

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 שמספק 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

'לא יבא ממזר' — ממזר ודאי (ומכאן מקור שיטת הרמב"ם, כפי שכתב בתשובתו. וע' במובא ביוסף דעת קדושין עג). ואף כאן י"ל שלא קדשה תורה את הבכור אלא זה הידוע והודאי. ואולם יש מקום לחלק בין איסורין כגון ממזר וחלב, שבמהותם הם ענינים דיניים, ובין קדושת בכור שהיא תלויה במציאות הבכור ולא בדינים שחלים עליו.

עוד העירו אחרונים לשיטת הרמב"ם, מה צורך בדרשת 'עשירי ודאי' ולא ספק. ע' שו"ת מהרי"ט ח"ב א; פרי חדש יו"ד קי ריש כללי ס"ס; נוב"ת יו"ד קצו. וע"ע במובא בקדושין עג לענין 'ממזר ודאי'.

[לכאורה יש לומר שמקור דברי הרמב"ם מגמרא בכתובות טז: דתפסה מאתים ואמרה איתנסו ולא העבירו חבית סתומה. והתוס' שם לשיטתם דל"מ תפיסה העמידו בדליכא עדים דתפסה דאית לה מיגו. ולהרמב"ם היה נראה זה לדוחק. ועוד דאם כן קשה מה תקנו בכך שגם לאלמנה מעבירים חבית, הלא אם אתה חושש שתתפוס ותשקר, גם עתה תשקר ותאמר לא תפסתי]. ואם כנים הדברים יצא שלשיטת הרמב"ם מועילה תפיסה גם בספק שאינו אלא על פי טענותיהם. וצ"ב].

**ישראל שיש לו עשרה ספק פטרי חמור בתוך ביתו — מפריש עליהן עשרה שיין ומעשרן, והן שלו' — תמהו בתוספות מדוע נקט עשרה שיין, והלא שה אחד פוטר כמה פטרי-חמור. ועוד, מה חידוש השמיענו כאן שלא שמענו ממשנת 'הספקות נכנסין לדיר להתעשר'? ומה חידוש ב'זהן שלו'?** (וע' תור"פ).

הגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל מדווינסק כתב (בהידושי הש"ס) לפרש, שאם אכן הפריש שה אחד על כל הספקות, הלא אפילו אם רק אחד מן הספקות הוא פטר-חמור באמת — השה שיין לכהן, וכיון שיש כאן כמה ספקות לחומרא, תועיל תפישתו של הכהן. ואולם כשמפריש שה לכל חמור, הרי על כל שה ושה אין בו אלא ספק שקול ואין מועילה תפיסת הכהן. ומיושבות לפי זה קושיות התוס'.

**'מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן, במסותא מקרקעי עסקינן, דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותיה קיימא' — כמה מרבותינו האחרונים (ע' שו"ת אחיעזר ח"ג לח; קהלות יעקב ב"מ כח,ב). בתירוץ קושית הגרע"ק (א) בארו שהגדרת 'אינו ברשותו' אינה תלויה רק בקניני גזילה שיש לגזולן בחפץ, אלא כל נכס שאין עליו שליטה לבעליו, ואינו בחצרו — הרי הוא כבר אינו ברשותו, וכגון אבידה המונחת במקום אחר ואין הבעלים יודעים היכן היא. [לאפוקי חפצים שלו המונחים חוץ לחצרו ויודע על מקום הימצאם ויש לו גישה אליהם].**

במה דברים אמורים — במטלטלין, אבל קרקע הלא במציאות היא קיימת ברשותו, שהרי היא עצמה — רשותו. אמנם, זה רק כאשר יכול להוציא בדיינים, אבל אם אין יכול להוציאה, הגם שהיא ברשותו ה'גיאוגרפית', אך כיון שהוא מנוע מאפשרות שימוש בה, הרי גם זה בכלל 'אינו ברשותו'. וכענין שכתב רש"י (בב"ק מה) ששור הנסקל שנאסר בהנאה, אינו ברשות בעליו ולכך אי אפשר להקדישו. שאף על פי שעומד בחצרו, כיון שהוא נעדר משימוש, הרי הוא כאינו ברשותו. (עפ"י קהלות יעקב בב"ק ל,ג. וכבר דנו האחרונים לאותן השיטות החולקות על ר' יוחנן, וסוברות שאפשר להקדיש דבר שאינו ברשותו (ריש לקיש ו'צנועין'. בב"ק סח:) — האם זה גם בשאי אפשר להוציא בדיינים — ע' זכר יצחק ח"א ל (א-ב), לא — באריכות רבה בכללות הענין).

