

לא איברו סהדי אלא לשקרי

אריאל ברקאי

ראשי פרקים

1. דיני קניינים	א. פתיחה
2. גזל וגניבה	ב. רוב וחזקה
3. פיקדון	ג. עדים
4. מלוה	ד. עיקרון השימוש בראיות השונות
5. הגדרת החילוק בין תחומי הממונות השונים	ה. איסורים
יב. דבר שבערווה	ו. דיני נפשות
יג. שיטת הרמב"ם	ז. דיני ממונות
יד. אזלין בממונות בתר הרוב	ח. שיטת הרשב"א
טו. סיכום	ט. שיטת רש"י
	י. השלכה להבנת הודאה בממון
	יא. חיובי ממונות מסברא ומהתורה

א. פתיחה

בדיני התורה מצינו מספר דרכי בירור, כשהבולטים שבהם - עדים, רוב וחזקה. ביחס צורות הראיה השונות לתחומים השונים דנו כבר רבות, מהראשונים ועד האחרונים, והגדילו לעשות הישב שמעתתא והישערי ישרי, שליבנו את הנושא בנושא שלם על כל השלכותיו. אנחנו ננסה לגעת לא לגעת בנושא עצום זה, כשעיקר התמקדותנו בדיני ממונות ובידיעה שכל דברינו הם בגדר טענה הזקוקה עדיין לראיה.

ב. רוב וחזקה

הרוב והחזקה במהותם הם ניסיון לברר את השאלה מתוך המציאות, על ידי כלים שגם האדם במהלך חיי היום יום משתמש בהם. בסוגיה בחולין מצינו: "מנא הא מילתא דאמור רבנן אוקי מלתיה אחזקה"¹. ומסקנת הגמרא: מחסגרת הכהן את הבית. והרי בזמן הסגרתו, כבר יצא מן הבית, אף על פי כן - סומך על החזקה שהנגע נשאר בעינו. חזקה הינה הנחה

1. חולין י ע"ב

בסיסית המנחה אותנו יום יום. אנו לוקחים כדבר מובן מאליו, שדבר מסוים נשאר על עומדו, כל עוד לא הוברר לנו אחרת. איננו מתלבטים כל היום האם ביתנו עומד או חרב. כל חיינו מותנים בהנחה זו. אמנם, לגבי הרוב, הגמ' שם לא מצליחה להוכיח את מקורו (ברוב דליתא קמן), אבל הדוגמאות שהיא מביאה, גם הן שייכות להנחות פשוטות וברורות. למשל, מ"מכא אביו ואמו, דאמר רחמנא: קטליה, וליחוש דלמא לאו אביו ואמו? אלא לאו, משום דאמרין זיל בתר רובא, ורוב בעילות אחרי בעל".² ואמנם הגמ' דוחה, אך הנחה זו שבן הוא בן להוריו היא פשוטה ומוסכמת בחיי היום יום, ואין התלבטות מחודשת בדבר.³

כמובן שצריך להעיר, שביישום של הרוב והחזקה, אין זה תמיד יישום שבחיי היום יום לא היינו מסתפקים בו. להפך, היישום הוא בספקות, אבל שורש הדבר נעוץ בהנחה שכך פועל ההיגיון המציאותי.

ג. עדים

ישנה דרך ברור נוספת - עדים. עדים זה חידוש של התורה, התורה נתנה יכולת לעדים לבוא ולקבוע קביעה לגבי המציאות. קביעה שמשנה את ההנחה המציאותית שהייתה עד כה. עדים מקיימים דבר.

הגמרא בשבועות, לגבי הדין מתי דיניים יושבים ובעלי דינים עומדים אומרת: "דהא עדים כגמר דין דמו וכתוב בהו יועמדו שני האנשים"⁴ "כלומר, העדאת העדות נחשבת כקובעת דין, ולא רק כניסיון בירור מציאותי, אלא כיצירת מציאות חדשה - גמר דין. גם תוס' פירשו כעין זה: "וקול (של עדים) לר' יוחנן לאו מעשה הוא? דבדבריהו מתעביד מעשה שמתחייב הנידון".⁶ משמע שדיבור העדים לכשעצמו נחשב מעשה והוא מחייב הנידון. לא רק בירור מציאות, אלא יצירת מציאות. וכן עולה ברמב"ם: "כמו שציונו לחתוך הדבר על פי שניים עדים ואע"פ שאין אנו יודעים אם העידו אמת אם שקר, כך מצווה לשמוע מזה הנביא אע"פ שאין אנו יודעים אם האות אמת או בכישוף ולט".⁷ ועל יסוד זה האריך הרבה הישערי ישרי' שער שביעי "דמה שאמרה תורה ע"פ שניים עדים יקום דבר, אין כוונת התורה שהעדים יבררו רק האמת לפני בי"ד אלא שהעדים פועלים לחדש אצל בי"ד כוח חדש לחתוך הדין".⁸

2. שם יא ע"ב
3. הרוב המדובר כאן הוא ליתא קמן. ברובא דאיתא קמן יש לדון האם הוא מכריע, או גם כן כלי מציאותי (כי הוא נלמד מ"אחר רבים להטות" - שם י ע"א), וזה יכול להיות תלוי בשני הפירושים ברש"י (שם יב ע"א) למקור הסופי לרוב דליתא קמן. האם "הלכה למשה מסיני", או שגם הוא נלמד מ"אחרי רבים להטות" והוא דומה לאיתא קמן.
4. דברים יט, יז
5. שבועות לע"ב
6. ב"מ צ ע"ב ד"ה "רבי יוחנן"
7. הלכות יסודי התורה פ"ח ה"ג
8. ובישערי ישרי' עצמו שם, ביאר שיש שני דינים בעדים: בירור האמת וקיום הדבר.

אם כן, נסכם: העדים הם התערבות חיצונית למציאות היוצרת דבר חדש במציאות. בחיי היום יום עדים אינם משמשים לנו לשום דבר, אלא הם רק מציבים מולנו עובדה שדרך החיים לא התודענו אליה.

ד. עיקרון השימוש בראיות השונות

לכאורה, ניתן אולי לומר שכאשר התחום אותו אנו באים לברר מזיק רק בירור מציאותי, "מה זה" וכדו', די לנו בכלי ראייה שבאים מתחום המציאות, דהיינו רוב וחזקה. ובתחום בו הדבר הנדרש הוא לחדש משהו במציאות, ליצור דבר, נתחייב שהראיה הנדרשת תהיה ראייה יוצרת, היינו עדים.

