשבת כחשופה לערעור. משום שעל אף שייתכן מאוד כי הנתבע יביא שני עדים ויבטל את דברי העד האחד, אולם זו הייתה תכליתה של עדות העד מלכתחילה, להעביר את נטל הראיה אל הנתבע כך שיחויב להביא עדים (או להישבע) ותכלית זו הושגה במלואה. על כן פסק הרמב"ם, כי לעניין חיוב שבועה - די גם בעד אחד. אבל אין להסיק מכך כי תתקבל גם עדות שבאה לפנינו בשטר של עד אחד המעיד בענייני איסורים, כיון שהיא חשופה לביטול.

שטר בעד אחד - שיטת התוספות

לפי ההסברים האמורים עולה, כי קיימת מחלוקת בין בעלי התוספות האם שטר החתום ע"י עד אחד נחשב שטר. שיטת תוספות במסכת כתובות היא, ששטר בעד אחד אינו שטר כלל. אולם, שיטתם של תוספות במסכת גיטין היא, ששטר החתום

עד אחד שאינה עומדת כנגד עדות של שניים, פשר הדבר הוא שיש דבר הגובר על העדות שבשטר ומאיין אותה, וממילא יש לומר כי - אין כאן שטר.

313. ר' כתובות דף פ"ז עמ' ב: "כתיב 'לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת' לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם הוא לשבועה ואמר מר כל מקום שהשניים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה'.

ע"י עד אחד הרי הוא שטר, אם אמנם נשוא השטר הינו דבר שעד אחד נאמן בו, כגון איסורים.

עם זאת, רבי עקיבא איגר[314] מציע, כי ייתכן לומר שגם תוספות במסכת גיטין מסכימים ששטר בעד אחד אינו שטר, ולכן לא ייתכן שיוכשר גט בעד אחד לפי רבי מאיר שעדי החתימה הם היוצרים את הגט. זאת מכיוון שאף אם נאמר שלהעיד על גופה של עדות הגירושין מספיק עד אחד כמו בעדות בדיני איסורים, הרי שליצור דין של שטר גירושין נדרשים שני עדים.

שאלת תוספות שתספיק חתימת עד אחד על הגט, לא הייתה אלא בהתאם לשיטת רבי אלעזר ש"עדי מסירה כרתי". לשיטה זו, השטר נוצר ומושלם ע"י העדים שראו את מסירתו. העדים החתומים בשטר אינם נצרכים לשם יצירת השטר, אלא רק כדי להעיד כי השטר נעשה בכשרות ע"י עדי המסירה. אם כך, שאלו תוספות, בהתאם לסברת הגמרא בהווה אמינא, שדי בעד אחד לעדות על גירושין (כדין איסורים), מדוע נדרש לפי רבי אלעזר להחתים שני עדים על הגט? הן לשיטתו של רבי אלעזר השטר הוכשר ע"י שני עדי המסירה והעדים החתומים אינם באים אלא לראיה והם לא יוצרים את הגט. ממילא, אם נאמר שעדות גירושין כמוה כעדות איסורין שדי לה בעד אחד התעורר קושי, מדוע לפי רבי אלעזר נדרשים שני עדים לחתום לראיה.

במקום אחר[315] מעלה רבי עקיבא איגר אפשרות נוספת ליישב את הסתירה בין דברי תוספות במסכת כתובות לדברי תוספות במסכת גיטין. לפי דרך זו אכן סברו תוספות במסכת גיטין כי ניתן להכשיר שטר גירושין שחתם עליו עד אחד, ואין הדבר סותר לדבריהם במסכת כתובות ששטר העשוי בעד אחד אינו כשר לדיני ממונות. לדבריו של רבי עקיבא איגר יש להבחין בין שטר ממון לשטר גירושין. בדיני ממונות צריך שני עדים כדי להקנות לשטר תוקף ולהגדירו כשטר, שכן גם נשוא השטר (קרי, הדיון הממוני שבפנינו) הוא דבר שיש בו צורך בשני עדים. אבל, ככל שהגמרא מניחה כי עדות לראיה על גירושין כמוה כדיני איסורים, שמועיל

314. בחידושיו לקידושין שם.

315. שו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא קמא סימן רכ"ב, אות י"א.

בהם עד אחד כדי להעיד על גוף הדבר, הרי שגם עדות שתכליתה ליצור שטר בעניין זה תועיל ע"י עד אחד.

לפי דרך הילוך זו, אין כלל בהלכות שטרות לפיו שטר חייב לעמוד בפני ערעור שאם לא כן אינו שטר. אלא, לעולם שטר נוצר בהרכב זהה להרכב הנדרש בעדות שבעל פה באותו נושא. אם בעניין נשוא העדות די בעד אחד (כגון באיסורים או בגיטין לפי ההווה אמינא בגמרא) הרי די בעד אחד גם כדי ליצור את השטר בעניין זה ולתת לו תוקף.

גט בעד אחד - מהלכו של רבי עקיבא איגר

רבי עקיבא איגר דן שם בנפקות העולה מן הדברים האמורים, כדלהלן:

הרמ"א על שולחן ערוך (אבן העזר סימן מ"ב סעיף ב') פוסק כי המקדש בפני עד אחד, יש לחוש לקידושין במקרה שהבעל והאישה מודים לדברי העד. יסוד הדברים בגמרא קידושין (דף ס"ה עמ' ב') הדנה במי שקידש את האישה בעד אחד, "רב כהנא אמר: אין חוששין לקידושיו, רב פפא אמר: חוששין לקידושיו"[316].

כמה מפרשים, ובכללם רבי עקיבא איגר, מניחים כי המונח של "חוששין לקידושין" הוא דין דאורייתא[317]. בהתאם לכך היה מקום לסבור כי דין זהה יחול ביחס לגט, וגם שם אם מסר גט שנעשה בעד אחד, יהיה חשש שהגירושין חלו, ועל כן אם מישהו אחר יקדש את האישה נחשוש לקידושיו. כמו כן, אם תיפול קרובה של אישה זו לייבום לפני המגרש, הרי שלא נפטור אותה מחליצה כדין ערווה, שכן נחשוש שמא גירושי האישה הראשונה חלו.

ברם, בפועל ביחס לגט מצינו בשולחן ערוך (אבן העזר בסימן ק"ל סעיף כ') כי גט שנעשה בעד אחד 'אינו גט', ומשמע כי דין זה חלוט הוא ונאמר אף לקולא, כך

---

316. הגמרא שם ממשיכה לשאול: "אמר ליה רב אשי לרב כהנא: מאי דעתיך? דילפת דבר דבר מממון, אי מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אף כאן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. אמר ליה: התם לא קא חייב לאחריני, הכא קא חייב לאחריני".

317. להסבר המונח "חוששים" מדאורייתא עיין בהסברו המחודש של הרב שמעון שקופ בספרו "שערי יושר" שער ז' פרק א', המבאר כי לא מדובר בחשש הנובע מהספק בדין, אלא שקידושין בעד אחד יוצרים תחילת תהליך קידושין, שיש לו נפקות לעניינים מסוימים בלבד.

שאם אישה זו תקבל קידושין מאחר לא יהיה בהם כל תוקף. הרמ"א לא השיג שם על הדברים ומשמע כי הודה להם.

על פניו נראה כי בפנינו סתירה בפסקי הרמ"א, שכן ביחס לקידושין בעד אחד פסק כי יש לחשוש לתחולתם, ואילו לגבי גט נקט כשיטת השו"ע שאין לחשוש לתחולתו?

לכאורה ניתן היה ליישב סתירה זו ולומר כי דינו של הרמ"א שיש לחשוש לתוקף הקידושין בעד אחד, עוסק במקרה שהעד העיד כי האישה התקדשה בקידושי כסף. בממון מועילה עדות עד אחד לשבועה, וגם מועילה הודאת בעל דין. אולם, אם יהיו אלה קידושי שטר החתום בעד אחד הרי שנאמר שהשטר אינו כלום, כיוון ששטר בעד אחד אינו שטר. לפי זה נוכל להבין מדוע לגבי גט בעד אחד הרמ"א לא אמר שחוששים לגירושין, שכן שטר שחתום עליו עד אחד נחשב לחספא בעלמא.

אולם, רבי עקיבא איגר דוחה הבחנה זו, שכן הרמ"א כתב לחשוש לקידושין בעד אחד, ללא ציון הבחנה בין קידושי כסף לקידושי שטר. מסתימת דברי הרמ"א עולה אפוא, כי החשש הוא גם במקדש בשטר בעד אחד. הסתירה לכאורה בפסקי הרמ"א ניצבת בעינה.

על כן נוקט רבי עקיבא איגר ש"מחלקים בין מקדש בעד אחד למגרש בעד אחד". כלומר שאכן בקידושין בעד אחד נחוש אף בקידושי שטר, וכדי ליישב את הסתירה ברמ"א נצטרך לומר שדין קידושין ודין גירושין אינם שווים בזה[318].

מדוע חושש הרמ"א לקידושין בשטר בעד אחד ואין השטר חספא בעלמא? רבי עקיבא איגר מביא בהקשר זה את דברי תוס' הנ"ל במסכת גיטין, מהם עולה כי ככל שנשוא השטר הוא דבר אשר די בו בעד אחד, הרי שגם השטר שבאותו נושא די שייחתם ע"י עד אחד כדי להוות שטר. לפי זה נמצא, כי כשם שבגמ' מבואר שבקידושין חוששים במקרה של עד אחד המעיד בעל פה, שמא עדותו מספיקה, כך נחוש גם כאשר דבריו באים בשטר קידושין, שמא השטר בר תוקף והאישה מקודשת. אבל בגירושין אין מקור לחשש כשנעשו בעד אחד.

---

318. להבנת הבחנה זו עיין בדברי הגר"ש שקופ שם, שביאר כי בקידושין יש מושג הנקרא "התחלת קידושין" שזהו תחילתו של תהליך חלות הקידושין, שיש לו נפקויות רבות, אך אין מונח שנקרא "התחלת גירושין".

הנה כי כן יש נפקות ברורה למעשה בין שיטת הגר"ח סולובייצ'יק לבין שיטת רבי עקיבא איגר האם בשטר קידושין שנחתם ע"י עד אחד חוששים לקידושין. לפי הגר"ח אין לחשוש לכך, שכן כדי לתת תוקף לשטר יש צורך בשני עדים, אף אם נשוא השטר כשלעצמו אינו מזקיק שני עדים. לעומת זאת, לפי רבי עקיבא איגר תוקף השטר ונשוא השטר מתהווים באותה דרך. מקום שבו בפנינו נושא שקבלת עדות בענייננו תיתכן גם בעד אחד, הרי שאף ליצור שטר באותו עניין די בעד אחד.

שיטת "קצות החושן" ביחס לעד אחד שהוא נוכרי

על דברי רבי עקיבא איגר, חולק לכאורה "קצות החושן" (סימן ס"ח סק"א), ממנו עולה כי אף על פי שגוי כשר לנשוא העדות, מכל מקום אינו כשר לחתום על שטר באותו עניין. נפרט את הדברים להלן כסדרם:

במשנה במסכת גיטין דף י' עמ' ב' מצינו: "כל השטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים, אף על פי שחותמיהם עובדי כוכבים - כשרים". ומבארת הגמרא שם כי מדובר בשטר שכל תכליתו להעיד על מקח שאירע בפני עדים, והשטר הוא רק לראיה ביד הקונה. לעומת זאת, "שטר קניין" שתכליתו לבצע את ההקניה, כך שהשטר עצמו הוא אמצעי הקניין, אינו כשר בחתימת עדים נוכרים.

שיטת תוספות שם היא, כי עד נוכרי פסול מן התורה, ולכן שטר קניין הנעשה בעדים גויים אינו שטר. לעומת זאת, שטר ראיה מועיל מכוח תקנת חכמים, שהרי המקח חל כבר בעדים, וכעת אין צורך בשטר כדי ליצור מקח, אלא כראיה בעלמא וחכמים תיקנו כי יועילו לכך שטרי ערכאות אף שחותמיהם עדים נוכרים.

לעומת זאת, שיטת רש"י[319] ושיטת ספר "החכמה" בשם רבינו יקר[320] היא, שעד נוכרי כשר מן התורה לעדות.

---

319. ראה תוספות בבא קמא דף פ"ח עמ' א' ד"ה "יהא". ור' רש"י גיטין דף ט' ע"ב ד"ה "חוץ מגיטי נשים". ולא חוששים שמא הוא משקר "כיוון שערכאות של עכו"ם לא מרעי נפשייהו".

320. הגהות אשר"י גיטין פרק ראשון סימן י' וכן מרדכי בגיטין סי' שכ"ד.

"קצות החושן" (בסימן ס"ח) מקשה, אם כן מדוע אין חתימת עדים נוכרים מועילה ליצור שטר קניין? מה ההבדל בהקשר זה בין עדים ישראלים לעדים נוכרים לאחר ששניהם כשרים מן התורה?

על כך משיב "קצות החושן", כי אף שנוכרי כשר לעדות, מכל מקום אינו יכול ליצור שטר, שכן "לאו בני שטרא נינהו".

"קצות החושן" תומך את דבריו על מה שכתבו תוס' במסכת בבא בתרא (דף נ"ד עמ' ב' ד"ה "עובד כוכבים") בשם ר"ת, ששטר מועיל לקניין קרקע שכן מצינו כתוב בירמיה (ל"ב, י"א): "ואקח את ספר המקנה". לפי זה אין מקור לכך שיועיל קניין קרקע בשטר לגוי ואין לנו ראיה שעדות מועילה ליצור שטר קניין לגוי, אלא שטר קניין התחדש רק בהתאם לכתוב בנביא, ושם מדובר בישראל הקונה מישראל ובעדים ישראלים. כמו כן כתבו תוס' במסכת קידושין (דף י"ד עמ' ב' ד"ה "הואיל וכל קנינו בכסף") שנוכרי אינו קונה בשטר. כיוון שנוכרי אינו קונה לעצמו בשטר, הרי הוא נחשב כמי ש"אינו בתורת שטרות", ולפיכך אינו יכול לשמש כעד בשטר.

לפי זה ברור ששטר מתנה החתום בעדים נוכרים אינו שטר, אף על פי שהנוכרי כשר לעדות, על כן, דברי "קצות החושן" אינם תואמים לדברי רבי עקיבא שביאר לעיל כי ככל שהעד כשר להעיד על נשוא העדות, הרי שהוא כשר גם ליצור שטר באותו נושא. לדברי רבי עקיבא איגר יש לומר כי ככל שעד נוכרי כשר להעיד בדיני ממונות, הוא יהא כשר גם ליצור שטר בדינים אלו. עם זאת, ניתן ליישב כי רבי עקיבא איגר מודה בעניינו של גוי לגבי יצירת שטר קניין, כיון שבשום עניין אינו "בתורת שטר" לגבי קניית הקרקע, הרי שאינו יכול ליצור שטר, וכמו שנקט "קצות החושן". רבי עקיבא איגר אמר את דבריו רק ביחס לעדות עד אחד שהוא ישראל והוא בתורת שטר, שבו יש רק חיסרון בכך שהוא אחד ולא שניים. על זה אמר רבי עקיבא איגר כי ככל שלנשוא העדות די בעד אחד, יוכל העד גם ליצור שטר בחתימתו, אך אין להקיש מכך גם לגבי עדותו של נוכרי.

ד. התוקף הראייתי של שטר

"על פי שניים עדים יקום דבר" אך - עדות רגילה מן התורה אינה נחשבת לראיה חלוטה עד אשר בית הדין שומע וחוקר ובודק את העדים האם אמת בפיהם. לעומת זאת, עדות שבשטר נחשבת לראיה חלוטה אף בלי בדיקת בית הדין. בדרך כלל

השטרות לא נכתבים בבית הדין. כך מצינו בגמרא במסכת גיטין (דף ג' עמ' א'): **"אמר ריש לקיש: עדים החתומים על השטר - נעשו כמי שנחקרה עדותן בבית דין".**

מדוע נחשבת עדותם לראיה חלוטה? הן העדים החתומים בשטר מעולם לא היו בבית הדין[321] **ולא נחקרו? רש"י מבאר: "דלא חציף איניש לזיופי". כלומר, יש חזקה שהשטר אינו מזויף והעדים החתומים בשטר אכן חתמו עליו. אבל, לכאורה גם אם ברור שהם חתמו מניין לנו כי עדותם אמת? הן לכל עדים יש חזקת כשרות ועל אף זאת בית הדין אינו מקבל את עדותם בלא חקירה ודרישה. מה נשתנה אם כן דינה של עדות שבשטר? מדוע ניתנת לעדות שבשטר מהימנות יותר מאשר לעדות שבעל פה**[322] **?**

הרב חיים סולובייצ'יק בספרו "חידושי רבי חיים הלוי" (על הרמב"ם בהלכות עדות פרק ג') **מציין, כי אכן מצינו כמה פרטים הנדרשים בדיני עדויות ואינם נדרשים בשטרות. כך למשל מצינו במשנה במסכת גיטין** (דף י"ז עמ' א'), **כי שטר שנכתב בלילה ונחתם בלילה כשר, על אף שהכלל הוא שאין מקבלין עדות בלילה**[323]**.**

רבי חיים מבאר כי מאחר שמצינו בתורה דין "שטר", כגון: "ונתן לה ספר כריתות", הרי שאנו מסיקים כי ישנה גזירת הכתוב לפיה יש הגדת עדות בדרך של יצירת שטר. מגזירת הכתוב הזו אנו למדים ששטר נותן תוקף לתוכנו, בלי שיהא צורך בהליך של הגדת וקבלת עדות, וממילא לא שייכים בשטר הדינים הנוגעים לקבלת עדות. על כן, אין מניעה לחתום על שטר בלילה, שכן החתימה אינה כוללת שלב

---

321. הכלל הוא במשנה בבבא בתרא דף קס"ז עמ' ב' כי עדים יכולים לחתום שטר עבור הלווה אף שלא בנוכחות המלווה ושלא בנוכחות בית הדין. משכך, העדים החתומים לא נחקרו בבית הדין מעולם.

322. על שאלה זו עמד הרב אלחנן וסרמן בספרו "קובץ שיעורים" (בבא בתרא אות תק"צ), שהקשה על הדין שמדאורייתא אין שטר צריך קיום בבית הדין מכיוון "שלא חציף איניש לזיופי". הרב וסרמן תמה, הן אם כן אין זה דין עדות אלא חזקה שנובעת מכך שכולנו עדים ("אנן סהדי") כי אין אנשים מזייפים שטרות ומן הסתם העדים אכן חתמו על השטר. ברם, שעל כך מקשה הרב וסרמן: "אם כן אין לזה כוח עדות ואין זה בירור של העובדות לגופן". הרב וסרמן מבאר על כן כי "כך הוא דין שטר שלא ניחוש שמא מזויף הוא, ונסמוך על החזקה דלא חציף איניש, וכוח שטר הוא ככוח עדים ולא כאנן סהדי גרידא". ברם, מה פשר הדבר?

323. ר' רמב"ם הלכות סנהדרין פרק ג' הלכה ד' כי אין מקבלין עדות בלילה.

של "קבלת עדות" שלגביו יש הגבלה שלא לעשותו בלילה[324]. לצורך "קבלת עדות" נדרש כוח של בית דין ואילו בחתימה על שטרות אין צורך כלל בקבלת העדות וממילא מתייתר מאליו הצורך בבית דין. על כן, גם אין צורך בדרישה וחקירה, שהרי דינים אלו נאמרו ביחס לקבלת עדות בבית דין בלבד. נמצא כי כאשר כתוב בגמרא כי "עדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותן בבית דין" - פשר הדבר הוא שהחתימה על השטר אינה בגדר הגדת עדות בכתב בפני בית הדין[325], אלא שביחס לחתימה על שטרות לא נאמרו כלל דיני עדות[326].

ברם, בהינתן ההנחה שאין בדיני שטרות דין "הגדת עדות", היה מצופה כי פסולים נוספים שנקבעו ביחס להגדת עדות לא יחולו על עדות שבשטר. כך למשל, הכלל הוא כי אם העידה כת של עדים בפני בית הדין ונמצא אחד מהם קרוב או פסול לעדות, הרי שבטלה עדות כולם. הגדת העדות בפני בית הדין מצרפת את כל מוסרי העדות לחטיבה אחת, ומשנמצא פסול בחטיבה זו, הרי שהיא נפסלה כולה. אולם, בשטר שאין בו "הגדת עדות" הרי שאין העדים מצטרפים לחטיבה אחת וממילא אין הם אמורים להיפסל כולם מחמת פסול שנמצא בעד אחד. והנה, הלכה פסוקה היא ברמב"ם הלכות עדות פרק ה' הלכה ו': "שטר שהיו עדיו מרובין ונמצא אחד מהן קרוב או פסול... הרי זה בטל". מדוע?

---

324. ובלשונו של הרב סולובייצ'יק: "נראה פשוט שזה שאמרה הגמרא שעדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותם בבית דין, זהו כל עיקר גזירת הכתוב של שטרות, שלא נוגע להם כל דיני קבלת עדות והגדת עדות".

325. בדרך כלל השלב המכונה "הגדת עדות", הוא השלב שבו העדים מרצים את דבריהם בפני בית הדין. בשטרות שלב הרצאת הדברים, הוא השלב שבו העדים כותבים את דבריהם בשטר. לכאורה שלב זה הוא "הגדת עדות" והיה צריך שלב זה להיעשות בפני בית הדין, והגדתם לא הייתה קבילה עד אשר תיחקר ע"י בית הדין. מחדש רבי חיים, כי חתימה על השטר אינה "הגדת עדות" לעניין הדינים הנ"ל.

326. הגר"ח מבחין בהקשר זה בין שטרי קניין, גירושין וקידושין ושחרור, שדין שטר עליהם, לבין שטרי ראיה, שאין עליהם דין שטר אלא דין עדות בכתב. על כן, ביחס לשטרי ראיה שאלה הגמרא בסנהדרין מדוע שטרי חוב המאוחרים כשרים, הן יש צורך בדרישה וחקירה ע"י בית הדין ואי אפשר לעמת את העדים כשהזמן של השטר אינו נכון. לעומת זאת, בשטר אין צורך בדרישה וחקירה "ועל כן שפיר כשרים דבר תורה גם בשטרות שאין בהם זמן".

ישנה אפשרות נוספת לצרף עדים לחטיבה אחת, אף אם אין להם הגדת עדות כאחד, כאשר הם ראו את המעשה שעליו הם מעידים כאחד, והתכוונו בשעת הראייה להיות עדים בדבר. כך מצינו במסכת מכות (דף ה' עמ' ב') כי חז"ל דרשו את הכתוב (דברים י"ז, ו'): "על פי שנים עדים או שלשה עדים יומת המת" - "אם מתקיימת העדות בשנים, למה פרט הכתוב בשלשה? אלא... מה שנים, נמצא אחד מהן קרוב או פסול - עדותן בטלה, אף שלשה, נמצא אחד מהן קרוב או פסול - עדותן בטלה; מנין אפי' מאה? תלמוד לומר: עדים".

המשנה ממשיכה ומבארת כי העדים נחשבים לכת אחת אם ראו ביחד את העבירה והתרו בעוברי העבירה.

"אבל בזמן שלא התרו בהם, מה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג את הנפש?" כלומר, בלי התראה אין לנו לומר כי אנשים אלו התכוונו להיות לעדים בשעת ראיית המקרה, וממילא אין הם מצורפים לכת אחת. הגמרא מבארת כי במקרה שהעדים לא התרו בעובר העבירה, הרי שבית הדין שואלים את העדים האם התכוונו להעיד על מה שראו. אם הם אומרים כי בשעת ראיית המעשה התכוונו להעיד הרי שהם נחשבים לכת אחת וממילא אם נמצא אחד מהן קרוב או פסול - עדותם בטלה. אך אם אמרו שלא התכוונו להעיד על מה שראו "מה יעשו שני אחים שראו באחד שהרג את הנפש"? האם לא ניתן יהיה להרשיע את הרוצח אף אם בנוסף לשני האחים ראו את המקרה גם עדים כשרים שנכחו במקום? אין זאת אלא כי מי שאינו מתכוון להעיד, אינו מצטרף עם קבוצת העדים הכשרים שראו את המעשה. בהתאם לאמור, נמצא לכאורה, כי ניתן היה לצרף את העדים שבשטר לכת אחת מחמת הכוונה המשותפת להעיד על מה שנכלל בשטר. אכן, ראינו לעיל כי בעדות שבכתב אין את השלב של "הגדת עדות", אבל מכל מקום ראיית המעשה בצוותא מתוך כוונה לחתום על השטר ולהעיד עליו מצרפת אותם לכת אחת.

ברם, שהסבר זה לא ייתכן. מכיוון שבעדות שבשטר העדים לא מעידים על מה שראו, שהרי לא בהכרח רואים הם את ההלוואה. העדים רק חותמים ומעידים על ציוויו של הלווה לעשות שטר הלוואה ואף אם אחד ראה את ההלוואה והשני שמע הודאה על כך, הם מצטרפים, וגם חותמין זה שלא בפני זה. אם כן, חזרה קושיה למקומה, כיצד אומרים אנו שהעדים נחשבים לחטיבה אחת, ופסול של אחד מהם פוסל את עדות כולם, על אף שהם אינם מצורפים בראיית המעשה, ואף לא בהגדת העדות?

שטר כעילת חיוב עצמאית - שיטת הגר"ח סולובייצ'יק

הרב חיים סולובייצ'יק, בספרו חידושי רבי חיים הלוי (על הרמב"ם בהלכות עדות פרק ה' הלכה ו') מבאר, כי אכן חתימת העדים על השטר אינה עדות על ההלוואה. שטר - הוא כשלעצמו עילה לחיוב הלווה לשלם למלווה את הסכום שנקבע בו. החיוב מכוח שטר אינו בגין ההלוואה, אלא בגין כך שהלווה ביקש לכתוב שטר בר תוקף שמחייב אותו לשלם את אשר נקבע בו. העדים אינה מעידים אפוא על ההלוואה אלא על עצם העובדה שהלווה הורה להם לחתום על שטר התחייבות. הם חותמים כדי ליתן תוקף לשטר בהסכמת הלווה שכך ייעשה. אם כן, יש לומר כי בעת מתן התוקף לשטר - נעשית פעולה ע"י שניהם המצרפת אותם לחטיבה אחת. אכן, אין כאן ראייה ביחד, ואין דין של "הגדת עדות" ביחד, אבל בהחלט יש דין של מתן תוקף לשטר ביחד.

את החתימה על השטר עושים הם בתוקף היותם עדים, ומתן תוקף לשטר נותנים הם ביחד. ממילא מובן כי הם מהווים חטיבה אחת בעשיית השטר, ועל כן אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול הרי שהכת כולה נפסלת.

שמא תשאל, מהי העדות של העדים החותמים על השטר? הן הם לא ראו מעשה הלוואה? התשובה היא כי הם אינם מעידים שהלווה חייב, אלא שהלווה התחייב כלפי המלווה בשטר. הם נותנים אם כן תוקף של עדות למה שנאמר בשטר וממילא חלים ביחס לכך דיני עדות ובכלל זה חל הכלל שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. יתרה מזו כותב ר' חיים, שרק נתינת התוקף לשטר מצרפת אותם למעשה אחד, ולא מעשה החתימה הטכני על השטר, שהרי הוא יכול להיעשות על ידי כל עד בנפרד.

בדברים האמורים מיישב רבי חיים סולובייצ'יק את דברי הרמב"ם בהלכות עדות (פרק ה' הלכה ו') שפסק כי: "שטר שהיו עדיו מרובין ונמצא אחד מהם קרוב או פסול או שהיו בהם שנים קרובים זה לזה, והרי אין העדים קיימים כדי לשאול אותן (האם התכוונו להצטרף בעדותם לכת אחת או לא) - אם יש שם עדות ברורה שכולם ישבו לחתום יחדיו שהרי נתכוונו להעיד - הרי (שטר) זה בטל. ואם לאו תתקיים העדות בשאר. ולמה מקיימין העדות בשאר (ואין פוסלים אותו בגין הפסולים החתומים בו) שהרי אפשר שחתמו הכשרים והניחו מקום לגדול לחתום ובא זה הקרוב או הפסול וחתם שלא מדעתם".

לכאורה, מה מועיל לנו **שאפשר** שחתמו זה שלא בפני זה, הרי באותה מידה **אפשר** שחתמו זה בפני זה, וחל הדין של "נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדות כולם בטלה"? איך ניתן לקיים את השטר מספק?

בהתאם לאמור לעיל מבהיר רבי חיים את הדברים כי עדי השטר אינם מעידים על המעשה שאירע, וביחס למעשה ההלוואה אין בפנינו מהלך של הגדת עדות. בשטר כשלעצמו גם אין ראיה לכך שהם חתמו על השטר ביחד וגם לא בהכרח צריכים לחתום ביחד. אבל גם אם חתמו ביחד לא החתימה היא העדות, אלא נתינת התוקף לשטר היא העדות, ובנתינת התוקף לשטר שותפים רק העדים שנתנו לו תוקף ולא שאר החותמין, ואין כל סממן מאחד שיעורר חשש כי הפסולים גם נתנו תוקף לשטר ופסול הוא. ממילא, השטר הוא בחזקת כשר. ביחס לעדות כשרה לא מצינו בשום מקום שנחשוש שמא בשלב כלשהו ראה או חתם עם העדים גם קרוב או פסול. חקירה ודרישה הנעשית בזמן הגדת העדות באה לוודא רק כי ההגדה כשֵרה היא. אולם אין אנו מצווים לשאול את העדים המוסרים עדות, האם אירע בהם איזשהו פסול בעבר בשעת הראייה או קודם לכך. כיוון שאין בפנינו הגדת עדות, הרי אנו מעמידים השטר על חזקתו. רק אם תהיה בפנינו עדות ברורה כי הם ישבו כולם לחתום ביחד, נפסול בכך את השטר.

שטרך בידי מאי בעי

בנוסף לאמור לעיל אודות המיוחדות של עדות שבשטר, הנחשבת כעדות שנמצאה מהימנה בבית דין בשעת קבלת העדות ("נעשית כמי שנחקרה עדותם בבית דין"), מצינו כי עדות שבשטר עדיפה על עדות שבעל פה גם בשלב מאוחר יותר. כלל הוא בידנו כי "המלווה את חברו בעדים אין צריך לפורעו בעדים". כלומר, קיומה של עדות בפנינו כי הייתה הלוואה, אינה מהווה בהכרח עדות כי קיים חוב שכן ייתכן כי ההלוואה נפרעה שלא בנוכחות עדים. לא כן הדין לגבי שטר. לווה בשטר אינו יכול לטעון כי ההלוואה נפרעה, שכן קיומו של שטר ביד המלווה מוכיח שהחוב קיים. רוב ככל האנשים כאשר הם פורעים את חובם דורשים את שטר החוב בחזרה או דואגים לקריעתו, ולכן ניצבת כנגד הלווה טענה שאילו היה החוב נפרע לא היה השטר נותר ביד המלווה. על כן, טענת המלווה "שטרך בידי מאי בעי", מסכלת את טענת הלווה כי החוב נפרע זה מכבר.

ברם שלכאורה הדבר אינו ברור דיו. "שטרך בידי מאי בעי" היא טענה נכבדה. אולם, "טענה" אינה מהווה עדות. כלל הוא בידנו, כי "המוציא מחברו עליו הראיה". המונח "ראיה" פירושו "עדות". נמצא כי כאשר המלווה בא להוציא כספים מיד הלווה, הרי שעליו להוכיח את קיומו של החוב באמצעות עדות. מהי העדות שיש לנו כי החוב לא נפרע? מדוע מספיקה טענה של "שטרך בידי מאי בעי"? גם אם כך נוהגים רוב האנשים אין בכך בכדי להוות ראיה נגד הלווה הטוען שהיה כאן מקרה חריג.

הרב יצחק זאב סולובייצ'יק (הרב מבריסק)[327] מציין כי ניתן היה ליישב תמיהה זו בכך שנאמר שהסברה של "שטרך בידי מאי בעי" היא בעצמה בגדר של 'עדות' לנוכח קיומו של "אנן סהדי" (כולנו עדים) לאמיתותם של הדברים. בכך די כדי להוות ראיה שהחוב לא נפרע והשטר בתוקף, וממילא נמצא, כי בידינו ראיה ברמה של עדות שהשטר לא נפרע עדיין.

ברם, הרב מבריסק מבהיר כי מלשון הרמב"ם נראה שהוא לא נקט סברה זו[328]. הרמב"ם (בפרק י"א מהלכות מלווה ולווה הלכה א') פסק כי "המלווה את חברו בשטר צריך לפרעו בעדים, לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן". משמע כי הדין שאינו נאמן נובע מ"דין קודם" שהלווה צריך לפרוע בעדים. כלומר, "סדר הדינים" אינו מציב את רְאָיַת השטר כסיבה לכך שאין הלווה נאמן לפרוע בלא עדים, אלא להפך בגלל שהדין קובע שהלווה בשטר אינו יכול לפרוע בלי עדים - לכן מועילה ראיית השטר נגד טענת הפירעון. ובכן, לכאורה, מדוע נדרשת הוראה

---

327. הדברים מובאים בחידושי הרב חיים סולובייצ'יק בספרו "חידושי הרב חיים הלוי" על מסכת שבועות דף מ"א עמ' א.

328. יכולות להיות סיבות שונות שבעטיין נותר השטר ביד המלווה למרות שהשטר נפרע. כך מצינו בגמ': "אפשיטי דספרא זייר ליה" (ר' בגמ' בבא מציעא דף ט"ז עמ' ב' ובתוספות בבא בתרא דף ה' עמ' ב' ד"ה "מי אמרינן"). כלומר לעיתים קורה שהלווה כה דל עד שאין בידו אף לשלם את דמי שטר החוב, וגם דמים אלו ניתנו מיד המלווה ליד הסופר כשהלווה מתחייב לשלם גם אותם עם פירעון החוב. כך שהשטר הוא "רכוש המלווה". אם בעת פירעון החוב, לא היה ללווה כסף "לרכוש" את השטר נותר השטר ביד המלווה עד שהלווה ישיג כסף לשלם תמורתו. סיבה כזו ודומות לה גורמות שטענת "שטרך בידי מאי בעי" אינה טענה מוחלטת וקל וחומר שאינה בגדר עדות על כך שהחוב לא נפרע.

זו שצריך לפרוע בעדים כדי לשלול את טענת הפירעון? הן גם אלמלא הייתה הוראה שצריך הלווה לפרוע בעדים? די בכך שיש שטר ביד המלווה והוא שולל את טענת הפירעון בעצם קיומו ביד המלווה מכוח "אנן סהדי"? אין זאת אלא שהסברא של "שטרך בידי מאי בעי" אינה מהווה כשלעצמה עדות שלא היה פירעון. חוזרת אפוא השאלה מהו תוקפו הראייתי של השטר שהחוב כלום נפרע?

חידושו של הגרי"ז סולובייצ'יק

הסברו של הגרי"ז סולובייצ'יק (הרב מבריסק) הוא, כי כשאדם מלווה את חברו בשטר טמונה בכך הסכמה מראש שלא תישמע ע"י הלווה טענת "פרעתי" נגד השטר שביד המלווה, בלא שיובאו עדים על פירעון זה.

משל ודוגמא לדברים נבקש להביא מ"ערבות בנקאית" אוטונומית בימינו, שלגביה הכלל הוא "שלם תחילה וטען טענותיך לאחר מכן", שכן מהות כתב הערבות הבנקאית האוטונומית היא, שיהא פירעון בלי ויכוח, ולאחר מכן ייהפך המשלם ל"מוציא מחברו שעליו הראיה"[329].

כך גם במקרה של שטר בעולמה של הלכה. "כוח השטר" הוא ההסכמה מראש בין המלווה ללווה שנטל הראיה יהיה מוטל על שכם הלווה והוא חייב בתשלום בלא שתוכל להישמע מפיו טענת "פרעתי".

דעת הרמב"ם שהמלווה לחברו בשטר הסכים שלא יפרענו אלא בעדים, זו ההסכמה הטמונה בהפיכת החוב לחוב בשטר. אם יפרענו בלי עדים, הרי שהסכמת הצדדים היא שלמרות שהחוב נפרע, אם שכח המלווה שהחוב נפרע והוא תובע את פירעון השטר - הדין עימו. אמנם כלפי שמיא גליא כי הלווה החזיר את ההלוואה, אבל המלווה התנה מראש שאין הוא מוכן להסתמך על זיכרונו שלו או על אמינות הלווה, ודרש מהלווה שיפרע באופן שיהיה ניתן להוכיחו. ככל שהמלווה דורש את ההלוואה בתום לב לפי שאינו זוכר, אין הפירעון הנוסף נחשב לגזל בידו, כי הלווה התחייב מראש שגם אם יפרע אם הפירעון ייעשה בלא עדים ולא יהא בידו להוכיח, הרי שהוא מתחייב לשלם למלווה באופן שיהיה ניתן להוכיחו. יתרה מזו, הרמב"ם פסק בהלכות מלווה ולווה (פרק ט"ו הלכה ג'): "אבל אם אמר לו אל תפרעני אלא

329. אברהם וינרוט, ערבות בנקאית (הוצאת שואב) מהדורה שנייה מורחבת, תש"ע.

בפני פלוני ופלוני, ואמר לו פרעתיך בפני אחרים, ומתו או הלכו למדינת הים - אינו נאמן, שמפני טענה זו התנה עליו, ואמר לו אל תפרעני אלא בפני ראובן ושמעון שהם עומדים עימו, כדי שלא ידחה אותו ויאמר בפני אחרים פרעתי, והלכו להם". כלומר מי שמתנה עם חברו: "אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני". אין הלווה נאמן לטעון: "פרעתי בפני עדים אחרים". למרות שפירעון שנעשה בפני אחרים ניתן להוכחה רגילה ואין הלווה נחשב בעינינו ל"לווה רשע ואינו משלם', מכל מקום הוא יצטרך לשלם - לפי תנאו. הטעם לכך הוא, כי על אף שהלווה פרע בפני אחרים והפירעון תקף, אבל המלווה, שלא סמך על אמינותו של הלווה, התנה איתו מראש שאינו מוכן שהלווה יביא 'שניים מן השוק' שיעידו שפרע, אלא הוא מתנה שיפרענו דווקא לפני פלוני ופלוני הנאמנים עליו. לכן אם הלווה יביא עדים מן השוק שפרע הרי שהוא לא קיים את התנאי ובהתאם להסכמתו עליו לשלם את השטר כל עוד לא יביא דווקא את פלוני ופלוני שנאמנים על המלווה כדי שיעידו שפרע בפניהם, החוב שבשטר כל זמן שהלווה לא הביא עדים באופן המוסכם אין הוא נאמן לטעון פרעתי, והמלווה שאינו זוכר נאמן מצידו לומר שהחוב לא נפרע, משום שיש סיכום הנוגע לאופן הבאת הראיות. להסכמה זו יש תוקף כשלעצמה, ודינה ככל הסכם בדיני ממונות בנוגע לתוכן החיוב המקנה "זכויות ממוניות". הוא הדין, גם ב"מלווה בשטר", שלגביה סובר הרמב"ם כי ישנה הסכמה בין הצדדים בעניין אופן הראיה שכמוה כהסכמה בדבר זכויות מהותיות בדיני הממונות "ומדינים וזכויות אלה נובע שהלווה בשטר צריך לפורעו בעדים ואינו נאמן לומר פרעתי כשאינו מביא עדים על הפירעון". זה הטעם לכך שכתב הרמב"ם "לפיכך אינו נאמן".

נמצא כי "החזקה של שטרך בידי מאי בעי" אכן אינה "ראיה", אך היא מועילה כ"זכות ממון", הנובעת מהסכמת הצדדים בדבר אופן הבאת הראיות, הכלולה מכללא בעצם העובדה שזו "מלווה בשטר". זהו אפוא "כוחו של שטר" במישור הראייתי.

נפקא מינה מרהיבה

נפקות יפה העולה מדברי הגרי"ז תהא סוגיית הגמרא במסכת קידושין (דף מ"ג עמ' א'). בגמרא שם מובאת מחלוקת: רב אמר שליח נעשה עד, ורבי שילא אמר שאין שליח נעשה עד. הגמרא מבארת כי מחלוקת זו נוגעת הן לדיני קידושין וגירושין והן לדיני ממונות. כך, בהתאם לשיטת רב אם לווה שלח כסף לשם פירעון חובו למלווה באמצעות שני שליחים, הרי שהשליחים נעשים עדים לומר כי אכן החוב

נפרע וכי מסרו את הכסף לידי המלווה. שואלת הגמרא, אם המלווה את חברו בעדים צריך לפורעו בעדים, כיצד הם נאמנים, הרי הם נוגעים בעדות, שהרי אילו היו אומרים שלא פרעו את הכסף למלווה, היה הלווה תובע אותם להחזיר לו את הכסף. מצד שני, אם העדים יטענו שהחזירו את הכסף ללווה, יטען הלווה בצדק שיביאו עדים על כך.

הגמרא משיבה כי אין לשליחים נגיעה אישית, והם יכולים לומר שהחזירו את הכסף ללווה ואינם צריכים להביא עדים על כך שכן המלווה את חברו בעדים אין צריך לפורעו בעדים.

מעתה, הבה נדון מה יהיה אם יש שטר על ההלוואה והמלווה מחזיק בו. השליחים טוענים כי הלווה פרעו ולא לקחו את השטר מהמלווה. לפי שיטת רבי שילא שאין שליח נעשה עד הם לא ייאמנו מדין עדים לפטור את הלווה. האם במקרה זה יוכלו להיפטר מטענת הלווה התובע את השליחים וטוען שהכסף נשאר בידם, שהרי עובדה שהשטר ביד המלווה ואם כן השטר משמש גם כראיה נגד העדים שכנראה לא העבירו למלווה את הכסף לפירעון החוב. אם היות השטר בידי המלווה מהווה ראיה שלא היה פירעון, הרי שראיה זו פועלת גם כנגד טענת השליחים והם יצטרכו לפרוע ללווה את הכסף שנתן בידם. אבל, לשיטת הגרי"ז ש"שטרך בידי מאי בעי" אינו ראיה אלא הסכמה בין הלווה למלווה כי הלווה לא יטען טענת פרעתי כנגד השטר, נראה כי הסכמה זו היא רק בין המלווה ללווה, אך לא ביחסים של הלווה מול העדים. על כן, יוכלו העדים להיאמן ביחסיהם מול המלווה בטענה כי העבירו לו למלווה את כספי הלווה לפירעון ההלוואה, והעובדה שיש שטר בידי המלווה - אינה נוגעת להם כלל.

הבנת נקודת המחלוקת בין הראשונים - עפ"י סברת הגרי"ז סולובייצ'יק

ודוק, ייתכן כי חידושו זה של הגרי"ז סולובייצ'יק נתון במחלוקת ראשונים שנביא להלן:

ראינו בפרק לעיל כי לדעת הרבה מן הראשונים לא ניתן להוציא מידי המוחזק ע"י מיגו ("מיגו להוציא לא אמרינן").

הראשונים הקשו על חידושם זה מדברי הסוגיה במסכת כתובות (דף פ"ה עמ' א') בה מצינו כי אבימי היה חייב כסף בשטר לאנשים ממקום הנקרא חוזאה. אבימי שלח

להם כסף בידי שליח שפרע את חובו. השליח אמר לבעלי החוב: "הבו לי שטרי". אמרו לו אנשי חוזאה: "סיטראי נינהו". כלומר, אבימי חייב להם כספים **אחרים נוספים**, שהם חיצוניים לשטר וניתנו לו במִלווה על פה. מחמת אותה הלוואה קיבלנו ממך את הכספים שהבאת, אך אנו ממשיכים להחזיק בשטר של אבימי ומסרבים להחזירו שכן החוב נשוא השטר עדיין לא נפרע. אבימי קָבַל על כך בפני רבי אבהו, ששאל אותו: האם יש עדים שראו את השליח פורע את חובך? ענה לו אבימי: "לא". אם כן, אמר לו רבי אבהו, מיגו שיכולים בני חוזאה לומר לך: לא היו דברים מעולם (לא קיבלנו כספים כלל), יכולים הם גם לומר כי יש לך חוב אחר בעל פה כלפיהם. שאלו הראשונים הן זהו מיגו להוציא, שהרי ע"י המיגו רוצים בני חוזאה לתבוע מאבימי כספים המצויים בידיו, ועליהם אין כל ראיה.

תשובה אחת לשאלה זו מצינו בדברי תוספות במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב' ד"ה "והלכתא כוותיה"): "שאני התם דאיכא שטרא". כלומר, מכיוון שיש שטר בידי הנושים וטענתם היא כי השטר לא נפרע אלא רק ההלוואות בעל פה, אין זה מיגו להוציא. בספר "שב שמעתתא" (שמעתא א' פרק כ"ד) מבוארת תשובה זו:

"שטר העומד לגבות... לכמה דברים הווי ליה כגבוי, וכדאשכחנא נמי לענין מיגו להוציא דלא אמרינן, ואלו בשטר אמרינן מיגו להוציא".

כלומר, כפי שאנו מבינים כי מי שאוחז באפסר התפוס בצוואר בהמה - אוחז בבהמה, כך נחשב בעל השטר כאוחז במעות שביד הלווה. על כן, טענת המלווה אינה נחשבת כהוצאה אלא כהחזקה. משום כך מועיל מיגו ואין הדבר נחשב למיגו להוציא. אכן, צריך להוציא את המעות בפועל מהלווה ואולי אף לרדת לנכסיו ולהפעיל את כוחות הגבייה של בית הדין. אך מבחינת דיני הטענות הרי שהתובע טוען לגבי ממון שנחשב כאחוז בידו.

הרמב"ן (במסכת בבא בתרא שם) מתרץ באופן אחר:

"לאו קושיא היא, דאיהו נאמן לומר על מה שהוא תפוס סיטראי נינהו, **ואין נאמנותו על מנה שבשטר אלא על מה שפרע לו** שהוא אומר סיטראי נינהו ואף על גב דממילא מהני ליה מיגו לגבות בו מנה שבשטר".

כלומר, המלווה נאמן באמצעות המיגו להחזיק במעות שכבר נפרעו לו, ועכשיו הוא גובה באמצעות השטר ולא באמצעות מיגו. המיגו רק מבטל את הטענות

שעורר הלווה, שהרי כאשר הלווה העלה טענות הרי שהדבר דרש מענה מצד המלווה. לאחר שהמלווה השיב וסילק את טענות הלווה, חוזר השטר ועומד בתוקפו וגובים מכוחו.

"קצות החושן" (סימן פ"ב ס"ק י') מראה נפקות בין שיטת תוספות לשיטת הרמב"ן כדלהלן:

רבי שמשון מקינון בספרו "ספר הכריתות" (חלק חמישי כללי מיגו אות ק"פ) וכן המרדכי (בבא מציעא סימן תט"ז) כתבו, שמיגו מאפשר להוציא ממוחזק כשבעל המיגו טוען טענת ברי והנתבע טוען טענת שמא. הם הביאו ראיה לכך מן הגמרא במסכת כתובות (דף י"ב עמ' ב'). אישה שלא נמצאו לה בתולין וטוענת "משארסתני נאנסתי" נאמנת לקבל כתובתה במיגו שהייתה יכולה לומר "מוכת עץ אני". לכאורה, כיצד היא נאמנת, הרי זה מיגו להוציא מהבעל? אין זאת אלא שהיא טוענת טענת ברי ואילו הבעל טוען טענת שמא, ובמקרה זה מועיל מיגו אף להוציא.

הש"ך בספרו "כללי מיגו" (ס"ק ט"ו) מקשה מניין שמיגו להוציא מועיל למי שטוען ברי, הרי עסקינן במקרה שבו יש לאישה שטר כתובה ואם כן אין זה חשוב מיגו להוציא לנוכח העובדה שבידה שטר כמבואר בתוספות?

"קצות החושן" מיישב כי ראשונים אלו סוברים כשיטת הרמב"ן, שאין כלל לפיו המחזיק בשטר נחשב כמחזיק, שכן שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי, וממילא זהו מיגו להוציא[330].

נמצא כי שיטת רבי שמשון מקינון והמרדכי תואמים לשיטת הרמב"ן. אולם לפי שיטת תוספות שבסוגיית "סיטראי" נחשב הדבר כמיגו להחזיק מכוח השטר, אין ראיה מסוגיית הגמרא בכתובות שאמרינן מיגו להוציא בטענת ברי כנגד טענת שמא.

---

330. לדעתו, בסוגיית סיטראי המיגו מועיל לבני חוזאה מכיוון שהמיגו שלהם אינו בא להוציא את הממון אלא להוריד את טענות הלווה ושוב חוזר השטר שבידם לתוקפו. שם מודה אבימי כי יש בידם שטר שניתן להם כדין מידיו, אלא שהוא טוען פרוע. חוזאי מורידים את טענתו ומותירים את השטר בתוקפו, וגובים ע"י שטר. לא כן במקרה של משארסתני הוא טוען שהיה מקח טעות וממילא אין כלל שטר מעיקרא. והרי שהיא מבקשת ליצור חיוב על הבעל ע"י מיגו.

"קצות החושן" שם מעלה נפקות נוספת בין שיטת תוספות לשיטת הרמב"ן ביחס למי שחייב לחברו בעל פה באופן שאינו יכול לטעון פרעתי, כגון שאמר לו אל תפרעני אלא בעדים. בפועל הלווה פרע שלא בעדים, והמלווה מודה שקיבל מעות אלו אלא שהוא טוען כי יש ללווה חוב נוסף כלפיו ומבקש להיאמן לגביו במיגו שהיה יכול להכחיש את קבלת הכספים - לפי שיטת תוספות אין המלווה יכול לזכות בטענה זו כי זהו מיגו להוציא, שהרי במקרה זה אין שטר שהופך את החוב לגבוי. לעומת זאת, לפי הרמב"ן אין זה מיגו להוציא כי המיגו נועד לסלק את טענות הלווה, ואילו הגבייה אינה באמצעות המיגו אלא באמצעות העדים שראו את ההלוואה וראו שהותנה שם אל תפרעני אלא בעדים.

יש לעיין במה נחלקו תוספות והרמב"ן, הן לפי שניהם המציאות ברורה שהייתה הלוואה והיה פירעון והמלווה טוען "סיטראי" - קיבלתי הלוואה **אחרת** שאינה נשוא השטר. מדוע לפי תוספות זקוק המלווה להוציא עם מיגו, אך בלא מיגו נחשב השטר למעורער, ואילו לפי הרמב"ן טענות הלווה אינם אלא "רעשי רקע" שמבטלים אותם ע"י טענת המיגו?

ייתכן לומר כי הרמב"ן סבור, כהסבר הגרי"ז סולובייצ'יק, ששטר הנתון ביד המלווה חסין בפני טענות הבאות לשלול את תוקפו, שכן זהו "כוח השטר" שיש למלווה. אכן, טענות הלווה מצריכות תשובה רק כדי לוודא שהמלווה אינו מודה שאין חוב, אך הדין ודברים שביניהם הינו צדדי כי השטר לא יכול להיפגם ע"י טענות, שכן זהו כוחו המהותי של השטר שאין להעלות טענות נגדו. לעומת זאת, תוספות סוברים כי שטר הינו ראיה בעלמא, וכאשר יש טענות התערערה הראיה שבשטר ורק ע"י המיגו חוזר השטר לתקנו. לכן הוקשה להם שזה מיגו להוציא והם נזקקו לתרץ כי מכיוון שהוא מחזיק שטר הרי שהמעות נחשבות כמוחזקות בידו והרי זה מיגו להחזיק.

שטר שאבד

הרעיון האמור של הגרי"ז סולובייצ'יק אודות הכוח והזכות הנובעים מעצם העובדה שאדם מחזיק בידו שטר, בא לידי ביטוי בסוגיה נוספת העוסקת בהשבת שטר שאבד:

בגמרא במסכת בבא מציעא (דף י"ג עמ' א') **מצינו כי כאשר אבד שטר, יש בכך לערער את הכוח הראייתי של המחזיק שאינו יכול עוד לטעון "שטרך בידי מאי בעי". בגמרא מבואר על כן כי מי שמצא שטרי חוב, אם יש בהם "אחריות נכסים" שמחמתה ניתן לגבות אף ממי שרכש נכסים אלו אחרי מתן ההלוואה - לא יחזיר המוצא את השטר למלווה. אם יחזיר את השטר למלווה הוא עלול לנסות לגבות באמצעות שטר זה על אף שלא מן הראוי שייעשה כן. הגמרא מבארת כי אם החייב מודה שקיימת הלוואה שלא נפרעה והשטר נפל מידי המלווה, היה מקום להחזיר לו את השטר, אלמלא נוצרו חששות אחרים בדבר מהימנות השטר בגלל נפילתו. החשש הוא שמא השטר נכתב בניסן ובפועל לא לווה עד תשרי, וממילא נמצא כי המלווה גובה שלא כדין, ונפרע מנכסים של לקוחות שנקנו על ידם בטרם שנוצר השטר[331]. ברם, "קצות החושן" (סימן צ"ט ס"ק ב') הקשה[332], איך ייתכן כי אלמלא החשש האמור היה מקום לחייב את הלקוחות לפרוע מכוח הודאת בעל דין של הלווה, הרי הם לא הודו בדבר, והודאת הלווה במקום שחב לאחרים אינה נחשבת להודאה כלל. מהי אם כן העדות המחייבת את הלקוחות?[333].**

---

331. הריטב"א והרשב"א שם מבארים כי בשלב זה של הדיון בסוגיה, הגמרא לא חששה שמא הלווה עשה קנוניה עם המלווה, כך שהלווה יודה שהשטר בר תוקף, המלווה יגבה את השטר מן הלקוחות ולאחר מכן יתחלקו הצדדים.

332. ובלשון "קצות החושן" שם: "דודאי כל שחב לאחרים אפילו במקום דלא שייך קנוניא נמי אינו נאמן וכדמוכח בקידושין דף ס"ה עמ' ב' אעפ"י ששניהם מודים אין חוששין לקידושין, ואמרו שם משום דחב לאחרים והתם ליכא חשש קנוניא. אלא ודאי אדם אינו נאמן בהודאתו אלא היכא דליכא חוב לאחריני, אבל היכא דאיכא חוב לאחריני אינו נאמן אלא עפ"י שנים עדים יקום דבר ועד אחד אינו נאמן אפילו הוא כמשה ואהרן וזה פשוט".

333. ועיין בשיעורי הרב שמואל רוזובסקי בתחילת מסכת בבא מציעא, שאין הקושיה מוסכמת, כי ייתכן שעל אף שהודאת בעל דין אינה שייכת היכן שחב לאחרים, מכל מקום יש לנו סברא וחזקה שהוא אומר אמת וזה מספיק כדי להאמינו כמו שאר חזקות שבש"ס. ואמנם לא יהא נאמן נגד עדים כי אין כאן דין הודאת בעל דין אך יהא נאמן בסתמא. לפי זה יישב שבעניין שטר שאבד כיוון שאינו בא נגד עדים הרי שאם אין לחוש לקנוניה יש חזקה שאומר אמת. הרב רוזובסקי תמך יתדותיו בלשון הרמב"ם בהלכות מלווה ולווה פרק ב' הלכה ו' שכתב כי "ראובן שהיה חייב לשמעון מאה ולוי חייב לראובן מאה מוציאין מלוי ונותנין לשמעון, לפיכך אם אין לראובן נכסים והיו לו שטרי חוב על לוי ואמר לוי: שטר אמנה הוא פרוע הוא, והודה לו

הרב אלחנן וסרמן (ב"קובץ שיעורים" על בבא בתרא אות תרנ"ב) תירץ כי כאשר יש שטר, הדבר מחייב כשלעצמו גם את הלקוחות שקנו את נכסי המלווה המשועבדים, ולכן דין הלקוחות הוא כמי שטוען 'איני יודע אם פרעתיך' שחייב, אלא שאם השטר נפל, יש חשש שמא השטר מוקדם. אכן הלקוחות אינם יכולים לטעון בעניין זה טענת ברי, ומי שטענתו אינה טענת ברי אלא טענת שמא, הרי שטענתו אינה טענה כלל, שהרי לא ניתן לתת לה תוקף כנגד השטר. אבל, לכלל זה יש יוצא מן הכלל הנקרא "טענינן". כלומר, כאשר בית דין טוענים עבור נתבע שאינו יודע את העובדות ועלולים להערים עליו (כגון: יתומים, לקוחות, "נפרע שלא בפניו" וכיו"ב) אף שבית הדין טוענים זאת כ'ספק ברי', טענת ספק של בית הדין, שאולי הלווה היה טוען כך, אינה נחשבת כטענת שמא אלא מקבלת תוקף של טענת ברי[334]. אבל, כשהלווה נמצא בפנינו ומודה כי אכן לווה באמצעות שטר זה ובזמן זה, הרי שבית הדין אינם יכולים לטעון עבור הלקוחות טענות שהלווה לא היה טוען. לאחר הודאתו של הלווה נמצא כי על בית הדין לטעון עבור הלקוחות הפוך מדברי הלווה עצמו, ובכך גם טענת בית הדין אינה אלא טענת 'שמא' ולא 'ספק ברי' של הלווה, ולכן ניטל התוקף והכוח שניתן לבית הדין לטעון מדין "טענינן" ללקוחות. משניטל הכוח מבית הדין, הרי שהלקוחות חייבים - מכוח השטר.

