

"המוציא מחברו עליו הראיה"
במקורות התנאיים ובפרשנותם בתלמודים

חיבור לשם קבלת תואר שני

מאת

ברוך קהת

עבודה זו מוגשת כחלק מהדרישות לשם קבלת תואר מוסמך במחלקה לתלמוד באוניברסיטת בר-אילן

עבודה זו נעשתה בהדרכתו של

פרופ' ליב מוסקוביץ

מהמחלקה לתלמוד באוניברסיטת בר-אילן

תוכן העניינים

א	תקציר
1	מבוא
10	פרק א - משמעות הכלל והשתלשלותו ההיסטורית
22	פרק ב - ספק מתנות כהונה ומתנות עניים
55	פרק ג - הפיתרון של חלוקת הממון המסופק
97	פרק ד - מקורות תנאיים נוספים שבהם שיטה החולקת על יישום הכלל
143	סיכום
	ביבליוגרפיה

תקציר

הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" הוא כלל מרכזי בתחום של דיני ממונות, וכפי שתיארו שמואל הוא "כלל גדול בדין" (בבלי ב"ק מו ע"א). הכלל מופיע פעמים רבות בכל הרבדים של ספרות חז"ל. את המקרים השונים שביחס אליהם מופיע הכלל במקורות חז"ל ניתן לחלק באופן כללי לשני סוגים: א. ספק תביעת ממון בין אדם לחברו (להלן: "ספק ממוני רגיל"). ב. ספק חיוב מתנות כהונה/לוויה/עניים. הספק מהסוג השני נדל מקודמו בשני דברים – א. אין בו תובע מסוים. ב. מדובר במצווה, ואם כן לצד השאלה המשפטית שמעורר הספק הממוני, מתעוררת גם שאלת ספק חיוב בקיום המצווה.

בעבודה זו נבחנה הופעתו של הכלל במקורות התנאיים – משנה, תוספתא ומדרשי ההלכה. ניתוח המקורות התנאיים בעבודה מלווה בניתוח נרחב של הפרשנות שנתנו למקורות אלו האמוראים ובעלי הסתמא של שני התלמודים. העבודה בוחנת בעיקר את מידת ההיקף של השימוש שעשו התנאים בכלל הזה – מי מהתנאים מאמץ אותו, מי מהם מסתייג מיישומו ומה היא מידת הסתייגותו.

הפרק הראשון עוסק במשמעות הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ובהשתלשלותו ההיסטורית. בפרק זה עמדתי על כך שהכלל במקורות התנאיים משמש רק בהקשר לספק ממון המבוסס על התרחשות ידועה המעוררת באופן אובייקטיבי את הספק. כגון, שידוע שנעשתה עסקת מכירה אך ספק הוא מה היה היקפה, או שידוע ששורו של אדם הזיק את חברו, אך ישנו ספק בדבר היקפו של הנזק.

המשפט "המוציא מחברו עליו הראיה", מופיע בכל המקורות התנאיים בהתייחסות למקרה ספציפי, ולעולם לא בלשון "זה הכלל וכו'". בדרך כלל הוא מופיע כדין שנאמר ביחס למקרה הספציפי הנזכר לצדו. לעיתים הדין הקובע שהנתבע פטור נאמר במפורש במקור התנאי, ובמקרה כזה הכלל מובא אחריו כנימוק לדין זה: "שהמוציא מחברו עליו הראיה".

כשבמקור התנאי מוצג המקרה ולצידו הדין: "המוציא מחברו עליו הראיה", משתמע מזה שכל אחד משני הצדדים בויכוח שאין הממון בידו, אם הוא רוצה להוציאו מיד חברו, הוא נדרש לראיה כדי לעשות זאת. אך יתכן, שכוונת התנא שהביא את הכלל היא לומר, שמי שבמצב השכיח במקרה שאילו מתייחס התנא, אין הממון בידו (ולכן הוא מכונה "המוציא מחברו"), עליו להביא ראיה כדי להוציאו מיד חברו. אך אם ייווצר מצב שונה מהרגיל, כגון כשבעל הדין השני תפס את החפץ המסופק והוא נתון עתה בידו, אין הכלל קובע שחברו יזדקק לראיה כדי להוציאו

מיד המחזיק. הבבלי בשני מקומות מעלה את שתי האפשרויות הללו של הבנת הכלל, ויתכן שהכלל מתפרש באופן שונה במקומות שונים.

כשהכלל מתייחס לספק ממוני רגיל, הנמען שלו הוא בית הדין, שעליו לדרוש מהתובע להביא ראיות, וכן התובע שנדרש להצטייד בראיות בבואו לבית הדין, אם רצונו לקבל את החפץ שהוא מבקש. כשהכלל מתייחס למתנות כהונה וכדומה, מדובר במקרים שאין תובע לממון וממילא גם אין כל סיבה לבית הדין להתערב. במקרים כאלה הנמען של הכלל הוא כנראה הבעלים, שחיוב מתנות הכהונה מוטל עליו, והכלל מורה לו שאין לו לחוש מחמת הספק שמא הוא עובר על איסור גזל או שמא מספק מוטל עליו החיוב לקיים את מצוות נתינת המתנות לכוהן.

בחינת ההשתלשלות ההיסטורית של הכלל מראה שר' עקיבא כבר עשה שימוש בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" בנוסח זה. לא ניתן לאתר שימוש ברור בכלל קודם לדורו של ר' עקיבא. אחרי ר' עקיבא נמצא הכלל בפיהם של תלמידיו – ר' שמעון ר' אלעזר ור' יהודה וכן בפיהם של בעלי הסתמא של המקורות התנאיים.

במספר מקורות תנאיים מופיעות דעות תנאיות החולקות לכאורה על הכלל, והן מיוחסות לר' טרפון ובמקרה מסוים לר' עקיבא עצמו וכן לבעלי סתם משנה ביחס לספק מתנות כהונה; לר' יהודה, ר' מאיר, ר' יעקב, ר' נתן, סומכוס, רשב"ג ור' יוסי, וכן למשניות סתמיות וברייתות סתמיות בתוספתא ביחס לספק ממוני רגיל. בבדיקתי את שיטותיהם הגעתי למסקנה שלא ניתן להוכיח שאחד מתנאים אלה שולל לגמרי את השימוש בכלל. גם בפרשנות המצויה בתלמודים למקורות התנאיים שבהם מופיעות שיטות אלה, לא מופיעה בשום מקום אמירה מפורשת, ששיטת תנאים מסוימת שוללת לחלוטין את הכלל.

בפרקים הבאים נבדקו שיטות אלה אחת לאחת, כפי שהן מופיעות במקורות התנאיים על פי פשוטם, וכן תוך ניתוח וביקורת של הפרשנות שניתנת למקורות אלה בשני התלמודים.

הפרק השני עוסק בנושא של ספק במתנות כהונה, מתנות לוויה ומתנות עניים. בפי ר' עקיבא מופיע הכלל ביחס לספק מסוג זה, ומספר מקורות תנאיים מיישמים את הכלל ביחס לספק שכזה. בפרק זה מפורטות שיטות התנאים שעמדתם מנוגדת ליישום הכלל במקרים מסוימים של ספק מתנות כהונה. ר' טרפון מגביל את יישום הכלל ביחס לספק בכורה בחלק מהמקרים, ויתכן שיש מקרה שבו אף ר' עקיבא אינו מיישמו. נבחנות שיטותיהם של ר' אלעזר, שיישם את הכלל ביחס למתנות כהונה בכוי, ושל התנא קמא שלו, שעמדתו מנוגדת ליישום הכלל לענין זה. דיון זה גורר אחריו דיון נרחב בהגדרתו הזואולוגית וההלכתית של הכוי בספרות חז"ל. הן בנוגע לר' טרפון והן בנוגע לתנא קמא של ר' אלעזר, מסקנתי היא שיותר סביר שאין הם שוללים בצורה

מוחלטת את יישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס למתנות כהונה. הפרק השני חותם בהתייחסות לכלל "ספק לקט לקט" (פאה פ"ד מי"א), הנראה כמנוגד ליישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס למתנות עניים. במסגרת זו נבחנה מידת העימות בין שני כללים אלה. הועלתה האפשרות שביחס למתנות עניים כלקט שכחה ופאה אכן לא נאמר הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", אך לצד זה הועלתה האפשרות שלעומת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", שהוא כלל משפטי, הכלל של "ספק לקט לקט" אינו משתייך לתחום המשפטי אלא לתחום של חיוב במצוות, וממילא אין סתירה בין שני כללים אלה.

הפרק השלישי בוחן את שיטת סומכוס ותנאים אחרים הסוברים שבספק ממוני יש לפסוק יחלוקו. עמדתי על כך שישנם תקדימים במקרא לפסיקה דומה. הסקתי שההנחה של התלמודים, שמפסיקתו של סומכוס במקרה המסוים שאליו התייחס – "שור שנגח את הפרה", יש להסיק שלדעתו בכל ממון המוטל בספק חולקים, היא הנחה סבירה. לאחר מכן התייחסתי לתנאים אחרים שמאמצים את הגישה, שבניגוד לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", קובעת שיש לחלק את הממון בין הצדדים – ר' מאיר ר' יוסי ורשב"ג ומספר מקורות תנאיים סתמיים. ביחס לשיטה זו טענתי, שסביר שבכל הנוגע לספק במתנות כהונה אף היא מקבלת את יישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".

במסגרת פרק זה נידונה האפשרות של השפעת סוג הטענה של המחזיק על פסק זה של יחלוקו. המקרים שאליהם התייחסו ר' מאיר ר' יוסי ורשב"ג כשקבעו דין חלוקה הם מקרים שבהם המחזיק טוען טענת שמא. יתכן שבמקרה שהמחזיק טוען בוודאות שהממון שלו, אף הם היו מודים שיש ליישם את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". מלשונו של סומכוס לא ברור לאיזה סוג של מקרה הוא התייחס מבחינת טענת המחזיק, ולכן יש מקום לספק האם גם בטענת ברי אמר יחלוקו, ואכן נחלקו האמוראים בשאלה זו. טענתי שישנם מקורות תנאיים סתמיים המורים, כפשוטם, שנאמר דין חלוקה גם במקרה שהמחזיק טוען ברי. עורך המשנה, ביחס לספק ממוני רגיל הביא לעיתים בסתם את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", ולעיתים הביא בסתם את הפסק של יחלוקו. הועלתה האפשרות שהוא סבר שרק כשהמחזיק טוען שמא יש לפסוק יחלוקו, ואת הכלל הוא הביא רק ביחס למקרים שבהם המחזיק טוען ברי.

הפרק הרביעי בוחן את שאר המקורות התנאיים (פרט לאלו שנידונו בפרק הקודם), העוסקים בספק ממון רגיל, ושמופיעה בהם שיטה העומדת בעימות עם הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" – שיטת ר' מאיר, ר' יעקב ור' נתן ביחס לספק מתנת שכיב מרע, ושיטת ר' יהודה ביחס לספק הקנאה אחר. גם כאן הראיתי שלא ניתן להסיק מדבריהם בנושאים אלו שהם

שוללים את יישום הכלל לגמרי. ר' מאיר לא הביע הסתייגות מהכלל אלא במקרה שיש לזה שבא להוציא את הממון ראה בדמות שטר מתנה. ר' נתן הביע את הסתייגותו מפני שלדעתו ניתן להכריע את הספק המתייחס לעבר על פי המצב הנוכחי – מצבו של נותן המתנה בשעת הדיון המשפטי. ר' יעקב ור' יהודה לא הביעו את הסתייגותם מהכלל אלא במקרה של ספק הקנאה, שתוקפו של מעשה ההקנאה שנעשה בחפץ עומד בספק.

מחקר זה התמקד כאמור בהופעת הכלל במקורות התנאיים, אך זאת תוך התייחסות לפרשנותם של האמוראים ובעלי הסתם של התלמודים למקורות אלה. לעיתים פרשנותם אינה תואמת את המשתקף מפשוטם של מקורות אלה. במקרים מסוג זה העליתי לעיתים את ההשערה שמדובר בפרשנות מגמתית. לדוגמה שיערתי שהזדהותו של שמואל עם הכלל הביאה אותו לפרש מקורות תנאיים הנראים כמנוגדים לכלל באופן שלא יסתרו אותו. במקומות אלה גולש המחקר מבירור הופעת הכלל בתורתם של התנאים לבירור הופעתו בתורת האמוראים ובעלי הסתמא. נראה לי שמחקר זה של "המוציא מחברו עליו הראיה" במקורות התנאיים יכול לשמש כבסיס לבדיקה מקיפה של הופעת הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" והתמורות שהוא עובר ברבדים הבאים של ספרות חז"ל, ועוד חזון למועד אי"ה.

מבוא

רקע

חלק ניכר מן ההלכה התלמודית, על כל רבדיה הגיאוגרפיים והכרונולוגיים, מנוסח כהלכות פרטיות, הקובעות את הדין הנוהג בכל מקרה ומקרה. לצד הלכות פרטיות אלה, ישנם בהלכה התלמודית כללים שונים, כולל כללים העוסקים בהתמודדות עם מצבי ספק. לדוגמה בתחום של איסור והיתר משמשים הכללים של "הלך אחר הרוב" או "העמד דבר על חזקתו".¹ בתחום של דיני ממונות ישנו כלל המיוחד לו - "המוציא מחברו עליו הראיה".² כלל זה תואר על ידי שמואל (בבלי ב"ק מו ע"א) כ"כלל גדול בדין", ואימוצו מצריך בכל דיון בספק ממוני לבדוק בידו של מי נתון הממון שעליו דנים.³

הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מופיע במשנה בששה מקומות. שניים מהם מתייחסים לספק של תביעת ממון - תביעת חוב או תביעת חפץ מסוים,⁴ וארבעה מהם מתייחסים לספק חיוב במתנות כהונה.⁵ ספק זה שונה משאר ספקות ממון בשני דברים - א. אין בו תובע מסוים.⁶ ב. מדובר במצווה, ואם כן לצד השאלה המשפטית שמעורר הספק הממוני, מתעוררת גם שאלת ספק חיוב בקיום המצווה. במקום אחד מופיע הכלל בפי ר' עקיבא, בשאר המקומות הכלל מופיע או כנימוק להלכה שקבע ר' אלעזר/אליעזר,⁷ או בסתם. ישנן הלכות במשנה שסביר שהן מבוססות על הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", למרות שהמשנה אינה מציינת זאת במפורש.⁸

¹ ראה לדוגמה תוספתא דמאי פ"ד ה"י (מהדורת ליברמן, עמ' 79-80), ירושלמי כתובות פ"א ה"י, בבלי כתובות טו ע"א, חולין י ע"ב-יא ע"א, נידה ב ע"א.

² בבבלי מופיעים הכללים של "אוקמא אחזקה" או "אזלינן בתר רובא" גם במסגרת התחום של דיני הממונות, ראה לדוגמה בבלי כתובות יב ע"ב, ב"ב צב ע"ב.

³ ראה גולאק, יסודי, חלק ד עמ' 111; בן-פזי, מהות, עמ' 100.

⁴ מקום אחד (ב"ק פ"ג מ"א) עוסק בתביעת נזק (שהיא תביעת חוב. אך בתביעת נזק שור תם לפי ר' עקיבא (בבלי יתא המובאת בבבלי ב"ק לג ע"א) אפשר לראות תביעת חפץ), והשני עוסק במקבל מתנת שכיב מרע שתובע את מתנתו, וזוהי אם כן תביעת חפץ (ב"ב פ"ט מ"ו).

⁵ בכורים פ"ב מ"י, חולין פ"י מ"ד, בכורות פ"ב ו-ח, טהרות פ"ד מ"ב.

⁶ אלא אם כן ישנם מכרי כהונה (בבלי גיטין ל ע"א) שיתכן שאפשר להגדירם כתובעים.

⁷ ראה פרק א הערה 25.

⁸ לדוגמה, הדין השני במשנה: "חמורו שלא ביכרה וילדה שני זכרים, נותן טלה אחד לכהן, זכר ונקבה, מפריש טלה אחד לעצמו" (בכורות פ"א מ"ג), מבוסס כנראה על הכלל "המוציא מחברו

בתוספתא מופיע הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" ביותר מעשרה מקומות. ארבעה מהם מתייחסים לספק מתנות כהונה/לוויה/עניים,⁹ והשאר לספקות ממון.¹⁰ ברוב המקומות מופיע הכלל בסתם. במיעוטם הוא מופיע בפי ר' עקיבא ור' אלעזר, שהוזכרו לעיל (ליד הערה 7) בהקשר להופעת הכלל במשנה. מצטרף אליהם ר' יהודה שפוסק הלכה על בסיס כלל זה.¹¹

הן במשנה והן בתוספתא מופיעות עמדות של תנאים שלכאורה אינן תואמות את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". לעיתים מופיע הכלל בפי חלק מהתנאים ובצידו מופיעה עמדת תנאים החולקת עליו. לעיתים הדין המופיע במקורות אלה הוא הוצאת ממון מיד המחזיק בו, ללא שתושמע¹² כנגד עמדה זו הטענה: "המוציא מחברו עליו הראיה".¹³

במסגרת תופעה זו תופסת מקום מרכזי השיטה המיוחסת על ידי התלמודים לסומכוס. שנו חכמים בתוספתא (ב"ק פ"ה הי"ד, מהדורת ליברמן, עמ' 20):

שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה ואם משנגחה ילדה, סמכוס אומר משלם חצי כופר [צ"ל: "חצי נזק"]¹⁴ לפרה ורביע לולד. וכן פרה

עליו הראיה" (ח' אלבק שם), שהרי הוא מקביל לפ"ב מ"ו, שם אומר ר' עקיבא את הכלל במפורש. יתכן שהכלל הובא במשנה דווקא בפ"ב מ"ו מחמת מחלוקתו של ר' טרפון. וראה תוספתא בכורות פ"ו ה"ט (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540) העוסקת בספק פדיון הבן, שם מופיע הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" כנימוק לדין, שמופיע גם במשנה בכורות פ"ח מ"ה ללא אזכור מפורש של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה".

⁹ סוטה פ"ג ה"י (מהדורת ליברמן, עמ' 234-235), חולין פ"ט ה"א (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 510), בכורות פ"ב הל' ח-י (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 536), בכורות פ"ו ה"ט (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540) (על ייחודו של הספק המתייחס למתנות כהונה שבתוספתא זו, ועל היות מקרה זה דומה לשאר ספקות ממון, ראה בפרק ב' הערה 2).

¹⁰ ב"מ פ"א ה"א (מהדורת ליברמן, עמ' 62), פ"ח הכ"ב (מהדורת ליברמן, עמ' 107), פ"ח הל' כג-כד (מהדורת ליברמן, עמ' 107-108), פ"י ה"ו (מהדורת ליברמן, עמ' 118), ב"ב פ"ו הכ"א (מהדורת ליברמן, עמ' 150-151), שבועות פ"ו ה"א וה"ד (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 453), חולין פ"ג ה"א (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 504). חריגה היא הופעתו בתוספתא מנחות פ"ג ה"ב, ראה על כך בפרק א' אחרי הערה 26.

¹¹ ב"מ פ"י ה"ו (מהדורת ליברמן, עמ' 118) ובמקבילה שבועות פ"ו הל' א, ד (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 453), בכורות פ"ו ה"ט (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540).

¹² לא במקור תנאי זה ואף לא בברייתא מקבילה לו.

¹³ למשל דעתם של ר' אליעזר ורבן גמליאל בשאלת ספק בחיוב כתובת בתולה (כתובות פ"א ו-ז), וכן דעתם של רבן שמעון בן גמליאל ור' יוסי לגבי ספק חיוב בדמי שכירות בתים (ב"מ פ"ח מ"ח).

¹⁴ ליברמן בפירושו הקצר שם ובתוספתא כפשוטה ב"ק עמ' 48.

שנגחה את השור ונמצא ולדה בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה ואם משנגחה ילדה
סמכוס או משלם חצי נזק מן הפרה ורביע מן הולד

שמואל (בבלי ב"ק מו ע"א) וכן הברייתא המובאת שם (בעמוד ב) כ"תניא נמי הכי",
מציגים שיטה זו של סומכוס כמתנגדת לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". שיטתו של סומכוס
מובאת פעמים רבות בתלמודים,¹⁵ כשיטה כללית הקובעת: "ממון המוטל בספק חולקים".¹⁶
תנאים אחרים שאף הם קבעו שבמקרים מסוימים יש לחלוק את הממון המסופק הם ר' מאיר,¹⁷
ור' יוסי ורשב"ג.¹⁸

תנאים נקובי שם נוספים המציגים עמדה העומדת בעימות מפורש עם הכלל הם: ר'
טרפון, שחולק על ר' עקיבא ביחס לספק במתנות כהונה (משנה בכורות פ"ב מ"ו); ר' מאיר,
שביחס לספק מתנת שכיב מרע קובע שעל נותן המתנה להביא ראיה שהוא היה שכיב מרע בשעת
נתינתה (ב"ב פ"ט מ"ו), וכן שבמקרה של ספק חיוב שומרים או ספק מכירה קובע יחלוקו בדומה
לשיטת סומכוס;¹⁹ ר' יהודה, שבספק מכירה מעמיד את החפץ ביד המוכר;²⁰ וכן ר' נתן ור' יעקב,
שמצטרפים אל ר' מאיר בהתנגדותם לקביעת חכמים במקרה של ספק מתנת שכיב מרע "המוציא
מחברו עליו הראיה", אלא שביחס לשאלה על מי להטיל את חובת הראיה, כל אחד מהם מציע
עמדה משלו.²¹ בשאר המקומות שבהם מופיעה עמדה העומדת בעימות עם הכלל היא מופיעה
בסתם.²²

בכל המקרים שבהם מופיע הכלל במשנה המחזיק בממון הוא בעליו הודאיים בעבר קודם

¹⁵ ירושלמי ב"מ פ"ח ה"א, בבלי לה ע"ב ושם נסמן.

¹⁶ מספר חוקרים עמדו על כך שלשון זו אינה לשונו של סומכוס אלא התלמוד הציג זאת ככלל
וניסחו באופן זה (ראה הלבני, מבוא לב"ק, עמ' 15; ב"מ עמ' רפח הערה 2. וראה רובינשטיין, ר'
פלוני, עמ' 111 ובפרט בהערה 1; פירוש, עמ' רעו הערה 3).

¹⁷ תוספתא ב"מ פ"ח הל' כב-כד, מהדורת ליברמן, עמ' 107-108.

¹⁸ משנה בבא מציעא פ"ח מ"ח.

¹⁹ תוספתא ב"מ פ"ח הל' כב-כד, מהדורת ליברמן, עמ' 107-108.

²⁰ תוספתא ב"מ פ"ח הכ"ד, מהדורת ליברמן, עמ' 108.

²¹ תוספתא ב"ב פ"י ה"א, מהדורת ליברמן, עמ' 165.

²² משנה ביכורים פ"ב מ"י, ובמקבילה בתוספתא חולין פ"ט ה"א (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 510),
תוספתא בכורות פ"ו ה"ט (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540). ראה גם תוספתא ב"מ פ"י ה"ו (מהדורת
ליברמן, עמ' 118) שבועות פ"ו ה"ד (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 453).

הספק.²³ אך מכמה מקומות בתוספתא מוכח שהכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" נאמר גם כשהמחזיק אינו זה שהיה הבעלים עד שעת הספק. לדוגמה: "שתי נשים שלא בכרו וילדו שני זכרים במחבא נותנות עשר סלעים לכהן, מת אחד מהן בתוך שלשים יום מוציאות מידן, ר' יהודה אומר אם לכהן אחד נתנו מוציאות מידו, אם לשני כהנים נתנו אין יכולין להוציא מידו, שהמוציא מחברו עליו הראיה" (בכורות פ"ו ה"ט, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540).²⁴

הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מופיע בדברי אמוראים נקובי שם²⁵ ובדברי סתם התלמודים בעשרות מקומות. ברוב המקומות מדובר בציטוט של משנה,²⁶ או של ברייתא, שבדרך כלל יש לה מקבילה בתוספתא.²⁷ בחלק מהמקומות עוסקים האמוראים והתלמודים בביאור שיטות התנאים שהוזכרו לעיל: השיטה המיוחסת לסומכוס: "ממון המוטל בספק חולקים" והיקף תחולתה;²⁸ מחלוקת התנאים בנושא ספק מתנת שכיב מרע;²⁹ ומחלוקת ר' עקיבא ור' טרפון ביחס לבהמה מבכרת שילדה שני זכרים ומסופקים אנו מי מהם הבכור.³⁰

האמוראים ובעלי הסתמא בתלמוד הבבלי מזכירים את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" גם בהתייחסם למקורות תנאיים כשהם מגלים אי התאמה בין מקורות אלה לבין הכלל, והם מנסים ליישב את המקורות עם כלל זה.³¹ כמו כן אנו מוצאים בדברי האמוראים והתלמודים יישום של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" במקרים שלא הופיעו במקורות התנאיים. דוגמה חשובה לכך היא שימוש בכלל זה ביחס לקרקע, שאינה מצויה ביד בעליה הראשונים, כדי להעמידה בידם.³²

²³ ה"מרא קמא" בלשון הבבלי ב"מ ק ע"א.

²⁴ ראה גם ב"מ פ"ח הל' כג-כד (מהדורת ליברמן, עמ' 107-108).

²⁵ כבר בדורות הראשונים: ר' חייא (בבלי בכורות יח ע"ב. כן בכת"י ותיקן 119, פירנצה, לונדון, וד"ו. אך גרסת כת"י מינכן וויתקן 120: "א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן"), שמואל (ב"ק מו ע"א).

²⁶ מהמשניות שצוינו בהערות 4-5.

²⁷ מהברייתות שצוינו לעיל בהערות 9-10. וראה ש' פרידמן, הברייתות, בעיקר עמ' 196-198.

²⁸ ירושלמי ב"מ פ"ח ה"א, בבלי ב"ק לה ע"ב, ב"מ ק ע"א.

²⁹ ירושלמי ב"ב פ"ט ה"ו; בבלי ב"ב קנג ע"ב-קנד ע"ב.

³⁰ בבלי בכורות יח ע"א-יח ע"ב.

³¹ לדוגמה בבלי ב"מ ק ע"א, קטז ע"ב.

³² ר' יוסי בירושלמי (גיטין פ"ה ה"ז, קידושין פ"א ה"ה, ב"ב פ"ג ה"ד) (ראה ליברמן, תוספתא כפשוטה גיטין עמ' 845 בהערה). והשווה לדברי רבא בבבלי ב"ב כט ע"ב. אמנם המשנה (ב"ב פ"ט מ"ו) שמביאה כלל זה ביחס למתנת שכיב מרע, מתייחסת לנותן כל נכסיו ומסתבר שקרקע בכללם (ובפרט שבהצגת דין מתנת שכיב מרע ברישא מתייחסת המשנה במפורש לשויר או אי שויר קרקע

בכל המקומות בספרות התנאית הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" מופיע כהנחיה מעשית, אמנם כללית, שלא להוציא ממון ללא ראיה. אך המקורות התנאיים לא משתמשים במונח "חזקה" ³³ או במונח דומה לו כדי לציין כלל זה. ³⁴ לעומת זאת נראה שבתלמוד הבבלי ניתן למצוא שימוש בבינוי "חזקה" בקשר להנחיה זו בצורות שונות - "אוקי ממונא בחזקת מריה" (קידושין מה ע"ב ושם נסמן), ³⁵ "חזקה דממונא" (כתובות עה ע"ב), אך בכל הספרות התלמודית לא כונה האדם שלזכותו נאמר הדין בכינוי 'מוחזק' או בכל כינוי אחר. ³⁶

בידו של הנותן), אך נראה ששם מעמידים אותה ביד המחזיק בה (ולא ביד בעליה הראשונים), כשם שאת חלק המטלטלין של המתנה מעמידים בידו.

³³ ראה דה-פריז, תולדות, עמ' 142-156, אורבך, ההלכה, עמ' 123-127, ומוסקוביץ, *Talmudic*, עמ' 47-50; 313-314, שעמדו על כך שבמקורות התנאיים לא מצוי השימוש המפורש במושגים מופשטים. אמנם המונח "חזקה" במובן של העמדת הדבר על חזקתו הראשונה, מופיע במקורות התנאיים מספר פעמים (ראה לדוגמה תוספתא מקואות פ"א ה"ז, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 653), ונראה שהוא כן מציין מושג מופשט.

³⁴ הביטוי "נכסים בחזקתן" המופיע מספר פעמים במשנה (יבמות פ"ד מ"ג, כתובות פ"ח מ"ו, ב"ב פ"ט ח"ל), אינו קובע שיש להשאיר את הנכס ביד מי שמחזיק בו בהתאם לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". לדוגמה: "שומרת יבם... מיתה [=מתה] מה יעשה בכתובתה ובנכסים הנכנסין והיוצאין עימה... בית הלל או': הנכסים בחזקתן, וכתובה בחזקת יורשי הבעל, ונכסים הנכנסין והיוצאין עמה בחזקת יורשי האב" (יבמות פ"ד מ"ג). הנכסים שבהם מדובר נמצאים בביתה של שומרת היבם שמתה ולא בידם של יורשי האב או של יורשי הבעל. לאור זה ברור שהקביעה של בית הלל "נכסים בחזקתן" אינה יישום של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". (משמעות קביעתם היא כנראה שיש להעמיד את הנכסים ברשות המשפטית שזיקתה לנכסים היתה חזקה יותר, ואכמ"ל). גם הביטויים "בחזקת שנתן" (ב"ב פ"א מ"ד) (אך בכת"י קויפמן: "בחזקת שנפל", וראה דיון בנוסח זה במאמרו של ש. נאה, בחזקת) ו"בחזקת שנפדה" (בכורות פ"ח מ"ו) (בכת"י קויפמן נוסף בגיליון), למרות שהם מובילים לצורך בהבאת ראיה כדי להוציא ממון, אינם מתייחסים לדין "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא מבוססים על השערה של אומדנא, וכפי שמוכח מהאבר הנגדי שבמשנה האומר: "בחזקת שלא נתן/נפדה", שמחמת כן נדרשת ראיה דווקא כדי למנוע את הוצאת הממון.

³⁵ וראה מוסקוביץ, *Talmudic*, עמ' 302 הערה 47.

³⁶ בספרות הרבנית, אצל ראשונים כאחרונים (ראה לדוגמה רש"י כתובות עו ע"ב ד"ה מי דמי, תוס' קידושין מה ע"ב ד"ה אוקי) ובעקבותיהם בקרב החוקרים מורגל השימוש בבינוי "מוחזק" בהתייחסות לאדם שממנו בא התובע להוציא ממון. ביטוי זה אינו מופיע בכל הספרות התלמודית במובן זה. הוא מופיע אמנם בהתייחסות להחזקת חפץ ברשותו של אדם, אך כתואר לחפץ ולא כתואר לאדם המחזיקו: "אין נוטל בראוי כבמוחזק" (תוספתא ב"ב פ"ז ה"ז, מהדורת ליברמן, עמ' 154). ביטוי זה מופיע גם במובן של היותו מניחים הנחה מסוימת אודות מעמדו ההלכתי/משפטי של דבר מסוים. לדוגמה: "בא ואמר לו גר אני, יכול קיבלו? תלמוד לומר: אתך, במוחזק לך"

עבודה זו מתמקדת בהופעת כלל זה בתורת התנאים. לכן יידונו בה כל המקורות התנאיים המתייחסים לכלל, וכן דברי האמוראים והתלמודים העוסקים בפרשנותם של מקורות אלה. דברי האמוראים והתלמודים, על מה שנתחדש בהם הן מבחינת המינוח והן מבחינת העקרונות המשפטיים, שלא ניתן ללמוד מהם על פרשנותם למקורות התנאיים, לא יידונו במסגרת העבודה.