ה. איסורים

בתחום האיסורים⁹ התורה קבעה הלכות מסויימות, איסורי אכילה וכו', ואנחנו רק צריכים לברר האם החלב הזה הוא אכן חלב או שומן. פוסק לא יוצר כלום בפסקו, הוא רק מברר את המציאות וההלכה השייכת למציאות זו. איסור התורה כבר חל על הדבר והבירור ההלכתי מברר את מה שהיה גלוי קמיה שמיא. החלת האיסור בידי שמיים, וחכמים מבררים מתי חל האיסור. לפיכך די לנו להשתמש בכלי הבירור של רוב וחזקה.^{10 11}

ו. דיני נפשות

בדיני נפשות¹² מצינו פסוק המחייב עדים - "על פי שניים עדים או שלושה עדים יומת המת".¹³ ואכן, בדיני נפשות, אין כאן רק קביעה האם ההלכה כך או כך. בנפשות, בית דין מטילים חיוב מיתה על האדם ומוציאים אותו מן העולם. צריך בית דין שיחייב את חיוב המיתה הזה (בתוספת כל התנאים המתבקשים). לולא בית דין אין כאן כלום. אף הרוצח הידוע לכל, בזמן שאין סנהדרין שקובעת דין מיתה, ההורגו חייב מיתה (מה שא"כ באיסורים). כלומר, בית דין

9. עיקר דיוננו אינו בתחום זה, ותורת הראיות בו גדולה מארץ מידה. אנו רק מצביעים על עיקרון שנראה לנו לקוצר ראייתנו נכון.
10. פשוט שגם עדים יועילו גם מצד הבירור, ואולי גם מצד הקיום. אך לא צריך להגיע לכך כדי להכריע.
11. בדיני האיסורים לא צריך התכנסות מחודשת של בי"ד כל פעם לפסוק הלכה. כל פסיקה מבוססת על עקרונות קבועים מראש וניסיון לשחזר ולהתאים את העקרון למציאות הנתונה.
12. הכיוון שאנו הולכים בו הוא כישב שמעתתאי שער ד פרק ח, שהיכא שנאמר עדים, היינו דווקא עדים ולא שום ראייה אחרת, ולא כישערי ישר' שער ג שחולק על זה וסובר שעדים למעט עד אך לא שאר ראיות.
13. דברים יז, ה

קובעים מציאות חדשה בעולם. מוציאים אדם להריגה. ממילא, הראייה הנדרשת לכאן לא יכולה להישאר במסגרת הקביעה המציאותית, אלא צריך ראייה מקיימת - עדים מקיימי דבר, שיחילו דין מיתה על האדם (על ידי בית הדין).

אמת שגם בנפשות מצינו שהולכים "בטר רובא", כעולה ממסקנת הסוגיה במסכת סנהדרין דף סט ע"א וע"ב. אך שם השאלה שאותה הרוב פוטר, איננה השאלה של החלת המיתה על האדם, היא איננה השאלה המקיימת, אלא שאלה מציאותית - האם ניתן לתלות שטעו בעיבורא דירחא. זו לא שאלה שנוגעת ישירות למיתה. שאלה כזאת, מציאותית, ודאי שניתן לפתור ברוב. וכן רוב נשים לא איילוניות בבא על אחת מכל העריות. השאלה האם היא איילונית היא מציאותית ורק אחריה אנו נפסוק על פי עדים מקיימים את חיוב המיתה.¹⁴ וכדבר הזה דברי ר' יוחנן "סוקלין ושורפין על החזקות"¹⁵ היינו כי החזקה "שאישי ואשה תינוק ותינוקת שגדלו בתוך הבית" לא קובעת את ההריגה אלא רק פוטרת את השאלה המציאותית המוקדמת האם אלו בניהם! על כך עונה החזקה, אבל על החלת דין הרוצח הגורר חיוב מיתה ודאי שצריך לעולם שני עדים.¹⁶

ז. דיני ממונות

התחום השני בו מצינו פסוק המחייב עדים הוא בדיני ממונות "על פי שניים עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר".¹⁷ לכאורה לפי העקרון שקבענו צריך לבאר שגם בדיני ממונות בית דין

14. עקרון זה דומה ליסוד שה'שב שמעתתא' שם ישב הסוגיא - השב שמעתתא ביאר שכאשר כבר פשטנו את הספק ע"י רוב החזקה לפני המעשה הבא לפנינו הרי שאנו יכולים להתבסס על הפסיקה כדי להכריע בנפשות. הדברים יכולים לדור גם בכפיפה אחת, אנו רק באים לבאר את שורש הדבר.

15. קידושין פ ע"א

16. ומה שהקשה הישערי יושר' שער ג פרק א על הישב שמעתתא' אם הטעם של סוקלין על החזקות והולכים בטר רוב בנפשות הוא אותו טעם (לשיטת הישב שמעתתא' מטעם אחר, עיין לעיל הערה 14) מדוע הסוגיות בסנהדרין ובקידושין לא קישרו את נושאי הדין שלהם. ויותר מזה לא התלבטו כלל בחזקה, ואילו ברב הגמרא התלבטה, ועוד הקשה מדוע בסנהדרין הסברא לא ללכת אחר הרב בנפשות הוא "והצילו העדה" ולכאורה היה צריך להיות הטעם משום "על פי שניים עדים". לכאורה לא קשה, כי ברור לגמרא שדין שניים עדים הוא רק בקיום הדבר וברב בסוגיה בסנהדרין כלל לא בזה עסקין אלא שמדין אחר הקשתה הגמרא, אמנם יש כאן לילך כאן בטר רוב אך עדין אולי לא נלך אחר רוב כי "והצילו העדה" וא"כ יש לנו לתלות במיעוט ולהציל. אבל כל זה נכון ברב שיש לתלות במיעוט כי הרב לא מלמד במהותו דבר על עצם הספק אלא על הכלל ומתוך הכלל אני גוזר לפרט וא"כ אולי נחוש שהפרט מהמיעוט אך בחזקה שבה דנה הגמרא בקידושין, החזקה מבררת את עצם הספק הפרטי ולא שייך לתלות במיעוט לא שייך "והצילו" ולכן לא קישרה הגמ' את שתי הסוגיות.

עוד הקשה שם בישערי יושר' מתינוק שמושלך בעיר שרובה ישראל, שפסק הרמב"ם שאם קדש אשה אינו נהרג הבא עליה או אם הרגו אותו אין נהרגין עליו וגם לשיטתנו קשה לכאורה שהרי כאן השאלה אם הוא יהודי או לא, היא שאלה מציאותית ויש לפושטה ע"פ הרב וא"כ לקיים דבר ע"י העדים. אבל הימגיד משנה' וכן הבי"ח אבן העזר סי' ד' ביארו סברת הרמב"ם שם מטעם קבוע שעיר הוי קבוע וא"כ אין כאן כלל רב ואין הכי נמי אילו היה רב היינו הולכים אחריו.

17. דברים יט, טו

שפוסק דין הוא לא רק מברר מציאות מי בעל הממון, דבר שהיה נתון כבר קודם רק לא גלוי, אלא בית דין יוצר יצירה, הוא מעביר ממון מאחד לשני ואכן גם בממונות אנו זקוקים לבית דין לפסוק ויש בו מן הסממנים הדומים לדיני נפשות, אלא שיש לברר את הנושא יותר.

ח. שיטת הרשב"א

בגמרא קידושין¹⁸ ילפינן "דבר דבר ממון" היינו ערוה ממון¹⁹ ומקשה הגמרא: "אי מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אף כאן (בערוה) הודאת בעל דין כמאה עדים דמי" ותיירץ רב כהנא "התם לא קא חייב לאחרני הכא קא חייב לאחרני", וכתב הרשב"א שם "ויש לומר דגבי ממון דאי לאו דכתב רחמנא 'אשר יאמר כי הוא זה'²⁰ דמינה גמרינן הודאת בעל דין היא דלעולם לא מקימא מלתא אלא בסהדי משום דכתיב 'על פי שניים עדים או שלשה עדים יקום דבר...' אלא דאתא 'כי הוא זה' וגלי לן דיקום דבר במקום דאיכא חובה לאחרני כתיב, והלכך עריות דכתיב בהו 'דברי' על כרחן לצד ממון שיש בו חובה הוקשו ולא לצד ממון שאין בו חובה".

