

סימן י"ט

ספק גזל ויוצא ידי שמים (מו ע"ב)

א. המקור לדין "המוציא מחבירו עליו הראיה"

בהמשך לשיעור הקודם: ידוע דין "המוציא מחבירו עליו הראיה". כמקור לדין זה הגמרא (מו ע"ב) מביאה סברא: "מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לביה אסיא".

על פי הגמרא הזו, כאמור לעיל, מחלק הפני הושע בין שני פנים בדין המע"ה:

א. **מצב שקול:** שני צדדי ספק שווים בסבירותם – אומרים המע"ה מסברה פשוטה.

ב. **מצב רוב:** צד אחד של הספק גדול מהשני בסבירות – אומרים המע"ה, אך מגזירת הכתוב.

ב. ספק גזל בדין "המוציא מחבירו עליו הראיה"

יש להקשות על דין המע"ה, שכן אמנם יש לכך סברה, אך לכאורה יש כאן ספק גזל, וידוע הכלל שספיקא דאורייתא לחומרא (ביצה ג ע"ב)!

בכדי להמחיש את מהות הקושיה נזכיר את דברי הגמרא בב"מ (ו ע"ב) וז"ל:

ספק בכורות: אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה, בין טהורים בין טמאים המוציא מחבירו עליו הראיה. ותני עלה: אסורים בגיזה ובעבודה.

ומסביר רש"י (ד"ה "אסורין"): "מספק, שמא קדשים הם". ולכאורה יש כאן סתירה, שהרי כל הסיבה שאסור הבכור בגיזה ובעבודה היא משום דספיקא דאורייתא לחומרא. אך א"כ, מדוע לעניין הבאתו לכהן¹ אין אנו אומרים ספיקא דאורייתא לחומרא?

על קושיה זו מובאים שלושה תירוצים:

ג. תירוץ מהר"י באסן

א. **מהר"י באסן** (ה"ד בכנה"ג חו"מ סי' כה אות ז) עונה שאין עצה. כלומר: אם נשאר את

¹ שהרי יש מצוות עשה מדאורייתא להביא לכהן את הבכור, ועיין רמב"ם פ"א מהל' בכורות ה"א וה"ד, ובהקדמה.

הבהמה אצל הבעלים יש ספק גזל, אך גם אם יתן לכהן יהיה ספק גזל. ומכיוון שלא יתכן שהתורה התכוונה שאף אחד לא ישתמש בבהמה – על כרחך שנזדקק להשתמש בסברה ולא נוציא מהמוחזק² 3.

על שיטת המהר"י באסן מקשה בעל החידושי הר"ם (אר"ח סי' ה, ד"ה "ובגוף הדבר") מדין ברי ושמא. קי"ל דברי ושמא – לאו ברי עדיף (ח"מ סי' עה סע"ט ועוד), וא"כ אמרינן המע"ה. ומצאנו שאם שתי כיתות עדים מוכחות על גירושי אשה – לא תנשא; ואם נשאת לעד – לא תצא (כתובות כב ע"ב) באומרת ברי. שאמנם אי אפשר להתירה מספק, אך אין אנו מונעים ממנו להתחתן איתו, מאחר שברי לשניהם (העד והאשה) שהיא מותרת.

אך לפ"ז, נאמר גם כאן בספק בכור: הרי הכהן טוען ברי – שהבכור שייך לו. לעומת זאת, הישראל טוען שמא – שהרי הוא ספק בכור. השתא דאתית להכי, מדוע אומר המהר"י באסן שאין עצה? אם נוציא את הממון מן הטוען ברי – הרי זה כאותה אשה שנשאת לעד, ואמרינן לא תצא! הכא נמי שנאמר שלא נוציא את הבכור בחזרה מן הכהן, ואמאי אמרינן המע"ה?

