

דף ו

'חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו...'. הנפקותא בין סברת אביי ובין ההנחה הקודמת — באופן שימחול לו על כל מלוה ישנה שיש לו מן העבר; לדברי אביי לא יתחייב שבועה, כי החשוד על ממון — בגזילה ללא כל סיבה — חשוד על השבועה (ר"ן ועוד).

כתב בספר אילת השחר: דוקא במחילה, אבל אם מודה שאין לו כל מלוה ישנה, אינו נאמן בהודאתו זו לפוטרו מן השבועה. ועע"ש.

ויש מפרשים שאביי לא בא לחלוק על כך שהחשוד על הממון אינו חשוד על השבועה, אלא רק חולק על סברת רבי יוחנן וסובר שאין לחוש שיתקוף אדם בטליתו של חברו בהנמ, אלא חוששים שמא יתקוף בשביל ספק מלוה ישנה שיש לו עליו — לכך שנים אוהזין בטלית צריכים שבועה (עפ"י רמב"ן).

נראה ששנים אוהזין בטלית צריכים שבועה אף אם ימחלו כל מלוה ישנה שיש להם זה על זה, כי אמנם טעם התקנה היה בשביל ספק מלוה ישנה, אבל לא פלוג רבנן בתקנתם, וסתמא שנינו צריכים שבועה.

— אף על פי שסברא זו מועילה שלא נחשיבנו חשוד על השבועה, בכל זאת הכופר בפקדון פסול לעדות, הגם שיתכן ועושה כן מפני מלוה ישנה שיש לו עליו — כי לא עדיף זה מחמסן שנוטל החפץ ומשלם דמיו. אף זה שמעכב פקדונו של חברו בידו כדי לקבלו בחובו, הואיל ולא הסכים עמו חברו על כך — גזלן הוא, אלא שאינו נעשה חשוד על שבועת שקר בגזילה כגון זו, שמורה בה התר (שו"ת הר"י מיגאש, יח. ומובאת בשיטמ"ק).

א. לא זכיתי להבין את עיקר השאלה שם, הלא גם לענין שבועה גופא יש חילוק בין חשוד גרידא ובין גזלן ודאי (כמו שכתבו התוס' ושא"ר, וכנפסק בשו"ע חו"מ צב, ג) שפשוט שפסול להשבע ואין אומרים בו 'מלוה ישנה...'. והראיה, שאביי עצמו שאל לעיל (ה.) 'משתבע, והא גזלן...!'

ב. עצם החילוק בין פסול עדות לפסול שבועה — באר הגרנ"ט (קמד), לפי שהפסול בעדות אינו משום חשש שקר אלא דין הוא שרשע פסול לעדות, מדכתיב 'אל תשת רשע עד'. וסובר הר"י מגאש שאף חמסן שנותן דמים פסול לעדות מדאורייתא [ודלא כהתוס' שאינו אלא מדרבנן. ואולם בתורא"ש מצדד שלפי האמת חמסן פסול מדאורייתא]. מאידך, אין מניעה שישבע, לפי שאינו חשוד שישבע לשקר.

— זה שאמרו כאן שאינו חשוד על הממון משום מלוה ישנה, שמחמתה הוא תופס בחפץ — אין הכוונה שהדין כן, שיהא אדם רשאי להחזיק בחפץ של חברו שניתן לו פקדון או משכון, מפאת מלוה ישנה שיש לו עליו, אלא זה טועה ומורה התר לעצמו, אבל אסור לעשות כן שהרי לא שמו לו אותו חפץ בחובו.

אולם אם יש בידו דמים של חברו ולא חפץ, והלא אין צורך בשומא ואין הפרש בין דמים לדמים — אם יודע בודאות שאותו סכום הוא חייב לו מהלואה ישנה, יכול להחזיקם בחובו ולטעון בבית דין [ואף להשבע] שאינו חייב לו כלום (עפ"י רמב"ן ר"ן ונמוקי יוסף).

[בשו"ת רב פעלים (לרבי יוסף חיים. ח"ג חו"מ ה) נשאל על ראובן שהיה לו עסק ומשא ומתן עם שמעון, ושמעון עשה עמו חשבון מוטעה בטענות שקריות ובזדון, ולקח ממנו שלא כדין יותר מן המגיע לו, ואי אפשר לו להוציא בלעז מפיו. לאחר זמן הזדמן שמעותיו של שמעון נמצאים בידו, ונפשו בשאלתו האם רשאי לקחת ללא ידיעת שמעון, כפי סכום החוב שהוא חייב לו?]