יוצא לרשב"א ששולא חידוש של הודאת בעל דין אכן היינו מזקיקים בממונות תמיד שני עדים ואף לעצם החלת קנין ולא היינו אומרים "לא איברו סהדי אלא לשקרי" ולפי סברתנו זאת משום שבממונות כל העברת ממון מאחד לשני אף בהסכמה הוי יצירה במציאות קיום דבר וצריך עדים, אלא שהתורה חידשה הודאת בעל דין, ובהבנת דברי הרשב"א אחר החידוש מצינו שני פירושים. ה'קצות' בסימן רמא ס"ק א, ביאר שחידוש התורה רק קבע שהודאת בעל דין כמאה עדים, ולכן יש קיום כאשר יש הודאת בעל דין. ואין הכי נמי, גם בהעברת ממון בהסכמה בעי קיום, אלא שהתורה חידשה שגם הודאה יוצרת (בממון).²¹ ובי'ערוך השולחן²² סימן רמא ביאר שחידוש התורה, שכאשר יש הודאת בעל דין לא בעינן עדים, כי אין חיוב לאחר. רק כשיש חיוב לאחר חידשה התורה שבעינן שני עדים. ולפי דרכינו נאמר, שחיוב לאחר הוא סימן בעלמא ליצירת דבר חדש במציאות. כאשר לא מתחייב כאן אף אחד וכולם מודים להעברת ממון לא הוקם כאן כלום, אבל כאשר יש כאן התנגדות מסויימת, כגון: הוצאת ממון מאחד לשני היא קיום דבר - יצירה.²³

היוצא לפי זה, שיש כאן מחלוקת יסודית האם כל העברת ממון היא יצירת דבר קיום, או רק כאשר ישנה הכחשה, חיוב לאדם אחר.

18. ס"ה ע"ב
 19. עיקר הלימוד בגיטין צ ע"א
 20. שמות כב, ח
 21. וה'קצות' אזיל בזה לשיטתו ב'שב שמעתתא' שבממונות בעינן דוקא עדים ושום ראייה אחרת לא מועילה להוצאת ממון.
 22. ישנו גם פירוש הישערי ישרי שער ז פרק א, ודברינו לקמן ב'ערוך השולחן' לקוחים ביסודם מדברי הישערי ישרי אלא שהשערי ישרי' לוקח דבריו לכיוון אחר לכן לא נתלינו בו.
 23. זה מעין מה שכתב הישערי ישרי שם.

ט. שיטת רש"י

כל זה בדברי הרשב"א, אבל מצינו לרש"י בחולין ד"ה "עד אחד נאמן באיסורים" שיטה אחרת בזה. וכתב שם: "ולא הצריכה התורה עדים לעונש ממון או מיתת בית דין או לעריות, דגמרינן דבר דבר ממון".²⁴

עולה מדברי רש"י שכל דין שניים עדים שנאמר בממון לא נאמר אלא בעונש ממון.²⁵ משמע שרק בעונש דהיינו לכאורה קנס, וכפשט²⁶ הכתובים לאחר מכן שמדובר בעדים זוממים, שלהלכה - "קנסא הוי". על זה קבעה התורה "על פי שניים עדים", ודווקא כאן הוי יצירה. ודמי לנפשות, שהוי גם כן עונש, מה שאין כן סתם העברת ממון שהיא רק הגדרה ובירור המציאות של מי הממון הנ"ל. ואף בקרן בגניבה ונזיקין וכו', יש לאמור שזה בירור שהוא חייב לו. ושום יצירה וקיום דבר אין כאן. ורק בקנס שבית דין מוציאים ממון השייך לאחד ומעבירים לשני, בעיני שני עדים, כי יש כאן קיום דבר, יצירה. זה חידוש, שסתם בדיני ממונות, אף כשיש הכחשה, לא בעי שני עדים.

י. השלכה להבנת הודאה בממון

לאור האמור לעיל, יש ליישב קושית ר' עקיבא איגר בגיליון השי"ס' במכות,²⁷ שכתבו שם תוסי' לחלק בין קנסא וקטלא דגברא לאו בר חיובא הוא לבין ממונות שכן בר חיובא מרגע המעשה ובארו שבקנס הואיל ויכול לפטור עצמו בהודאה לא בטוח יתחייב. ובקטלא בעי דרישה וחקירה ולא בטוח יתחייב. ואילו בממון כן בר חיובא, כי "קרוב לודאי שיבואו עדים ויעידו". והקשה ר' עקיבא איגר "תמהני למה הוצרכו לזה והלא בפשוטו בממון דאף דליכא לעדים כלל אלא הוא בעצמו אומר לא כי אלא לויתי בע"ש... מ"מ הוא בעצמו שידוע האמת בר חיובא הוא ומוטל עליו לשלם מה שאין כן בקנס דלקושתא במילתא אינו מוטל עליו לשלם דכל זמן שלא חייבוהו ב"יד אינו מחויב כלל". ולפי דברי ה'קצות' ו'ערוך השולחן' ברשב"א ישרו דברי תוסי' כי לפי ה'קצות' אף שכשיש הודאה הוא חייב לשלם היינו משום שההודאה היא המקיימת מרגע ההודאה. אבל כשאין הודאה, צריך משהו אחר שיקיים. וכל עוד לא הודה לא מקרי בר חיובא עד שיבואו עדים ויקיימו. לכן הוזקקו רש"י ותוסי' לסברא אחרת. וכן לערוך השולחן אילו הייתה כאן הודאה, אכן לא היה כאן כלל קיום, ורק בירור מציאותי. אך כל עוד אין הודאה, העדים עצמם מקיימים. וכל עוד אין עדים - לא בר חיובא, ללא טעם אחר. אכן, סברת רע"א אתי שפיר על פי רש"י, שבכל ממון (מלבד קנס) יש רק בירור מציאותי ולכן גם

24. י ע"א

25. וכן ברש"י על התורה שם ד"ה "עד אחד", כתב שם: "לא קם לעונש ממון".

26. פשט כפשוטו של רש"י.

27. מכות ה ע"א

הודאה מועילה, כי חייב מאז שקרה המקרה, רק אנו צריכים לברר הדבר ולכן מקרי בר חיובא מרגע ראשון.²⁸

יא. חיוב ממונות מסברא ומהתורה

אכן יש לדקדק בדברי רע"א שהקשה ממקרה של מלווה בממונות, ובמלווה ייתכן שכולי עלמא יודו שהוא חייב להחזיר מרגע ראשון, מטעם 'ממוני גבד'. ואין כאן כלל יצירה של העברת בעלות ממונית. להיפך, יש כאן השבת ממון לבעליו. דברינו לעיל מיישבים דברי תוסי' בשאר דיני ממונות, ועמדה קושיית רע"א במלווה ועמדו דברי תוסי' בשאר דיני ממונות. על פי החילוק הנ"ל בין מלווה לשאר ממונות, יש לבאר דברי תוסי' בכתובות: "אבל מלווה כולי עלמא מודו דלא טרפא למשעבדיה ואינה באה מכוח התורה, דסברא הוא שיש לו לשלם מה שלוה ממנו".²⁹ וכתב זה כנגד נזיקין שחיובן מן התורה ולא מסברא. וזה לכאורה תמוה, וכי המזיק חבירו שצריך לשלם הנזק אינו סברא פשוטה, אלא הכוונה כדלעיל. במלווה לא צריך שום חידוש כדי להחזיר הממון למלווה, כי זה שלו מעיקרא. אבל בניזקין, אף שהחיוב פשוט, העברת הממון מבעלות אחת לשניה היא חידוש ויצירה.³⁰

על פי דברים אלו מתיישבת קושיית הישערי יושרי³¹ שהקשה על הישב שמעתתא כיצד אמר שלהוצאת ממון לא מהני אלא עדים, והרי מצינו "חזקה אין אדם פורע תוך זמנו",³² ושם זה להוציא ממון. ולפי זה אתי שפיר, כי שם איירי בחוב ידוע, רק השאלה האם פרע או לא. וזה אינו בגדר יצירה וקיום כלל, אלא רק השבת ממון לבעליו ותועיל חזקה.