ומתריץ: כל מה שאמרנו באומר ברי לי שהאשה מגורשת היינו **שלא מפרישים אותו** לאחר שכבר נשא אותה, אך **אין לנו לסייע לו** לשאת אותה. כמו כן בממון, בברי ושמא, אין לנו להעמיד את הממון ברשות האומר ברי. אמנם, אכן יוצא משיטתו שאם תפס – לא מפקינן מיניה, שהרי אין כאן ספק גזל כמבואר לעיל.

ד. תירוץ קונה"ס והתומים

ב. קונטרס הספיקות (כלל א אות ו), וכן **התומים** (קיצור תקפו כהן, ד"ה "וגם מה שתירץ") מתרצים שספק גזל אכן מותר בצורה ודאית⁴. ומביאים שכך באמת מצינו בספק מעשר בהמה, בספק ערלה בחו"ל, וספק ממזר.

אך צריך לעיין בסברת התומים: הרי לכל שאר הדוגמאות שהביא יש מקור מפורש:

- **ספק מעשר בהמה: "עשירי ודאי, ולא עשירי ספק"** (ב"מ ז ע"א).

² והקשה על תרוץ המהר"י באסן בקונטרס הספיקות (כלל א אות ו, ד"ה "אך"): הא ניחא דאין הולכים בממון אחר הרוב, דהרי קי"ל כשמואל (ב"ק כז ע"ב, ומובא להלכה בשו"ע חו"מ סימן רלב סעכ"ג), אך הרי הולכים באיסורים אחר הרוב, וא"כ נוציא ממנו את החפץ מספק גזל! (שהרי אף זהו כלל בדיוק כמו המע"ה, ומאי חזית?).

³ ונראה, שהתירוץ הראשון מסתדר למ"ד דספיקא דאורייתא לחומרא מדרבנן, כשיטת הרמב"ם. דבמקום כזה, דאין עצה, לא גזרו חכמים.

⁴ וכן משמע בדברי רשב"ם בב"ב דף נז ע"ב, ד"ה "לקולא", ע"ש.

- **ספק ערלה בחו"ל:** הלכה למשה מסיני (קידושין לט ע"א).
- **ספק ממזר:** "לא יבא ממזר בקהל ה" (דברים כג, ג) – ממזר ודאי הוא דלא יבא, הא ממזר ספק יבא (קידושין עג ע"א).

ומה המקור לומר זאת גם בספק גזל?

ואולי ניתן לומר שמקורו הוא כסברת המהר"י באסן, שמאחר שאין עצה – פשוט שצריך ללכת אחר הסברה ולומר דהמע"ה, ולכן ספק גזל מותר.

ה. תירוץ הגר"ש שקאפ

ג. הגאון רבי שמעון שקאפ בשערי ישר (ש"ה פ"א) תירץ בצורה שונה:

לכאורה, אין משמעות לדיני 'חושן משפט' ללא איסור גזל, שהרי מה עניין יש לדון בדיני ירושה, בשאלות בענייני קנין או מקרים של ברי ושמא כאשר בסופו של דבר לכל אדם מותר לקחת את ממון חבירו?

אך נראה, שאף ללא איסור גזל יש נפק"מ לכל הדינים הללו, שכן מצאנו שהיראים (סי' תכב, דף רמד סע"א) כותב, שגם למ"ד גזל עכו"ם מותר⁵ – לולב הגזול מעכו"ם פסול. והסיבה: גם ללא איסור גזל יש מושג של בעלות⁶ כמאמר הפסוק: "וּלְקַחְתֶּם לָכֶם" (ויקרא כג, מ). ונ"מ נוספת, ניתן לומר, לגבי תרומות ומעשרות. שהרי, רק לבעלים יש כוח לקרוא שם לתרומות ומעשרות (נדרים לו ע"ב). וכן לעניין קידושי אשה, ששם צריך ממון ששייך דווקא למקדש⁷.

נמצא אם כן, שאין דיני חו"מ תלויים באיסור גזל, וישנה חשיבות מרובה להכרעת הבעלות גם ללא האיסור לגזול.