לאחר משא ומתן והוכחות מדברי הראשונים (בין השאר הביא מהשטמ"ק בסוגיין, ע"ש), הסיק להתיר במילוי שלש התנאים הללו: א. שברור וידוע לו מהו הסך שגזלו. ב. אינו רשאי ליטול מחברו אלא דמים, ולא חפץ. ג. שאותו אדם הוא איש אלים, או שיש סיבה אחרת שלא ניתן להוציא גזלו בגלוי — רק אז יכול לעשות דין לעצמו וליטול את שלו גם בדרך ערמה, ללא ידיעת שמעון. ובצוואת הגאון מליסא, בעל 'נתיבות המשפט' (נדפסה בסוף ספרו נחלת יעקב, באות יט) הזהיר את בניו מענין כזה אם יזדמן לפנייהם, שלא לעשות בהעלמה. ושם פלפל באריכות נכדו ר' אברהם תאומים, שנראה מדבריו שאזהרתו מצד מידת חסידות אך מדינא מותר. שו"ר בשו"ת יביע אומר (ח"ו חו"מ א) שהאריך בכל זה, ומסקנתו להתיר לאדם לעכב חפץ שנשכח ע"י בעליו, והוא אדם אלים שגזל ממנו סכום כסף, ושווי של החפץ כסכום הכסף שגזלו. וצ"ע מדברי הראשונים כאן, 'מאן שם לך?'

'הקדישה בלא תקפה מהו' — התוס' מפרשים שהספק הוא האם שתיקתו של השני נחשבת הודאה, או שמא הקדש אינו כתקיפה שתיחשב שתיקתו של זה כהודאה, כי למה יצווה בשביל דבריו. והרמב"ן הקשה לפי זה כיצד רצו לפשוט הבעיה מספק בכורות ומכל ממון שאין יכול להוציא בדיינים, שאינו ענין להודאה. ופירש שיש לומר שפשוט לנו שהקדש כמוהו כתקיפה לענין זה שייחשב הלה מודה בשתיקתו, אלא שהודאה זו אינה חזקה דיה ואין בכחה להוציא ממון מן התפוס [מפני שאינה מבוררת כל צרכה, ויש בה ספק. ער"ן], הלכך אם ההקדש חל, הרי זה כתקיפה והוציאה מידו ואין ההודאה צריכה להוציא מן המוחזק, ואם אין ההקדש חל, הרי לא עשה כלום ואעפ"י שהלה שותק.

והר"ן פירש שמכך שאם תקפה ושתק ולבסוף צווח אין מוציאים מידו, אעפ"י שאין זו הודאה ודאי אלא ספק, מזה משמע שהטלית אינה נידונית כודאי של שניהם אלא ספק, ולכן ספק-הודאה מועילה לתוקף — הלכך יש לומר שההקדש חל לענין איסור מפני הספק, כשאר ספק איסור תורה. או שמא כיון שעתה לא תקפה ואינה שלו לשום דבר, אף לענין הקדש אינה מוקדשת מכחו. לפירוש זה אפילו צווח הלה מיד בתחילת ההקדש, נסתפקו שמא חל ההקדש, כי אין אנו דנים מצד הודאה כלל אלא משום שאדם מקדיש דבר שהוא ספק ברשותו ואלו.

(ע"ב) 'אמר ליה רב המנונא: מתניתין היא, ספק בכורות... ותני עלה אסורים בגיזה ובעבודה... אמר ליה רבה... דקדושה הבאה מאליה שאני' — הסבירו האחרונים ז"ל סברת רב המנונא שלא חילק בין בכור לנידון דידן — לפי שקדושת בכור סיבתה העיקרית היא הזכות הממונית שנתנה תורה לשבט הכהנים, ומשום כך, כל שאין לכהן שום כח וזכות ממון עליו, לא היה ראוי שיחול עליו שום קדושת בכור, ליאסר בגיזה ובעבודה. [ויש מן האחרונים שכתבו שאף לפי המסקנא יסוד זה אמת] (עפ"י שערי ישר הו; וזכר יצחק ח"א נב נד. וע' באריכות בספר בית ישי קכד).

'תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו' — כן פסק הרמב"ם, ותוס' פסקו דמוציאין. וכן דרך הרמב"ם לפסוק כההבנה הפשוטה של המשנה, ודרך התוס' לפסוק כהסוגיא. ויתכן דהרמב"ם לטעמי' דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא, הלכך לא החמירו כאן בפוטור ממונו בספק ממונו של כהן, והוא כפשטות המשנה (טהרות ד) אלו ספיקות שטהרו חכמים. והנה בקונטרס הספקות חקר אי חזקת מרא קמא היא פסק כדין חזקה דמעיקרא, או דין דמספק המוציא מחברו עליו הראיה, ולכאורה זה הספק דהכא, ופסקו תוס' כהצד הראשון, והרמב"ם כצד השני.

ובזה נחלקו הר"ף והרא"ש בבעיות דלקמן ל"ד: דסלקן בתיקו, דלהרי"ף יחלוקו הואיל דאין אחד מוחזק בכפל, ולהרא"ש חזקת מרא-קמא דבהמה פוסקת על הכפל. וקצת' (הגר"א נבנצל שליט"א. וביתר אריכות ע' בספרו 'ביצחק יקרא' נח; טז. עוד בשיטת הרמב"ם ע"ע בסמוך).