נכון שאין בהודאת הלווה כדי לחייב את הלקוחות, אך אין צורך בכך. השטר הוא שמהווה כשלעצמו עילה לחייב אותם. ההודאה של הלווה רק מועילה להסיר את

ראובן, אין משגיחין על הודאתו שמא קנוניא הם עושין לאבד זכותו של שמעון". מפורש אפוא כי לדעת הרמב"ם לא מועילה הודאת בעל דין במקום שחב לאחרים הוא רק משום חשש לקנוניה. ברם, שהרב רוזובסקי ציין כי כאשר "קצות החושן" דימה ל"משה ואהרן" הרי שבכך כיוון לומר שבמקום חוב לאחרים אין דברי בעל הדין נחשבים כלל ואף לא בגדר של חזקה.

334. הרב וסרמן כתב בדומה לכך גם ב"קובץ שיעורים" חלק ב' סימן ג' (בדיני מיגו) בחלק המוכתר בכותרת "עוד בדיני מיגו" בס"ק ט' ושם ציין כי יסוד הסברה לפיה כאשר טענינן ללקוחות הופכת טענת השמא לטענת ברי, מצויה בדברי הרא"ש במסכת כתובות בתחילת פרק שני, אמנם זה רק לשיטת תוס' שטענת בית הדין נובעת מכוח הלווה, אבל לשיטת רש"י שיש כוח לבית הדין לטעון גם במקום שלא היה כוח ללווה לטעון, בהכרח לא תועיל הודאתו לחייב את הלקוחות שקנו לפני הודאתו אלא לאלה שקנו לאחריה.

כוחו של ה"טענינן" שמרע את כוח השטר, ומשנעשה כן - די בשטר עצמו כדי לחייב את הלקוחות[335]. השטר הוא כשלעצמו עילה לחיוב!

הודאת הלווה אינה "חב לאחרים" - הלקוחות

הרב אלחנן וסרמן (ב"קובץ שמועות" אות י"א), מוסיף הסבר מרהיב לפיו כאשר אדם מחייב את עצמו ואגב כך הדבר מחייב גם את הלקוחות אין הדבר נחשב "חב לאחריני". הלווה מעיד על עצמו והודאתו מתקבלת לגבי עצמו כהודאת בעל דין. הודאת הלווה אינה עוסקת באחרים, **ועניינם - אינו חלק מהנדון בעניינו של הלווה הודאתו של הלווה משליכה גם ביחס לאחרים, 'אך' חיוב הלקוחות הוא לעולם רק תוצאה מחיוב הלווה.**

בנקודה זו יש להבין כדלהלן:

ודוק, מדוע אין לומר כי זוהי הודאת בעל דין בעניין שהוא בגדר של "חב לאחריני" ואם כן שהודאתו לא תתקבל גם לגבי עצמו? למה מוגדרים זכויות הלקוחות כתוצאה מדיון שהתנהל קודם לכן ביחס ללווה עצמו, ואין אנו אומרים כי בפנינו שתי תוצאות הנובעות בו זמנית מהודאת הלווה על נכונות השטר, האחת כלפי עצמו והשנייה ישירות כלפי הלקוחות של הנכס המשועבד?

נראה כי הסבר הדברים הוא כי הדיון נוגע רק לנכונות השטר. לאחר ש'הוחזק' השטר לבית הדין כשטר נכון, הנכסים המשועבדים הם רק בגדר של עֲרֵב לחוב (שהרי נכסיו של אדם ערבים לחובותיו. לאחר שהשטר הוחזק כאמיתי כלפי הלווה, הרי שחיוב הלקוחות הוא **תוצאה** מחיובו של החייב, בלא שיתקיים כלל דיון בעניינו. כלומר, התוצאה היא עניין שנובע ממילא מעצם נכונות השטר והקביעה שיש חוב לחייב[336]. אבל, הודאת בעל הדין לא ניתנה בעניינם.

---

335. הרב וסרמן מציין כי לפי מי שסובר שחיישינן לקנוניה יש לומר כי טענינן ללקוחות ואין לדבר חיסרון של טענת שמא, שכן יש לומר כי הלווה אינו נאמן בדבריו כלל ואלמלא הקנוניא היה טוען "ברי שפרעתי".

336. ברם, שעדיין יש להבין, שכן לכאורה הערב הוא בעל דברו של הנושה, שהרי הוא טוען כי אין בכלל חוב של החייב. ברור כי ככל שהוא ערב חיובו תוצאתי, אך זו גופא טענתו שאין חוב. נמצא כי הוא עצמו ניצב מול הנושה, והודאת בעל הדין נוגעת גם לנדון המתנהל מולו במישרין ועולה כדי "חב לאחריני". בדומה לכך העיר הרב אלחנן

ייתכן שההסבר לדברי הרב וסרמן מבוסס על דבריו ב"קובץ הערות" (סימן כ"א אות ט"ז), שם הביא את שיטת התוספות ביבמות דף כ"ה ע"א שמדאורייתא אישה נאמנת לומר טמאה אני, אף שמשועבדת לבעלה ובדבריה אוסרת עצמה על בעלה. אכן בעקבות הודאתה נאסרת על בעלה אבל אף איסורה על בעלה הוא תולדת דינים הנובעים מכך שנקבע כי היא נטמאה. זהו דיון נפרד שאינו חלק מהדבר שבו הודתה. הדיון שבפנינו הוא רק האם האישה נטמאה, ולא האם בגלל זה תוכל לחיות עם בעלה[337].

אין הדבר דומה למלווה האומר 'שטר אמנה' הוא זה שנאמן על עצמו כלפי הלווה, ולא נאמן כלפי בעלי חוב שלו ופלגינן נאמנותו, כי שם יש דיון אחד האם השטר אמיתי ודיון זה נוגע לשני אנשים. לעומת זאת, הדיון במקרה שלנו הוא האם הייתה הלוואה ונכתב שטר חוב. זהו הדיון של הלווה עם המלווה. אכן, כתוצאה מקיומה של הלוואה ושטר יש השלכות על לקוחות שקנו שדה מהלווה לאחר מכן. אך זוהי תוצאה שאינה נשוא הדיון. אבל, כשהלוקח מחזיק בנכס משועבד, הדיון אינו בעניינו אלא בעניין החוב של החייב העיקרי, ומשהלה הודה ועניינו הוכרע, החיוב של הלקוחות הוא תוצאה נגזרת ולא נדון בחיוב בפני עצמו. על כן, יש לראות בהודאת הלווה משום הודאת בעל דין במקום שאינו חב לאחריני אלא לעצמו.

הודאה שהשטר נכתב בזמנו - הסבר הרב רוזובסקי

עם זאת, נראה לכאורה כי אין די במהלך זה כדי להסביר שלב אחר בדיון בסוגיית הגמרא שם, לפיו אם הלווה מודה שהשטר נכתב בזמנו כראוי, אין חוששים שהשטר מוקדם. ובכן, כיצד מועילה הודאת החייב שהשטר לא מוקדם, הרי לחייב עצמו אין

וסרמן בספרו "קובץ שיעורים" חלק ב' סימן ג' הנ"ל אות י'. ושמא יש לומר כאן כי כוח הערבות היא שהוא לא יוכל לטעון שאין חוב, כי זו גופא משמעות ערבותו, שאם בבירור שנערך מול החייב התברר שיש חוב, הרי שהוא חייב **ממילא** מכוח ערבותו ולא יוכל לערער על החיוב.

337. הר"ן בנדרים דף צ' עמ' ב' ד"ה "ואיכא למידק" חולק וסובר שכיוון שאין נאמנת לגבי בעלה אין מקבלים דבריה גם לגבי עצמה כי הכול דין אחד.

שום נפקא מינה מהו מועד יצירת השטר[338], וכל עדותו נוגעת רק לעניין לקוחות, ואם כן זה מקרה מובהק של "חב לאחריני" שאינו נאמן בהודאתו?[339]

הרב שמואל רוזובסקי (ב"שיעורי רבי שמואל" ח"ב אות ו') **מבאר, כי כנגד שטר אין חשש שהשטר מוקדם, שכן כנגד שטר לא טוענים טענות והוא נחשב כמו ש"נחקרה עדותו בבית דין". אלא, שעם נפילת השטר יש "ריעותא" בשטר. כלומר, ההנחה היא שאילו היה זה שטר טוב היה בעליו שומר עליו מכל משמר, וממילא משנפל השטר הרי שזהו שטר שיש לחשוש לגביו. אבל חשש זה הוא משום שהמלווה איבד את טענתו 'שטרך בידי מאי בעי'. חשש זה אינו נוגע לטענות אחרות[340]. כמו כן, משנפל השטר ומצאו המוצא הרי דינו כמוצא אבדה, וחל על אבדה זו הכלל שנקבע באבדה לפיה מוטל על המוצא לברר את זהות בעלי האבדה, כפי שדרשו**

---

338. אולי ניתן לומר כי יש נפקות גם לגבי החייב עצמו, ואם כן יחול הסברו האמור של "קובץ שיעורים", כי החיוב הוא לעצמו וחיוב הלקוחות הוא תוצאתי. הנפקות לחייב עצמו תהא בכך שבהודאתו כי השטר אינו מוקדם מוגדרת הלוואתו כמלווה בשטר, וממילא לא יוכל לטעון פרוע. אלמלא הודיה זו היה יכול לטעון שהשטר מוקדם וממילא אין לו תוקף של שטר והמלווה לא היה יכול להשתמש בו לטענת "שטרך בידי מאי בעי" לפי שיטת הרמ"א בשו"ע חו"מ סימן מ"ג סעיף ז' כי בשטר מוקדם השטר פסול וההלוואה חשובה כמלווה על פה, וממילא לא יחול לגביו דין "שטרך בידי מאי בעי". עם זאת, לפי דעת השו"ע שם, אין נפקות כאמור לגבי החייב, שכן גם כשהשטר מוקדם הוא מהווה ראיה נגד הלווה מטענת "שטרך בידי מאי בעי".

339. ביחס למקרה זה אין אפשרות לומר לערב כי הוא מושתק מלערער על קיום החיוב, כפי שביארנו בהערה 336, שהרי כאן הוא טוען כנגד עצם יצירת הערבות, וטוען שהנכס נקנה לפני שהיה חיוב, וממילא לא חלה על נכס זה ערבות כלשהי לחוב. הדבר דומה לערב הטוען כי מעולם לא חתם על ערבות וחתימתו זויפה.

340. מסכת בבא מציעא דף י"ג עמ' א': "מתניתין כיון דנפל אתרע ליה...". ודוק, כאשר השטר נפל הלכה פסוקה היא כי גם החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו אינה חלה לגביו, שכן חזקה זו חלה על שטר תקין. אבל, כשהשטר נפל אנו מניחים כי הוא נפרע. כך נפסק ברמב"ם הלכות מלווה ולווה פרק י"ד, הלכה י"ג: "מי שהיה לו חוב על חברו בשטר ואבד השטר והרי העדים קיימין אף על פי שקנו מידו וטען שפרע הרי זה נשבע היסת, והורו רבותי שאפילו היה החוב לזמן ועדיין לא הגיע זמנו להפרע הואיל וכתבו לו השטר ואין בידו שטר והלווה טוען פרעתי נאמן ונשבע היסת שפרעו שאנו חוששין שמא פרעו ולפיכך קרע השטר או שרפו, וכן הורו רבותי שאפילו היה השטר יוצא מתחת ידי אחר והלווה טוען ממני נפל אחר שפרעתי אף על פי שהוא בתוך זמנו נשבע היסת ונפטר שכיון שאין השטר ביד המלווה אין שם חזקה".

חז"ל במסכת בבא מציעא (דף כ"ז עמ' ב') **את הפסוק** (דברים כ"ב, ב'): **"והיה עמך עד דרוש אחיך אותו" - "וכי תעלה על דעתך שיתננו לו קודם שידרשנו? אלא, דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי". לכן המוצא אינו יכול להחזיר למלווה אם אינו בטוח שהוא שייך לו. הודיית בעל הדין של הלווה נחוצה אפוא כדי להשקיט חשש זה ולאפשר את החזרת השטר למלווה[341]. הודיית בעל הדין של החייב מביאה אפוא לכך שהאבדה של השטר תוחזר לבעליה. השבה זו מפקיעה את הריעותא שנוצרה בשטר עקב איבודו וקוימה דרישת התורה של "עד דרוש אחיך" לברר את זהות בעל האבדה. מכאן ואילך לאחר ששב השטר ליד המלווה שוב אין המלווה גובה מנכסי הלקוחות מחמת הודיית הלווה, אלא מכוח השטר עצמו, ששב לחזקתו ומהווה עילת תביעה העומדת בפני עצמה. נמצא כי זו גבייה מכוח השטר ולא מכוח הודאת בעל דין. ממילא לא ניתן לשאול כי זו הודאה שהיא בגדר של חב לאחרים, שהרי אין גובים דבר מכוח ההודאה[342].**

---

341. ודוק, גם אלמלא הודיה זו פשיטא כי מוצא השטר היה צריך להחזירו למלווה, שכן שטר מעצם מהותו מורה שהוא של המלווה. אכן, מפני שנפל נוצרה ריעותא ויש בו חששות, אך "חשש" זה אינו "ספק" ועל דרך הכלל יש להניח כי נפל מידי המלווה, והמקרים שחוששים להם הם חריגים. על דרך משל, אדם שמוצא רישיון מחזירו לבעליו ואינו מעלה צד שמא הוחרם ע"י המשטרה, והמוצא מכתב מוסרו לנמען ואינו חושש שמא החליט הכותב שלא לשולחו. בדומה לכך, יש להניח כי שטר חוב נפל מידי המלווה. אמנם יתכן שפרעו הלווה ולא קרעו אך זה חשש שאינו משפיע על החובה להשיב את האבדה לבעליה "הטבעי" שהוא המלווה וממילא כשהלווה אומר שאכן השטר לא נפל ממנו, חוזר הדבר לתִקנו ואין עוד נדון בדבר חיוב ההשבה מכוח דיני השבת אבדה, על כן אין ספק שיש להשיבו למלווה. ואכן, ישום אל לב כי בלשון המשנה נאמר "יחזיר", ולא נאמר למי יש להחזיר, ואנו מסבירים כמילתא דפשיטא שיש להחזיר למלווה. למה החזרה למלווה קרויה "יחזיר" סתם? אין זאת אלא כי "שטר" חוזר מטבעו ל"מלווה".

342. ור' בחולין דף צ"ו עמ' א' דברי תוספות שהקשה כיצד מחזירים שטר ע"י סימנים הן בכך יימצא שמוציאין ממון מן המוחזק באמצעות סימנים בעלמא, ופשיטא כי אי אפשר להוציא ממוחזק ע"י סימנים, כגון שיאמרו עדים "פלוני שאלו סימניו לווה". תוס' שם תירצו שהוצאת ממון אינה נעשית מכוח הסימנים אלא מכוח השטר שבידו. הסימנים רק מועילים להשיב לשאלה: "שטר זה ממי נפל ולמי יש להשיבו?" ולעניין זה אכן די בסימנים. נראה לכאורה כי הסבר זה לפיו אין אנו דנים בזמן השבת השטר על הוצאת הממון, אלא על דיני ההשבה של השטר, זהה להסברו של הרב רוזובסקי לגבי השבת אבדה של השטר שלגביה די בסימנים או בהוכחה אחרת ואין צריך לכך עדות של שני עדים.

בהתאם לכך ביאר הרב שמואל רוזובסקי את דברי תוס' במסכת בבא מציעא (דף י"ג עמ' ב' ד"ה "הא") כי אם ידוע שהשטר אבד למלווה אבל אחר כך בא השטר ליד המלווה בהיתר, כגון שהוא עצמו מצאו, הרי שהשטר נשאר בחזקתו והוא גובה באמצעותו ואין מעוררים כנגדו שום חששות. חיסרון הנפילה היה רק לעניין שאין למלווה טענת 'שטרך בידי', וכנגד המוצא שלא יחזיר לפני שהוא דורש היטב שלא ייגרם הפסד ללווה על ידי החזרתו. אבל החיוב בקיום 'דרישה' מצד המוצא אינה מצריכה בירור מוחלט כמו בהוצאת ממון, שהרי הוא מחזיר על פי סימנים בעוד שכדי להוציא ממון צריך ראיה ולא מספיק סימנים. ממילא מובן כי לצורך דרישה זו מספיקה הודאת הלווה אף שיש בה חיסרון של חב לאחרים.

יתרה מכך מצינו ברמב"ם בהלכות השבת אבדה (פרק י"ח הלכה י"ד), כי בכל שטר שעל פי דין אין להחזירו למלווה, אם המוצא החזירו שלא כדין, הרי שלאחר ההחזרה שוב נחשב המלווה למוחזק והוא גובה מכוח השטר.

לכאורה, במקרים אלו לא עומדת למלווה טענת "שטרך בידי מאי בעי", שהרי ידוע לנו שהשטר לא היה בידו אלא נפל ואם כן אין לו שום עדיפות על הלווה. מדוע הוא גובה באמצעותו ואין בידי הלווה לטעון שהשטר פרוע?

נראה כי הסבר לדברים הוא בדברי הגרי"ז סולובייצ'יק כי כאשר המלווה מחזיק שטר, הרי שהדבר מקנה למלווה זכות תביעה שטרית ויש לו כוח לגבות בלא שהלווה יוכל לטעון נגד השטר. השטר יוצר עילה עצמאית ואין לטעון נגדו טענת פירעון של ההלוואה וגם לא טענות על אמיתות השטר. אין הדבר נובע מכך שעומדת לרשות המלווה עדיפות ראייתית מכוח סברת "שטרך בידי מאי בעי" אלא זהו דין מדיני שטר, לפיו ככל שאדם מחזיק בשטר אין הלווה נאמן לטעון כנגד השטר טענת פרעתי[343]. על כן, אף שיודעים אנו כי השטר בא לידי המלווה

---

343. ראינו בדברי הרב מבריסק לעיל, שכוח המלווה המחזיק בשטר אינו נובע מדיני הראיות אלא שעצם ההחזקה בשטר מהווה כשלעצמה עילת תביעה. מבחינת דיני הראיות הכלל הוא כי "המוציא מחברו עליו הראיה", והטענה של "שטרך בידי מאי בעי" אינה ראיה. טענה זו רק מבהירה מדוע ההחזקה בשטר מהווה עילה העומדת בפני עצמה ומדוע מנוע ככלל הלווה לטעון כנגד השטר כי פרוע הוא. ממילא ברור כי אף כשאין בידי המחזיק בשטר טענת "שטרך בידי מאי בעי" הוא יכול לגבות מן הלווה מחמת עצם העילה השטרית שבידו כמי שמחזיק בשטר.

מכוח מציאתו לאחר שנפל, או אף ע"י שהושב לו שלא כדין, ואף שיש "ריעותא" מכוח הנפילה שמסירה את טענת "שטרך בידי מאי בעי", יכול המלווה לגבות מכוח העילה השטרית שמקנה לו עצם ההחזקה בשטר.

ה. קיום שטרות

שטר כעדות

עמדנו לעיל בפתח התייחסותנו ל"תוקף הראייתי של שטר", כי עדות שבשטר נחשבת מן התורה לראיה חלוטה שאין אחריה כלום, אף בלי בדיקת בית הדין. כך מצינו בגמרא במסכת גיטין (דף ג' עמ' א'): "אמר ריש לקיש: עדים החתומים על השטר - נעשו כמי שנחקרה עדותן בבית דין". בדבריו של ריש לקיש כלולים שני דינים:

האחד שהעדים אכן חתמו על השטר והשטר אינו מזויף;

השני - שעדותם של העדים אמת היא.

לעיל עסקנו בדין השני הנוגע לנכונות תוכן העדות ולתוקפה הראייתי. להלן נעסוק בדין הראשון, לפיו שטר המוצג בפני בית הדין, מוחזק שנחתם בכשרות ע"י שני עדים ולא זויף ע"י בעל הדין המחזיק בו.

רש"י מבאר כי מדאורייתא שטר אינו צריך קיום "דלא חציף איניש לזיופי". כלומר, יש חזקה שהעדים המצוינים בשטר אכן חתמו עליו. ביחס לדברי רש"י אלו, תמה הרב אלחנן וסרמן ("קובץ שיעורים" חלק א', בבא בתרא אות תק"צ): "וקשה דאם כן אין זה אלא אנן סהדי ואין לזה כוח עדות"? כלומר, ההנחה שאדם לא מזייף שטר מבוססת על חזקה ואם כן, כיצד ניתן לתת לעדי השטר תוקף של עדות שקוימה ונחקרה, כאשר למעשה זו אינה עדות אלא חזקה בלבד?

הרב וסרמן תירץ: "ונראה דהכוונה, דכך הוא דין שטר שלא נחוש שמא מזויף הוא ונסמוך על החזקה שלא חציף איניש, וכוח השטר הוא ככוח עדים ולא כאנן סהדי גרידא".

ובכן מה פשר הדבר? האם יש גזירת הכתוב כי שטר הוא זה ויש להתייחס אליו כאל מסמך שלא זויף שיש לו תוקף של עדות?

בתחילת פרק זה ביארנו את דברי רש"י כי החזקה יוצרת הנחה עובדתית ראשונית שהשטר שלפנינו לא זויף. לאחר מכן משהוחזק השטר, בפנינו שטר שתוכנו עם החתימות נחשב לעדות, בלא שנחזור אחורה ונשאל שוב מניין לנו שזהו שטר.

לאחר שיש חזקה שכזו, נקבע הדבר כידיעה ברורה שיש בפנינו עדים כשרים. מכאן ואילך העדות שבשטר היא שמוכיחה את נשוא העדות.

בדומה לכך, כאשר יש עד אחד שהעיד כי חתיכה מסוימת היא חֵלֶב ולא שומן, הרי שאם יבואו לאחר מכן עדים לפיהם פלוני אכל חתיכה זו הוא ילקה על פיהם. אכן, בבסיס העדות ניצבת עדות של עד אחד בלבד שהחתיכה היא חֵלֶב ואין מלקים על פי עדות עד אחד, אבל, העד האחד לא בא לחייב מלקות אלא להעיד כי חתיכה זו היא חֵלֶב. לאחר העדות משהוחזק הדבר על פי עדותו, הרי שהדבר נחשב כנתון עובדתי ולא כדבר שנצרך שוב להוכחה. וממילא העדים שאכל חתיכה זאת הם המחייבים במלקות.

יסוד לדברים כבר מצינו בתוספות במסכת יבמות (דף פ"ח עמ' א' ד"ה "אתא").

תוספות שואל מדוע אם העידו שני עדים שפלוני הרג, ולאחר מכן בא הרוג ברגליו, אין לומר שזו הכחשה בעלמא, שהרי הידיעה שההרוג חי היא מכוח 'אנן סהדי' הנחשב כעדות, מול עדות זו יש לנו עדות אחרת שהוא מת. אם כן בהכרח שהאיש שבפנינו אינו ההרוג, והכלל הוא שאין מאה עדים מאוחרים גוברים על שני העדים הראשונים, שהרי "תרי כמאה" ואין תוקף ראייתי נוסף למספר עדים גבוה יותר בכת השנייה. תוספות משיב כי כלל זה לא נאמר ביחס ל"אנן סהדי" דהוא "דבר הנראה וידוע לכול". כלומר, יש דברים שמקבלים תוקף כעובדה מוגמרת בעיני כול.

הוא הדין ביחס לשטר. לנוכח החזקה שלא חציף איניש לזיופי אנו מניחים כנתון עובדתי שזהו שטר חתום, כדת וכדין. ממילא מכאן ואילך יש לשטר זה תוקף של עדות, ולא תוקף של חזקה.

קיום השטר

על אף שמדאורייתא אין מעלים ספק אודות שטר שמא הוא מזויף, הרי שרבנן הצריכו "קיום" של השטר. כך מצינו בגמרא במסכת גיטין (דף ג' עמ' א') כי עד אחד מועיל להעיד שהוא מזהה את כתב היד של החותמים בגט, שהוא חתימת

ידי העדים ולא זיוף. אילו היה דין קיום שטרות מדאורייתא לא היה די בעד אחד, שהרי גט מתיר אשת איש "ואין דבר שבערווה פחות משניים". אבל, הגמרא מבארת כי מכיוון שמדאורייתא אין צורך בקיום שטרות כלל והחיוב לקיים את השטר הוא מדרבנן, הרי שבגט הקלו להסתפק אף בקיום ע"י עד אחד כדי שלא לעגן את האישה. בלשון הגמרא: "רבנן הוא דאצרוך, והכא משום עיגונא אקילו בה רבנן".

בדומה לכך מצינו במסכת כתובות (דף כ"א עמ' ב') כי לגבי שטרות "עד נעשה דיין", כלומר אדם המכיר את חתימת עדי השטר ויודע להעיד על כך, יכול לשבת בבית הדין הדן ביחס לקיום השטר. הגמרא תמהה, שכן לעניין קידוש החודש הכלל הוא ש'אין עד נעשה דיין'. טעמו של הכלל הוא כי זו 'עדות שאי אפשר להזימה' שהרי הדיין לא יכול לקבל עדות הזמה על עצמו. במה שונה אפוא הדין של קיום שטר? הגמרא משיבה: "הנח לעדות החודש - שהיא מדאורייתא, ואילו קיום שטרות - מדרבנן".

כמו כן מבואר במסכת כתובות (דף כ"ח עמ' א'). המשנה שם מונה שורה של דברים שהעדים נאמנים להעיד בעת היותם גדולים על מה שראו בהיותם קטנים, בכלל זה נאמר כי "נאמן אדם לומר זה כתב ידו של אבא וזה כתב ידו של רבי וזה כתב ידו של אחי". הגמרא מבארת כי נאמנות זו קיימת אף ביחס לקרובים "כיון דקיום שטרות מדרבנן, הימנוהו רבנן בדרבנן".

הטעם שמדרבנן הצריכו לקיים את השטר מבואר בשיטה מקובצת (בבא מציעא דף ז' עמ' א') בשם הרא"ש, כי נתקלקלו הדורות[344] וממילא אין עוד חזקה שלא מזייפים שטרות.

כיצד מקיימים את השטר? כתב הרמב"ם בהלכות עדות פרק ו' הלכה ב':

"באחד מחמישה דרכים מתקיים השטר בבית דין.

הדרך האחד שיהיו דיינים מכירין כתב ידי העדים שזו עדות פלוני וזו עדות פלוני;

הדרך השני שיחתמו העדים בפניהם;

הדרך השלישי שיבואו העדים החתומים בפניהם ויאמר כל אחד ואחד זה כתב ידי ואני עד בדבר הזה;

---

344. ובלשונו: "חכמים הצריכו קיום אחר שנתקלקלו הדורות, ודוקא היכא דטוען מזויף צריך קיום אבל בטענה אחרת במיגו דמזויף לא מהימן דזיוף לא שכיח".

הדרך הרביעי שאם מתו עדי השטר או שהיו במדינה אחרת יבואו עדים ויעידו על כתב ידם שהוא זה;

הדרך החמישי שיהיה כתב ידם יוצא משטרות אחרים ועורכים (משווים) בית דין זה הכתב לאותו הכתב שבשטרות אחרים ויהיה דומה זה לזה ויראה להם ביחד שכתב ידי אלו הוא כתב ידי אלו".

ודוק, השוואת חתימות אינה עדות, שהרי אין בכך הגדת עדות ולא קבלת עדות, ולא מצינו עדות שכזו בשום מקום אחר. אך מכיוון שקיום שטרות אינו אלא מדרבנן, הרי שביחד עם הקביעה שנדרש לקיים את השטר קבעו חכמים שגם השוואת חתימות זו מועילה כדי לקיים את השטר.

על כן כתב הטור (חושן משפט סימן מ"ו בשם רב שרירא גאון) כי אם יהיה בפנינו מקרה שבו נחוץ קיום שטרות מדאורייתא, לא נוכל לבצע קיום זה ע"י השוואת חתימות, ויהא צורך בקיום השטר ע"י אחת מדרכי הקיום האחרות.

קיום שטרות מדאורייתא - שיטת רבי אביגדור כ"ץ

היכן מצינו קיום שטרות מדאורייתא?

בהגהות המרדכי (קידושין סימן תקס"ט) כתב בשם הרב אביגדור כהן[345] כי אם העדים אומרים לא חתמנו או שבעל הדין טוען ברי כי השטר מזויף - צריך קיום אף מהתורה[346]. זאת ועוד, ביחס לדברי המשנה בגיטין (דף ב' עמ' א'): "ואם יש עליו (על

---

345. מקרה נוסף שבו יש חובת קיום שטר מדאורייתא מובא ע"י נתיבות המשפט חושן משפט סימן מ"ו ס"ק י' אם העדים החתומים אינם ידועים. במקרה זה החיוב לקיים מדאורייתא, כיוון שאי אפשר לברר עניין זה. אולם ה"דברי חיים" אבן העזר ח"ב סימן קל"ג (הובאו דבריו בשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ג סימן פ') חלק עליו והבהיר כי בחתימה לא חיישינן למזויף.

346. הרב אביגדור כהן מוכיח שיטתו זאת, מכך שבגמרא במסכת גיטין דף י"ז עמ' א' מצינו כי תקנו זמן בגט, שמא יגלה אדם שזינתה אשתו וממילא דינה מיתה, אלא שהיא בת אחותו והוא חס עליה, ועל כן כדי לחפות על בת אחותו הוא יכתוב גט ללא זמן ויטען שהגט נכתב במועד מוקדם לאירוע הזנות, כך שיימצא כי כשזינתה לא הייתה אשת איש. ולכאורה, מה הועילו בכך שחייבו לכתוב מועד בשטר הגירושין, הרי הבעל יכול לזייף את השטר עם זמן מוקדם ויזייף את חתימת העדים? אין זאת אלא שזיוף זה לא

הגט) עוררים יתקיים בחותמיו", כותב רש"י: "ואם יעידו העדים על חתימת ידיהם או עדים אחרים יכירו חתימתם כשר". רש"י לא הזכיר את דרך הקיום של השוואת כתב ידם לשטר אחר. הדבר מוסבר בהתאם לשיטת רבי אביגדור כהן צדק, שכן כשיש עוררים חובת הקיום היא מדאורייתא, וביחס למקרה שכזה לא ניתן לבצע קיום ע"י השוואת חתימות לשטר אחר.

בהתאם לדברי הטור האמורים מבאר רבי עקיבא איגר את שאלת תוספות במסכת גיטין (דף ב' עמ' ב' ד"ה "ואם"). ביחס לאדם שמצא שטר שאין בו אחריות כלומר, שטר שלא מכיל שעבוד על קרקע להבטחת גביית החוב ע"י המלווה. לפי דעת חכמים הדין הוא שהמוצא לא יחזיר את השטר למלווה כשאין החייב מודה בחוב. תוספות שואל ממה יש לחשוש? הרי אם השטר יקוים ע"י עדים יהא הדין עם המלווה, ואם לא יקוים השטר, מה מפסיד הלווה מכך שהשטר מצוי בידי המלווה, הרי הלווה טוען מזויף? תוספות מבאר כי אין מחזירים את השטר למלווה, שכן שטר שנפל "איתרע בנפילתו", ומשאיבד השטר את כוחו הראייתי, הרי שגם אם המלווה יקיים אותו ע"י עדים אין לגבות מכוחו. משכך קבעו חז"ל שאין להחזיר את השטר למלווה שמא ילך המלווה ויקיים את השטר בעדים כשרים, וישוב להוציא מכוחו בבית דין שלא יודעים כי זהו שטר שנפל והושב למלווה שלא כדין. דברי תוספות מחודשים ולפיהם נמצא כי לא מועיל קיום כלל ועיקר בשטר שנפל. מדוע?

בהתאם לשיטת רבי אביגדור כהן מציע רבי עקיבא איגר ביאור לפיו שטר שנפל שהתערערה נאמנותו ניתן לקיימו, אלא שנדרש קיום מדאורייתא. על כן, קיום ע"י השוואת חתימות לשטר אחר לא יועיל. משום כך לא יחזיר המוצא את השטר שנפל לידי המלווה, פן יבא הלה לבית דין שלא ידעו מהנפילה ויקיים את השטר ע"י השוואתו לחתימות בשטר אחר, וזהו קיום שאינו מועיל לשטר שנפל[347].

יועיל כי כשיש הכחשה אין לשטר שאינו מקוים דין שטר. ברם, שהש"ך חו"מ סימן מ"ו ס"ק ט' תמה, דאדרבה כיוון שמהתורה לא נדרש קיום שכן לא חיישינן למזויף, אם כן גם בדרבנן לא חששו היה להם לחשוש שיחפה על בת אחותו ויזייף.

347. רבי עקיבא איגר משתמש בתירוץ של תוספות כי יש ריעותא בשטר שנפל, אך מצמצם את היקף החידוש של תוספות. בהסברו של רבי עקיבא איגר די כדי לבאר מדוע אין להחזיר את השטר למלווה, והחידוש צומצם לכך שרק קיום ע"י השוואת החתימות לשטר אחר אינו מועיל.

קיום שטרות מדאורייתא - שיטת הרמב"ם

נראה כי שיטת הרמב"ם תואמת לשיטת רבי אביגדור כהן צדק:

א. הרמב"ם בהלכות גירושין (פרק ז' הלכה ב') פוסק: "בא הבעל וערער ואמר לא גרשתי מעולם וגט שהובא לה מזויף הוא - יתקיים בחותמיו. ואם לא נתקיים ולא נודעו עדיו כלל, תצא והולד ממזר שהרי **אינה מגורשת**. אבד הגט הרי זו ספק מגורשת".

ב. ודוק, משמעות פסקו של הרמב"ם היא שהגט בטל מדאורייתא, שהרי הרמב"ם (הלכות גירושין פרק י', הלכה א' - ב') פסק: "כל מקום שאמרנו בחיבור זה שהגט בטל או אינו גט או **אינה מגורשת** הרי זה גט בטל מן **התורה** ועדיין היא אשת איש גמורה ואם נשאת תצא והולד ממזר... וכל מקום שאמרנו בחיבור זה שהגט פסול הרי זה פסול מדברי סופרים בלבד ונפסלה בו מן הכהונה מדברי תורה, ולכתחילה לא תנשא ואם נשאת לא תצא והולד כשר".

ג. מדוע פסק הרמב"ם כי האישה אינה מגורשת באופן ודאי מדאורייתא?

הן מדאורייתא כל שטר נחשב כמי שנחקרה עדותו בבית דין, והדין של קיום שטרות הוא רק **מדרבנן**. אם כן כשהבעל ערער על הגט, היה צריך להיות הדין כי הפסול של הגט הוא מדרבנן ומספק בלבד?

בהגהות הרמ"ך על הרמב"ם כתב על כן: "תימה, כיון דקיימא לן כריש לקיש (מסכת גיטין דף ג' עמ' א') דקיום שטרות דרבנן והעדים החותמים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבית דין, אמאי אינה מגורשת בודאי? ואמאי הולד ממזר ומותר בממזרת? ומן הדין ספק ממזר הוא דהוי, ממזר ודאי לא הוי?"

ד. אולם, דברי הרמב"ם מובנים היטב בהתאם לשיטת הרב אביגדור כהן לפיה קיום שטרות הוא מדרבנן רק כשיש חשש בעלמא שהשטר מזויף. אבל, כאשר בעל השטר, שהיה אמור לכתוב אותו - מערער עליו בטענת "ודאי" כי לא עשה את השטר הזה, הרי שהשטר מאבד את כוחו **ומדאורייתא** אין פה שטר עד שיקיימו אותו בעדים.

ה. לפי שיטה זו ברור כי מכיוון שהבעל טוען שהגט מזויף, הרי שצריך קיום מהתורה, ובהעדר קיום אין בפנינו שטר ואין כאן גט כלל, שכן הקיום אינו נדרש מחמת חשש בעלמא ומדרבנן, אלא שהתורה ביטלה את תוקפו של השטר מכול וכול בעקבות הערעור עד שיימצא לו קיום. משכך, כל עוד לא

קוים הגט, נמצא כי האישה קיבלה נייר בעלמא ולא גט, שכן תוקפו של הגט בטל. על כן פוסק הרמב"ם כי האישה בוודאי אינה מגורשת, ואם תינשא לאחר יהיה ולדה ממזר גמור.

נראה כי גם מדברי הרמב"ם בהלכות נוספות[348] משמע שפסק כשיטת רבי אביגדור כהן, שכן הרמב"ם כתב: "עדים החתומים על הגט הרי הן כמי שנחקרה עדותן בבית דין **עד שיהא שם מערער**, לפיכך נעמיד הגט בחזקתו ותנשא ואין חוששין שמא ימצא מזויף". משמע כי כשיש מערער בטל הדין של "נחקרה עדותם בבית דין" ואין בפנינו שטר.

עוד כתב הרמב"ם: "בא הבעל וערער... אם לא נתקיים אינה מגורשת להיותה מותרת לאחרים, אבל נפסלה מן הכהונה כמו שביארנו שהרי פסלה עצמה בהודאת פיה **ועשתה עצמה** כחתיכה של איסור". מדברי הרמב"ם הללו עולה שהאישה אסורה בתרומה רק מפני שהיא עצמה הביאה את גיטה בפנינו ואסרה את עצמה באכילת תרומה מכוח הדין של "שוויא אנפשה חתיכה דאיסורא"[349]. אלמלא הודאת האישה ביחס לעצמה שהיא אסורה בתרומה - הרי שמצד ערעור הבעל היה הגט בטל לחלוטין, ואם האישה הייתה אשת כהן הרי שהיה מן הדין להותיר את הדין שהיא אוכלת בתרומה. כלומר שאף לקולא אין כאן צד גירושין, שכן הגט בטל מכול וכול.

עם זאת, עיון נוסף בדברי הרמב"ם, מעלה קושי חמור: אכן, הרמב"ם פסק כאמור (בהלכות גירושין פרק ז' הלכה ב') כי כאשר ערער הבעל על הגט, האישה מוחזקת כוודאי אינה מגורשת שכן הגט בטל מכול וכול בעקבות ערעור הבעל. ברם, שבסיום אותה הלכה פסק הרמב"ם: "אבד הגט הרי זו **ספק מגורשת**", אף שבוודאי מדובר כשהבעל מכחיש את הגירושין.

אם אכן סבור הרמב"ם כשיטת רבי אביגדור כהן, שערעור הבעל מועיל לבטל את הגט מן התורה, מדוע כאשר אבד הגט ואי אפשר לקיימו האישה רק ספק מגורשת? הן הגט בטל לחלוטין בעקבות ערעור הבעל?

---

348. רמב"ם הלכות גירושין פרק ז' הלכה כ"ד, וכן פרק י"ב הלכה ג'.

349. כתובות דף כ"ב עמ' א': אדם שאמר על חתיכה המוחזקת כמותרת כי היא אסורה, הרי שהוא מחיל על החתיכה הזו דין של איסור ביחס לעצמו אף שכלפי כל העולם החתיכה מותרת וכשרה למהדרין.

על כן נראה, ששיטת הרמב"ם תואמת רק באופן חלקי, לדברי רבי אביגדור כהן. הרמב"ם סבור כי רק אם תצטרף ריעותא נוספת לערעור הבעל יתבטל הגט לחלוטין מן התורה. נפרט את הדברים:

א. המגיד משנה (הלכות גירושין פרק ז' הלכה א') מבאר: "ונראה שהוא (הרמב"ם) סבור דאע"ג דקיום שטרות דרבנן, הכא שהבעל מערער וטוען בברי שמזויף הוא והיא אינה יודעת בזה דבר, וחתימת העדים אינה מצויה (כלומר שהאישה חיפשה עדים שיקיימו את גיטה ולא מצאה) - העמד אישה על חזקתה דהויא ליה אשת איש. אבל כשאבד הויא ספק מגורשת, דדילמא אי הוה גט קיים הוה מתקיים בחותמיו".

ב. לכאורה הדברים תמוהים, שהרי ביחס לסברא של "העמד אשה על חזקתה" אין שום נפקות אם הגט נמצא בפנינו או שהגט אבד. אם כן, מדוע כאשר הגט אבד אין אנו מכריעים את הספק וקובעים כי האישה בוודאי אינה מגורשת מכוח הדין של "העמד אישה על חזקתה - חזקת אשת איש"? אין זאת אלא שאף שהבעל מכחיש את הגט, כיוון שהיה גט בפנינו לפני שאבד, והדין קובע כי מן התורה עדות שבשטר כמוה כעדות שנחקרה בבית דין, הוי כריעותא לפנינו ואין אנו יכולים להעמיד את האישה על חזקתה, כלומר כי היא לא קיבלה גט. אם כן, גם כשהגט בפנינו ואינו מקוים, לא נוכל להעמיד את האישה על חזקתה מאותו טעם עצמו?

ג. הט"ז (על שולחן ערוך אבן העזר סימן קמ"א ס"ק ל"ד) הביא את דברי הרמב"ם וה"מגיד משנה" האמורים ותמה: "ויש להקשות בקל וחומר להיפך דמה כשהגט עדיין לפנינו אלא שאין מקוים ואפשר היום או למחר לקיימו ואף על גב דאין עדים מצויים מכל מקום יש אפשרות שיבואו עדים ויקיימוהו, אפילו הכי אין משגיחין בגט ומשוינן לה אשת איש גמורה מחמת החזקה שלה כיון שהבעל מערער. כל שכן אם אבד הגט והבעל מערער ואומר מזויף היה, ואי אפשר בעולם לקיימו, נימא דהוה ספק מגורשת כיון דאם היה קיים היה אפשר לקיימו, אין זה אלא תימה דאם באמת קיים הוה - אינו גט, ובאבד נימא שמא אם היה קיים היה מתקיים בחותמיו"?

ד. הט"ז מיישב: "ויש לומר דכשהוא בכאן ואינו יכול לקיימו גרע טפי, דאם אמת הוא הגט - תלך לשם ותקיימו, ומדלא עשתה כך ודאי זיוף הוא. מה שאין כן באבד - אין הוכחה להוציא מידי ספק".

כלומר, העדר קיום לא מביא לביטול הגט. אבל, אם מחפשים קיום לגט ולא מוצאים, הדבר גורם לריעותא נוספת והיא כבר גורמת לבטלותו של השטר.

ה. הרב נפתלי טרופ ("חידושי הגרנ"ט" גיטין סימן ס"ג) מבאר זאת, כי כדי שגט יהא בטל, אנו זקוקים לערעור של הבעל על הגט, בצירוף עם חזקת אשת איש, ובצירוף של ריעותא נוספת שלא מצינו מי שיקיים את הגט. רק ריעותא משולשת זו מביאה לשלילה של תוקף הגט באופן ודאי.

ו. מכאן עולה אפוא כי גם לשיטת הרמב"ם יש מושג של גט בטל, אולם ערעור הבעל לבדו לא הועיל לבטל את הגט ואף חזקת אשת איש לא הועילה, שהרי הגט לפנינו. רק אם יש ריעותא נוספת בטל הגט מן התורה.

הסברו של הגרי"ז סולובייצ'יק לשיטת הרמב"ם - כוחו של "בעל השטר"

הרב י.ז. סולובייצ'יק (הרב מבריסק) בספר חידושי הגרי"ז על מסכת גיטין הציע הסבר אחר לדברי הרמב"ם. לא כל ערעור של עד על גט מסכל את הדין של "נחקרה עדות העדים שבשטר", הגט בטל לאחר ערעור של הבעל - מכיוון שיש כוח ראייתי המיוחד ל"בעל השטר" לערער על שטרו. נפרט:

במשנה במסכת גיטין (דף ב' עמ' א') נאמר: "המביא גט בארץ ישראל אינו צריך שיאמר בפני נכתב ובפני נחתם, ואם יש עליו עוררים - יתקיים בחותמיו". הגמרא בדף ט' עמ' א' מקשה: "ערער כמה? אילימא ערער חד, והאמר רבי יוחנן דברי הכל אין ערער פחות משניים". אין זאת אלא שערערו שניים על השטר. אם כן כיצד יתקיים השטר בחותמיו, הרי במקרה זה יהיו בפנינו שניים (המערערים על השטר) כנגד שני עדי השטר "תרי ותרי נינהו", וכשיש עדות מול עדות מה ראית לסמוך על אלו המקיימים את השטר ולא על העדים המערערים עליו? הגמרא מסיקה על כן "אלא ערער דבעל". כלומר, מדובר במקרה שבעל האישה הוא המערער על הגט לפוסלו. במקרה זה הבעל מהימן אף במקום שסתם עד אחד אינו מהימן, ועל כן צריך שני עדים בשטר כדי לקיימו. נמצא כי לבעל יש יותר כוח מאשר לכל אדם אחר המהווה עד אחד. במה שונה דינו של הבעל?

אין לומר כי הבעל מהימן מדין "הודאת בעל דין", שהרי הבעל אינו נחשב "בעל דין" בבואו לפסול את גיטה של גרושתו, שכן מבואר בר"ן בריש מסכת גיטין שהבעל אינו נחשב כמודה בדבר השייך לו, שהרי האישה אינה ממונו של הבעל וגם אינו מודה-מעיד לטובתה.

הגרי"ז מחדש על כן כי הבעל מהימן בערעורו על הגט, אף שעד אחד אינו מהימן, מדין "בעל השטר".

בעל שטר הוא מי שעושה את השטר, אדם שיוצר משהו נאמן להעיד על מעשה ידיו, להכשיר או לפסול.

הווי אומר כי לפי שיטת הרב אביגדור כהן צדק, ערעור הבעל רק מבטל את חזקת השטר וגורם שתתבטל ה"נחקרה עדותם" של השטר וזהו שטר בלי קיום. לעומת זאת לפי הסברו של הגרי"ז שיטת הרמב"ם היא כי יש לבעל נאמנות מיוחדת לפסול מכוח היותו "בעל השטר", ומחמת מעמד זה הוא מהימן לפסול את השטר לחלוטין. נאמנות זו תפוג רק אם השטר מקוים ע"י שני עדים.

בהתאם לכך נמצא כי כאשר המשנה אומרת שבמקרה של ערעור הבעל יתקיים השטר בחותמיו, פשר הדבר הוא שבלי קיום כאמור, יהא השטר פסול מדאורייתא, שכן הבעל שהוא עושה השטר ערער על תוקפו. ואכן, במשנה מצינו כי אם אין אמירת "בפני נכתב" הרי שהשטר פסול והבנים ממזרים. בהמשך לכך נאמר כי בארץ ישראל לא צריך אמירת "בפני נכתב" אך אם יש ערעור של הבעל חוזר הדין שצריך קיום לשטר ובלעדיו הגט פסול.

בהתאם להסבר זה מבאר הגרי"ז את דברי הרמב"ם בהלכות גירושין (פרק ז' הלכה ב') כי "בא הבעל וערער ואמר לא גרשתי מעולם וגט שהובא לה מזויף הוא - יתקיים בחותמיו, ואם לא נתקיים ולא נודעו עדיו כלל, תצא והולד ממזר שהרי אינה מגורשת". אילו הייתה זו רק טענת בעל דין המצריכה קיום של השטר, הרי שבהעדר קיום - היה זה רק ספק. אבל, הרמב"ם פוסק כי השטר בטל לגמרי מדאורייתא, מכיוון ש"בעל השטר" פסל אותו. כלומר, בהעדר עדי קיום שיבטלו את תוקף ערעורו של בעל השטר - הערעור של הבעלים פוסל את השטר מדאורייתא. זהו כוחו של בעל שטר, לפסול את מעשי ידיו.

מצד שני יש לשים לב כי בסיפא של פסקו כתב הרמב"ם שם: "אבד הגט הרי זו ספק מגורשת". נמצא כי אמירת הבעל אינה פוסלת אלא בצירוף הריעותא שלא

מוצאים עדי קיום. אך לפי שיטת הגרי"ז שבידי בעל השטר לפסול את השטר שעשה, מדוע זקוקים אנו לריעותא זו? לכאורה, בהינתן ערעור הבעל, ובהעדר עדי קיום, היה מן הדין שהשטר ייפסל בוודאות מכוח ערעור הבעל, ומה חשובה לנו העובדה שהשטר אבד? אין זאת אלא שכוחו של "בעל השטר" אינו "לפסול" מיידית, אלא לדרוש קיום השטר כתנאי לכך שהשטר לא ייפסל. דרישה זו אין הבעל יכול להעלות כשהשטר אבד ואינו בפנינו.

הסברו של הגרנ"ט

הרב נפתלי טרופ בספרו "חידושי הגרנ"ט" גיטין סימן ס"ג מציע תחילה ביאור כי כל עיקר דין עדות הוא רק כאשר אפשר לברר את הדבר על פי עדות העדים. אבל עדות שאי אפשר לברר את הדבר ע"י העדים, אין לעדות כוח ראייתי ואין זו עדות כלל. אם כן, כשהבעל טוען שהגט מזויף ואי אפשר לקיים את הגט, נמצא שאי אפשר לברר את הדבר על פי עדותם של עדי השטר ואין כאן עדות. על כן הגט אינו גט ואם נישאת תצא והוולד ממזר מדין ודאי. לעומת זאת כשאבד הגט הרי היא ספק מגורשת, כי שמא אילו היה הגט לפנינו היינו מקיימים אותו ומבררים את הגירושין ע"י העדות.

דברי הגרנ"ט מעוררים קושי כי לכאורה גם אם השטר אבד אין בפנינו כוח ראייתי של עדים ואין בירור של העובדות, ואם כן היה מן הדין שהשטר יהא פסול מדאורייתא בוודאות ולא מספק. נראה שכוונתו לכך, שעדות וגט שיש בפנינו ולא מצליחים לקיימה, יוצרים ריעותא ובכך הדבר גרוע ממקרה שידוע שהיה גט בידי האישה, ואין עכשיו את הגט, שזהו ספק ללא ריעותא. אלא שהגרנ"ט עצמו דוחה סברא זו משום שלפיה כל שטר שהמתחייב טוען שהוא מזויף ואין בידו לקיימו יהיה בטל מדאורייתא, ואם כן נמצא כי כל קיום שטרות הוא מדאורייתא.

אולם, נראה כי בדברי הגרי"ז יש הסבר לדברים, שכן אין כוח למערער לפסול את השטר באופן מיידי, ואין זה חיסרון בשטר או ריעותא כלשהי, אלא שמי שהשטר מחייבו רשאי לדרוש להביא עדי קיום, שאם לא כן ייפסל השטר. דרישה זו אינה יכולה לקבל תוקף כשהדורש יודע שאינה מעשית, כגון בעל הדורש קיום כשהוא יודע שהשטר אבד, וזה בבחינת "הרי את מקודשת לי על מנת שתעלי לרקיע". כוח הבעל לטעון נגד השטר אינו אבסולוטי ומוחלט. מעמדו כ"בעל השטר" אינו

מאפשר לו לפסול את השטר אלא נותן לו זכות דרישה לקיום השטר, אך זכות דרישה זו קיימת כל עוד שהאישה יכולה לעמוד בה באופן מעשי. ממילא, אם השטר אבד, הרי שאין דרישה תקפה של הבעל, וממילא אין מקום לפסול את השטר בוודאות.

ו. קיום שטרות בכתב

סתירה בפסקו של הרמ"א ובדברי הריב"ש

אחת מחמש הדרכים המובאות בשולחן ערוך בסימן מ"ו (סעיף ז') לקיום שטר הוא שיבואו העדים החתומים בשטר ויעידו שזה כתב ידם. הרמ"א מוסיף: "ויכולים (העדים החתומים) להעיד עדות זה מתוך כתבם, ואינם צריכים להעיד בפיהם". הרמ"א מציין כי מקור פסקו בדברי הריב"ש (בסימן שפ"ב, ובסימן תי"ג). פסק זה של הרמ"א סותר לכאורה לפסקו שלו בהגהת הרמ"א על שולחן ערוך אבן העזר סימן קמ"ב (סעיף ז'). הרמ"א מתייחס שם לכלל לפיו מי שמביא גט מחו"ל צריך לקיימו ע"י אמירת "בפני נכתב ובפני נחתם". ביחס לדין זה כותב הרמ"א כי "אילם לא יוכל להביא גט, אף על פי שיוכל לכתוב: בפני נכתב ובפני נחתם, **דצריך לומר בפיו**". הרמ"א כותב כי מקור פסקו זה גם הוא בדברי הריב"ש (בסימן ר"מ).

לכאורה, דברי הרמ"א והריב"ש סותרים אלו את אלו, שהרי אם קיום השטר יכול להיערך מפי הכתב ואין צריך לומר בפיו, מדוע פסול הוא האילם המביא גט מחו"ל להעיד מתוך הכתב "בפני נכתב ובפני נחתם"? ודוק, כי אמירת השליח המביא גט "בפני נכתב ובפני נחתם" מקבילה לקיום שטרות.[350]

שאלתו של "קצות החושן"

בגמרא מסכת גיטין דף ע"א עמ' א' מצינו: "תניא: אם לא יגיד - פרט לאלם שאינו יכול להגיד; אמאי, הא יכול להגיד מתוך הכתב? אמר ליה אביי: עדות קאמרת? שאני עדות, דרחמנא אמר: מפיהם - ולא מפי כתבם". והלכה היא בשולחן ערוך (חושן משפט סימן מ"ו סעיף ל"ו): "חתם כשהיה בריא ונשתתק, הוא אינו יכול להעיד

---

350. לפי טעמו של רבא תיקנו שהשליח יאמר זאת על מנת שיהיה תחליף לקיום השטר. אך אף לדברי רבה שיש טעם נוסף לאמירה זו בכדי לוודא שהגט נכתב "לשמה", גם הוא מודה לטעמו של רבא, כמבואר בתחילת מסכת גיטין.

על כתב ידו". מקשה "קצות החושן" (בסימן מ"ו ס"ק י"ט) אם מדובר שהמשתתק רוצה להעיד שזה כתב ידו בכתיבה ובעדות שאינה בשטר, גם אדם בריא לא יכול כך להעיד, שכן הדין הוא "מפיהם ולא מפי כתבם". אין זאת אלא שמדובר בעדות שנכתבת **כשטר ולא כעדות**. אם כן מדוע אין האילם יכול להעיד מתוך הכתב, הן שטר כשר כראיה ולא נאמר בו הדין של "מפיהם ולא מפי כתבם"? מכאן מסיק "קצות החושן" כי פסולו של אילם הוא "פסול הגוף" והוא ממועט מעדות בפסוק "אם לא יגיד". פסול הגוף של האילם פוסל את עדותו גם בדבר שאין צריך בו הגדה כגון בשטר, שכן העד אינו עד. בהתאם לכך מסיק "קצות החושן" כי אילם אינו יכול להעיד אפילו בקיום שטרות דרבנן. אכן, ככלל, עדות קיום שטרות כשרה גם מפי כתב, אבל אילם אינו פסול מחמת שהוא מעיד בכתב, אלא זהו פסול בגופו שמחמתו אינו כשיר להיות עד.

עם זאת, מקשה "קצות החושן" על מה שכתב הריב"ש הנ"ל כי לגבי עדות של "בפני נכתב" אילם פסול, שהרי ביחס לעדות של "בפני נכתב" הקלו חכמים וגם כל העדים הפסולים לעדויות אחרות כשרים להיות שליחים המביאים את הגט ולהעיד. משום כך מעידים גם אישה וקרוב ואפילו האישה המתגרשת בעצמה מביאה את גיטה ומעידה. אם כן מדוע שלא תועיל עדותו של האילם בכתב כי בפניו נכתב השטר? הן במקרה זה אין לומר כי הדבר נובע מפסול הגוף, שהרי כל הפסולים מעידים[351]?

הסברו של ה"בית מאיר"

הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" (גיטין סימן ט') מביא יישוב של ה"בית מאיר" (על אבן העזר סימן קמ"ב סעיף ו') לקושי זה. לדבריו עדות קיום מועילה בכתב, לא מכיוון שרבנן הקלו ביחס לעדות קיום להכשיר בה גם עדות שבכתב, אלא מכיוון שרבנן תיקנו כי ל'אשרתא' שהיא 'כתב הקיום' יש דין שטר. לעדות שב"שטר קיום" יש מעמד הלכתי מיוחד שאין בו חיסרון של מפי כתבם.

ואכן, יעוין בריב"ש שהוקשה לו כיצד ניתן לעדים לחתום על 'כתב הקיום' בלי שמצריכים אותם להעיד לפני כן בבית דין כבכל עדויות שבעולם? הריב"ש השיב

351. אכן דעת הר"ן פ"ק דגיטין (דף ג' עמ' א' בדפי הרי"ף) שאילם יכול לכתוב עדותו - בפני נכתב ובפני נחתם.