יתר על כן, אפשר בעצם לומר שדווקא איסור גזל הוא שתלוי בדיני חו"מ, ומוגדר לפיהם: מי שאינו פועל לפי דיני חו"מ עובר על איסור גזל. וכן לאידך גיסא: מי שפועל לפי כללי חו"מ אינו עובר על האיסור.

ממילא, מכיוון שבספק ממון הדין בדיני חו"מ קובע שהמע"ה – הרי, שמי שמחזיק ממון על פי קביעה זו אינו עובר בגזל, ולא בספק גזל. ואתי שפיר אמירת המע"ה בספק בכור על אף ספק גזל.

⁵ שיטת רבי עקיבא ע"פ תירוצו של רב יוסף בב"ק דף קיג ע"א.

⁶ ובעלות אינה עוברת מאדם לאדם אלא ע"י קניין ובעיקר רצון הבעלים.

⁷ ועיין שו"ת עונג יום טוב סי' קלה, שדן בזה באריכות.

ו. חיוב תשלום לצאת ידי שמים

נפסק, כאמור לעיל, דברי ושמא לאו ברי עדיף. אך הגמרא קובעת שצריך לשלם כדי לצאת ידי שמים (ב"ק קיח ע"א). והקשה בחידושי הר"ם (חור"מ ח"ב סי' עה סק"ח, ד"ה "עוד י"ל דהא באמת"): על פי כל התירוצים לעיל, אין בסיס לחיוב בכלל, ומדוע צריך לצאת ידי שמים?

ונראה לתרץ על פי משל: אם לאדם יש חפץ שהוא מסופק עליו: שמא גזול הוא בידו. לפי התירוצים לעיל פשיטא שגם אם באמת גזל – אינו חייב לשלם, ופטור מחובת "וְהָשִׁיב אֶת הַגְּזֵלָה אֲשֶׁר גָּזַל" (ויקרא ה, כג). אך באותה מידה, פשוט הוא שאם ובאמת גזל את החפץ – ייתבע על כך בדיני שמים. אם כן, נראה שעל סמך זה מחייבת הגמרא בב"ב את האדם לשלם בכדי לצאת בידי שמים.

אך בחידושי הר"ם שם, מתרץ בצורה שונה: לשיטתו, גם בשמים לא ייתבע האדם על הגזל, שהרי היה מסופק על כך, וכל התנהלותו לאור הספק הייתה לאור ההלכה. אך אכן ייתבע האדם בשמים על עצם העובדה ששכח שהדבר גזול בידו. ואם כן, על סמך זה מחייבת אותו הגמרא בב"ב לשלם בכדי לצאת ידי שמים.

על כל נזק בגרמא נאמר בריש פרק הכונס (נו ע"א), שחייב האדם לשלם כדי לצאת ידי שמים⁸. ונשאלת השאלה: מהו המקור לחיוב זה בנזיקין? אם אין על הדבר חיוב בדיני אדם – מהו המקור לומר שיש בכך בעיה כל שהיא?

ונראה לומר, שהמקור לדין זה הוא מכך שגרמא בנזיקין אמנם פטור, אבל אסור, כמבואר בב"ב (כב ע"ב), דתנן התם: "מרחיקין את הסולם מן השוכן ארבע אמות, כדי שלא תקפוץ הנמייה". ושואלת הגמרא: מדוע חייב? "והא גרמא הוא!" ומתרצת: "א"ר טובי בר מתנה: זאת אומרת: גרמא בניזקין אסור". אם כן, מצאנו, דאמנם בדיני נזיקין המזיק בגרמא פטור, אך עדיין יש בכך איסור מסוים שעליו ייתבע בשמים, דומיא דספק גזל, כדאמרינן לעיל.

⁸ ומוכח כך מדברי הגמרא שם: "אין, מיהא איכא טובא", עיי"ש.