לאור הנזכר יתכן שאף לדעת הסובר קרקע נגזלת (רבי אליעזר — בב"ק קיז:), נחשבת עדיין ברשות בעליה, שהרי אין הגדרת ה'רשות' תלויה בהכרח אם יש לגזולן קניני גזילה אם לא, כאמור, אלא הרשות המציאותית והשליטה הן שקובעות. (כן כתב בשו"ת עונג יום טוב צג; שו"ת אחיעזר שם).

אמנם מקושיית רעק"א נראה שנקט שהכל תלוי בקניני גזילה. ולכך נקט (בשבועות לג) כהנחה פשוטה שדעת האומר קרקע נגזלת — הרי היא גם יוצאה מרשות בעליה. וכשיטת רעק"א כן כתב בנתיבות המשפט (מט סקי"ז). עפ"י אחיעזר. וע"ע: אמרי משה — לד; בית ישי — צג.

'זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת, והשאר חולקין בשוה. מחוי ליה רבי אבהו: ובשבועה' — יש גורסים 'והשאר בשבועה' — ומשמע שעל מה שתופסים אין צורך בשבועה (כך היא שיטת בה"ג רמב"ם נמו"י ומרדכי. וכן סתם השו"ע — חו"מ קלה, ג. וכן פסקו הב"ח והת"ח). ואמנם יכול הוא לגלגל עליו שבועה על כל מה שבידו — שכדין נטל.

[ואף על פי שעדיין יש לחוש שמא ילך כל אחד ויתקוף בטליתו של חברו ויאמר שלי היא, והלא זו היא הסיבה שתקנו כאן חיוב שבועה (כן הקשו התוס'?) — יש לומר, כיון שסוף סוף משביעו מדין 'גלגול שבועה' שוב מירתת ולא יתקוף. ואמנם באופן שיתפסו שניהם את הטלית כולה, זה יתפוס כל החצי וזה יתפוס כל החצי — אין כאן שבועה. אך זהו מילתא דלא שכיח ולא תקנו על מקרה כזה. כן כתב בספר נחלת דוד.

וצריך באור, הרי עדין יש לחוש שמא יתקוף, ולא יחפוץ להשבע בשקר על השאר, ויישאר החלק התפוס בידו ללא כל שבועה? — וכבר נחלקו הפוסקים (ע' חו"מ צד, ז) האם דין גלגול שבועה קים כאשר אין רוצה הנתבע להישבע על הטענה העיקרית אלא משלם עליה ממון. ואפשר שכאן הכל יודו שאם אינו חפץ להשבע כמו שטוען, וחברו ישבע שכולה שלו, אף אותו חלק שתפוס בו זה — יזכה בו השני, כי כן היתה התקנה שלא יטול ללא שבועה, כדי שלא יהא כל אחד תוקף טלית חברו].

שיטת התוס' הראב"ד הרמב"ן הרשב"א והרא"ש — שאף על מה שבידו צריך להשבע מעיקר הדין, ולא משום 'גלגול'. וכן נקטו להלכה לעיקר הש"ך והסמ"ע ועוד (חו"מ קלה, ג).

'שנים אדוקין בשטר... במקומם דברי הכל יחלוקו, כי פליגי בשאינו מקוים... ולית ליה מתני' שנים אוחזין...?' — כתבו התוספות (בע"ב ד"ה ויחלוקו). שאין חולקין מסך החוב כולו הנקוב בשטר, אלא הלוה יפרע למלוה חצי מדמי השטר לפי מה ששוא להימכר. (וכן הובא ברמ"א — חו"מ סה, טו מרבנו ירוחם ועוד).

וטעם הדבר, כי באופן שהמלוה והלוה מוחזקים בשטר, אין כאן מוחזקות בחוב, כי אין תפיסה של שנים מועילה אלא כלפי הדיון על החפץ עצמו. ואף כאן, הנידון על השטר בתורת חפץ, שהוא שוה-כסף.

ובזה מובן מה שמבואר בגמרא [מכך ששאלו 'ולית ליה מתניתין שנים אוחזין...'], שאפילו לדעה האומרת שאין חוששין לפרעון (כדלהלן), שלא מסתבר שהשטר נפרע ונפל מידי הלוה, כי יש להניח שהיה קורעו — גם לדעה זו, אם הלוה מצא את השטר והגביהו ראשון, וטוען 'פרעתיו' — הרי הוא שלו. וזה צריך באור, הרי אין ראייה מאחזיתו בשטר שהוא פרוע, שהרי מצאו בחוק, והרי אין לנו להניח שנפרע ונפל ממנו, ומה טעם יש בדבר? — אלא משום שהנידון כעת הוא על בעלות וזכות על השטר בתורת חפץ, והרי זכה בו הלוה (עפ"י חדושי ר' אריה ליב מאלין — ח"א פו. וע' פנ"י).