תולדות המחקר

סקירה כללית של המחקר הקיים מעלה שלא נכתבה כל עבודה או מאמר מחקריים שיתמקדו בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". ההתייחסות הממוקדת ביותר לכלל מופיעה בחלק ממאמרם של בר-אשר ופורסטנברג "עיון מחדש בסוגית 'תקפו כהן'".³⁷ אך ישנן התייחסויות לכלל זה במסגרת עבודות מחקר שונות. במסגרת פרשנות רצופה למקורות חז"ל - ח' אלבק (משנה), ליברמן (תוספתא), הלבני (תלמוד בבלי), וכן אצל אפשטיין. כמו כן ישנה התייחסות פחות ממוקדת לכלל זה במסגרת חיבורים מסכמים של כללי המשפט העברי.³⁸ כאן אציין בקצרה את הנקודות הנוגעות לנושא העבודה, המופיעות במחקרים אלה. אתאר אותם ביתר פירוט ואדון בהם בגוף העבודה במסגרת הדיון שלי בנושא שאליו נמצאת התייחסות החוקרים.

בנוגע לעמדות של תנאים הנראות כמנוגדות לכלל זה דנו החוקרים בעיקר ביחס לשיטה המיוחסת על ידי התלמודים לסומכוס: "ממון המוטל בספק חולקים" ובכלל זה דנו בשיטת ר' מאיר רבו, ובשיטת ר' יוסי ורשב"ג שאף הם פסקו במקרים מסוימים יחלוקו. כבר האמוראים התלבטו בהיקף תחולתה של קביעה זו,³⁹ והיא נידונה על ידי החוקרים במקומות שונים.

חוקרים שונים התייחסו לשיטות התנאיות האחרות שהוזכרו לעיל כעומדות לכאורה בסתירה עם הכלל - לשיטת ר' טרפון לענין ספק בכורה; לשיטותיהם של ר' מאיר, ר' נתן ור' יעקב לענין ספק מתנת שכיב מרע ולשיטת ר' יהודה לענין ספק הקנאה.

(ספרא קדושים פרשה ג) (וראה דברי ר' שמעון שקופ, בספרו 'שערי ישר', ניו-יורק, חש"ד, שער ה פט"ו ד"ה ונראה (עמ' סב), שאכן התקשה בשאלה מדוע השתמשו הראשונים בביטוי "מוחזק" ולא בביטוי "מחזיק"). מאחר שהמובן הפשוט של הכלל הוא שאין הוא מבוסס על מה שאנו מניחים ומחזיקים (ראה מה שכתבתי להלן בהערה 47), אעדיף בעבודתי להשתמש בכינוי "המחזיק", בניגוד למורגל.

³⁷ עמ' נה-נח ובפרט בהערה 18. כל ההפניות לדבריהם במסגרת עבודה זו מתייחסות למאמרם זה.

³⁸ י"ש צורי (משפט, בעיקר בספר רביעי, עמ' 4-5, 31, ובספר שביעי, עמ' 28-29), גולאק (יסודי, בעיקר בחלק ד, עמ' 111-115), קרל, ההוכחות (עמ' 101 בהערה), ש' אלבק (בעיקר הראיות, עמ' 58-59, מבוא, עמ' 346-349).

³⁹ בעיקר בירושלמי ב"מ פ"ח ה"א, ובבבלי ב"ק לה ע"ב, ב"מ ק ע"א.

ישנה במחקר התייחסות למהותו של כלל זה במסגרת חיבורים מסכמים של כללי המשפט העברי.⁴⁰ גולאק⁴¹ ובעקבותיו קרל⁴² מתייחסים להחזקה בממון כ"השערה משפטית", והם כוללים בדבריהם אלו התייחסות לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". בדבריהם לא נמצאת כל ראייה לטענתם זו. גולאק⁴³ מוסיף ומבאר כלל זה בכך שהחזקתו בחפץ משמשת לו ראייה. גם ש' אלבק מתייחס לכלל זה במסגרת דיני הראיות ורואה בו סוג של ראייה,⁴⁴ אלא שהוא מוסיף ומבסס כלל זה על סברת רוב. לפי טענתו מאחר שרוב המחזיקים בממון מחזיקים אותו בדין, אנו מסתמכים על הרוב ומשאירים אותו ביד המחזיק.⁴⁵ אולם נראה לי שלא ניתן לקבל את דבריו אלה, משום שבמקרים של ספק שיש לו ביסוס אובייקטיבי,⁴⁶ אין רוב המחזיקים בממון מחזיקים אותו בדין. גם את טענתו של גולאק שהחזקת הממון המצריכה את הבא להוציאו להביא ראייה, מהוה ראייה עבור המחזיק, אינה יכולה להתקבל, לאור השימוש בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" במקרה כזה של ספק. מההתייחסות של חוקרים אלה לכלל עולה שלדעתם כלל זה אינו הנחיה מעשית בלבד המורה להשאיר את הממון המסופק ביד המחזיק בו, אלא הכלל מתיימר להכריע בשאלת הבעלות על החפץ, ולקבוע שהמחזיק בו הוא הבעלים, בדומה לכלל של העמדת דבר על חזקתו בתחום של איסור והיתר, שאף הוא "השערה משפטית".⁴⁷

⁴⁰ בהתייחסות זו בדרך כלל לא עמדו החוקרים על הבחנה בין הרבדים השונים של הספרות התלמודית.

⁴¹ יסודי, חלק ד, עמ' 114.

⁴² ההוכחות, עמ' 93.

⁴³ יסודי, חלק ד, עמ' 111.

⁴⁴ הראיות, עמ' 58; מבוא, עמ' 347-348.

⁴⁵ יתכן שתפיסה זו קשורה לשיטתו העקרונית של ש' אלבק, שכמעט כל דיני הממונות מבוססים על אומדנות של רוב בני אדם (ראה למשל: מבוא, עמ' 14, 31), אלא ששיטה זו גופה טעונה בירור שאין כאן מקומו.

⁴⁶ ראה בתחילת פרק א'.

⁴⁷ במקומות שונים בספרות חז"ל ישנה התייחסות ל"חזקה" שיש לאדם על חפץ מסוים. בדומה לדין "המוציא מחברו עליו הראיה", האדם שלזכותו עומדת חזקה זו, זוכה בדין בעימות הנוגע לממון זה. לדוגמה אדם שהחזיק בקרקע במשך שלש שנים, יזכה בה כנגד ערעור של הבעלים הידועים של הקרקע. וכן לגבי מטלטלין, המחזיק בהם יזכה בהם לאלתר (ראה משנה ב"ב פ"ג, ירושלמי קידושין פ"ד ה"ב, בבלי ב"ב לו ע"א). במקומות אלה לא מוזכר הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". מדברי חוקרים אלה מתקבל הרושם שהם כרכו זה בזה את נושא "המוציא מחברו עליו הראיה" עם הנושא של חזקת החפצים - קרקעות ומטלטלין (ראה לדוגמה צורי, משפט, ספר ז, עמ' 28; גולאק, יסודי, חלק ד, עמ' 112-113; קרל, ההוכחות, עמ' 93), שכאמור אין

המחקר הנוכחי

הפרק הראשון עוסק במשמעות הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ובהשתלשלות ההיסטורית. הוא פותח בהתייחסות לסוג הספק שביחס אליו משתמשים המקורות התנאיים בכלל זה. לאחר מכן נבדקת המשמעות הפשוטה של המשפט "המוציא מחברו עליו הראיה", באמצעות ניתוחו מבחינה לשונית, ובאמצעות בחינת המקרים שביחס אליהם הוא מוזכר במקורות התנאיים. נבדק מיהו הנמען של הכלל, בית הדין או אחד מבעלי הדין, ומהי ההנחיה המעשית שהכלל מורה לו. הפרק חותם בניסיון לעקוב אחרי ההשתלשלות ההיסטורית של הכלל. בפרקים הבאים נבדקת התייחסותם של התנאים השונים לכלל. ההתייחסות העיקרית בפרקים אלה היא לתנאים המביעים דעה הנראית מנוגדת לכלל, ונבדק היקף התנגדותם זו לכלל. כל זה תוך ניתוח המקורות התנאיים מצד עצמם, ותוך ניתוח וביקורת של הפרשנות שניתנה למקורות אלה בשני התלמודים.

הפרק השני עוסק בנושא של ספק במתנות כהונה, מתנות לוויה ומתנות עניים.⁴⁸ בפרק זה נבחנות שיטותיהם של ר' עקיבא ור' טרפון ביחס לספק בכורה, ושיטותיהם של ר' אלעזר והתנא קמא שלו ביחס למתנות כהונה בכוי. ישנה בפרק גם התייחסות לכלל "ספק לקט לקט", הנראה כמנוגד ליישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס למתנות עניים. במסגרת זו נבחנת מידת העימות בין שני כללים אלה.

הפרק השלישי בוחן את שיטת סומכוס שפסק במקרה של ספק ממוני דין חלוקה. לצד שיטתו נבחנה שיטתם של תנאים נוספים שפסקו יחלוקו - ר' מאיר, ר' יוסי ורשב"ג. ביחס לכל תנא ההולך בשיטה זו, נעשה ניסיון לברר מהם גבולות שיטתו. האם הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" אינו מקובל עליו כלל, או שבנסיבות מסוימות הוא מקבל.

הפרק הרביעי בוחן את שאר המקורות התנאיים (פרט לאלו שנידונו בפרק הקודם), העוסקים בספק ממון (שאינו ספק מתנות כהונה וכדומה), ומופיעה בהם שיטה העומדת בעימות

כל מקור בספרות חז"ל שמקשר אותם זה לזה. קישור זה בין שני המושגים שנעשה על ידי חוקרים אלה מתמיה. חזקת החפצים אכן מבוססת על הנחה של סבירות שמחזיק בחפץ הוא בעליו. לעומת זאת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" משמש במקרים של ספק שיש לו ביסוס אובייקטיבי (ראה בתחילת פרק א'), ולא ניתן לומר שקביעתו מבוססת על סבירות כלשהי (וראה בהערה 36). (על השימושים השונים במונח 'חזקה' בספרות חז"ל, ראה אפשטיין, אמוראים, עמ' 246-248).

⁴⁸ הבחירה לפתוח בספק זה נבעה מכך שלאור מסקנתי בפרק א' (אחרי הערה 26), התיעוד הברור הקדום ביותר של השימוש בכלל נמצא ביחס לתחום זה.

עם הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". שיטת ר' מאיר, ר' יעקב ור' נתן ביחס לספק מתנת שכיב מרע, ושיטת ר' יהודה ביחס לספק מכירה. גם בפרק זה בדומה לקודמו נבדקה האפשרות שהתנא שהביע דעה זו חולק על הכלל לגמרי, לעומת האפשרות לומר שרק בנסיבות מסוימות אין לדעתו ליישם כלל זה.

דרכי ציטוט

המקורות מהמשנה על פי כת"י קויפמן. המקורות מהירושלמי על פי דפוס ונציה. המקורות מהבבלי על פי דפוס וילנא. בכל אלה חילופי נוסח משמעותיים מוצגים בהערות שוליים. כתבי היד מהבבלי מצוינים על ידי שם הספריה. כשיש בספריה יותר מכת"י אחד על המסכת מצוין גם מספר כתב היד.

פרק א' - משמעות הכלל והשתלשלותו ההיסטורית

סוג הספק שאליו מתייחס הכלל

אפתח בשאלה ביחס לאיזה סוג של ספק ממוני השתמשו חז"ל בכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". על הפסוק: "שמע בין אחיכם ושפטתם צדק" (דברים א, טז) מופיעה בספרי הדרשה הבאה (ספרי דברים פסקא טז, מהדורת פינקלשטיין עמ' 72):

יושפטתם צדק' - צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות, משל זה עוטר בטליתו וזה אומר שלי היא, זה חורש בפרתו וזה אומר שלי היא, זה מחזיק בתוך שדהו וזה אומר שלי הוא, זה יושב בתוך ביתו וזה אומר שלי הוא, לכך נאמר 'ושפטתם צדק' - צדיק בצדקו תובע¹ ומביא ראיות.

מספר פרשנים וחוקרים ראו בדרשה זו מקור לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה"². לפי דרכם הכלל משמש את חז"ל לא רק במקרה שיש בסיס אובייקטיבי לספק,³ כגון שהייתה פעולת קניין אך ספק הוא האם היא נעשתה כראוי, או שהייתה פעולת נזק אך ספק הוא מה היה היקפו וכדומה.

¹ כן היא גרסת כתבי היד הטובים - קטע גניזה ניו יורק 2392 (מהדורת כהנא, עמ' 235 ושם הסיום: "ראיותיו"), רומי, אוקספורד - וכן בד"ו ובמדרש חכמים. לפי גרסה זו משמע שהתובע הוא המכונה על ידי המדרש "צדיק", וכוונת המדרש היא, שכדי להצדיק את טענתו עליו להביא ראיה לתביעתו. אך בכת"י לונדון וברלין ובילקוט (בתחילת המדרש ובסופו): "צדיק בצדקתו התובע מביא ראיה", "מביא" בלא ו' החיבור, ולפי זה המדרש מכנה את המחזיק "צדיק" משום שהוא נחשב צדיק בדינו, והתובע נדרש להביא ראיה. (ובמדרש הגדול הדבר מפורש יותר "והתובע יביא ראיה", ושם בסיפא "על כולן הוא אומר התובע יביא ראיה").

² פינקלשטיין על אתר, הלבני (ב"ק עמ' קפג הערה 25), וכן בר-אשר ופורסטנברג, עיון, עמ' נו בהערה 18, וכן באנציקלופדיה תלמודית, כרך ט, ירושלים, תשל"ו, ערך "המוציא מחברו עליו הראיה", עמ' תנא.

³ התלמוד הבבלי משתמש בכמה מקומות במונח "דררא דממונא" (ראה על לשון זו אפשטיין, אמוראים, עמ' 261). יתכן שמונח זה בא לציין ספק שיש לו ביסוס אובייקטיבי, ואכמ"ל.

לדעתם חז"ל משתמשים בו גם ביחס למקרה של אדם התובע ממון מחברו ללא כל ביסוס ראייתי לתביעתו.⁴

נראה לי שבדיקת המקורות התנאיים המשתמשים בכלל זה מורה שאין הדבר כן. במקורות אלה מדובר על ספק המבוסס על התרחשות ידועה המעוררת את הספק. אמנם מקור תנאי אחד יש מקום לפרש כמתייחס למקרה שבו אדם תובע את חברו ללא כל ביסוס אובייקטיבי לטענתו (תוספתא ב"מ פ"א ה"א, מהדורת ליברמן עמ' 62):

שנים או חזין בטלית, זה נוטל עד מקום שתפוס וזה נוטל עד מקום שתפוס. במה דברים אמורים בזמן שהיו שניהם תפוסין בה, אבל אם היתה בידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה.

במקרה של הסיפא הטלית נמצאת בידו של אחד מהם ובכל זאת התוספתא משתמשת בכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".⁵ אך נראה לי שגם לספק שבמקרה זה יש בסיס אובייקטיבי ואין הוא מתבסס רק על טענתו של התובע. נראה שהתוספתא מתייחסת בסיפא למקרה של שניים האוחזים בטלית המופיע במשנה (ב"מ פ"א מ"א) וברישא של התוספתא, וביחס למקרה זה היא מחלקת בין מקרה שהיו שניהם תפוסים בה, לבין מקרה שהטלית בידו של אחד מהם.⁶ לפי זה אכן יש לספק בסיס אובייקטיבי.

דברי הבבלי (ב"מ ו ע"א) ביחס לברייתא המקבילה לתוספתא זו:

1. אמר רב נחמן, תא שמע: במה דברים אמורים - ששניהם אדוקין בה, אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן - המוציא מחבירו עליו הראיה. היכי דמי? אי נימא כדקתני - פשיטא! אלא - שתקפה אחד בפנינו.

⁴ בר-אשר ופורסטנברג, עיון, עמ' נז, כתבו במפורש שהכלל מתייחס גם למקרה כזה.

⁵ וראה הלבני, מקורות, ב"מ ו ע"א (עמ' יד), שאכן פירש שהתוספתא על פי פשוטה מתייחסת לתביעת הטלית ללא בסיס אובייקטיבי לתביעה.

⁶ ראה בר-אשר ופורסטנברג, עיון, עמ' נט.

2. לא, הכא במאי עסקינן - כגון דאתו לקמן כדתפיסו לה תרוייהו, ואמרינן להו: זילו פלוגו.

ונפקו, והדר אתו כי תפיס לה חד מינייהו. האי אמר: אודויי אודי לי, והאי אמר: בדמי

אגרתי ניהליה. - דאמרינן ליה: עד השתא חשדת ליה בגזלן, והשתא מוגרת ליה בלא

סהדי?

3. ואיבעית אימא - כדקתני, דאתו לקמן כי תפיס לה חד מינייהו, ואידך מסרך בה סרוכי...

דסרכא לאו כלום היא.

הרי שבבבלי מוצעות שלוש הצעות לפירוש הברייתא המקבילה לתוספתא, ולפי שלושתם היא מתייחסת למקרה של שניים האוחזים בטלית, ובכל זאת באותו מקרה ישנה עדיפות של אחד על חברו. רב נחמן (קטע 1) ביאר שאחד מהם הוציא לפנינו בכוח את הטלית מיד חברו האוחז בה. ובעל הסתמא מציע שתי הצעות: א. לאחר שיצאו השניים מבית הדין, הם חזרו לשם כשהטלית בידו של אחד מהם, הטוען שחברו הודה לדבריו (קטע 2). ב. התפיסה של שני הצדדים אינה שווה. האחד אוחז בגוף הטלית והשני רק בציציותיה (קטע 3). וראה ליברמן (על אתר, ובתוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 142), שראה בפירוש השני של בעל הסתמא את הפירוש הנכון לתוספתא.

פרט לממצאים העולים מבדיקת המקורות התנאיים, נראה לי שניתן להביא סיוע נוסף לטענתי כנגד הפרשנים והחוקרים שראו בדברי הספרי מקור לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". עורכי מדרשי ההלכה כשהם מביאים דרשה שהם רואים בה מקור לדין המופיע במשנה או בתוספתא, דרכם במקומות רבים לציין זאת על ידי הביטוי "מכאן אמרו וכו'" וכדומה.⁷ יש להניח שעורך הספרי, הכיר את המקומות במשנה שבהם מופיע הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", ובכל זאת הוא לא ציין

⁷ אמנם תופעה זו של הפניית מדרשי ההלכה לדין המופיע במשנה מצויה יותר בדבי ר' עקיבא, אך גם בדבי ר' ישמעאל, שלדעת אפשטיין חלק זה של הספרי משתייך אליו (אך לדעת גולדברג, דבי ר' עקיבא, עמ' 13, אף חלק זה מדבי ר' עקיבא הוא), היא די נפוצה, ראה אפשטיין, מבוא עמ' 733-735; מלמד, היחס, עמ' 142-145; פרקי, עמ' 257-258. וראה מנחם כהנא, עוללות, עמ' 237-240, ובמקורות שציין שם בהערה 27. בדבריו שם טען כהנא שדרכה של דבי ר' עקיבא לצטט משניות כלשונן, ואין זו דרכו של דבי ר' ישמעאל. אך למרות זאת כשמדובר על מקור לדין שבמשנה, אף דבי ר' ישמעאל רגיל לומר על כך "מכאן אמרו", ביטוי שמופיע בו בעשרות מקומות. אך פרופ' כהנא עצמו אמר לי, שפעמים רבות לא מופיע ביטוי כזה בציטוט של משנה, ולכן לא ניתן להביא ראיה של ממש מחסרונן של הביטוי.

זאת לצד הדרשה שהביא. הרושם המתקבל אפוא מדברי הספרי הוא, שבמקרים מסוג זה מדובר על עיקרון של משפט צדק שמחייב לדחות תביעה שאינה מבוססת באופן אובייקטיבי, ולא נדרשת בהם התבססות על הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה".⁸

יש לציין, שהתלמודים במסגרת הדיון שלהם בשאלת המקור לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" (ירושלמי סנהדרין פ"ג ה"ט; בבלי ב"ק מו ע"ב) לא הביאו את דברי הספרי, ומתקבל הרושם שאף הם לא ראו בדרשה זו מקור לכלל. אך כמובן אין בכך ראייה של ממש, שהרי ברייתות רבות ממדרשי ההלכה לא היו ידועות לתלמודים.

נראה שניתן לבאר את ההבדל בין המונחים שבהם משתמשים התנאים ביחס לשני סוגי התביעות - "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס לתביעה במקרה של ספק בעל בסיס אובייקטיבי, ו"בצדקו תובע ומביא ראיות" ביחס לתביעה שאינה מבוססת. במקרה של ספק אובייקטיבי משתמשים התנאים במונח "המוציא", שמאפיין את המצב המציאותי של החפץ כמצוי ביד אחד הצדדים, ושלגביו הכלל קובע שההוצאה מידו דורשת ראייה. ביטוי זה מצביע על כך שעדיפותו נובעת מכך שהוא מחזיק בחפץ וחברו בא להוציאו מידו. לעומת זאת כשאין בסיס אובייקטיבי לספק, וכל כולו מתבסס על תביעה שתובע האחד את חברו, משתמש התנא של הספרי במונח המבטא זאת: "תובע". כמו כן במקרה זה לא די לומר ש"עליו הראיה", שמזה ניתן להבין שהוא אכן נחשב צד בעניין, הצד שמטילים עליו את נטל הראיה, אלא אומרים שהוא לא יוכל כלל להצדיק את דבריו ולהיחשב צד בעניין בלא שיביא ראיות.

המשמעות הלשונית של הכלל

על פי ניתוח לשוני של המשפט "המוציא מחברו עליו הראיה" נראה שהוא מתייחס למקרה של אדם הבא להוציא ממון מחברו, בדבר שאת עילת התביעה ניתן להוכיח על ידי ראייה.⁹ אך במספר

⁸ העיקרון המשפטי שהכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" מבטא, קיים כמובן גם במקרים של תביעה שאינה מבוססת על ספק אובייקטיבי, שהרי אם כשיש בסיס לתביעה נדרש מהמוציא להביא ראיה, קל וחומר שמהתובע ללא בסיס כזה נדרשת ראייה. טענתי היא שבמקרה מסוג זה לא נדרשו חכמים לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", משום שבו הצורך בראיה הוא צורך בסיסי יותר. לכן חכמים גם לא הזכירו את הכלל בהקשר למקרים מסוג זה. (אך ראה בפרק ב' הערה 55). נראה שאף התנאים שהביעו דעה המנוגדת לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" במידה זו או אחרת (ראה בפרקים הבאים בעבודה), היו מסכימים לעיקרון שקבע הספרי (המוצב בראש הפרק).

מקורות תנאיים הכלל מתייחס למקרה שבו ברור שאין יכולת למוציא להביא ראייה. במקרים אלה הדין אינו קובע שעל המוציא מוטל להביא ראיה, אלא הוא קובע שהחפץ נשאר ביד המחזיק. לפעמים הדין שלא מוציאים מידו נאמר במפורש במקור התנאי, ולצידו מובא הכלל כנימוק לכך שהוא לא יוכל להוציא. לדוגמה: "וחייב [כוי] בזרוע ובלחיים ובקיבה, רבי אלעזר פוטר, שהמוציא מחבירו עליו הראייה" (ביכורים פ"ב מ"י).¹⁰

כשבמקור התנאי מוצג המקרה ולצידו הדין: "המוציא מחבירו עליו הראייה", משתמע מזה שכל אחד משני בעלי הדין שאין הממון בידו, אם הוא רוצה להוציאו מיד חברו, הוא נדרש לראיה כדי לעשות זאת.

אך יתכן, שכוונת התנא שהביא את הכלל היא לומר, שמי שבדרך כלל במקרה שאליו מתייחס התנא אין הממון בידו (ולכן הוא מכונה "המוציא מחבירו"), עליו להביא ראיה כדי להוציאו מיד חברו. אך אם ייווצר מצב שונה מהרגיל, כגון כשבעל הדין השני תפס את החפץ המסופק והוא נתון עתה בידו, אין הכלל קובע שחברו יזדקק לראיה כדי להוציאו מיד המחזיק.

בשני מקומות בתלמוד הבבלי ניתן להבחין בשתי גישות ביחס לשאלה פרשנית זו. בשני המקומות הבבלי מניח בתחילה שהפירוש הפשוט של לשון זו הוא שהכלל הוא דו צדדי, ולגבי כל אחד מהשניים שמחזיק בממון, הוא קובע שעל השני להביא ראיה כדי להוציא מידו. אך בשני המקומות הבבלי מגיע למסקנה שפרשנות זו אינה הכרחית, וניתן להבין את הכלל ביחס למקרה זה כמתייחס רק למקרה שבו הממון נמצא ביד זה שבדרך כלל הוא בידו.

ביחס למשנה: "ספק בכורות... המוציא מחבירו עליו הראייה" (טהרות פ"ד מ"ב), אומר הבבלי (ב"מ ו ע"ב):¹¹ "והא הכא, דאמר: תקפו כהן - אין מוציאין אותו מידו, דקתני: המוציא מחבירו עליו הראייה". במקרה הרגיל והשכיח הבכור נמצא ביד בעל הבהמה, ובכל זאת התלמוד

⁹ כדברי בר-אשר ופורסטנברג, עיון, עמ' נו הערה 18.

¹⁰ הכלל של "המוציא מחבירו עליו הראייה" בכל הופעותיו במקורות התנאיים מתייחס למקרה ספציפי, ולעולם אינו מופיע ככלל 'עצמאי', שלא בזיקה למקרים פרטניים. אך במקרה מסוג זה, שבו הכלל משמש כנימוק לדין שלפניו, נראה שכאילו אומר התנא: "פטור, שהרי הכלל הוא ש'המוציא מחבירו עליו הראייה'". (והשווה כיוצא בזה אצל מוסקוביץ, Talmudic, עמ' 223).

¹¹ למרות שהמשפטים שהבאתי מהתלמוד הבבלי מוצגים שם כחלק מדבריהם של רב המנונא ורבה שבסוגיה, בר-אשר ופורסטנברג (עיון, עמ' סא-סב) הביאו ראיות לכך, שמשפטים אלה הם הוספות של בעל הסתמא. ראה גם הלבני על אתר עמ' טו-טז.

מדייק מהשימוש בלשון כללית זו, שהיא נאמרה גם ביחס למקרה שהוא נמצא בידו של הכהן. אך התלמוד שם דוחה זאת ואומר: "לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו", כלומר יש לפרש שהכלל מתייחס רק למקרה המצוי, קרי שהבכור בידו של הישראלי.

בדומה לכך, בבבלי כתובות עו"ב מובאת ברייתא המקבילה לתוספתא (חולין פ"ג הי"א, מהדורת צוקרמנדל עמ' 504), והבבלי דן בפירושה:

1. מחט שנמצאת בעובי בית הכסות... הוגלד פי המכה - בידוע ששלשה ימים קודם שחיטה, לא הוגלד פי המכה - המוציא מחבירו עליו הראיה.
2. ואי יהיב טבח דמי - בעי לאיתויי ראיה ומפיק, ואמאי? בעל בהמה לייתי ראיה ונוקים!
3. בדלא יהיב טבחא דמי. מאי פסקא? אלא... דיהיב טבח דמי. ומאי פסקא? סתמא דמילתא, כמה דלא יהיב איניש זוזי - לא יהיב איניש חיותא.

הברייתא (קטע 1) מתייחסת לבהמה שהטבח קנאה מהמוכר ולאחר ששחטה נתגלה שהיא טריפה מחמת מחט שניקבה את בית הכסות. בסיפא מדובר במקרה של ספק האם הנקב נוצר ברשות המוכר ומקח טעות הוא, או שברשות הטבח הוא נוצר והמקח קיים. הברייתא קובעת שבמקרה זה יש לנהוג על פי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". התלמוד מניח בתחילה (קטע 2) שיש לפרש את הכלל כמתייחס לשני המקרים האפשריים, בין כשכבר שילם הטבח לבעל הבהמה והוא נחשב המוציא, בין קודם ששילם הטבח והמוכר הוא המוציא מידו. אך מסקנת הבבלי (קטע 3) היא, שאפשר לפרש שהכלל מתייחס למקרה המצוי בלבד, כלומר כשהטבח כבר שילם את דמי מקחו, והוא נחשב המוציא מיד המוכר.

ביחס לשאלה זו נראה לי שניתן למצוא שני מקורות תנאיים, שבהם ברור שהכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מתייחס גם או דווקא למקרה שבו הממון נמצא ביד זה שפחות שכיח שבידו הוא ימצא.

א. תוספתא ב"מ פ"ח הכ"ג (מהדורת ליברמן עמ' 107-108):

המוכר פרה לחבירו וילדה, זה אומ' ברשותי ילדה והלה שותק זכה. זה אומ' ברשותי ילדה והלה שותק [זכה].¹² זה אומ' איני יודע וזה או' איני יודע יחלוקו... דברי ר' מאיר, ר' יהודה: לעולם הולד בחזקת המוכר, וחכמים אומ': המוציא מחבירו עליו הראיה.

במקרה של מכירת פרה, המתבצעת כשהפרה אינה עומדת בפני הצדדים, המקרה מצוי יותר הוא שהיא ברשותו של המוכר. בכל זאת ברור שכשחכמים אומרים "המוציא מחבירו עליו הראיה" הם כוללים בדבריהם גם מקרה שהפרה וולדה נמצאים ברשות הקונה, שהרי ר' יהודה הוא זה שקבע שיש להעמיד במקרה זה את הפרה בחזקת המוכר, וחכמים חולקים על דבריו. ב. ספרי דברים פסקה רפג (מהדורת פינקלשטיין עמ' 300):

לא תשוב לקחתו... בעל הבית המוציא מעניים עליו להביא הראיה, שהמוציא מחבירו עליו הראיה. ומנין שספק לקט ספק שכחה שכחה ספק פיאה פיאה? תלמוד לומר: לגר ליתום ולא למנה יהיה.

בכל מקום שהכלל של "המוציא מחבירו עליו הראיה" מתייחס למתנות כהונה או למתנות עניים, כוונתו לומר שהמתנה המסופקת תישאר ביד בעל הבית. במקור זה בספרי הכלל משמש כדי לומר שהמתנה המסופקת תישאר ביד העניים.¹³ כמובן שהמקרה השכיח של ספק במתנות כהונה/עניים, הוא כשהם בידו של בעל הבית, המסופק אם עליו לתת אותם לכהן או לעני. יוצא אם כן שבמקרה של הספרי הכלל של "המוציא מחבירו עליו הראיה" משמש את התנא כדי להורות על כך שהממון המסופק יישאר ברשות זה שפחות שכיח שהוא יהיה בידו.

למרות שתי דוגמאות אלו, נראה לי שלא ניתן להוכיח חד משמעית שבכל מקום יש לפרש שהכלל מתייחס לשני הצדדים של העימות הממוני. יתכן שמקורות אחרים משתמשים בו רק כמתייחס למקרה המצוי, ובפרט לאור העובדה שהכלל מופיע תמיד בהקשר למקרה ספציפי כנ"ל.¹⁴

¹² תוקן על פי כת"י ערפורט ודפו"ר.

¹³ ראה בפרק ב' (אחרי הערה 48) שני פירושים לדברי הספרי הללו.

¹⁴ ראה הערה 10.

הנמען של הכלל

הנמען העיקרי של הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" הוא כפי הנראה בית הדין שהתביעה באה לפניו, והכלל מורה לו להטיל את חובת הראיה על הבא להוציא מחברו. אך יתכן שהכלל פונה גם אל התובע ומורה לו עוד לפני שהוא מגיע לבית הדין לדאוג לבוא לדיון כשהוא מצויד בראיות.

רוב ההופעות של הכלל במשנתנו, ארבע במספר,¹⁵ אינן עוסקות במקרה הרגיל של אדם המוציא מחברו, אלא במתנות כהונה שבהן בדרך כלל אין תובע. מספר דומה של ברייתות בתוספתא עוסקות גם הן בספק מסוג זה. מאחר שלא מדובר על תביעת ממון מסתבר שבמקורות אלה הפנייה אינה אל "המוציא" אלא אל זה שנדרש להוציא את הממון מרשותו.