שיש לכתב הקיום דין שטר שמספיקה בו חתימת העדים הנחשבת כאילו נשמעה ו'כנחקרה בבית הדין'. שואל הריב"ש כיצד כשר "כתב הקיום" על אף הכלל שאין שטר כשר אלא כאשר נעשה מדעת המתחייב? הריב"ש יישב כי יש מספר שטרות החורגים מהכלל האמור (כגון שטר פרוזבול, או "שטר מודעה" שמקח נעשה באונס), שבהם השטר לא נעשה מדעת המתחייב, ועם זאת נתנו להם חכמים דין שטר כשר.

ודוק, אם רבנן הכשירו עדות קיום בכתב שלא בתורת שטר, לא היה מקום לקושיית הריב"ש, שכן הכלל לפיו נדרשת "דעת המתחייב", היא הלכה בדיני שטרות בלבד ולא בסוגי עדות אחרים. אין זאת אלא ש"לעדות קיום" בכתב יש דין של שטר. על כן נדרש הריב"ש לתרץ כי שטר קיום חריג משאר שטרות.

ה"בית מאיר" מבאר כי "קיום שטרות" אינו עדות ראייתית על עובדות שהתרחשו בפני העדים, אלא ששטר בחתימת העד נותן תוקף לשטר הנערך. נראה כי כוונת ה"בית מאיר" לומר, שזו לא עדות אלא דרך יצירה של שטר![352]. כך היא סברת הדברים בכל 'אשרתא דדייני' או עדים הכותבים קיום על השטר שהם ככותבין 'שטר קיום'. גם בגיטין מבואר במסכת גיטין (דף ג' עמ' א') ששני השליחים או שני עדים יכלו לומר שהם יודעים ומכירים את החתימות, אלא שכיוון שתיקנו שגם שליח אחד יכול לקיים את הגט, תיקנו שיאמר נוסח מיוחד של "בפני נכתב ובפני נחתם".[353]

בהתאם לדברים האמורים, מבואר ב"בית מאיר" מדוע ביחס להלכה של "בפני נכתב ובפני נחתם" פסל הריב"ש עדות של אילם. הטעם הוא, שעדות אודות גט הבא מחו"ל נעשית ע"י עד אחד בלבד וממילא עדות של קיום גט אינה יכולה להיחשב לשטר, שהרי הוא רק עד אחד ואין עושים שטר על פי עד אחד (כפי שראינו בפרק ה ענף ג' לעיל). על כן כאשר עד אחד מעיד בכתובים כי "בפני נכתב", אין זה

---

352. ועי' בלשון הריב"ש בסימן שפ"ב: "אבל בשהעדים המכירין חתימת העדים רוצים לחתום בתרי סגי ומקבלין עדותן מפי הכתב, כיון דקיום שטרות דרבנן והם חתמו עדותם ונתנוהו לבעל דין 'נעשה כמי שנחקרה עדותם', ונראה חידוש דין ששטר הוא שכתבוהו לימסר למלווה, ואם יקיימו וישלחו לבי"ד - זה לא חשיב שטר".

353. עיין שם בתוספות ד"ה "אטו".

'שטר קיום' אלא עדות בכתב בעלמא, וכאמור רבנן לא הכשירו עדות קיום בכתב, אלא הכשירו 'שטר קיום'.

הערת ה"קהילות יעקב"

הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" מעיר על דברי ה"בית מאיר" כי אמנם ראינו לעיל (בפרק ה ענף ג') כי יש מחלוקת ראשונים האם יש שטר בעד אחד, ולדברי ה"בית מאיר" נמצא כי שיטת הריב"ש מבוארת בהתאם לדעת הסוברים שאין שטר בעד אחד. ברם, שבפועל מצינו בדברי הריב"ש (בסימן שפ"ב ד"ה "הקדמה ראשונה") כי עד אחד בשטר נחשב לשטר ומחייב שבועה זאת ועוד, לא רק שני עדים אלא גם כתב ידו יכול להיחשב כשטר, ניתן לומר אפוא שלעניין הכשר גט שהכשירו את השליח לקיום, אפשר שיש לו כוח גם לכתוב 'שטר קיום'.

לגבי הערתו הראשונה של ה"קהילות יעקב" היה אפשר לכאורה לחלק, כפי שציינו לעיל, כי יש להבחין בין איסורים לבין שבועה, שכן מהותו של שטר היא בעמידתו בפני ערעור, וממילא אף שלגבי איסורים עד אחד בשטר אינו כלום כיוון שעדותו חשופה לערעור, הרי ששונה הדבר ביחס לשבועה, ששם עדות העד מלכתחילה לא באה להכריע, אלא רק להעביר את נטל הראיה על כתפי הנתבע. עדות זו אינה חשופה לערעור. אמנם ייתכן מאוד כי הנתבע יביא שני עדים ויבטל את דברי העד האחד, אולם זו הייתה תכליתה של עדות העד מלכתחילה, להעביר את נטל הראיה אל הנתבע ותכלית זו הושגה במלואה. בהתאם לכך יש לומר כי אף שהריב"ש סובר כי עד אחד בשטר מחייב שבועה, אין בכך ראיה כי בנושאים אחרים שטר בעד אחד נחשב לשטר.

הסברו של ה"קהילות יעקב"

אולם בעקבות הערתו על ה"בית מאיר" פונה ה"קהילות יעקב" ליישב את שיטת הריב"ש באופן שונה. "קהילות יעקב" מחדש כי דין שטר נאמר רק לגבי חובות וזכויות שבין אדם לחברו, כגון מכירה והלוואה וכן גיטין וקידושין העוסקים בקנייני אישות או הפקעתם. כמו כן, שטר יכול לחול גם על: מודעה, מחאה ופרוזבול, שכן הם עוסקים בעניינים ממוניים של חובות וזכויות. אבל, ככל שבאה בפנינו עדות בכתב על סיפור עובדה או איסור, למשל שבשר זה כשר הוא, אין לכך תורת שטר

כלל, כיוון שאין זו עדות המתייחסת לזכויות שבין אדם לחברו. בעניין שכזה אין חתימת העדים עולה כדי שטר.

כמו כן, כתב של "קיום שטר" אינו שטר, שהרי אין עדות הקיום נוגעת לזכויות הממוניות הכתובות בשטר, אלא העדים מעידים שהחתימות אינן מזויפות, והרי זה כאילו כתבו שטר על אדם פלוני שהוא איש כשר ונאמן, שלכך אין תורת שטר.

לפי הסבר זה יש לתמוה, מדוע ניתן להעיד ולכתוב "אשרתא" שהיא עדות קיום על החתימות בשטר? הן זוהי עדות על כשרותן של חתימות? ה"קהילות יעקב" מבאר כי כאשר שני עדים מעידים שטר שהם מכירים את חתימותיו - הם נחשבים כמעידים על שראו עדות שנחקרה בבית הדין שהאדם חייב מכיוון שהם שניים ויכולים להעיד על חיוב המתחייב, הם יכולים גם להעיד שראו ויודעים שיש עדות שהוא נתחייב. ובזה הם כאילו מעידים על "מָנֶה שבשטר", וממילא זו עדות על דינים ממוניים שבין אדם לחברו שהנושא שלה הוא אישור גופו של החוב. לפיכך מועילה עדות קיום בכתב.

אכן ביחס לעדות של קיום שטרות דנה הגמרא במסכת כתובות (דף כ' עמ' ב') שעליה נעמוד מייד להלן, האם זו עדות על מנה שבשטר או על החתימות. אבל חידושו של "קהילות יעקב" הוא שדיון הגמרא שם הוא רק ביחס לעדות קיום הנאמרת בעל פה. אבל, כאשר הקיום נעשה בכתב הרי שהדבר פשוט שעדות קיום היא עדות גם על מנה שבשטר ולא רק על גוף החתימות. כתיבתם נחשבת כשטר, שהרי אין מושג של שטר על כשרות חתימות, ומן ההכרח לדון את חתימתם בשטר כעדות על גוף החוב.

לפי הסבר ה"קהילות יעקב" מובנת שיטת הריב"ש כי עד אחד אינו יכול להעיד עדות קיום בשטר, שהרי עדות קיום זו **הנעשית בכתב** אינה כשרה אלא כשטר ויש לה תורת עדות על גוף החוב, ועד אחד אינו יכול להעיד על חוב. כמו כן מובן לפי זה מדוע בגט אין האחד יכול להעיד, שהרי עד אחד לא נאמן להעיד על גופו של גט, וכשהכשירו שליח להעיד על כשרות הגט והקיום, אין לך בו אלא חידושו ולא חידשו אפשרות לכתוב שטר על כשרות גט. לעומת זאת, מה שכתב הריב"ש שעד אחד נאמן בשטר לחייב שבועה בממון, מתייחס לדברים ממוניים שבין אדם לחברו שבהם עד אחד נאמן (למשל לחייב שבועה). הדברים ברורים מיניה וביה, שהרי עד אחד נאמן להעיד בעל פה על קיום הגט ולהעיד "בפני נכתב", אף שכאמור עד

אחד לא נאמן על גופו של גט. מן ההכרח אפוא לומר כי עדותו אינה על גופו של גט אלא על כשרותן של החתימות. אולם, לגבי "עדות קיום" הנאמרת בפה ייתכן בהחלט כי זוהי עדות על החתימות בלבד.

עדי קיום - על המנה שבשטר או על החתימות שבשטר

הגמרא במסכת כתובות (דף כ' עמ' ב') דנה במהותה של עדות הקיום בכל השטרות, האם זו עדות על מנה שבשטר או עדות על נכונות החתימות. נפרט את הדברים כסדרם.

במשנה שם מצינו: "זה אומר זה כתב ידי, וזה אומר זה כתב ידי - צריכין לצרף עמהם אחר - דברי רבי; חכמים אומרים: אינם צריכין לצרף עמהן אחר".

בגמרא שם מבואר: "כשתימצי לומר, לדברי רבי על כתב ידן הם מעידים, לדברי חכמים - על מנה שבשטר הם מעידים". מבאר רש"י: "על כתב ידן הן באין להעיד כשמקיימין השטר בבית דין, לפיכך צריך שניים על כל כתב וכתב. לדברי חכמים, על מנה שבשטר הם מעידים - אנחנו ראינו המִלווה וחתמנו, הלכך די בשני עדים ולא צריך אחד מהם להעיד על חברו". כלומר, עדות הקיום של עדי השטר אינה מתייחסת לכשרות החתימות, אלא מאששת את העדות המקורית שלהם הכתובה בשטר ומתייחסת להלוואה הכתובה בשטר. על כן, אין צורך בשני עדים על כל חתימה, שהרי הם מעידים על ההלוואה ודי בשני עדים. לעומת זאת, אם עדי קיום מעידים רק על החתימות שבשטר הרי שנחוצים שני עדים לאשר כל חתימה.

הגמרא שם מבארת כי יש נפקות נוספת בין רבי לרבנן, מלבד זו המובאת במשנה, והיא במקרה שמת אחד העדים שחתם על השטר, ונדרש להביא שני עדים חיצוניים להעיד על חתימת המת. אולם, מכיוון שחברו לעדות שבשטר יודע לקיים את חתימתו של המת, הרי שנדרש רק עד אחד נוסף. במקרה זה תהיה נפקות, שכן אם העדות של עדי השטר היא על כתב ידם, הרי כל חתימה נדונה כשלעצמה, וגם לחתימת עד השטר צריך שני עדים, כעדות בפני עצמה. ככלל, יש לנו שני עדים על כל חתימה, את עד השטר ואת חברו המכיר את החתימה - והשטר כשר. אולם, אם הקיום של העד החתום על השטר מתייחס למנה שבשטר, נמצא שהעד האומר "זה כתב ידי" מעיד על ההלוואה ואינו זקוק לעד נוסף על חתימתו, ורק לעד המת צריכים שניים לקיים את חתימתו, כשהעד החי מצטרף עם עוד עד לקיום

חתימת חברו המת, נמצא כי שלושה רבעים מהממון נתבעים מכוח עד אחד ("נפיק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד סהדא"), שהרי הוא מעיד על המנה שבשטר וגם מקיים ביחד עם חברו את חצי העדות של חברו המת, שכן הכלל הוא "על פי שנים עדים יקום דבר" ויש צורך ב"חצי דבר על פיו של זה וחצי דבר על פיו של זה"[354].

שאלת הרמב"ם

ההלכה נפסקה ברמב"ם כדברי חכמים שעדות קיום של עדי השטר, הינה עדות על מנה שבשטר ולא על החתימות. לכן נמצא כי במקרה שאחד העדים נפטר, אין לאפשר לעד השטר החי להעיד על חתימת חברו המת אלא הוא יעיד על חתימתו ושני עדים אחרים יעידו על חתימת חברו.

הרמב"ם מביא עוד נפקות בדין זה: מכיוון שעדות העד החתום בקיום חתימתו היא על המנה שבשטר, הרי שאם בא עד החתום בשטר לקיים את חתימתו אך אינו זוכר את העדות לגופה אין לקבל את עדותו גם לגבי קיום החתימה. כך פסק הרמב"ם (הלכות עדות פרק ח' הלכות א' ו-ד'):

> **"מי שחתם על השטר ובא להעיד על כתב ידו בבית דין והכיר כתב ידו שזהו בודאי אבל אינו זוכר העדות כלל ולא ימצא בלבו זכרון כלל שזה לווה מזה לעולם, הרי זה אסור להעיד על כתב ידו שהוא זה בבית דין, שאין אדם מעיד על כתב ידו שהוא זה אלא על הממון שבשטר הוא מעיד שזה חייב לזה, וכתב ידו הוא כדי להזכירו הדבר אבל אם לא נזכר לא יעיד...**
>
> **הואיל והדבר כן, שטר שיצא בבית דין ובאו עדים ואמרו כתב ידינו הוא זה אבל מעולם לא ידענו עדות זו ואין אנו זוכרים שזה לווה**

354. רש"י שם מבאר: "שנים החתומים על השטר ומת אחד מהן צריך שנים מן השוק להעיד עליו ואין זה כשר להעיד על כתב ידו ועל של חברו ולצרף אחד עמו שיעיד על שתיהן, כי אם על מנה שבשטר הן מעידין הרי כאשר אומר זה כתב ידי יוצא חצי מן הממון על פיו וזה שמעיד עמו על חתימתו לא מעלה ולא מוריד שהרי אינו צריך לו, וכשהוא חוזר ומצטרף עם העד מן השוק להעיד על חתימת המת, נמצא שיוצא רבע מן הממון על פיו, והכלל הוא "על פי שנים עדים יקום דבר" ומחמתו יש צורך ב"חצי דבר על פיו של זה וחצי דבר על פיו של זה".

מזה או מכר לו, לא נתקיים השטר. והרי הן כחרשים עד שיזכרו עדותן, וכל מי שאינו דן כן לא ידע בדיני ממונות בין ימינו לשמאלו.

אבל אם היה כתב ידן יוצא ממקום אחר או שהיו שם עדים שזה כתב ידן, מקיימין את השטר ואין משגיחין על דבריהן שאומרין אין אנו זוכרין עדות זו שמא חזרו בהן, וזה שאמרו אין אנו זוכרין כדי לבטל השטר וכאילו אמרו קטנים היינו פסולי עדות היינו שאינן נאמנים הואיל ומתקיים השטר שלא על פיהם. ומפני טעם זה מקיימין כל השטרות ואין אנו צריכין להביא עדים ולשאול אותם אם הם זוכרים עדות זו או אינם זוכרים אותה, שאפילו באו ואמרו אין אנו זוכרים אותה אין שומעין להן הואיל ואפשר לקיימו שלא מפיהן"[355].

לכאורה דברי הרמב"ם טעונים ביאור, מדוע העדים החתומים בשטר שבאים לקיים את חתימת עצמם, אך אינם זוכרים מאומה מעדותם, גרועים מסתם עדים חיצוניים המקיימים את השטר? הרי גם עדים חיצוניים המקיימים את החתימות לא יודעים כלום על תוכן העדות ובכל זאת השטר כשר, שכן הם מעידים על החתימות ואין צורך בעדותם על גוף הממון שבשטר. אם כן, מדוע שלא נקבל את עדי השטר עצמם כעדים חיצוניים, אף אם אינם זוכרים לגוף הדברים את האירוע שעליו מעיד השטר?[356]

הסברו של הב"ח

הב"ח על טור חושן משפט (סימן מ"ו אות ל"ז) מבאר את טעמו של הרמב"ם לשיטתו, כי ככלל אין מקבלים עדות אלא מפי העדים ולא מפי הכתב, אלא שמדברי סופרים נקבע שחותכים דיני ממונות על פי עדות שבשטר כדי שלא תנעול דלת בפני לווים. חכמים הם שתיקנו כי עדות שבשטר - לאחר שנתקיימה כדין - כמי שנחקרה ואין

---

355. יצוין כי הראב"ד חולק על כך ומשיג על הרמב"ם: "אמר אברהם, ויש מי שאין מורין כן ויודעין בדינין כמותו, שאם אמרו אין לנו זכרון כלל אין זו סתירה, ויותר מזה שאפילו אמרו כתב ידינו הוא אבל מעולם לא היתה מלווה כי אם אמנה היתה אינן נאמנין".

356. השולחן ערוך (חושן משפט סימן מ"ו סעיף י') מביא את דברי הרמב"ם וכותב: "ויש חולקים ואומרים שאפילו אין זוכרים שלווה או שחתמו מעולם על שטר זה, ואין כתב ידן יוצא ממקום אחר, כיון שמעידים שזה כתב ידם, מקיימים השטר על פיהם".

צריך חקירה נוספת בבית דין. אבל כשבאו עדי השטר בעצמם לקיימו ונחקרו בבית הדין "כיון שלא נתקיים שטר זה על פי עדים אחרים אלא על פי עצמן, אם כן ליכא למימר הכא עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן מפיהם בבית דין דמי, שהרי נחקרה עדותן מפיהם בבית דין ואומרין שאין אנו זוכרין שזה לווה מזה והרי נחקרה עדותן שאינן יודעין. אבל כשכתב ידן יוצא ממקום אחר אמרינן כאילו נחקרה עדותן מפיהם ואמרו שזה לווה מזה והשטר כשר".

ברם, שלכאורה יש להבין כי אם כשבאו עדים עצמם ולא זכרו את תוכן העדות הדבר נחשב כמי שנחקרה עדותם ונמצאת כבלתי ראויה, אם כן מה יעזור לנו שאחר כך חתימתם התקיימה ע"י אחר? הרי ברגע שהם עצמם כבר אמרו שאינם זוכרים, העדות לגופה אינה תקפה?

נראה לבאר בדברי הב"ח כי אין כוונתו לומר שהעדות נחשבת כמופרכת מחמת זה שהעדים לא זוכרים את המאורע, אלא כוונתו היא שכאשר באים עדי השטר עצמם לקיים את השטר, לא הקלו חכמים בדיני הראיות להסתמך על השטר. אדרבה, מכיוון שהעדים ניצבים בפנינו - יתכבדו נא ויעידו לגוף הדברים כעת, ואם אינם זוכרים את המקרה לגופו - אין עדות קיום. ביחס למקרה כזה אין לומר כי נחקרה עדותם בבית דין, שהרי תקנת חכמים לא חלה על כך והם עצמם אומרים שאינם זוכרים. אבל עדיין ניתן לקיים את השטר באופן אחר.

הב"ח מוסיף ומבאר כי דעת הטור, החולקת על שיטת הרמב"ם, היא דעת רש"י ותוספות, כי שטר כשר כראיה מהתורה ולא מתקנת חכמים ומהתורה לא חוששין לזיוף. אדרבה רבנן הם שהחמירו להצריך לקיים שטרות. על כן, כשהעדים אומרים שאינם זוכרים שהחייב לָווה מן המלווה אך מקיימים את חתימתם, יש לקבל את העדות שבשטר. במקרה זה בפנינו שטר תקף, שכן אף אם תמצי לומר שהעדים אומרים אמת שאינם זוכרים את המקרה לגופו, מכל מקום כיוון שאין צריך קיום אלא רק מדרבנן, הרי שהדרישה שבתקנה זו התקיימה כשהעדים מודים שזה כתב ידם.

מדברי הב"ח עולה כי לכל הדעות במידה שיש בפנינו עדות בשטר שתקפה מדאורייתא, הרי שנגמרה עדות העדים בעת חתימתם על השטר, אלא שלרמב"ם כשהעדים לפנינו אין אנו מקילים לסמוך על עדות השטר הכתובה אלא אנו דורשים מהעדים להעיד בעצמם, ואילו לשיטת הטור, לחולקים, מאחר שהעידו העדים בשטר הרי שכבר אין צורך שהם יזכרו את העדות, שכן השטר עומד בפני עצמו.

בדומה לכך עולה מדברי הגר"ח סולובייצ'יק (בספרו "חידושי רבינו חיים הלוי" הלכות עדות פרק ג' הלכה ד' סוף ד"ה "ולכאורה") הנוקט כי דברי הרמב"ם האמורים לפיהם על עדי השטר לזכור את העדות, אמורים ביחס לעדי שטר ראיה ואינם אמורים ביחס לשטר קניין. ההבחנה היא: כי כאמור לעיל (פרק ה ענף ב') בשטרי קניין מודה הרמב"ם כי השטר בר תוקף מהתורה, ורק ביחס לשטרי ראיה נוקט הרמב"ם כי העדות הינה מתקנת חכמים. החידוש שחדשה התורה בדין שטר הוא שהעדות של העדים החותמים בו לא צריכה להיאמר לפני בית דין, ולכן גם שאר דיני הגדת עדות (כגון שיעידו ביום ובעל פה) גם כן אינם חלים על שטר. לכן חתימת העדים בשטר אפילו בלילה מועילה ליצירת שטר קניין וגט. אבל כשצריך עדות לראיה לאחר זמן שהיה קניין, אין די במה שחידשה תורה, שהרי אין עדים לפנינו שיעידו שביום פלוני העדים חתמו ושמשו כעדי קניין וגט. בזה בא החידוש הנוסף מדברי סופרים ומוסיף כי כמו שחתימת העדים נחשבה כעדות לשעתה, כך חתימתם הנראית לפנינו ממשיכה לשמש כעדות חיה וקיימת לאורך כל ימי חיי השטר. הרמב"ם סובר שהעדים צריכים לזכור את תוכן השטר מפני שמדובר בעדות נמשכת ואין משמעות לעדות שאינה מייצגת את זיכרון העדים, כמו שברור שעדים שלא זוכרים את המעשה אלא קראו על כך בספר לא יכולים להעיד על כך למרות שהם כתבו את הספר. גם החולקים על הרמב"ם מסכימים כי השטר משמש עדות נמשכת לתוכן הכתוב בה אלא שהם אומרים שאחר שהעידו בעת כתיבת השטר וסיימו את חלק אמירת העדות הרי שעדותם ממשיכה להדהד באוזני הקוראים גם ללא נוכחותם.

לפי הב"ח ביארנו כי טעמו של הרמב"ם שהעדים בשטרי ראיה צריכים לזכור את העדות נעוץ בכך, שכאשר באים עדי השטר עצמם לא תקנו חכמים להקל בדיני הראיות, אלא הצריכו את העדים להעיד לגוף הדברים. הגר"ח מבאר כי הדבר חורג הרבה מעבר לכך! לדבריו: "שטרי ראיה דין עדות עליהם בכל הנוגע לעצם העדות". כלומר, עדות השטר ראיה היא כדין עדות שבעל פה מתמשכת. השטר לא מסיר מהעדות את הדין של עדות שבעל פה - מפי העדים עצמם. כלומר, מבחינה חיצונית זה שטר והעדות נעשית בכתב, אך למעשה במהות הדברים - בפנינו עדות ככל עדות[357]. מכיוון שכך ברור כי על העדים לזכור את עדותם.

357. לא רק מבחינה חיצונית בפנינו שטר אלא שגם מבחינה מהותית בעדות זו לא צריך לעבור דרישה וחקירה, שהרי יש לשטר דין "נחקרה". נמצא שלא נאמרו דיני קבלת

לעומת זאת, בשטרי קניין שיש להם תוקף גמור של שטר מהתורה לשעתם, ולא נדרשת בהם דרישה וחקירה, נמצא כי חתימת העדים יוצרת את השטר ללא צורך בחידוש הנוסף, כי העדות שבשטר ממשיכה להישמע. אולם, אם רוצים להשתמש בהם לאחר זמן כראיה, שוב אנו נזקקים לחידוש הנוסף מדברי סופרים.

הסברו של הרב יצחק אלחנן ספקטור

הרב יצחק אלחנן ספקטור בספרו "נחל יצחק" (סימן מ"ה ענף ב') מתייחס אף הוא לדברי הרמב"ם הנ"ל[358] שאם עדי השטר אינם זוכרים את תוכן עדותם שבשטר - בטל השטר, אולם בדבריו מבואר חילוק שונה ביחס לדינו של הרמב"ם.

הרב יצחק אלחנן הביא את דברי הש"ך (סימן מ"ו ס"ק ל"ב) כי אף לפי מה שכתב (בסימן כ"ח ס"ק י"ד), ששטר מועיל מהתורה, מסתברים דברי הרמב"ם שאם העדים לא זוכרים את העדות - בטל השטר.

"נתיבות המשפט" שם (סימן מ"ו ס"ק ט') ביאר דברי הרמב"ם (ואת ביאור הש"ך), כי מן התורה לא נחשבת העדות שבשטר כמי שנחקרה בבית דין בשעת יצירת השטר וחתימת העדים, אלא רק בשעה שהשטר מובא לבית דין לשמש כראיה[359]. ממילא מכיוון שהעדים אינם זוכרים את גוף העדות בעת שבא השטר לבית הדין - אין ממש בשטר[360].

בהתאם לכך מבאר ה"נחל יצחק" שעל כך חולקים התוספות בכתובות[361] האומרים כי אף כשהעדים לא זוכרים את גוף הדברים הנזכרים בשטר מועילה העדות שבשטר. תוספות סברו כי העדים נחשבים כמי שנחקרה עדותן בבית דין כבר בשעת עשיית השטר[362]. כלומר, לשיטתם יש לשטר דין של נחקרה עדותן בבית דין

עדות. ברם, שאם כן יש לתמוה מדוע נקט הרמב"ם כי מוטל על העדים לזכור את הדברים לגופם גם בזמן הבאת השטר כראיה?

358. רמב"ם בהלכות עדות פרק ח' הלכה א' וכן שולחן ערוך חושן משפט סי' מ"ו סעיף י'.

359. כך מצינו בתשובת הרמ"א סי' י"ב.

360. כל שכן שהדבר מובן לשיטת הרמב"ם בהלכות עדות פרק ג' הלכה ד' הסובר כי שטר אינו אלא מדברי סופרים.

361. כתובות דף כ' עמ' א' תוספות ד"ה "ורבי יוחנן אמר".

362. עיין ביבמות דף ל"א עמ' ב' ד"ה "דחזו בכתבא" שכתבו כך בשם ר"י.

משום שבשעת החתימה נחשב הדבר כאילו אז הגידו את עדותם בבית דין ובאותה עת הם כמובן זוכרים ויודעים את תוכן העדות.[363] דין נחקרה חל עוד לפני שהביאו את השטר לבית הדין לשמש כראיה, וממילא אין צורך שיזכרו את גוף העדות בזמן בואו של השטר לבית הדין, שהרי השטר מחיל דין "נחקרה" כבר בשעת חתימת העדים על השטר.

בהתאם להסבר זה נמצא כי גם אם העדות תקפה מדאורייתא, יש להבחין האם זו עדות שיש לה דין "נחקרה" בבית דין משעת עשיית השטר, או שמא רק משעת קבלתו בבית הדין. אם העדות "נחקרה" משעת כתיבת השטר - אין עוד צורך שהעדים יזכרו מה שכתבו, גם אם זו עדות דאורייתא. אך אם הדין של "נחקרה" חל רק משעת קבלת העדות בבית דין, פשיטא כי העדים צריכים לזכור את תוכן העדות, בעת קבלת עדותם בבית הדין.

ה"בית יוסף"[364] בשם הרי"ף (ביבמות דף ט' עמ' א') מבאר כי יש להבחין בין שטר שנמסר ויוצא מתחת יד בעל הדין, לשטר שלא נמסר לבעל הדין.

בשטר שנמסר לבעל הדין - נאמן כל אחד מהעדים לומר זה כתב ידי, שכן מעת שחתמו ונתנו את השטר לבעליו לא יכלו לחזור בהם, שטר כזה הוא "כמי שנחקרה עדותן בבית דין" ואף שאין העדים זוכרים את העדות אין צריכים שיצטרף עמהם אחר. שטר שלא נמסר - השטר נחתם על ידי העדים אך הם השאירוהו בידם. רק עכשיו הוא יוצא מתחת יד העדים כראיה, וממילא הדבר נחשב כאילו הם מעידים רק עכשיו לראשונה בעל פה, שהרי אילו רצו יכלו לחזור מעדותם ולכבוש את השטר תחת ידם ולא להציגו[365]. על כן אם אינם זוכרים את העדות לגופה היא פסולה, שהרי זו עדות בעל פה **עכשיו**[366].

---

363. זו הדעה השנייה שהובאה בחושן משפט סי' מ"ו סעיף י', בשם יש חולקים הסוברים כי אף שאין זוכרים את האמור בגוף השטר בעת שהשטר בא לבית הדין - השטר כשר.

364. "בית יוסף" על טור חושן משפט סימן מ"ו אות ל"ז.

365. בהתאם לכך, גם אם יש עדים היודעים ומעידים שיש שטר כזה תחת ידיהם, מכל מקום ככל שרק כתבו וחתמו ולא השלימו את שליחותם למסור את השטר ויכלו לכבוש את השטר הרי שהשטר לא החל לפעול.

366. וראה רבינו ירוחם בספרו "מישרים" נתיב ב' חלק ח'.

נראה כי כוונתו שסיום הגדת העדות והדין של "כמי שנחקרה" חל לשיטת הרי"ף רק בעת שהשטר נמסר לידי בעל הדין ושוב לא יוכלו לחזור בהם. ואין דין "כמי שנחקרה" קודם שהשטר בא לידי בעל הדין, מכיוון שכל עוד שהשטר בידם ויש ביד העדים לכבוש את השטר, נחשב הדבר כמי שלא גמרו עדותם עד שיגיעו לבית הדין.

נמצאנו למדים מה"בית יוסף" (כפי שבואר ע"י ה"נחל יצחק") כי העדים צריכים לזכור את עדותם רק במידה ועדיין הם נחשבים כמי שנחקרה עדותם בבית דין.

שיטת רב יהודאי גאון

שיטת הרמב"ם היא כאמור, כי אף כאשר העדים החתומים על השטר אומרים: "מעולם לא ידענו עדות זו ואין אנו זוכרים שזה לווה מזה או מכר לו", ניתן להכשיר את השטר "אם היה כתב ידם יוצא ממקום אחר, או שהיו שם עדים שזה כתב ידם" שכן במקרה כזה "אין משגיחין על דבריהן שאומרין אין אנו זוכרין עדות זו שמא חזרו בהן".

הש"ך על שולחן ערוך חושן משפט (סימן מ"ו ס"ק ל"ב) מביא את שיטת רב יהודאי גאון המחמיר יותר וסובר, כי כאשר העדים אינם זוכרים את האירוע המתואר בשטר, אין לשטר זה תקנה, ואפילו אם יתקיים השטר ממקום אחר אין להכשיר את השטר.

את שיטת רב יהודאי ניתן לבאר, וכך משמע בפשטות בדברי הב"ח, כי כאשר העדים נמצאים בפנינו ואומרים שאינם זוכרים הרי זה כאילו נחקרו עכשיו ואמרו - שאין אמת בעדות[367].

ברם יש להקשות, מכיוון שהעדים מודים שהשטר שבפנינו הוא בכתב ידם, נמצא שהם מודים שבעבר הם העידו כמו שמופיע בשטר שלפנינו. על כן, כאשר הם אומרים כעת שלא ראו את ההלוואה או את המכירה, נמצא כי הם חוזרים בהם מן

367. שיטת הרמב"ם לעומת זאת היא שיטת ביניים, כפי שביארנו לעיל את דברי הב"ח, כי כאשר הם אומרים "אין אנו זוכרים", אין זו אמירה ש"לא היה דבר", אלא שהם אינם יכולים להעיד בנושא, שכן חכמים לא תקנו לקבל קיום מהעדים עצמם במידה והם לפנינו ואינם זוכרים את דבר העדות. ואכן, הרמב"ם כותב כי "הרי הם כחרשים", כלומר אין בדבריהם אמירת שלילה, אלא שאנו מאיינים את דבריהם כמי שאינם בפנינו כלל ועיקר לא לחיוב ולא לשלילה.

ההגדה הקודמת, והדין הוא "כיוון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד". אבל אם ננקוט שרק בהבאת השטר לבית הדין נשלמת החקירה, הרי שאין זו חזרה מעדותם, כי רק כשמובא השטר לבית הדין נערכת חקירת העדות **לראשונה**, ומשאין העדים יודעים להשיב לשאלות בית הדין עדותם לא מתקבלת.

אכן יש לדון בדבר: אם ננקוט כי שטר בעיקרו הוא עדות שלֵמה מן התורה וקיומו הוא תקנת חכמים, אין מקום לתשובה זו, שהרי מהתורה עדותם נגמרה כבר בשעת החתימה וכעת אינם יכולים לחזור בהם. רק אם מן התורה אין לשטר תוקף של עדות ראייתית, ועיקרה של עדות שטר, היא תקנת חכמים - הרי שיש לומר כי חכמים התנו את כשרותו של השטר בכך שהוא יובא לבית הדין והעדים ייחקרו או לשיטות האחרות עד שתקוים חתימת העדים, כל עוד שלא בא השטר לבית הדין או לא נתקיים השטר - לא נסתיימה עדותם. ועל כן, מובן היטב כי עדי השטר יכולים לומר שאינם זוכרים את העדות וע"י כך ייפסל השטר לחלוטין, שהרי עד שלא נתקיים השטר לא נסתיימה עדותם.

קושיית המהרי"ק

בש"ך מצינו קושיה חריפה של חכם קדמון (שדבריו הובאו בתשובות מהרי"ק סוף שורש ע"ד), הן על שיטת הרמב"ם והן על שיטת רב יהודאי גאון, אשר לגביה **לא תקף ההסבר** שהבאנו כעת לפיו העדות לא הסתיימה ולכן עדים יכולים לחזור בהם מעדותם. נפרט:

- ראינו לעיל את דברי הגמרא בכתובות לפיהם "לדברי חכמים - על מנה שבשטר הם מעידים". מבאר רש"י: "אנחנו ראינו המִלווה וחתמנו, הִלְכָּך די בשני עדים ולא צריך אחד מהם להעיד על חברו".
- כלומר, עדות הקיום של עדי השטר אינה מתייחסת לכשרות החתימות, אלא מאשררת את העדות המקורית שבשטר ומתייחסת להלוואה הכתובה בשטר. על כן, אין צורך בשני עדים על כל חתימה, שהרי על ההלוואה יש כבר שני עדים.
- בגמרא שם אמרו: "אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כחכמים".
- לפי האמור נמצא כי כל האומר "זה כתב ידי" מעיד בכך שראה את ההלוואה או המכר. לכן לגביו אין לומר כי העדות לא הסתיימה - שכן עצם אמירת "זה כתב ידי", היא עדות **שאכן הייתה הלוואה**.

- אם כן, מעתה שוב לא ייאמן לומר "לא ראיתי את ההלוואה", שהרי בעדותו כעת שהוא מזהה את חתימתו, מונחת עדות על עצם ההלוואה. כיצד יכול העד לסתור את עצמו ולומר שאינו זוכר שהייתה הלוואה הרי הכלל הוא ש"כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד"?

תשובת הש"ך

הש"ך משיב על כך כי כלל נקוט בידנו כי כאשר עד מעיד דבר מה וחוזר בו בתוך כדי דיבור[368], חזרתו מתקבלת ואין זה נחשב "חוזר ומגיד". מקובל לומר[369] כי ההסבר לכך הוא כי כל עוד שאדם מצוי בתוך כדי דיבור לדבריו הקודמים, הרי שעדיין לא נשלם דיבורו ולא נחלטה עדותו. על כן הוא יכול לתקנה ואף לבטלה לחלוטין. בהתאם לכך כותב הש"ך: "דבריו (של תשובת המהרי"ק) לא נהירין לי, דודאי כשמעיד בסתם, הרי הוא מעיד על ההלואה... אבל כשאומר זה כתב ידי אבל מעולם לא ידעתי עדות זו כו', הואיל ומיד **תוך כדי דיבור** אומר לא ידעתי, לא נתקיים השטר".

נקודת המחלוקת בין המהרי"ק לש"ך

לכאורה היה נראה כי המהרי"ק נקט כי אדם יכול לתקן את דבריו תוך כדי דיבור ולהבהירם, שכן זהו דרך הגדת בני אדם, שיש בה שכלול, דיוק וטיוב של הדברים תוך כדי הדיבור. אבל, כאשר עד אומר שאינו זוכר את המעשה, הרי שאמירה זו אינה מתקנת את אמירת "כתב ידינו הוא זה" ואינה מדייקת את דבריו אלא אומרת דבר נוסף ואחר. לכן אדרבה, אמירת "כתב ידינו" מאששת את ההנחה שהייתה אמירה זה מכבר, והרי זה אישור שהייתה אמירת עדות בעבר. ממילא, לפי ההנחה של חכמים ש"על מנה שבשטר הם מעידים", נמצא כי האמירה "איננו זוכרים" היא אמירה נוספת עכשווית שבאה לבטל אמירה נושנה. על זה גופא נאמר הכלל כי "כיוון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד"[370].

---

368. זמן קצר ביותר של פחות משתי שניות - כשיעור המספיק לומר 'שלום עליך רבי'.

369. רבי יחיאל הליר בספרו "עמודי אור" סימן צ"ט. ור' שו"ת אחיעזר חלק ב' סימן כ"ה אות ג', וב"קהילות יעקב" חלק ה' סימן כ"ה.

370. וראה בשו"ת "אחיעזר" חלק ב' סימן כ"ה אות ב' כי אמנם תוך כדי דיבור אדם יכול לחזור בו מדבריו, אבל שונה הוא מקרה "שאינו חוזר לגמרי מדבורו הראשון, ועדיין

הש"ך לעומת זאת סבור כי כל עוד שלא נחלטה העדות בבית דין ונתקבלה למעשה, יש כוח ביד העדים לסותרה אף אם דברי העדים הסותרים את עצמם נאמרו בשתי הזדמנויות.

אדרבה העד מדקדק בדבריו ומבהיר, כי אכן זו חתימתו אבל אין בה כדי להעיד על העניין לגופו, משום שאינו זוכרו.

הטעם לשיטת הש"ך נעוץ בכך שבעדות שלא התקבלה יכול העד לחזור בו אף לאחר זמן. כך עולה בהדיא מדברי התוספתא במסכת סנהדרין (פרק ו' הלכה ו'): **"העדים יכולין לחזור בהם עד שתחקר עדותן בבית דין. נחקרה עדותן בבית דין אין יכולין לחזור בהם. וזהו כללו של דבר: עדים שהעידו לטמא ולטהר, לרחק ולקרב, לאסור ולהתיר, לפטור ולחיוב, עַד שלא נחקרה עדותן אמרו מבוּדִּים אנו הרי אלו נאמנים, משנחקרה עדותן ואמרו מבוּדִּין אנו - אין נאמנין".**

כך מבאר הש"ך את דברי הרמב"ם בהלכות עדות (פרק ג' הלכה ה'): **"כל עד שנחקרה עדותו בבית דין בין בדיני ממונות בין בדיני נפשות אין יכול לחזור בו". הווי אומר כי החזרה תלויה בכך שהעדות נחקרה והתקבלה, אך כל עוד שלא התקבלה העדות יכול העד לחזור בו אף כאשר הוא חוזר מדבריו לאחר זמן**[371].

לעומת זאת, המהרי"ק גורס, כי אכן העדים יכולים לחזור בהם כל עוד שלא נסתיימה עדותם, אולם באמירת "אין אנו זוכרים" אין חזרה מהדיבור הראשון. אדרבה, הדיבור הראשון בעינו עומד והריהו בתוקפו - שהכתב יד שבפנינו כתב ידם הוא. אמירת "אין אנו זוכרים" אינה מהווה חזרה וסתירה מהדיבור הראשון הקובע כי כתב היד שבשטר שבפנינו כתב ידם הוא זה. הסתירה נוצרת מתוצאות שתי האמירות ולא מתיקון האמירה.

נשאר בדבורו הראשון" אלא שרוצה לתקנו. במקרה זה הדיבור הראשון אינו בטל. לכאורה כך הוא גם בנידון דידן כי העד אינו חוזר בו מדבריו שזהו כתב ידו.

371. ואין לומר כי בשטר הדין שונה ואין העד יכול לחזור בו בע"פ מדבריו האמורים בשטר, שהרי מבואר ברמב"ם שם כי דין זה חל גם בעדות שטר. הרמב"ם שם בהלכה ו' כתב: "עדים החתומים על השטר הרי זה כמי **שנחקרה** עדותן בבית דין ואין יכולין לחזור בהן... אבל אם אי אפשר לקיים את השטר אלא מפיהן ואמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו קטנים היינו קרובים היינו מוטעים היינו הרי אלו נאמנים ויבטל השטר". הרי לנו כי גם כאשר האמירה הקודמת הייתה בשטר, כל עוד שלא נסתיים הקיום יכולים העדים לחזור בהם.

שכלול קושיית המהרי"ק

ה"בית יוסף" (סוף סימן מ"ו) מביא גם כן את שאלת החכם הקדמון (שהובא במהרי"ק) על הרמב"ם, אך ה"בית יוסף" מנסח את טענתו באופן אחר:

> **"כשהם אומרים שאין זוכרין הוה להו כאומרים על כתב ידינו אנו מעידים ולא חיישינן לדבריהם אלא על מנה שבשטר הם מעידין, ומטעם זה כתב מהרי"ק בשורש ע"ד דלא נראו לו דברי בעל הלכות גדולות והרמב"ם".**

ה"בית יוסף" דקדק היטב בביאורו לשאלת המהרי"ק כי הקושי אינו נעוץ בסוגיית "חוזר ומגיד", שהרי אין כאן חזרה כלל. אין דמיון בין המקרה דנא לבין חזרה השוללת את העדות ואומרת "כתב ידינו הוא זה **ואנוסים היינו**" שאז החזרה מן העדות תוקפת את עיקרה של העדות, וכיוון שהעדות לא נתקבלה עדיין הרי שביד העדים לאיין ולבטל את תוקפה, והדבר נחשב כתיקון תוך כדי דיבורו של עד, שביכולתו לתקן ולדקדק את דבריו. לא כן, כאשר העדים מקיימים את העדות ואינם חוזרים ממנה, אלא מגבילים בפני בית הדין את מה שיש להסיק מדבריהם. במקרה זה הרי הם משולים לאדם האומר: "אני מעיד שפלוני לווה מפלוני אולם אל תשתמשו בעדותי זו". מאחר שההלכה נקבעה כחכמים כי בחתימה על השטר הם מעידים על מנה שבשטר, נמצא כי כאשר העדים מעידים "כתב ידינו הוא זה" ולא אומרים "שקר חתמנו", אלא שכעת הם אומרים "איננו זוכרים את הדבר לגופו" הרי הם כאומרים "קבלו את עדותנו רק ביחס לנכונות כתב היד ולא ביחס לעצם ההלוואה". במקרה זה אין זה בידם לקבוע לבית הדין איזה חלק בעדות יש לקבל ואיזו מסקנה הלכתית יש להסיק. זוהי קושיית המהרי"ק על דברי הרמב"ם, ומכוח טענה זו דחה ה"בית יוסף" את שיטת הרמב"ם.

כיצד אם כן תוסבר שיטת הרמב"ם?

שתי דרכים ליישוב קושיית המהרי"ק

ייתכן כי ניתן ליישב את שיטת הרמב"ם כי מה שאמרו חכמים "על מנה שבשטר הם מעידים" - אין זו "גזירת הכתוב", אלא כך מתפרשת אמירת עדי השטר שמודים שחתמו על השטר בשעת ההלוואה. פשר אמירת עדים הבאים להעיד על חתימה הוא בפשטות, כי דבריהם מתייחסים למנה שבשטר. אך עדים האומרים בפירוש

שאין דבריהם מתייחסים אלא לחתימה, אין אנו יכולים להוציא מדבריהם עדות על המנה שבשטר. אי אפשר לפרש דברים נגד דעת אומרם. ממילא, מכיוון שאין עדותם אלא על כתב היד, אין עדותם מתקבלת, וכפי שנתבאר לעיל שחכמים לא הקלו לקבל מהעדים עדות על כתב היד בלבד.

באופן נפלא יותר מצאתי בספרו של רבי יצחק יעקב רבינוביץ' מפוניבז' (רבי איצל'ה פונוביז'ר), "זכר יצחק" (חלק ב' סימן ל"ו), כי אדרבה טענת המהרי"ק דווקא מסייעת לרמב"ם, שכן הכלל הוא שאין עדות בשטר תקפה ללא קיום. נמצא כי קיום השטר כעת והעדות על המנה שבשטר - חד הם. לכן, אין כאן חיסרון של "כיוון שהגיד", שהרי הגדת העדות שבשטר מותנית מלכתחילה בכך שעדי השטר יקיימו את השטר ויאמרו שהם זוכרים את המנה שבשטר. והנה בעדות הקיום הם מפריכים את הקיום ואיתו את עצם העדות באומרם כי אינם זוכרים דבר. כלומר, ביטול העדות על המנה שבשטר - מבטל את עדות הקיום.

כלומר, לו יהי כי באמירת "איננו זוכרים" אין הם נאמנים כי זה "חוזר ומגיד" ואין אנו מקבלים את דבריהם. אבל במקרה זה נמצא שגם אין קיום לשטר, שהרי ביטול העדות בדבר המנה שבשטר הוא גם ביטול קיומו של השטר[372].

ודוק, יש הבחנה ברורה בין דרכו של "הזכר יצחק" לדרך ביאורו של הב"ח שהובאה לעיל.

---

372. הסבר אחר לדברי הרמב"ם מצינו בחידושי העילוי ממייצ'יט סימן כ"ב שכתב ליישב: "ונמצא השתא דשפיר פסק הרמב"ם דאם יעידו על כתב ידם והעדות אינן זוכרים, אם כן שמא הוא (השטר) שקר ואם הוא שקר הוי רשע דהא חתם על שטר שקר. ואע"ג דעל עצמו אינו נאמן להעיד שהוא רשע, מכל מקום כיון שיש כאן דיבור שהוא עשה מעשה רָשַע שוב לא מהימן גם על השטר. וזה שייך רק אם העדים בעצמם מקיימים כתב ידם, אבל אם אחרים מקיימים כתב ידם ליכא למיחש שהעדים עשו מעשה רשע". ברם, לכאורה קשה להבין מדוע מי ששכח את המעשה שעליו העיד בשטר נהפך בכך לרשע? התשובה היא כי אם היו אומרים זו חתימתנו ובוודאי הייתה הלוואה אלא שאנחנו לא זוכרים את פרטיה, אז אינם שקרנים, אבל אדם ששכח אינו יכול לומר בוודאות שהיה ושכח, ולכן העדים אומרים שחתמו על שטר שכתובה בו הלוואה והם לא זוכרים שהייתה הלוואה, אם כן אמנם יש צד ששכחו, אבל לפי דבריהם יש גם צד שלא הייתה הלוואה והם חתמו בשקר, ולכן לפי צד זה אין לקבל מפיהם גם את אישור חתימתם.

בדברי הב"ח לעיל ראינו כי כשהעדים מעידים שאינם זוכרים זוהי סתירה לדבריהם הראשונים. לפי דברי הב"ח מובנים היטב דברי בעל הלכות גדולות והרמב"ם, כי אמירת אין אנו זוכרים שקולה לאמירת לא היה דבר. אבל, הב"ח לא התייחס לקושי הנובע מדין "חוזר ומגיד" ולשיטתו יש לומר כי מכיוון שלא נסתיימה העדות הם יכולים לחזור בהם.

לא כן לדברי ה"זכר יצחק" שמבאר כי כיוון שעדות הקיום נקבעה כעדות על מנה שבשטר, הרי שאם הם אינם זוכרים נמצא כי כשם שאין עתה עדות על מנה שבשטר הרי שאין גם עדות קיום. הדבר דומה למי שקרוב לערֵב ואינו קרוב ללווה, שמחמת קרבתו לערב אין עדותו מתקבלת אף כלפי הלווה. ודוק, לדברי ה"זכר יצחק" אין מקום לשאלה כיצד העדים חוזרים ומגידים כי אינם זוכרים את העדות לגופה, שהרי אדרבה דווקא מכיוון שעד אינו חוזר ומגיד הרי שהעדות כולה בטלה ואין עדות קיום בכלל. מאחר שקבעו חכמים כי עדות קיום היא עדות על מנה שבשטר, נמצא כי בשעה שהם טוענים כי אינם מעידים על מנה שבשטר נמצא כי גם אין עדות קיום. מעתה מכיוון שלא מקבלים דבריהם עתה, שאינם זוכרים את המנה שבשטר, נמצא כי גם עדות קיום אין בפנינו, שהרי אין עדות קיום יכולה "להיפרד" מהעדות על מנה שבשטר. לפי הסברו של "זכר יצחק" מבוארים דברי הרמב"ם, כי לשיטתו מובן למה אחרים יוכלו להעיד, שהרי רק עדותם של עדי הקיום בטלה ולא עדותם של אחרים.

ז. מיגו נגד שטר

במסכת כתובות (דף י"ט עמ' א') מצינו מחלוקת בין רבי מאיר וחכמים האם "מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו". בסוגיה דנא מדובר שהחייב מודה למלווה כי השטר נחתם בפני עדים ואין השטר מזויף, אלא שהוא טוען כי הוא פרע את החוב. רבי מאיר סובר כי לנוכח הודאת הלווה על אמיתות השטר שוב אין המלווה צריך לקיים את השטר. מכיוון שבידו של המלווה שטר מקוים הרי שעומדת לו טענת "שטרך בידי מאי בעי" ואין הלווה נאמן לטעון טענת פרוע כנגד שטר תקף. חכמים חולקים ואומרים כי טענת הלווה על הפירעון אמינה בגלל ש'הפה שאסר הוא הפה שהתיר', ומכיוון שהוא זה שנתן תוקף לשטר, שהרי הוא מקוים רק מכוח הודאתו, הרי שהוא נאמן גם בטענתו שהחוב פרוע.

נמצא כי לשיטת רבי מאיר לא מועילה טענת "הפה שאסר" כנגד שטר[373]. מדוע? הרי הלווה הוא שנתן תוקף לשטר ועומדת לו נאמנות מכוח טענת הפה שאסר הוא הפה שהתיר? רש"י מבאר כי "מכיוון שאמר (הלווה) כשר היה הרי הוחזק השטר, וכי אמר פרעתיו לא מהימן שהרי ביד המלווה הוא". כלומר, למלווה עומדת טענת "שטרך בידי מאי בעי". ברם, כיצד ניתן לטעון "שטרך בידי" כשהשטר לא מקוים וכל תוקפו בא מכוח דברי הלווה, שעומדת לו כעת טענת "הפה שאסר"?

בהתאם להסברו של רבי חיים הלוי סולובייצ'יק, שהובא לעיל, הדברים ברורים, שהרי הסברה של "שטרך בידי מאי בעי" אינה מעניקה כוח ראייתי של עדות, אלא שבמכירת שטר חוב כלולה הסכמה שלא יטענו טענות נגד השטר. ממילא, אף כאשר יש מיגו (הפה שאסר) עדיין עומדת כנגד הלווה ההסכמה הראשונית כי הוא לא יטען כנגד השטר טענה כלשהי. הסכמה זו מתייחסת אף למקרה שעומדת ללווה טענת "הפה שאסר". לעומת זאת, לפי חכמים ההסכמה לא התייחסה לכך, כשם שאם הלווה יביא עדים שפרע הדבר יועיל, כך עומדת לו טענת "הפה שאסר".

בדרך זו ניתן ליישב גם קושי המתעורר לאידך גיסא, שהרי בסוגיה זו מוצאים אנו מחלוקת בשאלה האם כשאדם טוען שהשטר פרוע במיגו שמזויף, מועיל מיגו כנגד שטר, ויש דעה שמיגו יועיל. הכיצד? הן שטר כמוהו כשני עדים וממילא כאשר החייב טוען פרוע, זו טענה נגד עדים שאין לה כל תוקף, וגם כשיוסיף לכך מיגו אין בכך כדי להועיל כנגד עדים? ברם, שלפי הסברו של הרב חיים סולובייצ'יק נראה לומר כאמור, כי "שטרך בידי מאי בעי" אינה ראיה ברמת עדות, אלא שיש הסכמה בין הצדדים שלא תטען כנגד השטר טענה כי פרוע הוא. ברם, שלשיטה זאת, ההסכמה אינה חלה ביחס למקרה שיש בו מיגו מחמת הטענה שהשטר מזויף.

תוספות במסכת כתובות (שם ד"ה "מודה בשטר") שולל את פירושו האמור של רש"י - כי מיגו לא מועיל נגד שטר, מכיוון שטענת המלווה "שטרך בידי מאי בעי" גוברת על המיגו - שכן בהמשך הסוגיה מצינו מקרה שבו הלווה מודה שהשטר שביד המלווה נחתם כהלכה ועדיו כשרים, אבל הלווה טוען כי "שטר אמנה הוא", כלומר שטר שניתן לפני ההלוואה מכוח אמון של הלווה במלווה כי לא יתבע אותו

---

373. בהתייחס לסוגיה זו ראה דברינו בתחילת פרק ד' לעיל.

אם בסופו של דבר לא ילווהו. ביחס לשטר שכזה טוענים תוספות כי פשיטא שאין המלווה יכול לטעון "שטרך בידי מאי בעי", שהרי הלווה משיב כי זהו שטר אמנה.

"שטרך בידי מאי בעי" ניתן לטעון כנגד טענת פרוע, שהרי אם הלווה פרע את ההלוואה מה השטר עושה ביד המלווה? אך כאשר הלווה טוען אמנה הוא בידך, הרי שהלווה מיישב את השאלה "שטרך בידי מאי בעי". בכך שהוא הפקיד בידו שטר מכוח אמון שנתן בו. על כן, שואל תוספות מדוע אין הלווה נאמן גם במקרה שהוא קיים את השטר אך טען כי שטר אמנה הוא?[374]

ברם נראה כי לפי הסברו של רבי חיים סולובייצ'יק יכול רש"י להשיב על שאלה זו, שכן הטענה של "שטרך בידי מאי בעי" איננה ראיה הנובעת מן העובדה שהשטר מצוי ביד המלווה אלא זו הסכמה של הלווה שלא לטעון טענה כלשהי נגד שטר המצוי ביד המלווה. רש"י סובר כי כל שטר שניתן למלווה מוגן מפני טענות הלווה מכוח הסכמה זו, ובכלל הסכמה נכללת גם טענת "אמנה הוא בידך". אדרבה, המונח "אמנה" פירושו שהלווה האמין למלווה שאף טענה זו לא יעלה כנגדו. תוספות לעומת זאת נקטו כי רק בשטר הניתן בשעת ההלוואה, יש את הסכמת הלווה כי לא יוכל לטעון טענות נגד השטר. אולם, כאשר ניתן השטר למלווה בתורת "שטר אמנה", אין השטר מוגן מפני טענות הלווה, ולא נכללת בכך הסכמה שלא ייטענו טענות נגד השטר. כי אדרבה לצידו זו בדיוק ההסכמה - שזהו לא שטר ושאין לטעון להסכמות כלשהן מכוחו. על כן, יכול הלווה לטעון שטר אמנה הוא זה, ולא יוכל המלווה להשיבו שטרך בידי מאי בעי.

להלכה נפסק ברמב"ם (הלכות מלווה ולווה פרק י"ד הלכה ה') כי מחמת מיגו דמזויף, נאמן הלווה לטעון טענת פרוע נגד שטר המצוי ביד המלווה[375]. בדומה לכך נפסק

---

374. ובלשונו: "אין לפרש דלא מהימן במיגו לומר פרוע הוא משום דאי פרעיה שטרא בידיה מאי בעי, דהא כי טעין נמי אמנה הוא מסקינן בסמוך אמילתיה דרב דלא מהימן והתם לא שייך האי טעמא".

375. "הוציא עליו שטר חוב שאינו יכול לקיימו, ואמר הלווה אמת שאני כתבתי שטר זה אבל פרעתיו או אמנה הוא או כתבתי ללוות ועדיין לא לויתי וכל כיוצא בזה, הואיל ואם רצה אמר לא היו דברים מעולם והרי מפיו נתקיים הרי זה נאמן וישבע היסת ויפטר, ואם קיימו המלווה אח"כ בב"ד הרי היא כשאר השטרות".