וכן צריך לומר בשכירות, שהגמרא בבבא מציעא³³ אומרת שבתוך זמנו אינו נאמן לומר נתתי, ושוב - אותה הסברא שהעבודה שעבד השכיר היא הממון שנמצא אצל השוכר, וכוונתו לו ממון הוי. ולכן הוצאת הממון איננה כלל יצירה (והשוואת הגמרא שם לבכור, רק לעניין השימוש בסברת החזקה, ולא לגבי הוצאת ממון, כי בבכור אין כלל תובע ונתבע. וכדברי רש"י שם ד"ה "עד שיאמרו" - "לגבי כהן לא שייך למייתי לשון יביא ראייה, דכהן לאו בעל דינו הוא, ואי בעי

28. ואין להקשות מדיני התשלומים בגניבה, שקרן משלם כעין שגנב, ותשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמישה בשעת העמדה בדין (בבא קמא סה ע"א). וכתב הרא"ש: "יעוד סברה הוא דקרן נתחייב בשעת גניבה, אבל כפל וארבעה וחמישה לא מחייב עד שעת העמדה בדין, דאי מודי מיפטר", כי הרא"ש רק ביאר הסברה שבקנס אין משלם בשעת הגנבה, ולזה גם תוסי' יודו כדכתבו להדיא.

29. נו ע"א ד"ה "הרי זן"

30. ובאופן קצת אחר, אפשר לומר ע"פ דברי מהרא"ח שהביא היקצות' סימן מב ס"ק ב, שכל ממון דאיתא בחזרה הוא בחזקת הבעלים, ולכן במלווה ושאלה המוחזק הוא המלווה. אבל הרא"ח חדש יותר מדברינו, כי לפי דברינו ייתכן שבספיקות דמתי להחזיר עדיין נראה הלוח כמוחזק, מסברת מאן דכאיב ליה ליזיל לביה אסיא (ב"ק מו ע"ב), כי הממון בידו ורק לשאלת הבעלות אנו טוענים שכשנוציא מהלווה אין זו יצירה וככל דיני ממונות לרש"י כלקמן.

31. שער ג פרק ב

32. בבא בתרא ה ע"א

33. קב ע"ב

אמר לדידך לא יהיבנא אלא לכהן אחר. ולהכי תני עד שיאמרו לו (השכנים), ומשיאמרו לו המצווה מוטלת עליו שיפדה הוא עצמו".

ובזה מתיישבת מחלוקת האמוראים בבבא קמא באומר לחבירו: "מנה לי בידך, והלה אומר איני יודע. רב הונא ורב יהודה אמרי - חייב, רב נחמן ור' יוחנן אמרי פטור".³⁴ וטעם המחייבים כי ברי ושמא - ברי עדיף. ולכאורה, לפי מה שאמרנו ברשב"א, רק עדים מוציאים ממון, וכיצד ברי ושמא מוציא (ואמנם לא קיימא לן שחייב, אבל מה נעשה לדעת המחייבים).³⁵

ולפי דברינו מיושב, שאין הכי נמי, במלווה וכו' לכולי עלמא אין דין הקמה, כי אין כאן כלל יצירה, אלא השבת ממון לבעליו.³⁶

נחזור לדברי התוס' בכתובות שהבאנו לעיל ונאמר שגופא זה הגדר. כל דיני ממונות שהתורה פירטה, מודיעה היא לנו שבעי קיום הדבר, אבל שאר דיני ממונות, עליהם לא חל הפסוק "על פי שניים עדים". ונפרט מעט.

1. דיני קניינים

דיני קניינים בהגדרתם הם העברת בעלות, יצירת בעלות חדשה, דהיינו - קיום דבר. ואכן, התורה ביארה לנו כיצד קונים ומעבירים בעלות בקנייני קרקע הנלמדים מן הפסוקים,³⁷ וגם קנייני מטלטלים לשיטת ר"ל³⁸ שמשיכה קונה, "או קנה מיד עמיתך". וכן לר' יוחנן ש"מעוות קונות", כפירוש רש"י: "כדאשכחן גבי קונה מן ההקדש שאמרה תורה 'ונתן הכסף וקם לו'³⁹".⁴⁰ וכן קנין חצר:⁴¹ "המצא תימצא". ואמנם, לא לכל דיני הקניינים מצינו במפורש פסוקים, אך עצם עיקרון הקנין מצינו מן התורה. ועוד, אף שאין פסוקים ישנה חלוקה בין קניינים שתוקפם דרבנן, לאלו שתוקפם דאורייתא. כגון ד' אמות של אדם שקונות לו, ודנו ראשונים כיצד זה מועיל בגיטין דאורייתא,⁴² וכן בקנין אגב שהוא דרבנן לשיטת תוס'⁴³ דן היקצות,⁴⁴ לגבי כח הקנין לדאורייתא וכן קנין משיכה לר' יוחנן שלא ברור האם מועיל לחלוטין, למשל גבי "נתנה לספר או לבלן"⁴⁵ העולה מזה שאף שאין לימוד מפורש לכל קנין עצם מושג הקניינים הוא דאורייתא ופועל מדאורייתא, ויישום קניינים ספציפיים עליהם נאמר שפועלים מדרבנן. לכן, פעולת קנין היא ודאי פעולת יצירה ובעינן "על פי שניים עדים" (לשיטת הרשב"א ותוס').

34. קיח ע"א

35. קושיה זו שמענו מפי מו"ר הרב קירשטיין.

36. אלא שכאן יש ספק האם היה כאן מלוה בכלל. יש מקום לטעון שיש כאן הקמה, אך אם נקבל את העובדה שיש כאן חוב לשיטת הטוען, ברי הרי שהחייב נוצר מרגע ההלוואה, שבוה אולי חלקו האמוראים.

37. קידושין כו ע"א

38. ב"מ מז ע"ב

39. ויקרא כז, יט

40. שם מז ע"ב ד"ה "סבר ליה כר' יוחנן", אמנם יש שפרשו אחרת בר' יוחנן, אך יושב כלקמן.

41. ב"מ י ע"ב

42. גיטין עח ע"ב

43. ב"ק יב ע"א

44. סימן רב ס"ק ה

45. ב"מ מח ע"א וברמב"ם הלכות מעילה פ"ז ה"ט (ועיין קושיית היכסף משנה' שם).