'קפץ אחד מן המנויין לתוכן — כולן פטורין' — תמהו התוספות מדוע זה שקפץ לא יתבטל ברוב, שהרי מדין תורה דבר חשוב ו'בריה' אינם בטלים ברוב. וגם אין שייך כאן דין 'קבוע', לפי שאינם ניכרים וידועים, ואם כן בדין שיתבטל ויחויבו כולם במעשר? ונשארו ב'תימה'. [ובתור"פ תירץ שבעלי חיים שחשובים אינם בטלים בכל מקום, ועקרו חכמים דין תורה בשב ואל תעשה (ונראה שזו כוונת מהר"ל בתשובה עב שהביא מהתוס' ריש ב"מ שבריה לא בטלה מדאורייתא. ואין כוונתו מדא"ל ממש אלא לענין נפקותות בדא"ל). וכנראה התוס' שלפנינו לא סבירא להו חידוש זה].

בשיטה מקובצת מובא בשם הרא"ש והריטב"א, שעל אף שיש כאן 'רוב' לחיוב, לא יצא מכלל 'ספק' והרי למדנו 'עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק'.

רבות נשאו ונתנו בספרי האחרונים ביסוד זה, שדין 'רוב' שבתורה אינו בגדר 'ודאי' אלא אמרה תורה לנהוג ולהכריע בספק על סמך הרוב, אבל מידי 'ספק' לא יצא עדיין. (ע"ע: שו"ת זרע אברהם ו, יח; הגר"ט לפני שלמה — ב"ב נג: חדושי הגר"ז בעניני ח"ב לח; ברכת מרדכי ח"א ט, יג. ויסוד זה מצאו לו סימוכין גם בדברי הר"ן בקדושין (ספ"ק בד"ה גרסינן) לענין ספק ערלה).

וכבר פרשו ששאלת הראשונים היא כפולה; יש לדון לחייב מצד שני דינים: א. דין 'ביטול ברוב' (= שאותה בהמה הפטורה מתבטלת בין שאר הבהמות החייבות, ותתחייב גם היא). ב. 'הלך אחר הרוב' (= כל בהמה שיוצאת יש לתלות שפרשה מן הרוב, ואינה זאת הבהמה שפטורה); —

יש שכתבו שההלכה של ביטול ברוב אינה שייכת כאן, לפי שלא התחדש בדין 'ביטול' אלא שהאיסור שנתערב בהתר — פקע והותר, אבל אין ההתר 'רוכש' שם חדש משום שמעורב ברוב. (וראה באריכות בזה אור שמח — מאכ"א טו, י; חדושי הגרש"ק ז; עונג יום טוב ד; שו"ת מהרש"ם ח"ב ד. ונתבאר במק"א). ואף כאן — אין שייך להחיל חיוב על הבהמה הפטורה משום התערובת. אלא כוונת הראשונים בקושיתם, כיון ששייך כאן דין ביטול ואין כאן ענין 'לקבוע כמחצה על מחצה', אף כי אמנם אי אפשר לזו שפטורה 'להשיג' מעלה ולהיות מחויבת, שוב נבוא לדון מצד 'כל דפריש מרובא פריש' לחייב? ועל הלכה זו תירץ הרא"ש שדין 'כל דפריש... אינו ודאי'. (זכר יצחק ח"ב ד. וכיו"ב כתב הגר"ז בענינים — ח"ב לג, ב. בישוב הערת הפמ"ג (יו"ד בש"ד קי ססקל"ז) על לשון הרא"ש).

במק"א באר בזכר יצחק (ח"ב מו, ד) שאפילו לשיטת האומרים שאין חולין מתבטלים בטבל, משום שהתירא לא בטיל' כדברי הר"ן בנדרים (נט:), זה רק משום שאין המיעוט סותר לרוב, לכן אין רוב טבל מבטלו, לא כן כאן שאם נאמר שאחד פטור הלא כולם יפטרו, הלא המיעוט אם יישאר בדינו הרי הוא סותר לרוב, ובאופן שכזה הרוב מתחזק על המיעוט ומבטלו ומושך המיעוט אחריו. וע"ש באות ה.

ולדרך זו, יש לומר שדין 'ביטול ברוב' אכן נידון כודאי, כי לא דנו הראשונים אלא כלפי דין 'הלך אחר הרוב' שענינו הנהגת האדם בספקות ולא הכרעה מציאותית, כנ"ל.

הרי שיטת הרא"ש עצמו (בחולין, פרק גיד הנשה לז), שמותר לאכול תערובת איסור שהתבטל בהתר, אפילו את כל התערובת כולה כאחת, וא"כ לכאורה נראה שלשיטתו אכן האיסור נהפך ונעשה הותר ממש. אך יש לדחות שדוקא לענין איסור והתר סובר שהאיסור נעשה הותר, אבל בענינינו לא יצא מכלל 'ספק עשירי'. (ע' אגרות משה אה"ע ח"ד יו, ה).