בשולחן ערוך (חושן משפט סימן פ"ב סעיף א'): "מלווה שהוציא שטר שאינו מקוים, ואינו מוצא עדים לקיימו, והלווה מודה שכתבו, אלא שטוען פרעתי - נאמן".

הסמ"ע שם ס"ק ב' מבאר: "מיגו דאי בעי אמר מזויף הוא השטר". כמו כן פסק ה"שולחן ערוך" (חושן משפט סימן מ"ו סעיף א'): "המוציא שטר חוב על חברו, כל זמן שלא נתקיים, יכול הלווה לומר מזויף הוא ומעולם לא צויתי לכתבו. ואפילו אם מודה ואומר: אמת שאני צויתי לכתבו אבל פרעתיו או אמנה הוא או כתבתי ללוות ועדיין לא לוויתי וכל כיוצא בזה, הואיל ואם רצה אמר: לא היו דברים מעולם, והרי מפיו נתקיים, הרי זה נאמן".

ח. "טענינן" כנגד שטר

אין "טענינן" בטענת מזויף

תוספות במסכת גיטין (דף ב' עמ' א' ד"ה "ואם") מצדד בדעה כי מַלווה שבא להיפרע באמצעות שטר - שלא בפני הלווה, ואין מי שיוכל לטעון כנגדו, כגון שהוא בא להיפרע מלקוחות או מיתומים או שבא להיפרע מנכסי החייב שלא בפניו, הרי שבית הדין טוענים עבורם שמא השטר מזויף. אם לא כן "לא שבקת חיי לכל ברייה", (לא הותרת אפשרות מחיה לכל אדם) שכן כל אלה יהיו חשופים לכך שיבוא מישהו ויכתוב שטר מַלווה, יחתים "עדים" מעצמו ויגבה שלא בפני החייב ומיתומים ומלקוחות, ולא יהא מי שיעמוד כנגדו ויטען שהשטר מזויף.

עם זאת, תוספות מבאר, כי אין להוכיח מסברת "לא שבקת חיי" שבית הדין טוענים טענת מזויף עבורם, שהרי גם אם אין בכוח בית הדין לטעון מזויף (כנגד מלווה המבקש להיפרע שלא בפני החייב) יש בידי בית הדין לטעון שהשטר פרוע. טענת בית הדין עבור היתומים נובעת מכך שהחייב עצמו היה מהימן לומר פרוע במיגו של מזויף. כלומר, לטענת פרוע שמעלה בית הדין עבור הלווה שאינו בפנינו או ליתומיו ולקוחותיו, יש "כוח טענה" שעמד ללווה עצמו לטעון פרוע במיגו שיכול היה לטעון שהשטר מזויף.

מדברי התוספות, שגם אם לא טוענים מזויף עדיין טוענים פרוע, מבואר כי נוח יותר לבית הדין לטעון פרוע מאשר לטעון מזויף. מדוע? נראה כי הדבר נובע מכך שאין טוענים עבור היתומים או הלקוחות טענה שאינה שכיחה. כך מצינו בתוספות (מסכת בבא מציעא דף י"ג עמ' ב' ד"ה "הא"): "ולא נטעון להם מזויף משום דלא שכיח".

משמעות דברי תוספות בבבא מציעא היא כי זהו כלל בדין "טענינן" כי בי"ד לא מעלים טענות שאינן שכיחות. אולם בתוספות במסכת כתובות (דף צ"ב עמ' ב' ד"ה "דינא") מבוארת סברא נוספת לפיה זהו כלל ב"טענת מזויף", שאי אפשר להעלות טענה זו ב"שמא". כל שטר עומד בחזקתו כל עוד שאין עליו מערער, וטענת שמא אינה חשובה כערעור. לפי דרך הילוך זו, גם אם טענת מזויף הייתה שכיחה באופן מקביל לטענת פרוע, מכל מקום לא היו יכולים בי"ד לטעון מזויף כי טענת מזויף אינה נטענת מחמת ספק. הרב דוד כהן בספרו "מילי דשטרות" (מהדורת תש"פ עמ' ר"ב) מבאר כי עשויה להיות נפקות נוספת בין שני הסברים אלו בשאלה האם הסברה של "לא שבקת חיי" הוא טעם הדין שאין טוענים מחמת טענה שכזו, או שזו סיבת הדין.

עם זאת, ייתכן כי הסברות שכתבו התוספות בשני המקומות אינן שתי סברות נפרדות אלא דבריהם משלימים אלו את אלו ועולים לכדי סברה אחת: הטעם לכך שטענת מזויף אינה נטענת מחמת ספק (כמו שכתבו בתוספות בכתובות) נובע מכך שזיוף אינו שכיח (כמו שכתבו בתוספות בבבא מציעא). כך נראה לכאורה בתוספות הרא"ש במסכת גיטין (דף ב' עמוד א'): "דדוקא לווה **שיודע ומכיר** אם הוא מזויף יכול לטעון אבל לקוחות ויתומים לא... ומילתא דלא שכיח לא טענינן להו ליתומים, הוא הדין טענת זיוף **לא שכיח**".

קושיית המהר"מ

המהר"ם במסכת גיטין (דף ב' עמ' א' על התוס' הנ"ל) שואל שאלה חריפה מאוד על דברי תוספות. הכיצד אומרים תוספות כי ייתכן שאין לטעון עבור היתומים טענת מזויף וחלף זאת טוענים טענת פרוע, הרי כדי שהלווה עצמו ייאמן בטענת פרוע צריך להעמיד בבסיס טענתו מיגו של מזויף. אם כן נמצא כי גם כשטענינן עבורו פרוע זו למעשה טענה השואבת מכוח טענת מזויף שבית הדין לא חושש לה, כי אינה שכיחה?

ודוק, גם התוצאה היא אותה תוצאה, שהרי כדי להפריך טענת פרוע צריך המלווה לקיים את השטר, ומשהשטר מקוים גם אין מיגו דמזויף. ובכן, לאותה תוצאה בדיוק היינו מגיעים אילו בית הדין היו טוענים ללווה טענת מזויף, שהרי גם אז מוטל היה על המלווה לקיים את השטר. אם כן, מה הנפקות שלא טוענים טענת

מזויף במישרין (על שום נדירותה) אם מציבים אותה ממילא בבסיס הטענות שמעלה בית הדין עבור הלקוחות?

הסברו של המהר"מ

המהר"ם מיישב כי לתוספות הייתה נפקות בדיונם (האם בית דין טוענים טענת מזויף אם לאו), במקרה שהמלווה הוציא שטר שזמן הפירעון הנקוב בו מאוחר למועד שבו הלווה מת או הלך למדינת הים. במקרה זה אין לומר שהשטר נפרע, שכן "חזקה שאין אדם פורע תוך זמנו". ביחס למקרה זה דנו תוספות האם בית הדין יכולים לטעון טענת מזויף, שכן טענת פרוע - **אי אפשר** לטעון.

נראה כי יש לבאר את מהלכו של המהר"מ כדלהלן:

הספק בגמרא האם מיגו מועיל כנגד חזקה נאמר רק בהתאם לצד שמיגו חל מחמת בירור שמוסיף נאמנות לדבריו. ואכן לשון הגמרא היא 'מה לי לשקר'. החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו היא על כן בירור הניצב כנגד המיגו, וממילא השאלה היא איזה בירור גובר: מיגו או חזקה? אבל, אם מיגו פועל מחמת "כוח הטענה", בלא בירור שהטענה אמת, פשיטא שלא מועיל מיגו נגד חזקה כי החזקה היא **ראיה** ובירור שלא פרע, ואילו במיגו אין הוכחה שפרע.

תוס' לעומת זאת, עוסק במיגו שמעלה בית דין. פשיטא שזהו כוח טענה ולא בירור שמוסיף מהימנות, שהרי פשיטא כי בית הדין אינו משקר בטענתו. אם כן, מכיוון שעסקינן בכוח הטענה, מובן כי כאמור, מיגו דמזויף לא יועיל כנגד החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו.

כעת מובנים היטב דברי המהר"ם כי נגד מלווה המוציא שטר עתידי ניתן לטעון רק "מזויף" ולא "פרוע".

אך אם כן שבה למקומה שאלתו של תוספות, שלא שבקת חיים לכל ברייה, שהרי כל אחד יוכל לכתוב שטר כנגד חברו שמת או שנסע למדינת הים ובו מועד עתידי המאוחר לפטירה של חברו או לנסיעתו למדינת הים, בכך תימנע האפשרות לטעון כנגד השטר טענת פרוע, שכן תחול החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו.

תירוץ ה"פני יהושע"

לנוכח שאלה זו הכריע ה"פני יהושע" כי גם בתוך זמנו טענינן פרוע במיגו דמזויף, על אף שהדבר נוגד את החזקה שאדם פורע תוך זמנו. אמנם במסכת בבא בתרא (דף ו' עמ' א') נותרה הסוגיה בשאלה האם הלווה הטוען טענת פרוע נגד חזקה נאמן על ידי מיגו. אולם, מכיוון שספק הוא בגמרא נמצא שמכוח ספק לא יכול המלווה להוציא ממון.

לפי מסקנת "פני יהושע" מובנים דברי תוספות, שע"י האפשרות לטעון טענת פרוע מושגת הגנה על הלקוחות והיתומים, שאין המלווה יכול להוציא נגדם אף לא שטר עם תאריך פירעון עתידי. ברם, שאם כן, חוזרת במלוא תוקפה שאלתו של המהר"מ על תוספות, מהי הנפקות שבית דין לא טוענים מזויף, ורק טוענים פרוע במיגו דמזויף.

הסבר הלשון של רבי עקיבא איגר

רבי עקיבא איגר בספרו "כתב וחותם" (בקטע הראשון במסכת גיטין) מקשה אף הוא את קושיית המהר"מ, ומתרץ בהתאם לדברי שו"ת הרא"ש (כלל ס"ו, סעיף ח') כי אפשר לטעון מזויף כאשר יש רק עדים פסולים המקיימים את השטר. עדותם אינה נחשבת למאומה, ועם זאת אין לטעון כנגד השטר פרוע במיגו דמזויף כי זה מיגו בטענה שלא נוח לטעון אותה. הרא"ש מבאר כדלהלן:

במסכת בבא בתרא דף ל"ג עמ' א' (בסוגיית "רבה בר שרשום") מצינו כי לא מועילה טענת מיגו כנגד "קול", שכן לא נוח לאדם להעלות טענה כנגד מה שהפך לדבר שהוא "מן המפורסמות". אמת כי ב"קול" אין משקל כדי להכריע דיון בבית הדין, אבל די בו כדי לסכל טענת מיגו של הנתבע. המושג של מיגו הוא "מה לי לשקר" - אם הייתי חפץ להשיג את מבוקשי בדרכי מרמה הייתי משקר שקר מוצלח וטוב יותר. ברם, כאשר יש קול כנגד טענת המיגו, משיב התובע לנתבע: "לא פנית לשקר שקר טוב יותר, שכן יש 'קול' נגד הטענה הטובה יותר, והייתה נגרמת לך אי נעימות אילו היית טוען את הטענה הזו".

הרא"ש מחדש שעדים פסולים המעידים נגד טענת המיגו לא גרועים מקול, שכן עדיין לא נוח לאדם לטעון את הטענה ה"טובה יותר" ולהתעמת עם עדים. העדים אמנם פסולים ולעדותם אין ערך כעדות, אבל בכל זאת צריך להתעמת איתם ואין

אדם רוצה בכך. על כן לא העלה הנתבע את הטענה הטובה ביותר הכרוכה בעימות מולם.

בהתאם לשיטה זו מיישב הגאון רבי עקיבא איגר את קושיית המהר"מ, שכן יש נפקות ברורה אם יש לבית הדין כוח לטעון מזויף או שאין בידם לטעון אלא פרוע במיגו דמזויף. הנפקות היא במקרה שיש עדים פסולים המאמתים את השטר. אם בית הדין טוענים מזויף, הרי שאין מה שיסתור את טענתם, שהרי העדים פסולים הם. לעומת זאת, אם בית הדין מנועים מלטעון מזויף, ויש בידם כוח רק להעלות טענת פרוע במיגו דמזויף, הרי שמיגו לא ניתן להעלות כנגד עדים פסולים.

לפי זה אם בית הדין יכולים לטעון מזויף בלא מיגו, יצטרך המלווה לקיים את השטר בעדים כשרים. אולם, אם בית הדין יכולים לטעון רק פרוע במיגו דמזויף, הרי שכשיש כנגדם עדים פסולים - אין מיגו. ואין מה לטעון כנגד השטר:

מזויף לא ניתן לטעון שהרי זו טענה לא שכיחה;

פרוע במיגו דמזויף לא ניתן לטעון כי אין מיגו נגד עדים פסולים.

שמא תאמר כי אם כן לא שבקת חיי לכל ברייה? הרי שזה חשש שאינו מתעורר כאשר אדם מביא עדים פסולים, שהרי אין לחשוש כי כל אדם יוכל להביא עדים פסולים[376].

הקושי המתעורר

ברם, יש להעיר על דברי רבי עקיבא איגר, שהרי הוא בא כאמור לבאר את הדיון המופיע בדברי תוספות. והנה, תוספות (שם) מנסה להביא ראיה שבית הדין לא יכולים לטעון טענת מזויף עבור לקוחות, מהסוגיה במסכת בבא מציעא (דף י"ג עמ' א'). בסוגיה שם נחלקו רבי מאיר ורבנן ביחס למי שמצא שטר שאין בו אחריות (כלומר, שטר שלא מכיל שעבוד על קרקע להבטחת גביית החוב ע"י המלווה גם

376. שמא תאמר, הן כעת לא הביא המלווה שום קיום ויכול הלווה לטעון פרוע במיגו דמזויף כי הוא לא יודע שהמלווה עשוי להביא עדים. זה אינו, כי לעולם הלווה חושש שהמלווה יביא עדים, וזו גופא הסיבה שהוא טוען פרוע ולא מזויף, ולכן אם לבסוף הביא המלווה עדי קיום נופלת למפרע טענת הלווה, כי מתברר שזה לא מיגו אלא חשש מהעדים.

מלקוחות שיקנו מהלווה). רבנן אמרו לא יחזיר ורבי מאיר סבר שיחזיר. הגמרא מעמידה את המחלוקת במצב שבו הלווה כופר בחיובו וטוען שהשטר מזויף.

תוספות מקשה לפי שיטת רבנן מדוע שהמוציא לא יחזיר את השטר למלווה, הרי אין ממה לחשוש שכן אם השטר מקוים ע"י עדים הרי שהדין עימו, ואם אינו מקיים את השטר מה מפסיד הלווה מכך שהשטר מצוי בידי המלווה. ברם, הרי יש בהחלט מקום לחשוש שמא המלווה ימתין עד שהלווה לא יהיה בפנינו ויציג שוב את השטר לפני בית הדין שמנועים מלטעון טענת זויף? מכאן ראיה כי בית הדין לא יכול לטעון טענת מזויף.

תוספות דוחים ראיה זאת, שכן לא זו הסיבה שמחמתה סבורים רבנן כי לא מחזירים את השטר למלווה. גם אם בית הדין אינם יכולים לטעון מזויף הרי יכולים הם לטעון פרוע ואין ללווה שום נפקות איזו טענה בית הדין מעלים לטובתו שלא בפניו. אם כן מטעם זה היה ניתן להחזיר את השטר למלווה ועדיין לא יפסיד מכך הלווה כלום, שכן המלווה לא יוכל להיפרע באמצעות שטר זה שלא בפני הלווה[377].

ברם, לפי דברי רבי עקיבא איגר הדברים תמוהים, שכן יש ללווה הבדל אם בית הדין יכולים לטעון פרוע בלבד ואינם יכולים לטעון מזויף. כי לדברי רבי עקיבא איגר, אם בית הדין טוענים רק פרוע ולא מזויף, יוכל המלווה לקיים את השטר בעדים פסולים, וממילא יש הפסד ללווה מהחזרת השטר לידי המלווה. בהכרח עלינו לומר אפוא, כי לשיטת תוספות עדים פסולים לא מועילים כלל ובכך חולקים תוספות על הרא"ש[378]. משכך, שבה למקומה קושיית המהר"ם על דברי תוספות, מהי הנפקות שבית דין לא טוענים מזויף, ורק טוענים פרוע במיגו דמזויף.

---

377. תוספות שם ממשיך ומבהיר מדוע באמת אין מחזירים את השטר למלווה, שכן שטר שנפל "איתרע בנפילתו", וכעת השטר איבד את כוחו הראייתי עד כדי כך שגם אם המלווה יקיים אותו ע"י עדים, אין לגבות מכוחו. משכך קבעו חז"ל שאין להחזיר את השטר למלווה שמא ילך המלווה ויקיים את השטר בעדים כשרים, וישוב להוציא מכוחו בבית דין שלא יודעים כי זהו שטר שנפל והושב למלווה שלא כדין.

378. לחילופין ייתכן לומר כי תוספות מסכימים עם הרא"ש שאין זה בירור, אבל עדיין כוח הטענה ישנו, ודי להם בכוח הטענה לחוד.

הסבר נוסף מכוח דברי רבי עקיבא איגר

תשובה נוספת על שאלת המהר"ם מצויה בדברי רבי עקיבא איגר, שהעלה נפקות נוספת האם טוענים מזויף או פרוע, במקום שהלווה הודה שלווה. אם בית הדין לא טוענים מזויף ללקוחות, הרי שאי אפשר לטעון פרוע כיון שטענת פרוע נטענת רק מ"כוח הטענה" שהיה ללווה (האב או המוכר) בטענת מזויף, והלווה הרי הודה שלווה. אך אם בית הדין יכולים לטעון מזויף ללא מיגו, אין הלקוחות מושפעים מהודאתו של הלווה.[379]

ודוק, נפקות זו יש לומר אף לפי דברי תוספות, שהרי ההבדל בין פרוע למזויף הוא כשהחייב מודה, ואילו תוס' אומרים מה מפסיד החייב כשמוסרים את השטר למלווה - במידה שהלווה אינו מודה. ואכן, בהעדר הודאה אין את הנפקא מינה של רבי עקיבא איגר[380]**.**

---

379. אם בי"ד טענינן מזויף נמצא כי טוענים אף טענת שמא וא"כ גם הלקוחות יכולים לטעון טענה זאת.

380. "נתיבות המשפט" בסימן צ"ט ס"ק ד' כתב כי פשיטא שאפשר לטעון **פרוע** ללקוחות, אף אם הלווה מודה ש**אינו פרוע**, משום שבמקום שאפשר לטעון פרוע במיגו דמזויף "איתרע חזקת השטר וליכא הוכחה שאינו פרוע". לכאורה היה נראה מדברים אלו כי הוא חולק על רבי עקיבא איגר. ברם, אין הכרח לומר כן, שהרי להלכה בית הדין טוענים מזויף כטענת שמא ואם כן ניתן לטעון פרוע גם מצד הלקוחות, וגם רבי עקיבא איגר מודה שניתן לטעון מזויף נגד הלווה, אם אין צריך את כוח הטענה שלו. ויתרה מזו, הנתיבות מסביר כי הצורך בכוח 'טענינן' ומיגו הוא כשיש כנגדם שטר שהוא בחזקת שטר טוב וצריך לערער את כוח השטר, אבל כאשר ניצב מולם שטר שאינו מקוים שהלווה לא חושש להשאיר ביד המלווה, הרי כל הוכחת השטר של 'שטרך בידי מאי בעי' כבר לא קיימת, ולכן תספיק ללקוחות טענת שמא בכדי שלא לשלם.

עם זאת דברי נתיבות המשפט צ"ע שהרי משמע מן הסוגיה בגמרא בבא בתרא דף קע"ד עמ' ב' כי אב שהודה לפני מותו כי הוא חייב כסף לפלוני, אנו פוטרים את בניו מלשלם רק לנוכח הסברה כי האב הודה בחוב, לא מפני שאכן היה חייב אלא מפני שרצה שבניו לא יידעו אודות היקף נכסיו, שלא יחשבו שעשיר הוא. מבואר אפוא כי חייב שהודה בחובו, הודאתו מחייבת את הבאים אחריו. אך אין זו קושיה, כי שם מדובר כשהודה על חוב בעל פה, שמועילה בו טענת פרוע בפני עצמה וממילא גם 'טענינן', וכל השאלה היא האם הודאת האב על החוב מחייבת את היתומים, כשהנפק"מ היא כשידוע שלא פרע.

פרק ו

הודאת בעל דין

הכלל

כלל הוא בגמרא[381] כי: "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי".

כלל זה קובע כי אדם נאמן לחייב את עצמו בממון. הודאת בעל דין עדיפה על עדות, ואם יעידו מאה עדים שהוא לא חייב ואילו הוא יודה בחובו, הרי שהודאת פיו תכריע את הדין לחובתו[382].

רש"י במסכת קידושין (דף ס"ה עמ' ב' ד"ה "הודאת בעל דין כמאה עדים"), **כתב שמקור הדין מצוי בכתוב** (שמות כ"ב, ח'): **"על כל דבר פשע על שור על חמור על שה על שלמה על כל אבדה אשר יאמר כי הוא זה עד האלהים יבא דבר שניהם". מן המילים "כי הוא זה" למדים חז"ל כי הנפקד אמר לבעל החפץ: "אין לך בידי כי אם זה" ומכאן למדנו "שסמך על מקצת הודאתו"[383].**

---

381. ר' גיטין דף מ' עמ' ב'; גיטין דף ס"ד עמ' א'; קידושין דף ס"ה עמ' ב'; בבא מציעא דף ג' עמ' ב'.

382. ר' בריטב"א בבא מציעא דף ג' עמ' ב': "הודאת בעל דין חשובה **יותר** מעדים, ומה שאנו אומרים בכל מקום הודאת בעל דין כמאה עדים לאו דוקא, דאם כן כאשר יש עדים דמכחישים ליה נימא דתרי כמאה ומאה כתרי, אלא גוזמא נקטינן הודאת בעל דין חשובה בכל מקום ואפילו במקום עדים, כמאה עדים במקום שאין שם עדים".

383. וראה בעל הטורים על פסוק זה שכתב: "אשר יאמר כי הוא זה" בגימטריא, עם מניין התיבות והכולל: "מודה במקצת טענה". בדומה לכך כתב הרב יעקב ישראל קניבסקי (הסטייפלר) בספרו "ברכת פרץ" על פרשת משפטים: "כל אבדה אשר יאמר כי" בגימטריא: "זהו מודה במקצת הטענה".

שאלת מהר"י בן לב

"קצות החושן" סימן ל"ד ס"ק ד' מביא את שאלתו החריפה של מהר"י בן לב, כיצד נאמן בעל דין להעיד על עצמו שהוא חייב, הרי הכלל הוא כי בעל דין אינו כשר להעיד בענייני שלו, בין אם זו עדות לחובתו ובין אם זו עדות לטובתו?

יתרה מכך, בעל דין אינו "עד פסול" אלא שהוא בכלל לא נחשב לעד[384]. פסולו אינו נובע מן החשש שהוא משקר אלא מכך שאדם קרוב אצל עצמו, וגזירת הכתוב היא שקרוב לבעל דין אינו כשר להעיד. אם כן כיצד מועילה הודאת בעל הדין?

ארבע תשובות ידועות ניתנו במענה לשאלה זו:

תשובת מהר"י בן לב

מהר"י בן לב מחדש, כי אכן הודאת בעל דין אינה מתקבלת מדין עדות אלא שניתן לה תוקף מדין מתנה והתחייבות. אדם רשאי כמובן לחייב את עצמו ולתת מתנה לזולתו. מקום שבו אדם מודה שהוא חייב הרי שהוא למעשה מתחייב כעת לשלם. כלומר, אין המדובר בעדות שהיא בירור של מציאות קיימת בדבר חוב שנוצר בעבר, אלא מדובר ביצירת חוב והתחייבות חדשה בהווה שמכוחה חייב המודה מכאן ואילך בלבד.

---

384. ר' ראי"ש במסכת מכות פרק א' סימן י"ג שהביא את דברי הראב"ד ז"ל בתשובותיו כי הכלל של "פלגינן דיבורא" אינו סותר לכלל של **עדות** שבטלה מקצתה בטלה כולה, שכן הכלל של "פלגינן דיבורא" נאמר במסכת סנהדרין דף ט' עמ' ב' לגבי מי שמעיד כי "פלוני רבעני לרצוני", ש"פלגינן דיבורא" והוא נאמן לחייב את פלוני ולא שומעין שאמר שהוא היה הנרבע, כי שם הוא בעל דין - ובעל דין אינו עד כלל. ובלשונו: "כשמעיד על עצמו אין זה עדות כלל אלא כמי שאינו דמי, שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה". ראיה לדבר הביא מן הגמרא במסכת סנהדרין (דף י' עמ' א') האומרת: "פלוני בא על אשתי הוא ואחר מצטרפין להורגו אבל לא להורגה". שואלת הגמרא: "פשיטא? סלקא דעתך אמינא אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל אשתו לא אמרינן קמשמע לן". לכאורה מה החידוש שאדם קרוב אצל אשתו, הרי אשתו כגופו. אין זאת אלא שההווה אמינא הייתה כי אמנם אדם קרוב אצל אשתו, אך אינו נחשב כ"בעל דין" בעניינה, אלא קרוב בעלמא ועדותו שהוא מעיד עליה תהא עדות פסולה ותיבטל כל העדות מפני שבטלה מקצתה, קמשמע לן שאשתו כגופו ואין זה עדות כלל ולכן פלגינן דיבורא כפי שפלגינן בגופו.

"קצות החושן" מעיר כי הסברו של מהר"י בן לב אינו תואם לדברי רש"י במסכת קידושין (דף ס"ה עמ' ב' ד"ה "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי") שמדבריו עולה כי הודאת בעל דין מחייבת אותו מדין מהימנות. רש"י שם כותב: "דכתיב (שמות כ"ב, ח') 'אשר יאמר כי הוא זה' - הרי שסמך על מקצת הודאתו". משמע כי החיוב נובע מכך שהמלווה סומך עליו ואין זה חיוב הנובע מדין מתנה. משכך, שבה ומסתערת הערת מהר"י בן לב, כיצד מועילה הודאת בעל דין למרות הכלל שעדות של בעל דין כלל אינה עדות (לא לזכות ולא לחובה)?

תשובת הש"ך

"קצות החושן" מביא הסבר בשם הש"ך (חושן משפט, סימן ל"ז ס"ק א') לפיו בעל הממון נחשב לבעל דין רק לזכותו. אולם, ככל שמדובר לחובתו אין הוא נחשב כבעל דין והריהו עד כשר. כלומר, דין התורה שפוסל "בעל דין" נאמר מלכתחילה רק כאשר הוא מעיד לטובת עצמו, אולם כשהוא מעיד לטובת אחרים אין הוא מוגדר כ"בעל דין" כלל.

הסבר זה קשה בסברה, שהרי ככלל "בעל דין" קרוב לעצמו, אם כן מסתבר שהוא כמו קרוב שאינו יכול להעיד בין לזכות ובין לחובה[385] הסבר זה גם לא מיישב שני קשיים אחרים שמעלה קצות החושן:

ראשית, אף בהנחה שבעל הדין אינו פסול לעדות, מכל מקום כיצד מחייבת הודאתו, שהרי הוא רק עד אחד וכדי ליצור חיוב מכוח עדות נחוצים שני עדים?

שנית, הודאת בעל דין תקפה גם כאשר מדובר בעבד או שפחה שאינם כשרים לעדות. אם זו נאמנות מכוח עדות, כיצד מקבלים עדות של מי שפסול לעדות?

תשובתו של "קצות החושן"

"קצות החושן" מבאר על כן כי הודאת בעל דין תקפה מכוח גזירת הכתוב, וכשם שהתורה פסלה עדות של "בעל דין", כן הכשירה התורה "הודאת בעל דין" כשהוא

385. ואכן מעיון בדברי הש"ך נראה לכאורה כי דבריו אלו מתייחסים לפסול של נוגע בדבר ולא לפסול של בעל דין.

מודה בחובו. ובלשונו: "גזירת הכתוב שיהא אדם נאמן על עצמו בכל הפסולין שיש בו... דהתורה לא פסלה אלא על אחרים אבל על עצמו האמינתו תורה".

יושם אל לב כי ההגדרה של "קצות החושן" אינה האם זו חובה לעצמו או זכות לעצמו (כפי שנקט הש"ך), אלא האם זו עדות על עצמו או על אחרים. כלומר, התורה קבעה כי יש לקבל שני עדים המעידים על אחרים ובדומה לכך קבעה התורה כי יש לקבל הודאת בעל דין המעיד על עצמו. הכלל, לפיו בעל דין אינו נאמן, עוסק בדיון שבו מעיד הוא בעל הדין על אחרים (כגון הלווה מעיד על הערב). אבל, כאשר עסקינן בעדות לגבי עצמו, גזירת הכתוב היא שבעל דין כשר.

משכך, מבהיר "קצות החושן", מיושבות התמיהות שהעלה על הש"ך כיצד בעל דין מחייב את עצמו בשעה שהוא רק עד אחד, או אף כשעסקינן במי שהוא עבד ואינו כשר לעדות. התשובה לכך היא כי בגזירת הכתוב שהכשירה בעל דין על עצמו נכלל הדין שלא יהא חיסרון בכך שהוא רק אחד או שהוא עבד[386].

הסברו של "תרומת הכרי"

רבי יהודה הכהן העליר (אחיו של בעל "קצות החושן") בספרו "תרומת הכרי" (חושן משפט סימן א' סעיף א') מקשה על הסברו של "קצות החושן", שהרי דין הודאת בעל דין נלמד בפסוק האמור בתורה לגבי שבועת מודה במקצת[387]. פרשת "מודה במקצת" חלה רק כאשר ההודאה נאמרה **בפני בית דין**, ואילו המודה מחוץ לבית

---

386. לפי הש"ך אין המדובר ב"גזירת הכתוב", אלא **בסברה** שבכל הנוגע לחובתו אין הוא נחשב בעל דין. ממילא היה קשה כאמור שהרי הוא רק עד אחד, ולעיתים אף עבד. אולם לפי "קצות החושן" שהודאת בעל דין מועילה מטעם גזירת הכתוב, ממילא התמיהה מיושבת מאליה, כי כשם שהתורה הכשירה פסול של בעל דין כאשר אדם מעיד על עצמו, כך היא הכשירה פסולי עדות אחרים. ויש לעיין, מדוע הוצרך "קצות החושן" להגדיר את ההבחנה האם מעיד "על עצמו" או "על אחרים", הן יכול היה להגדיר, בדומה לדברי הש"ך, כי ההבחנה היא האם מעיד "לזכותו" או "לחובתו", ורק להוסיף את התובנה כי החילוק אינו נובע מסברה אלא מגזירת הכתוב, ובכך היו מתורצות תמיהותיו.

387. לעיל ראינו כי דין הודאת בעל דין נלמד מן הכתוב שנאמר לגבי מודה במקצת (שמות כ"ב, ח' - "אשר יאמר כי הוא זה") כפי שהביא "קצות החושן" בשם רש"י במסכת קידושין.

דין אין הודאתו מחייבת שבועה. ממילא, אם "הודאת בעל דין" אינה סברה אלא מקורה בגזירת הכתוב האמורה ביחס ל"מודה במקצת", הרי ש"אין לך בו אלא חידושו", באופן שבו מצינו את הדין בתורה, כלומר - כאשר נאמרה ההודאה בפני בית דין. והנה, בפועל, הודאת בעל דין חלה גם על מי שמודה בפני עדים ולא בפני בית דין?

על כן מסיק "תרומת הכרי" כי רק הודאת בעל דין **בפני בית** דין נובעת מתורת "נאמנות" שהאמינה התורה את האדם לגבי עצמו, והיא הנלמדת מן הפסוק "כי הוא זה" כמו שכתב "קצות החושן". לעומת זאת, בהודאת בעל דין בפני עדים, אף שאין אנו מאמינים לו על דבריו, מכל מקום יד בית הדין תקפה עליו לחייב אותו לנהוג כפי שהודה, מדין "שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא".

"תרומת הכרי" משווה דין זה לאישה שאמרה אשת איש אני שבגמרא (כתובות דף כ"ב עמ' א') מבואר כי היא אסורה להינשא, ואם היא בכל זאת נישאת, כופים את הבעל להוציאה. כפייה זו אינה נובעת מכוח נאמנותה, שהרי לא סוקלין אותה על פי דבריה, אלא מכיוון שלפי דבריה היא אסורה להינשא בית דין כופין עליה שלא תעבור ותעשה מעשה שהוא לפי דבריה איסור גמור. הדבר דומה למי שבא לאכול חתיכה שלא ידוע לנו מהי, ואדם אומר שהיא 'חֵלֶב', אנו מצווים להפרישו על פי דבריו. בדומה לכך אין אנו מניחים אותה להינשא לאחר שאמרה כי היא אשת איש. מבחינתה שלה, הודאתה היא האמת, אמת זו מחייבת אותה. על כן גם אם כל העולם מחזיקים אותה כפנויה - היא אסורה להינשא. כך בדומה לכך יש לומר גם לגבי ממון, כי המודה בפני עדים שהוא חייב לחברו מנה אף שאין אנו מאמינים לו שהוא חייב, מכל מקום כופים אותו לשלם כיוון שלדבריו שלו הוא חייב לשלם, לשיטתו שלו אם לא יעשה כן הוא עובר על איסור גזל. די בכך כדי שבית הדין יכפו עליו לשלם ולהוציא את הגזילה מתחת ידו, שהרי גזל הוא איסור תורה וחל על כך דין "לאפרושי מאיסורא" מכוח הדין של "שוויא אנפשיה" כבכל שאר האיסורים.

יש לעמוד על מספר נקודות יסודיות המתעוררות לאור הסברו של "תרומת הכרי":

הדין לשיקול דעת בית הדין

אם יש סברה של "שוויא אנפשיה" בהודאה בפני עדים, הרי שיש "שוויא אנפשיה" גם בהודאת בעל דין בפני בית דין. אם כן לשם מה נחוץ להגיע ליסוד של "קצות

החושן" הלמד הודאת דין זו מ"גזירת הכתוב" של "כי הוא זה"? הרי ממילא הודאתו מתקבלת לאור הכלל של שוויא אנפשיה?

נראה לומר שלשיטת "תרומת הכרי", כאשר אדם מודה בפני בית דין אין הוא בא לקבוע את הדין, אלא מותיר את הדבר לשיקול דעת והכרעה של בית הדין. לכן לא חל על כך דין "שוויא אנפשיה", וממילא צריך גזירת הכתוב כי הוא מהימן, כדי שבית הדין יוכל לפסוק על פיו.

חיוב הנובע מנדר

עוד יש להבין, הרי גם אם אדם הודה על דבר שהוא איסור, או אישה הודתה שהיא אשת איש, מדוע לא יוכלו לחזור בהם ולומר 'סתם אמרנו', או אפילו לתת סיבה מדוע שיקרו? איך בית דין יכולים לכפות אותם על פי מה שאמרו בעבר, כיוון שאין הם נאמנים עלינו ועכשיו הם אומרים שאין הדבר הזה אסור עליהם? אחד הביאורים מופיע "בשיטה מקובצת" על מסכת כתובות (דף ט' עמ' א' ד"ה "נאמן") לגבי בעל שטען 'פתח פתוח מצאתי' ולדעתו אשתי אסורה עליי, "כיון דאתי לבי דינא וקאמר דהרי היא אסורה עליו ואינו חפץ בה הרי היא נאסרה עליו, ואף על גב דהיא מותרת לו מדינא **הוה ליה כאוסר עליו דבר המותר**". משמע מלשונו שאין זה דין של נאמנות אלא כעין נדר שבו הוא אסר עליו דבר המותר. ביאור זה הביא המהר"י באסן (סוף סימן פ') והביאו "קצות החושן" (בסימן ל"ד סק"ד). מכיוון שדין 'שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא' מחייב את האומר מדין 'נדר', ברור שכאשר מדובר בבית דין הרוצים לחייב שבועה, אם אינו נאמן ורק אסר על עצמו בנדר, בהכרח צריך את גזירת הכתוב שכאשר הוא מודה בפני בית דין יש גם נאמנות על עצם הדבר ולא רק נדר.

הבאנו בפרק א' לעיל את מהלכו של הגר"ש שקופ (בספרו "שערי יושר" שער ה' פרק א'), שדן בשאלה מדוע במקרה של ספק בדיני ממונות אין מחילים את הכלל של "ספיקא דאורייתא לחומרא"? הרי נטילת ממון הזולת היא איסור גזל, שהוא איסור חמור מדאורייתא? הרב שקופ מביא את דברי "קונטרס הספיקות" (כלל א' סימן ו'): "שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חברו מצד הדין, לכן ספק ממון שהדין בו המוציא מחברו עליו הראיה אין איסור כשאינו מחזיר". הרב שקופ מסביר כי אין לערב תחומין ולדון בדיון הממוני במבט החושש לאיסור גזילה, שכן מישור

האיסור חל רק לאחר שהוכרע המישור הממוני, ורצון ה' שאדם לא יגזול מתייחס רק למה שעל פי דיני הממונות אין לו רשות להחזיק בו. דיני הממונות נקבעים אפוא קודם להחלת דיני התורה האיסוריים.

לדבריו נמצא, כי כאשר אנו דנים בדיני ממונות אין מקום לומר שחל חיוב ממונו מכוח דין 'שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא' שנאמר לגבי איסורים. דיני הממונות לא נובעים מדיני איסורים אלא להפך. יתרה מכך, בהודאת בעל דין לא כלולה אמירה שהחזקת ממון זה היא גזל, שהרי הדיון הוא לא על מי שהודה ומוכן לשלם, אלא על מי שהודה בעובדה מסוימת אך עדיין חושב שהוא פטור, כגון מודה שהייתה הלוואה וטוען שפרע או נמחל לו. זוהי אמירה מותנית שצריך לראות אם יש לה תוקף בדיני ממונות ורק אם היא בת תוקף נובע ממנה דין גזל. על כן, אם אמירה זו אינה תקפה מכוח דיני המהימנות ואין בה כדי לחייב מכוח דיני הממונות, הרי שנובע מכך כי בנעדרת תוקף גם לא יהיה גזל. נמצא כי לפי הסברו של הרב שקופ, לא ניתן לומר שיהא תוקף להודאת בעל דין בדיני ממונות מכוח 'שוויא אנפשיה', ומן ההכרח כי תוקפה של הודאת בעל דין יוסבר בהתאם לאחד מההסברים האחרים שהובאו לעיל[388].

נדון להלן בהסברים האמורים כסדרם.

א. ביאור הסברו של מהר"י בן לב

ההבחנה בין שיטת מהר"י בן לב לבין שיטת "קצות החושן" היא, האם זו התחייבות שתחולתה מכאן ואילך, או שמא זו מהימנות על מה שהיה בעבר. נפקות מרהיבה בהקשר זה מצינו בדברי המאירי על מסכת מכות (דף ג' עמ' א'): "יש שואלים: עדים שהעידו שראובן חייב לשמעון מנה והוזמו, ואח"כ הודה ראובן שהוא חייב כעדותם של אלו. האם משלמין (העדים הזוממים) שהרי העידו שקר והוזמו, או שאין משלמין מאחר שהעניין כך היה (כפי שאמרו, שכך עולה מהודאת בעל דין שלו) ואין מפסידין אותו כלום? ייראה, שמאחר שאם באו עדים אחרים (והעידו עדות

---

388. ייתכן לומר כי המהר"י בן לב ו"קצות החושן" שלא נקטו כסברת "תרומת הכרי" - שהודאת בעל דין נובעת מהדין של שוויא אנפשיה, סבורים שבדיני ממונות אין מקום לסברת שוויא אנפשיה וכפי העולה מהסברו של הגר"ש שקופ.

זהה לזו של הזוממים), הרי שהזוממים פטורים, כך הם פטורים על ידי הודאתו. ויש מפקפקים בדבר, (שכן) כשיש עדים נתגלה הדבר למפרע שבן חיוב הוא משעת העדות. אבל בהודאת בעל דין - **עכשיו הוא נעשה בר חיוב**".

המאירי עצמו חולק על ההבחנה האמורה ומסיק "ויראה לי כדעת ראשון".

מסקנת המאירי היא שהודאת בעל דין אינה התחייבות אלא מהימנות של עדים המעידים למפרע מה הייתה האמת ולכן אין לחייב את העדים הזוממים שהרי התברר כי עדותם אמת הייתה. כלומר, מהמאירי עולה כשיטת "קצות החושן" ולא כשיטת מהר"י בן לב, ובפנינו נפקא מינה בין השיטות במקרה של עדים זוממים שלא ראו הלוואה, אך אח"כ הייתה הודאת בעל דין בקיומו של חוב.

כמו כן נראה כי עשויה להיות נפקות בין שיטת "קצות החושן" לשיטת מהר"י בן לב במקרה שאדם מודה כי הוא חייב, אך כמובן יודע את האמת שלא היו דברים מעולם, ושהוא הודה בחוב שלא היה ולא נברא. האם חלה על המודה חובה כלפי שמיא לשלם על פי הודאתו? לפי הסברו של מהר"י בן לב יש מקום לחייבו שכן הודאתו מהווה התחייבות חדשה. לעומת זאת, לפי הסברו של "קצות החושן" נראה כי אינו חייב שכן הודאתו בטעות יסודה[389].

בדומה לכך עשויה להיות נפקות ביחס להודאת בעל דין כאשר בית דין יודעים שאינה אמת (כגון שאומר שלווה מפלוני וידוע לנו שלא נולד) או כשהצד שכנגדו יודע שלא הלווה לו וההודאה אינה אמת. לפי מהר"י בן לב זוהי הודאה תקפה שכן זו התחייבות חדשה[390]. לעומת זאת, לפי שיטת "קצות החושן" שתוקף הודאת בעל דין נובע מנאמנות על מה שקרה בעבר, הרי שאין לחייב במקרה שבו ברור כי אין ההודאה אמת.

---

389. אמנם אם באותה שעה שהודה ידע שאינו חייב אלא שרצה לתת מתנה, נראה שנוצר קניין אודיתא ואין בידו לחזור בו שכן הודאה הנעשית ביודעין עשויה לשמש מעשה קניין. ר' אנציקלופדיה תלמודית ערך 'אודיתא'.

390. אם כי ייתכן לומר כי הודאה שידוע כי אינה אמת, אינה בת תוקף מכיוון שאין לה שם הודאה, וכמוה כאמירה שיכול לומר עליה משטה הייתי בך.

שאלת הרב אברמסקי ותשובת רבי נחום פרצוביץ'

ביחס לדברי המהר"י בן לב שהודאת בעל דין תקפה מכוח התחייבות ומתנה של בעל הדין, הביא הרב עקיבא קיסטר (בספרו "יקר תפארת - חידושי תורה" בעמ' נ"ח) שאלה ששאל הרב יחזקאל אברמסקי את הרב נחום פרצוביץ'. בגמרא במסכת שבועות (דף ל"ג עמ' ב') מצינו: "רבי יוסי הגלילי אומר, הרי הכתוב אומר (ויקרא ה', א'): "והוא עד או ראה או ידע" -בעדות המתקיימת בראייה בלא ידיעה ובידיעה בלא ראייה הכתוב מדבר. ראייה בלא ידיעה כיצד? מנה מניתי לך בפני פלוני ופלוני, יבואו פלוני ופלוני ויעידו - זו היא ראייה בלא ידיעה". כלומר, העדים לא ראו את ההלוואה ואינם יודעים אם יש חוב, אך הם מעידים כי ראו את בעל הדין מודה בקיום החוב. ברם, שאם הודאת בעל דין מחייבת כשלעצמה, מדוע אומרים אנו כי זו ראייה בלא ידיעה? הרי הם יודעים שיש חוב מכוח ההתחייבות שיצרה הודאת בעל הדין לנגד עיניהם?

הרב נחום פרצוביץ' תירץ שאין להבין בדברי מהר"י בן לב שזו התחייבות ודאית, אלא שכוונתו לומר שנוצר חיוב מכוח ספק באופן של ממה נפשך:

- אם האמת כדברי בעל הדין שהודה כי הוא חייב (כלומר שהוא אכן לווה מן התובע) - הרי שיש חיוב מחמת ההלוואה שנטל;
- אם לעומת זאת בעל הדין לא נטל הלוואה והודאתו אינה אמת, אם כן יש לומר כי בעל הדין שיודע זאת היטב מודה שהוא חייב - מכיוון שרוצה הוא להתחייב.

על כן, אומרת הגמרא כי עדות העדים בדבר הודאת בעל דין שהייתה בפניהם, היא בגדר של ידיעה בלי ראייה, שהרי על הצד שבעל הדין אומר אמת נמצא כי מה שמחייב אותו זו ההלוואה המקורית שנטל, שאודותיה אין לעדים כל ראייה.

ודוק, כי לכאורה אם כתוב בפסוק שיש עדות של 'ידיעה בלי ראייה', הרי שכתוב בו מקור נוסף לדין הודאת בעל דין מהתורה.

שאלותיו של "קצות החושן"

"קצות החושן" מקשה על מהר"י בן לב שתי קושיות חריפות:

א. הכלל הוא כי האומר "לא לוויתי" נחשב כמי שאומר "לא פרעתי", שהרי ברור שלא פרע חוב שלטענתו לא לווה מעולם. ממילא, כשהמלווה מביא עדים

שהלווה ומצד שני מדברי הלווה עולה כי הוא לא פרע את החוב, הרי שעליו לשלם.

ודוק, אדם זה לא הודה שלא פרע, אלא הדבר נובע מטענתו שלא לווה. הוא לא בא לחייב את עצמו, אלא אדרבה ביקש לפטור את עצמו מן החיוב ולכן טען כי לא לווה. נמצא שזו אמירה שאינה יכולה לבטא כוונה להתחייב או לתת מתנה. מדוע יש תוקף להודאת בעל דין מסוג זה? בשלמא אם תוקפה של הודאת בעל דין נובע ממהימנות, הרי שהוא מהימן על העובדות המחייבות אותו גם אם הודה בהן אגב ניסיון לטעון פרעתי. אבל, אם מקור הדין נעוץ בהתחייבות או במתן מתנה, הרי שבמקרה דנא אין לו כל כוונה לתת דבר[391].

ב. במסכת בבא מציעא (דף ד' עמ' א') מצינו כי כאשר עדים מעידים שהלווה חייב חצי מהסכום הנתבע ע"י המלווה, חייב הלווה שבועה על שאר הסכום, מ'קל וחומר' מדין מודה במקצת. אם בהודאת פיו במקצת התביעה מתחייב אדם שבועה על שאר הסכום שבתביעה, קל וחומר שיתחייב להישבע כאשר את מקצת סכום התביעה הוא חייב מכוח עדים.

על קל וחומר זה מקשה הגמרא כי ייתכן שהודאת בעל דין אינה קלה אלא חמורה ועדיפה על עדות, שכן היא אינה נתונה להכחשה והזמה. על כן ייתכן בהחלט כי דווקא הודאת פיו - העדיפה במהימנותה - גוררת חיוב שבועה ביחס לשאר הסכום מכוח הודאה במקצת הסכום.

ברם, לשיטת מהר"י בן לב דברי הגמרא קשים להבנה, שכן לדבריו תוקף הודאת בעל דין אינו נובע מכוח מהימנות אלא מדין מתנה, ממילא אין הודאת פיו ראיה חזקה או נאמנה יותר מעדות, אלא זו התחייבות חדשה לתת מתנה. ברור שלא ניתן להשוות התחייבות לעדות ביחס לחיוב במחצית הסכום. מהי

---

391. שאלה זו נכונה לכאורה גם לדברי הש"ך, שהרי אי אפשר להתייחס לטענת לא לוויתי כטענה לחובת עצמו, שהרי כשהוא אומר "לא לוויתי" הוא מבקש לדבר בזכות עצמו ולא בחובתו. כמו כן, קשה לראות במקרה זה "שוויא אנפשיה" שהרי הוא לא בא לאסור על עצמו דבר, אלא להפך ביקש להסיר מעצמו את טענתו של המלווה ולהותיר את הממון בידיו. אם כן, קושי זה יש להעלות גם ביחס להסברו של "תרומת הכרי". ברם, ייתכן שמדובר בבית דין, ושם מודה "תרומת הכרי" להסברו של "קצות החושן" כי מקור החיוב בגזירת הכתוב ולא בדין של שוויא אנפשיה.

אם כן השוואת הגמרא מלכתחילה והניסיון ללמוד מקל וחומר, ומהי פִּרכת הגמ'? היכן רואים אנו שהתחייבות פיו גרועה או עדיפה במהימנותה על עדות?

הסבר מחודש בדברי מהר"י בן לב

בעקבות שאלות אלו נראה כי אין כוונת מהר"י בן לב לומר כי הודאת בעל דין היא בגדר של התחייבות חדשה, שהרי אם נשאל אותו בוודאי יאמר שלא התכוון להתחייב, אלא שדבר אשר בידו של אדם לתת או להתחייב מרצונו, הוא נאמן עליו באופן מלא. הדברים דומים לדין של "מיגו" או "בידו"[392]. הווי אומר כי אכן זו נאמנות - אך תוקפה נובע מכך ש'בידו' להתחייב.

הודאת בעל דין היא אפוא נאמנות, והסברה היא כי התורה האמינה לו - כיון שיכול היה להתחייב בהתחייבות חדשה. בכך מיושבות קושיות "קצות החושן", שכן גם כשהוא אומר "לא לוויתי" ולא ביקש לחייב עצמו, הרי שמכיוון שהיה בידו להתחייב ולשלם, יש לדבריו תוקף והוא נאמן לחייב את עצמו גם כאשר החיוב נובע בעקיפין מטענת "לא פרעתי". בדומה לכך מובן שניתן ללמוד מדין הודאת פיו קל וחומר למקרה שבו חייבו אותו עדים, שהרי עסקינן בדין שיסודו בדיני נאמנות.

בהתאם להסבר זה כי לא עסקינן בהתחייבות חדשה, אלא בנאמנות על ההתחייבות המקורית, מיושבת היטב תמיהת הרב אברמסקי הנזכרת לעיל מסוגיית הגמרא במסכת שבועות (דף ל"ג), שכן העדים המעידים על הודאת בעל הדין הם אכן בעלי ידיעה בלי ראִיה, שכן המחייב אינו התחייבות שיצר בעל הדין בהודאתו בפניהם, אלא מה שקרה בעת נטילת ההלוואה המקורית, שאותה לא ראו.

בהתאם לכך נראה לבאר את המחלוקת שציין המאירי על מסכת מכות (דף ג' עמ' א') האם הודאת בעל דין חלה למפרע או רק מכאן ואילך: מי שסובר כי החיוב חל למפרע מבאר כי עסקינן במהימנות שיש לו חיוב, וממילא הדבר חל למפרע. לעומת זאת, מי שסובר כי החיוב לא חל למפרע סובר כי מהימנותו היא מכוח יכולתו לחייב את עצמו, ומכיוון שהוא יכול לחייב את עצמו רק מכאן ואילך, הרי שגם מהימנותו היא מכיוון ואילך בלבד.

---

392. וראה תשב"ץ חלק א' סי' פ"ג, שטעם הודאת בעל דין הוא משום מיגו דאי בעי יהיב ליה, או מגזירת הכתוב הנלמדת מהכתוב "כי הוא זה".

קושי מדין "שעבודא דרבי נתן"

שיטת המהר"י בן לב נתקלת לכאורה בקושי חמור, אשר הסבַרנו דלעיל אינו מיישבו:

בסוגיית הגמרא במסכת כתובות (דף י"ט עמ' א') **מבואר כי אם ראובן נושה בשמעון ושמעון נושה בלוי, נמצא כי נכסי לוי משועבדים גם לראובן, וראובן מוגדר כנושה של לוי, על אף שלא היה ביניהם כל קשר. ראובן יכול לתבוע את לוי והלה אינו יכול לטעון "אינך נושה שלי" ואין בינינו כל דין ודברים ("לאו בעל דברים דידי את"), שכן השעבוד של לוי לשמעון יוצר שעבוד של לוי גם לראובן. שעבוד ישיר זה של לוי לראובן הוא חידושו של רבי נתן ונקרא: "שעבודא דרבי נתן".**

בגמרא שם מצינו כי המלווה האמצעי (שמעון) אינו נאמן להודות כי השטר שבאמצעותו הוא נושה בלוי אינו בר תוקף ("שטר אמנה"), כיוון שבהודאה זו הוא גורם להפקעת שעבודו של ראובן כלפי לוי. תוס' שם (ד"ה "וכגון") **מבארים כי גם אם נאמר שהנושה האמצעי (שמעון) יכול למחול ללוי על החוב, מכל מקום כאשר אינו מוחל אלא מודה כי השטר שבידיו הינו שטר אמנה, חל הדין האמור לפיו אינו נאמן.**

ודוק, לפי שיטת מהר"י בן לב כי הודאת בעל דין תקפה מכוח היותה התחייבות, מה פשר האמירה כי הוא לא נאמן בהודאתו? הרי בהודאתו שלוי לא חייב לו הוא מוחל ללוי הלווה על חובו, ולדברי תוספות יש תוקף למחילה? מדוע אפוא לא יהיה תוקף גם להודאה?

עם זאת, נראה ליישב כי כשהמלווה האמצעי טוען כי זהו "שטר אמנה", אין הוא מודה שלא היה חוב בשלב כלשהו וממילא אינו מוחל על החוב,[393] אלא בהודאתו הוא רק מודה שאין בידו שטר תקף, ובכך מגדיר את ההלוואה כ"מלווה על פה" ולא כהלוואה בשטר[394]. הווי אומר כי הוא לא מוחל על עצם ההלוואה, אלא מודה שאין לו זכות גבייה בשטר שיש לו. ולפי מהר"י בן לב - לפי הבנת "קצות החושן"

---

393. ההנחה של תוס' היא כי הודאת המלווה שהשטר שבידו שטר אמנה הוא, אינה עולה כדי "מחילה" על גופו של החוב. הדבר עולה משאלת תוס' שייאמן המלווה בהודאתו כי השטר אמנה הוא, במיגו שיכול למחול, ותירצו שאינו רוצה למחול אלא חפץ שההלוואה תיוותר על כנה.

394. הנפקות היא שלוי יוכל לטעון "פרעתי" בלא שטענתו תיסתר מכוח השטר. כמו כן יש נפקות בכך שמלווה על פה אינו ניתן לגבייה מנכסים משועבדים ולכן אם נכסי לוי לא משועבדים לשמעון ממילא לא יהיו משועבדים גם לראובן.

בדבריו - שהודאת בעל דין פועלת מדין מחילה, נמצא כי הוא מוחל על זכות הגבייה באמצעות שטר, ואינו מוחל על גוף ההלוואה. ממילא מובן כי כשיש "שעבודא דרבי נתן" וזכות הגבייה אינה רק שלו אלא נוצרה גם זכות למלווה הראשון (ראובן), אין שמעון יכול להפקיע כוחו של ראובן לגבות באמצעות שטר[395], ובהתאם להסברנו בדברי מהר"י בן לב, ברור כי גם אין לו נאמנות על כך.

ראיה מרהיבה לשיטת המהר"י בן לב עולה לכאורה מעיון בסוגיה במסכת בבא מציעא (דף מ"ג עמ' א'). במשנה שם נדונה השאלה אימתי יש לשום חפץ אשר אדם גזל אותו, האם כשעת הגזילה או שמא כשעת ההחזר? בית שמאי סבורים כי אם החפץ התייקר ידונו אותו לפי שעת ההחזר, ואם החפץ הוזל ידונו אותו לפי שעת הגניבה. בית הלל אומרים כי החפץ נדון תמיד בהתאם לשוויו בשעת הגזילה, ורבי עקיבא אומר כי יש לשום את החפץ תמיד לפי שוויו בשעת ההעמדה לדין. הגמרא מבארת כי טעמו של רבי עקיבא נובע מכך שנאמר (ויקרא ה', כ"ד): "**לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו**". מבאר רש"י: "בדמים של אותו יום שהוא מתחייב לו. והיכא דתבעו והודה, דעל פיו הוא מתחייב - העמדתו בדין והודאתו הוא יום אשמתו". אולם הגמרא אומרת (שם בעמ' ב') כי רבי עקיבא מודה כי במקום שיש עדים כמה הייתה הגזילה שווה ביום שגזילה, הרי שעליו לשלם כשעת הגזילה, שכן "כיון דאיכא עדים - מההוא שעתא הוא דאיחייב ליה אשמה", מבאר רש"י: "אם יש עדים - משעה שראוהו שגזלה הוא אשם לו", כלומר אשמתו נחשבת כידועה כבר משעת הגזילה.