2. גזל וגניבה

ולכאורה בגזל וגניבה - לפי דברינו לעיל נאמר "ממוני גבך" לפחות בעוד הגזלן בעין, אבל אין זה כך, שהרי גנב וגזלן קונים החפץ משעת משיכה והוצאה מבית בעלים, וכדברי תוס':⁴⁶ "דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים". ומטעם זה משלמים בשעת הגזלה (וכ"ש כשעשו שינוי נוסף שיקנה להם החפץ). ולכן, כדי להחזיר הממון לבעלים, צריך מעשה קיום. ועוד למדנו בגזלן: "אמר ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו. זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו".⁴⁷ וזה שונה מפיקדון וכדברי הרי"ף - "הני מילי היכא דכפרי דצריך להוציאו בדינין. אבל היכא דאית ליה פיקדון גבי חבריה, וכי תבע ליה מניה יהיב ליה ניהלי - כמקרקעי דמי, דקיימא לן דפיקדון ברשותא דמרא הוא".⁴⁸ עולה מהרי"ף⁴⁹ שגזל וגניבה, הואיל ויש כפירה וצריך מעשה על ידי בית דין, לא נחשב ברשותו, ולכן נאמר גם אנו דבכהאי גוונא הוי מעשה של בית דין, ומעשה יצירה וקיום, ובעי עדים.⁵⁰

3. פיקדון

ואכן בפיקדון החזרת הפיקדון איננה פעולת יצירה, אלא רק החזרה לבעלים. ואם ברור שזהו פיקדון שהופקד - יכול המפקיד להוציא ללא כל פקפוק, כי הוא הבעלים היחידים,⁵¹ ואין בפעולת ההוצאה יצירה. ואף בשואל כן הדין.

ואמנם גם שואל מתחייב באונסין.⁵² ומצינו מחלוקת⁵³ האם משעת משיכה מתחייב, ולכאורה כגזלן, או משעת האונס. וחלקו בזה הרמב"ן (עיין נמ"י שם) והרמב"ם⁵⁴, שהרמב"ם סבר משעת משיכה, וניחא לרמב"ן, יוצא שאף בשואל ברשות הבעלים. אבל הרמב"ם לכאורה קשה. וכבר דן בזה ה'קצות',⁵⁵ וביאר שלכולי עלמא שומרים (כולל שואל) משלמים כשעת הפשיעה (וכך הביא מה'מגיד משנה' בפשיטות), שלא כגזלן שכשעת הגזילה. ותמה, הרי לרמב"ם מתחייב משעת משיכה. והביא שיטת הרמב"ן שאין הכי נמי, הואיל וקיימא לן שמשעת פשיעה, גם התשלומים משעה זו. ולבאר דברי הרמב"ם הביא ריטב"א (בשיטה במפקיד) שכתב וז"ל: "ויש לומר דשואל לא קני כלל, ולא אפקיה מרשותיה, כי הבעלים יכולים למוכרו ולהקדישו.

46. ב"ק יא ע"א ד"ה "אין שמין"

47. ב"מ ז ע"א

48. שם ג ע"ב לדפי הרי"ף

49. וכן עולה מהרשב"ם ב"ב פח ע"א ד"ה "ברשותא דמרייהו קיימי"

50. אין זה רק דבר טכני שרק על ידי בית דין ניתן להוציא, והראיה שזה פוגם ביכולת ההקדשה וכן המכירה בב"ק ע ע"א.

51. עיין כתובות פה ע"ב תוד"ה "ועוד" ושם כל הדיונים.

52. ואין להקשות מבי"מ קג ע"א תוד"ה "פרדס" שחילק בין קרקע למטלטלין, שכתב שבמטלטלין השואל מיקרי מוחזק, כי הוא דווקא בשאלת זמן השאילה, אבל לא על עצם הבעלות על החפץ, וגם על דברי תוס' אלו חלקו תוס' ב"ב סא ע"ב וכתבו שהואיל וסופו לחזור - מיקרי הבעלים מוחזק, ועייל לעיל הערה 30.

53. ב"ק קיב ע"א

54. הלכות שאלה ופיקדון פ"א ה"ה

55. סימן רצא ס"ק א

הלכך חיובו בשעת האונס. אבל גזלן, משעת גזילה אפקיה מרשות בעלים למכירה ולהקדש. וכיון שכן, על האי שעתא בעינן לחייבו".

יוצא מזה כדכתבנו לעיל, שאף שהשואל מתחייב משעת משיכה, מכל מקום הואיל ולא קונה הוא לעניין הקדש וכדכתבנו לעיל, לא מתחייב לשלם, אלא כשעת האונס. ולכן גם בשאילה אין יצירה בהשבת החפץ לבעלים ולא הקמת דבר, אלא רק בירור מציאות והשבת ממון לבעליו. ואמנם ה'קצות' שם דחה דברי הריטב"א, אבל גם לפי חילוקו דברינו עומדים. שהביא שם ריטב"א אחר מפרק "השואל" שסובר שאפילו להך לישנא (דחייב משעת משיכה), לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר, דהא כל מה שהוא בחיים ברשותיה דמרי אתה, וליכא לשומר שום חיוב, אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיכא חיובא עליה - משתעבדא נכסי למפרע משעת משיכה. ולכן ביאר, שלמרות שחל חיוב זה משעת משיכה - ערך החיוב משעת האונסין, אבל גזלן רמי חיובא עליה ממש משעת הגזילה. ואם כן, שוב עולה כדברינו, שבשואל אין זו הוצאת ממון מרשות בעליו, והחזרת הממון - רק בגדר החזרה טכנית של הממון לבעליו, ולא הקמת דבר, שלא כגזל. ויותר מפורש ב'קצות' סימן שמ ס"ק ד, ושם ביאר בהקשר שאין לשומרים חובת השבה,⁵⁶ וכתב "דשומר אין עליו חיוב השבה כלל כל זמן שהוא בעין, ודווקא גנב וגזלן הוא דמחייב בהשבה, אבל שומר אינו חייב בהשבה, אלא כל היכא דאיתא - ברשות בעלים הוא, והבעלים מחזירים על שלהם". הרי שכתב להדיא שהואיל וכל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא, אין אפילו חיוב לשומר להשיב, כי הממון של הבעלים וברשותם, ואין כלל הוצאת ממון מהשומר לבעלים, ובוודאי שלא הקמה ויצירה.⁵⁷

וחיובי התורה בפיקדון אינם כלל בהשבה לבעלים כגזל וגניבה, אלא חיובי תשלומים במצב שאין החפץ נמצא כבר אצל השומר - פשיעה, גניבה, אבידה, אונס. ולא שייך כלל "ממוני גבד", ובוזה באמת פסק התורה הוי יצירה, ובעי שני עדים לקיים דבר, או אם שלח בו יד דאז הוי כגזלן.

56. ויש להעיר, שלכאורה השאלה האם יש לשומרים חיוב השבה, היא ספק מפורש בירושלמי ב"מ פ"ח ה"ב (הביאו ה'בית יוסף' חושן משפט סימן שמג), והסתפק בשאלה היום ושכרה למחר מה דינה בלילה, וביארו הספק שם (כך ביארו תלמידי הרשב"א, ב'בית יוסף') האם יש לשואל חובת השבה או לא. אם כן, הרי שכל עוד לא השיב בלילה הוי כשואל, ואם לא - אז לא. ולפי זה, הואיל ובבבלי הכרענו, בב"מ פא ע"א, שכלתה שמירה לאחר הזמן, אף בבית השואל יוצא, שנפשת ספק הירושלמי לבבלי, ואין חיוב השבה לשואל, וכדברי ה'קצות' (וכן כתב שם היפני משה').