לפי הסבר זה, אין להוכיח מכך שהתוס' לא תרצו כהרא"ש, שהם חולקים על יסודו — אלא התוס' הקשו מצד דין 'ביטול ברוב' [שסוברים ששייך גם בנידוננו דין ביטול], ולכן הניחו בפשטות שאינו

בגדר 'עשירי ספק', אבל בדין 'הלך אחר הרוב' אפשר שגם התוס' סוברים שהוא בגדר 'ספק'. (ובחדושי הגרנ"ט (קמז) האריך לבאר מחלוקת התוס' והרא"ש באופנים שונים).

בספר שב שמעתתא (ב,טו) כתב שדברי הרא"ש אינם אמורים אלא ב'רובא דאיתא קמן' כבנידונו, שרוב זה אינו בגדר בירור מציאותי [הגע בעצמך, אלף חנויות מוכרות בשר נבילה ואלף אחד מוכרות בשר כשר — הכי נימא שיש כאן בירור סביר לתלות החתיכה שנמצאה בכשרה? אלא ודאי דין הוא שגזרה תורה שנוכל להסתמך על הרוב], אבל 'רובא דליתא קמן', היינו רוב המבוסס על דרכו וטבעו של עולם, דינו בגדר 'ודאי' [ואף שאין כאן ודאות מוחלטת, הדין קובע שניתן להחשיב בירור כזה ל'ודאי'].

ובשו"ת אגרות משה (אה"ע ח"ד יז, ד ה) חלק על חילוק זה שבין שני סוגי רוב, וכתב (דלא כהש"ש שם ובשמעתא א) שלא דיבר הרא"ש אלא באופן שנתערב מיעוט בתוך רוב, שכיון שכבר נתערב, כל אחד מן התערובת הריהו בגדר 'עשירי ספק', ולכן כל אחד שפרש ממנה — פטור. לא כן יהא באופן של שני עדרים שכל אחד ידוע וניכר במקומו, בהמות העדר הגדול חייבות במעשר, ובהמות הקטן פטורות [כגון שהן 'לקוח' או שכבר נמנו מנין הראוי], וקפצה בהמה אחת מאחד העדרים לדיר, ואין ידוע מאיזה עדר קפצה — גם לשיטת הרא"ש יתחייב, משום ש'כל דפריש מרובא פריש' נידון כודאי, ולא נעשה לנו ספק כלל. וכן כל כיוצא בזה. (נידונו שם לענין 'ספק ממזר' כשרוב פסולין אצלה, ע"ש).

וכן בספר דבר אברהם (ח"א לד, א) פקפק על חילוק השב-שמעתתא, בבאור דברי הרא"ש. ופרש שדברי הרא"ש והריטב"א אינם אלא לענין מעשר, שתלוי בספירת האדם, ואין נקראת 'ספירה' אלא כשברור וידוע לאדם את המספר שהוא סופר. (ודן שם לענין ספירת העומר למי שמוספק איזה יום היום, שאין זו 'ספירה'. וכיו"ב כתב הגרש"ק).

[בבאור חילוקו של הש"ש, ובישוב תמיהת האחרונים עליו מפ"ק דחולין, שמשמע שרובא דאיתא קמן עדיף יותר — ע' בספר בני ציון (מיטאווסקי) קכא. וע"ע באריכות בפירוש תפארת ישראל — בכורות פ"ט].

דף ז

אמר ליה רב אחא מדפתי... יהיה קדש אמר רחמנא — ולא שכבר קדוש' — האחרונים העירו, לשיטת הרמב"ם שכל ספקא דאוריתא אין דינו לחומרא אלא מדרבנן, אם כן מן התורה אותו ספק-בכור הרי הוא כחולין לכל דבר, וכיצד מתמעט משום 'שכבר קדוש'?

יש שכתבו שרב אחא מדפתי סובר כפי ההנחה של רב המנונא לעיל, שאיסור גיזה ועבודה שייך ומותנה בקנינו הממוני של הכהן, ומחמת זכותו של הכהן חלים האיסורים. והיות וכן נמצא שזהו 'ספק ממון' ולא 'ספק איסור', ואין שייך לומר בזה ספקן מותר. ומכאן יש למצוא סמך ומקור לשיטת הרמב"ם שפסק כרב המנונא שתקפו כהן — אין מוציאין מידו. (עפ"י הגרנ"ט — קמו. ועוד. וע"ע שב שמעתתא א, ג).

ובקהלות יעקב (ח) הוכיח מכמה מקומות שאף כי הספק מותר מן התורה ואותה בהמה המסופקת מותרת בגיזה ועבודה, זהו רק כלפי הנהגת האדם ודיניו, אבל אם באמת הוא בכור — הריהו קודש, ואין קדושת הבכור מותנית בהנהגת האדם ודיניו.