הצורך בהנחיה לבית הדין או לתובע שעל המוציא להביא ראיה מובנת היטב כאמור. אך הנחייה כזו הפונה למחזיק אינה מובנת לכאורה. שהרי בדרך כלל לא "יתנדב" אדם להוציא ממון מידו מספק. ולא מסתבר שמדובר על מכרי כהונה¹⁶ שאורבים לאדם מישראל, לדוגמה בשעה שהוא שוחט את בהמתו, כדי לתבוע ממנו בבית הדין את המתנות.¹⁷ כמו כן לא מסתבר ששלוחי בית הדין אורבים לאנשים ששוחטים בהמותיהם או שצפוי שייוולד בכור בעדרם כדי לכפות אותם לתת את מתנות הכהונה לכוהן.

נראה שהצורך בפנייה כזו לאדם שמחזיק בממון, נובע מכך שמדובר במקרים אלו במצוות התורה לתת מתנות כהונה. מאחר שמדובר במצווה, אדם זה חושש שמספק נדרש ממנו להוציא את מתנת הכהונה המסופקת מידו, ולתת אותה לכהן כדי לקיים את מה שנצטווה. חשש זה מתבסס על כך שבספק מצווה דאורייתא עליו להחמיר - "כיצד שוה [הכוין] לחיה? דמו טעון כיסוי כדם החייה" (ביכורים פ"ב מ"ט); "הכל חייבין בתקיעת שופר... טומטום ואנדרוגינוס חייבין ואין מוציא" את

¹⁵ ראה במבוא הערה 5.

¹⁶ ראה תוספתא תרומות פ"א הי"ד ובבלי גיטין ל ע"א.

¹⁷ ובפרט במשנה חולין פ"י מ"ד, העוסקת בגר שנתגייר, ושחיטת פרתו התבצעה בסמוך לגיורו, שלא סביר שכבר הספיקו כוהנים להתחבר אליו ולהיות מכריו.

הרבים ידי חובתן... נשים ועבדים וקטנים פטורין" (תוספתא ראש השנה פ"ב ה"ה, מהדורת ליברמן עמ' 314).¹⁸

ישנה אפשרות נוספת להבין את הצורך בהפניית הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" כלפי המחזיק. ניתן לומר, שהמחזיק חושש שמא מתנת הכהונה המסופקת שבידו אינה שלו, ובהחזקתה הוא עובר על איסור גזל של שבט הכהונה.¹⁹ חשש זה גורם לו לסבור שעליו להוציאה מידו ולתת אותה לכהן, וכנגד זה בא הכלל ומורה לו שמותר לו להשאירה בידו.

מההסבר השני עולה, שלדעתם של המתבססים על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" כדי לפטור בספק מתנות כהונה, השאלה האם קיים איסור גזל, תלויה בשאלה המשפטית המוכרעת על פי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". לאור זה אמרו חכמים אלה, שבמקרה שעל פי כלל זה לא ניתן להוציא את הממון מיד המחזיק, אין מקום לחשוש לאיסור גזל. בדומה לכך צריך לומר בדעתם, גם ביחס למצוות מתנות כהונה/עניים לפי ההסבר הראשון. גם מצוות עשה אלה תלויות הן במישור המשפטי, ובמקום שעל פי כללי המשפט לא ניתן להוציא מידו של הבעלים, אין עליו חובה להחמיר ולקיימן מספק.²⁰

השתלשלותו ההיסטורית של הכלל

נראה שההקשר הקדום ביותר שביחס אליו מופיע הכלל הוא במקורות המציגים את תקנתו של יוחנן כוהן גדול (תוספתא סוטה פ"ג ה"י, מהדורת ליברמן, עמ' 234-235):

¹⁸ אמנם המשנה טהרות פ"ד ממ"ז ואילך מונה מספר תחומים שבהם קבעו חכמים שיש להקל במקרי ספק, וביחס לחלקם נראה שמדובר על הלכות מדאורייתא. אך אין כאן המקום לדון בהשתלשלות הכלל "ספק דאורייתא לחומרא" (ראה בר-אשר ופורסטנברג, עמ' סד הערה 33).

¹⁹ חשש זה שייך לא פחות בכל ספק ממוני רגיל כמובן, אלא שבספק ממוני לא נדרשתי להסבר זה כדי להבין את הצורך בקביעה של "המוציא מחברו עליו הראיה", שהרי הוא נדרש להורות לבית הדין ולתובע כיצד עליהם לנהוג.

²⁰ אחרונים דנו בהרחבה בנושא זה, ראה לדוגמה ר' שמעון שקופ, שערי ישר, ניו-יורק, חש"ד, שער ה' פ"א (עמ' א-ג), ותחילת פ"ו (עמ' יז) ותחילת פ"ז (עמ' כ-כא). וראה ש"ע ווזנר, חשיבה, עמ' 182-235, דיון נרחב בשיטתו של ר' שמעון שקופ בענין זה, ואכמ"ל. וראה בפרק ב' הערה 47.

אף הוא גזר על הוודיי וביטל את הדמיי, לפי ששלח לכל עיירות ישראל ומצאן שאין מפרישין אלא תרומה גדולה בלבד, מעשר ראשון ומעשר שני מקצתן מפרישין ומקצתן אין מפרישין, [אמר]:²¹ הואיל ותרומה גדולה עון מיתה ותרומת מעשר עון טבל, יהא אדם קורא שם לתרומה ותרומת מעשר ונותן לכהן ומעשר שני מחללו על המעות, והשאר מעשר מעשר עני המוציא מחברו עליו הראיה

בתוספתא זו לפי גרסת כ"ע ודפוס ראשון,²² "אמר וכו' " מושם לכאורה הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" בפי יוחנן כהן גדול. אלא שאפילו לפי גרסה זו, קרוב לומר שאין כאן ציטוט מילולי של דברי ר' יוחנן כהן גדול, אלא שחזור שיטתו-מחשבתו על ידי העורך של התוספתא, שבא לבאר את הסיבה שמחמתה לא תיקן יוחנן לתת מעשר עני.²³ נראה שגם את העיקרון שכלל זה מבטא, לא ניתן להוכיח מהיקף תקנת יוחנן כהן גדול. יתכן שזה שהוא לא תיקן שתהיה חובה לתת מעשר ראשון ומעשר עני של דמאי ללוויים ולעניים, נבע מהגישה המקילה בדמאי.²⁴

י"ש צורי (ר' עקיבה, עמ' 78; משפט, ספר ד עמ' 31) טען שאת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" חידש ר' עקיבא. מדבריו משמע שכוונתו לומר שר' עקיבא לא רק ניסח את הכלל אלא

²¹ כן בכתי"ע. בדפו"ר: "אמר להן יוחנן כ"ג". בכתי"ו ליתא.

²² וכן במקבילות בירושלמי סוטה פ"ט ה"א ובבלי סוטה מח ע"א, ראה ליברמן תוספתא כפשוטה סוטה עמ' 749.

²³ ראה מעין טענה זו אצל ש' פרידמן, תלמוד ערוך, עמ' 436-438. וראה ליברמן בפירושו על אתר ובתוספתא כפשוטה שם עמ' 749-750, שהציע לפרש שבבא זו בתוספתא: "והשאר מעשר וכו' " אינה דבוקה לשלפניה, אלא היא באה לפרש את האמור במשנה: "ובימיו אין אדם צריך לשאול על הדמיי" (סוטה פ"ט מ"י). שמאחר שיוחנן כהן גדול העמיד ממונים על הפרשת תרומות ומעשרות (ראה תוספתא כפשוטה שם עמ' 748), אין חשש של איסור טבל, ולמעשר ראשון ולמעשר עני אין לחוש לאור הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". לפי פירושו כלל זה לא מושם בפי יוחנן כהן גדול. (בר-אשר ופורסטנברג, עיון, עמ' נו בהערה 18, כתבו שהשימוש בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" בברייתא זו הוא ביטוי קיצוני להפקעת הכלל משימושו המקורי, משום שמדובר בה על תקנה שהתבססה על כלל זה. אך נראה לי שזהו שימוש שגרתי לגמרי בכלל זה, והוא דומה לשימוש בו ביחס לספק מתנות כהונה. כלל זה הוא הבסיס לכך שבספק מעשר ראשון או מעשר עני לא נדרש לתת אותם ללוי או לעני, ולכן לא כלל יוחנן כהן גדול בתקנתו נתינת מעשרות אלו. לפי הפירוש שהציע ליברמן לדברי התוספתא, ברור שהכלל אינו משמש בסיס לתקנה).

²⁴ ראה לדוגמה דמאי פ"ג מ"א.

הוא זה שחידש את העיקרון של הטלת חובת הראיה על הבא להוציא מחברו. אך בספר ז' עמ' 28 ובספרו ר' עקיבה עמ' 78 בהערה ייחס צורי את הכלל כבר לר' אליעזר - "רבי אליעזר פוטר שהמוציא מחבירו עליו הראייה" (ביכורים פ"ב מ"י). אך לצד הזכרתו את ר' אליעזר העיר צורי (באמצעות סימן שאלה), שיש לפקפק בייחוס זה של הכלל לר' אליעזר. ונראה שאכן יש להסתייג מייחוס זה משני טעמים: א. אמנם כ"י פרמה גרס שם "ר' אליעזר", אך במספר עדי נוסח, ובכללם כ"י ק, כ"י לו וקטעי גניזה הגרסה היא: "ר' אלעזר/לעזר".²⁵ ב. גם לפי גרסת כ"י פרמה ולפי עדי הנוסח של הבבלי, הגורסים בחולין עט ע"ב, שם מובאת משנה זו: "ר' אליעזר", יתכן שהכלל "המוציא מחברו עליו הראייה" שהובא כטעם לפסיקתו, לא נאמר על ידו אלא על ידי תנא מאוחר.²⁶

הכלל מוצג בפי ר' עקיבא במספר מקורות תנאיים המתייחסים לספק מתנות כהונה (בכורות פ"ב מ"י; בכורות פ"ב הל' ח-י, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 536). לפי עדות ר' שמעון תלמידו של ר' עקיבא, עשה רבו שימוש מושאל מרחיק לכת בכלל זה (מנחות פ"ג ה"ב, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 532):

ר' שמעון אמר: אם יאמר לך אדם כדברי ר' עקיבא... כבש קבל הימנו [אדם שנדר להקריב עולה, יוצא ידי חובתו בכבש]... היה ר' עקיבא נותן את הטעם: כבש - המוציא מחברו עליו הראיה

בר-אשר ופורסטנברג (עיון, עמ' נו בהערה 18) כבר עמדו על כך שהשימוש בכלל זה ביחס לספק מתנות כהונה הוא שימוש מושאל, שהרי במתנות כהונה אין תובע ממשי, ובדרך כלל גם אין סיכוי שיימצאו ראיות. אך בתוספתא זו ההשאלה מרחיקת לכת בהרבה, שהרי המוציא במקרה זה אינו אדם אלא רשות גבוהה, ואם כן לא מדובר על המוציא מחברו. במקרה זה גם לא מדובר על תביעת ממון, אלא על התלבטות של הנודר מה עליו להביא לתשלום נדרו, ואם כן ברור שהפנייה של הכלל גם אינה ל"בא להוציא", אלא לזה שממנו אמור הממון לצאת. נראה שהשאלה מרחיקת לכת כזו יכולה

²⁵ ראה משנה זרעים עם חילופי נוסחאות ירושלים, תשל"ה ח"ב עמ' תכד, וראה אפשטיין, מבוא, עמ' 1170, 1177 וראה בפרק ב' הערה 14.

²⁶ אך במקבילה (תוספתא חולין פ"ט ה"א, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 510) מופיע טעם זה בפי ר' אלעזר עצמו (כן הנוסח שם, ראה אפשטיין, מבוא, עמ' 1170).

להיווצר רק לאחר שהשימוש בכלל בצורתו זו כבר מושרש ומורגל בפי החכמים. לאור זה ניתן לדעתי ללמוד מכך על השתרשותו של הכלל בנוסח זה כבר בתקופתו של ר' עקיבא.

לאור זה, התופעה של הופעת הכלל בפייהם של תלמידי ר' עקיבא, וכן בפי בעלי הסתמא של המשנה והתוספתא אינה מפתיעה. תלמידי ר' עקיבא שהכלל מצוטט בשמם הם: ר' שמעון שאמר זאת בשמו בתוספתא הנ"ל;²⁷ ר' יהודה²⁸ ור' אלעזר.²⁹

באשר לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" בתקופות שקדמו לר' עקיבא, אין בידנו תיעוד ברור לא ביחס לשאלת הימצאותו בנוסח זה, ולא ביחס לשימוש 'מכללא' בעיקרון שהוא מבטא.

²⁷ מנחות פ"ג ה"ב, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 532.

²⁸ תוספתא שבועות פ"ו ה"ד, מהדורת צוקרמנדל עמ' 453, בכורות פ"ו ה"ט, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540.

²⁹ ביכורים פ"ב מ"י; תוספתא חולין פ"ט ה"א, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 510 (ראה לעיל הערה 25). במשנה ביכורים הוא מופיע בפי בעל הסתם כנימוק לשיטת ר' אלעזר, ובתוספתא חולין הוא מופיע בפי ר' אלעזר. אך ראה השערתי הנועזת בפרק ב' ליד הערה 33 והלאה בדבר ייחוס אמירה זו לר' אלעזר.

פרק ב - ספק מתנות כהונה ומתנות עניים

הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" מופיע במשנה בארבעה מקומות ביחס לספק מתנות כהונה.¹ בשניים מהם הוא מופיע בסתם ללא חולק. באחד משני מקומות אלה מופיע הכלל ביחס לספק חיוב מתנות זרוע לחיים וקבה (חולין פ"י מ"ד), וכך הוא מופיע במקבילה בספרי דברים פיסקה קסה (מהדורת פינקלשטיין עמ' 214). במקום השני הוא מופיע ביחס לספק בכורות (טהרות פ"ד מ"ב). בשתי המשניות האחרות מופיע הכלל ביחס לשני נושאים אלה, ספק מתנות זרוע לחיים וקבה וספק בכורות, אלא שבמשניות אלה מוצגות לצידו גם שיטות של תנאים שאינם מיישמים את הכלל במקרים מסוימים של ספק מתנות וספק בכורות (ביכורים פ"ב מ"י; בכורות פ"ב מ"ו). לשתי משניות אלה מקבילות בתוספתא.² לאור יישום הכלל ביחס לסוגים שונים של מתנות כהונה, ניתן לשער שחכמים יישמוהו גם ביחס לשאר מתנות הכהונה. וזו כנראה גישת האמוראים בירושלמי חלה פ"ג ה"ה, שסברו שיש ליישם את הכלל גם ביחס לספק חלה.

¹ בכורים פ"ב מ"י, חולין פ"י מ"ד, בכורות פ"ב ו-ח, טהרות פ"ד מ"ב.

² חולין פ"ט ה"א (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 510); בכורות פ"ב הל' ח-י (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 536). בדומה למשנה גם בתוספתא המקבילה מופיעה לצד הכלל גם השיטה המתנגדת ליישום הכלל במקרה המדובר. בתוספתא חולין שיטת התנא קמא של ר' אלעזר, ובתוספתא בכורות שיטת ר' טרפון. פרט לכך מופיע הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" בתוספתא ביחס לספק מתנות לוויים ועניים (סוטה פ"ג ה"י, מהדורת ליברמן, עמ' 234-235).

גם בתוספתא בכורות פ"ו ה"ט (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540) העוסקת בספק פדיון הבן, מופיע הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" (בתוספתא הוא מופיע בפי ר' יהודה. במקבילה שבמשנה בכורות פ"ח מ"ה מופיע דין זה בסתם ללא אזכור מפורש של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה"):

שתי נשים שלא בכרו וילדו שני זכרים במחבא, נותנות עשר סלעים לכהן. מת אחד מהן בתוך שלשים יום מוציאות מידן, ר' יהודה אומר: אם לכהן אחד נתנו מוציאות מידן, אם לשני כהנים נתנו אין יכולין להוציא מידן, שהמוציא מחברו עליו הראיה

אך נראה שהמשנה והברייתא הללו אינן נוגעות לפרק זה העוסק בספק מתנות כהונה. הייחוד של ספק מתנות כהונה לעומת שאר ספקות ממון הוא בכך שאין בו תובע מסוים, וכן בכך שמדובר בספק מצוה. אך במקרה של המשנה והתוספתא, שהכהן קיבל את המתנות משתי הנשים, והן אלו שבאות להוציא מידן, יש תובעים ברורים לממון, וכן ברור שאין לכהן מצוות נתינת הפדיון לבעלים. ואם כן לפנינו ספק ממון רגיל.

בפרק זה אעסוק בשתי המשניות הללו, שבהם לצד הופעת הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מופיעה שיטה החולקת על יישומו במקרה שבו עוסקת המשנה. אבחן את האפשרות ששיטה זו חולקת על הכלל הזה לגמרי או לפחות ביחס למתנות כהונה, ולצד זה אבחן את האפשרות שלמרות שבעל השיטה מקבל את הכלל, במקרה המסוים שבו עוסקת המשנה סובר הוא שלא ניתן ליישם אותו. בהמשך הפרק אדון במשנה סתמית העוסקת בספק מתנות עניים (פאה פ"ד מ"א), וקובעת כלל הנראה כמנוגד לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" - "ספק לקט לקט". אבחן את היקף הכלל הזה, ובעקבות זאת את מידת הגבלת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" על ידו.

ספק בכור

אפתח במשנה בבכורות פ"ב מ"ו:³

רחילו שלא ביכרה, וילדה שני זכרים... אחד לו ואחד לכהן. רבי טרפון אומר: הכהן בורר לו את היפה. רבי עקיבה אומר: משמנים ביניהן... מת אחד מהן, רבי טרפון או: יחלוקו. רבי עקיבה אומר: המוציא מחבירו עליו הראיה. זכר ונקיבה, אין כן לכהן כלום.

על פי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", המוצג בסיפא של המשנה בפי ר' עקיבא, במקרה של ספק בכור, יד בעל הבהמה על העליונה, וכגישת סתם המשנה טהרות פ"ד מ"ב. דברי ר' טרפון הן ברישא והן בסיפא, שעל פיהם בעל הבהמה אינו עדיף על הכהן מנוגדים לכאורה לכלל זה. היחס בין דברי ר' עקיבא ברישא לבין הכלל הזה, תלוי במשמעות קביעתו: "משמנים ביניהן". בתוספתא המקבילה למשנה זו (בכורות פ"ב ה"ז, מהדורת צוקרמנדל, עמ' 536) מוצגת עמדת ר' עקיבא באופן אחר:

רחלה שלא ביכרה וילדה שני זכרים... אחד לו ואחד לכהן, ר' טרפון אומר: היפה שבהן, ר' עקיבא אומר: הכושל שבהן וכו'.

³ הסיבה שאקדים את הדיון במשנה זו היא שמופיעים בה ר' עקיבא ור' טרפון שקדמו לר' אלעזר שבמשנת ביכורים פ"ב מ"י.

על פי התוספתא, דברי ר' עקיבא ביחס למקרה של הרישא, שעל פיהם יד בעל הבהמה על העליונה, תואמים את קביעתו בסיפא: "המוציא מחברו עליו הראיה". דבריו כפי שהם מופיעים במשנה נידונו על ידי האמוראים בבבלי (בכורות יח ע"א):

1. אמר רבי חייא בר אבא אמר ר' יוחנן: הכהן נוטל כחושה.
2. אמר ליה רבי חייא בר אבא לרבי יוחנן: והא אנן משמנין ביניהן תנן!
3. אמר ליה: עד דאכלת כפנייתא בבבל, תרגימנא מסיפא, דקתני סיפא: מת אחד מהן, רבי טרפון אומר: יחלוקו, ר' עקיבא אומר: המוציא מחברו עליו הראיה, ואי סלקא דעתך משמנין ביניהן - דכי הדדי פליגי, הכי נמי ליפלגי גבי הדדי! אלא מאי משמנין שומן יהא ביניהן, דאמר ליה לכהן: אייתי ראיא דבכור הוא - ושקיל.

ר' יוחנן (קטע 1) פירש את דברי ר' עקיבא שברישא בהתאם לקביעתו שבסיפא: "המוציא מחברו עליו הראיה", ולאור זה נדחק ר' יוחנן בפירוש הלשון "משמנין" (קטע 3). לפי פירושו, דברי ר' עקיבא במשנה תואמים את דבריו כפי שהם מובאים בתוספתא.⁴ ר' חייא בר אבא שהקשה על דבריו מלשון המשנה: "משמנין ביניהן" (קטע 2), הבין כנראה שמשמעות ביטוי זה היא, שאת הערך שהוולד האחד יתר בו על חברו, חולקים ביניהם בעל הבהמה והכוהן. וראה ח' אלבק על המשנה בבכורות (בהשלמות עמ' 387-388), שפירש ביטוי זה כפירושו של ר' חייא בר אבא בבבלי, שכל אחד נוטל חצי הערך הממוצע. אלבק שם מפנה למספר מקורות שבהם מתפרשת הלשון "משמנין" באופן זה. כן פירש גם ליברמן (תוספתא כפשוטה ב"ק עמ' 34 וב"ב עמ' 405), ש"משמנין" מלשון שומא, ולאור זה כתב שדברי ר' יוחנן בבבלי אינם אלא מליצה. לפי פירוש זה דברי ר' עקיבא במשנה מנוגדים לדברים שהובאו בשמו בתוספתא, שעל פיהם בעל הבהמה נוטל את הכחוש.

לפי פירוש זה שתי הדעות המופיעות ברישא של המשנה, דעתו של ר' עקיבא ודעתו של ר' טרפון, מנוגדות לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". אלא שדברי שניהם ברישא מנוגדים לכאורה לא רק לכלל זה, אלא גם לדברים שלהם עצמם המופיעים בסיפא של משנה זו. על ניגוד זה עמדו האמוראים בבבלי בכורות דף יח ע"א-ע"ב. ר' יוחנן כאמור עמד על הסתירה שבין דברי ר' עקיבא

⁴ מהתעלמותם של ר' יוחנן ור' חייא בר אבא מדברי התוספתא משמע שהם לא הכירוה.

ברישא, לפי פירושו של תלמידו ר' חייא בר אבא, לבין דברי ר' עקיבא בסיפא. ר' אמי, שדבריו יובאו להלן, עמד על הסתירה שבין דברי ר' טרפון ברישא לבין דבריו בסיפא (בכורות יח ע"ב).

את הסתירה בין דברי ר' עקיבא בסיפא לדבריו ברישא על פי פירושו של ר' חייא בר אבא, שהוא כאמור הפירוש המשתמע מפשטות לשון המשנה, הציע ח' אלבק (בהשלמות עמ' 387-388) ליישב על פי חילוק בין המקרים. במקרה של הרישא ברור שיש בידו של המחזיק בהמת בכור שעליו ליתנה לכוהן, אלא שמסופקים אנו איזוהי. לעומת זאת בסיפא מדובר במקרה שמת אחד משני הוולדות, ולכן יתכן שאין כלל ביד המחזיק חפץ השייך לכוהן. ר' עקיבא סובר שיש ליישם במקרה של ספק בכור את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" רק כשהתובע מבקש להוציא מיד המחזיק חפץ שספק אם הוא שלו. אך כשברור שיש ביד המחזיק חפץ של התובע, אלא שלא ברור מהו, הדין יחלוקו. אלבק ביסס סברא זו על הסברא שכתב רש"י בביאור שיטת ר' טרפון שבסיפא, שאדון בה להלן.

מפירוש זה עולה שר' עקיבא⁵ הגביל את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", וישנם מקרים שבהם לדעתו מוציאים ממון מספק בלא ראיה. אך יש להסתפק, האם הגבלה זו שהטיל ר' עקיבא על הכלל נאמרה באופן ספציפי ביחס לספק במתנות כהונה,⁶ או שביחס לכל ספק ממוני נאמרה.

את שיטת ר' טרפון שקבע ברישא: "הכהן בורר לו את היפה", ביאר בעל הסתמא בבבלי (בכורות יח ע"א): "מאי טעמא דרבי טרפון? קא סבר: ההוא דבריא נפק ברישא". לדעתו בדרך הטבע העובר הבריא רגיל לצאת ראשון, ולכן מסתבר שהיפה יותר הוא הבכור. נראה שהסבר זה לדברי ר' טרפון עולה מדברי ר' אמי המובאים שם בעמוד ב:

מת אחד מהן רבי טרפון אומר יחלוקו: אמאי יחלוקו? ניחזי, אי שמן מית - דכהן הוא, והאי דאיכא דבעל הבית, ואי כחוש מית - דבעל הבית מית, והאי דאיכא דכהן הוא! אמר [רבי] אמי: חזר בו ר' טרפון.⁷

⁵ שיתכן שהוא מייסדו ואולי אף מנסחו של כלל זה, ראה בפרק א' אחרי הערה 24.

⁶ בדומה להגבלתו של ר' טרפון בסיפא לפי ביאורו של רש"י, ראה להלן.

⁷ כדרכו של ר' אמי ליישב קשיים מסוג זה: בבלי סוכה כז ע"א; לד ע"ב (רש"י על אתר, ח' אלבק, בהשלמות מסכת בכורות עמ' 387-388. כבר עמד על כך הרמב"ן בהשגותיו להלכות לולב לראב"ד (תשובות ופסקים, מהדורת הרב קפאח, ירושלים, תשנ"א, עמ' מג), וראה י"ד גילת, משנתו, עמ' 193, הערה 60*).

לפי פירוש זה אין דברי ר' טרפון עומדים בניגוד לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", שהרי ביד הכוהן ישנה ראיה לכך שהיפה שלו הוא. אך קשה לי על פירוש זה מהתוספתא (בכורות פ"ב ה"י, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 536), שמביאה את מחלוקת ר' טרפון ור' עקיבא גם ביחס למקרה של שתי רחלות, אחת שביכרה ואחת שלא ביכרה, וילדו שני זכרים. לפי דברי התוספתא גם ביחס למקרה זה פסק ר' טרפון שהיפה לכוהן. לגבי מקרה זה קשה לומר שיש להניח שהיפה שבהם הוא הבכור. משום שזאת ניתן לומר רק אם מדובר בשתי בהמות שמצבן דומה לחלוטין, ודוחק גדול הוא להעמיד את דברי התוספתא דוקא במקרה כזה. מסתבר אפוא, שר' אמי לא הכיר את התוספתא, כשם שר' יוחנן רבו לא הכירה,⁸ ולכן הוא פירש את דברי ר' טרפון שברישא בדרך הנ"ל. גם פירושו של ר' אמי, שר' טרפון חזר בו, ובכל זאת הובאו שיטתו שקודם חזרה ושיטתו שלאחריה יחדיו באותה משנה ללא כל רמז לכך, קשה כמובן.

ח' אלבק (השלמות עמ' 388), מציע לבאר שר' טרפון סובר שיש הלכה הנותנת זכות קדימה לכוהן, הלכה הדומה לדרשת תנא דבי ר' ישמעאל (בבלי גיטין נט ע"ב): "וקדשתו, לפתוח ראשון וליטול מנה יפה ראשון".⁹ לפי זה מובן מדוע כל עוד הוולדות בחיים, הכהן מקבל את היפה, אך אם מת היפה, אין כל סיבה לקבוע ששל הכוהן מת, ולא יפסיד הכהן מחמת דין קדימה זה שניתן לו. ונראה שניתן להביא סיוע לפירושו של אלבק מלשונו של ר' טרפון: "הכוהן בורר לו את היפה". לפי ביאור הבבלי היה מתאים יותר הלשון: "הכוהן מקבל את היפה". הלשון "בורר לו" משמעה שיש לו זכות לבחור את היפה בעיניו. לפי פירוש זה אכן דברי ר' טרפון עומדים בניגוד לכלל "המוציא מחברו

⁸ ראה הערה 4.

⁹ אלבק שם הוסיף וכתב, שר' טרפון הולך בדבריו אלה לשיטתו במשנה (כתובות פ"ט מ"ג): "הניח פירות תלושין מן הקרקע, כל הקודם זכה בהן. זכתה אשה יותר מכתובתה ובעל חוב יותר על חובו, המותר - רבי טרפון אומר: ינתנו לכושל שבהן, רבי עקיבא אומר: אין מרחמין בדין, וכו'". שם מעדיף ר' טרפון את הכושל וכאן את הקדוש והמכובד. לדעתי יש חילוק גדול בין המקרים, אם ר' טרפון מקבל עקרונית את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", כפי שיתבאר להלן. במקרה של המשנה בכתובות לא נדרשת הוצאת ממון מיד המחזיק בו, ולכן מובן שבמקרה זה יש מקום להעדפת הכושל על פני התובעים האחרים. אך במקרה של המשנה בבכורות, בעל הבהמה מחזיק בשני הוולדות, ומחמת העדפת הכוהן אנו מוציאים מידו. למרות חילוק זה ניתן לראות עקביות בעמדות שנוקטים שני התנאים מחמת הדמיון המסוים שבכל זאת יש בין המקרים.

עליו הראיה", אלא שגם לשיטתו מדובר בהלכה מיוחדת שנאמרה ביחס למתנות כהונה.¹⁰

עמדתו של ר' טרפון בסיפא: "מת אחד מהן - יחלוקו" עומדת במפורש בעימות עם הכלל שאומר ר' עקיבא כנגדו: "המוציא מחברו עליו הראיה". מדברי י"ש צורי (בספרו ר' עקיבא, עמ' 78) משמע שהוא הבין שר' טרפון מתנגד לעצם הכלל, וסובר שבספק ממון הדין יחלוקו. לפי דרך זו נראה שר' טרפון הולך בשיטה המיוחסת לסומכוס: "ממון המוטל בספק חולקים" (ירושלמי ב"מ פ"ח ה"ד; בבלי ב"ק מו ע"א ושם נסמן). אך נראה שיש קושי בטענתו של צורי,¹¹ שהרי ביחס למקרה של הסיפא של המשנה, כשהמבכרת ילדה זכר ונקבה, המשנה אומרת: "אין לכהן כלום", ור' טרפון אינו חולק על כך. אמנם יתכן שר' טרפון חלק גם על המקרה של הסיפא, ומשום מה החליט עורך המשנה שלא להזכיר את שיטתו ביחס למקרה זה, אך יותר סביר שבמקרה זה אף ר' טרפון מודה שיש ליישם את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". לפי דרך זו מתברר איפא שדברי ר' טרפון נאמרו רק במקרה המסוים שבו ברור שהיה ביד הישראל בכור ודאי, אלא שלא ידוע מיהו. וכן פירש רש"י על המשנה (יז ע"ב ד"ה זכר): "והכא אפילו רבי טרפון מודה, דהתם הוא דפליג משום דוודאי חד מינייהו לכהן, הלכך יפה כחו לחלוק בשוה, אבל הכא הורע כחו דשמא לא שייכא בכורה כלל".

נראה שטעמו של ר' טרפון הוא כפי שביאר רבי חייא את דבריו (בבלי בכורות יח ע"ב):

1. אמר רבי חייא:¹² משל דר' טרפון למה הדבר דומה - לשנים שהפקידו אצל רועה, שמניח רועה ביניהם ומסתלק;¹³ ומשל דרבי עקיבא למה הדבר דומה - לאחד שהפקיד אצל בעל הבית, שהמוציא מחבירו עליו הראיה.
2. אלא במאי פליגי? ר' עקיבא פליג בשנים שהפקידו אצל רועה, שמניח רועה ומסתלק, ור' טרפון פליג באחד שהפקיד אצל בעל הבית?

¹⁰ וראה להלן בדיון בענין ספק לקט, דין דומה של העדפת סקטור מסוים במקרה של ספק ממוני, וזאת בניגוד לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". וראה הערה 61.

¹¹ וראה בפרק ג' (ליד הערה 23), ששם טענתי שאף סומכוס כנראה לא היה אומר יחלוקו ביחס לספק מתנות כהונה.

¹² בכת"י ותיקן 120 ומינכן גרסו: "ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן" וכן גרס בשטמ"ק, אך בכת"י ותיקן 119, פירנצה, לונדון ודפוס ונציה גרסו: "ר' חייא" וכן גרס המיוחס לר' גרשום.

¹³ לשון זו שבה משתמש ר' חייא לקוחה מדברי ר' טרפון עצמו במשנה (יבמות פט"ו מ"ז).