נמצא כי אם בעל הדין מודה בבית הדין שגזל, הרי ש"יום אשמתו" הוא יום ההודאה, אך אם באו עדים שגזל, הרי ש"יום אשמתו" הוא יום הגזילה ולא היום שבאו העדים. לכאורה, מהו ההבדל בין חיוב מכוח הודאת בעל דין שכך היה שווה בשעת הגזילה, לבין ידיעה מחמת העדים? אין זאת אלא שהודאת בעל דין איננה בירור וגילוי של המציאות למפרע, אלא חיוב מחודש שחל מעת ההודאה ואילך. כלומר, כשיטת מהר"י בן לב.[396]

---

395. הדבר דומה למי שמוכר שטר חוב שאז החוב של הלווה ממשיך לחול כלפי המוכר ורק זכות הגבייה עברה לקונה. במקרה זה יכול המוכר למחול על גוף החוב אך אינו יכול למחול על זכות הגבייה בשטר.

396. עם זאת, ייתכן שטעם ההבחנה שונה, ונובע מכך שכשיש עדים הרי שהחיוב קיים בכוח כבר מהרגע שהמעשה אירע, שהרי מה ימנע מן האמת להתברר? לעומת זאת,

קושי מכוח דין מודה במקצת

"קצות החושן" שאל שאלה נוספת על המהר"י בן לב, למה המודה במקצת חייב שבועה, הן לדברי המהר"י בן לב אין ההודאה נובעת מכוח מהימנות ואם כן הרי הוא כמי שכפר בכל החוב, ומה שהודה הוא רק התחייבות חדשה שבאה כעת לתת סכום מסוים. כלומר, אילו אמר בעל הדין "אינני חייב לך כלום, אך הא לך מתנה סך מסוים" פשיטא כי לא היינו רואים בכך הודאה במקצת המחייבת שבועה על שאר הסכום הנתבע. אם כן, מדוע שונה הדבר בהודאה במקצת שאינה תקפה מדין מהימנות? הן הוא נחשב כמי שכפר במלוא הסכום שתבע ממנו התובע והתחייב התחייבות חדשה לתת לתובע את מחצית הסכום.

תירוצו של ה"קהילות יעקב"

הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" (על מסכת בבא מציעא סימן ו') מיישב את שאלת "קצות החושן" מדין "מודה במקצת" בהבהירו כי אכן, אילו סיבת חיוב השבועה ב"מודה במקצת" היה נעוץ בכך שההודאה שהוכיחה שאינו צודק בחלק מהתביעה, הרי שהיה מקום לשאול את שאלת "קצות החושן" שהרי לשיטת המהר"י בן לב הודאת בעל הדין היא חיוב חדש ואינה מוכיחה שאינו צודק בחלק מהתביעה. אבל, בשיטת מהר"י בן לב נראה לומר כי כאשר אדם מודה במקצת עצם הנכונות לשלם חלק מהתביעה היא הגורמת לחיוב שבועה על השאר. החיוב בשבועה נעוץ אפוא בעצם עשיית מעשה ההודאה ונכונותו לשלם בלא קשר לנאמנותו בדבריו. כלומר מעשה של הודאה - מחייבו שבועה. על כן, אף אם יש להודאה תוקף מדין התחייבות, הרי שהמעשה של המודה הוא הודאה בחלק מהטענה של התובע ומעשה זה מחייבו בשבועה.

לעומת זאת, בהסבריהם של "קצות החושן", הש"ך ו"תרומת הכרי" לא מתעורר הקושי האמור מלכתחילה, שכן הודאת בעל דין אינה רק מעשה הודאה, אלא זו אכן נאמנות שתוקפה נובע מכך שבידו להתחייב. אם כן, פשיטא כי במודה במקצת אין זו מתנה גרידא, אלא הודאה של בעל הדין ביחס לחלק מהסכום הנתבע, שהוא

אם החיוב תלוי בהודאת בעל דין, הרי שהחיוב אינו מצוי בכוח כל עוד שבעל הדין לא הודה, שהרי אין כל ודאות שהוא יבוא ויודה, דומה לחיוב קנס שלא נגמר כל עוד לא חייבוהו בית דין, משום שלפני כן יכול להיפטר מחיובו באמצעות דין מודה בקנס.

מהימן לגביה, וזה חיוב הנוגע לסכום התביעה עצמו, וממילא עליו להישבע על החלק הנותר.

הסברו של ה"דברי חיים"

רבי חיים מצאנז בספרו "דברי חיים" (על מסכת בבא מציעא דף ג') משיב על שאלת "קצות החושן" מדין מודה במקצת תשובה השופכת אור חדש על שיטת המהר"י בן לב. ה"דברי חיים" מציין את דברי התוספתא (במסכת בבא מציעא פרק א' הלכה ה') לפיה הודאת בעל דין מחייבת כמאה עדים רק אם בעל הדין תבע אותו והנתבע הודה בתביעה. אבל, אם אדם הודה מפי עצמו **בלא שקדמה לכך תביעה כלשהי**, הרי שהמודה יכול לחזור בו מדין "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". הש"ך (על שולחן ערוך חושן משפט סימן פ"א ס"ק נ"ו) מוסיף כי המודה מעצמו אף אם ההודאה הייתה בפני בית דין יכול לחזור בו אם הוא טוען כי טעה בהודאתו. רק אם אין בידו טענה כלשהי הוא אינו יכול לחזור בו.

בהתאם לכך מבאר ה"דברי חיים" כי במקרה שהייתה תביעה והודה לו אין יכול לחזור בו ויש כאן מהימנות של המודה. הדין של מודה במקצת שבית הדין מחייבים בו שבועה עוסק אפוא במקרה שתבעו לפני כן תביעה שלמה והוא הודה במקצת, ובמקרה זה מודה המהר"י בן לב שאין יכול לחזור בו ומדובר בנאמנות, ולכן מובן כי דין "מודה במקצת" יחול ביחס למקרה זה שיש בו תביעה של התובע, ששם הודאת בעל הדין תקיפה לא מכוח התחייבות חדשה. ברם שדברי מהר"י בן לב לא מתייחסים למקרה שבו התובע תבע את הנתבע ובעקבות התביעה באה הודאת בעל דין של הנתבע אלא למי שהודה מעצמו. מאחר שלפי התוספתא יכול לחזור בו בהכרח עסקינן בהתחייבות חדשה שהרי אי אפשר לומר שיש נאמנות מוחלטת כשאדם יכול לחזור בו. לכן צריך לומר שזו התחייבות חדשה ומחמתה אין בידו לחזור בו.

ודוק, מהר"י בן לב חידש כי עסקינן בהתחייבות חדשה ולא בנאמנות, מכיוון שככלל אין אדם יכול להעיד על דבר שהוא נחשב בו לנוגע בדבר, ועדותו פסולה בהעידו על עצמו, בין לחיוב ובין לשלילה. לאור הסברו של ה"דברי חיים" כי כשיש תביעה של תובע לא עסקינן בהתחייבות חדשה אלא בנאמנות, כיצד מיושבת קושיה זו ביחס למקרה שיש תביעה? אולם נראה כי קושי זה אינו מתעורר לאור הסברנו כי חז"ל למדו מכך שנאמר (שמות כ"ד, י"ד): "מי בעל דברים יגש אליהם", כי כאשר

האחד תובע, הרי שהנתבע מחויב להשיב לו תשובה ברורה ולהגיש את טענותיו לבית הדין, ואם אינו עומד בחובה זו יפסיד בדין. בטענת התובע יש כוח כשלעצמה כדי להוציא מידי הנתבע המוחזק, אם הנתבע אינו משיב על כך. ממילא כשיש הודאת בעל דין ואין תשובה של הנתבע לתביעה הרי שהוא חייב לא מכוח עדותו על עצמו, אלא מכוח התביעה עצמה שלא הוכחשה. בהתאם לכך ברור כי בהודאת בעל דין אחרי שיש תביעה, אין צורך בנאמנות של הנתבע אלא חיובו נובע מכך שבפנינו תביעה שלא נענתה ע"י הנתבע בטענה שכנגד כלשהי. המחייב במקרה זה הוא - התביעה של התובע. כל הצורך בהודאת בעל דין כדי לחייב את הנתבע מתעורר רק כשאין תובע, או כשהתביעה נסתרת ע"י עדים. ביחס למקרה זה הודאת בעל הדין היא בגדר של התחייבות חדשה. נמצא כי אין בפנינו סתירה לכלל שאדם אינו יכול להעיד בנושא שהוא קרוב אליו. כשיש תביעה - התביעה היא שמחייבת, ואילו כשאין תביעה הרי שהודאת בעל דין אינה עדות אלא התחייבות.

ב. ביאור הסברו של "קצות החושן"

שאלת "קצות החושן"

על הסברו של "קצות החושן" כי הודאת בעל דין מחייבת מחמת מהימנותו של בעל הדין שהודה, יש להקשות שאלה המופיעה בתוך דבריו של "קצות החושן" עצמו: מניין ההנחה הפשוטה שנאמנות של הודאת בעל דין עדיפה מעדים? אם תאמר כי הדבר נובע מן הכתוב "כי הוא זה" - שהוא המקור הבסיסי להלכה של הודאת בעל דין - הרי פסוק זה מלמד את עצם הדין שהודאת בעל דין מחייבת, אך אינו מדבר במקום שיש עדים כנגד הודאתו.

הסברו של ה"אמרי בינה"

הרב מאיר אויערבאך בספרו "אמרי בינה" (דיני עדות סימן ב') משיב בהתאם לדברי תוספות במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' ב' ד"ה "מה לפיו"), כי אדם נאמן נגד דברי עדים לומר כי אכל חֵלֶב וחייב בהבאת קרבן. הכהנים סומכים על הודאת בעל הדין להקריב קרבן ואינם חוששים מפני הבאת חולין לעזרה, למרות שהודאתו סותרת לדברי עדים המכחישים אותו[397]. לעומת זאת, עדים שהעידו עליו כי אכל חֵלֶב ובאו שני עדים

397. אך ראה "חזון איש" חושן משפט בליקוטים סימן כ' על בבא מציעא דף ג' עמ' ב'

אחרים והכחישו אותם - אינם מחייבים אותו להביא קרבן. מכאן שאדם נאמן ביחס לעצמו יותר ממאה עדים. דין זה נלמד אפוא מן הכתוב "או הודע אליו חטאתו"[398].

הסברו של הגר"מ פיינשטיין

הרב משה פיינשטיין, בשו"ת "אגרות משה" (חושן משפט חלק ב' סימן ס"ד באות ג') מיישב את שאלת "קצות החושן" מניין שהודאת בעל דין עדיפה על עדים, משום שמעלת עדים שאמרה תורה חלה רק כשהם מעידים בפני בית דין בתורת עדות. אבל אם העידו בשוק "אין עדותם כלום ואין להם נאמנות אף לא כעד אחד". שֵם 'עדות בפני בית דין' חל רק במעמד של תביעה וצורך בהכרעה במחלוקת בין בעלי דין. בהעדר תביעה ומחלוקת בין בעלי דין נמצא כי גם כשישבו בית דין והעידו לפניהם, הדבר נחשב כעדות שנאמרה בשוק שאינה כלום. לעומת זאת בהודאת בעל דין מצינו את דעת רש"י במסכת קידושין (דף ס"ה) הסובר, כי מאחר שלמדים מן הפסוק "כי הוא זה" שהודאת בעל הדין מחייבת את המודה, הרי שאין צורך שוב לבית הדין שיכריעו ביחס לסך שהודה. אם כן אחר שהודה נמצא ששוב אין מחלוקת בין בעלי הדין, וממילא אף כשהעדים מעידים בפני בית דין, נמצא שאין כאן "דין בית דין". בהעדר "דין בית דין" אין למי שהעידו דין עדים. נמצא שהודאת פיו של בעל הדין אינה מוכחשת ע"י עדות עדים כי אין כאן תורת עדות. ממילא ברור כי הודאת פיו עדיפה על עדים.

ברם, שהדברים המרהיבים הללו צריכים ביאור, שהרי הודאת בעל דין גוברת על עדים גם כשהייתה תביעה והעדים העידו לפני שהוא הודה. במקרה זה היה להם

שתמה על דברי תוספות כי אם עדים מכחישים את הודאתו כיצד יקריבו הכהנים את קרבנו מכוח הודאת פיו, ואינם חוששים להבאת חולין לעזרה? וראה עוד בשו"ת שבט הלוי חלק ד' סימן ר"ל.

398. הסבר נוסף מובא ב"אמרי בינה" שם כי ממהלך הגמרא במסכת בבא מציעא דף ג' עמ' ב' שאמרה 'מה לפיו שאינו בהכחשה והזמה' עולה שהודאת בעל דין היא בגדר של בירור גמור ומלא. לעומת זאת, עולה מן הסוגיה שם כי עדים אינם יוצרים בירור מלא. ואכן, לעיל עמדנו על דברי הרמב"ם בהלכות יסודי התורה פרק ז' הלכה ז': "נצטוינו לחתוך את הדין על פי שני עדים כשרים **ואף על פי שאפשר שהעידו בשקר** הואיל וכשרים הם אצלינו מעמידין אותן על כשרותן". מעתה, מכיוון שהודאת בעל דין היא בירור מלא ואילו עדים אינם בירור שכזה, מובן מאליו כי הודאת בעל דין עדיפה על עדים. וראה עוד בזה מה שנכתוב להלן.

דין עדים, שהרי בעת עדותם שררו חילוקי דעות בין בעלי הדין, וממילא היה כאן בית דין. כמו כן, הודאת בעל דין גוברת על עדים גם כשהם מעידים בבית דין אחֵר, ששם אינו מודה. אם כן מדוע אין כאן דין 'בית דין' שמחמתו יש לעדים דין עדות גמורה האמורה לגבור על הודאת בעל הדין?

הסברו של הרב שלמה פישר

הרב שלמה פישר בספרו "בית ישי" סימן צ' משכלל את מהלכו של הרב פיינשטיין ומבאר כי לאחר שנאמר בפסוק "כי הוא זה" - שזוהי גזירת הכתוב שהודאת בעל דין תקפה - ברור לנו מסברה כי אין מקום להתייחס עוד לדברי העדים. הסברה היא זו:

עדות היא "אמצעי ראִיה" שבאמצעותו "רואה" בית הדין את העובדות. לעומת זאת, הודאת בעל דין אינה מניחה תשתית עובדתית לצורך פסק דין[399], שמאומץ וניתן בסופו של יום ע"י בית הדין, שהרי אחרי הודאת בעל הדין אין דיון ואין התדיינות בין בעלי הדין. הנאמנות של בעל הדין הנלמדת מהכתוב של "כי הוא זה" מאפשרת לבית הדין לקבוע על פי דברי בעל הדין תוצאה סופית, בלי צורך לדון בעובדות[400]. הודאת בעל דין היא בגדר של אמצעי סופי למתן "פסק דין" וממילא ברור שהיא עדיפה על עדים שהם רק התשתית העובדתית לדיון בבית הדין.

מחלוקת הרשב"ם ורבינו יונה

בעקבות העיון במחלוקת של מהר"י בן לב ו"קצות החושן" נעיין בסוגיה במסכת בבא בתרא (דף ל"א עמ' א'): זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי. האחד מביא עדים כי הקרקע הייתה של אבותיו. חזר על כן בעל דינו וטען אכן של אבותיך הייתה אך ואני קניתי את הקרקע מהם, ומה שאמרתי כי הקרקע של אבותי היה

---

399. עדות עדים מהווה ידיעה המשרתת את בית הדין לגבי כל הנפקויות הנובעות מאותה עובדה שעליה העידו העדים. לעומת זאת, בהודאת בעל דין אין בעל הדין נאמן אלא לחובתו בלבד, ומכאן שאין בית הדין מקבלים מפיו את "המעשה" אלא את התוצאה בלבד.

400. ההבדל בין "פסק דין" מכוח דברי בעל הדין (הסבר "קצות החושן" לפי הסבר ה"בית ישי") לבין התחייבות של בעל הדין (הסברו של מהר"י בן לב) היא, שהתחייבות צופה פני עתיד ואילו "פסק דין" צופה פני עבר. תיתכן נפקות בדבר בהתאם לדברי ה"מאירי" הנזכרים לעיל אודות עדים שהוזמו, ואח"כ הודה בעל הדין שהוא חייב.

מכיוון שהרגשתי כלפיה בעלות, כאילו היא שלי מימים ימימה - עוד מאבותי. עולא אמר כי הוא יכול לטעון טענה זאת ולפרש את דבריו אף שזהו הסבר דחוק ואין בטיעון חדש זה סתירה לטענתו הקודמת ("טוען וחוזר וטוען"). אולם, עולא מודה כי אם הוא טען בתחילה כי הקרקע "**של אבותי ולא של אבותיך**", הרי שאינו יכול לחזור בו מטענתו ("אינו טוען וחוזר וטוען"). עם זאת, ברשב"ם שם מבואר כי אם טען טענה זו "של אבותי היא ולא של אבותיך" מחוץ לבית הדין, וכעת הוא בא לבית הדין וטוען "הקרקע הייתה של אבותיך ורכשתיה מהם", הוא רשאי לעשות כן על אף שטענותיו כעת עוקרות לחלוטין את טענותיו הקודמות, "עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא". כלומר, אדם נוטה שלא לגלות את טענותיו, ואף להטעות את הצד שכנגד, כל עוד שהוא לא הגיע לבית הדין "כדי שלא ילמד מהן מי שכנגדו ויתן לבו מתחלה קודם שיבואו לבית דין להשיב עליהם". הרשב"ם מבאר כי הדברים האמורים מתייחסים רק לטענות בעלמא הנטענות מחוץ לבית הדין, אבל אם הודה בפירוש בהודאת בעל דין בפני עדים מחוץ לבית הדין "חייב אני מנה לפלוני" הרי "הודה לו ושוב אינו יכול לכפור בבית הדין".

רבינו יונה חולק על דברי הרשב"ם האמורים - וסובר כי אדם אינו יכול לטעון בבית הדין טענות העוקרות את מה שטען בתחילה מחוץ לבית הדין.[401] רבינו יונה משווה את הדבר למי שטען לא לוויתי כאומר לא פרעתי, שהדין הוא כי הוא חייב לשלם מכיוון שלמעשה נובעת מטענתו הודאה שלא פרע. על כן, מי שהודה בפני עדים חוץ לבית הדין שלא קנה את החפץ מבעל דינו או מאבותיו, שוב אינו יכול לחזור ולטעון שרכש מהם, שכן הדבר עולה כדי הודאת בעל דין. בדומה לכך כתב הראב"ד בעניין מנה לי בידך, כי אם הוא טוען לא היו דברים מעולם אף מחוץ לבית הדין הרי הוא כאומר לא לוויתי, ומכאן מוכיח רבינו יונה כי גם טענת "לא לוויתי" נחשבת להודאה שלא פרע ואינו יכול לחזור בו.

ובכן, הבה נבוא חשבון:

לפי שיטת הרשב"ם נמצא כי אף שיש עדים כי בעל הדין טען מחוץ לבית הדין כי הקרקע שלו ולא הייתה של אבותיו ("ולא של אבותיך"), ומכאן שלטענתו הוא

---

401. ב"עליות דרבינו יונה" כתב: "נראה בעיני, שאם טען חוץ לבית הדין 'של אבותי ולא של אבותיך', הרי הוא כמי שטען לא לקחתיה ממך מעולם".

לא רכש את השדה מבעל דינו האחר - אין הדבר נחשב כהודאת בעל דין. הסבר הדברים הוא בפשטות כי הודאת בעל דין חלה מכוח ההוכחה העולה מן הדברים, וממילא אם בעל הדין יכול לומר כי הטעה את חברו כדי שלא לגלות את טענותיו בטרם שיבואו לבית הדין, נמצא שאין ראיה בדבריו[402] ואין זו הודאת בעל דין.

שיטת הרשב"ם תואמת לכאורה לשיטת "מהר"י בן לב" שכן טענת "לא לוויתי" שממנה רק נובעת הוכחה כי הוא לא החזיר, אינה עולה כדי הודאת בעל דין שיש בה התחייבות לשלם. על כן, הוא יכול לחזור בו מטענתו זאת, כל עוד שהטענה הושמעה מחוץ לבית הדין.

לעומת זאת, שיטת רבינו יונה והראב"ד תואמת לכאורה להסברו של "קצות החושן" כי הודאת בעל דין היא ראיה, ולא התחייבות חדשה. ממילא, גם טענת "לא לוויתי" שממנה נובע כי בוודאי לא פרע, היא ראיה כנגדו, ואינו יכול לחזור בו מכך[403].

ג. ביאור הסברו של "תרומת הכרי"

פסקו של הרמב"ם

"תרומת הכרי" מבאר כאמור כי הודאת בעל דין מועילה מדין "שוויא אנפשיה חתיכה דאיסורא". נראה כי הסבר זה צועד בתלם ההולם את פסקו של הרמב"ם. נבאר:

הרמב"ם פוסק בהלכות טוען ונטען (פרק ז' הלכה ז'):

"מי שהודה בבית דין שאני חייב לזה התובע מנה, ואחר כך אמר נזכרתי שפרעתי לו חובו זה שהודיתי בו והרי עדים, הרי זה עדות מועלת ועושין על פיהם, שהרי לא הכחיש עדיו ואינו כאומר לא לויתי מעולם".

---

402. וכבר הבאנו לעיל דברי הגמ' בסנהדרין דף כ"ט כי כשיש לו אמתלא כגון 'משטה אני בך' או 'שלא להשביע את עצמי אמרתי' אין זו הודאה, וראה שו"ת רבי עקיבא איגר א' קמ"ט.

403. אך לכאורה גם כאשר באו עדים ואמרו כי הוא לווה ופרע, למה לא יהא מהימן לחזור בו ולומר כדברי העדים, כיוון דאין כאן הודאת בע"ד נגד טענת פרעתי שאומר עתה, ומה שיש ריעותא בטענתו דעכשיו הרי שבכך מסייעים העדים לדבריו, ואם כן מה הנפקות בכך שיש ריעותא בדבריו.

כלומר, הרמב"ם מבאר שאין סתירה בין הודאתו שהוא חייב לבין עדות העדים, מפני שעכשיו הוא מסביר שאכן היה חייב לפלוני אלא שאחר כך פרע, והעדים אינם סותרים להודאת בעל דין שלו. אין הדבר דומה לאומר שלא לווה ויש עדים שפרע, שכן במקרה זה הם העידו שהוא פרע ולא העידו שלא לווה.

אין לחזור מהודאת בעל דין

במסכת בבא מציעא (דף ג עמ' א') מצינו כאמור כי כאשר עדים מעידים שהלווה חייב חצי מהסכום הנתבע ע"י המלווה, חייב הלווה שבועה על שאר הסכום, מקל וחומר מדין מודה במקצת. על קל וחומר זה מקשה הגמרא (שם בעמ' ב') כי הודאת בעל דין עדיפה על עדות, שכן היא אינה נתונה להכחשה והזמה. ודוק, מה פשר הדבר כי העדים האומרים שלא הייתה הלוואה אינם יכולים להכחיש את דבריו? אם מדובר באופן שבעל הדין עומד בדיבורו, הרי שאין נפקות בכך שהעדים מכחישים את הודאתו, שהרי אין חולק שהוא יכול לתת את כספו במתנה ואיש לא מונע ממנו לעשות כן. אין זאת אלא שלאחר שהודה הוא חוזר בו מהודאתו וכעת באים עדים התומכים בחזרתו, ובכל זאת כתוב בגמרא כי הודאתו אינה ניתנת להכחשה או להזמה, שכן אנו סומכים על הודאת פיו ומתבטלת תורת עדות במקום הודאתו. נמצא כי בין באומר לוויתי ועדים מעידים שלא לווה בין באומר לא פרעתי ועדים מעידים אותו שפרע - העדים אינם נאמנים!

הרשב"א שם מסיק על כן מסוגיה זו, כי המתחייב בהודאת פיו וחזר בו ואמר "נזכרתי והרי עדים מעידים כדבריי" - אין משגיחין בו.

ומה נעשה עם דברי הרמב"ם?

הסברו של הרשב"א

הרשב"א מבאר על כן כי לדברי הרמב"ם יש לומר כי כאשר הסוגיה נוקטת כי הודאת בעל דין אינה ניתנת להכחשה, הרי שהדברים מתייחסים למקרה שבעל הדין לא חזר בו, וזו גופא כוונת הגמ' כי הדבר נחשב כבלתי ניתן להכחשה, מפני שהוא אכן יכול לתת את ממונו במתנה לתובע.

הסברו של הרב שמואל רוזובסקי

הראשונים הוסיפו והקשו על שיטת הרמב"ם, מדוע יכול בעל הדין לחזור בו בסיוע עדים, הן זהו צירוף של שני גורמים שבכל אחד מהם אין כדי להועיל:

לגבי הודאת בעל דין - הכלל הוא כי אם הוא נותן אמתלא לדבריו וחוזר בו - אין הוא מהימן[404];

לגבי עדים - ג"כ אין פוטרים אותו אם הודה שהוא חייב.

אם כן מהו הצירוף דכיוון שחזר בו באמתלא וגם הביא עדים הרי זה פטור?

הרב שמואל רוזובסקי בחידושיו על מסכת בבא מציעא סימן ט' מבאר על כן באופן הבא:

בהודאת בעל דין יש "שני דינים":

א. דין נאמנות - שבית דין יכולים לפעול על פי דבריו (כפי שביאר "קצות החושן").

ב. דין שוויא אנפשיה - מקבלים את דברי בעל הדין במובן זה שהוא צריך לנהוג עפ"י דבריו (כפי הסברו של "תרומת הכרי"). לבית הדין לא התברר הדבר אבל יכולים לכופו לפעול בהתאם להודאת פיו, כי כשם שבעל הדין צריך לנהוג איסור בדבר האסור עליו מחמת דבריו כך גם בממון מחייבים אותו לפעול על פי דבריו.

במישור היחסים מול בעל הדין חל הכלל שהודאת בעל דין כמאה עדים. אבל כלפי כל העולם אין לבעל הדין נאמנות יותר מעדים.

הדין שבעל דין לא יכול לחזור בו ע"י אמתלא חל ביחס להודאת בעל דין שמתקבלת כעדות וכנאמנות גמורה כלפי כל העולם. לעומת זאת ביחס לדין שוויא אנפשיה שחל רק כלפי עצמו הוא בהחלט יכול לחזור בו ע"י אמתלא, שכן כך הדין גם באיסורים.

כאשר יש עדים כנגד הודאת בעל הדין שלו - אין ההודאה תקפה מדין נאמנות כנגד עדות העדים, אלא היא מועילה מדין שוויא אנפשיה כלפי עצמו. ממילא, בשוויא אנפשיה מועילה חזרה מדבריו.

---

404. ראה חלקת מחוקק סימן קט"ו ס"ק כ"ב, וכן קצות החושן סימן פ' ס"ק א'.

בהתאם לכך מיושבת שיטת הרמב"ם שאחר שבאו עדים שפרע בעל דין יכול לחזור בו באמתלא שנזכר כשיש עדים שפרע את החוב. נמצא כי דברי הרמב"ם מבוארים אם הטעם להודאת בעל דין הוא מדין שוויא אנפשיה.

אילו היה הטעם לחיוב בהודאת בעל דין נובע מהתחייבות (כשיטת מהר"י בן לב) הרי שלא הייתה מועילה אמתלה שנזכר, גם כשהוא בא לחייב רק את עצמו. שיטת הרמב"ם מיושבת אם כן, רק מדין שוויא אנפשיה. דהיינו בהתאם להסבר שבו נקט ה"תרומת הכרי".

ד. הודאת בעל דין על תנאי

כיצד ניתן להתנות על נכונות של עובדות?

הסוגיה במסכת נדרים (דף כ"ז עמ' א') עוסקת באדם שנתבע בבית דין וכדי להבטיח שיחזור להמשך הדיון בבית הדין הוא הפקיד את שטרותיו בבית הדין ואמר, כי אם לא יבוא עד שלושים יום יתבטלו זכויותיו מכוח שטרות אלו. לבסוף נאנס ולא בא. רב הונא אמר כי זכויותיו בטלים. שואלת הגמרא מדוע אין אמירה זו נחשבת לאסמכתא, כלומר להתחייבות שאין לאדם כוונה שתיכנס לתוקף? מתרצת הגמרא: "שאני הכא דאמר לבטלן זכותיה". הראשונים (תוס', הרא"ש, והר"ן בפירושו השני) מבארים כי יש תוקף לדבריו מדין 'הודאת בעל דין' כי השטרות שבידיו אינם משקפים חובות תקפים.

נשאלת השאלה, הן בעל הדין תלה את דבריו בתנאי, ואמר כי אין תוקף לשטר רק אם לא ישוב בתוך 30 יום. אם כן, כיצד תיתכן הודאת בעל דין בתנאי? הן אם אנו מאמינים לו שהשטרות אינם בתוקף, לא תשתנה עובדה זו במידה ויחזור לבית הדין תוך 30 יום. אדם יכול להתנות אודות חלויות של דינים, אבל לא יכול להתנות תנאים אודות נכונותן של עובדות.

לפי הסברו של המהר"י בן לב כי תוקפה של הודאת בעל דין נובע מהיותה מתנה, נראה לכאורה כי שאלה זו לא קשה, שהרי אדם יכול לתת מתנה בתנאי. אבל, לשיטת "קצות החושן" כי הודאת בעל דין תקפה מכוח מהימנות של המודה, כיצד ניתן להודות בתנאי?

הסברו של ה"קהילות יעקב

הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" יישב את הדברים על פי המבואר בירושלמי בתחילת מסכת נזיר כי אם אדם הודיע מראש שאם יאמר את המילה "פת" הוא מתכוון לקבל על עצמו נזירות, ואח"כ אמר "הריני פת" - הרי הוא נזיר. כלומר, למרות שהמילה "פת" אינה לשון נזירות ולא כינוי, מכל מקום כיון שהוא אמר מראש שבאמירת מילה זו תחול עליו נזירות, הרי שכך נעשה.

בהתאם לכך ביאר ה"קהילות יעקב" כי במקרה הנדון במסכת נדרים (דף כ"ז עמ' א') אין המדובר בהודאה מראש שזכויות נשוא השטרות בטלות, אלא שהוא מבאר לבית הדין כיצד יש לפרש את מעשיו, ומודיע כי אם לא יבוא בתוך 30 יום, הרי שזו תהא אמירה מצידו שכל זכויותיו נשוא השטרות בטלות. הוא מודיע כי כך יש לפרש את מעשיו. על כן, כאשר הוא לא בא בזמנו, אי ההגעה שלו מהווה הודאה כי זכויותיו בטלות. על אף שאין כאן אמירה בפה הרי הודאת בעל דין אינה צריכה להיאמר בפיו דווקא שהרי הכלל הוא כי גם "שתיקה כהודאה דמיא"[405] ובוודאי שמעשה שהוגדר מראש כהודאה יכול להיחשב כהודאה.

ה"קהילות יעקב" מציין כי חכם אחד העיר כי אם משמעות דברי בעל הדין היא שהוא לא מודה עכשיו אלא מודיע כי אם לא יגיע יש לפרש זאת כהודאה, נמצא כי הוא יכול לחזור בו מכך קודם שיעברו שלושים יום. ה"קהילות יעקב" מציין כי אכן בהתאם לסברה זו הוא יוכל לחזור בו מן ההודעה ולומר כי אין עוד לראות באי הגעתו משום הודאת בעל דין. ברם, שהדברים נסתרים לכאורה מכך שהוא מסר לבית הדין את השטרות כבטוחה לכך שיגיע. אם הוא יכול לחזור בו מביטול השטרות, איזו בטוחה מסר לבית הדין? מן הסוגיה משמע שהודאתו תפסה מעתה,

---

405. הראיה שהביא הקהילות יעקב לא כ"כ נהירה, שהרי לגבי נזירות פשיטא כי אם יאמר כשאניח ידי על ראשי תחול נזירות לא יחול דבר אם רק יניח ידיו על ראשו וכל שכן אם יאמר שיחול כשלא יניח ידיו על ראשו, שהרי בנדרים ונזירות הכלל הוא שאין תחולה בלא ביטוי שפתיים. מן ההכרח אפוא לומר כי כוונת הירושלמי שאדם יכול ליצור "כינוי נדרים" או "כינוי נזירות" פרטי משלו. אך אם כן, אין לדבר שייכות לנושא של הודאת בעל דין. ברם, אף בלי ראיה מדברי הירושלמי סברת הקהילות יעקב נראית ברורה על פניה כי אדם יכול לומר אי ביאתי תהווה הודאה, שהרי הודאה אינה צריכה ביטוי שפתיים.

וכך משמע גם מדברי הרמב"ם (הלכות מכירה פרק י"א הלכה י"ד): "הרי שהתפיס שטרו או שוברו בבית דין, וקנו מידו שאם לא בא ביום פלוני ינתן שטר זה לבעל דינו והגיע היום ולא בא הרי אלו נותנים, ואם עכבו נהר או חולי מלבא לא יתנו וכן כל כיו"ב, והוא שיהיה בבית דין חשוב". משמע שהוא יכול לחזור בו רק כשהוא אנוס, אבל אם לא נאנס אינו יכול לחזור בו.

הודאת בעל דין בתוספת מעשה קניין

נראה ליישב את השאלה כיצד תיתכן הודאת בעל דין בתנאי, בהתאם לדברי הגמ' שם המציינת כי הודאתו תקפה בשל הקניין שנעשה ביחד עימה. הר"ן שם מבאר, כי ככלל הודאת בעל דין אינה צריכה קניין, וכאן יש תוקף לדברים רק אם הם מלְוִים במעשה קניין מכיוון שזו הודאת בעל דין בתנאי. הווי אומר, כי הדברים ברי תוקף מכוח מעשה הקניין וההודאה לא מועילה כשלעצמה אלא מבארת על מה הוא עושה את מעשה הקניין. על כן, אין במקרה זה קושיה על "קצות החושן", מכיוון שבדרך כלל הודאת בעל דין היא אכן מהימנות ואינה צריכה מעשה קניין, וכאן בא מעשה הקניין להחליף את ההודאה ולאפשר את התנאי. נמצא אפוא כי אדרבה, מסוגיה זו יש ראיה לשיטת "קצות החושן", שהרי לפי הסברו של מהר"י בן לב למה צריך מעשה קניין הרי בלאו הכי הודאת בעל הדין מהווה שלעצמה התחייבות בדיבור שחלה גם בלי קניין.

ברם, ייתכן לומר בדברי מהר"י בן לב כי רק הודאה גמורה עולה כדי קניין אבל הודאה רופפת ומותנית אינה פועלת את פועלה, ולכן צריך מעשה קניין נוסף להחיל את גמירות דעתו. זאת ועוד, לעיל ביארנו כי אין כוונת מהר"י בן לב לומר כי הודאת בעל דין היא בגדר של התחייבות חדשה, אלא שדבר אשר בידו של אדם לתת או להתחייב מרצונו, הוא נאמן עליו באופן מלא. זו נאמנות הנובעת מכך שבידו להתחייב, בדומה לדין של "מיגו" או "בידו". בהתאם לכך נמצא כי עסקינן במהימנות, ולא תיתכן נאמנות להודאה בתנאי. ממילא ברור כי כדי שיהיה לדברים תוקף צריך מעשה קניין המתפרש לפי דבריו.

נמצא כי במקרה זה מובילים הן הסברו של "קצות החושן" והן הסברו של המהר"י בן לב לאותה מסקנה כי יש נפקות להודאת בעל הדין בתנאי רק מכוח מעשה הקניין הנלווה אליה.

שאלת ה"קהילות יעקב" מהודאת בעל דין של שכיב מרע

הרב קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" על מסכת נדרים (שם), מביא סוגיה נוספת שבה מתעורר הדיון האמור אודות הודאת בעל דין בתנאי וכדלהלן:

א. הכלל הוא כי מי שמצווה לאחרים את כל נכסיו בעת שהוא צופה פני מותו ("שכיב מרע") יכול לצוות ולהקנות נכסים באמירה בעלמא בלי מעשה קניין ("דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים"), אך מצד שני אם הוא עומד מחוליו ומבריא - המתנה בטלה.

ב. שכיב מרע אינו צריך מעשה קניין ודי בהוראתו כדי להקנות. אולם מה הדין כאשר השכיב מרע לא הורה לתת לפלוני אלא הודה שיש לפלוני מָנֶה בידו? בשאלה זו דנה הגמרא במסכת בבא בתרא (דף קמ"ט עמ' א'): "שכיב מרע שהודה מהו"? תוספות מבאר כי השאלה היא האם הקניין חל מדין מתנת שכיב מרע וממילא אם השכיב מרע נרפא מחוליו בטלה המתנה, או שמא חל קניין גמור מדין הודאת בעל דין רגילה (כמו כל הודאת בריא) ולכן גם אם עמד מחוליו אינו יכול לחזור בו?

על כך שואל "קהילות יעקב" שם, הרי כל הדין ששכיב מרע יכול לחזור בו ממתנתו אם קם מחוליו, מבואר ברשב"ם (על מסכת בבא בתרא דף קמ"ו עמ' ב') כנובע מדין תנאי. כלומר, חזקה היא שאדם לא מצווה את כל נכסיו במקרה שבו הוא עומד להבריא, וייתכן כי כתוצאה ממתנתו הוא יצטרך לבריות. לכן יש להניח כי במתנת שכיב מרע כלול תנאי מכללא כי מתנתו תהיה תקפה רק אם לא יקום מחוליו. אם כן, כיצד ניתן לומר כי מתנת שכיב מרע תחול גם בנוסח של הודאת בעל דין, הרי בהודאה לא ייתכן תנאי?

הרא"ש שם מבאר: 'כיון שהודה על כל נכסיו נראה שאין זה אלא מתנָה שהוא שלו אם ימות ואם עמד חוזר'. משמע כי על השאלה כיצד תיתכן הודאת בעל דין בתנאי, משיב הרא"ש כי לא מדובר בהודאה אלא כוונתו הייתה להקנות והספק הוא אם כיוון למתנת שכיב מרע או לעשות קניין בנוסח של אמירת הודאה, בדומה לקניין המכונה 'קניין אודיתא', אלא שבשכיב מרע הוא יותנה כשאר מתנת שכיב מרע.

שואל "קהילות יעקב" אף אם זה קניין גמור הרי הקניין נעשה על ידי אמירת הודאה אם כן ממה נפשך: אם השכיב מרע נאמן בהודאתו הרי שהנכס קנוי באופן מוחלט

ואם כן גם אם יעמוד מחוליו הנכס קנוי בלא תנאי, ואם אנן סהדי שאינו מכווין להודאה אלא להקנאה, הרי שאם הודאתו לאו הודאה היא, שהרי אין הודאה על תנאי, הרי שגם קניין אודיתא לא חל. הקהילות יעקב השאיר את הדברים בצ"ע.

הסברו של הרב שטיינמן

הרב אהרן לייב שטיינמן בספרו "אילת השחר" על מסכת בבא בתרא (דף קמ"ט על תוס' שם) מבאר כי על אף שזה לשון הודאה, יש לבאר כי מכיוון שמהודאתו ברור לנו כי הוא רוצה שהממון יהיה של רעהו הרי שיש לפרש כי הוא מתכוון לקניין גמור, וממילא אין כאן הודאה בתנאי. ברם, שעל כך מקשה הרב שטיינמן שהרי הכלל הוא שאם אדם נותן במתנת שכיב מרע פירות דקל (שלא באו לעולם) לא מועילה המתנה, ואף שברור לנו שרצה לתת אותם אין אנו מתקנים את לשונו לאופן המועיל כאילו אמר שנותן דקל לפירותיו, שבו המקח מועיל (כי הדקל נמצא בעולם). מכאן מוכיח הרשב"א כי לא הולכים אחר "עיקר רצונו לתקן הלשון". אם כן, מדוע בהודאה זו הולכים אנו אחר רצונו של השכיב מרע שהנכס יהיה של חברו ומתקנים את לשונו?

הרב שטיינמן יישב קושי זה כי "אם לפי לשונו לא שייך שיעבור לשני כגון שיאכל פירות דקל וצריך תיקון לשונו - אין מתקנים, מה שאין כן אם כוונתו שהנכס יעבור לשני ע"י ההודאה שזה שלו, וזה אפשרי בשכיב מרע שיהיה של השני כפי הודאתו ורצונו, בזה מתקנים את הנוסח כדי שייכלל במתנת שכיב מרע". זאת ועוד, בתוספות במסכת בבא בתרא (שם) מצינו כי יש חיוב גם במקרה ש"הודה שיש לפלוני מנה בידו אף על פי שאנו מוחזקים בו שאין לו" (קנין "אודיתא"). אם כן ניתן לומר כי יש תוקף גם להודאה בדבר שאינו נכון בעליל כמו שמצאנו בקניין "אודיתא"[406]. כלומר, זו כלל לא הודאת בעל דין אלא רק קניין, וזה היה הספק שמא למרות שדבריו נאמרו בנוסח של הודאה הרי שבפועל זו מתנת שכיב מרע, כמו שמצינו בקניין "אודיתא" שלשון הודאה יוצר קניין[407].

---

406. ר' דברינו לעיל בהערה 389.

407. וראה ב"דבר יעקב" על מסכת בבא בתרא שם, שדן באופן כללי האם אודיתא היא קניין בפני עצמו או שהיא חלה מדין הודאה, וכנראה ש"קהילות יעקב" הבין שזה מדין הודאה ולכן הקשה, אך ראה בדבר יעקב שהביא בשם התוספות רא"ש, שזו

ה. הודאות סותרות

משעיינו במהותה של הודאת בעל דין, נדון להלן בנפקות שתהא במקרה שבו בפנינו שני בעלי דין ששניהם מודים זה לטובת רעהו והודאותיהם סותרות זו לזו. כך מצינו במסכת גיטין (דף מ' עמ' ב'): "האומר נתתי שדה פלוני לפלוני והוא אומר לא נתן לי, חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר[408]. כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ולא נתן לי - הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". כלומר, כיוון שהנותן הודה כי לא זיכה ע"י אחר אלא הוא נתן לו ע"י כתיבה ומסירת השטר לידי המקבל בעצמו, ואילו המקבל מצידו מודה שלא קיבל, הרי שבפנינו הודאת בעל דין של המקבל הגוברת על הודאתו של הנותן, והקרקע תישאר ביד הנותן.

מחלוקת רש"י והריטב"א

רש"י מבאר: "הודאת בעל דין - (של) מקבל מתנה, כיון דאמר לא קבלתי נאמן ויכול זה לחזור ולזכות בו אם ירצה, דאמרינן טעה כסבור שקבלה זה מידו". בדומה לכך ביאר תוספות שם: "הודאת בעל דין - בנותן לא אמרינן הכי, דפעמים סבר שמקבל מידו וזכה בה והוא לא קיבל"[409]. לפי ביאור זה אין הדיון בסוגיה זו עוסק בהודאות בעל דין סותרות, אלא בהסתברות שהודאת המקבל נכונה יותר, והודאתו של המקבל גוברת כי הודאתו באה ביודעו שסירובו לקבל את המתנה גם אם נתן לו הנותן גורמת לכך שנתינתו של הנותן לא תקפה[410].

תקנת חכמים ואם כן הרא"ש לשיטתו. ור' שם בדבר יעקב שכתב כי בנידון זה האם אודיתא היא קניין בפני עצמו או שהיא מועילה מדין הודאת בעל דין יש נפקא מינה לעניין אודיתא בתנאי, וזה תואם לדברינו האמורים.

408. תוספות מבארים כי המילה "חיישינן" אינה מדוקדקת ובפועל נוקטים באופן ודאי כי הנותן זיכה לו ע"י אחר, בלי שהמקבל יהיה מודע לכך, ולכן הקרקע של המקבל.

409. בדומה לכך מצינו בריטב"א בשם יש מפרשים: "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי על המקבל לבדו, מפני שהוא יודע יותר בדבר מן הנותן דשמא הנותן ע"י שקדמה מחשבתו לתתה לו הוא סבור שנתנה ועדיין לא נתנה והמקבל בקי בדבר יותר ממנו".

410. ודוק, לעיל ראינו כי גם הודאת בעל דין מוטעית הנאמרת במכוון תקפה היא מדין מתנה לפי שיטת המהר"י בן לב או מכוח קניין אודיתא לפי שיטת "קצות החושן". אם כן, לכאורה מה הנפקות בכך שהנותן אינו יודע אם נתן, הרי הודאה זו אינה גרועה מהודאת בעל דין מוטעית? ברם נראה שבמקרה דנא הנותן אינו מתכוון להודות נגד

הריטב"א שם מבאר: "כיון שכל אחד מודה - מן הדין ששניהם יהיו נאמנים, דכל אחד נאמן על עצמו, ולפי זה הממון יעמוד היכן שהוא"[411]. מדבריו עולה כי עסקינן במקרה שהודאות בעלי הדין סותרות זו לזו, והגמרא נדרשת להכריע על פי איזו הודאה ייקבע הדין. המסקנה היא כי מכיוון שההודאות מבטלות זו את זו הרי שהממון עומד במקומו.

הא באבא והא בברא

נפקות העולה ממחלוקת הראשונים האמורה, תהא ביחס לאכילת פירות הגדלים בשדה, וכדלהלן: בגמ' שם נשאלה השאלה, מי מהשניים אוכל את פירות השדה. רב חסדא אמר כי הנותן אוכל פירות, ואילו רבה אמר כי משַׁלְשִׁים את הפירות בידי אדם נאמן שיחזיק בהם עד שיבא אליהו ויכריע את הספק. הגמרא מבארת כי רב חסדא ורבה לא חלוקים, אלא "הא באבא הא בברא". מבאר רש"י כי אם מקבל המתנה בחיים והוא אומר "לא נתן לי", הרי שהוא נאמן ובמקרה זה הנותן הוא שאוכל את הפירות, כי כאמור לשיטת רש"י הודאת המקבל גוברת שכן הוא יודע את האמת יותר טוב מן הנותן. אבל אם המקבל מת ובנו הוא שטוען כי הנותן לא נתן שדה זו לאביו, במקרה זה נוקטים אנו שבן המקבל אינו יודע את העובדות טוב יותר מהנותן, ומשכך אין בידנו להכריע איזו הודאה נכונה, ולכן משלשים את הפירות בידי שָׁלִישׁ, שכן יש חשש שמא יבואו עדים שהשדה ניתנה לאביו והבן לא ידע מכך. בהתאם לכך נמצא כי אכילת הפירות היא יישום של הכלל האמור לעיל

האמת ואילו היה יודע שהמקבל יודה מצידו שהתכוון לא לקבל, הרי שהנותן היה חוזר בו מהודאתו.

411. לפי קצות החושן אלו הודאות שסותרות האחת לתוכן רעותה וממילא אין אפשרות להאמין למי מהן ולכן השדה נותרת במקומה בידי הנותן. אולם, לכאורה לפי המהר"י בן לב נמצא כי כל אחד מן הצדדים המודים בהודאת בעל דין נותן מתנה לצד השני, וכך נמצא כי בכל רגע נתון כל אחד מהם מקבל אך גם נותן, אם כן מה מפסיק את המסע ומשאיר את השדה ביד הנותן בלא שנמשיך לומר כי בזה הרגע הוא שוב נתן אותה? אין זאת אלא שהחפץ נשאר במקומו כי כל מסע שסופו מוביל באופן מובנה אל ראשיתו - לא מתחיל מלכתחילה, וכל חלות שעם תחולתה יביא הדבר לשלילת תחולתה - אין לה חלות מלכתחילה.

שהודאת המקבל גוברת, אלא שהוסיפו כי יש מקרים שבהם הודאתו של המקבל אינה מתקבלת כי נוקטים שאינו יודע את האמת.

הריטב"א[412] מפרש את דברי הגמרא "הא באבא והא בברא", כי כאשר האבות נחלקו בחייהם, זה אומר נתתי וזה אומר לא קיבלתי, משלשים את הפירות "עד שיודה האחד לחברו", שכן בהתאם לשיטת הריטב"א האמורה עסקינן בסוגיה בהודאות הסותרות זו את זו המבטלות זו את זו[413]. אבל כשמתו האבות בעודם במחלוקתם הרי שזכה בנו של הנותן בשדהו ואין בידי בנו של המקבל להוציא את השדה מידו, שהרי המקבל אינו זוכה אלא מכוח אביו ואביו כבר הודה שלא זכה בשדה זו מעולם. לעומת זאת, בן הנותן זוכה בשדה שהרי השדה נשארה בחזקתה ביד אביו.

הכרעה ודאית כשההודאות מבטלות זו את זו

לכאורה, הדברים תמוהים, שהרי הספק לא הוכרע, ואין לאבא זכות ודאית בקרקע. הקרקע נותרה בידו מספק בלבד, והעובדה שהקרקע נשארה ביד הנותן מחמת ספק אינה יכולה להכריע את דינם של הפירות שגדלים מלכתחילה במצב של ספק.

נראה כי העניין מתבאר היטב בהתאם להסברו של הרב שמעון שקופ שהבאנו לעיל כי ככל שספק ממוני הוכרע בבית דין לצד מסוים, אף אם הכרעה זו אינה אלא מחמת הספק, הרי שהממון נחשב **בוודאות** של זה שזכה בדין. דיני איסור והיתר נובעים מן ההכרעה בדיני ממונות ואם הזוכה בדין יקדש אישה באמצעות ממון זה, הרי שהיא מקודשת בוודאות מדאורייתא. בהתאם לכך יש לומר כי אכן כאשר שני האבות בחיים, ההודאות סותרות זו לזו ומאיינות זו והספק נותר בעינו לגבי גוף הקרקע אלא שאנו לא מתערבים ומי שהשדה הייתה בידו ממשיך להשתמש בה מספק. במצב זה אין בידינו להכריע את הדין ולומר כי השדה תהיה של הנותן מכוח ספק בהיותו מוחזק, שכן גם כשהוא מוחזק קיימת בפנינו הודאת בעל דין שלו הסותרת לכך. על כן הפירות מועברים לשָׁלִישׁ. אבל כאשר ניצב בפנינו בנו

---

412. הריטב"א מביא את הדברים מפי רבו הרא"ה כפי שאמרם בשם אחיו החכם ר' פנחס הלוי.

413. ביחס לשדה עצמה נקבע בגמרא כי הנכס במקומו עומד כפי שהיה עד עתה, בהעדר הכרעה של מי הוא. אולם ביחס לפירות שגדלים כעת, במצב המסופק מלכתחילה אין אחד מהם יכול לזכות בפירות, ולכן יופקדו בנאמנות ביד שליש.

של הנותן, הרי שאין הודאת בעל דין שלו, ואילו הודאת בעל דין, אביו, לא הכריעה דבר, שכן הודאות הנותן והמקבל התאיינו כמי שאינן. על כן הבן מקבל את השדה בירושה ממי שהיה מרא קמא ומוחזק. במקרה זה יש הכרעה שהשדה שייכת לבנו של הנותן. אכן, הספק אצל האבות לא הוברר, אבל הבן יורש את השדה שאביו היה מרא קמא בה והכרעה זו נחשבת לוודאית ומוחלטת אף שהספק לא נפשט, וממילא הפירות שלו בוודאות.

ברם, שהריטב"א מבאר על פי דרכו שהשאלה מי אוכל את הפירות היא נקודת מבחן לאמור לעיל, כי כשיש הודאות סותרות הרי ששניהם נאמנים לחייב את עצמם ולכן משלשים את הפירות, ועל כך אמרו רב חסדא ורבה את דבריהם. כלומר, הריטב"א נוקט שהקרקע תעמוד היכן שהיא כי ההודאות הסותרות מאיינות זו את זו "אבל בפירות שאין האחד תופס את הקרקע יותר ממשנהו משלשים את הפירות".

פרק ז

דיני תפיסה

המוציא מחברו עליו הראיה. אך מה הדין כאשר התובע לא הביא ראיה אלא תפס בחפץ בעל כורחו של המחזיק, והפך את היוצרות כך שכעת הוא המחזיק והמחזיק המקורי הפך להיות תובע?

א. תפיסה לאחר שנולד ספק עובדתי

נראה להלן כי עולה מסוגיה ערוכה במסכת בבא מציעא (שכבר עסקנו בה לעיל) כי תפיסה שנעשתה לאחר שכבר נולד הספק ולאחר שכבר חל הדין של המוציא מחברו עליו הראיה נעדרת כל משמעות. הווי אומר כי ההכרעה הייתה אמורה להיות באמצעות ראיה, ולא ע"י תפיסה, ותפיסה לאחר שנולד הספק נעדרת תוקף. ברם, שלמסקנה זו קיימת סתירה גלויה מפסקו של הרמב"ם (הלכות בכורות פרק ה' הלכה ג'). נפתח אפוא את העיון בסוגיה האמורה וביישוב דברי הרמב"ם.

סוגית "תקפו כהן"

בסוגיה במסכת בבא מציעא (דף ו' עמ' ב') הידועה כסוגיית "תקפו כהן" מצינו כדלהלן:

המקרה שנדון היה ולד שהמליטה בהמה של ישראל כשהיא ברשותו, שיש ספק אם הוא בכור או שמא אין זה הוולד הראשון של בהמה זו. ככלל, הדין הוא כי הוולד נשאר ברשות הישראל, והכהן אינו יכול לזכות בתביעתו, שהרי הכלל הוא כי "המוציא מחברו עליו הראיה". בספק דנא מדובר שאי אפשר להביא ראיה שהוולד בכור, ולכן הוולד נשאר בידי הישראל שהוא המוחזק בו. ברם, לאחר שנולד הוולד ברשות הישראל, "תקפו כהן" - הכהן תקף ונטל את הוולד בכוח לחזקתו. רבה נוקט כי "תקפו כהן מוציאים אותו מידו". רב חנניה מביא ראיה להכרעת רבה מברייתא

שבה נאמר כי "הספיקות נכנסים לדיר להתעשר". כלומר, הכלל הוא שפטר חמור אסור בהנאה עד אשר יפדהו בעליו בשֶׂה. השֶׂה שנפדה בו החמור צריך להינתן לכהן. אדם שיש לו ספק פטר חמור (שאינו יודע האם זהו הוולד הראשון של אתון זו) חייב להפריש שֶׂה כדי להפקיע את איסור ההנאה הרובץ על פטר החמור. אולם, מכיוון שהפדיון היה מספק הוא לא חייב לתת את השֶׂה לכהן, שהרי כאמור המוציא מחברו עליו הראיה ואין בידי הכהן להוכיח כי קיים חיוב. הברייתא מציינת כי מי שיש לו תשע בהמות שנולדו בשנה אחת וכשיהיו לו עשר בהמות מוטל עליו להפריש מהן כ"מעשר בהמה" לכהן - הרי שהשֶׂה הזה (שהישראל פדה באמצעותו את ספק פטר החמור), מצטרף עם שאר הצאן שבעדר למעשר. כלומר, השֶׂה נחשב לממון ישראל, ואם הוא ייצא עשירי מן הדיר הרי שהוא גם יהפוך למעשר בהמה. הגמרא אומרת על כך: "ואי סלקא דעתך תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, אמאי נכנסים לדיר? נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן!"

הילוך הדברים הוא כדלהלן:

א. אילו היה הדין שתפיסת הכהן הייתה מועילה, הרי שהדבר היה מלמד כי הדין של "מוציא מחברו עליו הראיה" אינו פסק שמחמתו הממון שייך בוודאות למוחזק (הישראל), אלא שמספק אין בית הדין מוציא מידי המוחזק, ולכן כאשר התהפכו היוצרות והתובע הפך למוחזק - אין מוציאים את הממון מידו.

ב. על כן, גם כאשר השֶׂה בידי בעליו המקורי - ועדיין לא תפס בו הכהן - אין בפנינו פְּסק הקובע שהשֶׂה של הישראל בוודאי, אלא הדבר נשאר בספק. בהתאם לכך לא מובנים דברי הברייתא, כי ניתן להשתמש בשֶׂה האמור למעשר בהמה, יש לחוש שמא הלה פוטר את עצמו ממעשר באמצעות ממון הכהן.

ג. מכאן מסיקה הגמרא כי בהכרח הדין הוא ש"תקפו כהן מוציאין אותו מידו". כלומר מוחזקות הישראל הראשונה הינה בתורת ודאי, ואין השֶׂה נחשב כספק ממון כהן, ולכן יכול הוא להיכנס לדיר עם שאר הבהמות ולשמש כמעשר בהמה.

ואכן, כך פסק הטור (יורה דעה סימן שט"ו) בשם אביו הרא"ש, וכן נקטו רוב הראשונים, כי תפיסה שנעשתה לאחר שנולד הספק, לא משנה דבר, ומצב הממון כעת - לאחר התפיסה, נדון כמו שהיה מעיקרו. בהתאם לכך, השֶׂה יינטל מיד הכהן שתפסו ויוחזר לידי הישראל שהחזיק בו בתחילה, עד שימציא הכהן ראיה כי השֶׂה שלו.

הקושי שמעורר פסקו של הרמב"ם

הרמב"ם בהלכות בכורות (פרק ה' הלכה ג')[414] פוסק "כל בכור שהוא ספק - דינו שירעה עד שיפול בו מום ויאכל לבעליו. **ואם תפסו הכהן אין מוציאים אותו מידו**".