אכן אין הדבר פשוט, כי יש מסבירים שיטת הרמב"ם לפי שלא דברה תורה אלא על מציאות ודאית, ולא על הספק, כגון

ד. אמר רב אידי בר אבין אמר רב חסדא: הכופר במלוה — כשר לעדות, לפי שאינו חשוד על הגזל ממש אלא משתמט מחובו עד שיהא לו מה לשלם. הכופר בפקדון — פסול לעדות. ופרשו, כגון שבאו עדים והעידו שבשעה שכפר היה הפקדון בביתו והוא ידע על כך וכד'. והרי זה גולן ממש ופסול, אבל בלאו הכי, אפשר משתמט הוא וסובר לדחות את המפקיד עד שימצא הגנב או עד שימצאנה ויחזירנה לבעליה.

מבואר בגמרא (כאן ובשבועות מה) שכשם שהכופר בפקדון פסול לעדות כך פסול לשבועה.

א. לדברי הרמב"ן (ו.) אין חילוק בין כופר בפקדון שאומר להד"ם ובין אומר נאנסו. [וזה דלא כרש"י שחילק ביניהם]. בשניהם פסול לשבועה. ודוקא בכגון שכפר פעם אחת בפקדון ואחר כך באה לו שבועה ממקום אחר, אבל כלפי אותו פקדון שכופר בו — נשבע, הואיל ולא יצא מבית דין לא נעשה גולן אלא חשוד, והחשוד על הממון אינו חשוד על השבועה. ב. כתבו התוס' [לפי הסבר אחד] שהגולן אינו פסול לשבועה אלא מדרבנן, אבל לעדות פסול מהתורה, משום אל תשת רשע עד.

ג. כפר ונשבע לשקר — פסול, הן במלוה הן בפקדון. (רש"י ותוס' עפ"י ב"ק קז).

ה. מבואר בגמרא שלכך משביעים את השומר שבועה שאינה ברשותו, ואין אומרים מתוך שחשוד על הגזילה חשוד על השבועה — כי כיון שאומר לעצמו הלא נתתי דמים ואיני גולן, לכך לא נחשד על השבועה. [ולא תחמד — משמע לבריות בלא נתינת דמים].

מבואר בתוס' שהחמסן שגוזל בעל כרחו של חברו ומשלם לו דמים — פסול לעדות ולשבועה, ומדרבנן [ואינו פסול עד שיכריזו עליו. עתוס' ב"ק סב. ד"ה חמסן; תורא"ש]. ודוקא כשמתחצף לחטוף מיד ליד בדיעת הבעלים, אבל בכגון זה שאינו מתחצף אלא מעלים חמסנותו ואומר שנאבדה לו — לא נפסל.

ובתורא"ש צדד לפי המסקנא אפשר שחמסן שנותן דמים ולוקח החפץ [ללא אמירת 'רוצה אני'] פסול מהתורה לעדות, אלא שלשבועה אינו נפסל כי אין אומרים בזה מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. (וכן באר הגר"ט בדעת ר"י בן מגאש).

דין כפירה והודאה בשבועת השומרים, יתבאר אי"ה להלן צח.

ודין הודאה שלא ממין הטענה, נתבאר בשבועות מ.

דפים ה — ו

ח. האם החשוד על הממון חשוד על השבועה?

הסיקו (אליבא דרבי יוחנן) שהחשוד על ממון מסויים אינו חשוד על השבועה, ולכך משביעים את השומר שלא פשע בפקדון ושבועה נוספת שאינה ברשותו, ואין אומרים כיון שאתה חושדו שהיא ברשותו, ייחשד גם על שבועת שקר.

אביי אמר: לכך משביעים את החשוד בממון, כי חוששים שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו, ולכך מורה התר ליקח ממנו של זה, שאם יתברר לו אחר כך, יחזיר הממון. אבל לא יישבע לשקר בספק — לכך מטילים עליו שבועה כדי שיפרוש.

- א. לפרש"י ועוד ראשונים, אביי חולק וסובר שבלא הוראת התר זו, מתוך שחשוד על הממון חשוד על השבועה. ונפקא מינה, אם ימחול כל מלוה ישנה שיש לו עליו, כיון שאין לו הוראת התר אין משיביעים אותו. (עפ"י ר"ן ונמוקי יוסף). וקיימא לן כאביי דבתרא הוא. וכן פסק הרי"ף (ר"ן).
- ויש מפרשים שאביי אינו חולק על כך שהחשוד על ממון אינו חשוד על השבועה, רק בא ליתן טעם אחר למשנתנו, שאין חוששים שמא יתקוף בטליתו של חברו בחנם אלא משום ספק מלוה ישנה (עפ"י רמב"ן).
- ב. במה דברים אמורים — בחשוד, אבל גזלן-ודאי או כופר בפקדון, הריהם חשודים על השבועה ואין משיביעים אותם, וכמו שנתבאר לעיל (עתוס).
- ג. יש דנים לומר שכשם שהחשוד על הממון אינו חשוד על השבועה, למ"ד, כך החשוד על איסור חמור כאשת איש, אינו חשוד על שבועת שקר, כי השבועה חמורה ביותר לבריות (ע' נוב"י אה"ע תנינא עו, בהגהה מבן המחבר. ולענין חשוד על ממון, האם חשוד על שאר איסורים — עתוס' תור"פ ורא"ש וריטב"א להלן כד: — עפ"י התוספתא; שו"ת חות יאיר קמב ד"ה והנה טעמא).