3. אמר רבא ואיתימא רב פפא: הכל מודים... לא נחלקו אלא בחצר בעה"ב ורועה כהן,

רבי טרפון סבר: אקנויי קא מקני ליה בחצירו... והוה ליה כשנים שהפקידו אצל רועה - שמניח רועה ביניהן ומסתלק; ור' עקיבא סבר: כיון דאית ליה פסידא - לא מקני ליה מידעם, והוה ליה כאחד שהפקיד אצל בעל הבית - שהמוציא מחבירו עליו הראיה.

אמנם הבבלי (קטע 2) התקשה בסברת ר' חייא, ובעקבות זאת הביא אוקימתא שעשה רבא או רב פפא במשנה (קטע 3), אך זו אוקימתא רחוקה מאוד, ואין לה כל רמז בלשון המשנה. ונראה שר' חייא עצמו התכוון לומר שר' טרפון מגדיר את בעל המבכרת, ששומר בעדרו את הבכור יחד עם הטלה המסופק, כאדם זר שהופקדו בידו שני טלאים של שני אנשים לשמירה. במקרה כזה כמובן שאם מת אחד מהם, אותו רועה מניח את החי ביניהם ומסתלק, ויד שני המפקידים שווה בו. הגדרתו של ר' טרפון את בעל הבהמה כאדם זר ששומר על שתי בהמות של אחרים, נובעת כנראה מאחריותו של בעל הבהמה לקיים את מצוות העברת פטר רחם ליד הכוהן. לאור החידוש הגדול שבהגדרתו של ר' טרפון את בעל המבכרת כאדם זר, ובהעדר דרשת הכתוב שעליה ביסס ר' טרפון את חידושו זה, יש מקום להשערה שהגדרה זו אינה אלא מדרבנן. לעומת ר' טרפון, ר' עקיבא רואה מקרה זה בראיה הפשוטה, שעל פיה בעל הבהמה הוא בעל הבית שהבכור מופקד בידו, ולכן אם מת אחד מהם, "המוציא מחבירו עליו הראיה". אך לדעת ר' חייא וכן משמעות לשון המשנה (ראה אחרי הערה 4), במקרה שיש עתה בכור ביד הישראל שהוא חייב לתת אותו לכוהן, אלא שלא ברור מיהו מבין הוולדות שבידו, מקבל ר' עקיבא את ההסתכלות הזו על המצב, ואף הוא פוסק יחלוקו.

לפי הסברו של ר' חייא יש דמיון בין שיטתו של ר' טרפון בסיפא לבין שיטתו ברישא לפי ביאורו של ח' אלבק. בשניהם ספק הנופל ביחס למתנות כהונה נידון באופן מיוחד לטובת הכוהן, אופן החורג מהדרך הרגילה של טיפול בספק ממון. הדין שבא לידי ביטוי בדברי ר' טרפון בסיפא, מפקיע מבעל המבכרת את היתרון שאמור להיות לו בתור המחזיק את הבהמה, כנראה עקב חיובו לקיים מצוות נתינת הבכור לכוהן, ועל ידי כך משווה את מעמדו של הכוהן ביחס לבהמה זו למעמדו של הבעלים. הכוהן לא מקבל מעמד מועדף, אלא מעמדו משווה למעמד הבעלים. במקרה שבפועל מוטל על בעל המבכרת לתת את הבכור שבידו לכוהן, אך ישנו ספק מי מהוולדות הוא הבכור כבמקרה שברישא, הכוהן מקבל, כנראה עקב מעמדו המיוחד בעם ישראל, את הזכות לבחור את העדיף עליו

מבין שני הוולדות.

לפי פירוש זה של ר' חייא, ר' טרפון מקבל עקרונית את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" אף ביחס למתנות כהונה, וכפי שמשמע מדברי המשנה בסיפא ביחס למקרה של מבכרת שילדה זכר ונקבה. אלא שבמקרה מיוחד זה, שבו ביד בעל הבהמה המבכרת שני ולדות, שאחד מהם הוא הבכור, מוגדר בעל הבהמה בניגוד למציאות המשפטית האמיתית כאדם זר ביחס לשניהם, ולכן אין דנים את הכוהן הבא להוציא מידו על פי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". רבא או רב פפא לא נחה דעתם מהגדרה מחודשת זו, ולכן הם העדיפו להעמיד את המשנה באוקימתא מיוחדת (קטע 3), שעל פיה לא נדרשים לחידוש זה. גם לפי האוקימתא שלהם, אין דברי ר' טרפון מנוגדים לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", שהרי על פיה הוולד נמצא ברשותו של הכוהן כשם שהוא ברשותו של בעל הבהמה.

מסקנתי מכל האמור היא, שאין לראות בדברי ר' טרפון, כפשוטם של דבריו, דחיית העיקרון של "המוציא מחברו עליו הראיה" כדברי י"ש צורי. אלא שלדעתו ישנה הגבלה מסוימת ביישום כלל זה, כשמדובר על ספק בכורה, ואולי באופן רחב יותר כשמדובר על ספק במתנות כהונה. אך זה רק כשברור שהיה בכור ביד הבעלים, אך במקרה שספק אם בכלל היה בכור בידו, מיושם הכלל הרגיל של "המוציא מחברו עליו הראיה". מדובר בהגבלה כפולה: במקרה שהבכור בחיים, אלא שיש ספק באשר לזהותו, הכוהן נוטל את השמן יותר. במקרה שאחד מהם מת, רואים את בעל הבהמה כשומר זר לגבי שתי הבהמות, ולכן מעמדו ביחס לבהמה שווה למעמדו של הכהן, והדין יחלוקו. לפי זה דברי סתם המשנה טהרות פ"ד מ"ב, הקובעת ביחס לספק בכורות "המוציא מחברו עליו הראיה", יכולים להתקבל גם על דעתו של ר' טרפון.

ספק חיוב זרוע לחיים וקיבה

המשנה השניה שבה מופיעה שיטה החולקת על יישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" במקרה שבו היא עוסקת היא משנה המתייחסת לדינו של כוי (ביכורים פ"ב מ"י):

כיצד שווה לבהמה? חלבו אסור כחלב בהמה, אין חייבין עליו כרת, ואינו נלקח בכסף מעשר

מליאכל בירושלם, וחייב בזרוע ובלחיים ובקיבה, רבי אלעזר¹⁴ פוטר, שהמוציא מחבירו עליו הראייה.

במשנה זו נעשה שימוש בכלל "המוציא מחבירו עליו הראייה" כנימוק לפסיקתו של ר' אלעזר ביחס לשאלת חיוב במתנות (זרוע לחיים וקבה) על השוחט את הכוי.¹⁵ התנא קמא לעומתו אינו מתחשב בכלל זה ביחס לחיוב כוי במתנות.

סדרה של מחלוקות בין ר' אלעזר לחכמים ביחס לדין כוי, מחלוקות הדומות למחלוקתם במשנה זו, מתועדת בתוספתא של מסכת חולין, בראשי פרקים העוסקים בתחומים שונים שבמסכת:

אותו ואת בנו נוהג בכלאיים וכוי ר' אלעזר¹⁶ אומר הכלאים מן הרחל ומן הגדי נוהגין בו ומן הכוי אין נוהגין בו (פ"ה ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 507).

כסוי הדם נוהג בכלאים ובכוי ר' אלעזר¹⁷ אומר כלאים מן הגדי ומן הרחל נוהגין בו מן הכוי אין נוהגין בו ר' יוסי אומר כוי אין שוחטין אותו ביום טוב מפני שספק ואם שחטו אין מכסין את דמו (פ"ו ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 507).

הזרוע והלחיים והקבה נוהגין בכלאיים ובכוי ר' אלעזר אומר הכלאים מן הרחל ומן הגדי נוהגין בו מן הכוי המוציא מחבירו עליו הראייה (פ"ט ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 510).

ראשית הגז נוהג בטרפה ואין נוהג במתה ונוהג בכלאיים ובכוי ר' אלעזר¹⁸ אומר כלאים מן הרחל ומן הגדי נוהגין בו מן הכוי אין נוהגין בו (פ"י ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 511).

¹⁴ כן הנוסח בכת"י קויפמן וכן בקטע גניזה קמבריג' E 1.39 ובכת"י לו ("לעזר"). בכת"י פרמה הנוסח: "ר' אליעזר". אפשטיין, מבוא, עמ' 1170 (וראה גם עמ' 1177), וליברמן, תוספתא כפשוטה ב"ק, עמ' 75, הכריעו שהגרסה הנכונה היא "ר' אלעזר".

¹⁵ בתוספתא (חולין פ"ט ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 510) המובאת בסמוך מוצג הכלל כנאמר על ידי ר' אלעזר: "ר' אלעזר אומר הכלאים מן הרחל ומן הגדי נוהגין בו, מן הכוי המוציא מחבירו עליו הראייה", לעומת זאת במשנה הוא רק מופיע כנימוק לפסקו של ר' אלעזר.

¹⁶ בכת"י לונדון ודפוס ונציה הנוסח: "ר' אליעזר".

¹⁷ בדפוס ונציה הנוסח: "ר' אליעזר".

¹⁸ בדפוס ונציה הנוסח: "ר' אליעזר", בשאר עדי נוסח כולל קטע גניזה T-S E2.133 הנוסח: "ר' אלעזר".

הרושם המתקבל מזה הוא שישנה מחלוקת עקרונית בין ר' אלעזר לחכמים בהבנת מעמדו של כוי, מחלוקת שהשלכותיה שוות בתחום של ממונות ובתחום של איסורים.

שני התלמודים מתייחסים למחלוקת זו. הירושלמי (ביכורים פ"ב ה"ח) מתייחס רק למחלוקתם המופיעה במשנה (ביכורים פ"ב מ"י), המחלוקת לענין זרוע לחיים וקיבה (להלן "מתנות"). לעומת זאת הבבלי (חולין עט ע"ב - פ ע"א; קלב ע"א) מתייחס למחלוקות המופיעות בברייתות המקבילות לתוספתא, הן למחלוקת לענין מתנות והן למחלוקת לענין אותו ואת בנו. הבבלי מתייחס גם לשיטותיהם של ר' אלעזר וחכמים לענין כיסוי הדם, אך בלא הבאת מחלוקתם מהתוספתא, אלא כמסקנה שהוא מסיק מתוך העמדות שהביעו לענין מתנות ולענין אותו ואת בנו.

לצורך הבנת מחלוקתם נזדקק לדון בשאלת הגדרת כוי.¹⁹ הגדרת כוי מופיעה בתוספתא (ביכורים פ"ב ה"ב, מהדורת ליברמן עמ' 289): "ר' יוסה בי ר' יהודה²⁰ אומ': כוי בריה לעצמו ולא יכלו חכמים להכריע עליו אם חיה אם בהמה".

נראה ששיטה זו של ר' יוסי ניתן להבין בשתי דרכים. ניתן להבין שלדעתו כוי משתייך לאחת הקטגוריות, חיה או בהמה, וחכמים הסתפקו לאיזו מהן יש לשייכו. לפי זה כוונת ר' יוסי באומרו "בריה לעצמו" היא לשלול את הגישה שעל פיה הכוי הוא תוצר של הכלאת חיה ובהמה. אך ניתן להבין שישנה לדעת ר' יוסי גם אפשרות שלישית, שאלה הוא מתייחס באומרו "בריה לעצמו", והיא שמדובר על בעל חיים שאינו משתייך לאחת הקטגוריות הללו של חיה ובהמה. לפי זה סובר ר' יוסי שחכמים הסתפקו האם כוי הוא בהמה או חיה או בריה שאינה לא חיה ולא בהמה. בדרך זו הלכה כנראה המשנה במסכת נזיר (פ"ה מ"ז):²¹

¹⁹ דנתי בהגדרת כוי לפי המצוי במקורות חז"ל. ניסיון לבירור מהו כוי בכלים זואולוגיים ופילולוגיים ראה חנוך יהודה קאהוט, ערוך השלם, ניו יורק, תרל"ט, חלק ג', עמ' רו; מ' כסלו, כוי.
²⁰ כן נוסח כתי"ו. בכת"ע ובדפו"ר הנוסח: "ר' יוסי". בהמשך הפרק (ה"ז) השיטה שאנדרוגינוס בריה לעצמה גם בכת"ו בשם ר' יוסה (אך בקטע התוספתא שנספחה למשנה בכת"י קויפמן ובשאר עדי נוסח של המשנה פרט לכת"י מינכן, בשם ר' מאיר, וראה ליברמן, תוספתא כפשוטה ביכורים עמ' 845-846). בברייתא שבבבלי המובאת בסמוך מופיעה השיטה שכוי בריה בפני עצמה בפי ר' יוסי.

²¹ כך ביאר הר"ש משאנץ את דברי ר' יוסי ואת דברי המשנה הזו במסכת נזיר, בפירושו לקטע מהתוספתא שצורף למסכת ביכורים (ביכורים ד, ה) (וראה ליברמן, תוספתא כפשוטה ביכורים עמ' 845-846). המיוחס לרש"י (בבלי נזיר לד ע"א ד"ה ראה את הכוי), העלה אפשרות אחרת לפירוש משנה

זו. על פי הצעתו המשנה היא אליבא דבית שמאי הסוברים: "הקדש טעייות הקדש" (נזיר פ"א מ"א), וכדבריהם שם במשנה ה' לענין נזירות. לפי דרך פרשנית זו, לא ניתן ללמוד ממשנה זו על שיטתה של משנה זו לענין כוי. אך מאחר שלעומת משנה ה' שהביאה מחלוקת בית שמאי ובית הלל, במשנה זו הופיע דין המשנה בלא מחלוקת, יותר מסתבר בעיניי פירושו של הר"ש. יתכן שבדברי בעל הסתמא של הבבלי מצויה הגדרה נוספת לכוי (יומא עג ע"א):

אין לי אלא כל שישנו בעונש ישנו באזהרה, כוי וחצי שיעור הואיל ואינו בעונש יכול אינו באזהרה - תלמוד לומר: כל חלב... כוי ספיקא הוא, איצטריך קרא לאתויי ספיקא? - אי משום הא לא איריא; קסברי כוי בריה בפני עצמה היא.

ובדומה לכך בבבלי כריתות כא ע"א:

אף כל דקתני לאיתויי מאי? אמר רב אדא בר אבין: לאתויי דמו של כוי. מאי קסבר? אי קסבר: כוי ספיקא הוא, איצטריך קרא למיסר ספיקא? אלא קסבר: כוי בריה בפני עצמו הוא.

התוס' במסכת יומא (עג ע"ב ד"ה כוי), תוס' ר' יהודה משירליאון (תוס' ישנים יומא שם ד"ה קסבר) והריטב"א (יומא שם ד"ה כוי), וכן התוס' בכריתות (כא ע"א ד"ה כוי) כתבו שאין כוונת התלמוד לשיטת ר' יוסי שבבירייתא המובאת בבבלי חולין פ ע"א שכוי הוא בריה שחכמים הסתפקו האם היא בהמה או חיה, שהרי לפי שיטה זו טענת התלמוד, שאין התורה נדרשת למעט או לרבות מקרה של ספק, במקומה עומדת. לדעתם כוונת התלמוד היא לשיטה הסוברת שמדובר על בריה בפני עצמה שאינה לא בגדר חיה ולא בגדר בהמה. בסוג זה של בעל חיים לא נוהגות ההלכות שנאמרו ביחס לחיה ולא אלו שנאמרו ביחס לבהמה, אלא אם כן נמצאה דרשה המרבה אותם באופן מפורש (אלא שהבבלי בכריתות שם מסיק שמאחר שלכמה דברים נמצאה דרשה המחייבת בריה זו בדינים שנאמרו בבהמה יש ללמוד שכל הדינים שנאמרו בבהמה נוהגים גם בבריה זו).

אך מדברי הר"ן (חולין מה ע"א בדפי הרי"ף) משמע שהוא חלק על התוס' והריטב"א בשאלה זו. הר"ן שם מתייחס לדרשה שמביא ר' יוחנן (בבלי חולין קלב ע"א, מובא להלן ליד הערה 41) המרבה כוי לחיוב מתנות: "אם שה - לרבות את הכוי". על כך כותב הר"ן:

פירש"י, דאע"ג דמספקא לן אי חוששין לזרע האב, להכי אהני רבויא, דאפילו לית ביה אלא מקצת שה חייב אף בחצי האחר... והאי פירושא לא נ"ל, דכיון דאיצטריך רבויא ניפשוט מינה דחוששין לזרע האב, דאי אין חוששין אמאי איצטריך קרא לרבויי, ובר"פ בתרא דיומא (דף ע"ד) נמי אמרינן... דכוי בריה בפני עצמה היא דאי ספיקא וכי איצטריך קרא לרבויי ספיקא. לפיכך נ"ל דרבין ורבי יוחנן דאסיק דכוי לרבנן חייב בכולהו מתנות, לאו בצבי הבא על התיישה מוקי לה, אלא ס"ל דכוי בריה בפני עצמה ורבייה קרא לשוויי כבהמה. ומיהו מודה... דכוי הבא מן הצבי ומן התיישה אינו חייב אלא בחצי מתנות. ומדברי הרמב"ם למדתי, שכך

ראה את הכוי וא': הריני נזיר שזה חיה, הריני נזיר שאין זה חיה, הריני נזיר שזה בהמה, הריני נזיר שאין זה בהמה, הריני נזיר שזה חיה ובהמה, הריני נזיר שאין זה לא חיה ולא בהמה... הרי כולם נזירים

כתב בפ"ט מהלכות בכורים: הכוי אע"פ שהוא ספק מפרישין ממנו כל המתנות. צבי הבא על העז וילדה חייב בחצי מתנות וכו'

לאור דברי הבבלי ביומא עד ע"א, שאומר שלא נדרש הפסוק לרבות ספק, מפרש הר"ן שהדרשה שהביא ר' יוחנן לרבות את הכוי מתייחסת לכוי המוגדר כבריה, ובכל זאת מפרש הר"ן שלכך התכוון הרמב"ם שהגדיר כוי זה כספק. דברים אלה מנוגדים לדברי התוס' והריטב"א הנ"ל שאמרו שהכתוב לא נדרש אלא כמתייחס לבריה שאינה ספק כלל. ונראה שלדעת הר"ן יש הבדל בין הספק של כוי לסוברים שהוא בריה בפני עצמה, לבין הספק לגביה לסוברים שהוא תוצר של כלאיים של חיה ובהמה, והסתפקו חכמים כיצד יש לדון תוצר זה. הספק לסוברים שהוא תוצר של כלאיים הספק הוא ספק בהלכה, ועל ספק מסוג זה אמר התלמוד שלא יתכן שהתורה הסתפקה בו. לעומת זאת לספק בהגדרה זואולוגית של בעל חיים, האם יש לשייכו למין החיה או למין הבהמה, ניתן להתייחס באופן אחר. ספק מסוג זה התורה אינה בהכרח צריכה להכריע בו, ולכן יתכן שהיא מתייחס אליו ותקבע שלמות שהוא ספק, לענין מסוים יש לדון בו דין בהמה.

לאור הלשון ההחלטית של הבבלי בשני המקומות (יומא עד ע"א; כריתות כא ע"א), לשון שאינה מבחינה בין סוגים שונים של ספק: "כוי ספיקא הוא, איצטריך קרא לאתויי ספיקא", נראה שיש להצדיק את ביאור התוס' והריטב"א הנ"ל, שכוונת הבבלי לבריה שאינה ספק. מצד שני שיטה זו שבדברי בעל הסתמא של הבבלי היא שיטה חדשה בהגדרת כוי שאינה ידועה לנו מהמקורות התנאיים והאמוראיים (בקטע הסתמי שבבבלי יומא עד ע"א מרובים מאוד חילופי הגרסאות, דבר העשוי להצביע על איחורו של קטע זה). השיטה שכוי הוא בריה לפי הופעתה בתוספתא (ביכורים פ"ב ה"ב, מהדורת ליברמן עמ' 289), בבבלי שבירושלמי (ביכורים פ"ב ה"ז) ובברייתא שבבבלי (חולין פ ע"א), מתייחסת לבריה שהיא ספק. בארבעת השיטות של תנאים ואמוראים המוצגות בבבלי (חולין פ ע"א) לא נכללת שיטה זו של בעל הסתמא, שכוי הוא בריה שאינה לא חיה ולא בהמה. לאור זה נראה שגם לאור מסקנתי שאת דברי בעל הסתמא הללו יש לפרש כפירושם של התוס' והריטב"א, נראה שבמסגרת תורת האמוראים יש לקבל את הגישה שייחסתי לר"ן, שאפשר לקבל דרשה שתובה או תמעט כוי שספק לנו האם חיה הוא או בהמה. לאור זה נראה שאת הדרשה הנ"ל שהביא ר' יוחנן (בבלי חולין קלב ע"ב) לפי הבנת הרמב"ם (ביכורים פ"ט ה"ה, ראה לעיל בדברי הר"ן) שהיא מתייחסת לכוי שהוא ספק חיה ספק בהמה, וכן את דברי רב אידי בר אבין שבשתי המקומות בבבלי (יומא עד ע"א; כריתות כא ע"א) לפי כוונתו המקורית, כן ראוי לבאר על פי הגישה שייחסתי לר"ן, שהתורה אינה צריכה להכריע ספק מסוג זה, ויתכן שהיא תרבה או תמעט אותו. כך גם יש לבאר את דברי הירושלמי (ביכורים פ"ב ה"ח) ראה להלן בהערה 23.

בשני התלמודים מובאות ברייתות העוסקות בהגדרת כוי, ובשתייהן מופיעה גם שיטתו של ר' יוסי שבתוספתא. בבבלי היא מופיעה בשמו ובירושלמי בשם רבן :
זה לשון הברייתא שבירושלמי (ביכורים פ"ב ה"ז) :

אי זהו כוי? אמר רבי לעזר : עז שעלה על גבי צבי וצבי שעלה על גבי עיזה. ורבנין אמרין : מין הוא עיקרו ולא יכלו חכמים לעמוד עליו.

שיטת ר' אלעזר בברייתא שבירושלמי, שהכוי הוא כלאיים של תייש וצבי, מופיעה בברייתא שבבבלי (חולין פ ע"א) בשם יש אומרים, אך הברייתא שבבבלי מוסיפה עוד שתי שיטות ביחס להגדרת כוי.

כוי - זה איל הבר. וי"א : זה הבא מן התייש ומן הצבייה, ר' יוסי אומר : כוי בריה בפני עצמה היא, ולא הכריעו בה חכמים אם מין חיה אם מין בהמה, רבן שמעון בן גמליאל אומר : מין בהמה היא.²²

הירושלמי מבאר את מחלוקת ר' אלעזר וחכמים שבמשנה ביכורים לענין מתנות לאור מחלוקתם בהגדרת כוי (ביכורים פ"ב ה"ח) :

רבי לעזר דו אמר עכשיו הוא נסתפק לו, דו אמר פטור. ורבנין דינון מרין מין הוא עיקרו, אינון אמרין חייב.

²² שתי הדעות הנוספות בברייתא שבבבלי, שהכוי ודאי חיה הוא (איל הבר), או שהוא ודאי בהמה, כנראה אינן מקובלות הן על ר' אלעזר והן על חכמים החלוקים עימו. שהרי לשניהם אין עמדה עקבית לאורך המקרים השונים שעל פיה יידון הכוי כחיה או כבהמה לכל דבר, ולכן לא נזדקק לדון כאן בשיטות אלו.

כוונת הירושלמי כנראה לומר, שלחכמים הסוברים שכוי מין מיוחד הוא, ואינו יצירה חדשה הבאה עקב הכלאת שני מינים שונים, יש מקום לחייב בו מתנות על ידי ריבוי מהכתוב. לענין חיוב מתנות נאמר: "מאת זבחי הזבח אם שור אם שה" (דברים י"ח, ג), ובלשון פסוק זה ניתן לראות לשון מרחיבה, וניתן אם כן להבין שהיא באה לכלול גם מין מיוחד זה. זאת בדומה לדרשה שהביא ר' יוחנן בבבלי (חולין קלב ע"א), שיובא להלן (ליד הערה 41). לעומת זאת לדעת ר' אלעזר, הסובר שכוי בא מהכלאה של חיה ובהמה, ספק הוא אם יש לתת עליו דין בהמה החייבת במתנות. ספק זה הוא ספק בהלכה, וספק בהלכה הוא ספק שעכשיו אנו מסתפקים בו, ולא ניתן לומר שהתורה כבר הסתפקה בו, לכן יש ליישם כאן את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".²³

²³ כך פירשו מפרשי הירושלמי: הרש"ס, בעל "שדה יהושע", בעל "פני משה" והגר"א. נראה שלא ניתן לומר שכוונת הירושלמי בשיטת חכמים היא לשיטה שכוי הוא בריה בפני עצמה שאינה לא חיה ולא בהמה כהבנת בעל הסתמא של הבבלי (יומא עד ע"א; כריתות כא ע"א, לפי ביאור התוס' והריטב"א הנ"ל בהערה 21), שהרי מפורש בירושלמי (ביכורים פ"ב ה"ז) שבספק מדובר: "ולא יכלו חכמים לעמוד עליו". גם מדברי הירושלמי כאן (ה"ח) משמע קצת שאף לרבנן מדובר בספק, שהרי בשיטת ר' אלעזר הדגיש הירושלמי: "עכשיו הוא נסתפק לו", ומשמע ששיטת ר' אלעזר מתייחדת לעומת שיטת רבנן בכך שהספק הוא כזה שעכשיו אנו מסתפקים בו, אך גם לרבנן מדובר בספק. גם מדברי ר' חיה בשם ר' יוחנן (ירושלמי כלאיים פ"ח ה"ה): "ששה ספקות הן... כוי בחיה דברי הכל", משמע שכולם מודים בכך שכוי ספק הוא ("יפה עיניים" יומא עד ע"א).

המהרי"ט אלגאזי על הלי' בכורות להרמב"ן (ח ע"א בדפי הרמב"ן ד"ה ואולם) ובעקבותיו "יפה עיניים" יומא עד ע"א, פירשו שלפי הירושלמי גם לשיטת חכמים אכן כוי נחשב ספק. אלא שספק בשאלה המציאותית לאיזה מין משתייך בעל חיים מסוים, הוא ספק הנובע מחיסרון ידיעה. ספק הנובע מחיסרון ידיעה לדעתם אין לדון אותו כספק אמיתי, ולכן במקרה זה יש להחמיר כדי לצאת ידי שמים, ולתת את המתנות לכהן למרות הספק, ולא להסתמך על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". סברה זו של המהרי"ט אלגאזי קשה לי להבין. ניתן להבין גישה שתאמר, שכשמדובר על שימוש בכללי פתרון של ספקות, אם האדם המסופק אשם במצב זה של ספק, משום שחוסר ידיעתו גרמה לו לכך, אל לו להקל על עצמו ולהשתמש בכללי הכרעת הספק, אלא עליו להחמיר על עצמו עד שיברר וישלים את חוסר ידיעתו. וכן מאחר שיכול הספק להתברר, מראש לא נכון להגדירו כספק. אך כשמדובר על ספק שחכמים לא הצליחו להכריעו, ברור שהדבר אכן נחשב כספק, ואיזו סיבה יש להחמיר עם האדם שנקלע לספק זה, כשבירורו אינו בידו (ראה כעין טענה זו בט"ז יו"ד סי' צח סק"ו). לכן נראה לי שיש לפרש את דברי הירושלמי, על פי דרכו של הר"ן הנ"ל בהערה 21. הירושלמי סובר בשיטת רבנן שגם לדעתם אכן כוי ספק הוא, אך הספק אינו בהלכה אלא בהגדרה הזואולוגית של בעל חיים זה. כפי שהתבאר בהערה 21 בספק מסוג זה יתכן שהתורה לא תכריע אותו אך היא כן תקבע שלענין מסוים היא דורשת לדון אותו כדין בהמה. לדעת חכמים סובר הירושלמי שאכן התורה נהגה

יש קושי מסוים בביאור זה של הירושלמי למחלוקתם, משום שמלשון המשנה נראה ששני החכמים מתייחסים לאותו מקרה, ולפי ביאור הירושלמי כל אחד מהם מתייחס לסוג אחר של בעל חיים. אך נראה שיש ליישב זאת אם נניח שבזמנם היה מצוי בעל חיים זה, שהיה בו דמיון הן לחיה והן לבהמה, וחכמים נחלקו האם הוא בריה בפני עצמה הדומה לשניהם או שהוא תוצר של הכלאה של שניהם.

נראה שביאור זה של הירושלמי למחלוקת שבמשנה בביכורים לא יוכל לשמש כדי לבאר את שאר מחלוקות ר' אלעזר וחכמים הנ"ל שבתוספתא חולין. משום שאם ר' אלעזר הסתפק האם לדון את הכוי כחיה או כבהמה, קשה מדוע הן לענין אותו ואת בנו והן לענין כיסוי הדם הוא פסק שאין הם נוהגים בכוי, ולא החמיר בהם מספק. נראה שהירושלמי לא הכיר את הברייתות הללו שבתוספתא חולין, ולכן די היה לו בביאור הנ"ל שניתן על ידו, שמסביר את מחלוקתם שבמשנה (ביכורים פ"ב מ"י).

הבבלי (חולין עט ע"ב-פ ע"א) לעומת זאת הכיר את הברייתות שבתוספתא לענין אותו ואת בנו ולענין מתנות, והוא מתייחס גם לשאלה כיצד יתייחסו ר' אלעזר וחכמים למצוות כיסוי הדם בשחיטת כוי:²⁴

1. תנו רבנן: אותו ואת בנו נוהג בכלאים ובכוי, רבי אליעזר²⁵ אומר: כלאים הבא מן העז ומן

כך לענין מתנות, על פי הדרשה שבברייתא שהובאה על ידי ר' יוחנן בבבלי חולין קלב ע"א. לאור זה מובן לשון הירושלמי ביחס לשיטת ר' אלעזר: "עכשיו הוא נסתפק לו". לעומת שיטת רבנן שמדובר בספק נצחי שאף התורה לא הכריע בו, לדעת ר' אלעזר הספק הוא כזה שעכשיו אנו מסתפקים בו, מחמת חוסר ידיעתנו להכריע את דעת התורה.

²⁴ הברייתא מהתוספתא העוסקת בכיסוי הדם של כוי (פ"ו ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 507) לא הובאה בבבלי, אך הבבלי מתייחס למשנה העוסקת בכיסוי הדם של כוי: "אין שוחטין אותו ביום טוב ואם שחטיו אין מכסין את דמו" (חולין פ"ו מ"א). אך ראה לקמן הערה 31 שכתבתי שיתכן שרב פפא הכירה. גם הברייתא מהתוספתא העוסקת בדין כוי לענין ראשית הגז (פ"י ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 511) אינה מובאת בבבלי, אך נראה שניתן ללמוד את גישת הבבלי ביחס לנושא זה, מגישתו ביחס לחיוב זרוע לחיים וקיבה בכוי, שהרי בשניהם מדובר על מתנות כהונה, הניתנים מהבהמה, ושאינן איסור טבל קודם הפרשתם (ראה בבלי חולין קלו ע"א).

²⁵ כן הנוסח, כאן ולאורך הסוגיה, בכת"י המבורג, ותיקן 121, ותיקן 122, דפוס שונצינו, וכן גרס רש"י. בכת"י מינכן הגרסה: "אלעזר". וראה הערה 14.

הרחל - אותו ואת בנו נוהג בו, כו²⁶ - אין אותו ואת בנו נוהג בו. אמר רב חסדא: איזהו כוי שנחלקו בו רבי אליעזר וחכמים - זה הבא מן התייש ומן הצבייה.²⁷

2. היכי דמי... בתייש הבא על הצבייה, וילדה בת, ובת ילדה בן, וקא שחיט לה ולברה; רבנן סברי: חוששין לזרע האב, ושה - ואפילו מקצת שה, ורבי אליעזר סבר: אין חוששין לזרע האב, ושה - ואפילו מקצת שה, לא אמרינן...

3. והא דתנן: כוי אין שוחטין אותו ביו"ט, ואם שחטו - אין מכסין את דמו, במאי עסקינן?... לעולם בצבי הבא על התיישה, ורבנן - ספוקי מספקא להו, אי חוששין לזרע האב אי אין חוששין.