57. ודברינו כאן, כנראה לכל, הם לשיטת ה'קצות' אך לשיטות אחרות אין הדברים פשוטים כל כך, עיין סימן פו ש"ך ס"ק י, ו'קצות' ס"ק ד. ובאמת יש לבחון דברי ה'קצות' והראשונים שהביא מגמ' סנהדרין עב, גבי בא במחותרת, אומרת הגמ': "ולא היא, כי אוקימנא רחמנא ברשותיה (דגנב) לענין אונסין, אבל לענין מקנה ברשותיה דמרייהו קיימי, מידי דהוה אשואל". הרי שהגמ' השוותה שואל לגזלן לגבי העובדא שקיימי ברשותיה דמרייהו. וב'קצות' סימן שנא ס"ק ג כתב שבכהאי גוונא של קים ליה בדרבא מינה (בוזה עסקה הגמ' בסנהדרין), אין חיוב השבה לגזלן, בשונה מכל גזלנים ובדומה לשואל. ולפי דבריו בסימן שמ, לכאורה מעשה גזלה בקלבד"מ הוא לא קונה כשאלה, ולכן אין חובת השבה. ומה שהגמ' השוותה גזלן לשואל, היינו דווקא בכהאי גוונא, אבל סתם גזלן - כן קני. וכדברי רב שם בגמ': "אפילו נטל, דהא יש לו דמים ונאנסו חייב, אלמא ברשותיה (של גנב) קיימי". וזה חידוש גדול ועדיין הדברים צריכים עיון גדול.

4. מלוה

ובמלוה, מה שכתבנו בפשטות שהוי "ממוני גבד", אף שמצינו לרוב ראשונים שכתבו,⁵⁸ שאין אדם יכול להקדיש מלוה הואיל ואינו ברשותו, כך מובא ברי"ף שם והביא ראיה לכך דברי ר' יוחנן שגזל, הואיל ולא ברשותו - לא יכול להקדישו. ואמנם חלקו על זה, וכך הביא ב'דרכי משה'⁵⁹ 'מרדכי' שכתב שיכול להקדיש, אך לא קיימא לן הכי שם בא"ע סעיף ח. לכאורה אין זה קשה, כי במלוה אין הטעם משום שאין הממון של המלוה אצל הלוה, אלא שאין הממון מבורר כדכתב הרמב"ן ב'מלחמות' שם. לביאור הדבר "ואי בעי לאחלופי באחריני מציי", ואין כאן ממון ספציפי אותו מקדיש המלוה, ולכן לא ניתן לדבר על ממון ברשותו. אבל אנו עוסקים בעצם החיוב לשלם, ובזה ודאי שיש ממון של מלוה אצל לוח, והשבתו בגדר השבת ממון לבעליו.⁶⁰ וכן לכאורה בדברי ה'קצות' בסימן קצח', שביאר גם שם בשומרים כדברים שהבאנו לעיל בשמו. אך כתב, שהלוואה שלהוצאה ניתנה הוי כגזלן ויש חיוב השבה. אף כאן יש לומר, שבמלוה מצד ההסכמה ש"ממוני גבד", כולי עלמא מודו, ואין כאן כפירה כלל, אלא שזה ממון לא מוגדר, וחובת הלוה להגדיר איזה ממון הוא המושב, דאם לא כן - לא יוכל המלוה לחזר אחר שלו, כי אין שלו ספציפית. ולכן יש חובת השבה, אבל היא רק פעולת בירור הממון שהלוה חייב לפלוני.

5. הגדרת החילוק בין תחומי הממונות השונים

צריך להוסיף ולבאר, שהרי לכאורה, בין במלוה ובין בשואל ומפקיד, כשהלוה או הנפקד מכחיש - הוי ליה גזלן, ושוב בעי עדי קיום, כי הרי הוציא החפץ מרשות בעליו (כי אין יכול להקדישו, וכדלעיל). ובכגון זה דיבר רע"א שהלוה מכחיש, אבל הוא יודע שחייב. אלא שיש חילוק ביניהם, כי במצבים הנ"ל לפני שבאו לבית דין המצב המציאותי שיצר את החיוב הוא ממון של פלוני שנמצא אצל פלוני, ורק ההכחשה אחר כך בבית דין הוציאה את הממון מבעליו. ועוד טרם בואם לבית דין היה ממון של המלוה אצל הלוה, והיה על הלוה להחזיר. ולכן, ניתן לראות אותו חייב מרגע ראשון, ואין הכי נמי, יכול להיות שכל עוד אין עדים שיעידו שהוא הלוה לו, צריך עדי קיום לעצם ההלוואה. אבל אחר שידענו על ידי עדים שהייתה הלוואה - התברר שהוא היה בר חיובא להחזיר הממון גם קודם, ואלו דברי רע"א. וכך גם ניתן לומר ברשב"א לעיל כאשר אין הודאה והאחד מכחיש את חברו ומיחייב, הרי ההכחשה יוצרת בכל תחום של ממונות מצב בו צריך עדי קיום לעצם החיוב. והנפקא מינות בין חיובים של "ממוני גבד" ללא גבד, יהיו או אחרי שבאו עדים האם נאמר שהיה בר חיובא מרגע ראשון, כדברי רע"א במכות, או למצב בו לא יהיה ויכוח על עצם החוב אלא הפריעה, שאז בתחומי ממונות

58. בב"ק לו ע"ב

59. יו"ד סימן רנח

60. ותימה על הרמ"א, שבחושן משפט סימן סו הביא דעת ה'מרדכי' שמלוה נקנית באגב (וכן פירש רש"י בכתובות נה ע"ב ותוסי' חלקו עליו שם), וביו"ד סימן קנח לא הביא את דעת ה'מרדכי' שניתן להקדיש מלוה. ולכאורה, תלויים הדברים, וכעולה מה'מלחמות' הנ"ל, ולכאורה קשור הדבר לסוגיה ב"ק סח ע"ב, האם יש להשוות מוכר דבר שאינו ברשותו למקדיש דבר שאינו ברשותו.

שהחיוב הוא משום "ממוני גבך" ובירור מציאותי, לא נצטרך עדי קיום אלא גם חזקה תועיל, וכחזקת "אין אדם פורע תוך זמנו".

העולה מדברינו, שבחיובים של ממוני גבך - לא הייתה הוא אמינא שנצטרך עדי קיום (כגון לקיום המלוה). וכל דברי הרשב"א בקידושין ש"לפני כי הוא זה" היינו צריכים קיום בכל ממונות", היינו דווקא בממונות שבתורה ולא מסברא.⁶¹

יא. דבר שבערוה

מכאן יש לעבור לענין ערווה. בגמ' גיטין צ ע"א, ילפינן "דבר דבר מממון" לחייב בערווה שני עדים, ומכאן לעדי קיום דקידושין. והטעם, שגם בערווה ביצירת קשר של קידושין, יש יצירה חדשה במציאות, חלות חדשה, ולפיכך לקיום דבר זה צריך עדים לקיום היצירה החדשה.⁶² ובענין הלימוד ערווה מממון הקשה ה'קצות':⁶³ הרי בממון לא בעינן עדי קיום - "דלא איברו סהדי לשקרי",⁶⁴ ובערווה בעינן?