דף ו

- ט. שנים אוחזין בטלית וטוענים עליה בעלות, מה הדין במקרים דלהלן?
- א. תקפה אחד בפנינו.
- ב. הקדישה אחד ולא תקפה.
- ג. באו לפנינו כששניהם אוחזים בה, ולאחר שהורנו להם לחלוק ויצאו, באו כשאחד תפוס בה. זה אומר: הלה הודה לי, וזה אומר לא כי אלא השכרתיה לו בדמים.
- ד. אחד אוחו ואחד נסרך.
- א. תקפה אחד בפני בית דין והלה שותק (לפני בית דין. ולאחר שיצא חזר וצווח. רשב"א) — הרי הודה. ואם צווח, אין תקיפתו של זה כלום (בין שתק בפנינו בין בפני עדים. ערמב"ן).
- ואולם אם בתחילה שתק ואחר כך צווח (קודם שיצא מבית דין. רשב"א), נסתפק רבי זירא האם שתיקתו מתפרשת כהודאה או שמא כיון שצווח עתה הוברר שתיקתו אינה הודאה אלא סבר הרי רואים אותי הדיינים ולמה אמחה.
- א. הואיל ולא נפשט הספק, אין מוציאים מיד התוקף (רא"ש ועוד). אבל אם חזר השני ותקפה בפנינו, אעפ"י שחברו צווח מתחילה ועד סוף — יחלוקו כדין הראשון (רמב"ם טוען ונטען ט, יב; רשב"א).
- ב. תקפה שלא בבית דין אלא בפני עדים והלה שתק ולבסוף צווח — יש שאמרו שהרי זו הודאה, כי אין שייכת הסברא שלכך שתק מפני שראוהו החכמים. אבל הרשב"א כתב להפך, שבזה ודאי אין שתיקתו מורה על הודאה, כי אומר אצוות אחר כך בבית דין במקום המשפט ולמה לי לצווח עתה.
- ג. כל זה אמור בשנים אוחזין, אבל אדם שחטף בפנינו דבר מחברו, אעפ"י ששתק ולבסוף צווח — פשוט שמוציאים מידו של החוטף (עפ"י רשב"א).

ב. אם תמצוי לומר תקפה אחד בפנינו מוציאים מידו — ודאי אם הקדישה בלא שתקף — אינה מקודשת. אם תמצוי לומר תקפה אין מוציאים מידו, הקדישה בלא תקפה — הרי זה ספק, האם דומה לתקפה מפני שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, או שמא כיון שלא תקפה אין בידו להקדיש, שאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו (ואיש כי יקדש את ביתו קדש — מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו). והסיקו (ו.) שאין ההקדש חל.

התוס' ועוד ראשונים מפרשים בששתק הלה בתחילת ההקדש ולבסוף צוות. והר"ן פירש אפילו בצוות מעיקרא, שמא חל ההקדש משום שהוא ספק שלו.

ג. בתחילה היו שניהם אוחזים, ולאחר שיצאו מבית דין באו כשאחד תפוס בה לבדו, זה אומר הודה לי, וזה אומר השכרתיה לו בדמים — אין טענתו של האחרון טענה, שאומרים לו, עד עתה חשדת לו בגלזן ועכשיו אתה משכיר לו?! — הלכך זה המוחזק זכה בה.

אם טען תקפה ממני בחזקה — הרמב"ם (טוען ונטען ט, יג) כתב שאינו נאמן. ושאר הראשונים כתבו שנאמן, ואין יכול המוחזק לומר חזר והודה לי או לקחתיה ממנו (עפ"י תוס', רא"ש, רמב"ן ורשב"א). ויש אומרים אף אם טוען השכרתיה לו בפני עדים והלכו להם למדינת הים — נאמן ב'מגו' שהיה יכול לומר תקפה ממני (רשב"א. וכן צדד רמב"ן).

ד. אפילו לסומכוס שמיקל בחלוקת ממון המוטל בספק, מודה שסירכה לאו כלום הוא, הלכך זה שאוחז בה הרי היא שלו.

י. א. ספק בכורות — מה דינם? תקפו כהן, האם מוציאים מידו אם לאו? האם אסורים בגיזה ובעבודה? כיצד דין תפיסה בשאר ספיקות ממון?

ב. מה דין ספק-בכור לענין מעשר בהמה?

א. ספק בכורות, בכור אדם ובכור בהמה טהורה או טמאה — המוציא מחברו עליו הראיה. ואם תקפו כהן — רב המנוגא סבר אין מוציאים מידו, ורבה דחה שמוציאים מידו, וסייעו רב חנניה. וכן הסיק אביי.