4. ומדלרבנן - מספקא להו, לרבי אליעזר - פשיטא ליה, והא דתניא: הזרוע והלחיים והקבה נוהגים בכוי ובכלאים, ר' אליעזר אומר: כלאים הבא מן העז ומן הרחל - חייב במתנות, מן הכוי - פטור מן המתנות. במאי עסקינן?... לעולם בצבי הבא על התיישה וילדה, ור"א נמי ספוקי מספקא ליה, אי חוששין לזרע האב או לא... במאי פליגי? בשה - ואפי' מקצת שה; רבנן סברי: שה - ואפי' מקצת שה, ורבי אליעזר סבר: שה - ולא מקצת שה.

5. אמר רב פפא: הלכך, לענין כסוי הדם ומתנות, לא משכחת אלא בצבי הבא על התיישה, דבין לרבנן ובין לר' אליעזר מספקא להו אי חוששין לזרע האב או לא, וקא מיפלגי בשה ואפילו מקצת שה, לענין אותו ואת בנו, משכחת לה בין בתייש הבא על הצבייה, ובין בצבי הבא על התיישה; בתייש הבא על הצבייה - ולאיסורא, דרבנן סברי: דילמא חוששין לזרע האב, שה

²⁶ כן הגרסה בדפוס שונצינו. בדומה לכך בכת"י מינכן ווטיקן 121: "מן הכוי". אך בכת"י ווטיקן 122 הגרסה: "מן התייש ומן הצבייה", ולפי עדותו של הרמב"ן על אתר כן המצב "בכולהו נוסחי". רש"י (ד"ה ה"ג) הגיה על פי נוסח התוספתא: "כוי", ונראה שעדי הנוסח הנ"ל הושפעו מרש"י. (מליברמן, תוספתא כפשוטה, ב"ק עמ' 75 נראה שכוונתו להצדיק את הנוסח "כוי" לאור גרסת כת"י מינכן, וזה לא נראה לי כאמור). בחולין קלב ע"א מובאת ברייתא זו, ושם בכל עדי הנוסח (כת"י מינכן, ווטיקן 121 ודפוס שונצינו): "מן התייש ומן הצבייה", ואף רש"י ציטט נוסח זה ולא הגיהו (כנראה משום שכאן לא הובאו דברי רב חסדא ביחס לברייתא זו, שרש"י בדף עט ע"ב ד"ה ה"ג התקשה לפי גרסת הספרים מה החידוש בדבריו. ונראה שמזה סיוע לטענתי שעדי הנוסח הנ"ל הושפעו מהגהתו של רש"י).

²⁷ כן הגרסה בכת"י ווטיקן 121, מינכן ודפוס שונצינו. בכת"י המבורג הנוסח: "ומן הצבי". בכת"י ווטיקן 122 הנוסח: "ומן הצבי", ונראה לי יותר סביר שנשמט ה"ה" בהעתקה מאשר שנוספה "יי" על ה"י" שהיא אם קריאה ואינה נשמעת.

ואפי' מקצת שה אמרינן - ואסור, ורבי אליעזר סבר: נהי נמי דחוששין לזרע האב, שה ואפילו מקצת שה לא אמרינן; בצבי הבא על התיישה - ולמלקות, רבנן סברי: נהי נמי דחוששין לזרע האב, שה ואפילו מקצת שה אמרינן - ומלקינן ליה, ורבי אליעזר סבר: איסורא איכא מלקות ליכא, איסורא איכא - דלמא אין חוששין לזרע האב, והאי שה מעליא הוא, מלקות ליכא - דלמא חוששין לזרע האב, ושה ואפילו מקצת שה לא אמרינן.

לעומת הירושלמי, האמוראים בבבלי מבארים שר' אלעזר וחכמים התייחסו לאותו סוג של בעל חיים, והם לא נחלקו ביחס להגדרתו של כוי אלא ביחס לדינו.²⁸ רב חסדא (קטע 1) מבאר שהכוי שעליו נחלקו הוא הנולד מכלאיים של תיש וצבייה. לפי ביאורו של רב חסדא המונח "כוי" שבברייתות אלה מתפרש באופן דומה להגדרתו של ר' אלעזר שבברייתא שבירושלמי, שמדובר בתוצר של הכלאה בין תייש וצבי. להגדרה זו של כוי מסכים גם רב פפא בסוגיה זו, ונראה שגם רב הונא בר חייה ור' זירא בבבלי חולין קלב ע"א (יובא להלן ליד הערה 41), וכן ר' יהושע בן לוי (בבלי בכורות ז ע"א).²⁹

נראה שניתן לסייע לביאור זה של האמוראים מכך שבברייתא המובאת בירושלמי ר' אלעזר עצמו אומר שכוי הוא הוולד הנוצר מהכלאה כזו. נראה שגם מלשון ר' אלעזר בברייתות שבתוספתא (בראשי הפרקים של מסכת חולין מפ"ה והלאה) ניתן להביא סיוע לפירוש זה. לשון התנא קמא בברייתות אלה היא: "דין פלוני נוהג בכלאים ובכוי". הלשון המתאימה לביטוי עמדתו של ר' אלעזר החולק על דברי התנא קמא היא איפא: "נוהג בכלאיים ואינו נוהג בכוי". אך ר' אלעזר מביע את עמדתו כנגד עמדת התנא קמא בלשון אחרת: "הכלאים מן הרחל ומן הגדי נוהגין בו ומן הכוי אין נוהגין בו". מלשון זו משמע, שלעומת כלאיים הבאים מן הרחל ומן הגדי, הכוי הוא סוג של כלאיים הבא "מן הכוי". אך ביטוי זה קשה מאוד, שהרי לעומת הרחל והגדי שברישא, שאכן מציינים את המקור לתוצר הכלאיים, הכוי שבסיפא אינו מציין את המקור לכלאיים אלא את התוצר שלהם. הלשון המתאימה לבטא את החילוק בין שני סוגי הכלאיים היא הלשון שבה משתמש ר' אלעזר

²⁸ כאמור (ליד הערה 22) לפי הבבלי השיטה שכוי הוא מכלאיים של בהמה וחיה אינה מובאת בברייתא בשם ר' אלעזר.

²⁹ אלו דברי ר' יהושע בן לוי שם: "לעולם אין מתעברת לא טמאה מן הטהור... ולא בהמה מן חיה ולא חיה מן בהמה, חוץ מר' אליעזר (כך גרסו כל עדי הנוסח, וכן גרסו ר' גרשום, רש"י ותוס' שם, וראה הערה 14, וצ"ע) ומחלוקתו, שהיו אומרים: חיה מתעברת מבהמה".

בברייתא העוסקת בענין מתנות כפי שהיא מובאת בבבלי (חולין עט ע"ב, קטע 1) לפי מספר עדי נוסח,³⁰ ובבבלי חולין קלב ע"א לפי כל עדי הנוסח: "כלאים הבא מן העז ומן הרחל - חייב במתנות, מן התייש ומן הצבייה פטור מן המתנות". אולי דוקא בשיטת ר' אלעזר שחילק בין שני המקרים, ישנה חשיבות להדגיש את הדמיון בין שניהם, ששניהם סוגים של כלאיים הם. יתכן שעורך התוספתא התלבט בין שני הניסוחים. בין זה שמתאים יותר כתגובה לדברי התנא קמא, לבין זה שמבטא בצורה יותר נכונה את עמדתו של ר' אלעזר, ובעקבות זאת נוצר נוסח של "כלאיים" של שתי אפשרויות ניסוח אלה. בכל אופן משתמע מניסוח זה שהכוי שעליו דיבר ר' אלעזר הוא הנולד מהכלאת צבי ותייש.

בעקבות רב חסדא מסכם רב פפא (קטע 5) את המקרים שאליהם מתייחסות הברייתות שבהם מובאת מחלוקת ר' אלעזר וחכמים. לדעתו שני החכמים מסופקים האם חוששים לזרע האב, כלומר האם המין של הוולד נקבע רק על פי המין של אמו, או שגם האב משפיע על קביעת מעמדו של הוולד. מחלוקת ר' אלעזר וחכמים לדעת רב פפא היא, האם הדינים שנאמרו בתורה ביחס למין מסוים, נאמרו גם ביחס לבעלי חיים המשתייכים למין זה רק באופן חלקי. לדעת חכמים הם נאמרו לגבי בעלי חיים כאלה ולדעת ר' אלעזר לא. ביאור זה דורש מרב פפא לבאר את הברייתא לענין מתנות רק בסוג מסוים של כוי: "צבי הבא על התיישה". משום שבוולד של תייש הבא על הצבייה, היו חכמים מודים לר' אלעזר שפטור השוחט מהמתנות, שהרי אם אין מתחשבים במין של האב, לא קיימת חובת מתנות.

לפי דרכו של רב פפא גם את הברייתא מהתוספתא לענין כיסוי הדם בכוי (חולין פ"ו ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 507) נצטרך לבאר כמתייחסת למקרה של צבי הבא על התיישה. שהרי במקרה של תייש הבא על הצבייה, אם מעמדו של הוולד נקבע רק על פי המין של האם, הוולד מוגדר כחיה שחייבים לכסות את דמה, ולא היה ר' אלעזר אומר שאין כיסוי הדם נוהג בו.³¹

³⁰ ראה הערה 26. יתכן שהקושי הלשוני שבביטוי "מן הכוי" הביא את בעל דפוס שונצינו (הערה 26), שלפי השערתי שם גרס בעקבות רש"י: "כוי", למחוק את המילה "מן".

³¹ רב פפא אמר במפורש (קטע 5) ש"לענין כסוי הדם... לא משכחת אלא בצבי הבא על התיישה", אך כפי שדבריו מוצגים בבבלי הוא לא התייחס לפירוש ברייתא זו שבתוספתא, שהרי הברייתא לא הובאה שם כלל. הדיון בכיסוי הדם בכוי בבבלי מתייחס למשנה האוסרת לשחוט את הכוי ביום טוב (חולין פ"ו מ"א). לאור זה פירש רש"י (פ ע"א ד"ה לא משכחת לה) את כוונת רב פפא באמירה הנ"ל, שכדי להעמיד את המשנה כחכמים, נצטרך לומר שמדובר בצבי הבא על התיישה, אך אם נרצה להעמידה בשיטת ר' אלעזר, אפשר יהיה להעמידה אף בתייש הבא על הצביה. אך למרות שצדק רש"י

נראה, שלפי רב פפא גם את הברייתא מהתוספתא לענין ראשית הגז בכוי (חולין פ"ו ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 511) נצטרך לבאר באותו אופן שביאר רב פפא את הברייתא בענין מתנות בכוי, שהרי שתייהן עוסקות בדין מתנות כהונה הנוהגות רק בבהמה ואינן נוהגות בחיה.

לעומת זאת את הברייתא של אותו ואת בנו, טוען רב פפא (קטע 5) שניתן לבאר בשתי דרכים מבחינת סוג הכוי. וזה תלוי בשאלה אם הנושא של הברייתא הוא איסור השחיטה או חיוב המלקות על השחיטה. מהלשון ההחלטית של ר' אלעזר בברייתא: "אין נוהג בו", נראה כדרך הראשונה שמדובר על האיסור, משום שאם היה מודה ר' אלעזר שאסור הדבר אלא שאין לוקים על כך, לא היה לו להשתמש בלשון זו, שמשמעה שאין כלל לחוש לדבר. זה יוצר קושי מסוים ביחס בין מסקנת רב פפא לבין דברי רב חסדא, שהרי רב חסדא ביאר שמדובר במקרה של תייש הבא על הצביה,³² ולפי הסבר זה של רב פפא מדובר במקרה של צבי הבא על התיישה.

ביאורו זה של רב פפא קשה משום שעל פיו התוספתא משתמשת במונח "כוי" במסגרת המחלוקות בין ר' אלעזר לחכמים לגביו, במשמעויות שונות. פרט לכך, מאחר שהכינוי "כוי" משמש את החכמים כדי לציין את הנולד מכלאיים של חיה ובהמה בין בתייש הבא על הצביה בין בצבי הבא על התיישה, העמדת הברייתות העוסקות בכוי, כמתייחסות רק לחלק מהמקרים, כגון רק לכוי הנולד מצבי הבא על התיישה, יש בה דוחק.

ברצוני להציע דרך אחרת לביאור מחלוקות ר' אלעזר וחכמים בברייתות שלאורך התוספתא של מסכת חולין, דרך שעל פיה המחלוקות ביחס לנושאים השונים מבוססות על גורם אחד שביחס אליו נחלקו שני התנאים. על פי דרך זו, שאני מודע לנועזות שבה, יתיישבו גם הקשיים על הביאורים שבתלמודים שהוצגו לעיל. אם נקבל את עדותה של הברייתא המובאת בירושלמי (ביכורים פ"ב ה"ז), כוי שבדברי ר' אלעזר הוא כל כלאיים של חיה ובהמה. יתכן שאף רב חסדא ור' יהושע בן לוי שבבבלי (חולין עט ע"ב; בכורות ז ע"א) סברו כך.³³ ניתן לבאר שהן לחכמים הן לר' אלעזר גם האב משפיע על

בכך שניתן להעמיד את המשנה בדרך זו, ברור שאת הברייתא שבתוספתא לא ניתן להעמיד אלא בצבי הבא על התיישה כאמור בפנים. ונראה שאפשר לשער, שבניגוד לבבלי רב פפא כן הכיר ברייתא זו, ולכך הוא התכוון כשאמר: "לענין כסוי הדם... לא משכחת אלא בצבי הבא על התיישה", ולא נצטרך לדחוק של רש"י.

³² אך לפי נוסח כת"י המבורג: "ומן הצבי" (ראה הערה 27) לא קשה.

³³ רב חסדא, לפי כת"י המבורג (ראה הערה 27), ואולי גם לפי שאר עדי נוסח אם נניח שרב חסדא לא בא אלא לשלול את השיטה שכוי הוא בריה בפני עצמה (ראה רמב"ן חולין עט ע"ב). ר' יהושע בן לוי

הגדרתו של הוולד - "חוששין לזרע האב". מחלוקתם היא האם הדינים שנאמרו בתורה ביחס למין מסוים, נאמרו גם ביחס לבעלי חיים המשתייכים למין זה רק באופן חלקי - "שה ואפילו מקצת שה". לדעת חכמים אפילו היותו מקצת המין מטיל עליו את הדינים שנאמרו ביחס למין זה, ולדעת ר' אלעזר הדינים נאמרו דוקא על המשתייך באופן מלא למין זה. לאור זה ברור מדוע לכל הדינים דנים חכמים את הכוי הן כחיה והן כבהמה ור' אלעזר ביחס לכל המקרים דן אותו לא כחיה ולא כבהמה.

לפי ביאור זה הטעם שהשוחט את הכוי פטור מהמתנות לפי ר' אלעזר הוא משום שכוי אינו לא שור ולא שה, ולא מחמת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". אך זה קשה שהרי במשנה (ביכורים פ"ב מ"י) ובתוספתא (חולין פ"ט ה"א, מהדורת צוקרמנדל עמ' 510) מפורש שטעמו הוא: "המוציא מחברו עליו הראיה". נראה לי שיש לשער שעורך המשנה אימץ את גישתו של ר' יוסי שבתוספתא (ביכורים פ"ב ה"ב, מהדורת ליברמן עמ' 289, וראה לעיל הערה 20) ובברייתא המובאת בבבלי (חולין פ"ע"א): "כוי בריה בפני עצמה היא, ולא הכריעו בה חכמים אם מין חיה אם מין בהמה", וכפי שאומר ר' יוסי עצמו³⁴ בתוספתא (חולין פ"ו ה"א, מהדורת צוקרמנדל עמ' 507): "ר' יוסי אומר: כוי אין שוחטין אותו ביום טוב מפני שספק, ואם שחטו אין מכסין את דמו". קביעה זו של ר' יוסי מובאת במשנה בסתם (חולין פ"ו מ"א): "אין שוחטין אותו ביום טוב ואם שחטו אין מכסין את דמו".

לאור אימוץ גישה זו של ר' יוסי ביאר עורך המשנה את שיטת ר' אלעזר הפוטר כוי מהמתנות כנובעת מכך שכוי נחשב ספק, ובהתבסס על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" (ביכורים פ"ב מ"י). גם את פסיקתו של ר' אלעזר לענין פדיון פטר חמור על ידי כוי, נימק עורך המשנה על פי גישתו שכוי ספק הוא (בכורות פ"א מ"ה): "אין פודים לא בעגל... ולא בכלאים ולא בכוי, רבי אלעזר³⁵ מתיר בכלאים מפני שהוא שה ואסר בכוי מפני שהוא ספק". עורך המשנה לא הביא את עמדתו של ר' אלעזר ביחס לכוי, אלא בשני נושאים אלה: חיוב מתנות ופדיון פטר חמור, שבהם הוא נימק את עמדתו על פי גישתו הוא להגדרת כוי. אפילו בנושא שאליו התייחסה המשנה במפורש במשנה הקודמת למשנה שבה הביא העורך את שיטת ר' אלעזר לענין מתנות (ביכורים פ"ב מ"ט) - דין כיסוי הדם בכוי, הוא לא הביא את עמדתו של ר' אלעזר לענין כיסוי הדם.

(הערה 29) אם נבאר ש"חיה מתעברת מבהמה" שבדבריו לאו דוקא, והוא הדין בהמה מחיה.

³⁴ ראה הערה 20.

³⁵ כאן גם נוסח כת"י פרמה הוא: "ר' אלעזר" (ראה הערה 14).

גישת התוספתא במסכת חולין³⁶ לעומת זאת היא כגישתו של ר' אלעזר בברייתא שבירושלמי (ביכורים פ"ב ה"ז), שכוי הוא תוצר של הכלאת חיה ובהמה, כנ"ל. בתוספתא המקבילה למשנה הנ"ל (בכורות פ"א מ"ה) לענין פדיון פטר חמור בכוי: "ר' אלעזר אומר הכלאים מן הרחל ומן הגדי פודין בו מן הכוי אין פודין בו" (בכורות פ"א ה"ג, מהדורת צוקרמנדל עמ' 535). לשון הברייתא דומה ללשון סדרת הברייתות בתוספתא חולין, המציגות את מחלוקת ר' אלעזר וחכמים, בלא הזכרת הטעם שבמשנה: "מפני שהוא ספק". גם בתוספתא ב"ק פ"ז ה"ז (מהדורת ליברמן, עמ' 33) לענין הגונב את הכוי: "ר' לעזר³⁷ אומר: הכלאים מן הרחל ומן הגדי משלם תשלומי ארבעה וחמשה, מן הכוי משלם תשלומי כפל ופטר מתשלומי שלשה". גם כאן הלשון דומה, והכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" לא מובא כנימוק לדין זה.³⁸

באשר לתוספתא חולין פ"ט ה"א (מהדורת צוקרמנדל עמ' 510), שבה מפורש שטעמו של ר' אלעזר הוא "המוציא מחברו עליו הראיה", ברצוני להציע את ההשערה הבאה. על פי השערת, לא כך היה הנוסח המקורי של הברייתא שבתוספתא. במקורה גם היא, כשאר חברותיה העומדות בראשי פרקים של המסכת, נקטה בהבאת דברי ר' אלעזר בלשון: "אין נוהגים בו". אלא שעורך התוספתא הושפע מהמשנה במסכת ביכורים (פ"ב מ"י), שביארה את טעמו של ר' אלעזר בהתבסס על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", ולכן הוא שם טעם זה בפיו של ר' אלעזר, בניגוד ללשון הברייתא המקורית שהגיע לידינו של עורך התוספתא.³⁹

סיוע להשערתני ניתן למצוא בברייתא של התוספתא לענין ראשית הגז (חולין פ"י ה"א, מהדורת צוקרמנדל עמ' 511), שדומה בדין לדין מתנות. שניהם מתנות כהונה שאין קודם נתינתם איסור טבל, ובכל זאת הברייתא של ראשית הגז לא הזכירה את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא נקטה בלשון הרגילה בסדרת הברייתות הללו: "אין נוהגין בו". כמו כן כשברייתא מעין

³⁶ בראשי הפרקים שמפ"ה והלאה. באשר לתוספתא חולין פ"ט ה"א (מהדורת צוקרמנדל עמ' 510), ראה בפיסקה הבאה.

³⁷ כן נוסח כתי"ו וכן בדפו"ר: "ר' אלעזר". נוסח כתי"ע: "ר' אליעזר".

³⁸ וראה מכילתא דרשב"י (מהדורת מלמד עמ' 190): "מנין לרבות את ה[כלאים] ת"ל: או שה, יכול שני מרבה את הכוי, ת"ל: חמשה בקר ישלם ת[חת] השור וגומ', את שכולו שה יצא זה שאין כולו שה".

³⁹ איני מייחס שינוי זה לשלב המסירה אלא לשלב העריכה לאור העובדה שהוא מופיע בכל עדי הנוסח של התוספתא, כולל קטע גניזה T-S E2.133.

זו שבתוספתא לענין מתנות מובאת בבבלי פעמיים (חולין עט ע"ב; קלב ע"א), אין היא מביאה את הטעם של "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא היא נוקטת בלשון: "הזרוע והלחיים והקבה נוהגים בכוי ובכלאים, ר' אליעזר אומר: כלאים הבא מן העז ומן הרחל - חייב במתנות, מן התייש ומן הצבייה - פטור מן המתנות".

כנגד השערתנו זו עומדת ברייתא מפורשת נוספת בתוספתא (ביכורים פ"ב ה"א, מהדורת ליברמן עמ' 289): "כוי, כיצד שוה לחיה, דמו טעון כסוי כדם החיה. ר' לעזר⁴⁰ אומ' חייבין על חלבו אשם תלוי". מברייתא זו משתמע בבירור שר' אלעזר סובר שיש לדון את הכוי לענין איסור אכילת חלב כספק חיה ספק בהמה, ואם כן ברור שהוא מקבל שם את הגישה שייחסתי לעורך המשנה שהכוי ספק הוא. אם ננסה ליישב זאת עם המסורת של הירושלמי שר' אלעזר סבר שכוי הוא כלאיים הבא מבהמה ומחיה, נזדקק ללכת בדרכו של הבבלי (חולין עט ע"ב - פ ע"א), שר' אלעזר מסתפק או האם יש להתחשב בזרע האב, או האם אומרים "שה ואפילו מקצת שה". אך לאור הקשיים שיש בביאור זה לסדרת הברייתות שבתוספתא חולין שהצגתי לעיל, נראה לי שלא נכון לדחות לגמרי את ההצעה שהעליתי בהשערתנו. שמא אפשר לומר שבתוספתא ביכורים מובאת מסורת אחרת בשם ר' אלעזר, מסורת שעל פיה הוא מקבל את גישתו של ר' יוסי, שכוי ספק חיה ספק בהמה הוא, ולכן האוכל את חלבו חייב באשם תלוי. סיוע קל לכך שמדובר במסורת אחרת מזו שבתוספתא חולין ניתן אולי לראות בכך שתוספתא זו בביכורים פותחת בדין המחייב כיסוי הדם בכוי, ומביאה מיד לאחר מכן את דברי ר' אלעזר ביחס לאוכל את חלבו של הכוי. מזה משתמע קצת שר' אלעזר אינו חולק על הדין הראשון של התוספתא, אלא רק מוסיף עליו. זה כמובן מנוגד למסורת של התוספתא במסכת חולין (פ"ו ה"א, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 507) שר' אלעזר סובר שאין חיוב לכסות את דמו של הכוי.

לעומת ר' אלעזר, הפוטר את בעליו של הכוי ממתנות, סובר התנא קמא של המשנה (ביכורים פ"ב מ"י) ושל הברייתא (תוספתא חולין פ"ט ה"א, מהדורת צוקרמנדל עמ' 510) שבעליו חייב בהם. כן

⁴⁰ כן בכת"י ובדפו"ר. בכת"י: "ר' אליעזר". בירושלמי (ביכורים פ"ב ה"ח; יבמות פ"ד ה"ב) מובאת ברייתא מקבילה, ושם הגרסה "ר' אלעזר" (באשר לגרסה שבירושלמי ביכורים "אין חייבין" ראה ליברמן, תוספתא כפשוטה ביכורים עמ' 834). ברייתא זו מובאת גם בבבלי יבמות ק"ג ע"א ושם הנוסח בכת"י מינכן 141, מינכן 95, אוקספורד 367, דפוס פיזרו: "ר' אלעזר". וכן בכריתות יז ע"ב, ושם הנוסח בכת"י פירנצה, ותיקן 119, דפוס ונציה: "ר' אליעזר". בכת"י מינכן, ותיקן 120, הספריה הבריטית: "ר' אלעזר". וראה תוס' כריתות יח ע"א ד"ה ד"ה באנו שכתבו שיש לגרוס "ר' אלעזר", וראה ליברמן שם שהכריע כדבריהם.

היא גם עמדת התנא קמא של ר' אלעזר ביחס לחיוב כוי בראשית הגז (תוספתא חולין פ"י ה"א, מהדורת צוקרמנדל עמ' 511).

התנא קמא של המשנה בביכורים (פ"ב מ"י) אוסר לאכול את חלבו של הכוי כחלב בהמה, אך פוטר את האוכלו מוכרת, ומזה משמע שהוא סובר שכוי ספק בהמה הוא. מזה נראה לכאורה שהוא סובר שלא ניתן ליישם את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס לספק במתנות כהונה, שהרי כאמור מפורש בדבריו שכוי חייב במתנות. וזאת בניגוד לכל המקורות התנאיים הרבים שבהם מיושם הכלל ביחס לספק במתנות כהונה.

לעיל (אחרי הערה 22) הובאו דברי הירושלמי על משנה זו התולים את שיטת חכמים בכך שלדעתם הכוי הוא מין בפני עצמו. הבבלי (חולין קלב ע"א) מתייחס למחלוקת ר' אלעזר וחכמים לענין חיוב מתנות בכוי, והוא מתבסס על מסקנתו של רב פפא (בבלי חולין פ ע"א) בביאור מחלוקתם. וכך אומר הבבלי (חולין קלב ע"א) ביחס לשיטת חכמים :

1. תנו רבנן: הזרוע והלחיים והקבה נוהגים בכלאים ובכוי...
2. לרבנן, נהי נמי דקסברי שה ואפילו מקצת שה, פלגא לשקול, ואידך פלגא לימא ליה אייתי ראיא דאין חוששין לזרע האב - ושקול! אמר רב הונא בר חייא: מאי חייב נמי דקא אמר - חייב בחצי מתנות.
3. מתיב רבי זירא: כוי... חלבו אסור - כחלב בהמה, ודמו חייב לכסות - כדם החיה... וחייב בזרוע ולחיים והקבה... ואם איתא, חייב בחצי מתנות מבעי ליה! אידי דתנא חלבו ודמו דלא מתני חצי חצי, משום הכי לא קא תני חצי.
4. כי אתא רבין אמר רבי יוחנן: כוי לרבנן חייב בכולהו מתנות, דתניא: 'שור', מה ת"ל 'אם שור' לרבות את הכלאים. 'שה', מה ת"ל 'אם שה' לרבות את הכוי⁴¹

שתי הדרכים שמציע הבבלי מיישבים את שיטת חכמים עם הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". לפי דרכו של רב הונא בר חייא (קטע 2) לשיטת חכמים ביחס לחצי מתנות אין כלל ספק,

⁴¹ בספרי דברים (מהדורת פינקלשטיין עמ' 214) מופיעה רק הרישא של הברייתא: "אם שור אם שה לרבות כלאים" (כפי שהדגיש ע"צ מלמד, היחס, עמ' 430).

ולכן הוא חייב בהם. לפי ר' יוחנן (קטע 4) ישנה דרשה מיוחדת המרבה כו' לחיוב במתנות, ולכן אין הוא נחשב ספק לגביהם. לעיל נתבאר (הערה 23) שכפי הנראה כעין זה היא גם כוונת הירושלמי. נראה ששתי הדרכים הללו נחלקו גם בשאלה באיזה כו' מדובר. לפי רב הונא בר חייא מדובר על כלאיים של חיה ובהמה, ולפי ר' יוחנן מדובר על מין בפני עצמו שהסתפקו חכמים בדינו, וכפי שביאר הירושלמי.⁴² לפי הדרך הראשונה מיושבת גם שיטת התנא קמא של התוספתא לענין ראשית הגז (חולין פ"י ה"א, מהדורת צוקרמנדל עמ' 511) עם הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", וכוונת התוספתא היא לחיוב בחצי מהשיעור הנדרש בראשית הגז. לפי הדרך השנייה, שישנה דרשה מיוחדת ביחס לחיוב מתנות, אין בכך כדי ליישב את התוספתא לענין ראשית הגז. אך נראה ששם יודה ר' יוחנן שיש לפרש שכוונת התנא קמא היא לחייב בחצי שיעור של ראשית הגז. שהרי הקושיה של ר' זירא על פירושו של רב הונא בר חייא (קטע 3) היתה רק מהמשנה בביכורים שנקטה בלשון: "וחייב בזרוע ולחיים וקבה", אך שם מופיע רק חיוב מתנות ולא מופיע חיוב ראשית הגז, ואם כן אין כל קושי לפרש את כוונת התוספתא לענין ראשית הגז באומרה: "ונוהג... בכוי", לחייב בחצי שיעור.

לפי ההצעה שהצעתי לעיל, מהתוספתא של מסכת חולין (פ"ט ה"א, מהדורת צוקרמנדל עמ' 510-511) אין ללמוד כלל לגבי יישום "המוציא מחברו עליו הראיה" במתנות כהונה, משום שלפי התוספתא כו' אינו בגדר של ספק. אך המשנה (ביכורים פ"ב מ"י) כן סוברת שכוי ספק הוא, ובכל זאת נאמר בה שחכמים חייבו את בעליו במתנות, ואם כן יתכן שיש ללמוד משיטת חכמים שלדעתם אין ליישם את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס לספק מתנות כהונה. יתכן שטעמם הוא שהם רואים בנתינת המתנות מצוה, ולכן אין לדעתם לדון אותה כספק ממון בלבד. אך בהחלט אין הדבר מוכרח, וניתן לקבל את הפירושים השונים שנתנו לכך האמוראים, ואם כן לא נמצאת אמירת תנאים מפורשת הכופרת ביישום הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס לספק מתנות כהונה. יתירה מזאת, ההשערה שהעליתי היא, שהמחלוקת המקורית בין התנאים לא נאמרה לפי התפיסה שכוי הוא ספק בהמה, אלא היא נאמרה, כפי ששמע בתוספתא חולין, לפי התפיסה שכוי הוא כלאיים מחיה ובהמה. על פי השערת מחלוקתם הייתה כיצד להתייחס לוולד המשותף למין מסויים באופן חלקי בלבד - "מקצת שה". לפי השערת זו רק עורך המשנה ביאר את המשנה לפי גישתו שכוי ספק חיה ספק במה הוא. ונראה לי שיש קושי בהנחה, שהגישה שהייתה מקובלת על כלל החכמים

⁴² ראה דברי הר"ן שהובאו בהערה 21.

מאז דורם של ר' עקיבא ור' טרפון, שהכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" מיושם גם ביחס לספק חיוב מתנות כהונה, תידחה על ידי עורך המשנה בשיטת חכמים.

"המוציא מחברו עליו הראיה" בספק מתנות עניים

הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" מופיע בתוספתא פעם אחת בנוגע לספק חיוב במתנות עניים (סוטה פ"ג ה"י, מהדורת ליברמן, עמ' 234-235). התוספתא שם מבארת על פי כלל זה מדוע אין חיוב לתת מעשר עני של דמאי לעניים. אך מצד שני נאמר במשנה כלל אחר לגבי מתנות עניים המנוגד לכאורה לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" (פאה פ"ד מי"א):

חוררי הנמלים שבתוך הקמה הרי הן שלבעל הבית, שלאחר הקוצרים העליונים לעניים והתחתונים שלבעל הבית. רבי מאיר אומר: הכל לעניים שספק לקט לקט.