וכבר מיושב הדבר לעיל לפי שלושת השיטות ל'קצות' ברשב"א, אין הכי נמי, גם בממונות בעינן קיום, רק הודאת בעל דין הוא כקיום. ול'ערוך השולחן' (שערי יושר) ברשב"א ילפינן ממחייב קצת אחרני בממון, שבזה הוא מקיים ויוצר, לערווה שגם הוא חב לאחרני ויוצר. ואליבא דרש"י בחולין לומד ערווה מעונש ממון, וגם בעונש ממון הוא כיצירה, וכן גם בערווה.

יב. שיטת הרמב"ם

כתב הרמב"ם: "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 עדים ידון על פי עדותן אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקרי".⁶⁵

61. ופשוט ש"כי הוא זה" נאמר גם במלוה, ובעיקר במלוה. בב"ק קז ע"ב ורש"י שם, אבל זה לחידוש שבועת מודה במקצת, וחידוש בהודאה. אבל לגבי הבירור, ידענו שזהו רק בירור מציאותי.

62. ויש להטעים בכך דברי הרמב"ם ריש הלכות אישות פרק א הלכה א "קודם מתן תורה היה אדם פוגש אשה. אם רצה הוא והיא לישא אותה - מכניסה לתוך ביתו ובוועלה בינו לבין עצמו, ותהיה לו לאישה. כיוון שניתנה תורה, נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה - יקנה אותה תחילה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאשה, שנאמר: 'כי יקח איש אשה ובעלה'. הרמב"ם מדגיש את הנקודה שקודם מתן תורה בינו לבין עצמו, ולאחר מתן תורה - בפני עדים. כיוון שיש כאן שינוי מהותי. קודם מתן תורה - מעשה נישואים לא היה יצירה חדשה, ואילו לאחר מתן תורה - יש כאן יצירה חדשה, ובעי שני עדים בדווקא.

63. סימן רמא

64. קידושין סה ע"ב

65. בפרק כד מהלכות סנהדרין הלכה א

הרי שכתב הרמב"ם שהפסיקה בדיני ממונות אין זה דין הכרחי של קיום דבר, ואין הכי נמי אם יבואו עדים יקיימו על פיהם (המדוייק מדבריו שאכן, עדים מקיימים ולא מבררים מציאות). אבל מעיקר הדין, הפסיקה לפי אומדנא, וזו הרחבה רבה בפסיקה בממונות. אם כן, עולה שהרמב"ם סובר לפחות כרש"י בחולין, שדווקא בקנסא חייבה התורה שני עדים, אבל בכל דיני ממונות מעיקר הדין - אומדנא מכריעה, ואין בהעברת ממון - קיום ויצירה. ומה שכתב: "אם כן למה הצריכה התורה", אין הכי נמי אם יבואו עדים, יקיימו על פיהם, אך עיקר העדים שנאמרו בתורה בקנסא,⁶⁶ וערוהו ילפינן מעונש ממון וכרש"י דלעיל. כל זה ניתן היה להיאמר, אלא שהרמב"ם, כתב גבי היתר ערוהו חמורה, בעדות אשה או עבד או שפחה: "שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי עדות, אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו, אלא מפי העדים ובעדותם, כגון שהעידו העדים שזה הרג את זה"⁶⁷ או הלווה את זה, אבל דבר שאפשר לעמוד על בוריו שלא מצי העד הזה וכו'".⁶⁸ משמע שגם בדבר שבערוהו, מעיקר הדין, לא בעינן קיום, אלא בירור מציאות, ואף שלא על ידי העדים המקיימים. ואמנם, כתב שם הרמב"ם: "לפיכך הקלו חכמים בדבר זה". משמע שהוי מדרבנן, ואכן כך למד ה"לחם משנה', שכל זה תקנה דרבנן. ואם כן, ניתן לחזור לדברינו שבממונות סבר כרש"י, ובערוהו 'דבר דברי' ובעי עדים לקיום רק מדרבנן - "כדי שלא ישארו בנות ישראל עגונות"⁶⁹ הקלו.

אלא, שיש שהסבירו ברמב"ם שדיבר מדאורייתא,⁷⁰ ודי בראיה אחרת, וזה תימה, שהרי בקידושי אשה סבר הרמב"ם להדיא שמקדש בפני עד אחד לאו כלום, ואם גם לראיה לא מצריך הרמב"ם עדים לכתחילה, מדוע לקיום קידושין בעי? וצריך לומר שאכן סבר הרמב"ם כרש"י דלעיל, שרק בקנס בעינן עדים, וידבר דברי' לומדים על ערוהו, היינו דווקא על ערוהו כזאת שמקיימים בה דבר ויוצרים בה, והיינו: במעשה קידושין. אבל בעדות על מיתת הבעל, לעניין זה הוי כשאר איסורים, ובירור מציאות, שהרי ברגע שמת הבעל הותרה, והעדים לא יוצרים ההיתר. וכשם שבאיסורים מועיל, גם כאן מעיקרא דדינא מועיל. ויוצא לנו לפי זה, שלא כל דבר שבערוהו בעי שניים, כשם שלא כל דבר שבממון בעי שניים. אלא, כשם שבממון רק בדבר המקיים, היינו: קנס, בעי עדים, כך בערוהו רק בקיום, היינו: קידושין, בעי עדי קיום.

66. אמת שאין זה כתוב ברמב"ם, אך אם נאמר שלרמב"ם בכל ממונות, ואף בקנסא לא בעינן עדים לקיים מעיקר הדין, יקשה מאוד כיצד כלל למדנו דבר דבר על ערוהו, הרי שם גם הרמב"ם מודה שקידושין שלא בפני שני עדים - אינם כלום.

67. יש להעיר שכאן השווה הרמב"ם או הלווה לאו הרג למרות שהבאנו לעיל את שיטת הרמב"ם שבדיני ממונות לא בהכרח בעינן עדים אלא רק אומדנא.

68. הלכות גירושין פ"ג, הכ"ט

69. שם

70. ביספר הליקוט' ברמב"ם הוצאת פרנקל, הביא נימוקי מהרא"י בשם 'מראות הצובאות', שהפירוש ברמב"ם הוא על פי שיטת הרא"ה והנימוקי (יבמות כח ע"א לדפי הרי"ף) ואלו דבריהם: "והכתוב מסרו לחכמים לדעת איזהו דבר מפורסם, וניכר דברי אמת, שהיא חשוב כעדות גמור". ואמנם מדברי הנימוקי" שם משמע שמועיל בכל תחום, "בכל עדות", כלשונו. ואנו רוצים לטעון ברמב"ם שרק בהיתר אשה לבעלה.

יג. אזלינן בממונות בתר רוב

ולכאורה, במחלוקת זו בין רשב"א, תוס' (במכות) מול הרמב"ם ורש"י, האם בידינו ממונות בעי קיום או לא (מלבד עונש), נחלקו אמוראים,⁷¹ והם רב ושמואל,⁷² האם אזלינן בממונות אחר הרוב. ולכאורה, לפי דברינו יוצא, שלרב - אין דין של עדות בממונות ולכן אזיל בתר הרוב, ואילו לשמואל - צריך קיום בממונות ולא אזלינן בתר הרוב. אבל, לשם כך, צריך לברר קודם במה חלקו רב ושמואל. תוס'⁷³ היקשה: מדוע שלא נלמד מדיני נפשות בקל וחומר וניזיל בתר הרוב ואפילו ברובא דליתא קמן (כסנהדרין סט). ותירץ שצריך לאמור שרובא דרדיא (הרוב בו חלקו רב ושמואל) שונה מהרוב בסנהדרין. יוצא מדבריו שאכן אין הבדל בין ממונת לנפשות, וכשאזלינן בנפשות בתר הרוב אזלינן גם בממונות. יוצא לפי תוס', שאכן רב ושמואל נחלקו בשאלה עקרונית שהצגנו לעיל: האם שינויים ממוניים הם יצירה חדשה וקיום דבר, או שלא. את דברי תוס' שכתב שרובא דרדיא שאני, ניתן לבאר על פי דברנו, שאכן רובא דרדיא בא לפתור את עצם שאלת בעלות הממון, ובכגון זה הוי קיום ולא אזלינן בתר הרוב.