ובספר בית ישי (צא, א) פרש בדרך אחרת כיצד מוחזקות בשטר מהוה כמוחזק בחוב; וקיצור דבריו הנוגעים לענין זה, ששטר-חוב מלבד הראיה הנוצרת מהחזקת המלוה אותו, על קיומו של החוב, הרי הוא משמש גם כ'אפסרא דארעא' — היינו, כמו שמחזיק בקרקע המשועבדת. [וכעין שטר מכר, שהתופס בו כתופס את הקרקע. ואף שעבוד הרי הוא נידון כבחינת קנין]. ומצד חזקה זו, עצם

מוחזקות המלוה בשטר, גם במקום שאינה מעידה על אי-פרעון, כמו בנידוננו, הרי היא מהווה זכות ותפיסה בשעבוד. וכפי שבארו כמה מהאחרונים שטענת 'שטרך בידי מאי בעי' אינה ראייה (גרידא) אלא דין זכות שיש לו בחוב, בעצם החזקת השטר. והאריך לפרש בזה את דברי הגמרא והראשונים בענין 'מודה בשטר שכתבו'. וע"ע: בית הלוי ח"ג מב,ג; חזון איש אה"ע עב סק"ז; אחיעזר ח"ג עד; אבן האול — שכירות ו,ה; מלוה יד,יד; טוען יד,ח.

**רבי סבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו... ורשב"ג סבר מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו** — וזה שנחלקו באופן של שנים אדוקין, והלא היא מחלוקת כללית בכל טענת 'פרוע' בשטר שאינו מקוים — להשמיענו חידוש בדעת רשב"ג, שאף על פי שהורע השטר בנפילתו, וגם הלזה אדוק בו — אין צריך קיום (נחלת דוד. וע' חדושי הר"ם ויד דוד וש"מ).

**(ע"ב) זיחלוקו נמי דאמרן, לדמי...'** — וכן מסקנת ההלכה, שכל דבר שאילו ייחלק — ייפסד, אין חולקין אותו אלא בדמים. ואם לא ייפסד — חולקין ממש. ואם ההפסד פחות מחומש — מחלוקת הפוסקים. [ומקור לשיעור חומש, הוציא בספר תרומת הדשן (שלו) מהמשך הסוגיא — 'בשלמא טהורה חזיא לבשר', ע"ש].

וכן הדין כלפי מה שאמרו שכל אחד זוכה עד מקום שידו מגעת, אם ייפסד כתוצאה מחלוקת גופו של בגד — ייחלק בדמים (חושן משפט קלח,ד. וע"ע להלן לז:).

## דף ח

**זוהא דתנן היו שנים רוכבין על גבי בהמה וכו' הכי נמי דפלגי לה, הא אפסדוה, בשלמא טהורה חזיא לבשר...'** — אף על פי שסתם בהמה העומדת לחרישה או לחלב, דמיה מרובים מזו העומדת לבשר, כמבואר בכמה מקומות, אך הואיל ואין הפרש רב ביניהם אלא כפי הנראה הוא כחמישית מהסך הכולל, לכן יכול לכפות האחד על השני חלוקה בבשר (עפ"י תרומת הדשן סי' שלו, ע"ש ביתר פירוט).

ויש חולקים וסוברים שאפילו בהפסד פחות מחומש — אין חולקים ממש אלא בדמים. ונראה שאין קושיא מהגמרא על שיטה זו, כי כוונת הגמרא רק להוכיח שלשון 'חלוקו' על כרחו מתפרש בדמים ולא חלוקה ממש, וזה דוקא בטמאה שודאי שניהם אינם רוצים לחלקה ממש. משא"כ בטהורה הלא יש לפרש כגון שאתה רוצה לשחטה ויכול לחייב את חברו לחלקה ממש, שהרי לפי הנחת הסלקא-דעתין אנו נוקטים שאף בשטר שמפסיד המלוה דמי כולו בקריעתו, יכול הלזה לכופו לחצותו ממש. וא"כ אף בבהמה יש לפרש כן כמו בשטר ואין הוכחה שלשון 'חלוקו' אינו ממש. ואולם לפי האמת שהוכיחו שהחלוקה בדמים, אף בבהמה טהורה אי אפשר לחייב להפסידה בחלוקה, אף לא בהפסד מועט.

**זאת אומרת המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, דאי סלקא דעתך...'** — אף על פי שאין כל העולם בקיאים בדינים, ואין עולה על דעת כל מוצא אבידה, שדרושה כוונת קנין עבור חברו — בארו המפרשים, הואיל וכל אחד רוצה לקנות, הרי דעתו על האופן המועיל בדרכי הקנינים, וכיון שזוכיית כל אחד מהם מותנית בכוונת חברו, הרי על דעת כן הם מגביהים, שיזכו בה שניהם, כי זכיית האחד תלויה בזכייתו של האחר (ע' בחדושי הגר"ח מטלו, ועוד. ואף על פי שכל אחד אינו מודע לסברא