מבואר בתוס' שגם לדעת האומר אין מוציאים מידו, אם הכהן אינו ממכירי כהונה, יכול הבעלים לתבוע ממנו דמי טובת הנאה, מפני שיש לו הזכות ליתנו לכהן אחר. ספק בכור בהמה טהורה — אסור בגיזה ועבודה, אעפ"י שאין לכהן בו חלק, הרי שמא הוא בכור ונתקדש מאליו מרחם.

א. התוס' והרמב"ן והמרדכי ועוד ראשונים, נקטו להלכה שתקפו כהן — מוציאים מידו (וכ"כ מהרי"ל בשו"ת קעד). אלא שכתבו כמה הגבלות וחילוקים בדין זה; —

1) דוקא כשתקפו באיסור אבל תפס ברשות — אין מוציאים. [אבל בקרקע אין מועילה תפיסה אפילו ברשות, שבהזקת בעליה הראשונים עומדת]. ואפילו בספקא דדינא שאין יכול לטעון בו ברי, מבואר בר"ן (להלן ט: בספקא דרבי אלעזר) שאם תפס ברשות אין מוציאים ממנו.

הגיע החפץ לידו בתורת שאלה או פקדון ובא עתה לתפוס — אין זו 'תפיסה ברשות'

כי התפיסה הראשונה בתורת שאלה היתה והחפץ נחשב בחזקת בעליו (כן כתב תרומת הדשן שכא).

(2) עוד כתבו התוס': דוקא תפס לאחר שנולד הספק — מוציאים מידו, אבל תפיסה שקדמה ללידת הספק — מועילה. [מלשון התוס' בכתובות יש לשמוע שנקטו כהנחה ודאית שתפיסה קודם שנולד הספק מועילה אפילו בשמא (וכן משמע בהג"א ב"ב פ"ח טו. ולכאו' נראה שכן דעת הר"ן הנ"ל). ואילו הרא"ש כאן נוקט שכל תפיסה שאין יכול לטעון 'ברי' — אינה מועילה, אפילו תפס קודם לידת הספק. ואולם י"ל (עפ"י דברי הרא"ש בבכורות פ"א טו בשם הרמב"ן) שכל שהבעלים הראשונים התפיסו מדעתם כדי שיהא שלו, ועתה כשנולד הספק ממשיך בתפיסתו — מועילה לו תפיסה זו. משא"כ כשתפס מעצמו אפילו בהתר. עפ"י תרומת הדשן שכא].

(3) הרמב"ן כתב שבכל דבר העשוי להתברר אחר כך, אם תפס אין מוציאים מידו, שאין מטריחים את בית דין שתי פעמים. [ואם החזיק בקרקע ואכל פירות — מה שאכל אכל, אבל את הקרקע מוציאים מידו אפילו בספק דעבידא לאגלויי]. לא אמרו מוציאים מידו אלא בדבר שאין עשוי להתברר. בין שהוא ספק במציאות בין שהוא ספק בדין (ערמב"ן ור"ן).

[עוד כתב הרמב"ן: דין זה בין בברי וברי בין בשמא ושמא או בברי ושמא. ואולם הרא"ש כתב שבברי מועילה תפיסה כנגד מרא קמא. ויתכן שלא נחלקו אלא הרא"ש מדבר כשיש דררא דמונא והרמב"ן דיבר בספק שנולד על פי טענותיהם בלבד. וצ"ע].

(4) ספק שעל ידי הכחשת שני כתי עדים — יש אומרים שבוה אין מוציאים מיד התופס, כי אין הולכים אחר חזקת מרא קמא בתרי ותרי (ערמב"ן ר"ן ורשב"א).

(5) וכן אם תפס שלא בעדים, נאמן ב'מגו' שיכול לומר לא תפסתי. ואולם אם הוא ספקא דדינא, אין שייך להאמינו ב'מגו' ואין תפיסתו מועלת. (ערמב"ן ר"ן ורשב"א).

(6) פעולת קנין שהיא מסופקת אם מועילה — מבואר מדברי הראב"ד והרא"ש (להלן ה-ט, יב) שמעמידים החפץ בחזקת בעליו הראשונים (אפשר שלא דיברו אלא בספקא דדינא וכד', והרא"ש לשיטתו שאין מועילה שום תפיסה ב'שמא'). ואילו הר"ן (ט): נקט שהואיל והלוקח תפס ברשות, נשאר החפץ בידו, ואעפ"י שהספק הוא בעצם מעשה הקנין (ודוקא כשהחפץ ברשותו בשעת לידת הספק, אבל בלאו הכי — מעמידים בחזקת מרא קמא, וכמו שכתב בעצמו להלן יב בספק זרק ארנק לחצרו ויצא בפתח אחר, שמעמידים בחזקת הנותן ולא המקבל). שיטת הרמב"ם שתקפו כהן — אין מוציאים מידו. גם מדברי הר"ף (בב"ק פ"ב, ע"ש ברא"ש אות ה) נראה שמועילה תפיסה בספקא דדינא אפילו לאחר שנולד הספק. והרא"ש חולק.