את הסברה של הדברים ניתן להבין, כי כהן שתפס את הטלה הפך למוחזק והספק פועל לרעת הישראל שהפך להיות המוציא מחברו. הווי אומר כי הדין נותר כפי שהיה ש"המוציא מחברו עליו הראיה", אך המציאות השתנתה וכעת הכהן הוא המוחזק והישראל הפך להיות "המוציא מחברו". ברם, מתעורר קושי שהרי פסקו זה של הרמב"ם נסתר לכאורה ממסקנת הסוגיה במסכת בבא מציעא?

נביא מספר ביאורים ליישוב סתירה זו:

הסברו של הרשב"א

הרשב"א (בשו"ת חלק א' סימן שי"א) מבאר כי הרמב"ם סמך על דברי רב המנונא המוזכרים בסוגיה שם, לפיהם אם השתנה המחזיק והכהן תפס את השׂה הרי שהוא נחשב למוחזק ונטל הראיה להוציא ממנו חל על הישראל. אכן דברי רב המנונא נסתרים לכאורה מן הברייתא שהובאה לעיל בדבר האפשרות להשתמש בשׂה המסופק למעשר בהמה. הגמרא הוכיחה מברייתא זו שתפיסת הכהן אינה מועילה מאומה. אולם הרמב"ם נוקט שסתירה זו מיושבת עת שנבחין בין ספק בכור לפדיון ספק פטר חמור:

- בספק בכור - מדובר בקדושה הבאה מאליה בלא צורך בפעולת הקדשה של הישראל ("ואף על גב שצריך להקדישו למצווה, מכל מקום אי לא הקדישו - קדוש"). במקרה זה, יש לומר כי בעלות ומוחזקות הישראל מסופקת בדיוק כמו זו של הכהן וגם הוא רק תפוס ולא מוחזק, שכן הוולד משנולד - ספקו עימו. כל מהות הבהמה מוטלת בספק מעצם הווייתה ואין זה ספק חיצוני שחל עקב מעשה האדם. ממון שיש בו ספק עצמי ניתן לתפוס ולהוציא מידי מי שתפוס בו.

414. כך נפסק בשולחן ערוך יורה דעה סימן שט"ו, סעיף א'.

- בפדיון ספק פטר חמור - מדובר בשה שהספק חל בעקבות מעשה האדם שייחדו לפדיון חמורו. במקרה זה ברורה מוחזקותו הקודמת של הישראל לפני הפדיון, ולכן אם תפס הכהן מהמוחזק נוציא מידו, כי זהו ספק התלוי במעשה.

נמצא כי דברי הברייתא העוסקת בפדיון ספק פטר חמור אינם עומדים בסתירה לדברי רב המנונא האמורים לגבי ספק בכור.

ואכן כך פסק הרמב"ם בהלכות ביכורים (פרק י"ב הלכה כ"ג): "מי שהיו לו עשרה טלאים כל אחד מהן הפרישו על ספק פטר חמור הרי הן כחולין לכל דבר ומתעשרין כשאר הבהמה, ומפריש אחד מהן מעשר והשאר שלו כשהיו". מכאן שאם תקף כהן את השה ששימש לפדיון ספק פטר חמור מוציאים מידו, והרמב"ם לא ראה בכך סתירה למה שפסק ביחס לספק בכור שתקפו כהן אין מוציאים אותו מידו.

שאלת ה"שב שמעתתא"

ברם, שהסבר זה תמוה, שהרי הגמרא הקשתה ולא עמדה על ההבחנה האמורה, אלא השוותה את הדין של ספק בכור לדין של פדיון ספק פטר חמור. אם כן כיצד הבחין הרמב"ם בין הדברים?

בספר "שב שמעתתא" (שמעתא ד' פרק ה') מבהיר בעל "קצות החושן", כי אכן על פניו דימוי הגמרא בין ספק בכור לפדיון ספק פטר חמור תמוה כדברי הרשב"א. בפדיון ספק פטר חמור יש לבעלים חזקת מרא קמא[415], שכן עד לרגע הפדיון היה השה של בעליו בוודאות, והספק הניצב בפנינו כעת הוא האם השה נותר בידי בעליו (ה"מרא קמא") כפי שהיה עד כה, או שמא החמור היה פטר רחם וממילא השה ששימש לפדיון הפך להיות של הכהן. בספק זה יש בפנינו הכרעה מכוח "חזקת מרא קמא" שהשה שייך לישראל. לא כן בספק בכור שבו אין לבעלים חזקת מרא קמא שהרי הספק חל על השה מייד עם לידתו, ולא הייתה נקודת זמן שבה היה השה בוודאות של הישראל?

על שאלה זו מצינו באחרונים מספר תשובות כדלהלן.

---

415. ממון המוטל כעת בספק, אולם בעבר הייתה נקודת זמן שבה היה ברור מי הבעלים. במקרה כזה הדין קובע כי אנו מכריעים את הספק לטובת מי שהיה בעלים בעבר.

הסברו של ה"תומים"

הרב יהונתן אייבשיץ בספרו "אורים ותומים" ("קיצור תקפו כהן" סימן א') מבאר כי אכן בספק בכור אין לישראל חזקת מרא קמא, אולם עם זאת הגמרא דימתה את הנידון של ספק בכור לנידון של הברייתא ש"הספיקות נכנסים לדיר להתעשר", מכיוון שהברייתא לא הבחינה בין סוגים שונים של ספקות. מכאן כי כלול בברייתא גם ספק הנולד מכוח שני עדים (שהעידו כי החמור הינו פטר רחם) מול שני עדים (שהעידו להפך). ביחס למקרה כגון זה אמר רבה במסכת יבמות (דף ל"א עמ' א') ש"תרי ותרי ספיקא דאורייתא". ממילא אין אפשרות הכרעה באמצעות חזקת מרא קמא, שהרי המושג של חזקה פירושו הוא שנסמוך על הידוע לנו מכבר ולא נחוש לספק שהתעורר, וכשיש שני עדים מול שני עדים אי אפשר לבטל את הספק, על אף זאת סברה הברייתא כי המוחזקות של הישראל עדיפה ומועילה ותפיסת הכהן לא מועילה.

לפי דרך זו מובן היטב כי הגמ' השוותה בין ספק בכור לבין פדיון ספק פטר חמור, שכן בשני המקרים יש בפנינו ספק שאין בו הכרעה של חזקת מרא קמא.

לעומת זאת, הרמב"ם בהלכות מכירה (פרק כ"ט הלכה ה') נוקט כשיטת רבא ש"תרי ותרי ספיקא דרבנן", כלומר מדין תורה העדים המוכחשים מסולקים מן הדיון והרי זה כמקרה שבו אין עדים כלל וחזקת מרא קמא נותרת על מכונה. לפיכך, אין להשוות את המקרה של פדיון ספק פטר חמור למקרה של ספק בכור, שכן במקרה של ספק בכור אין חזקת מרא קמא שהרי הוא נולד וספקו עימו, ואילו בפדיון של ספק פטר חמור יש "חזקת מרא קמא", כי גם אם הספק נעוץ בכך שהייתה סתירה בין שתי כיתות של עדים, עדיין חזקת מרא קמא עומדת במקומה. ממילא, אין סתירה בין הגמרא לדברי הרמב"ם, שכן הגמרא בסוגיית "תקפו כהן" סבורה כשיטתו של רבה ש"תרי ותרי ספיקא דאורייתא", והרמב"ם פסק בהתאם לשיטת רבא הסובר ש"תרי ותרי ספיקא דרבנן".

תירוץ בנו של ה"שב שמעתתא"

בספר שב שמעתתא מיישב את שאלתו האמורה בשם בנו (רבי יוסף דובער הכהן) כדלהלן:

במסכת חולין (דף ס"ט עמ' ב') נחלקו אמוראים האם הוולד קדוש משעת יציאת רובו ואילך, או שמא בשעת יציאת רובו מתבררת קדושתו למפרע, כלומר עוד מעת שהיה בבטן אימו.

אם הבכור קדוש רק משעת יציאת רובו ואילך, נמצא כי כל עוד שלא יצא רובו, נחשב המיעוט שיצא מרחם הבהמה לחולין גמורים. לפי גישה זו נמצא כי גם בספק בכור יש זמן (עד שלא יצא רובו) שיש לישראל חזקת מרא קמא על חלק מהממון והישראל היה בעלים ודאי על חלק מן השה, ובמקרה כזה הכלל הוא שהשה כולו נגרר אחרי מיעוטו[416], שהרי אי אפשר לחלקו ולומר מקצתו בכור ומקצתו אינו בכור[417].

לעומת זאת, לפי שיטת רב הונא בגמרא בחולין שהבכור קדוש למפרע מעת שהיה בבטן אימו, נמצא כי מעולם לא הייתה לישראל חזקת מרא קמא, שהרי הוא נולד וספקו עימו.

השוואת הגמרא בין ספק פטר חמור לבין ספק בכור נאמרה רק לשיטת רבה הסובר שבכור קדוש משעת יציאת רובו ואילך, ויש לישראל חזקת מרא קמא בספק בכור, ולכן ההשוואה - בין ספק בכור לבין שה ששימש לפדיון פטר חמור - ברורה. רב חנניה שהביא ראיה לרבה מן הברייתא שספיקות נכנסים לדיר להתעשר, עשה כן בהתאם לשיטת רבה עצמו שבכור קדוש מיציאת רובו ולהבא[418].

---

416. כך מבואר בתשובת גאוני בתראי שהובאה בשב שמעתתא (שמעתא ד' פרק ג'), ביחס למקרה של בהמה שמקצתה פירשה מהחנות ומקצתה נשארה בחנות ומוגדרת כ"קבוע". במקרה זה הכריעו גאוני בתראי כי מחמת שחלק מן הבהמה פירש והוא מותר מחמת רוב, הרי שמותר באכילה גם החלק שנשאר בחנות - אע"פ שביחס לחלק זה אי אפשר היה להתירו מכוח רוב הבהמות הכשרות שבחנות, מחמת שהחנות היא מקום "קבוע" והלכה היא ש"כל קבוע כמחצה על מחצה דמי" מחמת חשיבותו. ההיתר של החלק ה"קבוע" נובע מכך שאי אפשר לחלק את הבהמה לשניים מבחינה דינית, ומאחר שהחלק שפרש מהחנות מותר באכילה, הרי שגם החלק הקבוע נגרר אחריו ומותר באכילה.

417. הנחתו של ה"שב שמעתתא" היא שאין אפשרות לקבוע חזקת מרא קמא על חלק מן העובר. שהרי הבסיס לכל חזקה הוא שהמציאות הידועה לנו מקודם, לא השתנתה. בהתאם לכך אין אפשרות לחלק בין שני חלקי הבהמה ולומר כי הבעלות השתנתה בחלקו האחד של העובר ולא בחלקו השני, שהרי תחולת הבעלות אחת היא. אבל, אם סוברים אנו כי חזקת מרא קמא היא דין של מוחזקות בממון ולא 'חזקה', הרי שיש בהחלט הבחנה בין החלק שבו אדם מוחזק לבין חלק מהנכס שבו אינו מוחזק, והנכס ניתן לחלוקה. ואכן, ר' בסמוך דברי הגר"ש רוזובסקי שהוכיח כי ה"שב שמעתתא" סבור שחזקת "מרא קמא" נעוצה בדיני 'חזקה'.

418. דרך הילוכו של ה"שמעתתא" שונה מן הרשב"א בשתי נקודות. א. הרשב"א הציע רעיון לבאר את ההבחנה בין ספק בכור לבין פדיון ספק פטר חמור, אולם לא ביאר

מעתה מיושבת סתירת הרמב"ם לסוגיית הגמרא, ולפסקו שלו עצמו, וכן מובנת מחלוקת הראשונים בעניין תקפו כהן לספק בכור:

הרמב"ם (בהלכות בכורות, פרק ד' הלכה י"ד) פסק כרב הונא שהשׂה קדוש למפרע, ממילא אין חזקת מרא קמא[419]. לעומת זאת בפדיון ספק פטר חמור יש חזקת מרא קמא, על כן בפדיון ספק פטר חמור אם תקפו כהן יוציאו מידו. אך בספק בכור, אם תקפו כהן לא יוציאו מידו, שהרי לישראל אין חזקת מרא קמא.

הרא"ש והטור (יורה דעה סימן שי"ט) פסקו כרבה ששׂה בכור קדוש מיציאת רובו ולהבא, וממילא יש לבעליו הישראל חזקת מרא קמא בשׂה, והדבר זהה לשׂה ששימש לפדיון פטר חמור שיש בו חזקת מרא קמא לבעליו הישראל. מאחר שראינו בברייתא שפדיון ספק פטר חמור נכנס לדיר להתעשר, פסקו הרא"ש והטור שגם בספק בכור הדין זהה ואם תקפו כהן מוציאים מידו.

נפקות בין שני ההסברים

ודוק, ההבחנה בין הסבר בנו של ה"שב שמעתתא" לבין הסברו של ה"תומים" מתבטאת בהסבר מדוע הגמרא השוותה בין ספק בכור לספק פטר חמור. לשיטת ה"תומים" סברה הגמרא שהברייתא פסקה שלא מועילה תפיסת הכהן גם במקרה של תרי ותרי בספק פטר חמור שבו אין לישראל חזקת מרא קמא, כיוון ש'תרי ותרי' יוצרים ספקא דאורייתא. לעומת זאת לפי ההסבר של בנו של ה"שב שמעתתא" הגמרא סברה שגם בבכור יש לישראל חזקת מרא קמא מפני שבשעת יציאתו לאוויר העולם עדיין אין הוא קדוש. נפקא מינה בין ההסברים הללו תהא במקרה

מדוע הגמרא לא מתייחסת להבחנה זו. נקודה זו מיושבת היטב ע"י ה"שמעתתא". ב. הבחנת הרשב"א הינה בין קדושה הבאה מאליה לקדושה הבאה בידי אדם. ה"שמעתתא" מבחין בין מקרה שהיה לישראל חזקת מרא קמא למקרה שלא הייתה לו חזקה זו, ובהתאם לכך ביאר את נקודת השוני בין מסקנת הגמרא לבין פסקו של הרמב"ם.

419. הסבר זה אינו מתאפשר בהתאם למבואר בחידושי מרן רי"ז הלוי הלכות בכורות פרק ד' שהוכיח כי הבכור במעי אימו לכולי עלמא ממון ישראל הוא. לדבריו הדין שלמפרע הוא קדוש מחיל קדושה למפרע רק לעניין שאי אפשר למכרו לנכרי, אבל אין בכך כדי ליצור בעלות לכהן במעי אימו. אם כן, בפנינו חזקת מרא קמא לישראל גם לשיטת הסוברים שבכור למפרע הוא קדוש.

של תובע שתקף ולמחזיק לא הייתה חזקת מרא קמא. לשיטת ה"תומים" יימצא כי גם במקרה זה מוציאים מידי הכהן התופס, שהרי הגמרא הכריעה כי תקפו כהן מוציאים מידו גם כאשר לישראל אין חזקת מרא קמא. לעומת זאת, לשיטת בנו של ה"שב שמעתתא" במקרה זה לא יוציאו מיד הכהן, שהרי גם הסוגיה שהכריעה שתקפו כהן מוציאים מידו, לא דיברה אלא במקרה שלישראל יש חזקת מרא קמא.

הערתו של הרב שמואל רוזובסקי

יושם אל לב כי הן ה"שב שמעתתא" והן ה"תומים" הניחו שלדידו של הרמב"ם, להלכה ושלא כדברי הגמ', אין חזקת מרא קמא בבכור שהרי הוא נולד וספקו עימו, ואילו בספק פטר חמור יש חזקת מרא קמא וממילא אין לדמות בין המקרים. אולם הרב שמואל רוזובסקי ("חידושי רבי שמואל" על בבא מציעא סימן י') העיר כי ההנחה שלספק בכור אין חזקת מרא קמא מאחר שנולד וספקו עימו, אינה ברורה כלל ועיקר. מהלך דבריו הוא כדלהלן:

א. בנו של ה"שב שמעתתא" ציין כי בכור אינו קדוש אלא בשעה שנולד וקודם לכן היה ודאי של ישראל. הספק הוא אם כן האם יצא מרשותו של הישראל בשעת הלידה, כי בלידה העובר שהיה איננו והוולד הוא 'פנים חדשות שבאו לכאן'. ממילא הוולד הוא ספק בכור (בהיותו בכור) ללא מוחזקות של אחד מהצדדים, או שחזקת מרא קמא שהייתה לבעלים הישראל על העובר מועילה גם לוולד, ואם כן יש חזקת מרא קמא גם על הוולד לבעלים הישראל. בנו של ה"שב שמעתתא" מבאר כי לרמב"ם כל עוד שהוולד לא נולד הוא בגדר של דבר שלא בא לעולם, ואם כן הישראל אינו בעלים על העובר אלא אגב אימו. ממילא לגבי הוולד שנולד, שהוא יחידה עצמאית, אין לישראל חזקת מרא קמא.

ב. הרב רוזובסקי מקשה כי לכאורה פשיטא כי מכיוון שהייתה לישראל בעלות על העובר כחלק מן הפרה, הרי שגם כשנפרד החלק ממנה בשעת הלידה, אמורה להימשך בעלותו הקודמת על הממון, בדומה לצמר שנגזז מהכבשה שברשותו.

ג. הרב רוזובסקי מיישב כי החזקה על העובר לא מועילה לוולד מכיוון שהוא כדבר חדש וכעין מציאות חדשה ולא רואים אותו כחלק מהפרה שנפרד ממנה, כפי שמצאנו באיסורים ש"חזקת האם לא מהני לבת". הוולד הוא 'ברייה חדשה' ו'פנים חדשות באו לכאן' שכן מעיקרא היה עובר וכעת הוא ולד.

קושי המתעורר מכוח ההבחנה של "קונטרס הספיקות"

ברם יש לעיין בסברא זו, משום שב"קונטרס הספיקות" (כלל א' אות ה') דן מכוח מה פועלת חזקת מרא קמא:

- מדין "חזקה דמעיקרא" דהיינו מעין חזקה באיסורים של "כאן נמצא כאן היה", לפיה אנו נוקטים שהמצב שהיה לא ממהר להשתנות ולכן גם הבעלות כעת אינה שונה מכפי שהייתה מתחילה;
- מדין "מוחזק" לפיו מי שתפוס בממון מחייב את חברו הבא להוציא ממנו להביא את הראיה מכוח הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". כלומר, מכיוון שעד כה היה המרא קמא מוחזק בפועל בחפץ ונוצר ספק האם החפץ יצא מבעלותו, הרי שהמרא קמא ממשיך להיות מוחזק בפועל בחפץ ואין מוציאים אותו ממנו אלא מכוח ראיה.

נמצא כי הסבר בנו של ה"שב שמעתתא" כי החזקה על העובר לא מועילה לוולד מכיוון שהוא כעין מציאות חדשה - תקֵף רק אם חזקת מרא קמא היא הכרעה על מצב הבעלות וכעין חזקה דמעיקרא, שלגביה אפשר לומר כי חזקת העובר לא מועילה לוולד בהיותו דבר חדש. חזקה היא כלל המכריע מהו הדין של החפץ או מה מצבו, שבדרך כלל מניחים לומר כי הדין והמצב לא השתנו. ביחס לדבר חדש אי אפשר לומר כי הבעלות ממשיכה, שהרי בפנינו נולדה ברייה חדשה. אבל אם חזקת מרא קמא נובעת מדין מוחזק וממי שמוחזק בחפץ בפועל, הרי שהדבר מתייחס לממשות החפץ, ואם כן מי שהחזיק בעובר ממשיך להחזיק בו גם כשיצא לאוויר העולם, הוא עדיין נחשב למוחזק, שהרי תפיסתו בממון נמשכת, וממילא מי שמבקש להוציא מידו - עליו הראיה. הבעלים בעובר הופך מיניה וביה למוחזק בוולד שהרי תפיסתו הפיסית בממון נמשכת, ונמצא כי גם אם הוולד נחשב לדבר חדש, הרי שעדיין הבעלים נחשב למוחזק מכוח התפיסה שלו וממילא מי שמבקש להוציא מידו - עליו הראיה.

ברם, יש לעיין כיצד יש צד לומר שאין חזקת מרא קמא ביחס לעובר, הרי במסכת בבא מציעא (דף ק' עמ' א') בסוגיית המחליף פרה בחמור וילדה ולא ידוע מתי ילדה הפרה, וממילא אין ידוע אם הוולד של המוכר או של הקונה הדין הוא שיחלוקו. הגמרא שאלה: "ונוקמא אחזקת מרא קמא" ויינתן הוולד לבעל הפרה המקורי? מכאן עולה בבירור כי גם בעובר יש חזקת מרא קמא.

הסברו של הגרנ"ט

הרב נפתלי טרופ ביאר באופן שונה מדוע בספק בכור אין חזקת מרא קמא. לדידו, נאמר דין חזקת מרא קמא רק כשהיה מצב שהיה ראוי מצד עצמו להמשיך עד עולם ומתעורר ספק האם התחדש שינוי שישנה את המצב הקודם. דין זה שייך במקרה של מחליף פרה בחמור, ששם לא היה ברור מראש כי הבעלות של המוכר בעובר מוגבלת לזמן, שכן הספק נוצר רק מחמת מכירה מחודשת שלא היה כל הכרח מראש כי תתבצע. אבל, כאשר המצב היה עראי מלכתחילה ועמד להשתנות, אין לומר שיש חזקה שלא אירע שינוי. על כן, בספק בכור שברור מראש כי כשהעובר ייוולד ייווצר ספק לגבי בכורתו והבעלות בו, אין מקום להחיל חזקת מרא קמא על הספק שיש לנו אחר לידתו. העובדה שהעובר היה בידי הישראל אינה מעניקה לו דין מרא קמא, שהרי כבר בהיותו עובר ידענו שהמצב ישתנה בלידתו וישרור ספק בדינו[420].

---

420. דברי הגרנ"ט מוקשים לכאורה עת שנעיין בדברי התוספות במסכת בכורות (דף כ' עמ' ב'). בגמרא שם מצינו דיון ביחס למקדיש פרה חולבת שילדה ולא ידוע לנו אם ילדה בעבר, האם יש להניח פרה זו על חזקה קמייתא כשהייתה עגלה ומסתמא לא ילדה בעבר ואם כן הוולד הנוכחי הוא ראשון וקדוש בקדושת בכורה. מחד גיסא לפי חזקה דמעיקרא היא בחזקת שלא ילדה. מצד שני, רוב הפרות החולבות ילדו בעבר כי בדרך כלל החלב של האם נוצר לצורך הוולד. הגמרא מביאה את שיטת רבי מאיר כי הוולד קדוש שכן יש לצרף מיעוט (של פרה חולבת גם בלי לידה) לחזקה דמעיקרא שהפרה לא ילדה. ביחס לכך מקשה תוספות שם ד"ה "חלב פוטר איכא בינייהו" מדוע מניחה הגמרא כי הוולד קדוש, הן "אדרבה העמד ולד בחזקת שאינו קדוש בבכורה שהוא חולין במעי אימו". מכאן עולה אם כן כי יש חזקה מכוח מצבו של הוולד בהיותו עובר, זאת על אף שהדבר ידוע מראש כי מצב העובר ישתנה. אולם, בהערותיו של הרב יחיאל מיכל דזימיטרובסקי על ה"שב שמעתתא" (מילואי שמעתתא על שמעתא ו' הערה 82) יישב כי שם אין מדובר בחזקה גמורה, אלא שהדבר הובא בתוספות רק כמשקל נגד לחומרת רבי מאיר. כלומר, מכיוון שרוב החולבות אינן יולדות הרי שמעיקר הדין אין הוולד קדוש בבכורה, ורבי מאיר החמיר רק מכוח הדין של "סמוך מיעוטא לחזקה" שלא ילדה, וכנגד כך בלבד הובאה החזקה מכוח הדין שחל על העובר. לעומת זאת, במקרה דנא שאנו באים לדון כי הוולד אינו בכור מכוח חזקה שהעובר במעי אימו אינו קדוש, יש לומר כדברי הגרנ"ט כי החזקה אינה תקפה ביחס לשעה שייוולד העובר, שכן מלכתחילה היה ידוע שהחזקה אינה מתייחסת לשעה זו.

בהתאם לכך מובן בספק בכור המושתת על כך שבעבר הבהמה הפילה ספק רוח ספק נפל, כבר בעת העיבור של העובר היה קיים הספק וידענו שהעובר עומד להשתנות ולהפוך לוולד שיהיה ספק בכור. יתרה מכך, גם אם הספק ביחס לעובר מתייחס לבהמה שילדה בו זמנית זכר ונקבה וספק מי מהם נולד קודם, כך שבהעדר ידיעה על לידה קודמת לא היה הספק צפוי, אך מכיוון שמעת יצירתם נוצרו שני עוברים ויש ספק שמא תיוולד הנקבה ראשונה, הרי שממילא גם כאן הספק צפוי ואינו בגדר של השתנות מחודשת וגם במקרה זה אין בפנינו דין של מרא קמא[421].

הסברו של ה"קהילות יעקב"

דברים דומים כתב הרב יעקב ישראל קניבסקי ב"קהילות יעקב" (על בבא מציעא סימן ט'), כי חזקת מרא קמא חלה רק אם עסקינן בבעלות שהייתה אמורה להימשך לעולם. אולם, אם דרך משל אדם קנה חפץ לשלושים יום בלבד, ונולד ספק בתום שלושים הימים האם הוא קנה את החפץ למשך זמן נוסף או שאדם אחר ירש בעלות זו, לא חלה על כך "חזקת מרא קמא", שהרי הבעלות הראשונה שהוא הוחזק בה לא מחייבת להסיק כי יש לו בעלות גם לאחר חלוף שלושים הימים. ממילא, גם כאשר נקבע כי עובר ירך אימו ויש לו בעלות באימו, אין בכך ליצור חזקת מרא קמא ביחס לספק שנולד בשעת הלידה, שהרי הבעלות בעובר מכוח אימו צפויה הייתה מלכתחילה להסתיים עם הלידה, בעת שהעובר יחדל להיות ירך אימו ויהפוך לספק בכור[422].

---

421. ודוק, דברי הגרנ"ט מיישבים את הסוגיה בהתאם לדרכו של התומים ולא בהתאם לדרכו של השמעתתא, שכן לפי השב שמעתתא הגמרא סברה שבספק בכור יש חזקת מרא קמא מאחר שבעלות הכהן מתחילה רק לאחר יציאת רובו של הוולד, וקודם יציאת רובו חלה בעלות הישראל בגופו של הוולד אף ביחס למצבו החדש שיהיה לאחר שנולד. לפי הגרנ"ט אין מקום לדברים אלה שכן מציאות זו, של לידת מיעוטו של הוולד, עומדת להשתנות מייד ואין בכוחה ליצור חזקת מרא קמא לטובת הישראל. אולם לשיטת התומים הגמרא אכן מסכימה שאין לישראל חזקת מרא קמא בבכור, ומחלוקת הרמב"ם והגמ' אינה מתייחסת לספק בכור אלא לפדיון ספק פטר חמור.

422. ברם, לכאורה גם הסבר זה תקף רק אם אנו סוברים כי חזקת מרא קמא חלה מכוח "חזקה דמעיקרא" אבל אם חזקת מרא קמא חלה מכוח דין מוחזק, אם כן מה הנפקות בכך שהספק הוא עובדה ידועה מראש, הרי עד עכשיו הנכס היה של הישראל וכעת מתעורר ספק האם הוא יצא מרשותו. אם כן נחשב הישראל כמוחזק בוולד ואי

הערת הרב רוזובסקי

ברם הגר"ש רוזובסקי מעיר כי תירוץ הגרנ"ט והקהילות יעקב מתאים רק אם חזקת מרא קמא היא כלל מכריע בדיון על הבעלות בדומה לדין חזקה דמעיקרא באיסורין שבה החזקה מתערערת כשהיא עומדת להשתנות. אך גם על שני הביאורים האלה, של בן ה"שב שמעתתא" והגרנ"ט, יש להקשות מהגמרא במסכת בבא מציעא (דף ק' עמ' א') ממנה עולה שלא ניתן לומר שזה דיון על הבעלות ואין חזקת מרא קמא ביחס לעובר, שהרי בסוגיה זו מבואר שזהו דין 'מוחזק' בממון. הגמרא דנה במי שמחליף פרה בחמור וילדה ולא ידוע מתי ילדה הפרה וממילא אין ידוע אם הוולד של המוכר או של הקונה ונפסק הדין שיחלוקו. הגמרא שואלת: "ונוקמא אחזקת מרא קמא ולהוי אידך המוציא מחברו עליו הראיה"? מלשון הגמ' עולה בבירור כי הבנת הגמרא שחזקת המרא קמא שבעובר העוברת לוולד היא מדין 'מוחזק בממון' ולא מדין 'חזקה דמעיקרא', שהרי לגבי 'חזקה דמעיקרא' הדנה במצב הבעלות אם השתנה, אין משמעות לדין 'המוציא מחברו עליו הראיה'. לכן הגר"ש רוזובסקי מציע לומר לפי דרכם, שאכן בממון דנים לפי שתי החזקות, גם ה'חזקה דמעיקרא' וגם ה'מוחזקות בממון' בפועל. ממילא, בספק פטר חמור שבשעת לידת הספק (הפדיון) הישראל המוחזק בפועל נהנה גם ממוחזקותו וגם מחזקה דמעיקרא שלפני מעשה הפדיון היה הממון שלו לגמרי. מדין כך לא תועיל תפיסה ממנו, כמו שלא מועילה תפיסה ממי שמוחזק ויש גם רוב כמותו. אבל בספק בכור שבשעת לידת הספק אין למוחזק חזקה דמעיקרא כי הוא ברייה חדשה, לכן תועיל תפיסה ממנו.

הסברו של "נתיבות המשפט"

בהתאם להסברים אלו ניתן ליישב את שיטת הרמב"ם הפוסק שלא בהתאם לסוגיית הגמרא במסכת בבא מציעא לפיה ספק בכור דומה לפדיון של ספק פטר חמור. הגמרא סוברת כי גם בספק בכור יש חזקת מרא קמא שכן חזקה זו נובעת מדין מוחזק, וממילא השינוי מעובר לוולד אינו פוגע בחזקה. מכיוון שגם בספק בכור

אפשר יהא להוציא ממנו אלא אם כן יביא הכהן ראיה. מצד שני ייתכן לומר כי במקום שיש ספק מובנה והמחזיק מראש מתכוון להחזיק בחפץ לזמן מוגבל אין המוחזקות משפיעה על המועד שבו יתעורר הספק, שהרי מראש ידע שבהגיע העתיד ייוולד בו הספק.

יש חזקת ממון מאז היותו מרא קמא, הכריעה הגמרא שספק בכור דומה לפדיון ספק פטר חמור שבו נאמר כי הוא נכנס לדיר להתעשר ומוציאים אותו מיד כהן שתפסו. הרמב"ם לעומת זאת[423] סבר שדין מרא קמא אינו מדין מוחזק אלא מדין 'חזקה דמעיקרא', או שיש בו גם דין 'חזקה דמעיקרא', וכאמור, בדין חזקה קמייתא אין להשליך מעובר לוולד. לפיכך אין לדמות ספק בכור לפדיון לספק פטר חמור, שהרי בפדיון של ספק פטר חמור יש חזקת מרא קמא (ולכן תפיסת הכהן אינה מועילה) ואילו בספק בכור אין חזקת מרא קמא (ולכן תפיסת הכהן מועילה).

לעומת דברי כל המפרשים האמורים, שיישבו את דברי הרמב"ם כך שיהלמו לסוגיית הגמרא, מציע בעל "נתיבות המשפט" דרך חדשה לפיה אין מלכתחילה כל סתירה בין הרמב"ם לבין הגמרא. "נתיבות המשפט" מבאר (כללי תפיסה אות א', בביאורים אחרי סימן כ"ה), כי לא זו בלבד שהרמב"ם אינו רואה מקום להשוואה בין דין פטר חמור לדין בכור לעניין תפיסת התובע, שכן בפטר חמור יש חזקת מרא קמא ובספק בכור אין חזקת מרא קמא[424], אלא שהרמב"ם סבור כי גם הגמרא לא התכוונה להשוות ביניהם, וממילא אין סתירה מן הגמרא לרמב"ם שהבחין בין ספק בכור לפדיון ספק פטר חמור. הגמרא הביאה ראיה מדין פדיון ספק פטר חמור לדין של 'קדושה הבאה מאליה'. מהלך הסוגיה הוא כדלהלן:

א. רב המנונא סבר להוכיח שתקפו כהן אין מוציאים מידו מכך שספק בכור אסור בגיזה ועבודה. רב המנונא הניח כי איסור גיזה ועבודה הנובע מדיני הבכורה מצביע על כך שיש הכרעה כמו הצד לומר שהשׂה הוא בכור, וצד זה מטה גם את הספק הממוני לומר שגם לגבי ממון ננהג כאילו השׂה של הכהן לעניין זה שבתפיסתו אוחז הכהן בממון של עצמו ואין להוציאו מידו.

ב. הגמרא דחתה זאת, כי דיני ממונות לחוד ודיני איסורים לחוד. ייתכן שהשׂה יהיה אסור בגיזה ועבודה ועם זאת יהא שייך קניינית לגמרי לישראל. זהו הדין של "קדושה הבאה מאליה", שמלמד שההנהגה להחמיר באיסורי גיזה

423. ברם, שיש לברר על איזו סוגיה השתית הרמב"ם את הגדרתו לחזקת מרא קמא, לאחר שדבריו אינם תואמים לסוגיית "תקפו כהן".

424. נתיבות המשפט סובר כדברי התומים שבספק בכור אין חזקת מרא קמא. לפי דברי הרב רוזובסקי דברים אלו נכונים כאמור רק במידה ונסבור כי חזקת מרא קמא הינה מדיני חזקה ולא מדיני מוחזק.

ועבודה לא מושפעת מההכרעה בדיני הקניין, אלא נובעת מדיני איסורים (בדומה לביאורו של הגר"ש שקופ אודות ההבחנה בין דיני איסורים לדיני ממונות). כמו כן יש לומר לאידך גיסא כי דיני הקניין אינם מושפעים מההנהגה הנדרשת לגבי האיסורים. בקניין חל הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה, ואילו באיסורים חל הכלל שבספק איסור דאורייתא יש לנהוג לחומרא.

ג. **את ההבחנה הזאת ביקשה הגמרא להוכיח.** לעניין זה הובאה ראיה מן הברייתא ש'הספקות נכנסים לדין להתעשר'. שם מדובר בעשרה שֵׂיִין שפדה בהם הישראל עשרה ספקי פטרי חמור שצריכים פדיון ובלי הפדיון הם אסורים בהנאה מספק (מכוח הכתוב "ואם לא תפדה וערפתו"). למרות שהיה חייב לפדות את ספק פטרי החמורים, בכל זאת מחמת הספק אין הישראל נותן את השֵׂיִין לכהן אלא נוהג בהם בכשלו, ואף חייב להפריש מהם שה אחד למעשר בהמה. מברייתא זו רואים אנו כי באותו ספק עצמו חייב הישראל לנהוג לחומרא לעניין הפדיון כמו באיסורים, ואילו לעניין הבעלות על הממון נחשב השה לחלוטין של ישראל ואם תקפו כהן מוציאים מידו, שאם לא כן נמצא כי הוא פוטר עצמו במעשר בממון הכהן.

מכאן הוכחה לאמור, כי דיני הממונות חלוקים מדיני האיסורים, ובעוד שלעניין דיני האיסורים ספיקא דאורייתא לחומרא והחמור חייב פדיון, הרי שלעניין דיני ממונות, לגבי הבעלות על השה, חל הכלל שהמוציא מחברו עליו הראיה, ואם תקפו כהן מוציאים מידו.

אכן, חיוב המעשר אף שהוא דין איסור הנובע מכך שלאחר שהוכרע דין הממון לגמרי, הרי **שמכאן ולהבא** הישראל צריך לנהוג בשה כממונו בלבד גם לעניין איסורין, ורשאי לקדש בו אישה או להתחייב במעשר.

ד. בהתאם לכך מובן כי אין סתירה מן הגמרא לפסקו של הרמב"ם שבבכור בהמה טהורה אין מוציאים מידו, ואין לדמות כלל דין ספק בכור לדין של פדיון ספק פטר חמור.

שאלת התוספות במסכת בבא בתרא

סוגיה נוספת העוסקת בדין תפיסה מצויה במסכת בבא בתרא (דף ב' עמ' א'). המשנה אומרת כי שותף יכול לכפות על שכנו לחצות את החצר המשותפת ולעשות גדר

ביניהם. השותפות היא גם בבניית הגדר וגם במקום שבו בונים אותה. "לפיכך, אם נפל הכותל - המקום והאבנים של שניהם". כלומר אם היה כותל בין חצרות שנפל ואין ראיה מי בנה אותו, מניחים שהוא של שניהם. שואלת הגמרא (שם בדף ד' עמ' א'): "פשיטא?"

רש"י מבאר כי פשוט הדבר שהאבנים של שניהם, שהרי אף אם לא הייתה המשנה מחדשת את הדין ששותף יכול לכפות את חברו כאמור, "על כרחם היו חולקים בשווה האבנים (שנפלו מן הכותל) שהרי ברשות שניהם מונחים האבנים ויד מי מהם תגבר?"

הגמרא משיבה כי חידושה של המשנה מתייחס למקרה שהאבנים נפלו לצד אחד - לרשות אחד מהם. שואלים תוס' (בדף ב' עמ' א' ד"ה "לפיכך") מה הנפקות מכך שהכותל נפל לרשות אחד מהם, הרי בעוד הכותל בנוי הוא בחזקת שניהם והנפילה לצד אחד היא בגדר של תפיסה שאירעה לאחר שנולד הספק[425]?

תירוצו של הרמב"ן

הרמב"ן מתרץ כי במקרה של "תקפו כהן" התפיסה אינה מועילה להוציא מידיו של המוחזק הראשון, שכן לפני הלידה היה השׂה מוחזק ביד הישראל ובעת התעוררות הספק ולפני התפיסה היה הדין שהממון יישאר בידיו עד שיביא התובע ראיה. נמצא שהדין ממשיך את חזקתו המוקדמת בחפץ ומחזק אותה למעין בעלות חלוטה, ולכן אי אפשר לתפוס ממנו. לעומת זאת, במקרה של כותל, כל עוד שהכותל עמד על תילו, הרי שאם השכנים היו מתדיינים ביניהם, הרי שגם ללא החיוב לבנות ביחד, לא היה אחד יותר מוחזק מחברו והיה חל עליהם דין "יחלוקו". איש מהם לא היה מוגדר כמוחזק וכבעלים חלוט. בהעדר מוחזקות קודמת לפני הספק למי מהצדדים, אין מניעה לתפוס את החפץ גם אחרי שנולד הספק.

---

425. תוספות מבאר שאלתו כי מה שנאמר במסכת בבא מציעא (דף ק' עמ' א') לגבי מחליף פרה בחמור (וכן שם בדף קט"ז עמ' ב') כי יש לראות ברשות מי נמצאת הבהמה ובעל דינו ייחשב כמוציא מחברו, מתייחס למקרה שבו "מתחילה מבורר היה הדבר וברשות אחד מהן נולד הספק", ואילו במקרה דנן מעיקרא בעוד הכותל בנוי נולד הספק, ואם היו באים לחלוק בעוד שהכותל קיים היו חולקים בשווה מספק כיון שאין חזקה לזה יותר מאשר לרעהו. על כן, אף אם נפל הכותל לרשות אחד מהם לא יפסיד האחר.

תירוצו של הרשב"א

הרשב"א (שם, בדף ד') משיב כי בסוגיה של "תקפו כהן" נולד הספק מייד עם יציאת העובר ונמצא שהתפיסה באה אחרי הספק. אבל במקרה דנא הנחת היסוד של התוספות כי הספק נולד בעוד שהכותל בנוי אינה נכונה, כי כל עוד שהקיר לא נפל אין בכלל ספק, שכן הצדדים לא התדיינו כלל זה מול זה בשאלת הבעלות. בהעדר התדיינות בין צדדים אין הממון נחשב כמי שמוטל בספק (אף שאיננו יודעים למי הוא שייך ובהעדר טענות ניתן לשער שהוא שייך לשניהם). על כן, הספק נוצר בשעת נפילת הכותל עת שנוצר הצורך להכריע למי לתת את האבנים והמקום. על כן נפילת האבנים לרשות האחד מן השותפים אינה מוגדרת כתפיסה המאוחרת ללידת הספק, והספק התחיל בה בעת שנפלו האבנים.

הסבר שיטת תוספות

תוספות שם, (ד"ה "לפיכך") לא קיבל את תירוצו של הרשב"א שכן הניח כי המקרה דנא מוגדר כתפיסה אחרי שנולד הספק, מכאן שסבר כי הספק אינו מתחיל מן המועד שבו נפל הכותל, אלא נולד מעיקרא - לפני שנפל הכותל[426], שהרי כבר אז "אם היו באין לחלוק בעוד שהכותל קיים היו חולקין בשווה מספק"[427]. על כן ביאר

---

426. ור' להלן מייד מדוע לא קיבלו גם את תירוצו של הרמב"ן.

427. נראה להציע לבאר את נקודת המחלוקת כדלהלן: במסכת בבא מציעא דף ב' עמ' ב' מבואר כי המקרה של "שניים אוחזין בטלית" מוגדר "אין דררא דממונא". מבאר תוספות (ד"ה "היכא") - ש"דררא דממונא" ה"פירוש שבלא טענותיהם יש ספק לבית דין, דיש לאחד תביעה על חברו בלא טענותם, כגון בשור שנגח את הפרה ומחליף פרה בחמור". כלומר, "שנים אוחזים בטלית" זהו מקרה שבו אין ספק מובנה בלא טענותיהם, שכן, בכל חפץ בעולם שאין אנו יודעים מי בעליו אין לבית הדין ספק בלא שהצדדים יעלו טענות. לפי האמור מקשה קצות החושן בסימן קנ"ז ס"ק ג', על דברי התוס' דנא בריש מסכת בבא בתרא שהקשו מדוע בספק שמתעורר ביחס לאבני הכותל שנפל איננו פוסקים "כל דאלים גבר" (ראה להלן אודות פסק דין זה). וביארו כי כשיש ספק לגבי אבני כותל הדבר נקרא "דררא דממונא", ולכן לא חל דין "כל דאלים גבר", שכן דין "כל דאלים" נאמר רק כשלבית הדין אין עמדה בדבר ורק הטענות יוצרות ספק שאז מורים להם בית הדין להתעצם ביניהם. אבל במקום שיש ספק גם בלא הטענות אין בית הדין יכולים לצאת מהספק המונח לפניהם ולומר כל דאלים גבר. מאחר שנתבאר בגמרא כי הספק ביחס לטלית מוגדר כ"אין בו דררא דממונא", יש להבין מדוע לגבי כותל בחצר נחשב הדבר ש"יש בו דררא דממונא?"

תוספות כי מדובר במקרה שהאבנים נפלו ושהו ברשותו הרבה זמן באופן שבדרך כלל אין אדם משאיר את מה שנפל משלו לרשות חברו כל כך הרבה זמן. במקרה זה היה צד לומר כי יהא נאמן לומר שהאבנים שייכים לו בלבד, במיגו שיכול היה לומר כי רכש את כל האבנים ועשה את כל הכותל לבדו ובטענה זו היה נאמן שכן האבנים שהו ברשותו זמן רב. על כן נדרשה המשנה לחדש כי האבנים שייכים לשניהם מחמת כך שמעיקרא היה על שניהם חיוב לעשות את הגדר. ממילא אין צד נאמן בטענה כי הוא עשה הכול לבד, שכן זהו "מיגו במקום עדים" שהרי כולנו עדים (אנן סהדי) שהוא לא עשה את הכותל לבדו כיוון שהיה יכול לכפות על חברו להקים את הכותל עימו בשותפות.

וצריך ליישב כי חפץ המיטלטל כמו טלית, הוא חפץ שיכול לעבור מיד ליד גם בלי קשר לבעלות בו ויכול להיות גם בבעלות אדם שלישי כמו בשניים שמצאו אבדה ביחד. על כן, אין לנו ספק בחפץ מצד עצמו עד שתהיינה עליו טענות הצדדים, או תפיסה של חפץ תחת יד אדם אחד שהיא טענה. אבל, קיומו של כותל הנמצא בין חצרות כהפרדה בין שני שכנים. עצם קיומו של הכותל בין החצרות אומר - "הנני מפריד בין שכנים", וזו מציאות שמגבשת כשלעצמה את השאלה: למי שייך הכותל הזה. מכיוון שאנו רואים צדדי בעלות של שניהם לא שייך בזה כל דאלים גבר.

מכל מקום, דברי תוס' מפורשים כי הספק בענייננו של כותל שבחצר, מוגדר כ"דררא דממונא". בהתאם לכך ברורים דבריהם כי הספק נולד בעוד הכותל קיים, שכן הספק מובנה אף בלי טענות הצדדים וקיים בעצם ישותו של הכותל.

לעומת זאת, הרשב"א סבור כי כותל חשוב כמצב שבו אין דררא דממונא, ורק הטענות התחילו את הספק. הדבר מוכח ברשב"א שמעיר כי לכאורה אם אחד מדרי החצר יטען: "כל הכותל שלי" ושכנו יטען: "חציו שלי", הם לא יקבלו את הכותל בשווה שכן טענתם ביחס לכותל אינה שווה, וכמו שמצינו ביחס לשניים אוחזים בטלית כי במקרה שטענתו של האחד עודפת על זולתו, הריהו מקבל חלק גדול יותר. מדברי הרשב"א ברור שללא הדין שחייבים לבנות את הכותל ביחד, היו השכנים מקבלים חלק בכותל רק באמצעות טענותיהם, ולכן החלק של כל אחד בכותל אמור להיות מושפע מטענתו. לפי תוספות החלוקה בכותל אינה עפ"י הטענות אלא בי"ד מעצמו רואה את הכותל כמוטל בספק שווה בין שני השכנים. ממילא אמירת אחד השכנים "חציו שלי", נחשבת כהודאת בעל דין המסיטה את בית הדין מההכרעה שהייתה בלא טענותיהם. טענתו של זה מפחיתה ממה שהיינו נותנים לו בלא טענתו, כי טענתו משנה את מה שראינו מעצמנו שחצי שלו.

מכל מקום, דברי הרשב"א ברורים כי הספק בענייננו של כותל שבחצר, מוגדר שכשהכותל בנוי אין ספק ואין צורך ב"דררא דממונא". בהתאם לכך ברור כי הספק לא נולד עד שנפל הכותל שכן הספק נולד רק בעקבות טענות הצדדים.

קושי על שאלת תוספות

על דברי תוספות יש להקשות, מדוע סבר כי תפיסה לאחר שנולד הספק לא מועילה, הן עסקינן בתפיסה של מי שטוען טענת ברי. בתוספות במסכת כתובות (דף כ' עמ' א') ראינו כי שוכר שהתעורר ספק בסוף החודש האם הוא חייב לשלם את דמי השכירות באותו חודש פטור, כיוון שכבר גר בדירה התפיסה מועילה והוא טוען טענת ברי.[428]

תירוץ אחיו של "קונטרס הספיקות"

בקונטרס הספיקות (כלל ב' אות ז') מובאת תשובה מרהיבה לשאלה זו, בשם אחיו (הרב חיים כהן), לפיה תפיסה בטענת ברי מועילה מכיוון שהדין הנובע מן התפיסה לא משתנה. בין לפני התפיסה ובין לאחר התפיסה חל אותו כלל ראייתי לפיו "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא שעד לתפיסה היה ראובן המשכיר מוחזק ושמעון השוכר נחשב למוציא מחברו, ואחרי התפיסה שמעון הוא המוחזק וראובן הוא המוציא מחברו. הדין הראייתי נשאר אותו דין, ורק הצדדים המפעילים את הדין האמור התחלפו. לעומת זאת, בסוגיה במסכת בבא בתרא במקרה של כותל שניצב בין הצדדים, נמצא כי בעקבות התפיסה הדין משתנה! בתחילה בעוד הכותל בנוי אם היה מתעורר ספק היה הדין שהם כ'שניים אוחזין בקיר' העומד, ובמקרה של ספק הדין הוא "יחלוקו". לעומת זאת, עם נפילת הקיר לרשות אחד מהם, הדין הקובע הוא ש"המוציא מחברו עליו הראיה" ורק אחד מהם הוא הבעלים. במקרה זה, של שינוי בדין, לא מועילה תפיסה אחרי שנולד הספק, גם אם עסקינן בטענת ברי.

שיטת תוספות בעניין זה קוטבית לשיטת הרמב"ן בתכלית. נקודת המבט של הרמב"ן היא, כי נקל יותר לתפוס ולגרום לכך שישתנה הדין מ"יחלוקו" ל"המוציא מחברו", מאשר לתפוס ממוחזק ולהפוך את המוחזק למוציא ואת המוציא למחזיק. הרמב"ן סבור כי במקרה שהדין המקורי היה יחלוקו לא היה בפנינו מוחזק. לכן, במקרה של כותל שנפל, כיוון שמלכתחילה לא היה מוחזק שזכה בממון, מועילה תפיסה אף לאחר הספק (ושמא אף בלא טענת ברי). לעומת זאת, לפי נקודת המבט של תוספות יש לבחון האם בעקבות התפיסה הדין משתנה שזה אין בכוח התופס

428. תוספות מסכת כתובות דף כ' עמ' א' ד"ה "דאוקי": "שאני גבי בכור שכהן תופס מספק דאין יודע אם בכור הוא אבל הכא שטוען ברי מהניא תפיסה".

לעשות, או שהדין נשאר ורק המציאות משתנה. אם המציאות משתנה והדין הכולל נשאר כהווייתו מועילה תפיסה בטענת ברי. אולם, במקרה שהדין המקורי היה יחלוקו הרי שרחוק יותר שתועיל תפיסה שכן התפיסה, משנה את הדין אחרי שנולד הספק וחל הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה".

ב. כל דאלים גבר

בפתח הדברים

הדין האמור, כי תפיסה שבוצעה לאחר שנולד הספק אינה מועילה, לשיטת רוב הראשונים, נעוץ בכך שהתפיסה באה להוציא מידי מוחזק. התפיסה מהווה "מחטף" שבו מנסה התובע לגבור בכוח הזרוע, עת שהדין קובע כי התובע צריך להביא "ראיה". עם זאת מצינו מקרים שבהם הדין עצמו מורה להכריע ספק ממון בכוח התפיסה וזהו הדין של "כל דאלים גבר".

כבר בתחילת דברינו נקדים כי לא מדובר בפסק דין הבא לאפשר אלימות בין שני צדדים. פסק דין זה אינו מאפשר לגזול או לחטוף חפץ המוחזק ביד אדם אחר, כפי שהובהר לעיל, כאשר אדם חוטף חפץ מיד חברו, גם אם הוא טוען 'שלי חטפתי' הוא נחשב לגזלן ומוציאים את ה'גזילה' מידו. הדין של 'כל דאלים גבר' נפסק רק כשאין איש מן הצדדים מחזיק בחפץ שבמחלוקת. מטרתו של דין זה היא כמו שביאר הרא"ש (בבבא בתרא פרק ג' סימן כ"ב) כי מי שהוא הבעלים האמיתי ימסור את נפשו להשיג את החפץ בראיות או בכוח. גם במקרה זה לא מפתיע למצוא את האחרונים מסייגים את האפשרות לפסוק כך כשיש חשש לאלימות פיזית בין הצדדים. כך כתב בשו"ת שבות יעקב חלק חושן משפט סימן קס"ז: "ומכל מקום לבי אומר לי דבזמנים הללו שקונסין מאוד על ההכאה ויש כמה חששות אם יפסוק כל דאלים גבר... וגם לפי הטעם דכל מי שהאמת איתו ימסור נפשו על דבר זה, גם כן לא שייך בדורות הללו שרבו המתפרצים והגזלנים והאלמים שמוסרין נפשם גם כן על ממון שאינם שלהם". על כן הוא מכריע כי אין לפסוק 'כל דאלים גבר', אלא או להכריע באמצעות גורל או לפסוק על פי דין כל דאלים גבר אך באופן שישגיחו שלא תהיה אלימות.

לאחר הקדמה זו נפנה להבין מהם התנאים הנדרשים להחלת דין זה של "כל דאלים גבר".

מקור הדין

הגמרא במסכת בבא בתרא (דף ל"ד עמ' ב') דנה במקרה ששני אנשים התדיינו מי מהם הבעלים של ספינה שבנהר, שאיש מהם אינו מוחזק בה. זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי ואין עדות וחזקה לזה יותר מזה. "אמר רב נחמן: כל דאלים גבר".

ביאר הרשב"ם (ד"ה "וכל דאלים גבר") - "בין בראיות בין בכוח".

גדרי הדין

האם כל דאלים גבר משמעו פסק הלכה שמכוחו התופס בחפץ מקבל דין של "מוחזק", והעומד כנגדו ייחשב כ"מוציא" וממילא בהעדר ראיות החפץ נשאר בידי התופס? או שמא "כל דאלים גבר" אינו פסק דין, אלא תוצאה הנובעת מכך שבית הדין מסתלקים מקביעה בעניין זה, בהעדר יכולת להכריע בו?

הרב איסר זלמן מלצר בספרו "אבן האזל" (על הרמב"ם בהלכות טוען ונטען פרק ט' הלכה ז') מגדיר את השאלה כך: "יש לחקור בדין כל דאלים גבר, אם הוא פסק וסֵדֶר שבית דין מסדרים בדבר שאי אפשר לבררו, שיהא כל דאלים גבר והאחד יישאר מוחזק מתוך כך ויהיה לשני דין המוציא מחברו עליו הראיה, או שדין כל דאלים גבר (ודין יהא 'מונח עד שיבא אליהו') אינו פסק בית דין אלא להפך - בית הדין מסלקים את עצמם מדין זה לגמרי ואמרינן כל דאלים גבר ופירושו שבית הדין מסתלקים מדין זה שאי אפשר לבררו, ומכיוון דאין הדבר נמצא בשום רשות ממילא התוקף נשאר מוחזק, והשני הוא מוציא ועליו הראיה".

שיטת הרשב"ם

מהרשב"ם במסכת בבא בתרא בסוגיה האמורה, עולה כי בית הדין מסתלקים מלהכריע בנושא והדבר מהווה מעין הפקרה של הממון[429], בהתאם לכך יש לדון האם הראשון שתפס ייחשב כתופס מן ההפקר ויהיה מוחזק גמור, או שמא מכיוון שאין בתפיסתו בירור הספק הרי שגם אחר שתפס תתאפשר תפיסה של הצד

---

429. רשב"ם על בבא בתרא דף ל"ד עמ' ב' ד"ה "לא מפקינן": "דמאחר שבא ממון ישראל ביד בית דין **אינן רשאין להפקירו** אלא מעכבין אותו ממון עד שידעו למי ישיבו". משמע כי דין כל דאלים גבר הוא מעין הפקר של הנכס.

שכנגדו ממנו. בדרך זו נמצא כי תפיסה של הצדדים בחפץ תועיל בזה אחר זה לעולם, שהרי התפיסה של אחד מהם אינה מקנה לו בעלות.

שיטת הרא"ש שם (פרק ג' סימן כ"ב), כי דין כל דאלים גבר דינא הוא "שכל מי שגברה ידו בפעם הראשונה הוא שלו עד שיביא חברו ראיה וכל זמן שלא יביא ראיה אף אם תגבר ידו (של השני) לא מניחים לו להוציא (מידי הראשון) שכן לא מסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה ומחלוקת, היום יגבר זה ומחר חברו, אלא חכמים פסקו כל דאלים בפעם הזאת גבר". מלשונו עולה כי לא עסקינן בהחלטת בית דין שלא להכריע בעניין ולהשאירו לצדדים, אלא בפנינו פסק דין של בית הדין, מכוח התפיסה של מי מהצדדים. בהתאם לכך כתב הרא"ש כי אם חברו ישוב ויתפוס את החפץ אין בידו לזכות בו, שכן התופס הראשון זכה בחפץ מכוח פסק הדין שקבע כי החפץ שייך למי שיתפוס ראשון.

בדומה לכך ביאר רבי יהונתן אייבשיץ ב"תומים" (סימן קל"ט ס"ק א') שכתב:

בדין כל דאלים גבר יש שתי שיטות הנובעות משני טעמים לדין 'כל דאלים גבר':

- טעם אחד - מכיוון שאין ידוע למי יינתן החפץ, נמצא כי אם תפס בו אחד "מי יוציאנו מידו בספק". לפי הסבר זה "פשיטא שאם גבר השני (והוציא מידיו של מי שתפס ראשון) אין מוציאים מידו גם כן, שהרי עכשיו הוא מוחזק". ה"תומים" מבאר כי "כל זמן שהראשון מוחזק זכה בו להיותו ספיקא דדינא, אבל אם תפסו השני בטלה חזקתו וחזר הדין לקדמותו".
- טעם שני כתב הרא"ש כי חכמים קבעו דין שכל דאלים גבר. אם כן ברור שאם תפס הראשון לא תועיל לאחר מכן תפיסת השני "כיון דסמכו חז"ל על כך ותקנו דכל אלים גבר, אין טעם שיהיו כל ימיהם במריבה, ועיין ברא"ש, והדבר מבואר ממש כן להדיא".

