

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 ופני 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 הגרשש"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 יז, 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