ב. במקום שאין אחד מהצדדים מוחזק יותר מחברו [ודינם בחלוקה], אם תפס האחד — אין מוציאים מידו. אבל אם החפץ נתון תחת יד שניהם, הרי כל אחד יש לו חזקה במחצה יותר מחברו, הלכך מוציאים מיד התוקף. (רמב"ן עפ"י הר"ף. וע' גם ברא"ש להלן סי' כד, ועוד).

ג. הספקות נכנסים לדיר להתעשר. ופרשו בספק פטרי חמור שפדאם בשה, ואין בו קדושה [וגם אין לכהן זכות בהם] הלכך חייבים במעשר.

משמע בסוגיא שאם נוקטים תקפו כהן אין מוציאים מידו, הרי יש לכהן בו זכות ואין

יכול זה לפטור ממונו בממונו של כהן, ואינו מתעשר עם השאר. ואם יש תשעה והוא — כולן פטורים, שהרי ספק-מעשר פטור בתורת ודאי, ואין כאן אלא תשעה. ואולם הרמב"ם ספק אין מוציאים מידו ואעפ"כ אין זה נחשב ממונו של כהן, כי בפטר-חמור לא זכה כהן, והרי כבר הוחזק הבעלים בשה. (עפ"י רשב"א). ואולם ספק בכור בהמה טהורה אינו נכנס להתעשר, שהרי אם הוא בכור הוא קדוש ופטור ממעשר. [וספק מעשר פטור מלעשר. עשירי ודאי אמרה תורה, ולא ספק].

ספק בדין דינו כספק במציאות ופטור. (ע' שו"ת מהרש"ם ח"א ט; אבני נזר אה"ע יז, טו כ, יד יז"ד תסז, יב — עפ"י בכורות נח).

דין קפץ אחד מן המנויים לתוכן, ודין מנין הראוי פטר — נתבאר בבכורות נח-נט. שה שפדו בו פטר חמור, האם נכנס לדייר להתעשר — בבכורות יא. דין ישראל שירש פטר חמור, ספק או ודאי — נתבאר שם.

דפים ו — ז

- יא. א. שנים שהיתה מריבה ביניהם על נכס, זה אומר שלי הוא וזה אומר שלי הוא, וקם אחד והקדישו — האם הקדישו הקדש?
- ב. נגזל שהקדיש את הנכס שלו הנמצא ביד הגזלן — האם הקדישו הקדש? ומה הדין כשהקדישו הגזלן?
- א. רב המנונא סבר להוכיח שההקדש חל אפילו אין יכול להוציאו בדיונים. ורבה דחה הוכחתו. ומסקנת הגמרא היא שכל שאין יכול להוציאו בדיונים, כגון שאין לאחד מהם הוכחה על בעלותו — אין הקדישו הקדש. ואם יכול להוציאו בדיונים; בקרקע — הקדישו הקדש, לפי שעומדת ברשות בעליה. ובמטלטלין — אין הקדישו הקדש, מפני שאינן ברשותו.
- א. דנו האחרונים על גזלן שגזל קרקע והוא איש אלם שאינו מציינת לדיונים, האם זה כאינו יכול להוציאה בדיונים, כמי שאין לו הוכחות וכדו', או לא. (ע' נודע ביהודה תנינא אה"ע עז; פרי יצחק ח"ב סה, ל. ועתוס' ב"ב מד: ד"ה דלא), שארבע אמות קרקע שיש לו לכל אדם בא"י יכול להקנותה. ואעפ"י שיושבים בה עתה נכרים ואי אפשר להוציאה מהם. וע' גם בשו"ת מהרי"ל עו. ואולם הרמב"ם (שלוחין ושותפין ג, ז) דחה סברה זו, שאינה נחשבת 'ברשותו'. וע"ע חזו"א חו"מ א, כז שביעית כא, ה).
- ב. מה שאמרו במטלטלין אין הקדשו הקדש אפילו יכול להוציא בדיונים, דוקא כאשר המוחזק כופר, אבל מי שיש לו פקדון ביד חברו ולכשיתבענו יתן לו — הריהו עומד ברשות בעליו ויכול להקדישו. (רי"ף בשם גאון; תוס' ועוד).
- ואולם מלוה בשטר שיש לאדם על חברו — אינו יכול להקדישו, שאינו ברשותו ומחוסר גוביינא (ר"ן. וע' גם רמב"ם — שלוחין ג, ז). וי"א שבשכיב מרע — יכול להקדיש. או אף בבריא — אם הניח לו הלווה משכון, יכול המלוה להקדיש החוב שכנגד המשכון (ע' בשו"ת רשב"ש סה. עוד על הקדשת חוב — ע' מלחמות ה' פ"ד דב"ק; שו"ת מהרי"ק פט; קצוה"ח ריא סק"ה. ועתוס' ב"ב עז וקובץ ענינים).