שיטת הרא"ש

הרא"ש מבאר את ההיגיון בפסיקת הדין שהבעלות תוכרע מכוח הדין של כל דאלים גבר, בהתאם לשלושה טעמים, שמחמתם גם נקבע כי התפיסה הראשונה היא הקובעת:

א. חכמים סמכו על זה שכל מי שהדין עימו קרוב להביא ראיות;

ב. מי שהחפץ אינו שלו יאמר מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראיה ויוציאנה מידי;

ג. מי שהדין עימו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו יותר ממה שימסור האחר נפשו כדי לגזול.

הקושי המתעורר

ברם, לכאורה סברה זו קשה היא, שהרי דין כל דאלים גבר חל לא רק כשאדם גובר מכוח ראיות טובות יותר, אלא גם כאשר הוא זכה בחפץ בכוח הזרוע[430]. דין זה חל גם אם יבואו לפנינו גיבור וחלש, שאז אין לומר כי מי שהחפץ שלו מסר נפשו יותר על החפץ, שהרי הגיבור אינו צריך למסור נפשו על מנת לגבור על החלש ולהחזיק בחפץ. מהי אפוא הראיה במקרה כזה, המצדיקה פסיקת הלכה כמו המחזיק שגבר באלימותו?

סתירה בדברי הרא"ש

בשו"ת הרא"ש (כלל ע"ז סימן א') מצינו שהאומדנא האמורה כי מי שהחפץ שלו יתאמץ יותר לזכות בו, אינה מועילה כדי לתת לדין כל דאלים גבר תוקף של פסק הלכה, אלא זו הסתלקות של בית הדין מן הפסק בהעדר דרך הכרעה ברורה על פי דין. משום כך, יכול הצד שהפסיד בהתנצחות לדרוש כי התופס יישבע שהחפץ שלו. כך כתב הרא"ש: "הדין שנפסק כל דאלים גבר וגברה יד האחד ותפס שכנגדו יכול להשביעו שבדין תפס. והא דפסקינן כל דאלים גבר לאו דינא הוא דמצי למימר בית דין פסקו לי כל דאלים גבר וגברה ידי וזכיתי מכוח בית דין ואין לי לישבע. אלא מחמת שאין בית דין יכולים לברר של מי הוא ואין שום אחד מהם מוחזק, אמרו חז"ל כל דאלים גבר. וסמכו חכמים על זה כי אותו שהממון שלו ישים נפשו בכפו להילחם שלא יגזול אחר ממונו. והמשקר לא טרח כולי האי וגם ירא שמא ימצא הלה עדים לאחר זמן שהוא שלו ויצטרך להחזירו. וכיון דלאו דינא הוא מצי אידך למימר אישתבע לי דבדין תפסת".

בפנינו אם כן סתירה גלויה לכאורה בדברי הרא"ש, כאשר מצד אחד אומר הרא"ש כי עסקינן בפסיקה שאחריה לא מועילה תפיסה של השני מידי הראשון שתפס,

430. ר' רשב"ם בבא בתרא דף ל"ד עמ' ב': "כל דאלים גבר - בין בראיות בין בכוח".

ומצד שני אומר הרא"ש כי אין המדובר בפסק מכריע ולכן יכול צד אחד לחייב את התופס להישבע כי החפץ שלו.

הסברו של הרב יגאל רוזן

הרב יגאל רוזן בשיעוריו (בבא מציעא סימן א') כתב לבאר את שיטת הרא"ש כי אמנם הספק עצמו לא הוכרע, אולם בית הדין קובעים בצורה ודאית את הנהגת הממון כלומר בחזקת מי יהיה החפץ. נמצא כי דין כל דאלים גבר אינו הכרעה בדין ודברים ובמחלוקת שבין בעלי הדין, ופסיקת בית הדין אינה מי מהם צודק בטענתו והחפץ שלו. מאידך גיסא דין כל דאלים גבר מהווה פסק בית דין כיצד יש לנהוג בממון בפועל, כשהדין לגופו לא מוכרע.

"בזה דינא הוא" שהחפץ יהיה ביד פלוני. מעתה מובן כי השני לא יכול להוציא מידו של הראשון, שכן הדין עם מי שתפס את החפץ. בפנינו הנהגה מחייבת וסופית בדבר הדרך שבה יש לנהוג במקרי ספק.

מחלוקת ר"ת וריב"א

מחלוקת הראשונים האמורה, האם כל דאלים גבר הינה הסתלקות של בית דין מהדיון, והוראה כי הצדדים יתעמתו בעצמם, או שזהו "דין" שפוסק בית הדין, ניצבת לכאורה בבסיס המחלוקת בין ר"ת לריב"א בשאלה מתי פוסקים "יחלוקו" ומתי "כל דאלים גבר". נפרט:

בסוגיה האמורה של "ההוא ארבא" (במסכת בבא בתרא דף ל"ד עמוד ב') ביחס לשני אנשים שהתדיינו מי מהם הבעלים של ספינה שבנהר, שאיש מהם אינו מוחזק בה, נפסק הדין של "כל דאלים גבר". שואל תוספות (ד"ה "ההוא ארבא") במה שונה הדבר מהדין של שניים אוחזין בטלית שהכלל הוא (בבא מציעא דף ב' עמ' א') שיחלוקו[431]?

ר"ת מבאר כי במקרה של הספינה שבנהר אין מניעה לומר "כל דאלים גבר" מאחר שאיש אינו אוחז בחפץ. לעומת זאת במקרה ששניים אוחזים בחפץ הדין הוא "יחלוקו", שכן "אין לנו להניח שיגזול האחד לחברו". כלומר, בית הדין אינו יכול "להפקיר" את החפץ ולאפשר לאחד לגזול את חברו ולהוציא את החפץ באלימות

431. וראה בבא מציעא דף ב' עמ' א' בתוספות ד"ה "ויחלוקו".

מידי חברו המוחזק. לשון ר"ת: "דחשיב כאילו אנו יודעים שיש לשניהם חלק בה שכל דבר יש להעמיד בחזקת מי שהוא בידו". הווי אומר כי כשמישהו מוחזק בחפץ ההנחה היא שהוא בבעלותו, ולכן כששניהם מוחזקים ההנחה היא שהוא בבעלות שניהם. על כן חל דין יחלוקו ואין לאפשר לאלים שביניהם להוציא את מלוא החפץ מידי המוחזק השני. מן הלשון "אין לנו להניח" משמע כי "כל דאלים גבר" כשהחפץ מוחזק בידיהם הוא בגדר של הנחת החפץ בידי הצדדים **בלא הכרעה** כשבית הדין מרשה כביכול "לאחד לגזול את חברו".

שיטת ר"ת

ר"ת שואל כיצד משווה הגמרא במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' א') את הדין של שניים אוחזים בטלית עם המקרה של שניים שהפקידו כסף אצל נאמן, כשהאחד הפקיד מנה והשני הפקיד שני מנים, והנפקד אינו זוכר מיהו בעל שני המנים. כל אחד מהמפקידים טוען כי הוא זה שהפקיד את שני המנים. ההלכה במקרה זה לדעת חכמים היא כי יש להחזיר לכל אחד מהם מנה, ואילו המנה השלישי יהיה מונח עד שיבוא אליהו. הגמרא מבארת כי ככלל היה הדין במקרה זה אמור להיות "יחלוקו" כמו במקרה של שניים אוחזים בטלית, אולם יש מניעה לפסוק יחלוקו כי "מה הפסיד הרמאי" מניסיונו לקחת את החפץ. לכן הדין הוא כי החפץ "יהא מונח עד שיבא אליהו". ההבדל בין מקרה זה לבין "שניים אוחזין בטלית" הוא שהחלוקה של המנה השלישי אינה יכולה להיות אמת, בעוד שבטלית בהחלט ייתכן כי היא אכן שייכת לשני המוצאים כאחד, שכן הם תפסו במציאה כאחד, ולכן יחלוקו. ודוק, לכאורה מדוע הדין העקרוני היה אמור להיות יחלוקו ולא כל דאלים גבר? הן במקרה של שלושה מנים המוחזקים בידי הנאמן, אין אף אחד מהטוענים לבעלות נחשב למוחזק, שהרי החפץ לא נמצא בידי מי מהצדדים. אם כן מדוע סברה הגמרא כי הדין הראוי הוא יחלוקו ולא אומרים כל דאלים גבר?

ב"שיטה מקובצת" מובא תירוץ בשם בעלי תוספות, כי כל דאלים ניתן לומר רק כשהחפץ לא מוחזק בידי איש (כגון ספינה הנמצאת בנהר). אבל לא ניתן לומר כל דאלים גבר כשהחפץ נמצא ביד הנפקד, שהרי אי אפשר להורות לנפקד להוציא את החפץ מידו ולהפקירו. זו אחריות של הנפקד להחזיר את החפץ רק למי שידוע לו שהוא בעליו. ממילא "אין לבית דין להוציא את המנה השלישי ממנו ולומר כל דאלים, כי אולי יבא המנה הזה ליד מי שאינו שלו ו'אולי תבוא לנפקד תקלה מזה'".

רבינו תם עצמו אינו מסתפק בתירוץ האמור, וקובע כי הגמרא ביקשה לפסוק במנה שלישי יחלוקו מפני שהמקרה של מנה שלישי זהה לחלוטין למקרה של טלית ששניים אוחזין בה שכן "חשיב ההוא שהנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים בו".

מדוע אילץ את עצמו ר"ת לקבוע שהנפקד תופס בחזקת שניהם[432] ולא די לו בתירוץ המובא ב"שיטה מקובצת" כי אף אם הנפקד יתפוס עבור אחד מהם, אין להורות לו להוציא מידו ולהניח לעשות כל דאלים גבר כל עוד שאינו יודע של מי החפץ? אין זאת אלא כי הסברו של ה"שיטה מקובצת" מנמק היטב מדוע אין לעשות כל דאלים גבר, אבל ר"ת עדיין מתקשה כיצד ביקשה הגמרא לפסוק יחלוקו, שעה שבית דין לא פוסקים באופן חיובי בהעדר כלי הכרעה? על כן מבאר רבינו תם כי היה ניתן לפסוק יחלוקו מאחר ששני בעלי הדין נחשבים למוחזקים שכן המנה השלישי מוחזק בידי הנפקד עבור שניהם, ודומה הדבר לטלית שאנו רואים אותה בפועל בידי שניהם.

נמצא אפוא לפי ר"ת כי הדין הוא כך:

- **אם רק צד אחד מוחזק בחפץ - הרי שחל הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה"**
- **אם אין מי מהצדדים מוחזק בחפץ - בית הדין יכול להרשות לעצמו להניח את החפץ ביניהם בלא פסק ויחול הכלל של "כל דאלים גבר";**

---

432. לכאורה המנה השלישי אינו בחזקת שניהם, שהרי רק אחד מהם הפקיד בידו מנה זה וממילא נמצא כי הוא שומר על המנה השלישי רק בשביל אחד מהם ורק הוא לבדו נחשב מוחזק? נראה כי כוונתם היא, שהמנה השלישי נחשב בחזקת שניהם, מכיוון שהם הפקידו אותו בידי הנפקד בכרך אחד ונמצא כי שניהם ביחד הביאו לו ג' מנים, והם עצמם לא חששו ולא חשדו זה בזה. ממילא טוען הנפקד "אני שומר על כל ג' מאות המטבעות בהסכמת שניכם".
בר"ן שם מבואר כי מכיוון שהנפקד אינו יכול להשיב לראובן בלא הסכמת שמעון, וכן איפכא, הרי שהוא מחזיק במנה השלישי בשביל שני הצדדים עד שיסכימו שיוציא מידו. במקרה זה נחשב הדבר ששניהם מוחזקים לעניין שאי אפשר להוציא מאחד ללא חברו וחל הדין של המוציא מחברו עליו הראיה. נמצא כי כל אחד אינו יכול להוציא מהשני. אין זאת אלא כי הם הפקידו בידו בבת אחת ובכרך אחד את שלושת המנים כאחד ולכן הוא נחשב כמחזיק עבור שניהם ותפיסתו היא לשניהם יחד.

- אם שני הצדדים מוחזקים בחפץ באופן שייתכן כי אכן שניהם זכו בחפץ בו זמנית - יחול דין יחלוקו;
- אם שני הצדדים מוחזקים בחפץ אך לא ייתכן שהדין עם שניהם, הרי שהחפץ יהיה "מונח" עד שיבא אליהו. כלומר, גם במקרה זה אין הכרעה של בית הדין במצב הספק שנוצר, אבל גם לא יניחו למי שהוא האָלים מבין הצדדים להשתלט עליו ולגזול אותו מידי המוחזק השני.
- כאשר עסקינן במצב שהספק חל גם בלי טענות הצדדים (דררא דממונא) לא יחול הדין של כל דאלים גבר, שהרי מהותו של דין זה הוא שבית הדין מתעלם מטענות הצדדים ונותן לצדדים להכריע ביניהם. לא ניתן לפסוק כך כשהספק קיים בפני בית הדין מעצמו גם בלי טענות הצדדים[433].

ר"ת סובר כי במקרה שאין בידי בית הדין סברא או ראיה לטובת מי מהצדדים, נכון היה שלא לפסוק כלל, ופסק הדין הנכון בספק כזה הוא "כל דאלים גבר", ורק כאשר יש מניעה לפסק כזה או שיש סיבה להכרעה בספק, פוסקים אנו יחלוקו. לפיכך כל עוד שהחפץ אינו מצוי בידי מי מהצדדים הדין הוא "כל דאלים גבר". לעומת זאת, ריב"א המובא גם הוא בתוספות שם, סבור להפך, כי פסק הדין הבסיסי הוא "יחלוקו" גם כשאין החפץ אחוז ביד שניהם, ורק כאשר יש מניעה לפסוק כך, אנו פוסקים "כל דאלים גבר".

שאלת ריב"א

לדברי ריב"א כל עוד שאין "ודאי רמאי", הדין הוא יחלוקו. לפיכך גם במקרה שאין שני הצדדים מוחזקים, אם טענותיהם אינן משקפות מצב שאחד מהם רמאי, נפסוק יחלוקו. כך למשל במקרה של "שניים אוחזין" חל דין יחלוקו כי ייתכן שאיש מהם אינו רמאי, שכן שניהם נפלו על המציאה באותה עת. לעומת זאת במקרה של

---

433. מדברי רבינו תם עולה אפוא כי דין יחלוקו נאמר באחד משני מקרים: או כשיש "דררא דממונא" כלומר כשהספק עולה מהנסיבות עצמן אף בלא טענה של מי מהצדדים, ובכזה מקרה חולקים אף בלא שבועה; או כש"אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא". כלומר כשניתן להחשיב את שני הצדדים כמוחזקים ובית הדין אינו מעניק לאדם נכס שאין בידו אלא משאיר בידי הצדדים נכס שנראה לעיניים כעומד ברשות שניהם.

"ההוא ארבא" מדובר כשברור שאחד מהם רמאי, כגון שזה טוען שירשה מאבותיו וכך טוען גם השני, אך אם לא היה רמאי היו חולקים גם בההוא ארבא.

ודוק הקריטריון של "ודאי רמאי" אינו זהה לקריטריון הנזכר לעיל "שהחלוקה יכולה להיות אמת". החלוקה יכולה להיות אמת פירושה שייתכן בהחלט שהחפץ שייך לשניהם גם יחד. כך למשל ספינה שבנהר ייתכן מאוד שבניגוד לטענותיהם שניהם שותפים בה. הבעיה במקרה זה היא שהטענות שלהם אינן תומכות באפשרות זו. לכן המקרה של ההוא ארבא מוגדר כוודאי רמאי, אף על פי שהחלוקה יכולה להיות אמת.

לדעת הריב"א שיטתו מפורשת בגמרא במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' א'), שכן כאשר הגמרא מעלה את השאלה הנזכרת לעיל מדוע בטלית הדין יחלוקו, ואילו במנה שלישי הדין הוא "יהא מונח", הגמרא מיישבת כי במנה שלישי יש ודאי רמאי. הריב"א מסיק אפוא כי הקריטריון המרכזי לשלול את פסק יחלוקו הוא היות אחד מהצדדים רמאי[434]. טעם הדבר הוא כי בית הדין לא נותנים לרמאי פרס לקבל מחצית החפץ, אלא חל הדין של "כל דאלים גבר".

עם זאת מודה הריב"א כי במקרה של "שניים שהפקידו" לא אומרים "כל דאלים גבר", משום שהכלל הוא שהנפקד המחזיק בחפץ המסופק אינו יכול להוציאו מידיו ולהניחו למצב של כל דאלים גבר. דין זה מצינו בגמרא גם ביחס למקרה של ספינה שבנהר, כאשר אחד מהצדדים טען כי יש לו ראיות שהספינה שלו ובית דין החזיקו את הספינה עבורו כדי לאפשר לו להביא את ראיותיו. לאחר מכן הוא לא הביא ראיות, אך מכיוון שהחפץ בא כבר לידי בית דין אין הם מוציאים את החפץ מידיהם כשלא ברור כי מי שיתפוס בחפץ הוא הבעלים. דין כל דאלים גבר חל אפוא רק לפני שהחפץ בא לבית הדין.

נמצא אפוא כי לפי ריב"א הדין הוא כך:

- אם רק צד אחד מוחזק בחפץ - הרי שחל הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה".

---

434. ר"ת סובר כי הגמרא שם הציבה את הקריטריון של ודאי רמאי רק מפני ששניים מוחזקים והיה ראוי לפסוק יחלוקו מצד מוחזקותם כמבואר בשיטתו לעיל.

-מוחזקות הצדדים אינה מחייבת חלוקה אלא אם יש אפשרות להניח שטענות שניהם אמת חל דין יחלוקו ולרבי יוסי אם אין ודאי רמאי חולקין, אך גם אם אין מוחזקים אם אין ודאי רמאי מעדיפים חלוקה.

-אם שניהם מוחזקים ויש לפי טענותיהם סתירה בין מוחזקות של אחד למוחזקות של השני, וברור שהאחד רמאי, אין דין יחלוקו אלא הדין הוא שהנכס יהא מונח עד שיבוא אליהו. מכיוון שיש מוחזק, אי אפשר לפסוק כל דאלים גבר שיאפשר להכריע מי מהם הבעלים.

- אם החפץ תפוס ביד בית הדין או ביד הנפקד גם "לא מפקינן" ואין אפשרות לפסוק "כל דאלים גבר". אם במקרה כזה יש ודאי רמאי ואי אפשר לפסוק יחלוקו, הדין הוא "יהא מונח".

הנה כי כן לפי ר"ת כשם שנגד מוחזק לא מועילה תפיסה, הוא הדין כשיש שניים מוחזקים לא נאמר הדין של "כל דאלים גבר". גם לפי ריב"א נמצא כי אכן כשצד אחד מוחזק לא תועיל תפיסה, אך כשיש ודאי רמאי הרי שגם כששניהם מוחזקים אין להכריע כי "יחלוקו" אלא יהא מונח.

דברי הריב"א תואמים לכאורה לשיטת הרא"ש כי דין כל דאלים גבר הוא דרך הכרעה של בית הדין, שכן אם "כל דאלים גבר" אינה דרך הכרעה ופסק, קשה להבין מדוע כשיש רמאי יש להעדיף פסק דין של כל דאלים גבר על פסק דין של חלוקה. אך אם דין "כל דאלים גבר" הוא דרך של הכרעה, מובנת העדיפות כי בחלוקה הרמאי מרוויח ובכל דאלים גבר מניחים שמי שהחפץ שלו יגבר על הרמאי. לדברי ר"ת במקרה ששניים אוחזים בחפץ לעולם לא יהיה דין "כל דאלים גבר" וכשאינם אוחזים ואינו ביד אחר מעדיפים כל דאלים גבר, שכן כשאין נתונים לבית הדין שלפיהם יוכל לפסוק עדיף להימנע מפסק דין. לשיטתו "כל דאלים" אינו פסק, וכפי שראינו שכתב "**אין לנו להניח שיגזול האחד לחברו**", ומלשון "אין לנו להניח" משמע כי "כל דאלים גבר" הוא בגדר של הנחת החפץ בידי הצדדים **בלא הכרעה** כשבית הדין מרשה כביכול "לאחד לגזול את חברו".

דררא דממונא

בתחילת מסכת בבא בתרא (דף ב' עמ' א') מצינו כי אם נופל כותל בין שני שותפים, חולקים את האבנים. אם יש חיוב על כל אחד מן השכנים לבנות כותל, כדי למנוע

היזק ראייה, ברור שהכותל שייך לשני השכנים שהרי מן הסתם שניהם בנו אותו. אולם, תוספות שם (ד"ה "לפיכך") שואל אם אין חיוב המוטל עליהם לבנות את הכותל, כגון לפי מי שסובר שהיזק ראייה אינו היזק, או במקום שאין בו היזק ראייה כגון שכנים בבקעה ולא בחצר, נשאלת השאלה מדוע חולקים את האבנים של הכותל ולא אומרים "כל דאלים גבר", כפי שראינו (שם בדף ל"ד עמ' ב') בסוגיה של "ההוא ארבא" שהבאנו לעיל, שכל אחד אומר כי הספינה היא של אבותיו, שהדין הוא "כל דאלים גבר"? תוספות משיב כי ביחס ל"ספינה" הדין הוא "כל דאלים גבר" מכיוון שהספק מתעורר רק מחמת טענות הצדדים, אולם בסוגיה של כותל בין שני שותפים יש "דררא דממונא", כלומר ספק המתעורר אף בלי טענת השותפים. מקום שבו יש ספק שבית הדין חייב להכריע בו, אין להפקיר את החפץ לאחד הצדדים החזק מחברו, ובית הדין מחויב לפסוק בדבר.

תמיהת "קצות החושן"

ברם, ש"קצות החושן" בסימן קנ"ז ס"ק ג' מקשה על דברי התוספות שתי קושיות חריפות:

א. במה נחשב המקרה של כותל בין שותפים למעורר שאלה מאליו בלי טענות הצדדים ("דררא דממונא") יותר מן המקרה של "שניים אוחזין בטלית"? גם שם בפנינו טלית ושני מחזיקים, ועם זאת הגמרא בבבא מציעא (דף ב' עמ' ב') אומרת במפורש כי אין מקרה זה נחשב כ"דררא דממונא"?

ב. ונוסף לקושי על תירוצו של תוספות מקשה "קצות החושן" כי גם השאלה אינה קשה, שכן מקרה זה אינו שונה במאומה מהדין של "שניים אוחזין בטלית", שלגביו מובהר כי יחלוקו מכיוון ששניהם מוחזקים וזו הסיבה שלא אומרים כל דאלים גבר. כלומר, בעוד שלגבי ספינה אין שניהם מוחזקים, הרי שבכותל של שותפים יש לומר כי שני השותפים נחשבים למוחזקים מכיוון ששניהם עומדים בצד הכותל והדבר זהה לשניים האוחזים בטלית, שהרי כתב הרמב"ם בהלכות טוען ונטען (פרק ט' הלכה ז')[435] כי אם שניים יושבים בצד עירמה וכל אחד טוען כי היא שלו, הדבר זהה לדין של "שניים אוחזים" ויחלוקו.

---

435. כמו כן פסקו הטור חושן משפט סימן קל"ט סעיף ו' והשולחן ערוך (חושן משפט סימן קל"ח סעיף א').

הסברו של ה"קהילות יעקב"

הרב יעקב ישראל קניבסקי בספרו "קהילות יעקב" (על בבא בתרא סימן א') נקט כי תוספות לא קיבלו את הסברו של "קצות החושן" מן הטעם שכאשר שניים עומדים בצד הכותל הם לא מוחזקים בו, ואין לדמות זאת לשניים אוחזים בטלית, שבה שניהם מוחזקים. אכן, בדברי הרמב"ם בהלכות טוען ונטען (פרק ט' הלכה ז') מובהר כי שניים היושבים בצד ערימה של חיטים המונחות בסמטא או בחצר של שניהם, נחשבים למוחזקים ויחלוקו. הווי אומר כי הם מוחזקים מכוח הישיבה בצידי הערימה. אך לעומת זאת, בדעת תוספות יש לומר כי כדי שהם יהיו מוחזקים עליהם לתפוס בחפץ ולא די לעמוד לצד החפץ. זאת ועוד, הטור (חושן משפט סימן קל"ט) ביאר בדעת הרמב"ם "כיון שמונחת בסמטא **שהוא מקום הראוי לקנות** ושניהם יושבים בצידה חשוב כאילו שניהם מוחזקים בו". כלומר, עמידה לצד חפץ בסמטא היא פעולה שיש בה כדי לזכות בחפץ וממילא מהווה עמידה זו סיבה לרכישה, ולכן גם הישיבה של שניהם בצד הערימה בסמטא נחשבת כתפיסה של שניהם בגוף החפץ, שכן ישיבה כמו עמידה יכולה לחולל זכייה בחפץ[436]. לעומת זאת, במקרה של כותל בין שני שותפים כל אחד מהם טוען כי הוא לבדו בנה את הכותל ומשום כך הכותל עומד רק בחלקו, נמצא כי לטענת כל אחד - חברו לא תופס בכותל. אדרבה, אנו מסתפקים גם ביחס לקרקע של מי היא וכל אחד מהצדדים טוען שהוא הבעלים בקרקע ובכותל. נמצא כי אין שניהם מוחזקים בוודאי בכותל ואין לשניהם דין מוחזק כלל. לעומת זאת, "קצות החושן" סבור כי די בכך שהם עומדים בצד האבנים וכבר נחשב הדבר כ"כשניים אוחזין" גם בלא שעמידתם מהווה סיבה לקניין.

הסבר מדוע כותל בין שותפים יוצר דררא דממונא

באשר לשאלת קצות החושן מדוע נחשב המקרה של כותל בין שותפים לדררא דממונא יותר מן המקרה של "שניים אוחזין בטלית", נראה כי בטלית או שאר חפץ המיטלטל ועובר מיד ליד, אין בעצם החזקתו ראיה שהחפץ שייך למחזיק או שיש בידו חפץ של אדם אחר שקיבלו ברשות, לכן גם בשניים אוחזין אין כל ספק

---

436. אדם העומד בסמטה בתוך ארבע אמות לחפץ של הפקר זוכה בו ב"קניין ארבע אמות". ר' בבא מציעא דף י' עמ' א'.

מתעורר מעצמו שכן מצב החפץ כשלעצמו לא עורר ספק אם הוא שייך למחזיקים או שהם מחזיקים עבור מישהו אחר. לעומת זאת כותל המפריד בין שתי חצרות אינו חפץ "ניטרלי", והוא מלכתחילה נבנה כדי להפריד בין שני שכנים. מכיוון שזו תכליתו ומהותו, ברור שהוא נבנה או על ידי אחד מהם או על ידי שניהם. אין זה כלי שעומד בפני עצמו וכעת יש ספק מי בעליו, אלא זה כלי שמראה בעצם קיומו שיש לו שייכות לשכנים וכי לשני השכנים צד להיות בעלים בו, שהרי שניהם זקוקים לו כדי להפריד את חצרותיהם. ממילא זו מציאות שכמוה כדררא דממונא, וממילא דברי תוספות לא נסתרים מן הסוגיה של "שניים אוחזים בטלית".

ג. תפיסה בספיקא דדינא

עד כאן עסקנו במקרה של חפץ שיש לגביו ספק עובדתי, והתובע שחל עליו דין המוציא מחברו עליו הראיה, תפס את החפץ. ראינו כי תפיסה זו אינה תקפה לפי רוב הראשונים מחמת היותה "תפיסה לאחר שנולד הספק", והחפץ חוזר לידי המוחזק המקורי.

להלן נדון במקרה שבו הספק הוא דִּינִי (ספיקא דדינא), כגון ספק הלכתי אם חל חיוב תשלום על פי דיני הנזיקין.

ניתן לצדד במקרה זה בשלושה דרכים:

א. ייתכן כי במקרה זה אין עדיפות למוחזק בחפץ ולא חל כלל דין "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא גם אם אחד מוחזק החפץ יחול דין "יחלוקו" או "כל דאלים גבר". הנימוק לכך הוא, כי כשיש ספק הלכתי ואין אפשרות להביא ראיה, אין להכריע בו מכוח העובדה כי יש בפנינו אדם המוחזק בחפץ, לא רק בגלל שאין כאן 'חזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו', אלא שאפילו אם המוחזקות שלו הייתה ודאית לא היה בה להכריע את הספק הדיני שכן היא נתון נקודתי רק במקרה המסוים הזה, ואילו הספק הדיני הוא ספק כללי הנכון ביחס לכל המצבים.

לא ניתן להכריע את הדין הכללי בהתאם למה שאירע במקרה פרטי מסוים. ממילא לא ניתן לראות את המחזיק בחפץ כ"מוחזק", ואת בעל דינו כ"מוציא". כך למשל, במקרה שאדם עשה מעשה קניין שיש ספק הלכתי האם הינו בתוקף. האם ייתכן שאם החפץ נמצא אצל המוכר נפסוק שמעשה הקניין אינו בר תוקף,

אך אם החפץ נמצא אצל הקונה נפסוק שאותו מעשה קניין עצמו בר תוקף? הן לא ייתכן כי התשובה לשאלה עקרונית בדבר תוקף של מעשה מסוים כמעשה קניין, תשתנה בהתאם לשאלה מי מחזיק בחפץ במקרה המסוים שבפנינו.

ב. ייתכן כי מחמת הספק נקבע שלא מוציאים מהמוחזק בהעדר טעם נכון לשנות את המצב, אך מאידך תועיל תפיסת התובע ממנו גם לשיטת הראשונים החולקים על הרמב"ם בסוגיית "תקפו כהן". ההיגיון לנקוט כך הוא כי מכיוון שלא ניתן להכריע את הדין הכללי לפי מה שאירע במקרה פרטי מסוים, הרי שלא ניתן להכריע במקרה זה שיזכה המוחזק בחפץ באופן מוחלט עד כי לא תועיל תפיסה לבעל דינו. אמנם מחמת הספק ייוותר החפץ בידי המחזיק בו, אך בה במידה תועיל תפיסת התובע להוציא מיד המחזיק.

ג. ייתכן כי דין מוחזק אינו מתיימר להיות הכרעה דינית (או עובדתית), אלא הוא הוראה התנהגותית, הקובעת כיצד יש לנהוג בכל מצב של ספק[437]. הנהגה זו אינה מכריעה את הדין הכללי אלא מורה כיצד יש לנהוג במקרה שבפנינו - למרות הספק. ממילא אין מניעה להחיל הנהגה זו באופן מלא גם כשהספק הוא דיני ולא עובדתי. לפי דרך הילוך זו המחזיק בחפץ נחשב כמוחזק לכל דבר, התופס מידו לא הועיל מאומה והחפץ יחזור לידי המחזיק המקורי.

---

437. ודוק, אין לומר כי בהנחה שהדין ייפסק בניגוד לטענת המוחזק יימצא כי החזקתו בנכס תיחשב לגזל, שכן אדרבה להפך, דיני האיסורים (והשאלה אם הוא נחשב לגזלן) נגזרים מן ההנהגה שנקבעה בהלכה ביחד לדיני הממונות, וכאשר נקבע כי הוא רשאי להחזיק בנכס בהיותו "מוחזק" נמצא כי אנו פוסקים עקב כך שאינו גזלן. בעניין זה ראינו את דברי הרב שמעון שקופ לעיל. בהתאם לעיקרון זה הבהיר הרב שמעון שקופ כי דיני הממונות שבתורה שונים במהותם מדיני איסור והיתר. בעוד שבדיני איסור והיתר יש ציווי ה' שצריך לקיימו, הרי שבדיני הממונות אנו באים לתת סעד לבעלים כפי שהוא מוגדר על פי הסכמת בני האדם. התורה קובעת שאסור לגנוב או להזיק "ממונו של אדם", אולם מהו "ממונו של אדם", זוהי הסכמת בני האדם שעליה ניתנו הוראות התורה. בדומה לכך, כאשר יש דין מוחזק וההנהגה היא להותיר את הממון בידו, הרי שגם אם ייפסק הדין לעתיד לבוא באופן שונה ביחס לבעלות בנכס, לא נאמר כי המוחזק היה גזלן מפאת החזקתו בנכס.

מחלוקת רב האי גאון ותוספות

לכאורה נראה כי בשאלה זו מצינו מחלוקת בדברי הראשונים.

במסכת גיטין (דף י"ד עמ' ב') דנה הגמרא האם "הולך כזכי". כלומר, האם מי שמוסר מעות לשליח ליתנם לפלוני, מתכוון להקנות את המעות באמצעות מסירתם לשליח - כך שבקבלתו זוכה השליח מיידית לאותו פלוני מדין 'זכין לאדם שלא בפניו'. הגמרא מביאה ברייתא, כי במקרה שאדם אמר לשלוחו: "הולך מנה לפלוני" והשליח הלך וחיפש את פלוני זה ולא מצאו - יחזיר את המעות לשולח (שכן המקבל עדיין לא זכה במעות, ומכאן שהולך לאו כזכי). מת השולח - נחלקו התנאים האם 'הולך כזכי' והכרעת חכמים היא כי המקבל ויורשי הנותן יחלוקו.

תוספות שם (ד"ה "וחכמים אומרים יחלוקו") מביא את דברי רבינו האי (בספר השערים) שביאר, כי החלוקה אינה נובעת מכך שהחפץ שייך לשניהם אלא מכיוון שחכמים סבורים כי מכיוון שיש ספק דיני, יש לנהוג כך בהעדר ידיעה עם מי הדין. רב האי גאון הוכיח מסוגיה זו כי ביחס לכל מקרה בש"ס שנשאר בספק (תיקו) תהיה ההכרעה לשיטת חכמים: "יחלוקו".

א. תוספות עצמו חולק על כך וכותב כי כשלא נפסקה ההלכה בפירוש שיחלוקו, הרי שאין לחלוק את החפץ מחמת הספק הדיני, אלא הממון נשאר בידי המוחזק, וחל הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה".

ב. על פניו נראה כי רב האי גאון והתוספות נחלקו בשאלה האמורה האם חל דין מוחזק כשיש ספק דיני, רב האי גאון סבר כצד הראשון שהעלינו לעיל לפיו בספק דיני נחשב הדבר שאין מוחזק כלל, והדין הוא שיחלוקו.

תוספות סוברים כי גם במקרה של ספק דיני יחול הכלל של המוציא מחברו עליו הראיה. אכן אין ראיה מדברי תוספות האם תועיל תפיסת התובע (כצד שני שהעלינו לעיל), או שמא תיחשב זו תפיסה לאחר שנולד הספק ולא יהא תוקף לתפיסת התובע (כצד שלישי שהעלינו לעיל).

סייג למחלוקת

ברם, נראה שיש לדחות את הראיה מדברי רב האי שבכל ספק בדין יהיה דין יחלוקו, אלא ייתכן לומר כי גם בספק דיני הנובע ממחלוקת הפוסקים או ממחלוקת תנאים

ואמוראים, מודה רב האי כי חל דין מוחזק ואין אומרים יחלוקו. דברי רב האי נסובים רק על מקרה שהגמרא עצמה הסיקה במפורש כי הדין נותר ב"ספק". בלשונו של רבי האי גאון: "כל תיקו שבש"ס חולקים". כלומר, כאשר הש"ס קבע שהדין נותר בתיקו כוונתו להפקיע את כוחו של המוחזק, וממילא הדין הוא שחולקים. אבל, אכן רב האי סובר כי מוחזקות היא הנהגה כיצד לפעול במצבי ספק וההליכה אחרי מוחזקות אינה מתיימרת להכריע בספק לגופו מכוח מה שהתחולל במקרה הפרטי, כך שאין מניעה לתת את החפץ למוחזק גם במקרה של ספק דיני. אבל, רב האי סובר שכאשר הגמרא אמרה שהדין נשאר ב"תיקו", הרי שבכך קבעה כי יש להשאיר את המצב בספק ולא להכריעו. על כן ההחזקה בחפץ אינה בתורת בעלים אלא כמוה כהחזקת נאמן בחפץ המצוי בקטגוריה של "ספק", שלגביה אומרים אנו כי החפץ מוחזק בנאמנות עבור בעלים שאיננו יודעים מיהו. נמצא כי המוחזקות במקרה זה אינה משנה דבר, והמחזיק דומה למי שבידו חפץ של חברו וכמוהו כשומר לבעלים האמיתי.

בהתאם לכך נמצא כי כאשר יש מחלוקת בגמרא שלא הושארה בתיקו, או כשיש מחלוקת בראשונים ובפוסקים ואין הכרעה, אין לנו קביעה המוציאה את המקרה מדין מוחזק, וייתכן שגם רב האי גאון יודה לדברי תוספות שיש דין מוחזק, שהרי מוחזקות היא הנהגה המורה כיצד לנהוג במצבים של ספק הלכתי שאין בידינו להכריע בו.

על פי האמור בשיטת רב האי ייתכן כי יש לסייג גם את שיטת תוספות כדלהלן:

תוספות כתבו כי כאשר הגמרא נותרה בתיקו, הרי שחל דין "המוציא מחברו עליו הראיה". צידדנו לעיל כי ייתכן שכוונתם היא שתפיסת התובע לא תועיל מאומה, שכן הדין הוא ש"עליו הראיה", ואין לייחס את החפץ לעצמו ללא ראיה. ברם, ייתכן לומר שתוספות אמרו את דבריהם רק במקרה של ספק דיני שנוצר בעקבות הותרת הדין ב"תיקו". במקרה זה אין לתופס דעה מסוימת להסתמך עליה בתפיסתו ולכן אין לתפיסתו תוקף. אבל במקרה של ספק דיני שנוצר בעקבות מחלוקת בין הפוסקים, אם תפס התובע ייתכן שיוכל לומר "קים לי" (אוחז אני) כשיטת הפוסק המצדד שהחפץ שייך לי.

ספק דיני מול חזקה דמעיקרא - מהלכו של רבי עקיבא איגר

מה יהא הדין כאשר לא עסקינן במוחזקות אלא ב'חזקה'? כלומר, יש ספק דיני שכנגדו ניצבת 'חזקה דמעיקרא'? האם ניתן להכריע על פי חזקה? שאלה זו

מתעוררת גם אם 'מוחזקות' היא הנהגה במקרי ספק בממון, שהרי ייתכן כי 'חזקה' היא כלל הכרעה דיני.

נושא זה נדון בהרחבה בשו"ת רבי עקיבא איגר (מהדורא קמא סימן ל"ז) ודרך הילוכו היא זו:

במשנה במסכת נדה (דף נ"ב עמ' ב') מצינו דיון מה האורך הנדרש של שתי שערות שחורות לעניין פסלות פרה אדומה, ומה אורכן של שתי שערות לבנות לצורך קביעה שנגע טמא הוא.

רבי ישמעאל סבר כי נדרש אורך שבו ניתן לכפוף את ראשן של השערות לעיקרן;

רבי עקיבא החמיר וסבר כי די שהשערות יהיו באורך שבו ניתן לגזור אותן ע"י מספריים.

על כך אומרת הגמרא שם: "אמר רב חסדא אמר מר עוקבא: הלכה כדברי כולן להחמיר". אכן, ברמב"ם הלכות טומאת צרעת (פרק ב' הלכה א') נפסק כדברי רבי עקיבא ביחס לשיער לבן: "וכמה יהיה אורכן? כדי שיהיו ניטלות בזוג" (מספריים).

שיטת ה"משנה למלך"

ה"משנה למלך" שם מקשה על דברי רב חסדא, הן משנה מבוארת היא במסכת נגעים (פרק ה' משנה א') כי "כל ספק נגעים טהור?"

שמא תאמר כי הכלל של "ספק נגעים להחמיר" הוא דין שנעוץ בגזירת הכתוב, ולא גזר הכתוב אלא ביחס לספק שבמציאות, אבל בספק דיני לא גזר הכתוב?

תחילה דחה ה"משנה למלך" סברה זו שהרי תוספות במסכת נזיר (דף ס"ה עמ' ב' ד"ה "כל ספק נגעים") מבאר, שספק בנגעים טהור מכיוון שמעמידים את האדם שהתעורר לגביו הספק, על חזקתו. נמצא כי חזקת טהרה אמורה להכריע את דינו של האדם כטהור גם בספק דיני. כלומר, אם חזקה היא רק דרך הנהגה במצב של ספק בלתי מוכרע, הרי שגם בספק דיני יחול כלל הנהגה זה, שהרי אין נפקות אם הספק דיני או מציאותי.

אם כן מדוע קבע רב חסדא כי הלכה כדברי המחמיר בספק הדיני של אורך שתי השערות?

לבסוף הסיק ה"משנה למלך" כי אכן ספק דיני אינו מוכרע ע"י דין חזקה, שהרי הדין לא יכול להשתנות על פי המציאות העובדתית הנוגעת לאדם מסוים[438]. ה"משנה למלך" נוקט כי חזקה היא כלל הכרעה הלכתי (אנו נוקטים כי האמת היא כפי החזקה) ואם כן לא ייתכן להחיל כלל זה במצב של ספק הלכתי, שהרי לא ייתכן שהכרעה עקרונית בדבר הלכה תשתנה בהתאם לשאלה מהי החזקה במקרה המסוים שבפנינו.

שיטת הר"ן

רבי עקיבא איגר מעיר כי מדברי הר"ן עולה לכאורה שלא כסברת ה"משנה למלך".

בגמרא במסכת קידושין (דף ה' עמ' ב') מצינו כי על פי שורת הדין כדי שיחולו קידושין צריך הבעל לתת לאישה כסף קידושין ולומר לה: "הרי את מקודשת לי". הגמרא דנה במקרה שבו הבעל נתן את כסף הקידושין אך האישה היא שאמרה את דברי הקידושין. מסקנת הגמרא היא כי "נתן הוא ואמרה היא ספק מקודשת וחיישינן לקידושין מדרבנן".

הר"ן (בדף דף א' עמ' ב' מדפי הרי"ף) מקשה, אם זה ספק הרי שבפנינו ספק איסור דאורייתא של אשת איש, וכיצד אומרים אנו כי 'חיישינן' רק מדרבנן? הר"ן מתרץ כי בכל ספק קידושין ייתכן כי מדאורייתא היא מותרת, שכן מעמידים את האישה על חזקתה דמעיקרא כפנויה. לכן, מדאורייתא היא מותרת ורק מדרבנן חיישינן. כלומר "כשיש ספק אין ספק" וכל ספק קידושין מדאורייתא האישה מותרת מחמת החזקה.

---

438. ובלשונו: "בודאי נעשה המעשה ומספקא לן מילתא היכי אגמריה רחמנא למשה לא שייך לומר אוקי גברא אחזקתיה והכי אגמריה, דאטו מפני חזקתו של זה משתנה מאי דאגמריה רחמנא למשה, וחילוק זה הוא נכון בעיני. וזה ימים שתמהתי על הרב בעל פני משה וחד דעמיה הלא הוא הרב מהר"א ששון ז"ל שלא עמדו בחילוק זה". יצוין, כי המשנה למלך דן שם כאשר יש מחלוקת בין חכמי הגמרא האם בפנינו ספק דיני או שמא זו מחלוקת של גדולים (פלוגתא דרבוותא) שלגביה ניתן לומר "קים לי" כדעת פלוני.

הר"ן מוכיח כי מעמידים את האישה בחזקת פנויה, מכך שבכל ספק בעניין ממוני שנותר ב"תיקו", אומרים אנו העמד ממון על חזקת מרא קמא והסכימו כל הפוסקים שאם תקפו התובע מפקיעים מידו[439].

רבי עקיבא איגר מעיר כי לכאורה הר"ן לא היה צריך להביא ראיה לדין של חזקת פנויה מדברי הפוסקים ביחס לספיקא דממונא, שהרי ההליכה אחר חזקה דמעיקרא באיסורים היא דין ברור כפי שמצינו במסכת חולין (דף י' עמ' ב').

רבי עקיבא איגר מבאר כי הר"ן נזקק לראיה זו כיוון שהר"ן עוסק במקרה שיש בו ספיקא דדינא שלגביו ניתן היה לטעון שלא ניתן להכריע מכוח חזקה דמעיקרא, וכפי שכתב ה"משנה למלך". לכן היה הר"ן צריך לשלול דעה זו וללמוד שגם בספיקא דדינא חלה חזקה דמעיקרא, כפי שראינו בדברי הפוסקים שגם בספיקא דדינא הולכים אחרי חזקת מרא קמא.

שיטת ה"שלטי גבורים"

בעוד שמדברי הר"ן עולה שלא כסברת ה"משנה למלך", הביא רבי עקיבא איגר ראיה לדברי ה"משנה למלך" מדברי ה"שלטי גבורים" במסכת חולין (דף י"ג עמ' א' מדפי הרי"ף), שכתב בשם ריא"ז: "ונראה בעיני שלא אמרו הרי הוא בחזקת היתר אלא במעשה מסופק, אבל אם המעשה ודאי וההוראה מסופקת ספקו להחמיר". ביחס לכך כתב רבי עקיבא איגר "נראה לי ברור דכוונתו לסברת המשנה למלך". כלומר, כאשר הספק אינו ביחס לשאלה של מציאות, איך נעשה המעשה, אלא שבפנינו ספק דיני האם מעשה זה אוסר, לא שייך להכריע על פי החזקה, שכן לא ייתכן כי מכוח חזקה ישתנה הדין.

שיטת רבי עקיבא איגר

רבי עקיבא איגר מבקש ללמוד מדברי ה"משנה למלך" שנאמרו לגבי דיני איסורים, גם לדיני ממונות, כאשר נבוא להעמיד ממון בחזקת מרא קמא במקום שבו יש ספק דיני. נפרט.

---

439. מדברי הר"ן הללו מוכח כי חזקת מרא קמא היא חזקה דמעיקרא ולא מוחזק, ראה דברינו בזה בפרק א' אודות חזקת מרא קמא.

במסכת בבא בתרא (דף ל"ב עמ' ב'), הובאה מחלוקת רבה ורב יוסף אודות מקרה שהנתבע אמר שעל אף שהשטר שבידי התובע מקוים כדין, מכל מקום מזויף הוא. התובע הודה ואמר אכן זייפתי את השטר אך היה לי שטר אחר מקורי שאבד לי. התובע מבקש שיאמינו לו שהיה בידו שטר כשר, וזאת מכוח מיגו שיכול היה לומר כי השטר שבידו אינו מזויף וכי זהו שטר מקורי, (הזיוף היה ברמה טובה כל כך שהוא הצליח להביא עדות קיום על השטר). רבה ורב יוסף נחלקו האם יש למחזיק השטר מיגו גם כשהוא מודה כי טענתו הראשונית הייתה שקרית. ממחלוקת זו נובע ספק דיני האם ניתן להאמין לתובע ע"י מיגו במקרה כזה. להלכה הגמרא שם מבחינה בין שני מקרים ומכריעה כך:

- אם עסקינן בתביעה של קרקע, שבה מי שמציג את השטר הוא הקונה, הרי שהקרקע נשארת אצל מי שמחזיק בה כעת.
- אם עסקינן בהלוואה הרי שהכסף נותר בידי הלווה שהוא המוחזק בממון.

שואל תוספות (בד"ה "הלכתא כוותיה") מדוע במקרה של תביעת קרקע משאירים אותה בידי הקונה ומחשיבים אותו כמחזיק בקרקע ואת בעל השטר כ"מוציא", הרי במקרה מקביל, שבו היו שתי כיתות עדים שסתרו זו את זו, כת עדים אחת אמרה כי המוכר היה שוטה בעת שמכר, וכת אחרת אמרה כי המוכר היה בריא בחושיו כשמכר, הגמרא במסכת כתובות (דף כ עמ' א') הכריעה שמוציאים את הקרקע מידי הקונה המחזיק בקרקע ומחזירים אותה לידי המרא קמא?

מתרץ רבינו שמואל (הרשב"ם) כי כשיש שני עדים מול שני עדים על שפיות המוכר, זהו ספק במציאות. (האם היה שוטה) ובמקרה זה הדין עם המרא קמא, אבל כשיש ספק הלכתי (האם יש מיגו) לא שייך לומר להעמיד את הממון בידי המרא קמא. ובלשונו: "הכא דמספקא לן דינא כמאן, התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרא קמא ונוציא מיד המוחזק".

תוספות מוסיף סברא אחרת בדברי רבינו שמואל כי עדויות סותרות "כמאן דליתנהו דמי". כלומר, העדים מבטלים זה את זה, והמקרה דומה לספק שאין לגביו שום אינדיקציה ויכולת הכרעה מהי המציאות לאמיתה. במקרה כזה מכריע הדין של מרא קמא, שהוא הכרעה מכוח חזקה במצב של ספק מציאותי. אבל, כשיש ספק הלכתי, עקב מחלוקת (רב יוסף ורבה האם נאמר דין מיגו להוציא מידי המרא קמא), הרי שחזקת מרא קמא לא יכולה להכריע במחלוקת זו.

תוספות עצמו דוחה סברה זו ואומר "ודוחק הוא" ועל כן תירץ באופן אחר (שהמיגו האמור טוב כדי להחזיק ולא כדי להוציא).

רבי עקיבא איגר (בגיליון על הרמב"ם בהלכות טומאת צרעת פרק ב' הלכה א') **נוקט כי מחלוקת זו בין רבינו שמואל לבין שיטתו של תוספות היא בשאלה האמורה, האם זוכה המרא קמא במקרה של ספק דיני**[440]. **רבינו שמואל נוקט כי במקרה של ספק דיני אין משמעות לחזקת מרא קמא, שכן ככלל חזקת מרא קמא הינה הכרעה, וממילא בספק דיני אי אפשר להכריע מכוח חזקה זו כאמור לעיל. לעומת זאת, התוספות סוברים כי גם בספק הלכתי הולכים אחר חזקת מרא קמא, שכן חזקה היא הנהגה, ואין מניעה לקבוע הנהגה מסוימת אף כאשר הגמרא נותרה בספק דיני. יתרה מכך מדברי התוספות משמע כי לשיטתם (בניגוד לאפשרות שהעלו בדעת הרשב"ם) ייתכן לומר כי שתי כיתות עדים הסותרות זו את זו "כמאן דאיתניהו דמי". כלומר, העדויות לא מבטלות זו את זו, אלא קיימות וניצבות זו כנגד זו שכן אי אפשר לבטל עדות שנאמרה בבית דין. עם זאת אין הרשב"ם רואה סתירה לכך שנכריע את הספק ע"י חזקת מרא קמא, ונראה כי הדבר נובע מכך שחזקת מרא קמא אינה תוספת בירור והכרעה כי היא לא יכולה להיות יותר מאשר עוד שני עדים, ואין בה כדי לברר את המציאות. בהכרח אפוא כי לשיטתם חזקת מרא קמא קובעת את הדין מכיוון שזו הוראה כיצד יש לנהוג במקרים שבהם אין דרך להכריע את הספק. ממילא, שווים הם הדברים למקום שבו יש מחלוקת אמוראים בגמרא, שאי אפשר לבטל ולאיין את אחת הדעות והיא בבירור קיימת, אלא שחזקת מרא קמא מורה כיצד יש לנהוג כשיש ספק בלתי מוכרע.**

פני יהושע לעומת רבי אלחנן וסרמן

הרב שמעון משה דיסקין בספרו "משאת המלך" סימן שנ"ו הביא שיטות אחרונים לכאן ולכאן כדלהלן:

---

440. רבי עקיבא איגר כתב על דברי התוספות: "והיינו ממש כסברת המשנה למלך דעל ספק בדין לא שייך חזקה דמעיקרא וממילא אין לעשות מעשה להוציאו מיד המוחזק מספיקא. אולם ממה דכתבו תוס' עלה 'ודוחק הוא' משמע דלא ניחא להו לחלק לעניין חזקה בין ספיקא דעלמא לספיקא דדינא. ולפי דרך זו בכוונת תוספות בבא בתרא הנ"ל ממילא אין חילוק בין ספיקא דפלוגתא ובין היכי שהדין בעצמו מסופק".

מצד אחד מצינו כי אם הולכים אחר חזקת מרא קמא לגבי בכור להניח כי הוא של הישראל, הרי שהבכור גם מותר בגיזה ועבודה. פני יהושע מבאר כי הטעם לכך הוא שחזקה מועילה הן בדיני ממונות והן בכל שאר הדינים. מכאן מסיק הרב דיסקין שחזקת מרא קמא מבררת את הספק מצד הממון, וממילא משביררנו ע"י חזקה שאינו בכור, הרי שבירור זה חל אף לעניין איסור גיזה ועבודה. לעומת זאת, אילו לא הייתה החזקה מבררת את הספק ורק קובעת כיצד יש לנהוג כשהספק נותר בעינו, הרי שאינו בדין שהנהגה שנקבעה לעניין הממון תנהג גם לעניין איסור.

מצד שני רבי אלחנן וסרמן (בקובץ הערות סימן ס"ז אות ד') כתב שדבר שנתברר ע"י חזקה אסור להישבע כי אכן כך הוא הדין, שכן הוא עצמו אינו יודע את הדבר לאשורו ורוצה להישבע רק מכוח חזקה (אין לו ידע מעבר לכך). חזקה אינה מבררת אלא רק קובעת הנהגה. ממילא, הנהגה זו חלה רק לעניין מה שלגביו נאמר דין חזקה ולא לעניין איסור אחר כמו שבועת שווא.

ודוק, מתוספות מוכח כי אף לשיטת הרשב"ם, שאין חזקת מרא קמא בספק דיני, הרי שמוחזק יש אף בספק זה, שהרי בהעדר דין מרא קמא נותרת הקרקע בידי המוחזק.

הגמרא אף מציינת כי יש להבחין בין מקרקעין לבין מטלטלין, ומכאן כי בעוד שדין חזקת מרא קמא לא מכריע בספק הדיני שהתעורר ביחס למקרקעין, הרי שיש פסיקה מדין מוחזקות ביחס לספק דיני שמתעורר במטלטלין. מכאן עולה כי ביחס למוחזקות מודה הרשב"ם כי אין זה כלל של הכרעה דינית לגופה, אלא הנהגה כללית שלפיו אין אדם יכול להוציא מחברו בלי שיהיו בידו דברים מוכרעים.

אולם רבי עקיבא איגר (בספרו דרוש וחידוש על מסכת כתובות דף כ' עמ' א') נוקט כי ניתן לומר שבמקרה שיש שתי כיתות עדים הסותרות זו לזו, ונוצר ספיקא דאורייתא שמחמתו לא הולכים אחר החזקה, הרי שגם דין מוחזק לא יוכל להכריע את הספק. במקרה שבפנינו שני עדים המעידים להוציא מידי המוחזק, ואין מה שיבטל את העדות הזאת ויכריע כנגדה, זהו ספק שבו אין צד המוחזק בממון והדין יהיה ש'יחלוקו'[441].

441. רבי עקיבא איגר מציין כי "אחר זמן רב בא לידי קונטרס הספיקות כלל ד' אות ד'

רבי עקיבא איגר מביא דעה שלישית של המהר"א ששון סימן ר"ז (ושל ספר "פרח מטה אהרן" חלק א' סימן כ"ו), המבחינה בין ספיקא דדינא למקום שבו יש מחלוקת פוסקים שאין בה הכרעה. דעה זו סוברת כתוספות שחזקה היא הנהגה וממילא הולכים אחרי חזקה אף כאשר יש צדדים הלכתיים לפסוק כנגד הצד שטוען כנגד החזקה. אולם, כאשר יש מחלוקת הפוסקים יכול המוחזק לומר "קים לי" (אוחז אני) כדעת הפוסקים המצדדת בו, וממילא לא ניתן להוציא מידו.

ד. תפיסה בקנס

עד כה עסקנו במי שתפס חפץ מידי המוחזק בו מתוך מטרה לשנות את מצב החפץ - שקיים לגביו ספק אם שייך לו או לחברו. אך במקרה שאין ספק ובוודאי מגיע לאדם ממון מחברו ואם ימתין לפסק דין יפסיד, הכלל הוא כי הוא רשאי לתפוס את הממון כי 'עביד איניש דינא לנפשיה'.[442] להלן נדון באדם התובע ממון מחברו אך בית הדין מחוסֶר סמכות לפסוק בתביעה זו, ולפיכך בא התובע לעשות דין לעצמו ולתפוס ממון מובהק של חברו כדי שיפרע ממנו את המגיע לו.

אם תפס לא מפקיעים ממנו

במסכת בבא קמא (דף ט"ו עמ' ב') מצינו דיון האם החיוב לשלם חצי נזק בגין נזקי שור תם הינו חיוב תשלומי נזק או קנס. הגמרא מכריעה להלכה כי "פלגא נזקא קנסא". בהתאם לכך קובעת הגמרא שתשלום זה לא גובים בבבל, שכן הכלל הוא כי דיני קנסות אינם נידונים אלא ע"י בית דין סמוכים. דיינים הוסמכו רק בארץ ישראל ואילו בבבל לא היו דיינים שנסמכו כהלכה[443]. לפיכך בתי הדין שבבבל היו נעדרי סמכות לדון דיני קנסות. בהתאם לכך קבעה הגמרא, כי התובע חצי נזק מחברו, שזהו כאמור חיוב קנס, אינו יכול לקבל פסק לטובתו מבית הדין.