כלל זה שבמשנה ובתוספתא (פאה פ"ב ה"ו, מהדורת ליברמן עמ' 48) מתייחס לדין לקט, מופיע במדרשי ההלכה,⁴³ באופן רחב יותר: "ספק לקט לקט, ספק שכחה שכחה ספק פאה פאה".⁴⁴ לפי כלל זה, למרות שהפירות שספק אם דינם כמתנות עניים, מצויות בשדהו של העשיר, עליו להניחם לעניים, ואין הוא יכול לדחותם בטענה שעליהם להביא ראיה כדי להוציא את המתנות מידו. נידרש לבדוק את היחס בין כלל זה לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", וכן את היחס בינו לבין קביעת התוספתא של מסכת סוטה לענין מעשר עני של דמאי.

ניתן לומר שאכן כלל זה מנוגד לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה",⁴⁵ והוא קובע שבתחום זה של מתנות עניים, למדו חכמים מדרשת הכתוב שאין כלל זה נוהג. לפי זה אפשר לומר שהדרשה התייחסה רק ללקט שכחה ופאה, ולא למעשר עני, שלגביו מיושם הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" על ידי התוספתא (סוטה פ"ג ה"י, מהדורת ליברמן, עמ' 234-235). אך יתכן שהחריגה מהכלל כוללת את כל מתנות העניים ומעשר עני בכללם, ורק לגבי דמאי שהקלו בו חכמים (דמאי פ"ג

⁴³ ספרא, קדושים פרשה א; ספרי דברים פסקא רפג (מהדורת פינקלשטיין עמ' 300).

⁴⁴ כבר במשנה מיושם הכלל גם ביחס לספק עוללות (פאה פ"ז מ"ד).

⁴⁵ ראה י"ש צורי, ר' עקיבא, עמ' 78 בהערה, שראה בדין זה של ספק לקט התנגדות לכלל של ר"ע "המוציא מחברו עליו הראיה".

מ"א), לא יושמה חריגה זו.⁴⁶

אך יתכן שהכלל הקובע שספק לקט לקט אינו מנוגד לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". הכלל שמחייב להניח לעניים גם ספק לקט לא נאמר במישור המשפטי-ממוני אלא במישור של החיוב בקיום מצוות. לפי זה אם העניים יתבעו מבעל השדה את ספק הלקט, הוא יוכל לדחותם בטענת "המוציא מחברו עליו הראיה". אלא שהוא יבטל בכך מצוות עשה של הנחת ספק הלקט לעניים.⁴⁷ לפי זה היישום של הכלל המשפטי: "המוציא מחברו עליו הראיה" שנאמר ביחס למעשר עני של דמאי, אינו עומד בניגוד למצווה של הנחת ספק הלקט לעניים.⁴⁸

אנסה לבחון שאלות אלה לפי הופעתו של הכלל "ספק לקט לקט" בספרי דברים (פיסקה רפג

מהדורת פינקלשטיין עמ' 300):

⁴⁶ אם הטעם להקלה בדמאי הוא שרוב עמי הארץ מעשרים הם כדברי רבא בבבלי (שבת יג ע"א ושם נסמן), ייתכן שהכלל ספק לקט לקט לא נאמר אלא בספק שקול, אך כשהספק נוטה לטובת בעל הבית, נוהג הכלל הרגיל של "המוציא מחברו עליו הראיה". על פי זה נוכל לבאר את הדין שברישא של המשנה (פאה פ"ד מ"א): "חוררי הנמלים שבתוך הקמה הרי הן שלבעל הבית, שלאחר הקוצרים העליונים לעניים והתחתונים שלבעל הבית" באופן הבא: אף אם יתכן שבחורי הנמלים שבתוך הקמה, אן בחלק התחתון של החורים שלאחר הקוצרים יש גם מגרעיני הלוקט, מאחר שמדובר במיעוט, לא נאמרה לגביהם ההלכה של "ספק לקט לקט" (וראה שו"ת הר"י מגאש סי' ז' (שצויין להלן בהערה 59) בפירושו השני).

⁴⁷ בדומה לדברי ר' יוסי בירושלמי (חלה פ"ג ה"ד) לענין ספק חיוב חלה: "חלה שהיא טבל ובעון מיתה מפריש, ולא יטול דמיו מן השבט על שם המוציא מחברו עליו הראיה". ובמקביל לדברי רבא בבבלי על אותו ענין (חולין קלד ע"א): "ספק איסורא לחומרא, ספק ממונא לקולא". אלא שלעומת דוגמאות אלה העוסקות באיסור לאו, הכלל של ספק לקט לקט לפי ביאור זה עוסק במצוות עשה.

בפרק א' אחרי הערה 17 הצעתי לבאר שהכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" כשהוא מתייחס למתנות כהונה הנמען שלו הוא האדם המחזיק בממון וחושש שבמקרה של ספק עליו לקיים את המצווה לתת את המתנה לכוהן. הכלל מורה לו שאין לו לחוש לכך, ומאחר שמבחינה משפטית לא ניתן להוציא מידו את הממון, אין עליו חובה להחמיר מספק לקיים את המצווה. לפי מה שהצעתי כאן הכלל של "ספק לקט לקט" שולל את התלות של המצווה בשאלה המשפטית, וקובע שלמרות שמבחינה משפטית לא ניתן להוציא ממון מידו, עדיין חיוב המצווה במקומו עומד. לפי זה או שנאמר שאמנם ביחס למתנות כהונה ישנה תלות של חיוב מצווה במישור המשפטי, אך לענין לקט לא. או שנאמר שרק החשש של איסור גזל מספק תלוי בשאלה המשפטית, אך מצוות עשה של נתינת מתנות כהונה לכוהן אינה תלויה במישור המשפטי.

⁴⁸ ואין קושי בכך שלא כללו חכמים בתקנת דמאי מצווה לתת את ספק מעשר העני לעניים, שהרי בדמאי הקלו.

לא תשוב לקחתו, מיכן אמר רבי ישמעאל שבולת שבקציר וראשה מגיע לקמה אם נקצרת עם הקמה הרי היא של בעל הבית ואם לאו הרי היא של עניים. בעל הבית⁴⁹ המוציא מעניים עליו להביא הראיה, שהמוציא מחבירו עליו הראיה. ומנין שספק לקט לקט ספק שכחה שכחה ספק פיאה פיאה? תלמוד לומר: לגר ליתום ולא למנה יהיה.

את ההלכה: "בעל הבית המוציא מעניים עליו להביא הראיה וכו' " אפשר לפרש כמתבססת על הכלל של "ספק לקט לקט" שמביא הספרי בהמשך.⁵⁰ לפי זה פירוש הלכה זו הוא, שבמקרה של ספק לקט נחשב בעל השדה כמוציא שעליו להביא ראיה, מחמת הכלל של ספק לקט לקט.⁵¹ לפי פירוש זה ההופעה של הכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה" כאן מוזרה מאוד. כאמור הכלל של "ספק לקט לקט" עומד בניגוד לכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה", שהרי אין הוא מטיל את חובת הראיה על העני שהוא המוציא מיד בעל השדה שהשיבולת נמצאת ברשותו. לכן נראה שלפי פירוש זה השימוש שנעשה כאן בכלל זה הוא שימוש מושאל. יתכן שמאחר שהכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה" הוא בעל מעמד מרכזי בתורת התנאים בכל הנוגע להדרכה כיצד לנהוג בספקות ממון, מגייס אותו הספרי כדי לבסס עליו את הכלל החורג ממנו וקובע "ספק לקט לקט". לצורך זה הוא עושה בו שימוש מושאל כאמור.

יש מקום לשער ששימוש חריג זה נעשה בשלב של עריכת הספרי,⁵² והוא לא נמסר במסגרת

⁴⁹ גירסת דפוס ונציה: "ספק, בעל הבית וכו' ", בשאר עדי נוסח כולל כת"י ותיקן, וקטע גניזה קיימברידג' 49, (מהדורת כהנא עמ' 297) ליתא: "ספק".

⁵⁰ ונראה, שלכן לעומת הספרא (הערה 43) הפותח את הבאת הדרשה בלשון: "מנין שספק לקט לקט וכו' " הספרי פותח: "ומנין שספק וכו' " עם וו החיבור, משום שהוא מתייחס להלכה שנרמזה קודם.

⁵¹ כך פירש את דברי הספרי ר"ד פארדו ב"ספרי דבי רב" על אתר. וראה בשו"ת "שאלת דוד" לר' דוד פרידמן (חלק יו"ד סימן ז ד"ה עתה נבאר), שפירש את משמעות הכלל של "ספק לקט לקט" בדרך דומה, ללא שהתבסס על דברי הספרי: "ובמתנות עניים, כיון דגלי קרא דעני ורש הצדיקו במתנותיו, והפקירה התורה השדה שמונח בו גם מתנות העני לצורך העני, והוי העני מוחזק בזה כמו הבעה"ב". ונראה שהתפיסה הפרשנית הזו היא שהביאה ליצירתו של הנוסח שבדפוס ונציה (הערה 49): "ספק, בעל הבית המוציא וכו' " - כלומר במקרה של ספק לקט בעל הבית הוא הנחשב המוציא מחבירו.

⁵² למרות שאין ביסוס טקסטואלי להשערה זו, שהרי הקטע מופיע בעדי הנוסח השונים, ולא מרובים בו חילופי הנוסחאות.

תורת התנאים. ונראה שניתן קצת לסייע להשערה זו מכך שהכלל "ספק לקט לקט" מופיע במספר מקומות במקורות התנאיים⁵³ בלא התוספת: "בעל הבית המוציא וכו'".

לפי פירוש זה נראה שיש ללמוד מדברי הספרי שהכלל ספק לקט לקט הוא כלל משפטי, והוא עומד בניגוד לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא שהספרי עושה שימוש שאול בכלל מקובל זה כדי לטשטש את הניגוד הזה.⁵⁴

אך יותר נראה שיש לפרש באופן אחר את דברי הספרי. המשפט "בעל הבית המוציא וכו' " אינו מהווה הקדמה לכלל "ספק לקט לקט", אלא הוא מתייחס למקרה אחר, שבו העניים כבר אוחזים בידם מתבואתו של בעל הבית שהם סבורים שהיא ממתנות עניים. למקרה זה מתאים התיאור: "בעל הבית המוציא מעניים", והוא קובע, שמאחר שהעניים כבר אוחזים בידם את התבואה המסופקת,⁵⁵ בעל הבית הוא הנחשב המוציא מידם, למרות שהם עדיין עומדים בתוך שדהו.⁵⁶ לפי פירוש זה השימוש בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" תואם את המשמעות והשימוש הרגילים בו.⁵⁷

⁵³ משנה פאה פ"ד מ"א, תוספתא פאה פ"ב ה"ו, (מהדורת ליברמן עמ' 48), ספרא, קדושים פרשה א.

⁵⁴ גם אם מהספרי יש ללמוד זאת, אין זה מחייב להבין כך את הכלל ספק לקט לקט בשאר המקורות התנאיים.

⁵⁵ אם מדובר על תבואה שהיא במעמד של ספק לקט, לפי מה שהצעתי (לצד הערה 47) שכלל זה אינו מקנה להם זכות משפטית על התבואה, כשהם אוחזים אותה בידם, מקנה להם הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" זכות משפטית עליה. לפי ההבנה שאף הכלל של "ספק לקט לקט" נותן לעניים זכות משפטית על התבואה, אפשר לומר שמדובר במצב שאין לעניים ראייה שתבואה זו היא במעמד של ספק לקט, שעליו נאמר כלל זה, ולכן הם נזקקים לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". אך זה אינו תואם את מה שטענתי בתחילת פרק א', שהמקורות התנאיים אינם משתמשים בכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס למקרה של אדם התובע ממון מחברו ללא כל ביסוס ראייתי לתביעתו.

⁵⁶ לפי זה יש לפרש את תוספת ה' במשפט: "ומנין שספק לקט וכו' " בספרי, לעומת שאר מדרשי ההלכה שמתייחסים לשאלת המקור לדין זה (ראה הערה 50) בכך שבספרי ישנה התייחסות לשני דרכים שונות שבהם זוכים העניים בספק לקט. האחת זכייה משפטית על בסיס הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", והשנייה זכייה הנובעת מהמצווה המוטלת על בעל הבית. ולכן הברייתא מצרפת את הסוג השני המיוחד למתנות עניים לסוג הראשון הכללי שנוהג בכל הספקות הממוניות, באמצעות ואו החיבור.

⁵⁷ פירוש זה לדברי הספרי הציע לי ידידי דר' מנחם כץ.

עד כאן דנתי בכלל ספק לקט לקט לפי הופעתו במקורות התנאיים כשלעצמם. עתה אבחנו את הדרך שבה הבינו האמוראים כלל זה.

סוגיית הירושלמי על המשנה הנ"ל ממסכת פאה (פ"ד ה"ח):

אמר רבי יוחנן: ⁵⁸ דרבי יהודה בן חגרא היא, דתני: גר שנתגייר והיתה לו קמה, נקצרת עד שלא נתגייר פטור, משנתגייר חייב, ואם ספק פטור, רבי יהודה בן חגרא מחייב. ר' שמעון בן לקיש אמר: דברי הכל היא, ישראל שעיקרו חייב ספיקו חייב, וגוי שעיקרו פטור ספיקו פטור.

בבבלי (חולין קלד ע"א) מוצגת מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש באופן אחר. שם הם מתייחסים לכלל של "ספק לקט לקט" שבמשנה בפאה (פ"ד מ"ד) כעומד בעימות עם דברי המשנה במסכת חולין שמתבססת על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" (פ"י מ"ד):

גר שנתגייר והיתה לו פרה, נשחטה עד שלא נתגייר - פטור, משנתגייר - חייב, ספק - פטור, שהמוציא מחברו עליו הראיה.

1. כי אתא רב דימי אמר: רמי ליה רבי שמעון בן לקיש לר' יוחנן: תנן ספק - פטור אלמא ספיקא לקולא, ורמינהו, חורי הנמלים שבתוך הקמה - הרי אלו של בעל הבית, ושלאחר הקוצרים, העליונים - לעניים, והתחתונים - של בעל הבית, רבי מאיר אומר: הכל לעניים, שספק לקט - לקט! אמר ליה: אל תקניטני, שבלשון יחיד אני שונה אותה דתניא, ר' יהודה בן אגרא אומר משום רבי מאיר ספק לקט - לקט...

2. אמר רבא: הכא - פרה בחזקת פטורה קיימא, קמה - בחזקת חיובא קיימא. אמר ליה אביי: והרי עיסה נעשית עד שלא נתגייר - פטור מן החלה, משנתגייר - חייב, ספק - חייב, אמר ליה: ספק איסורא לחומרא, ספק ממונא לקולא;

3. כי אתא רבין אמר: קמה אקמה רמי ליה.

⁵⁸ כן גירסת כת"י רומי, כת"י הרש"ס ודפוס אמסטרדם. בכת"י לייזן: "ר' יהודה".

עמדת ר' יוחנן כפי שהיא מובאת בשני התלמודים היא שכלל זה של "ספק לקט לקט" אינו מקובל על כלל החכמים, והוא נאמר רק על ידי ר' יהודה בן חגרא/אגרא. ריש לקיש לעומתו סובר שכל החכמים מקבלים כלל זה, אלא שנחלקו האם יש להחמיר בספק לקט גם במקרה של גר שנתגייר, שספק הוא אם בכלל הייתה שדהו בכלל חיוב.

לעיל (ליד הערה 47) הצעתי לפרש שהכלל של "ספק לקט לקט" אינו כלל משפטי-ממוני אלא הנחיה הנוגעת לחיוב מצוות עשה של מתנות עניים, ולכן אין הוא מנוגד לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". נראה שלפי אופן הצגת הדו-שיח שבין ר' יוחנן לריש לקיש שבבבלי לא ניתן לקבל הצעה זו, שהרי לפי הצעתי אין סתירה בין הברייתא הפוטרת את השוחט ממתנות במקרה של ספק לבין המשנה המחייבת בספק לקט. הברייתא הפוטרת ממתנות מתייחסת למישור המשפטי, שהרי היא מתבססת על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", לעומת זאת המשנה בפאה מתייחסת למישור של החיוב בקיום מצוות.

לעומת זאת נראה שלפי הירושלמי ניתן לקבל את ההצעה שהעליתי לעיל. לפי הירושלמי ר' יוחנן וריש לקיש דנו ביחס שבין שני מקורות תנאיים העוסקים בחיוב לקט, שבשניהם לא מוזכר הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". לדעת ר' יוחנן התנא קמא של ר' יהודה בן חגרא ודאי אינו מקבל את הכלל של "ספק לקט לקט", וריש לקיש סובר שבמקרים מסוימים אף הוא מקבלו. לפי הצעתי אפשר לומר שר' יוחנן וריש לקיש הבינו ששני המקורות התנאיים לא עסקו בחיוב משפטי-ממוני. שני המקורות יודו שלאור הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" חיוב משפטי-ממוני אינו קיים במקרים של ספק, אלא שהם אינם עוסקים בשאלה זו ולכן גם לא מזכירים כלל זה. הנושא שלהם לפי הבנתם של ר' יוחנן וריש לקיש נוגע למישור של החיוב בקיום מצוות. הכלל של "ספק לקט לקט" שבמשנה בפאה (פ"ד ה"ח) קובע שבמקרה של ספק מצווה על בעל השדה לתת את הלקט לעניים, והתנא קמא שבברייתא של גר שנתגייר לעומת זאת פוטר את בעל השדה מלקיים מצוה זו במקרה של ספק. לכן סובר ר' יוחנן שהוא אינו מקבל את הכלל של "ספק לקט לקט", וריש לקיש מוצא דרך ליישב את שיטתו עם הכלל.

מעדותו של רב דימי המובאת בבבלי על הדו-שיח בין ריש לקיש לר' יוחנן (קטע 1), ומתגובתו של רבא לדבריהם (קטע 2), עולה שלדעת אמוראים אלה יש ליישם את ההלכה של המשנה במסכת פאה, שנאמרה ביחס לספק מתנות עניים גם לגבי ספק מתנות כהונה, זרוע לחיים וקיבה. ובקושיית אביי על רבא יישום זה נאמר גם ביחס לספק חיוב חלה. אך בדברי ר' יוחנן וריש לקיש כפי שהם

מובאים בירושלמי לא דובר כלל על מתנות כהונה, ולפי פירושו של רש"י⁵⁹ עדותו של רבין המובאת בבבלי (קטע 3) תואמת את הצגת הדו-שיח בירושלמי, וגם על פיה לא הושוו בדבריהם מתנות כהונה למתנות עניים, וכן לא הוצג עימות בין הכלל של "ספק לקט לקט" לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". יוצא אם כן שלפי רב דימי, אבבי ורבא הכלל של "ספק לקט לקט" מיושם גם בתחום של מתנות כהונה, ואם כן את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" אין ליישם בתחום זה. לכאורה יקשה על גישתם זו מדברי המשנה לענין ספק בכור שקובעת: "המוציא מחברו עליו הראיה" (בכורות פ"ט מ"ו; טהרות פ"ד מ"ב).

נראה שיש למצוא את הפתרון לכך בתשובתו של רבא (קטע 2) על קושיית ריש לקיש. טענתו של רבא היא, שהדין של "ספק לקט לקט", הקובע שבספק מתנות עניים יש להחמיר, נאמר רק כשהדבר שעליו אנו מסופקים היה בחזקת חיוב. לכן שדה של ישראל שבשעת קצירתה ברור שהיא בחזקת חיוב לקט, נאמר בה כלל זה. לעומת זאת פרה של גר, שבשעה שעדיין היה גוי לא היתה בחזקת חיוב מתנות, כשהוא מסופק אם נתחייבה במתנות בשעת שחיטתה, לא מוטל עליו ללכת בעקבות הכלל של "ספק לקט לקט". נראה שהמקרה של ספק בכור דומה מבחינה זו למקרה של הגר לענין מתנות. הוולד שאנו מסופקים אם הוא נתקדש בקדושת בכורה, לא היה בחזקת חיוב לכוהן קודם שנולד.⁶⁰ רק היותו פוטר את הרחם מחדש את החיוב של נתינתו לכוהן, ולכן ברור שהוא לא היה בחזקת חיוב קודם לידתו.⁶¹

⁵⁹ קלד ע"ב ד"ה קמה. מה שאין כן לפי פירושו של הר"י מגאש בתשובה סי' ז, שלפי פירושו הראשון עדותו של רבין אינה שונה מעדותו של רב דימי, אלא בכך שעל פיה ריש לקיש ציין במפורש ברומייתו, שמהמשנה בחולין העוסקת בספק חיוב מתנות יש להסיק שהדין אמור להיות דומה במקרה של ספק לקט.

⁶⁰ את השדה הנקצרת ראה רבא כאמור כעומדת בחזקת חיוב לקט בשעת קצירתה. לעומת זאת ביחס לחיוב בבכורה, אין כנראה לדעת רבא לראות את הבהמה המבכרת כעומדת בחזקת חיוב בכורה. זאת משום שלפי תפיסתו אין הדין של בכור קובע שיש לראות את הבהמה המבכרת כחייבת בבכורה, אלא דין בכור קובע שהוולד הפוטר את הרחם מתקדש בקדושת בכורה. את הלשון שנקטו חכמים: "בהמת ארנונא חייבת בבכורה" (תוספתא בכורות פ"ב, ה"ב, מהדורת צוקרמאנדל עמ' 535), שממנה משתמע שהחיוב מתייחס לבהמה המבכרת, יש לראות לפי זה כמליצה בלבד.

⁶¹ ועיין בשו"ת "חוט המשולש" לר' אליעזר יצחק מוולוז'ין, ח"ג סי' ל. וראה ח' אלבק בהשלמות למסכת בכורות (עמ' 388), שבמסגרת ביאורו לשיטת ר' טרפון במשנה (בכורות פ"ט מ"ו) שבמקרה של מבכרת שילדה שני זכרים הכוהן נוטל את היפה, ציין את הדרשה המובאת בסוגיה בבבלי חולין קלד

לפי גישת אמוראים אלה שבבבלי, שהרחיבו את הכלל של ספק לקט לקט גם לספק מתנות כהונה, נראה שאף ביחס למעשר עני יהיה הדין כן, שהרי מעשר עני שהוא ממתנות עניים, דומה יותר ללקט ממה שמתנות כהונה דומים ללקט. לפי זה קשה מדברי התוספתא (סוטה פ"ג ה"י, מהדורת ליברמן, עמ' 234-235), שמבארת את הפטור מלתת מעשר עני של דמאי, על בסיס הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". ונראה שיש לבאר זאת כקולא שהקלו חכמים בדמאי.

מסקנות

המסקנות העולות מניתוח המקורות בפרק זה הן:

במקורות התנאיים מופיע הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מספר פעמים בנוגע לתחומים של מתנות כהונה ומתנות עניים. ר' טרפון מגביל אותו במקרים מסוימים, ולפי המשנה על פי פשטות לשונה, במקרה שברור שיש בכור ביד הישראל אלא שלא ברור איזהו, אף ר' עקיבא אינו מיישמו, אלא קובע דין חלוקה. ביחס לספק חיוב זרוע לחיים וקיבה יתכן שמצויה שיטת חכמים המתנגדים ליישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", אך יותר מסתבר שהם לא ראו בכך מקרה של ספק ולכן לא יישמו את הכלל. בתחום של מתנות עניים מיושם הכלל במעשר עני של דמאי, אך בלקט שכחה ופאה נקבע כלל שלכאורה מנוגד לו, הקובע שבספק זוכים העניים. אם כי ניתן לומר שכלל זה אינו נוגע לתחום המשפטי אלא לתחום של חיוב במצוות, ואין סתירה בין שני הכללים.

בפרשנות האמוראים ובעלי הסתמא של התלמודים: בדעת ר' עקיבא לענין ספק בכור, ר' חייא בר אבא הבין את דבריו במשנה כפשוטה כנ"ל. לעומת זאת לדעת ר' יוחנן בכל מקרה מיישם ר' עקיבא את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". בדעת ר' טרפון, לפי ר' אמי ובעל הסתמא בבבלי, דבריו במקרה של מבכרת שילדה שני זכרים, אינם מנוגדים לכלל, ולפי רבא או רב פפא אף דבריו במקרה שמת אחד מהם אינם סותרים את הכלל. לפי ר' חייא נראה שלדעת ר' טרפון הגדרת בעל

(ובמקבילה בירושלמי פאה פ"ז ה"ח) כמקור לדין "ספק לקט לקט": "עני ורש הצדיקו, צדק משלך ותן לו". אך כאמור לפי הירושלמי אין ליישם דרשה זו ביחס למתנות כהונה, וגם לפי הבבלי לא ניתן ליישם זאת ביחס לספק בכור. ואף מדברי ר' טרפון בסיפא של המשנה מוכח כן, שהרי בילדה המבכרת זכר ונקבה, מודה ר' טרפון שאין לכוהן כלום. ונראה שאלבק לא התכוון אלא להביא דוגמה לדין דומה שמצאנו לענין מתנות עניים. (דרך אגב לא הבנתי מדוע הביא אלבק את הדרשה המופיע בתלמודים כמקור לדין ספק לקט לקט, ומשום מה התעלם מהדרשות המופיעות במקורות התנאיים (הנ"ל בהערה 43) כמקור לדין זה).

הבהמה כאדם זר לגבי שני הולדות המסופקים, מחריגה מקרה זה מיישום הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" באופן הרגיל.

באשר לכלל של ספק לקט לקט, לדעת ר' יוחנן כלל זה הוא דעת יחיד, ולדעת ריש לקיש הוא מוסכם על כלל החכמים. לפי הירושלמי, ואף לפי עדותו של רבין בבבלי, כלל זה אינו מתייחס אלא למתנות עניים, והוא אינו מוצג כעומד בניגוד לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". לעומת זאת לדעת רב דימי, סוברים ר' יוחנן וריש לקיש, וכן סוברים אבוי ורבא שהכלל נאמר גם ביחס למתנות כהונה, והוא עומד בעימות עם הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא שהוא מוגבל למקרים שבהם הדבר המסופק עומד בחזקת חיוב.

פרק ג - הפיתרון של חלוקת הממון המסופק

לצד הקביעה של "המוציא מחברו עליו הראיה" כפיתרון לספק ממוני, ישנם מקורות תנאיים המציעים כפיתרון אלטרנטיבי למצב זה את חלוקת הממון בין הצדדים. בחלק ממקורות אלו מופיעות שתי דרכי הפיתרון הללו זו לעומת זו (כשהן מיוחסות לחכמים שונים).¹ בפרק זה אדון בפיתרון זה של חלוקת הממון המסופק, אבדוק מי מקרב התנאים מאמץ אותו, והאם אימוצו נובע מהסתייגות גמורה או חלקית מהכלל "המוציא מחברו עליו הראיה".

תקדימים מקראיים לדין חלוקה

דין חלוקת הממון כפיתרון במקרה של ספק ממוני מצוי כבר במקרא. כשמפיבוסת בן שאול מקבל את פני דוד לאחר מרד אבשלום, חוזר בו דוד מנתינת שדהו של מפיובוסת לציבא, ופוסק: "אמרתי אתה וציבא תחלקו את השדה" (שמואל ב יט, ל). בדומה לכך, אמנם לא בסכסוך ממוני ממש, במשפט שלמה המפורסם פסק שלמה המלך: "תנו את החצי לאחת ואת החצי לאחת" (מלכים א' ג', כה).² חלוקה כמוצא של פשרה ניתן לראות גם בדין התורה ביחס לחיוב שור תם (שמות כא, לה),³ אלא ששם אין זה אמור כפשרה הבאה במקרה של ספק, אלא פשרה הנובעת מחיוב מוגבל של אחריות.⁴

¹ ראה תוספתא ב"מ פ"ח הל' כב-כג (מהדורת ליברמן עמ' 107-108).

² ראה דברי ר' אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, תל-אביב, תשכ"ד-ז, כרך א, ב"ב אות קנו, עמ' רלד. אמנם ברור שכוונת שלמה הייתה לבחון את הנשים, אך נראה לי שאם הפיתרון שהוא הציע לא היה פיתרון מקובל ומובן ביחס לתחום של ספק ממון, לא היה בפסק הדין של שלמה מבחן כלל, והיתה האישה שאינה האם האמיתית מרגישה מיד בפח שהוא טומן לה. דוקא משום שביחס לספק ממון היה זה הפיתרון המקובל, היה ביישום נאיבי של הפסק גם ביחס לספק ביחס לאמהות, מבחן אמיתי למציאת האם. וראה ש' זלבסקי, עליית, עמ' 200, וראה אביגדור הנמן, "משפט שלמה ודין 'המוציא מחברו' - תגובה למאמרו של אליעזר חדד", מגדים, ל (טבת תשנ"ט), עמ' 111-113.

³ פסיקה המצויה כבר בחוקי אשננה (אברהם לבנון, קבצי חוקים של העמים במזרח הקדמון, חיפה, תשכ"ז, עמ' 66 חוק 53. וראה מ"ד קסוטו, פירוש על ספר שמות, ירושלים, תשמ"ח, עמ' 195).

⁴ אם כי יתכן שניתן להבין זאת כספק האם הבעלים נחשב כפושע בנגיחת שורו, ולכן הדין יחלוקו, ראה ש' זלבסקי, עליית, עמ' 200 הערה 47.

הנושא של פרק זה הוא שלילת יישום הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" וקביעת דין חלוקה במקומו. פעמים רבות במקורות חז"ל, מופיע הדין יחלוקו,⁵ כדין שאינו נוגע לדיונו בפרק זה, משום שבמקורות אלה מדובר במקרים שבהם אין הממון שבספק מצוי בידי אחד מבעלי הדין,⁶ או שנתון הוא בידי שניהם כאחת,⁷ או שכלל לא מדובר בספק.⁸ לאור התקדימים המקראיים, ובהתאם לגישתו של האדם הפשוט, לא מפתיע אפוא שדין חלוקה יהיה מקובל על כלל החכמים, ואין זה מתמיה למצוא אותו במקורות חז"ל אלו.

אך התבוננות במקרים שבהם נעשה שימוש בדין חלוקה במקרא, מראה שאף במקרה שהחפץ הנתון בויכוח מצוי בידו של אחד הצדדים, בדומה למקרים הנידונים בפרק זה, נאמר דין יחלוקו.

⁵ ואף בשם חכמים קדומים כבית שמאי ובית הלל. בפי בית שמאי ובית הלל מופיע דין יחלוקו במשנה יבמות פ"ד מ"ג ובמקבילה כתובות פ"ח מ"ו; ב"ב פ"ט ח"י; תוספתא ב"ב פ"י ה"ג (מהדורת ליברמן עמ' 166).

⁶ כאלו הם המקרים שבמקורות שבהערה הקודמת. (אמנם המשנה ב"ב פ"ט מ"י מובאת בבבלי ב"מ לו ע"ב, כקושיה על מקור אחר שממנו עולה שר' עקיבא סובר "לא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה", ומזה לכאורה משמע שמדובר על מקרה שהממון ביד אחד מהם. אך זה לא סביר, שהרי מדובר על יורשים, שהממון לא הגיע לידם. וצריך לומר שהבבלי מקשה בדרך של קל וחומר. אם במקרה שהממון אינו ביד בעל הדין, אלא רק אמור להגיע לידיו, לא נותנים מספק חלק מהממון לבעלי הדין האחרים, כל שכן שבמקרה שהממון ביד בעל הדין, לא יוציאוהו מידו ללא ראיות, ואכמ"ל). גם במקרה שבמשנה ב"ב פ"ב מ"ו, אין הממון ביד אחד מהצדדים. וראה תוס' ב"ב לה ע"א ד"ה ומאי.

⁷ כמו במקרה של שנים אוחזים בטלית (ב"מ פ"א מ"א) ובתוספתא ב"מ פ"א ה"ו (מהדורת ליברמן עמ' 64-65).