כל זה ניתן לאמר לרשב"א ותוסיס הואיל וקיי"ל כשמואל, שאין הולכים בממונות אחר הרוב, והוא משום שבעיני שני עדים. אבל לרמב"ם ורש"י, שסברו שבממונות אין דין של קיום דבר, לכאורה צריכים לפסוק כרב. והרי לא קיימא לן הכי, ובוודאי למדו מחלוקת רב ושמואל אחרת. ואכן, בתוס' בב"ק הקשה אותה קושיה ותירץ שדווקא ברוב,⁷⁴ שהמיעוט כאינו, אזלינן בתר רוב בממונות, אבל בשאר רוב לא אזלינן בתר רוב בממונות. משמע, שבממונות יש דין נוסף השונה אף מנפשות, שמחמתו לא אזלינן בתר הרוב, ואם כן יוצא שמחלוקת רב ושמואל איננה בשאלת "על פי שניים עדים יקום", אלא בעניין אחר. ולכאורה יש ראייה גדולה להבנה זו, שהרי הגמרא בבבא קמא⁷⁵ ובחולין, שואלת מה המקור ש"המוציא מחבירו עליו הראייה" ואומר רב שמואל בר נחמני "מי בעל דברים יגש אליהם", ובסוף הגמ' דוחה ואומרת סברא "דכאיב ליה כאיבא אזיל לביה אסיא" ולכאורה היה על הגמ' להזכיר שהטעם הוא "ע"פ שנים עדים יקום דבר", ויותר מזה, שהרי הגמרא בבבא קמא מביאה את זה בהקשר של מחלוקת של רב ושמואל.⁷⁶ משמע, אם כן, שהדיון ביניהם לא נסוב כלל בשאלת "על פי שניים עדים". ולכאורה, זה מקביל למה שביארנו לעיל,⁷⁷ בדיון בגמרא בסנהדרין, האם אזלינן בנפשות בתר הרוב, שודאי היה לגמרא שברוב לקיום הדבר לא אזלינן, רק שם דנו הואיל "הצילו העדה" אולי נתלה במיעוט אף בבירור מציאותי, ובדומה לזה כאן לרמב"ם ורש"י ברור לגמרא שאזלינן בתר רוב בממונות, שהרי אין יצירה בממונות, ואין דין על פי "שניים עדים". אלא

71. ואכן, כך ביאר הישב שמעתתא' שער ד, פרק ט, שנפשות וממונות שוו לעניין זה, שאין הולכים אחר הרוב ובעיני נמי עדים.
72. ב"ק מו ע"ב
73. סנהדרין ג ע"ב
74. בבא קמא כז ע"ב ד"ה "קיימא לן"
75. מו ע"ב
76. וזה שלא כדברי השב שמעתתא ואכן צריך להבין כיצד יתמצו הקושיא הרשב"א ותוסיס ע"פ באורנו.
77. בהערה 16 ביישוב דברי הישערי יושר.

מטעם אחר של "מאן דכאיב ליה" יש לומר שלא ניזיל בתר רובא ונתלה במיעוט, ובזה חלקו רב ושמואל.⁷⁸

יד. סיכום

לסיכום, חילקנו חלוקה עקרונית בין ראיות מבררות מציאות - רוב וחזקה, לבין ראיות שיוצרות מציאות - עדים. הנחתנו המרכזית היא שתחום בו יידרש בירור מציאות, ישתמשו בו בכלי בירור, ותחום בו תידרש יצירה ישתמשו בו בכלי יצירה. התורה הצריכה עדים במפורש פעמיים, בנפשות ובממונות. ובדרשת הכתובים נוסף לכך ערווה, לכן שלושה תחומים אלו הם תחומי יצירה, קיום.

נפשות - לחלוטין יצירה.

ממונות - רשב"א ('קצות') - לחלוטין יצירה, אלא שהתורה חידשה שניתן לקיים על ידי הודאת פיו. **רשב"א ('ערוך השולחן')** - כאשר יש חוב לאחר, יש כאן יצירה ובעיני עדים. העלינו אפשרות שגם לפי הרשב"א בדיני ממונות שחיובם מסברת 'מווני גבד' אינם אלא ברור מציאות, ורק בדיני ממונות שחיובם מן התורה זהו מעשה יצירה וקיום. **רש"י, רמב"ם** - אין יצירה בממונות, ורק בקנס יש קיום ויצירה.

ערווה - עקרונית יצירה, ולרמב"ם ייתכן שעדות למיתת בעל, רק בירור מציאות.⁷⁹

כמו כן, בארנו כיצד כל שיטה מבארת את מח' רב ושמואל בשאלה האם אזלין בממונות בתר הרוב. נסיים בפתחה, זו היא נגיעה בלבד בנושא האינסופי הנ"ל. לא רק כך, במקור דברים אלו לא היו אמורים להיאמר, וכל שכן לא להיכתב. אלו רק בגדר הרהורים שגם הם לדברי תורה ייחשבו.⁸⁰ נישא תפילה לאבינו שבשמיים ששייב שופטינו כבראשונה ויועצנו כבתחילה, וירושלים עיר הצדק תיקרא.



78. ולרשב"א ותוס' קשה לבאר כך, כי הרי רב ושמואל נחלקים ברוב מקיים-יוצר, שרובא דרדיא ומכריע לאן יעבור הממון, ומשמע שרב סובר שאף ברוב כזה הולכים אחריו. אלא יבארו כלעיל, שגופא בזה נחלקו רב ושמואל.

79. יש להעיר שהדרגה זו אנו מוצאים בהקשר אחר. בתחילה דנו דיני נפשות - שיא הקיום של בית דין, לאחר מכן - בטלו דיני נפשות ודנו דיני קנסות, שגם הם יצירה, ודיינים דלא סמיכי מעיקרא אף דיני ממונות לא דנים אך תיקנו שידונו דיני ממונות, אך לא קנסות, שרמת הקיום בהם גדולה יותר. סנהדרין ג ע"א.

80. רק נציין שישודות אלו שדיברנו בס כאן, יש להם שורשים מחשבתיים עמוקים. כוח העדים ליצור ולקבוע מציאות - "ותגזור אומר ויקם לך". משמעות קשר הקידושין, היצירה שבדבר, משמעות הזיקה שיש לאדם לרכושו, האם זוהי זיקה טכנית בלבד או מהותית וכל שינוי פועל משהו חדש במציאות, משמעות העדות אל מול היגדים אחרים בעולם - "עדות ה' נאמנה", "אתם עדי ואני אלי". אבל לכל יחשוני לזורע כרמי כלאים, אעצור במילים וכף אשים לפי.