וה' שכתב בכוונת התוס' במסכת בבא בתרא הנ"ל ובדברי הר"ן קידושין הנ"ל כמו שכתבנו - והנאני".

442. בבא קמא דף כ"ז עמ' ב' ושולחן ערוך חושן משפט סימן ד' סעיף א': "יכול אדם לעשות דין לעצמו, אם רואה שלו ביד אחר שגזלו יכול לקחתו מידו".

443. ראה: אברהם וינרוט, עשות משפט (פלדהיים) בעמ' 29-7

עם זאת הגמרא קובעת שם "אי תפס לא מפקינן מיניה". כלומר במקרה שהניזק תפס את דמי הקנס מהמזיק, בית הדין לא יוציאו ממנו את מה שתפס. יש לכך שני הסברים אפשריים:

א. הניזק תפס את המגיע לו כדין. אכן, בית הדין לא היו יכולים לתת לו סעד מכיוון שאלו דיני קנסות, שאין לבית הדין סמכות לדון בהם, אך בסופו של יום יודעים הם כי הדין עימו ורשאי הוא לעשות דין לעצמו. לכן אין בית הדין מבקשים להוציא ממנו את ממונו.

ב. בית הדין מנוע גם מלפסוק שהוא לא תפס כדין, כי הדיון והקביעה כי על הניזק להחזיר את מה שתפס - נחשב גם הוא לדיון בדיני קנסות, ובית הדין לא מוסמך לדון בכך.

מחלוקת ר"ת והרא"ש

בתוספות שם (ד"ה "ואי תפס לא מפקינן מיניה") מובאת שיטת ר"ת, ודבריו מבוארים בדברי הרא"ש שם, כי הדין שאם תפס לא מוציאים ממנו מתייחס רק למקרה שבו הניזק תפס את השור שהזיק. לגבי שור זה הקלו חכמים וקבעו שלא מוציאים מידו. כלומר אם תפס את השור בשעת ההיזק (בטרם שהשור חזר לביתו), אין הוא חייב להשיבו. יהא ערך השור המזיק אשר יהא, גם אם ערכו עולה על ערך הנזק. אבל אם הניזק תפס חפץ אַחֵר, מוציאים אותו מידו, שאם לא כן יביא הדבר לידי תקלה במקרה שהניזק יתפוס חפצים של המזיק בשיעור העולה מעבר לשיעור הנזק ואנו לא נוכל להוציא מידו, שהרי אין דנים דיני קנסות בבבל. במקרה זה נמצא המזיק מפסיד יותר על מה שהזיק.

הרא"ש שם בסימן כ' אינו מקבל את דברי רבינו תם, ואומר "לא יכולתי לעמוד על דבריו". הרא"ש אינו חושש לתקלה כאמור בדברי ר"ת, שכן אם הניזק ייקח יותר מכדי נזקיו הרי שבית הדין יוכלו לחייבו להחזיר, שהרי חיוב השבה זה אינו נחשב לדיני קנסות אלא לדיני ממונות[444]. נטילה של הניזק **יותר** מהיקף הנזק היא בגדר

---

444. רבי עקיבא איגר בגיליון הש"ס שם מציין כי ברש"י מצינו כדברי הרא"ש, שכן רש"י בדף ל"ו עמ' ב' ד"ה "ההוא תקע" כותב שהתפיסה היא ממון משל המזיק ולא את המזיק עצמו. הסוגיה שם עוסקת באדם שתקע או מכה באוזן חברו, שזהו חיוב

גזילה המצריכה השבה ויש סמכות לחכמים בבבל לדון בדיני גזילות. על כן סבור הרא"ש כי לא מוציאים מידי הניזק כל חפץ שתפס, ואם הוא תפס יותר מכדי נזקו "שמין לו בית הדין את דמי נזקו ומוציאין מידו המוֹתָר".

לכאורה ר"ת והרא"ש חולקים בשני ההסברים שהבאנו לעיל כטעם לכך שלא מוציאים מידי הניזק את הממון שתפס. ר"ת סבור כי ההוצאה מידו תיחשב כדיני קנסות, ולכן חשש למקרה שהניזק יתפוס נכסים של המזיק בשיעור העולה מעבר לשיעור הנזק ואנו לא נוכל להוציא מידו, שהרי אין דנים דיני קנסות בבבל. הרא"ש לעומת זאת סבור, כי הוצאה מידי התופס שלא כדין נחשבת לדיני גזילות ולכן ניתן לדון בנושא זה בבבל. לשיטתו של הרא"ש צריך לומר כי הטעם שבית הדין לא מוציאים את הקנס שתפס הניזק הוא כי הניזק תפס את המגיע לו כדין.

עם זאת הב"ח (על חושן משפט סימן א') נוקט כי גם ר"ת מסכים שהדיון בתפיסת ניזק יותר מכדי נזקו שלא כדין, אינו בגדר של דיני קנסות אלא בגדר של דיני גזילות. אלא שהוא סובר כי בבבל דנים רק בגזילות שכיחות (להבדיל מגזילות שאינן שכיחות (כגון 'גזילות שעל ידי חבלות' "שמכהו עד שמניח לו את שלו"). בהתאם לכך, בנידון דידן, שבו עסקינן בדבר שהוא 'משונה' ומשום כך חייב בחצי נזק, הרי שבהכרח עסקינן בדבר שאינו שכיח. משום כך גם את הגזילה הנובעת מגביית יתר לא יגבו בבבל, שכן גם אם תגדיר את חיוב ההשבה של מה שגבה מעבר לנזק, כחיוב בדיני ממונות ולא כקנס, לא ניתן לגבות זאת בבבל, כי זה דבר שאינו שכיח.

שיטת הרמ"ה

הרא"ש מוסיף ומביא את דברי הר"מ הלוי (הרמ"ה) שכתב אף הוא כי הדין שאם הניזק תפס לא מוציאים מידו, אך לדעתו דין זה מתייחס דווקא לקנס המגיע לשיעור הנזק או פחות מכך (כגון חצי נזק בשור תם או שלושים שקלים שנקבעו כקנס במקרה של שור שנגח עבד, וזאת אף אם העבד שווה הרבה יותר). אולם, כאשר הקנס הוא **יותר** מדמי הנזק, כגון תשלומי כפל בגניבה, או ארבעה וחמישה במי שגנב וטבח או מכר שור או שה, הכלל הוא כי אם תפס מוציאים מידו. טעמו

(בבושת) שאינו לפי ערך הנזק המושווה לקנס (בבא קמא דף פ"ד עמ' ב') שאין דנים בענייננו בבבל, ולכן לשיטת תוספות - אין תפיסה חלה במקרה זה שהרי המזיק הוא האדם וניתן לתפוס רק מממונו.

הוא כי חכמים עשו תקנה שיעשה דין לעצמו כדי שאדם לא יפסיד את קרן הממון שהזיקו אותו, אבל להרוויח מעבר לנזק כשיעור הקנס שהיה צריך לחייב את חברו - לא תיקנו חכמים, וממילא זוהי נטילה שלא כדין.

הרא"ש חולק על שיטה זו וסובר כי הטעם שאין מחייבים את הנגזל להשיב מה שתפס אינו נובע מתקנת חכמים, אלא שעל אף שאין לדיין המצוי בבבל סמכות לכפות תשלומים אלו, מכל מקום זהו חיוב מן הדין, אדם יכול לעשות דין לנפשו ולגבות כדין ולא מוציאים מידו עד שיגבה את כל מה שמחויבים לו מדאורייתא, וזאת אף אם הקנס עולה על שיעור הגניבה. כלומר, לשיטת הרא"ש חייבים מן הדין לשלם את הקנס אלא שאין סמכות לבית הדין לעסוק בכך.

נמצא כי לרמ"ה - בהעדר סמכות אין חוב מן הדין. אך לפי הרא"ש יש חוב ורק גבייה אין. הרא"ש לעומת זאת תואם לשיטתו כי בית הדין לא מוציאים את הקנס שתפס הניזק אפילו כשהוא יתר על הקרן, כיוון שאכן המזיק היה חייב לו את דמי הקנס והניזק תפס את המגיע לו כדין.

שתי מחלוקות הרא"ש ור"ת

בדברי ר"ת והרמ"ה מבואר שתפיסה בקנס היא דין דרבנן, שנועד להקל על הניזק. הדבר עולה מלשונם שכתבו "הקלו חכמים"[445].

לעומת זאת הרא"ש בתשובתו על הר"מ הלוי מציין "דלאו תקנתא היא אלא דינא הוא דמדאורייתא מחייב ליה". נמצא כי יש שתי פלוגתות בין הרא"ש לר"ת:

א. לשיטת הרא"ש - גביית הקנס גם במקום שאין בית דין סמוכים היא חיוב דאורייתא, ואילו לר"ת גביית הקנס היא תקנה מדרבנן;

ב. לשיטת הרא"ש - הדיון בנושא הסכום העודף על הנזק מוגדר כדיני גזילות, ואילו לר"ת הוא מוגדר כדיני קנסות.

נראה לומר כי הדברים תלויים זה בזה:

לשיטת הרא"ש הקנס הוא חיוב גם בלא בית הדין, והיינו שהמעשה יצר חיוב כשלעצמו אלא שיש תנאי שייגבה בעל כורחו ולא כשמודה בו. אבל החיוב הוא

---

445. כך עולה בלשון הר"מ הלוי שהובא ברא"ש: "תקנתא דעבדו ליה לניזק הוא".

מייד עם הנזק, ולפי זה התחשיב הכספי נחשב לדיני ממונות, שכן החלק הנשאר בידי הניזק אינו תלוי בבית הדין.

לר"ת אין המזיק חייב קנס ללא פסק של בית הדין - ולכן הדיון אודות הסכום העודף על הנזק מוגדר כפסיקת דיני קנסות ע"י מי שאינם מומחים, שכן ללא פסק דין אי אפשר לגבות מאומה, והסכום שמשאירים בידי הניזק הוא גם כן קנס המושת ע"י בית הדין.

ביאור ה"קובץ שיעורים"

שיטת הרא"ש היא כאמור שהמזיק חייב קנס מכוח מעשה הנזק, גם בטרם שהדבר נדון בבית דין. הרב אלחנן וסרמן ("קובץ שיעורים" חלק ב' סימן י"ג, אותיות ב' ו-ג') שואל איך ייתכן שיחול חיוב לשלם קנס בהעדר פסק דין, הרי בשונה מחיוב ממון שחל ע"י עצם מעשה הנזק, חיוב קנס אינו חל אלא כאשר בית הדין פסק והחיל חיוב זה כמאמר הכתוב "אשר ירשיעון אלוקים".

הרב וסרמן מתרץ, תוך שהוא עומד על ההבדל הבסיסי - בין ממון לבין קנס בגורם החיוב [446].

בממון - חיובו של הנתבע נובע מזכותו של התובע.

בקנס - זכותו של הנתבע בממון נובעת מחיובו של התובע לשלם ממון זה.

מבחינת החיוב לשלם קנס עסקינן בענישה, כשהכפייה לשלם היא חלק מהותי מן העונש. התשלום יכול להיות כפוי, בין כשבית הדין כופים עליו, ובין כשהנתבע תפס בנכס ובכך יצר מציאות של תשלום כפוי. נמצא כי בכל מקרה שבית הדין לא מוסמך לדון דיני קנסות בבבל ואינו עוסק בכך, עדיין יש מקום לתפיסת הניזק, שהרי התשלום הכפוי על הנתבע מחמת תפיסה של התובע, נחשב אף הוא כענישה[447]. לדברי הרב וסרמן נובע משיטת הרא"ש חידוש לפיו ייתכן חיוב קנס גם בלא פסק בית דין.

---

446. וראה דבריו של הרב שמעון שקופ ב"שערי יושר" שער ז' פרק כ"א.

447. לעומת זאת ראה דברי רש"י במסכת בבא קמא דף מ"א עמ' ב' ד"ה "קסבר כופרא כפרה" שכתב "לפיכך אי לא מיעטיה קרא הוה אמינא ליחייב בין בעד אחד בין על פי עצמו כי היכי דתיהווי ליה כפרה". כלומר, אלמלא הכתוב היינו אומרים מסברה כי

תפיסה כערובה לפירעון

הרמ"א (שו"ע חושן משפט סימן ד' סעיף א') **מביא את דברי המהרי"ק בשורש קס"א כי גם בדבר שאינו יכול לעשות דין לנפשו מכל מקום "תפיסה בעלמא שתפסו למשכון יכול לעשות בכל ענין ויורד אח"כ עמו לדין".**

הרב מאיר אויערבאך בספרו "אמרי בינה" (הלכות דיינים סימן ד') **מבאר בהתאם לכך כי ניזק שתפס נכס תמורת קנס אינו יכול לגבות את מה שתפס ולהעבירו לבעלותו, אך החפץ הנתפס נשאר בידו כמשכון[448]. על כן חל הדין שאין בית הדין מוציאים את התפיסה מידו אך אין זה שלו כי אין חיוב לשלם לו.**

ה"אמרי בינה" מבאר כי דייני בבל דנים דיני גזילות מדין שליחות של בית הדין שבישראל ("שליחותייהו קעבדינן"). בית דין מומחים שבישראל כן היו דנים את המזיק ומחייבים אותו בקנס. אם כן, אין אפשרות לדייני בבל להוציא מהניזק, שהרי ככל שבית הדין בבבל פועל כשליח - הוא לא יכול לפעול בניגוד לעמדת בית הדין השולח שהיה דן דיני קנסות ולא היה מוציא מהניזק שתפס את הממון כמשכון לתשלומי נזקו.

שיטת ה"אמרי בינה" מעוררת קושי, שכן אם אין חיוב מן הדין לשלם לניזק סכום שמוטל רק מדין קנס, נמצא כי הנתבע מחזיק חפץ כמשכון שעה שאין חוב! אם

אדם יכול לחייב את עצמו כדי שתהיה לו כפרה. נמצא כי הכפרה אינה נובעת מכך שזהו תשלום כפוי. עם זאת בקנס חידשה התורה כי כפרה היא רק כשהתשלום כפוי, והכפייה היא חלק מהכפרה.

448. "עביד איניש דינא לנפשיה להחזיק במה דתפס עד דמפייס ליה המזיק". ה"אמרי בינה" מבהיר כי בעוד שמלווה שמחזיק במשכון שנתן לו הלווה תמורת הלוואתו נחשב לבעליו, כדעת רבי יצחק בקידושין דף ח' עמוד ב' ש'בעל חוב קונה משכון', הרי שבמקרה זה התפיסה תמורת הקנס עד שיפייסנו אינה יוצרת דין של 'קניין' המשכון, אלא זו רק מציאות של "עביד איניש דינא לנפשיה" שאין מוציאים ממנו. בהתאם לכך, ביאר ה"אמרי בינה" את שיטת "נתיבות המשפט" סימן א' אות ה' הסובר כי הניזק לא זכה בזכויות קניין בנכס שתפס, ולכן אם המזיק תפס בחזרה את הנכס מידי הניזק אין מוציאים ממנו. "נתיבות המשפט" חלק בעניין זה על המהרש"ל בספרו "ים של שלמה" שסבר כי המזיק אינו יכול להוציא מידי הניזק. המהרש"ל סבר שתפיסת קנס הינה תקנה דרבנן שהרשו לו לתפוס ולכן יש לו זכייה קניינית בנכס ואי אפשר ליטלו ממנו. אמנם הרא"ש כתב כי התפיסה היא זכייה מדאורייתא, אך ייתכן שלשיטתו עסקינן במשכון שמקנה זכויות קניין.

כן, מדוע שהתפיסה לא תיחשב כגזל? אכן, אילו היו באים בית דין מארץ ישראל והיו דנים בדבר היה נוצר חיוב מדין קנס. אבל כל עוד שאין חיוב שכזה כיצד יכול הניזק לעכב בידו את נכסי המזיק בהעדר חוב? הרי כל עוד שדייני ארץ ישראל לא חייבוהו והטילו עליו קנס, היה הניזק נחשב גזלן גם בעיניהם והיו מוציאים ממנו את מה שתפס?

התשובה לכך היא שבסוגיה במסכת בבא קמא שם מצינו כי גם למאן דאמר ש'פלגא נזקא קנסא' הרי שרשאי לתפוס את השור המזיק והוא נחשב על כל השור כ'שומר' עד שעת העמדה בדין, ואילו למאן דאמר 'פלגא נזקא ממונא' הוא נחשב כבעלים גמור משעת תפיסה על החצי המגיע לו ועל השאר הוא כשומר.

תפיסה בעקבות הודיה בקנס שאחריה באו עדים

ראינו לעיל את הסוגיה במסכת בבא קמא (דף ט"ו עמ' ב'), לפיה ניזק שתפס מהמזיק את דמי הקנס אין מוציאים מידו. אמנם יש לדון במקרה שהניזק לא היה מודע לנזק שעשה לו המזיק עד שהמזיק הודה בפניו אודות הנזק שעשה. האם הניזק יכול לתפוס מנכסי המזיק בשווי דמי הקנס מכוח ההודאה שהודה בפניו המזיק עצמו?

דין ברור הוא כי "המודה בקנס פטור". בשונה מחיובי ממון רגילים שבהם הודאת בעל דין כמאה עדים היא ומחייבת את המודה לשלם על פי דבריו, הרי שבקנס אין הודאתו של אדם משיתה עליו חיוב כלשהוא. במסכת בבא קמא (דף ע"ה עמ' א') מצינו מחלוקת רב ושמואל האם מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור. לפי שמואל אין בכוחה של הודאה בקנס ליצור חיוב של המודה, אך באותה מידה גם אין ההודאה יוצרת "פְּטוֹר", והרי הוא כמי שלא הודה כלל. ממילא אם לאחר ההודאה באו עדים הרי שיש חיוב מכוח העדות. לעומת זאת, לפי רב הודאה בקנס יוצרת דין של "פְּטוֹר" ולכן עדים כבר לא יכולים לחייב.

הטור (חושן משפט סימן א' באות ט') הביא את דברי הראב"ד שפסק כרב ואף הוסיף ופסק שאם התובע תפס את החפץ על בסיס ההודאה האמורה - מוציאים את הנכס מיד התובע, שכן מודה בקנס פטור, ואי אפשר לתפוס מהמזיק על בסיס הודאת עצמו.

הרמב"ן ב"ספר הזכות" (על מסכת כתובות דף ט"ו עמ' א') הקשה על דברי הראב"ד, הן הודאה מועילה ליצור פטור רק כשההודאה נעשתה בבית דין. אולם, כיום שאין

בית דין מומחים, נמצא כי הודאתו בכל מקום שהיא, כמוה כהודאה שניתנה מחוץ לבית הדין ואם כן נמצא כי אין לה דין של הודאה בקנס. על כן, סובר הרמב"ן כי אם תפס התובע את החפץ בין לפני ההודאה ובין לאחריה לא נוציא מידו.

את דברי הרמב"ן ניתן להבין בשני אופנים:

א. בספר "קצות החושן" (סימן א' ס"ק ו') ביאר כך: בזמן שהיו בית דין מומחים היה הדין המודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור. כעת שאין בית דין מומחים, הרי שההודאה לא יצרה "פְּטוֹר". אכן אי אפשר לחייב על פי הודאת הנתבע, שכן הודאה בקנס אינה מספיקה כדי לחייב. אולם, ההודאה לא יוצרת פטור, כך שהדין הוא כאילו לא הודה כלל. על כן, אם יבואו עדים הם יגרמו לחיוב, וממילא - מכוח עדותם - תועיל תפיסה. לפי דרך זו מועילה תפיסה בקנס בזמן הזה אחרי הודאת המזיק - רק במידה ובאו עדים.

ב. בדרך מחודשת יותר כתב הש"ך: "אפילו הודה קודם שתפס - מועילה תפיסה, משום שבזמן הזה לא נפטר בהודאתו, ואפילו לא באו עדים". כלומר, לדעתו הודאת המזיק נחשבת בירור של העובדות, כמו כל הודאת בעל דין. אמנם בדרך כלל קבעה התורה כי בקנס לא מועילה הודאת החייב כיוון שההודאה עצמה יוצרת פטור. אולם בזמן שאין בית דין סמוכים, לא נוצר פטור כי ההודאה לא נעשתה בפני בי"ד סמוכים, ונותרה הודאתו על כנה כראיה, שמכוחה ידועה לנו העובדה שהוא הזיק. על כן יכול הניזק לתפוס את הנכס מכוח הודאת המזיק ללא שבאו עדים. נמצא כי הודאת בעל דין משמשת לידיעת העובדות, אבל בהעדר בית דין לא נוצר פטור.[449]

הסבר שיטתו של "קצות החושן"

לכאורה היה אפשר לומר כי "קצות החושן" החולק על הסבר זה בדברי הרמב"ן, סובר כי הודאת בעל דין אינה מהווה מקור להוכחת עובדה שהייתה, אלא רק יוצרת חיוב עתידי, ובקנס קבעה התורה שהודאת בעל דין אינה יכולה לחייב.

---

449. בדומה לכך כתב הסמ"ע. וגם הרמ"א בספרו "דרכי משה" מסופק שמא לכך כיוון הרמב"ן.

על כן, כאשר אדם בא לתפוס אין הוא יכול לסמוך על ההודאה, שהרי לעולם אין הודאת בעל דין מלמדת מה היו העובדות אלא רק יוצרת חיוב וכאשר זו הודאה שאינה יוצרת חיוב אין בהודאה הזאת דבר, ואי אפשר לתפוס מכוחה. אלא שכבר הבאנו לעיל שדעת "קצות החושן" (בסימן ל"ד) כי אינו מסכים לדעת המהר"י בן לב ולדעתו הודאת בעל דין אינה התחייבות הצופה פני עתיד אלא נאמנות ביחס למה שאירע בעבר. יתר על כן, עיקר הסיבה ש"קצות החושן" חולק על הש"ך היא בגלל דברי הגמרא במסכת בבא מציעא (דף ג עמ' ב') שהובאה לעיל האומרת בפירוש: "מה לפיו שכן אינו מחייבו בקנס תאמר בעדים שכן מחייבים אותו בקנס". "קצות החושן" סבור אפוא כי מעבר לכך שיש דין של מודה בקנס פטור, בגמ' מפורש שבשום מקום לא ייתכן שפיו יחייב אותו בקנס, שאם לא כן הוא יהיה שווה לעדים. לכן בהכרח ההסבר לכך שאי אפשר לתפוס על סמך הודאתו הוא, שכל מה שמועילה תפיסה בזמן הזה היא כאשר מתאפשר חיוב בבית הדין אילו היה קיים, שהרי ייתכן ש'מהרה ייבנה המקדש' והחיוב יתממש. אבל, בהודאת פיו שגם אם יהיה בית הדין קיים לא יהיה פיו מחייבו קנס הרי שלא נוצר בסיס לתפיסה עבור הקנס.

ייתכן להוסיף עוד, שגם הסמ"ע מסכים עם ההסבר האמור שהודאת בעל דין אינה יוצרת חיוב ממון בקנס, אלא שמכל מקום הוא סבור שאין אנו מוציאים מן התופס אף על פי שלא באו עדים, שהרי כאשר אדם תופס שלא כדין אנו דנים אותו כגזלן מכוח תפיסה זאת. על הטענה כי הוא גזלן ניתן להשיב ע"י הודאת בעל הדין של המזיק שאכן שורו הזיק. אמנם דיון זה אינו עוסק בהודאה בקנס, שהרי איננו מקבלים הודאה זו כדי לקנוס את המזיק אבל כשאין הכחשה של הנזק די בכך, כדי שלא לדון את המחזיק כגזלן, וזה אינו נחשב לדיני קנסות.

נמצא אפוא כי "קצות החושן" נקט כי טענת המזיק מתקבלת (שהנתבע שתפס גזלן), ועל פי דיני הגזילות יש להוציא מידי התופס, ניסיונו של הניזק לסייע לעצמו מכוח הודאת בעל דין של המזיק נדחית כי גם זה נדון כדיני קנסות ואין הודאה בקנס. על כן מוציאים ממנו כדין גזלן. לעומת זאת, הסמ"ע והש"ך סוברים כי המחזיק אינו נחשב גזלן שכן הודאת בעל הדין במעשה הנזק נותנת תוקף לכך שהניזק לא נחשב כגזלן.

ודוק, לפי "קצות החושן" נמצא כי במודה בקנס יש שני רבדים:

א. מודה בקנס פטור מכיוון שאין תוקף להודאה (ולכן גם כשהודה מחוץ לבית דין אי אפשר לחייבו עפ"י הודאתו);

ב. ההודאה יוצרת "פְּטוֹר" (ולכן כשהודה בפני בית דין הריהו פטור אף אם לאחר מכן באו עדים).

ואכן, ה"חזון איש" (בבא קמא סימן י"ח ס"ק ז') מבאר כי בדין מודה בקנס יש שני חלקים הנלמדים משני פסוקים: א. "אשר ירשיעון אלוהים". ב. "אם המצא תמצא בידו הגניבה". מהלימוד השני למדה הגמ' במסכת בבא קמא (דף ס"ד עמ' ב') שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור. מכאן שמהפסוק של "אשר ירשיעון אלוהים" למדנו שאין תוקף להודאתו, ואילו הלימוד מן הכתוב של "אם המצא תמצא בידו הגניבה" מלמד שההודאה יוצרת פטור[450].

ראיות לשיטת "קצות החושן"

"קצות החושן" מבקש להוכיח כדעתו שאי אפשר לחייב את המזיק ללא עדות על הנזק, מכוח שתי סוגיות:

א. במסכת בבא קמא (דף ע"ד עמ' ב') מצינו ברייתא כי רבן גמליאל הודה שסימא את עינו של עבדו טבי בשגגה. רבן גמליאל סבר כי הודאתו מועילה להוציא את טבי לחירות, שכן דינו של עבד כנעני הוא שיוצא לחירות ע"י פגיעה באחד מ-24 ראשי איברים שבו. אולם רבי יהושע טען לרבן גמליאל שטבי לא יוצא לחירות, שכן יציאת עבד לחירות מחמת פגיעה בראשי איברים הינה "קנס", וכיוון שלא באו עדים הרי שרבן גמליאל סובר כי "מודה בקנס פטור". מקשה הגמרא אם רבן גמליאל הודה בקנס הרי שגם אילו היו עדים באים היה פטור מכיוון שעדותם באה אחרי הודאתו של רבן גמליאל? משיבה הגמרא כי ההודאה

---

450. לכאורה נראה כי כפי הסבר "קצות החושן" בדעת הרמב"ן עולה גם מלשון רש"י במסכת יבמות דף כ"ה עמ' ב' (ד"ה "ואין אדם משים") שכתב כי הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים נאמר רק בדיני ממונות, "אבל לקנסא ולעונש מלקות וליפסל - לא". משמע שאין המדובר רק ביצירת פטור אלא שמלכתחילה אין נאמנות של בעל דין ביחס לקנסות.

של רבן גמליאל הייתה מחוץ לבית הדין. שואל "קצות החושן" אם ההודאה הייתה מחוץ לבית הדין הרי שאין בכך פטור של "מודה בקנס", ולשיטת הש"ך כשההודאה אינה פוטרת יש חיוב מכוח הודאת בעל דין שמחייבת? אין זאת אלא שהודאת בעל דין בקנס מחוץ לבית הדין אכן לא יוצרת פטור, אבל גם חיוב אי אפשר להשתית עליה[451].

ב. במסכת בבא מציעא (דף ג' עמ' ב') מצינו דיון האם עדיפה הודאת פיו או עדות, ונאמר שם קל וחומר: "ומה פיו שאינו מחייב קנס מחייב שבועה, עדים שמחייבים בקנס קל וחומר שיחייבו שבועה". לכאורה, אם פיו מחייבו בקנס מכוח הודאת בעל דין ורק כשמודה בפני בית דין מומחים יש פטור מכוח "מודה בקנס". אם כן במה עדיפים העדים על הודאת פיו? הרי גם פיו מחייבו במקום שאין פטור של מודה בקנס (כשמודה מחוץ לב"ד), והיכן שיש פטור של "מודה בקנס" גם העדים שיבואו אח"כ לא יועילו לחייבו? אין זאת אלא שפיו אינו יוצר חיוב ואין לו כלל דין של הודאת בעל דין, כפי שהסברנו במהלך הראשון לפי הרמב"ן לעיל.

ה. תפיסה בגרמא

משמעותו של חיוב בידי שמיים

במסכת בבא קמא (דף נ"ה עמ' ב') מצינו: "ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים"[452]. רש"י מבאר כי הפטור נובע מכך שאין זה נזק ישיר אלא 'גרמא' והכלל הוא כי גרמא בנזקין פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים.

האם מכוח החיוב בדיני שמיים יכול הניזק לתפוס חפץ של המזיק שהזיק לו בדרך של גרמא?

כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון מהו גדר החיוב בדיני שמיים:

א. חל על המזיק חיוב ממוני גמור כלפי הניזק - אלא שזהו חיוב שבית הדין לא יכולים לאכוף אותו;

---

451. קצות החושן עצמו כותב שניתן לדחות את ראייתו זו שכן שחרור עבד מהווה חובה עבורו שהרי עם שחרורו הוא נאסר בשפחה. הודאת בעל דין שמהווה חובה לצד השני אינה מתקבלת בבית הדין גם כאשר מדובר בדיני ממונות רגילים שאינם קנס.

452. ארבעת הדברים הם: "הפורץ גדר בפני בהמת חברו, הכופף קמתו של חברו בפני הדליקה, השוכר עדי שקר להעיד והיודע עדות לחברו ואינו מעיד לו".

ב. לא חל על המזיק חיוב ממוני כלפי הניזק. החיוב שלו הוא רק כלפי שמיא (כמו לולב ותפילין). בחיוב אישי אין זכות תביעה של אדם אחר.

אם קיים חיוב ממוני אלא שבית הדין לא יכולים לאכוף אותו, הרי שכאשר הניזק תפס את החפץ בעצמו, נמצא כי הוא גבה מה שמגיע לו כדין, וממילא אין להוציא מידו. אולם, אם אין חיוב ממוני, הרי שהתפיסה לא תועיל לתובע, שהרי תפס חפץ בלא שחייבים לו דבר.

בעניין זה נחלקו הראשונים ולנוכח מחלוקתם כתב רבי עקיבא איגר (חושן משפט סימן כ"ח סעיף א') כי כאשר אדם חייב בדיני שמיים ותפס את החפץ "דין זה תלוי באילנות גבוהים (אשלי רברבי) במחלוקת הראשונים. ולדינא יש לעיין אם יכול התופס לומר: 'קים לי כהסוברים שמועילה תפיסה'".

שיטת המאירי

המאירי על מסכת בבא קמא (דף נ"ו עמ' א') אוחז בשיטה הראשונה לפיה במקום שיש חיוב לצאת ידי שמיים חל על המזיק חיוב ממוני גמור כלפי הניזק - אלא שבית הדין לא יכולים לאכוף חיוב זה בדיני אדם. על כן המזיק בדרך של גרמא ואינו משלם - מוגדר כגזלן[453]!

בדומה לכך מצינו בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג[454] שהביא את דברי הרב יצחק מוינא (מחבר הספר "אור זרוע"[455]) שאמר בשם רש"י כי מי שחייב לצאת ידי שמיים "אי תפס לא מפקינן מיניה". ה"אור זרוע" ציין כי חיפש ולא מצא מקור לכך. אולם,

---

453. בלשון המאירי שם: בלשונו: "כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים פירושו שהוא חייב בו בהישבון. הא לענין איסור אף מה שהוא פטור בו מדיני שמים איסור מיהא יש בו אלא שלענין הישבון נאמרה. ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד שישיב והדברים נראין שמאחר שהוא חייב להשיב - **תורת גזילה חלה עליו עד שישיב**".

454. שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס לבוב סימן תע"ו (תכ"ה).

455. בדומה לכך כתב בנו בשו"ת מהר"ח אור זרוע סימן רכ"ט: "ומיהו אם כדי הפסדו יתפוס ראובן לא מפקינן מיניה. שכך כתב אבא מארי זצ"ל (ה"אור זרוע") בשם ספר המקצועות (חיבור הלכתי מראשית תקופת הראשונים, הכולל מסורות מתורת הגאונים, ונערך כנראה בבית מדרשו של רבינו חננאל) כי מי שלא נוקט שיש חיוב בדין "גרמי" - אם גרם נזק ותפסו כלי של המזיק בגובה הנזק - "לא מפקינן מיניה".

המהר"מ מרוטנבורג מציין: "כאשר הגעתי לפרק הפועלים (בבא מציעא דף צ"א עמ' א') מצאתי את הדבר מפורש בפירוש רש"י (ד"ה "רבא אמר") בביאור דברי רבא כי התורה אסרה להביא לביתו ה' אף אתנן שנתן אדם שבא על אימו והתחייב לשלם לה בגין כך[456]. רבא נוקט כי על אף שזו התחייבות שאי אפשר לאכוף אותה, שהרי ביאה זו היא איסור עריות המחייבת במיתת בית דין וחל לגביה הדין של 'קים ליה בדרבה מיניה', ברם, אם למרות שהוא פטור הוא נתן לאימו מרצונו את שהתחייב לה, החפץ אסור משום אתנן. רש"י מבאר כי מדובר רק בפטור מדיני אדם, במובן זה שבית דין לא יכול לאוכפו, אבל החיוב קיים. לכן אם תפסה האם את החפץ של בנה שהובטח לה בשכרה, אין מוציאים מידה. בלשון רש"י שם: "ואף על גב דאי תבעה ליה בדינא קמן תן לי אתנני - לא מחייבינן ליה, דהא קם ליה בדרבה מיניה, כי יהביה ניהלה - אתנן הוא, אלמא: **אפילו במקום מיתה נמי רמו תשלומין עליה**, אלא שאין כח לענשו בשתים, אבל ידי שמיים לא יצא עד שישלם... וכיון דרמו תשלומין עליה... **אי תפיס - לא מפקינן מיניה, כך שמעתי מפי מורי הזקן**"[457].

הבחנה בין "קים ליה בדרבה מיניה" לבין גרמא

הש"ך (על שולחן ערוך חושן משפט סימן כ"ח סק"ב) מביא את דברי המהרש"ל בספרו "ים של שלמה" (על מסכת בבא קמא סימן ו') הנוקט שאין להביא ראיה מדברי רש"י שנאמרו לגבי הדין של "קים ליה בדרבה מיניה", מכיוון ששם אכן יש חיוב ממוני גמור בדיני אדם, שהרי האתנן הוא חיוב ככל שכר עבודה. במקרה זה יש חיוב אלא שכאשר הזנות הייתה עם אימו מנוע בית הדין מלחייב את הבן בממון כשיש עליו

---

456. האתנן האסור בהבאה לבית ה' הוא החפץ שניתן לזונה ומוגדר כתשלום שניתן מכוח ההתחייבות לשלם בגין הבעילה. כך פסק הרמב"ם בהלכות איסורי מזבח פרק ד' הלכה ח': "אי זהו אתנן? האומר לזונה הא ליך דבר זה בשכריך".

457. המהר"מ מרוטנבורג מציין כי יש להעיר על הדברים מכוח האמור במסכת סנהדרין דף ע"ב עמ' א' בו נדונה גניבה שאירעה בביתו של רבה ע"י גנב שבא במחתרת, שהדין הוא כי הגנב זכה בכלים משום ש"אין לו דמים" (כדין רודף) וממילא חל לגביו הכלל של 'קים ליה בדרבה מיניה', שהרי התחייב בנפשו. הגנבים החזירו לרבה את הגניבה והוא לא קיבלה מהם. לכאורה, אם יש חיוב בדיני אדם אלא שרק בית דין לא גובים ואילו היה תופס בעצמו הייתה תפיסתו מועילה. אם כן, מדוע לא רצה לקבל מהם? תשובתו של המהר"מ היא: "שמא כיון שסוף סוף לא רצו להחזיר אלא בתורת דין, אם היה מקבל מהם על דרך אחרת היה דומה לגניבת דעת".

עונש חמור של מיתה. אולם, במקרה של גרמא יש פטור מדיני אדם ולכן תפיסה לא תועיל[458].

הרב אברהם דב כהנא שפירא בספרו "דבר אברהם" (חלק ב' סימן ל"ב בהגהה) הביא ראיה לדעת המהרש"ל שבדברים שחייבה הברייתא בידי שמיים אין חיוב ממוני, כדלהלן: הגמרא במסכת בבא קמא (דף נ"ו עמ' א') דנה אודות נזק שגרמו עדים לתובע בכך שכבשו את עדותם ולא העידו לטובת התובע. הגמרא מבארת כי הדבר פשוט שעדים אלו חייבים לשלם את הנזק שגרמו כדי לצאת ידי שמיים, כיון שבכך שנמנעו מלהעיד הם עברו עבירה מדאורייתא בניגוד לכתוב של "אם לא יגיד ונשא עונו". לכאורה קשה, שכן מן הכתוב הזה עולה רק שיש איסור להימנע מלהעיד, אך מניין פשוט לגמרא שמלבד האיסור יש גם חיוב ממוני לצאת ידי שמיים? אין זאת אלא שלמדו זאת מסברא, שהרי ככלל אֵם רוצה עֵד לשלם לתובע את הסכום שתבע ובלבד שלא ייקרא להעיד, הרי שלא חל עליו האיסור של "אם לא יגיד ונשא עוונו". נמצא כי גם כשהעֵד לא העיד ועבר איסור דאורייתא - הוא יכול לתקן את האיסור של "אם לא יגיד" ע"י כך שישלם לתובע. אם כן בהכרח שפשר דברי הברייתא ששני עדים הנמנעים מלהעיד חייבים בדיני שמיים - כי אם רוצים העדים לפטור עצמם מהעבירה של כבישת העדות הם יכולים לשלם לתובע. ובכך יצאו ידי שמיים - וייפטרו מאיסור דאורייתא. מקרה זה מופיע בגמרא כאחד מן המקרים שנחשבים היזק בגרמא, ואשר הדין בהם הוא "פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים". לפי המתבאר עולה שאין מקור לחיוב ממוני, ורק אם רוצים העדים לפטור את עצמם מאיסור יתנדבו לשלם, אבל ההימנעות מלהעיד לא יצרה חיוב ממוני לשלם.

גם מסברא נראה פשוט שלא חל חיוב ממוני במקרה זה, שהרי העדים שרק נמנעו מלהעיד לא עשו 'פעולת נזק' כלשהיא, והנזק לתובע נעשה על ידי הנתבע שלא שילם לו. לכן ברור שחיוב העדים לשלם כלפי שמיא נובע רק מכך שאם ישלמו יתקנו את האיסור של "אם לא יגיד" ובכך ייצאו ידי שמיים.

נמצא כי עסקינן בדבר שאין בו כלל חיוב ממוני בדיני אדם. ואין להשוות זאת לדין של קים ליה בדרבה מיניה שבו יש חיוב ממוני גמור לתשלומים ורק בית הדין מנוע

---

458. הבחנה זו של המהרש"ל צוינה ע"י הרב יוסף שאול נתנזון בהגהותיו למהדורת לבוב (בתחילת הספר) ועי' בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' צ"ו.

מלאכוף אותו. ממילא מסיק ה"דבר אברהם" כי אם התובע יתפוס חפץ של הנתבע הרי שיוציאו אותו מידו, שהרי על פי דיני אדם אין הנתבע חייב לו מאומה[459].

---

459. הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך חושן משפט סימן כ"ח: "כל מי שיודע עדות לחברו חייב להעיד... ואם כבש עדותו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים", בגין הנזק שנגרם מהעדר עדותו, משמע מהשו"ע שגם עד אחד מתחייב כשנמנע מלהעיד אף שגם אם היה מעיד לא היה מחייב ממון אלא שאם היה מעיד לטובת התובע היה הנתבע נאלץ להישבע כדי להכחיש את העד, וייתכן שלא היה רוצה להישבע לשקר והיה משלם. מקור הדין מדברי רבי יהושע במסכת בבא קמא דף נ"ו עמ' א' שעד אחד שידע עדות ולא העיד חייב בדיני שמיים. שואל רבי עקיבא איגר הן רבי יהושע נקט דין זה בעת שעדיין לא נתקנה שבועת היסת (שלפיה תביעה מחייבת שבועה גם כאשר אין התביעה מגובה בעדות של עד אחד). אבל אחר זמן האמוראים שכבר נתקנה שבועת היסת, אין לתובע שום הפסד מהעדר העדות, שכן ממילא הנתבע צריך להישבע שבועת היסת כדי להיפטר מן התביעה, ואם לא יישבע - ישלם. נמצא אפוא כי התובע לא הפסיד דבר מחמת כבישת עדותו של העד. מיישב רבי עקיבא איגר שהשולחן ערוך סובר כי גם בזמן הזה העד שלא העיד הפסיד את התובע, כי מחמת שלא העיד העז הנתבע להכחיש ולהישבע לשקר, ואם היה העד מעיד היה הנתבע חושש מלכפור ולהישבע לשקר, שמא יצטרפו התובע והעד נגדו ויעידו שהוא נשבע לשקר ופסול לעדות.

רבי עקיבא איגר ממשיך ואומר כי דווקא בעדות על מטלטלין, שהעד מחייב שבועה דאורייתא (ולולא עדותו הנתבע חייב רק שבועה היסת דרבנן) הוא חייב בדיני שמיים על ההפסד שגרם. אבל בעדות על מקרקעין שבכל מקרה העד לא היה מחייב שבועה דאורייתא לנוכח הכלל שמן התורה אין שבועה על קרקעות, אין העד חייב בדיני שמיים על ההפסד שגרם, ואף שגרם הפסד כאמור שמא אם היה מעיד הרי שמיראתו של העד היה הנתבע מודה, מכל מקום "כיון שאין עדותו פועלת שום התחייבות דבלאו הכי חייב שבועת היסת דרבנן, לא מקרי עליו שֵׁם עדות ולא מחייב מפני שאינו מפחיד לחברו דמשום זה לחוד לא מחייב".

צריך להבין: הרי טעם החיוב של הנמנע מלהעיד - נובע מדין גרמא. אם כן כל שגרם הפסד יתחייב, ואין נפקא מינה אם לדבריו יש 'שם עדות' או לאו? והרי ממילא הבהיר רבי עקיבא איגר כי בזמננו עיקר התביעה על העד הינה בגין זה שלא הפחיד את הנתבע, אם כן גם ביחס למקרקעין נבוא אליו בתביעה זהה.

כדי ליישב את הקושי האמור, עלינו לעמוד תחילה על קושי המתעורר על עיקר דינו של רבי יהושע: איך חייב את העד מטעם גרמא, הן העד לא עשה מאומה ורק נמנע מעשות טובה לחברו? למה הוא חייב בדיני שמיים? אולם, לפי הסברו של ה"דבר אברהם" ברור שהחיוב לשלם אינו מטעם גרמא גרידא, שהרי אין חיוב לאדם להפחיד את חברו, אלא החיוב נובע מכך שעבר על האיסור להימנע מעדות ורוצה לשלם כדי

שיטת הריב"ש כי חיוב לצאת ידי שמיים - אינו יוצר חוב ממוני

כנגד שיטת הראשונים הסוברים שיש חיוב ממוני בחיוב לצאת ידי שמיים, יש הסוברים כי בגרמא בנזיקין לא חל חיוב ממוני מן הדין, ולכן אם תפס הניזק חפץ של המזיק - מוציאים מידו. כך למשל ציין הש"ך (חושן משפט סימן כ"ח ס"ק ב') את דברי הריב"ש (בסימן שצ"ב) שמהם עולה כי תפיסה לא תועיל[460]. הריב"ש דן שם במי שמת ובעלי חובו מבקשים להיפרע ממטלטלי היתומים. הכלל הוא כי מטלטלי יתומים אינם משועבדים לחוב אביהם. אולם התובע תופס חפץ מירושת הלווה וטוען כי מצווה על היתומים לפרוע את חובת אביהם. הריב"ש פוסק כי עליו להחזיר את המטלטלין שתפס, שכן המטלטלין לא נשתעבדו ו'מצוות' היתומים לפרוע חוב אביהם אינה יוצרת חוב ממוני ואינה מאפשרת תפיסה. הריב"ש מביא ראיה מדברי הרמב"ן (במסכת בבא מציעא דף ו' עמ' א') שכתב אודות מי שטען "מנה לי בידך" והנתבע השיב "איני יודע", כי אם תפס התובע מוציאים מידו אף על פי שבמקרה זה חייב הנתבע לשלם אם בא הוא לצאת ידי שמיים (כאמור במסכת בבא קמא דף קי"ח). מדבריו עולה אפוא כי כאשר אמרו חז"ל שיש 'מצווה' לצאת ידי שמיים לא נוצר חוב ממוני ואי אפשר לתפוס מהנתבע.

הבחנת הרב שקופ בן חיוב בידי שמיים לבין בא לצאת ידי שמיים

ברם, נראה כי מדברי הרמב"ן והריב"ש האמורים, אין ראיה, לנוכח יסוד עיוני חשוב שייסד הרב שמעון שקופ בספרו "שערי יושר" (שער ה' פרק ט"ז) ביחס לסוגיה האמורה במסכת בבא קמא (דף קי"ח עמ' א'). נפרט:

בגמרא שם מצינו כי "האומר לחברו גזלתיך או הלויתני או הפקדת אצלי (כלומר אני חייב לך ממון), ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך - חייב לשלם". במקרה זה אין ספק הפירעון מוציא מידי ודאות החיוב.

לתקן את האיסור על כך שלא העיד. לפי הסבר זה מובנים היטב דברי רבי עקיבא איגר שאינו חייב לשלם רק אם היה חייב להעיד, אבל אם בלאו הכי לא היה עליו שם 'עד' כי אין נפקא מינא בעדותו, שהרי בלי הגדרתו כעד אין איסור של "אם לא יגיד" ובהעדר איסור שיש לתקנו ע"י תשלום, מובן שלא חל חיוב לשלם.

460. כמו כן הביא הש"ך את דברי המהרש"ל האמורים, שלפיו לא חל על המזיק בגרמא חוב ממון ואי אפשר לתפוס ממנו.

אבל אם אמר לחברו מלכתחילה: "איני יודע אם גזלתיך או אם הלויתני או אם הפקדת אצלי - פטור מלשלם". במקרה זה אין חזקת חיוב מלכתחילה מחמת הספק. הגמרא מסיקה שם כי מדובר במקרה שאיש לא תבע אותו אלא באדם "שבא לצאת ידי שמיים".

שואל הרב שקופ הרי בכל ספק ממון הכלל הוא כי המוציא מחברו עליו הראיה (או יחלוקו). עניין זה הוא "משפט דיני הממונות" והכלל הוא כי כשיש ספק ממוני אין חשש גזל, שכן אדרבה איסור גזל נובע מדיני הממונות[461]. אדם עובר על איסור גזל רק כשאינו משלם מה שיש עליו חיוב לשלמו על פי דיני הממונות. אבל, מה שאין לגביו חיוב תשלום על פי דיני הממונות לא חל לגביו דין גזל. והנה בפשטות החיוב לצאת ידי שמיים הוא כדי לא לעבור על איסור גזילה. אם כן בסוגיה זו מצאנו הוכחה כי למרות שמכוח משפטי הממון אינו חייב לשלם מכל מקום כדי לצאת ידי שמיים ראוי לו לשלם ולחוש לאיסור גזל?

כמו כן מדקדק רבי שמעון שקופ בלשון המשנה והגמרא. בסוגיה זו נאמר כי אם הוא "**בא לצאת** ידי שמיים" הרי שהוא חייב. "בא לצאת" - כלומר זו יוזמה שלו והדבר תלוי ברצונו. אם לא יעלה הרצון מלפניו - אין הוא חייב לצאת ידי חובת דיני שמיים. ואילו היה חשש לאיסור תורה היה צריך כל אדם לנהוג לחומרא.

ואכן, בברייתא במסכת בבא קמא (דף נ"ה עמ' ב') נאמר: "ארבעה דברים העושה אותם פטור מדיני אדם **וחייב** בדיני שמיים". כאן עסקינן בחיוב ולא בדבר שתלוי ברצון טוב. אם כן גם בסוגיה דנא "בפשטות היה ראוי לומר **חייב לצאת ידי שמיים** או חייב בדיני שמיים"?[462]

הרב שקופ מבאר על כן, כי כאשר בית דין פוסקים מכוח הדין של "המוציא מחברו עליו הראיה" **אין הם קובעים של מי הבעלות**. מוחזקות אינה מכריעה את הדין ואינה מבררת דבר. דין המוציא מחברו אינו משום "חזקה קמייתא" אלא הוא "משפט דיינים על פי כללי המשפט". הדיינים מורים הלכה למעשה כי בהעדר ראיה אחרת

---

461. עמדנו על הדברים בהרחבה לעיל.

462. בניסוחו של הרב שקופ: "לשון 'בא לצאת' אינו מובן דמשמע דאם הוא רוצה לצאת ידי שמיים אז חייב בדין, וזה שני הפכים דאם הוא חייב הוא מוכרח, ולשון בבא לצאת ידי שמיים משמע שתלוי ברצונו".

יוכל המוחזק להמשיך להשתמש בחפץ ואינו עובר על איסור גזל. במקרה זה נמצא כי ההשתמשות וההנהגה בפועל בגוף החפץ יהיו בשליטת המוחזק - אבל אין הדבר מעיד במאומה שהחפץ שלו. על כן, אם בעלי הדין רוצים להתנהג "על פי האמת כפי שהיא גלויה בפני שמיים, הרי שאין מקום לכלל של המוציא מחברו עליו הראיה. כלומר אם המחזיק אינו רוצה ליהנות מן הספק הוא אינו נותן מתנה משלו לחברו, אלא נותן לחברו דבר שייתכן שהוא שלו.

חזקת ממון מועילה רק כשבעלי הדין עומדים עליה, אבל אם הם מסכימים להוציא את החפץ מרשותו ולפעול על פי האמת, הרי בלא עמידה על חזקת ממון הרי ברי ושמא ברי עדיף גם בדיני אדם[463]. בהתאם לכך מובן כי כאשר בעל דין אומר "איני יודע אם התחייבתי" והתובע טוען טענת ברי, הרי שאם רוצה הנתבע לצאת ידי שמיים ולשלם לתובע ולא להשתמש בחזקת הממון שלו, הרי שהוא גם מחויב מדיני אדם.

על כן, מדויקת היטב לשון הגמרא כי אם הוא "בא לצאת ידי שמיים", הרי שהוא חייב לשלם גם בדיני אדם, שהרי במקום שאין חזקת ממון גם חזקה דעלמא מועילה לעניין ממון, כפי שמועיל רוב כשאין חזקת ממון.

הרב שקופ מביא את דברי המאירי שכל שנאמר עליו "חייב בדיני שמיים" הוא פסול לעדות עַד אשר ישיב, שכן הוא חייב להשיב ואם אינו עושה כן הרי שהוא נחשב לגזלן. אולם, הרב שקופ מבאר כי חיוב זה אינו חל על מי שמשתמש במוחזקות שלו, כי כל עוד שהוא עושה כן אין חיוב בדיני שמיים. כל מה שנאמר בסוגיה האמורה במסכת בבא קמא (דף קי"ח עמ' א'), מתייחס למי ש"בא לצאת ידי שמיים" ומוכן לוותר על מוחזקותו, שהיא המכריעה את דיני הממונות (אף שאינה קובעת מיהו הבעלים באמת). על כן כתב הש"ך (בסימן פ"ח ס"ק ל"ו) כי דין זה של הבא לצאת ידי שמיים הוא מידת חסידות בלבד.

---

463. הרב שקופ מוסיף ומחדש כי כך יהא הדין גם באומר איני יודע אם פרעתיך כששניהם טוענים שמא, שכן אם בא לצאת ידי שמיים הרי שהוא חייב מן הדין לשלם, שהרי כשהחוב ברור והפירעון בספק יש חזקת חיוב, שחזקה זו היא חזקה קמייתא כעין חזקה דעלמא, אלא שאינה מועילה לחייב ע"י בבית דין כי חזקת הממון עדיפה. אבל בדיני שמיים לא מועילה חזקת ממון כלום.

תפיסה בעת חיוב לצאת ידי שמיים

בהתאם להסבר זה נמצא אפוא כי תהא נפקות גם לעניין תפיסה:

- אם יש חיוב בידי שמיים - הרי שאם תפס נוציא מידו.
- אבל אין חיוב בדיני שמיים אלא רק חיוב במקרה של "בא לצאת ידי שמיים" של מי שמוותר על מוחזקותו. כל עוד שהנתבע לא מוותר על המוחזקות - אין חיוב כלל!

על כן נראה כי דברי הרמב"ן המובאים ע"י הריב"ש אינם ראיה שלא מועילה תפיסה, שהרי דברים אלו נאמרו ביחס לסוגיה במסכת בבא קמא (דף קי"ח עמ' א') במי שטען "מנה לי בידך", והלה אומר "איני יודע" שחייב רק **בבא לצאת ידי שמיים**, שהרי במקרה זה כל עוד שהנתבע עומד על מוחזקותו - אין חיוב בידי שמיים.

יסוד הדברים במחלוקת ראשונים

עמדנו על שיטת הש"ך לפיה המונח "בא לצאת ידי שמיים" חופף למונח "חייב בידי שמיים" ושני המונחים מבטאים חיוב גמור בדיני שמיים. לעומת זאת הרב שקופ מסיק כי "בא לצאת ידי שמיים" מבטא אדם שאין לו כל חובה בדיני שמיים, אך הוא רוצה בכל זאת לפעול לפי האמת הקניינית כפי שהיא ידועה בשמיים.

נראה לכאורה כי שתי שיטות אלו משקפות שתי דעות בתוספות במסכת בבא קמא (דף ק"ד עמ' א'). נפרט:

- בגמרא שם מצינו "מעשה בחסיד אחד שלקח (רכש חפץ) מאחד משני בני אדם ולא היה יודע מאיזה מהם לקח. בא לפני רבי טרפון, אמר לו: "הנח דמי מקחך ביניהם והסתלק".
- בהמשך הסוגיה שם מובאת ברייתא לפיה רבי טרפון מודה באומר לשנים גזלתי אחד מכם מנה ואיני יודע איזה מכם, שמחויב לתת לזה מנה ולזה מנה - "שכבר הודה מפי עצמו".
- תוספות שם (ד"ה "שכבר הודה") מביא מהגמרא במסכת בבא מציעא (דף ל"ז עמ' ב') כי אדם "המודה מפי עצמו" הינו אדם הבא לצאת ידי שמיים. במקרה זה הורה רבי טרפון כי עליו לשלם מספק לשני האנשים.

- תוספות מקשה מדוע במעשה של חסיד אחד (במסכת בבא קמא) אמר רבי טרפון: "הנח דמי מקחך ביניהם"? הן מדובר בחסיד ומן הסתם היה בא לצאת ידי שמיים?

- תוספות מתרץ שני תירוצים:

א. אכן, החסיד התכוון לצאת ידי שמיים, אך מלכתחילה ביקש לדעת מהו הדין.

ב. רק בגזל יש דין לצאת ידי שמיים. לעומת זאת בפיקדון ומקח וממכר מכיוון שהחפץ לא בא לידו באיסור - אין לו צורך לצאת ידי שמיים.

- נראה כי תירוצים אלו תואמים למחלוקת הש"ך והרב שקופ.

אם בא לצאת ידי שמיים פירושו כמו שביאר הרב שקופ, שהאדם רוצה לפעול לפי האמת הקניינית כפי שהיא ידועה בשמיים, הרי שאין הבדל בין מקח לגזל. זהו התירוץ הראשון בתוספות, לפיו החסיד שילם הכול אף שמדובר במקח.

לעומת זאת, לפי הש"ך שלצאת ידי שמיים פירושו להיפטר מחיוב הקיים בדיני שמיים, מובנת היטב ההבחנה בין גזל לפיקדון. זהו התירוץ השני של תוספות, לפיו רק בספק הנובע מגזל יש חיוב ולא במקרה של מקח שלא הייתה בו עבירה.

המורם מן הדברים

הנה כי כן, עמדנו על דיני הראיות המעצבים את תורת המשפטים הנמצאת בבסיס דיני הממונות וראינו כי במקרה שאין נכונות לוותר, הרי שאין חיוב מדיני שמיים וגם תפיסה לא תועיל. אולם, בתום הדברים מגיעים אנו למושג נאצל יותר החל על צדדים הרוצים לצאת ידי שמיים ולנהוג על פי האמת. לעניין זה הקדשנו את דברינו בפתח דבר, ועתה נשלם ונסגר מעגל. ואני תפילה כי התמונה שהתקבלה מפרטי הדברים סדורה, שלמה ובהירה.