⁸ נראה שכך יש לבאר את המשנה ב"מ פ"ח מ"ה: "המוכר זיתיו לעצים... זה אומ' זיתיי גידולו וזה אומ' ארצי גידלה יחלוקו. שטף הנהר זיתיו ונתנן לתוך שדה חבירו, זה אומר זיתיי גידלו וזה אומ' ארצי גידלה יחלוקו", וראה רמב"ם בפירוש המשניות שם. נראה שגם דין חלוקה שבמשנה ב"מ פ"י מ"א אינו מתייחס למקרה של ספק: "הבית והעליה של שנים שנפלו שניהם חולקים בעצים ובאבנים ובעפר". במקרה זה ההנחה היא שבערימת ההריסות יש חלק שווה לכל אחד מהם. נראה שגם המשנה גיטין פ"ח מ"ג: "...ולעניין החוב אמ' לו זרוק לי חובי וזרקו לו, קרוב למלוה זכה הלווה, קרוב ללוה הלוה חייב, מחצה למחצה שניהן יחלוקו", אינה מתייחסת על פי פשוטה למקרה של ספק. דין החלוקה שבמשנה זו נובע כנראה מכך שדמי הפירעון שנפלו בין שניהם נחשבים כחצי פירעון. ואכן כתבו התוס' גיטין ע"ב ד"ה מחצה: "הכא לא שייך המוציא מחברו עליו הראיה, דאין כאן ספק". אמנם קיימת גישה בקרב האמוראים והראשונים שרואה בדין חלוקה זה חלוקה מספק, אך אדחה את הדיון באפשרות זאת לסוף הפרק, לאחר הדיון במקרים שבהם מדובר באופן ברור בספק.

במקרה של מפיבושת מסתבר שציבא ירד לשדה מפיבושת מיד לאחר שקיבלו מיד דוד. וכן במקרה של שתי הנשים הזונות שבאו לפני שלמה, היה הילד החי בידה של אחת מהם, כפי שמפורש בדברי חברתה.⁹

נראה שפסק דין יחלוקו מתאים לסברה האנושית של האדם הפשוט בישראל ובעמים.¹⁰ לאור זה יש מקום להעלות השערה, שהשיטה הקדומה קבעה שבמקרה של ספק ממוני הדין הוא יחלוקו, וגישה חדשנית יותר¹¹ קבעה שבמקרים כאלה יש להשאיר את החפץ המסופק בידו של המחזיק בו - "המוציא מחברו עליו הראיה".¹²

דין חלוקה במקורות התנאיים

כאמור במספר מקורות תנאיים מופיע דין חלוקה כפיתרון חילופי לדין "המוציא מחברו עליו הראיה" במקרה שהממון נתון בידו של אחד מהצדדים.¹³ אפריורית ניתן היה להציע אפשרות שאין

⁹ לאור זה תמוהה שאלתו של ר' א. וסרמן (בהערה 2), שהקשה מדוע פסק שלמה יחלוקו, היה לו לפסוק "כל דאלימ גבר".

¹⁰ ראה ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 169 הערה 6, ובפרט המובאה מפילוסטראטוס, ששם בפי מלך הודו את האמירה: "אם אפסוק יחלוקו, הרי כל אשה זקנה היתה מפשרת כן".

¹¹ שיתכן שהיא מצביעה על חשיבה משפטית מפותחת יותר, ראה ביאורו של א"ש רוזנטל, ירושלמי נזיקין עמ' יח-יט, וליברמן (הערה קודמת) לביטוי שמשמש בו רב כדי לכנות פסק דין יחלוקו: "דינא דגרדי" (ירושלמי ב"מ פ"ח ה"ח). לפי פירושם של רוזנטל וליברמן רב מכנה את פסק הדין "יחלוקו" בכינוי גנאי, והוא מדמה אותו לפסק דין של גרדיים שהם בעלי אומנות בזויה. ניתן להעלות השערה שהביקורת שמותח רב על דוד שפסק לציבא דין חלוקה (בבלי שבת נו ע"ב), קשורה לביקורת הכללית שלו על דין חלוקה. בקישור של פסיקתו של דוד בענין מפיבושת לנושא של הכרעה בספק ממון הלכתי בדרכו של הרלב"ג (שמואל ב', יט, ל) שביאר שפסיקה זו נבעה מכך שלא היה ברור לדוד האם עליו להאמין למפיבושת. לעומת הרלב"ג, ר' ישעיה מטראני על אתר מבאר את פסיקתו של דוד בכך שהוא לא רצה לחזור בו חזרה גמורה מהבטחתו לציבא, ולכן הוא חילק את השדה ביניהם. לפי זה אין קשר בין פסיקה זו לשאלת ספק ממון.

¹² עם התקדימים המקראיים יכולים האומרים במקרה שהחפץ ביד אחד מבעלי הדין: "המוציא מחברו עליו הראיה", להתמודד בנקל. ביחס למקרה של שדה מפיבושת אפשר לומר שעדיין לא ירד ציבא לשדה. וביחס למשפט שלמה אפשר כמובן לומר שעיוות משפטי בנוגע לטענת אימהות, אין לדונו על פי כללי ספק ממון, ולענין זה אין החזקת הילד משפיעה על הכרעת הספק.

¹³ המקורות לפי סדר מסכתות הש"ס הן: משנה ב"ק פ"ה מ"א ובמקביל בתוספתא פ"ה ה"ד (מהדורת ליברמן עמ' 73); משנה ב"מ פ"ח מ"ב (מהדורת ליברמן עמ' 20); תוספתא ב"מ פ"ג ה"ד (מהדורת ליברמן עמ' 73); משנה ב"מ פ"ח מ"ב

מחלוקת בין המקורות המציעים פתרון של חלוקה לבין המקורות הקובעים "המוציא מחברו עליו הראיה", משום שהמקורות עוסקים במקרים שונים זה מזה.¹⁴ אך לא ניתן לומר זאת, משום שישנם מקורות שבהם ישנה מחלוקת בין התנאים, שאחד מהם מציע את הפיתרון של חלוקה והשני קובע "המוציא מחברו עליו הראיה".¹⁵

בפרק זה אבדוק את המקורות התנאיים השונים שבהם מופיע דין חלוקה בספק ממון המוחזק ביד אחד הצדדים. בבדיקתי אנסה לזהות את החכמים הנוקטים בשיטה זו, ולבחון את השאלה האם המקרה שבו הם קבעו דין חלוקה מיוחד משאר ספקות ממון, שבהם הם יודו שהדין "המוציא מחברו עליו הראיה", או שניתן לראות מקרה זה כדוגמה לכל ספק ממון. אפתח את הבדיקה במקור הראשון במשנה שבו מופיע דין זה של חלוקה, והמשך הבדיקה תיעשה לפי הנושאים שבהם מופיע דין זה:¹⁶

א. ספק חיוב נזיקין. ב. ספק חיוב שומר בנזק. ג. ספק בהקנאה. ד. ספק בשכירות. ה. ספק בדין. ו. ספק בהשבת חוב.

א. ספק חיוב נזיקין

שנו חכמים במשנה (ב"ק פ"ה מ"א):

שור שנגח את הפרה ונמצא ולדה בצידה, אין ידוע אם עד שלא ניגחה ילדה ואם משנגחה ילדה, משלם חצי נזק ורביע לוולד. וכן פרה שנגחה את השור ונימצא ולדה בצידה, אין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה ואם משנגחה ילדה, משלם חצי נזק מן הפרה ורביע מן הוולד

ובמקביל בתוספתא פ"ח הכ"ב (מהדורת ליברמן עמ' 107); משנה ב"מ פ"ח מ"ד ובמקביל בתוספתא פ"ח ה"ל כג-כד (מהדורת ליברמן עמ' 107-108); משנה ב"מ פ"ח מ"ח ובמקביל בתוספתא פ"ח ה"ל"א (מהדורת ליברמן עמ' 110); משנה שבועות פ"ז מ"ד.

¹⁴ וראה להלן בסוף הפרק דיון בדברי צ' קרל שטען שאכן זה המצב.

¹⁵ ראה הערה 1.

¹⁶ סדר זה של הנושאים תואם כמעט לגמרי את הופעת הדין לפי סדר המסכתות (ראה הערה 13). (בדברי התוספתא ב"מ פ"ג ה"ד (מהדורת ליברמן עמ' 73), שעוסקת בספק הקנאה, לא דנתי פרק זה אלא לקראת סוף פרק ד' אחרי הערה 81).

דין זה, שבמשנה מופיע בלא שם החכם ששנאו, מופיע במקבילה בתוספתא בפיו של סומכוס (בבא קמא פ"ה ה"ד, מהדורת ליברמן עמ' 20):

שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה ואם משנגחה ילדה, סמכוס אומר: משלם חצי כופר לפרה ורביע לולד. וכן פרה שנגחה את השור ונמצא ולדה בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה ואם משנגחה ילדה, סמכוס או': משלם חצי נזק מן הפרה ורביע מן הולד

ר' יוחנן בירושלמי (ב"מ פ"ח ה"ד) וכן רבה בר רב הונא ורבא בבבלי (ב"מ ק ע"א),¹⁷ מתייחסים לדברי המשנה שקבעה דין חלוקה ביחס לספק במכירה (ב"מ פ"ח מ"ד), כתואמת את שיטת סומכוס.¹⁸ מזה משתמע שלדעתם סומכוס לא קבע דין חלוקה רק ביחס לספק בתחום של נזיקין. שני התלמודים (ירושלמי ב"מ פ"ח ה"ד, בבלי ב"ק לה ע"ב ושם נסמן) מייחסים לסומכוס שיטה כללית, הקובעת שבכל ספק ממון, אין אומרים "המוציא מחברו עליו הראיה" אלא הדין הוא יחלוקו.¹⁹ נראה ברור שאין כוונת התלמודים לספק שמעורר אדם ביחס לחפץ הנתון ביד חברו, על ידי הפרחת טענות שאינן מבוססות על בסיס ראייתי כלשהו. דבר זה עולה בבירור מדברי הבבלי: "דאתו לקמן כי תפיס לה חד מינייהו, ואידך מסרך בה סרוכי. ואפילו לסומכוס, דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה - מודה סומכוס דסרכא לאו כלום היא" (ב"מ ו ע"א). כוונת התלמודים היא דווקא לספק שיש לו בסיס אובייקטיבי, בדומה למקרה שבתוספתא זו, שבה ידוע לנו שהתרחש אירוע של נגיחה, ורק פרטי המקרה אינם ידועים. ואכן בכל הספרות התלמודית לא מופיע דין חלוקה כשהממון נמצא בידו של אדם, ואדם אחר תובעו ללא כל בסיס ראייתי.²⁰

¹⁷ ראה להלן בפרק זה דיונים נרחבים בסוגיות אלה של הירושלמי ושל הבבלי.

¹⁸ גם לפי פירושו של בעל "מראה הפנים" על הירושלמי שם (מובא להלן ליד הערה 43), שדברי ר' יוחנן לא התייחסו למשנה זו, הם מבוססים על משנה זו כפי שיתבאר להלן ליד הערה 47.

¹⁹ ראה הלבני ב"ק, עמ' קפ; רובינשטיין, פירוש, עמ' רעו הערה 3.

²⁰ התוס' (ב"ק לה ע"ב ד"ה זאת) מוכיחים זאת גם מסברה: אם נאמר שגם בספק ללא בסיס אובייקטיבי יאמר סומכוס יחלוקו, לסוברים שאף כשהמחזיק טוען בברי שהחפץ שלו אמר סומכוס יחלוקו (ראה להלן דיון בנושא זה), יוכל כל אחד להיטפל לחברו ולטעון על ממונו שהוא שלו, ובעקבות זאת יזכה במחציתו.

אך נראה שדברי סומכוס שבתוספתא אינם מובילים בהכרח למסקנתם של האמוראים הנ"ל ושל התלמודים, שסומכוס דיבר על כל ספק ממון שיש לו בסיס אובייקטיבי. יתכן שדווקא ביחס לספק חיוב נזיקין אמר זאת סומכוס, ואולי דווקא במקרה שברור שנעשה נזק, אך שיעור הנזק מסופק. אפשר לומר שהקביעה, שמספק אין להוציא ממון מיד המחזיק בו, שהיא קביעה שאינה מבוססת על ראייה כלשהי, הסתברותית או אחרת, מקובלת גם על סומכוס, ורק במקרה של נזק שיש למזיק אחריות עליו, סבר סומכוס שאף מספק ראוי שהניזק יפוצה על נזקו על ידי המזיק.²¹ לפי זה אפשר לבאר שסומכוס השמיע הלכה זו דווקא בשור תם, משום שבו מידת האחריות של המזיק קטנה יותר,²² ולכן לא חייבה אותו התורה בנזק שלם, ורצה סומכוס להדגיש שגם במקרה זה יחלוקו.

כפי שניווכח להלן במקורות התנאיים מופיע דין חלוקה גם ביחס לספקות ממון שאינם נוגעים לנזקים, ולאור זה יותר מסתבר שאף סומכוס סבר כן, ולא צמצם את קביעתו רק לספק נזיקין, וכפי שאכן הבינו התלמודים. למרות הנחה סבירה זו, נראה שסומכוס לא יאמר את דבריו ביחס למקרים של ספק במתנות כהונה או עניים, מקרים שבהם יישמו ר' עקיבא ור' טרפון (בכורות פ"ב מ"ו), את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה".²³

נראה שניתן להביא סיוע לטענתי שבספק מתנות כהונה יודה סומכוס שאין אומרים יחלוקו מדברי התוספתא בכורות פ"ב ה"י (מהדורת צוקרמאנדל עמ' 536):

אחת ביכרה ואחת שלא ביכרה וילדו שני זכרים, אחד לו ואחד לכהן, ר' טרפון אומר: היפה שבהן, ר' עקיבא אומר: הכושל שבהן. השני, ירעה עד שישתאב, וחייב במתנות, ור' יוסי פוטר, שהיה ר' יוסי אומר: כל שחליפיו ביד כהן פטור מן המתנות, ור' מאיר מחייב, שהיה אומר:

²¹ סברה זו דומה במקצת לביאורו של רב אידי בר אבין לשיטת ר' ישמעאל לגבי דין מיטב, שלמרות הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", כשבהמתו של אדם אכלה ערוגת חברו, שספק אם הייתה שמנה או כחושה, מחייבת אותו התורה לשלם שמנה (בבלי ב"ק ו ע"ב).

²² כביטוי של הבבלי: "סתם שוורים בחזקת שימור קיימין" (בבלי ב"ק טו ע"א).

²³ ניתן להביא סיוע מסוים להנחתי זו מכך שתקנת דמאי הקדומה לא חייבה לתת מחצה מהמעשר הראשון ללוויים ומחצה ממעשר העני לעניים. (סוטה פ"ג ה"י, מהדורת ליברמן עמ' 234-235). אך יש לדחות סיוע זה לאור הקולות הנוהגות בדמאי (ראה לדוגמה דמאי פ"ג מ"א), כנראה משום שרוב עמי הארץ מעשרים כדברי רבא בבבלי (שבת יג ע"א ושם נסמן), או כדברי הירושלמי בכמה מקומות (ראה ברכות פ"ז ה"א ומקבילות).

אם בכור תניהו לי, ואם לאו תן לי מתנותיו. מת אחד מהן, רבי טרפון אומר: יחלוקו, ר' עקיבא אומר: המוציא מחברו עליו הראיה. זכר ונקבה ואין ידוע אין, כאן לכהן כלום, אלא הזכר ירעה עד שישתאב ויאכל במומו לבעלים.

פסק ההלכה לגבי מקרה של לידת זכר ונקבה שבסוף ההלכה: "אין כאן לכהן כלום", מבוסס כנראה על הכלל: "המוציא מחברו עליו הראיה", המובא קודם בפי ר' עקיבא.²⁴ מאחר שהוא מופיע בלא חולק, נראה שגם ר' יוסי ור' מאיר שדעותיהם מובאות בהלכה זו ביחס למקרה של לידת שני זכרים, מקבלים אותו. מצד שני נראה שר' יוסי ור' מאיר סוברים שניהם, שבספק ממוני הדין יחלוקו. ר' יוסי במשנה (בבא מציעא פ"ח מ"ח): "יחלוקו את חדש העיבור",²⁵ ור' מאיר בתוספתא (בבא מציעא פ"ח הל' כג-כד, מהדורת ליברמן עמ' 107-108): "המוכר פרה לחבירו וילדה... זה אומ' איני יודע וזה אומ' איני יודע יחלוקו". זה שר' מאיר ור' יוסי, המחזיקים בעמדתו של סומכוס ופוסקים יחלוקו, מודים שבספק מתנות כהונה "המוציא מחברו עליו הראיה", מחזק את השערתו שגם סומכוס הלך בדרך זו.²⁶

נראה שהחילוק בין ספק מתנות כהונה לשאר ספקות ממון נובע מכך שבספק מתנות כהונה אין אדם מסוים התובע את הממון, והשארתו ביד המחזיק לא תגרום נזק לאדם מסוים. סומכוס לא קבע דין חלוקה אלא כשעומדים לפנינו שני צדדים שמבחינת הערכת המצב ישנו ספק אובייקטיבי של מי מהם הממון. במקרה כזה קבע סומכוס שהמצב האקראי של החזקת החפץ בידי אחד מהם לא

²⁴ ובמקרה זה כנראה אף ר' טרפון מודה שההלכה "המוציא מחברו עליו הראיה", ראה פרק ב' ליד הערה 11.

²⁵ ראה להלן בפרק זה הדיון בדברי משנה זו. וראה גם להלן הערות 84-85.

²⁶ גם מדברי אמוראים משתמע קצת שהם סברו שסומכוס לא קבע דין חלוקה בספק מתנות כהונה. ר' חייא בר אבא בשם ר' יוחנן (בבלי ב"ק לה ע"ב) נדרש דווקא למשנה בסוף פ"ג של ב"ק כדי ללמוד שחכמים חולקים על סומכוס, ואולי אפשר להסביר זאת בכך שמארבעת המשניות שבהם מופיע הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס למתנות כהונה (בכורים פ"ב מ"י, חולין פ"י מ"ד, בכורות פ"ב ו-ח, טהרות פ"ד מ"ב) לא ניתן לדעתו ללמוד זאת. אך יתכן שיכול היה ר' חייא ללמוד זאת משם, אך הוא העדיף ללמוד זאת מהמשנה העוסקת בנזקי שור בדומה למשנה ולתוספתא שבהן הביע סומכוס את עמדתו (וראה מה שכתבתי בפסקה האחרונה בפרק ד').

ראוי שיזכה אותו בחפץ כולו. אך כשלעומת המחזיק לא עומד אדם מסוים, וממון זה אין לו תובעים, יודה סומכוס שלא נדרש המחזיק להוציא מידו חצי מהממון מספק.²⁷

התלות של פסק הדין 'חלוקו' בטענת המחזיק

לשון המשנה והתוספתא בהצגת המקרה: "ואין ידוע וכו' ", מתארת מצב אובייקטיבי של חוסר ידיעת מה שהתרחש. מלשון זו לא ברור מה טוען המזיק, המחזיק בממון ונדרש לשלם מחצה. האם דווקא על מקרה שגם הוא אינו יודע מה התרחש, אמר סומכוס, שעליו לשלם מחצה, או שגם אם הוא טוען שהוא יודע שמה שהתרחש אינו ראוי לחייבו, סבר סומכוס שיש לחייבו בתשלום מחצית. בשאלה זו דנו ונחלקו אמוראים.

שנו חכמים במשנה (ב"ק פ"ג מ"א):

שור שהיה רודף אחר שור אחר והוזק, זה אומ' שורך הזיק והלה אומ' לא כי אלא בסלע לקה, המוציא מחבירו עליו הראיה. היו שנים רודפים אחר אחד, זה אומ' שורך הזיק וזה אומ' שורך הזיק שניהם פטורים, אם היו שניהם שלאיש אחד שניהם חייבים. היה אחד גדול ואחד קטון, הניזק או' והגדול הזיק והמזיק או' לא כי אלא הקטן הזיק, אחד תם ואחד מועד, הניזק אומ' המועד הזיק והמזיק אומ' לא כי אלא תם הזיק, המוציא מחבירו עליו הראיה.

סוגיית התלמוד הבבלי המתייחסת לדברי משנה זו (ב"ק לה ע"ב):

1. אמר רבי חייא בר אבא²⁸ [זאת אומרת]:²⁹ חלוקים עליו חבירו על סומכוס, דאמר: ממון המוטל בספק חולקין.

²⁷ ראה ד' הנשקה, "חמץ של אחרים; פרק בתולדות ההלכה", תעודה טז-יז (תשס"א) עמ' 155-202, שהביא דעות שונות בראשונים לגבי מעמד מתנות כהונה קודם נתינתם לכהן. יש שהבינו שקודם נתינתם אין להם בעלים כלל, ויש שהבינו שהם נחשבים ממון גבוה (עמ' 167-168, וראה שם הערות 36-38).

2. א"ל ר' אבא בר ממל לר' חייא בר אבא: אמר סומכוס אפילו ברי וברי? א"ל: אין, אמר סומכוס אפילו ברי וברי.³⁰

3. וממאי דמתני' בברי וברי הוא? דקתני: זה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי.

4. מתקיף לה רב פפא: מדרישא ברי וברי, סיפא נמי ברי וברי, אימא סיפא: היה אחד גדול ואחד קטן, ניזק אומר גדול הזיק, ומזיק אומר לא כי, אלא קטן הזיק; אחד תם ואחד מועד, ניזק אומר מועד הזיק, והמזיק אומר לא כי, אלא תם הזיק - המוציא מחבירו עליו הראיה; הא לא מיייתי ראיה - שקיל כדאמר מזיק, נימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן, דאמר: טענו חטים והודה לו בשעורים - פטור! אלא בברי ושמא. דקאמר ברי מאן, דקאמר שמא מאן? אי נימא דקאמר ניזק ברי וקאמר מזיק שמא, אכתי לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן! אלא דקאמר ניזק שמא וקאמר מזיק ברי, ומדסיפא ניזק שמא ומזיק ברי, רישא נמי ניזק שמא ומזיק ברי, ואמר סומכוס אפי' בהא, דאיצטריך לאשמועינן דלא! לא, סיפא - ניזק שמא ומזיק ברי, רישא - ניזק ברי ומזיק שמא. והא לא דמיא רישא לסיפא! אמרי: ברי ושמא שמא וברי - חד מילתא היא, ברי וברי שמא וברי - תרי מילי נינהו.

בעל הסתמא (קטע 3) מדייק מלשון המשנה: "זה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי אלא" שהיא מדברת על מקרה ששני בעלי הדין טוענים טענת ברי. מהשימוש בלשון זו בשאר מקומות במשנה נראה שאכן הצדק עם דיוקו. במקומות רבים משמש הניסוח "לא כי אלא" את התנא הבא לחלוק על הדעה המובאת קודם לכן. במקרים אלו ברור שטענתו התנא "טענת ברי" היא.³¹ גם מהשוואת לשון זו שבמשנה ללשון התוספתא המקבילה למשנה זו (ב"ק פ"ג ה"ז, מהדורת ליברמן, עמ' 12-13) יש לסייע לפירוש המשנה כמתייחסת לטענות ברי. לעומת הביטויים שבמשנה: "זה אומר... וזה אומר לא כי

²⁸ כת"י המבורג, פירנצה ווטיקן: "אמר רבי חייא בר אבא אמר ר' יוחנן".

²⁹ כת"י ווטיקן ופירנצה. בשאר עדי הנוסח ליתא "זאת אומרת".

³⁰ בכת"י ווטיקן: "אמר ליה אין" בלא ההמשך.

³¹ אמנם התוס' (ב"ק שם ד"ה ממאי) הקשו על דברי בעל הסתמא מהמשנה בכתובות (פ"א משנה ו-ז), ששם דוחה הבעל את טענת אשתו הנוגעת לזמן או לאופן איבוד בתוליה בלשון "לא כי אלא", ומסתבר שטענתו של הבעל אינה ודאית. אך ראה בשטמ"ק על אתר בשם ר' ישעיה, שבאר שמבחינה סובייקטיבית יתכן שהבעל טוען כן בטענת ברי, הנובעת מתחושתו שהיא לא נאנסה לאחר אירוסיה לאור התרשמותו מהתנהגותה.

אלא" התוספתא משתמשת בביטויים "ספק" לעומת "ואם בידוע".³² ביטויים אלה מתארים באופן אובייקטיבי מצב מסופק או ודאי בלא להתייחס לטענות הצדדים.

בעל הסתמא של התלמוד (קטע 3) מסיק מהדו-שיח בין ר' אבא בר ממל לבין ר' חייא בר אבא בשם ר' יוחנן, שהם פירשו את המשנה כמתייחסת למקרה ששניהם טוענים ברי, והוא גם עוסק בשאלה מנין למדו לפרש כך את המשנה. אך ראשונים התקשו כיצד הוא הגיע למסקנה זו מהדו-שיח שביניהם. שאלתו של ר' אבא: "אמר סומכוס אפילו ברי וברי?", אינה מוכיחה שהוא פירש את המשנה בברי וברי. משום שבכל אופן כדי לקבל את ראייתו של ר' יוחנן, נדרש לומר שסומכוס אמר יחלוקו אף בברי וברי. שהרי אם סומכוס אמר יחלוקו רק בשמא ושמא, אפשר לפרש שהמשנה עוסקת בברי וברי, וסומכוס גם הוא מודה לדבריה.³³ אך ראה תוס' רי"ד על אתר, שפירש שהראיה מהדו-שיח אינה משאלת ר' אבא אלא מתשובת ר' חייא בר אבא: "אין אמר סומכוס וכו' ". התלמוד הבין שר' חייא הסיק מדברי ר' יוחנן, שלמד מהמשנה שדעת סומכוס אינה מוסכמת, שר' יוחנן סבר שסומכוס אמר אף בברי וברי. מסקנה זו של ר' חייא מדברי ר' יוחנן מוצדקת רק אם הוא הבין שהמשנה עוסקת בברי וברי. שהרי אם היא עוסקת בשמא ושמא, ועל מקרה זה אמר ר' יוחנן שסומכוס אינו מודה לדין המשנה, יתכן שלדעת ר' יוחנן סומכוס לא אמר יחלוקו אלא בשמא ושמא.³⁴ אך נראה שמסקנה זו של

³² א' גולדברג, פירוש מבני, עמ' 88 כתב, שהתוספתא שונה הלכות מקבילות למשנה, ומשלימה את ההלכות על ידי פירוש של כל המצבים, ולא עמד על הבדל לשוני זה בין התוספתא למשנה.

³³ ראה תוד"ה ממאי, וכן בתוס' ר' פרץ, ובשטמ"ק בשם הרא"ה ור' ישעיה. תירוצ' התוס' על קושיה זו מתבסס על המשך הסוגיה, ודבריהם דחוקים, ואכמ"ל. הרא"ה יישב זאת לאור הלשון ההחלטית שהשתמש בה ר' אבא בשאלתו.

³⁴ ראה הלבני, מקורות, על אתר (עמ' קלה, הערה 7), שכלל את התוס' רי"ד בכלל הראשונים שפירשו שהשאלה מתבססת על דברי ר' אבא. אך לי נראה שלדעתו השאלה מתבססת על דברי ר' חייא כאמור בפנים. וראה הלבני שם (עמ' קלה-קלו) שהציע לפסק את שאלת התלמוד ולפרשה באופן אחר. לדעתו שאלת התלמוד היא: "ממאי", והיא אינה מתייחסת לפרשנות המשנה אלא לקביעה שסומכוס אמר אף בברי וברי. והתשובה היא: "דמתני' בברי וברי הוא דקתני וכו' ". הצעה זו דחוקה ביותר הן מבחינה לשונית, והן מצד הקשיים התוכניים שיש בה (שעל חלקם עמד הלבני שם עמ' קלו ומחמתם חלק על דברי התלמוד), ואכמ"ל.

התלמוד מדברי ר' חייא אינה הכרחית, משום שיתכן שר' חייא עצמו סבר שזוהי שיטת סומכוס,³⁵ והוא לא למד זאת מדברי ר' יוחנן.

התלמוד (קטע 4) מציג את רב פפא כמתקיף את הפרשנות הזו של המשנה, שהיא עוסקת בבירי, ובטענה שהנחה כזו תעמיד את דין המשנה בניגוד לקביעתו של רבה בר נתן: "טענו חטים והודה לו בשעורים - פטור". מסקנת התלמוד מדיון זה היא, שכדי ליישב את קביעתו זו של רבה בר נתן עם המשנה, נדרש להעמיד את הרישא של המשנה במקרה שהניזק תובע בטענת ברי, והמזיק טוען כנגדו: שמא לא שורי הזיק. לדעת הלבני על אתר (מקורות, עמ' קלד הערה 3) עיקר המסקנה הזו נאמר כבר על ידי רב פפא,³⁶ ובעל הסתמא רק עסק בפירוט ופירוש מסקנתו. אך נראה לי שלאור אריכות הדברים בקטע זה, יש לפקפק בהנחה זו של הלבני.³⁷ יתכן שרב פפא לא התקיף את הפירוש המוצע, שהמשנה עוסקת בבירי ובירי, אלא אדרבה הוא התבסס עליו. לפי השערה זו דברי רב פפא לא כללו אלא את המשפט: "נימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן, דאמר: טענו חטים והודה לו בשעורים - פטור".³⁸ לא ברור האם ניתנה תשובה לרב פפא על טענה זו, ואם ניתנה תשובה מהי. יתכן שההצעה שהעלה התלמוד בהמשך: "ראוי ליטול ואין לו" היא התשובה. בכל אופן אין הכרח לומר שרב פפא אכן פירש שהמשנה עוסקת בבירי ושמא.³⁹

כדי ליישב את שיטת רבה בר נתן עם המשנה הסיק בעל הסתמא דגמרא כאמור, שאין לפרש שהמשנה מדברת בבירי ובירי. לאור זה, כדי להקביל את הסיפא לרישא, העמיד בעל הסתמא את הרישא במזיק טוען שמא. לפי פרשנות זו למשנה, אפילו במקרה שהמחזיק טוען שמא, סובר התנא של המשנה שיש ליישם את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". אוקימתא זו למשנה היא דחוקה, ואינה תואמת את המשתקף מלשונה. לאור האפשרויות המובאות בהמשך הסוגיה לדחות את טענת רב פפא, נראה שאף רבה בר נתן לא יידרש להעמיד את המשנה באוקימתא זו. ברור אם כן, שאת המסקנה

³⁵ אולי לאור המשנה ב"מ פ"ח מ"ד (הלבני הנ"ל בהערה הקודמת), ראה להלן ליד הערה 46, וראה להלן הדיון הרחב בדברי משנה זו.

³⁶ לדבריו עד "אלא בבירי ושמא" כנראה אמר רב פפא.

³⁷ ראה פרידמן, מבוא, עמ' 303, כלל ד - אריכות הלשון.

³⁸ אמנם הביטוי "לימא/נימא תיהוי תיובתא דרבי פלוני" מצוי בדרך כלל בפי הסתמא דגמרא, אך הוא נמצא גם בפי אביו רבו של רב פפא (בבלי חולין לא ע"ב): "אמר ליה אביו לרב יוסף: לימא תיהוי תיובתא דרבי יוחנן מהא! א"ל: רבי יוחנן הוא דאמר כרבי יונתן בן יוסף; דתניא וכו'".

³⁹ בסוגיה זו ישנן מספר בעיות קשות אך אין כאן מקום להאריך בניחותן.

שאף כשהמחזיק טוען שמא אומרים "המוציא מחברו עליו הראיה", לא ניתן להסיק ממשנה זו. אך גם מכל מקום אחר במשנה לא ניתן להסיק מסקנה זו. התוספתא המקבילה למשנה (ב"ק פ"ג ה"ז, מהדורת ליברמן, עמ' 12-13) היא המקור התנאי היחיד שניתן להסיק ממנו שגם כשמחזיק טוען שמא מזכים אותו בדין על בסיס הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה".

בירושלמי (בבא מציעא פ"ח ה"ד) נמצא הדיון האמוראי הבא :

אמר רבי יוחנן : זו⁴⁰ להוציא מידי סומכוס שאו' כל הספיקות יחלוקו. אמר רבי לא : תיפתר בשזה אומר בריא לי וזה אומר בריא לי. רבי יוסי בעי : אם בשזה אומר בריא לי וזה אומר בריא לי, על דא אמר רבי יוחנן להוציא מדברי סומכוס.

דיון אמוראי זה מסודר בירושלמי על המשנה ב"מ פ"ח מ"ד.

המחליף פרה בחמור וילדה, וכן המוכר שיפחתו וילדה, זה אומ' : עד שלא מכרתי, וזה אומ' : משלקחתי - יחלוקו.

היו לו שני עבדים, אחד גדול ואחד קטן, וכן שתי שדות אחת גדולה ואחת קטנה, הלוקח אומ' : גדול לקחתי, והלה אומ' : אינו יודיע - זכה בגדול. והמוכר אומ' : קטן מכרתי, והלה אומ' : אני יודע - אין לו אלא קטן. זה אומ' גדול, וזה אומ' קטן - ישבע המוכר שהקטן מכר. זה אומ' איני יודיע וזה אומ' איני יודיע - יחלוקו.

⁴⁰ ראה להלן בסמוך דיון בשאלה לאיזה מקור מתייחס ר' יוחנן בדבריו אלו.

אך דברי ר' יוחנן אלו נראים לא מתאימים למשנה זו שקובעת יחלוקו.⁴¹ ליברמן תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 270 כתב על כך "והפירוש צ"ע". וראה אפשטיין, תש"ס, עמ' 385, שבעקבות פירוש ר' משה מרגליות ב"פני משה" כתב שדברי ר' יוחנן מתייחסים לרישא דסיפא. כלומר דבריו מתייחסים ל"זה אומר גדול, וזה אומר קטן - ישבע המוכר שהקטן מכר". לפי זה מקבילים דברי ר' יוחנן לקושיית הבבלי (ב"מ ק ע"א) על רבה בר רב הונא, שאמר שסומכוס פסק יחלוקו אפילו בברי וברי: "אמאי ישבע מוכר? יחלוקו מיבעי ליה", ור' יוחנן אינו סובר כדחיית התלמוד שם - "מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא".⁴²

במראה הפנים שם הציע ר' משה מרגליות לפרש שהמקום המתאים לסוגיה זו בירושלמי הוא על המשנה ב"ק פ"ג מ"א.⁴³ לפי הצעה זו דברי ר' יוחנן אלו מקבילים לדברי ר' חייא בר אבא תלמידו בשמו בבבלי (ב"ק לה ע"ב) הנ"ל (קטע 1): "[זאת אומרת]:⁴⁴ חלוקים עליו חביריו על סומכוס, דאמר: ממון המוטל בספק חולקין". השערתו נוחה ביותר לפי גרסת מספר עדי נוסח "אמר ר' חייא בר

⁴¹ מהר"א פולדא ובעל נתיבות ירושלים על אתר פירשו, שר' יוחנן מתבסס על זה שהמשנה השמיעה את הדין דווקא במקרה של מחליף פרה בחמור, וזאת כנראה כדי שיתאפשר מצב שבו המוכר והקונה אינם יודעים מתי התרחשה הלידה כדברי רש"י על אתר. ומאחר שר' יוחנן הניח שסומכוס סבר שהדין יחלוקו אף בברי וברי, כדברי רבה בר רב הונא בבבלי, הוא הסיק מהשימוש במקרה זה שהמשנה באה לחלוק על סומכוס. הקושי בשיטתם הוא, שמאחר שדברי סומכוס שבתוספתא (בבא קמא פ"ה הי"ד, מהדורת ליברמן עמ' 20) מתייחסים למקרה של שמא, לא ברור מדוע יסבור ר' יוחנן שגם בברי וברי סבר סומכוס יחלוקו. המקור לדברי רבה בר רב הונא הוא כנראה הבנתו את המשנה הנידונה (ב"מ פ"ח מ"ד) שמלשונה משמע שמדובר בברי וברי.

⁴² במראה הפנים ביאר הסתייגות זאת בכך שלא ניחא ליה לר' יוחנן באוקימתא של הבבלי (בע"ב): "בשיש עסק שבועה דאורייתא ביניהם, כגון דקטעא לידא". מדבריו משמע שיותר נוח לפרש שאין מדובר על שבועת מודה במקצת דאורייתא. אך נראה שזהו הפירוש הפשוט, משום שאחרת על איזו שבועה מדובר. היכן למדנו על חיוב שבועה חדש זה. אמנם האוקימתא של "קטעה לידא" דחוקה היא, אך היא נדרשת רק כדי להתמודד עם דין הילך, ואין הכרח שר' יוחנן סובר דין זה.

⁴³ נראה שבעל הי"פה עינים ב"מ ק ע"א קיבל הצעה זו.

⁴⁴ ברוב עדי הנוסח לא גרסו "זאת אומרת" (הערה 29). וראה הלבני, תשנ"ג, עמ' קלד בהערה 1, שכתב שגם לגרסתם הכוונה היא שמהמשנה משמע כן.

אבא אמר ר' יוחנן.⁴⁵ לפי דבריו הדיון בבבלי בין ר' אבא בר ממל לבין ר' חייא בר אבא (קטע 2), מקביל לדיון בירושלמי בין ר' לא לר' יוסי.

בעל 'מראה הפנים' שם עמד על כך, שתופעה זו של הצגת סוגיה המתייחסת למשנה אחת, בצידה של משנה אחרת היא תופעה רגילה בירושלמי. כדוגמה לכך הוא ציין לירושלמי בב"ק פ"ב ה"ז, שם מובאת סוגיה שנאמרה על המשנה שם בפ"א ה"ד, והיא אכן מופיעה בירושלמי גם על משנה זו. נראה שאם מפרשים שר' יוחנן למד שסומכוס אמר אף בברי וברי, מהמשנה בב"מ פ"ח מ"ד,⁴⁶ ולכן הוא ראה את המשנה בב"ק פ"ג מ"א כחלוקה על סומכוס, מובן מדוע הציב עורך הירושלמי סוגיה זו הדנה בדברי סומכוס לצד המשנה בב"מ פ"ח. למרות שדברי ר' יוחנן הפותחים את הסוגיה מתייחסים לדברי המשנה בב"ק פ"ג מ"א, הם מבוססים על המשנה בב"מ פ"ח, שממנה למד ר' יוחנן שסומכוס אמר יחלוקו אף בברי וברי.⁴⁷

ב. ספק חיוב שומר בנזק

דין חלוקה מופיע במשנה גם ביחס לספק חיוב תשלומים של שומר (בבא מציעא פ"ח מ"ב):

השואל את הפרה, שאלה חצי היום ושכרה חצי היום; שאלה היום ושכרה למחר; שכר אחת ושאל אחת, המשאיל אומ': שאולה מתה; ביום שהיתה שאולה מתה; בשעת שהיתה שאולה מתה, והלה או': איני יודיע, חייב. השוכר או': שכורה מתה; ביום שהיתה שכורה מתה, והלה או': איני יודיע, פטור. זה אומ': שאולה, וזה או': שכורה, ישבע השוכר ששכורה מתה. זה או': איני יודיע, וזה או': איני יודיע, יחלוקו.

את הקביעה שבבבא האחרונה של משנה זו, שבמקרה של ספק הדין הוא חלוקת הממון, נראה שיש לבאר כנובעת מתפיסה כללית שספק ממון בעל בסיס אובייקטיבי דינו חלוקה. משום

⁴⁵ ראה הערה 28. וראה הלבני (הנ"ל בהערה הקודמת), שכתב שאף אם אין גורסים "א"ר יוחנן" כנראה אמר ר' חייא את דבריו בשם ר' יוחנן רבו.

⁴⁶ ראה הערה 35.

⁴⁷ וזה ממש דומה לדוגמה שהובאה על ידי בעל "מראה הפנים" מסוגיית הירושלמי בב"ק פ"ב ה"ז. על המשנה בפ"א מ"ד אומר ר' יוחנן "דר' טרפון היא", כשהסיבה לאמירה זו היא המשנה בפ"ב ה"ז ששם מופיעה שיטתו של ר' טרפון.

שקשה למצוא ייחוד במקרה זה שיצדיק באופן מיוחד לקבוע בו דין זה. להנחה זו ניתן למצוא חיזוק במשנה שבהמשך הפרק הקובעת דין דומה לגבי ספק מכירה (שם פ"ח מ"ד): "זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו". ואכן בעל הסתמא בבבלי מבאר כך הן את משנה ב' (ב"מ צח ע"ב) והן את הברייתא המקבילה למשנה ד' (ב"מ ק ע"ב):⁴⁸ "הא מני - סומכוס היא, דאמר: ממון המוטל בספק - חולקין", ובשני המקומות בבבלי לא מוצעת כל אלטרנטיבה לפירוש זה.

במשנה זו מפורש שדין חלוקה מתייחס לספק שבו שני הצדדים טוענים טענת שמא. האם ניתן ללמוד מכך שלדעת התנא של המשנה, כשהמחזיק בממון טוען טענת ברי, אין אומרים יחלוקו. נראה שלא ניתן ללמוד זאת משום שבמקרה ששניהם טוענים טענת ברי, חייב הנתבע שבועת מודה במקצת כמפורש במשנה. במקרה שהוא מחוייב שבועת התורה, ונשבע על צדקת טענתו, הסברה נותנת שלא נוציא מידו חצי מהממון ונתנו לתובע שלא נשבע על טענתו. התלמוד הבבלי לא דן כאן בשאלה זו ביחס למשנה זו, אך בעל הסתמא דגמרא דן בה ביחס למשנה ד' שבפרק (ב"מ ק ע"א). שם אכן מסיק בעל הסתמא: "מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא". וראה להלן הדיון ביחס לדברי התלמוד שם על קטע 9-10.

ג. ספק בהקנאה

בבא מציעא פ"ח מ"ד:

המחליף פרה בחמור וילדה, וכן המוכר שיפחתו וילדה, זה אומ': עד שלא מכרתי, וזה אומ': משלקחתי - יחלוקו.

היו לו שני עבדים, אחד גדול ואחד קטן, וכן שתי שדות אחת גדולה ואחת קטנה, הלוקח אומ': גדול לקחתי, והלה אומ': אינו יודיע - זכה בגדול. והמוכר אומ': קטן מכרתי, והלה אומ': אני יודע - אין לו אלא קטן. זה אומ' גדול, וזה אומ' קטן - ישבע המוכר שהקטן מכר. זה אומ' איני יודיע וזה אומ' איני יודיע - יחלוקו.

⁴⁸ ויש להניח שאף את המשנה הוא פירש כן.

במשנה שני חלקים שבכל אחד מהם תיאור מקרה ופירוט דיניו לאור הטענות השונות של בעלי הדין. בשני החלקים מצרף התנא במסגרת תיאור המקרה שני מקרים, שאת דינם הוא מפרט יחדיו: החלפת פרה בחמור ומכירת שפחה בחלק הראשון, מכירת עבד ומכירת שדה בחלק השני. בשני החלקים מדובר על עסקה של הקנאת חפץ, שנולד ספק מה כלול בעסקה. בחלק הראשון הספק הוא האם אף הוולד של האם שנמכרה כלול בה, ובחלק השני הספק הוא ביחס לאיזה משני חפצים התבצעה העסקה. הדין שבחלק הראשון אינו מתייחס אלא לאופן אחד של טענות בעלי הדין. לעומת זאת בחלק השני ישנה התייחסות למספר אופנים של טענות, טענות ברי וטענות שמא בוריאציות שונות. טענות שני בעלי הדין שבחלק הראשון הם טענות מאותו סוג, אך לא ברור האם מדובר בטענות ברי או בטענות שמא. אך אם מניחים ששני חלקי המשנה משתמשים בלשון דומה, נראה שניתן ללמוד מהחלק השני שהחלק הראשון עוסק בטענות ברי. שהרי טענת שמא מוצגת בחלק השני על ידי הביטוי: "איני יודע". לעומת זאת אמירה כמו: "קטן מכרתי" מציגה טענת ברי, ואם כן יש ללמוד שאף האמירה: "עד שלא מכרתי" שברישא, טענת ברי היא. אך אם עורך המשנה הרכיב את שני חלקיה ממקורות שונים,⁴⁹ יתכן שאין ללמוד מהחלק השני על החלק הראשון.

התוספתא (בבא מציעא פ"ח הל' כג-כד, מהדורת ליברמן עמ' 107-108) מתייחסת לשני המקרים שבחלק הראשון של המשנה:

המוכר פרה לחבירו וילדה, זה אומ' ברשותי ילדה והלה שותק זכה, זה אומ' ברשותי ילדה והלה שותק [זכה]⁵⁰, זה אומ' איני יודע וזה אומ' איני יודע יחלוקו, זה אומ' ברשותי וזה אומ' ברשותי הרי זה נשבע ואינו משלם, שכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין דברי ר' מאיר. ר' יהודה [אומר]⁵¹: לעולם הולד בחזקת המוכר. וחכמים אומ': המוציא מחבירו עליו הראיה. וכן המוכר שפחה לחבירו ונמצאת מעוברת וילדה, זה אומ' ברשותי ילדה והלה שותק זכה, זה אומ' איני יודע וזה אומ' איני יודע יחלוקו, זה אומ' ברשותי וזה אומ' ברשותי הרי זה נשבע ואינו

⁴⁹ כטענתו של אפשטיין, מבוא, עמ' 384-385, וראה להלן דיון בטענתו.

⁵⁰ תוקן על פי כת"י ערפורט ודפו"ר.

⁵¹ כן בכת"י ערפורט.

משלם, שכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין דברי ר' מאיר, וחכמים או': אין נשבעין לא על העבדים ולא על השטרות ולא על הקרקעות.

לעומת המשנה שצירפה את שני המקרים יחדיו, בתוספתא הם מחולקים לשתי הלכות נפרדות. נראה שזה נובע מכך שהתוספתא מתייחסת בנוגע למקרים אלה לחיוב שבועה, שלגביו יש חילוק בין מוכר שפחה למוכר פרה, לעומת המשנה שאינה מתייחסת בחלק הראשון לחיוב שבועה. הבדל נוסף בין התוספתא לבין החלק הראשון של המשנה נוגע לפירוט האופנים השונים של הטענות. בחלק הראשון של המשנה ההתייחסות היא כאמור לאופן אחד בלבד של טענות. לעומת זאת בתוספתא ישנה התייחסות לארבעת האופנים של טענות שני הצדדים בדומה לחלק השני של המשנה. הבדל נוסף בין התוספתא למשנה הוא הופעתה של שיטת ר' יהודה, שנוספה בתוספתא ואינה מופיעה במשנה.

בבבלי (ב"מ ק ע"ב) מובאת ברייתא הדומה לתוספתא:

המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר ברשותי וזה שותק זכה, זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוק, זה אומר ברשותי וזה אומר ברשותי ישבע המוכר שברשותו ילדה, לפי שכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים: אין נשבעין לא על העבדים ולא על הקרקעות.

ברייתא זו מתייחסת לכל המקרים ואופני הטענות שאליהם התייחסה התוספתא, אלא שבדומה לחלק הראשון של המשנה, צירפה הברייתא את שני המקרים, של המחליף פרה והמוכר שפחה יחדיו. כאמור הסיבה שכנראה הביאה את התוספתא לחלק את שני המקרים לשתי הלכות היא ההבדל ביניהם לעניין חיוב שבועה. הברייתא שבבבלי כנראה מסתפקת בהבאת הסתייגות חכמים לעניין השבועה, שכל לומד יבין שזה מתייחס רק למקרה של מכירת שפחה. הבדל נוסף בין ברייתא זו לבין התוספתא הוא השמטת שיטת ר' יהודה המופיעה בתוספתא. יתכן שאין מדובר בברייתא אחרת שהכיר הבבלי והביאה, אלא שהוא הכיר את הברייתא שבתוספתא, והביאה בניסוח שונה ומקוצר שהושפע מהמשנה. אך מזה שהושמטה שיטת ר' יהודה נראה יותר שמדובר על ברייתא אחרת הדומה לברייתא שבתוספתא.

אפשטיין, מבוא (עמ' 384-385), טוען שמפשוט לשון המשנה משתמע שמדובר במקרה ששני הצדדים טוענים ברי, שהרי טענות שמא מוצגות בסיפא בלשון: "זה אומר איני יודע", כנ"ל. אך לאור זה מתגלה סתירה בין שני חלקי המשנה ביחס למקרה ששניהם טוענים ברי. לפי הרישא הדין הוא "יחלוקו", ולפי הסיפא המוכר נשבע שבועת מודה במקצת. לאור זה הסיק אפשטיין שהמשנה מורכבת משני מקורות החלוקים זה על זה. הרישא של המשנה הולכת בשיטה המיוחסת לסומכוס על ידי ר' חייא בר אבא (בבלי ב"ק לה ע"ב) ורבה בר רב הונא (בבלי ב"מ ק ע"א), שהוא סובר שאף כששני הצדדים טוענים ברי יחלוקו. הסיפא לעומת זאת הולכת בשיטת ר' מאיר שבתוספתא הנ"ל (בבא מציעא פ"ח הל' כג-כד, מהדורת ליברמן עמ' 107-108), הסובר שנשבעים על קרקעות ועבדים, וכמו שפירש רב ששת את המשנה (בבלי ב"מ ק ע"ב). ר' מאיר סבר אם כן שהדין יחלוקו כשיטת סומכוס רק במקרה שהמחזיק טוען טענת שמא.

לפי ביאורו של אפשטיין יש לשאול: אם עורך המשנה הכיר את הברייתא שבתוספתא או ברייתא הדומה לה, מדוע את הדין המופיע בה הוא הביא ביחס למקרה אחר. בתוספתא הוא נאמר ביחס למחליף פרה בחמור, ובמשנה ביחס למוכר שהיו לו שני עבדים, גדול וקטן. במיוחד קשה הדבר לאור זה שברישא כן עוסקת המשנה במקרה של מחליף פרה בחמור בדומה למקרה שבתוספתא. נראה שלפי דבריו צריך לומר שהעורך לא הכיר את הברייתא הזו אלא מקור אחר, שבו מופיעה שיטת ר' מאיר ביחס למקרה של המוכר אחד משני עבדים. רק ביחס למקרה של ברי וברי הכיר עורך המשנה מקור הדומה למקרה של התוספתא.

כמו כן יש להקשות על ביאורו של אפשטיין, מדוע צירף עורך המשנה שתי שיטות החלוקות זו על זו, ולא הציגם כחלוקות. אמנם תופעה זו מצויה במשנה,⁵² אך אם ניתן לבאר זאת ללא הזדקקות לדוחק זה עדיף הדבר.⁵³

כאמור טען אפשטיין שמלשון המשנה בחלקה הראשון משמע שמדובר במקרה ששני הצדדים טוענים טענת ברי. קרל (ההוכחות, עמ' 101 בהערה) לעומת זאת טען, שהלשון "זה אומר... וזה אומר" אינה בהכרח מורה על טענת ברי. הוא מוכיח זאת מהמשנה הבאה (מ"ד): "המוכר זיתיו לעצים... זה

⁵² ראה אפשטיין, מבוא, עמ' 2-3; עמ' 241-242, וראה שם במפתח המילים (עמ' 1431) ערך "תרי תנא". וראה הר"י וינברג, שרידי אש ח"ד, חקרי הלכה, ירושלים, תשל"ז, עמ' רמג-רמט.

⁵³ ראה הנשקה, שומרים, עמ' 256-276, שהוכיח שלפי שיטת רב יוסף אין לפרש סתמי משניות כחלוקות זו על זו. וראה התייחסותי להשערות של קרל להלן בסוף הפרק.

אומר זיתי גדלו, וזה אומר ארצי גדלה". במקרה זה ברור שאין אדם יכול לומר בוודאות מחמת מה גדלו הזיתים.⁵⁴ גם מבחינת הריאליה מסתבר ששני בעלי הדין אינם יכולים לטעון ברי, משום שאינם נמצאים בסמוך לפרה. שהרי נראה שהמשנה הציגה את הדין במקרה של קונה פרה דוקא על ידי משיכת החמור משום שרק במקרה זה אין בעלי הדין נוכחים בשעת הלידה, כמו שפירש רש"י על המשנה (ב"מ ק ע"א ד"ה המחליף).⁵⁵

אך יש לטעון כנגד דברי קרל, שטענתו של אפשטיין התבססה על כך שבחלקה השני של משנה זו עצמה מנוסחת טענת שמא בלשון "זה אומר איני יודע". אולם אם מקבלים את טענת אפשטיין שהמשנה מורכבת משני מקורות שונים, ניתן כבר לומר שהמקור של חלקה הראשון השתמש בלשון "זה אומר" גם לטענת שמא, כמו שעושה המשנה הבאה. לפי זה לא נזדקק לומר שבשני חלקי המשנה שתי דעות החלוקות זו על זו, כפי שטען אפשטיין. יש להוסיף שמלשון המשנה נראה שהעורך עיבד את המקור השני על בסיס צירופו למקור הראשון, שהרי לא ניתן לפתוח תיאור מקרה בלשון: "היו לו שני עבדים וכו'" בלא שנדע במי מדובר. רק לאור זה שבחלק הראשון דובר על המוכר שפחתו, ניתן לפתוח את תיאור המקרה שבחלק השני בלשון זו "היו לו [למוכר] וכו'".

לאור הקשיים שהוזכרו בדרכם של אפשטיין וקרל נראה לי להציע דרך אחרת בפירוש המשנה. על פי דרך זו אין סתירה פנימית בדברי המשנה וכולה שיטה אחת היא. לשון המשנה בחלקה הראשון אכן מורה על כך שמדובר במקרה ששני הצדדים טוענים ברי, כפי שסבר אפשטיין. והתנא של המשנה סובר שהדין יחלוקו אף בברי וברי כדברי רבה בר רב הונא ביחס למשנה זו (בבלי ב"מ ק ע"א). אלא שזה נכון רק במקרה שאין חיוב שבועת מודה במקצת. במקרה שהמוכר מודה במקצת הוא נדרש להישבע, ומאחר שהוא נשבע על טענתו, לא ראוי שנוציא מידו חצי מהממון הנתון בויכוח בניגוד

⁵⁴ ראה גם לשון המשנה ב"מ פ"א מ"ז: "שאני אומר כתובים היו ונמלך וכו' ", שמשמעה: "שמא כתובים היו וכו' " (אך שמא הלשון 'שאני אומר' שאני). נראה שבדרכו של קרל הבין בעל הסתמא (בבלי ק ע"א) שראה את הסיפא "זה אומר איני יודע וכו' " כראיה לדברי רבא, ראה על כך להלן בדיון על דברי התלמוד שם (קטעים 7-8). כנראה גם ר' אבא בר ממל (בבלי ב"ק לה ע"ב), שסבר אף הוא שסומכוס מודה בברי וברי, פירש באופן זה את המשנה בב"מ פ"ח מ"ד.

⁵⁵ וכן כתבו מהר"י פולדא ובעל 'נתיבות ירושלים' בפירושיהם על הירושלמי (ב"מ פ"ח מ"ד). אך ראה ליברמן תוספתא כפשוטה, ב"מ עמ' 270.

לשבועתו - "מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא" (דברי בעל הסתמא בבבלי ב"מ ק ע"א).⁵⁶ ונראה שהמקרה של המחליף פרה בחמור נחשב ל"הילך" כמו כל פיקדון,⁵⁷ ולכן אין בו שבועה והדין יחלוק. לעומת זאת הסיפא שבה מדובר על מקרה של ויכוח על החפץ שאותו הוא מכר, אין זה "הילך" ולכן הוא חייב שבועה. התוספתא שגם ביחס למחליף פרה בחמור או מוכר שפחתו התייחסה לחיוב שבועה, סברה כנראה אחת משתיים: או שאין זה נחשב "הילך", או שאף "הילך" חייב.⁵⁸ לפי זה מובן מדוע, אף אם הכיר עורך המשנה את התוספתא, בכל זאת הוא הביא את הדינים של הסיפא ביחס למקרה אחר.

סוגיית הבבלי (ק ע"א) על המשנה הנ"ל:

1. אמאי יחלוקו? וליחזי ברשות דמאן קיימא, ולהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה!
2. אמר רב חייא בר אבין אמר שמואל: בעומדת באגם. שפחה נמי - דקיימא בסימטא.
3. ונוקמא אחזקת דמרא קמא, וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה!
4. הא מני - סומכוס היא, דאמר: ממון המוטל בספק - חולקין.
5. אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא, בברי וברי מי אמר?

⁵⁶ "וכיון דמשתבע ליכא חלוקה שוה, שזה יטול מחצה בלא שבועה וחברו יטול בשבועה" (ריטב"א על אתר).

⁵⁷ ראה בבלי ב"מ ה ע"א וברמב"ן, רשב"א, ריטב"א ור"ן ב"מ ד ע"א. נראה שמקרה זה של מחליף פרה בחמור יותר קשה להגדירו כמודה במקצת מאשר מקרה של התובע את חברו פיקדון שיש בידו, והוא מודה לו במקצת ואומר לו: הילך פיקדונך. משום שמסתבר שאת הפרה עצמה אין הוא תובע כלל מחברו, שהרי ביצוע עסקה זו של החליפין מוסכמת על שניהם והיא אינה עולה כלל לדיון. ולכן כל התביעה מתרכזת רק בעובר, ולגביו בעל הפרה כופר בכל. לענין הילך ראה גם וייס, מחקרים, עמ' 20.

⁵⁸ ראה ליברמן, תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 271, שכדי להצדיק חיוב שבועה במקרה זה, קיבל את דברי הראב"ד ב"דברי ריבות", שהעמיד את התוספתא בעומדת הפרה באגם, שאז אין כאן "הילך". לפי זה אין צורך לומר שהמשנה חלקה על התוספתא, אלא די לומר שעורך המשנה לא רצה להתייחס דווקא למקרה שהפרה עומדת באגם.

6. אמר רבה בר רב הונא: אין, אמר סומכוס אפילו בברי וברי. רבא אמר: לעולם כי אמר סומכוס - שמא ושמא, אבל ברי וברי - לא אמר, ותני: זה אומר שמא עד שלא מכרתי, וזה אומר שמא משלקחתי.
7. תנן: זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע - יחלוקו. בשלמא לרבא, מדסיפא שמא ושמא - רישא נמי שמא ושמא, אלא לרבה בר רב הונא, דאמר: אין, אמר סומכוס אפילו ברי וברי, השתא ברי וברי אמר יחלוקו, שמא ושמא מיבעיא?
8. אי משום הא - לא איריא, תנא סיפא לגלויי רישא. שלא תאמר רישא שמא ושמא, אבל ברי וברי - לא, תנא סיפא שמא ושמא מכלל דרישא ברי וברי, ואפילו הכי יחלוקו.
9. תנן: זה אומר גדול וזה אומר קטן - ישבע המוכר שקטן מכר. בשלמא לרבא, דאמר כי אמר סומכוס שמא ושמא, אבל ברי וברי לא אמר - משום הכי ישבע. אלא לרבה בר רב הונא, דאמר: אין, אמר סומכוס אפילו ברי וברי, אמאי ישבע מוכר? יחלוקו מיבעי ליה!
10. מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא, כדבעינן למימר לקמן.

הסוגיה מתמודדת עם דין חלוקה שברישא של המשנה, ועימותו עם הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". שמואל (קטע 2) מעמיד את המשנה במקרה שאין החפץ המסופק ברשות אחד מצדדים,⁵⁹ ולכן לא נאמר ביחס למקרה זה הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". לעומת זאת בעל הסתמא (קטע 4) קובע שהמשנה סומכוס היא,⁶⁰ בדומה לקביעתו בעמוד ב' ביחס לברייתא המקבילה

⁵⁹ האמירה: "בעומדת באגס" היא כנראה דברי שמואל. ההמשך: "שפחה נמי - דקיימא בסימטא" היא כנראה יישום דבריו של שמואל על ידי בעל הסתמא ביחס למקרה של שפחה, כפי שמוכח מהמעבר ללשון ארמית. אך ראה הלבני על אתר עמ' רפח הערה 1, שלמרות הקושי הלשוני סבר שהכל מדברי שמואל.

⁶⁰ התוס' על אתר (ד"ה הא) כתבו בשם הרשב"ם, שמוזה שבעל הסתמא לא הקדים לתירוצו את המילה "אלא", יש ללמוד שהצעתו להעמיד את המשנה כסומכוס, אינה מוצעת כתחליף לאוקימתא של שמואל: בעומדת באגס", אלא היא מבוססת עליה. לאור זה הסיק הרשב"ם שבעל הסתמא סובר שגם סומכוס לא קבע דין חלוקה ביחס למקרה שהממון המסופק נמצא בידו של אחד הצדדים, משום שבמקרה כזה מודה סומכוס שהכלל הוא "המוציא מחברו עליו הראיה". המחלוקת בין סומכוס

לסיפא של משנה זו, ובדומה לקביעתו הנזכרת לעיל ביחס למשנה ב בפרק זה. נראה ששמואל מתאמץ לעשות אוקימתא זו, כדי שלא נאלץ לפרש את המשנה כהולכת בשיטת סומכוס. בכך הולך שמואל בדרכו ביחס למשנה ח בפרק זה כפי שיבואר להלן בדיון על משנה זו, וזאת בהתאם להדגשתו (בבלי ב"ק מו ע"א): "זו דברי סומכוס... אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין: המוציא מחברו עליו הראיה", שממנה משתמע ששמואל מסתייג משיטתו של סומכוס, ולכן הוא מדגיש שהיא דעת יחיד.⁶¹ ככל הנראה התכוון שמואל להעמיד גם את הסיפא של המשנה לעניין המוכר עבד, במקרה שהעבד

לחכמים היא אפוא, האם כשהממון אינו נתון ביד אחד מהם, יש להעמידו בחזקת המרא קמא, או שיש לחלוק אותו ביניהם. תפיסה זו אינה אפשרית לאור דבריו המפורשים של סומכוס במשנה (ב"ק פ"ה מ"א) ובתוספתא (בבא קמא פ"ה ה"ד, מהדורת ליברמן עמ' 20), שקבע דין חלוקה גם כשהדבר כרוך בהוצאת ממון מיד הנתבע. ואכן התוס' הביאו בשם ר"י קושיה דומה מב"מ פ"ח מ"ב, שאותה הגמ' (בבלי צז ע"ב) מעמידה כסומכוס. לאור קושיה זו צמצמו התוס' את קביעת הרשב"ם, שסומכוס מודה שאין מוציאים מיד המחזיק, רק למקרה שהמחזיק בממון טוען טענת ברי. לפי זה נדרשו התוס' לבאר שבעל הסתמא לא השתמש במילה "אלא" רק בגלל שיטת רבה בר רב הונא, שסבר שאף במקרה ששני הצדדים טוענים טענת ברי אמר סומכוס יחלוקו. אלא שהתוס' הקשו על כך מהסוגיה בבבלי ב"ק לה ע"ב, שממנה עולה שלשיטה זו אף כשהטוען טענת ברי מחזיק ממש בממון, לדעת סומכוס מוציאים מידו מחצית הממון המסופק. פרט לכך הצעתם של התוס' בביאור שיטת הרשב"ם מוזרה ביותר, משום שעל פיה לפי רבה בר רב הונא ישנן שתי מחלוקות שונות בין סומכוס וחכמים. מחלוקת אחת כשהמחזיק טוען שמא, ומחלוקת שניה כשהמרא קמא שאינו מחזיק בממון טוען טענת ברי. וראה בריטב"א על אתר, שכתב שלא בכל מקום מקפיד בעל הסתמא להשתמש במילה "אלא" כשהוא מציע פירוש אלטרנטיבי, ולדבריו סר דיוקו של הרשב"ם. (כבר הרמב"ן בחידושו (ב"ב קכט ע"ב) כתב כדברי הריטב"א: "ואע"ג דליכא בנוסחי 'אלא', יש לנו כיוצא בהן הרבה בתלמוד". וראה ר' יוסף קארו, כללי הגמרא, על הליכות עולם, שער שני כלל ג, מהדורת שמריהו פורטנוי, ירושלים, תשנ"ו, עמ' מד, רשימת מקומות בבבלי, שבהם כתבו התוס' שלא אמרה הגמ' 'אלא' למרות שמדובר בחזרה מהאמור קודם לכן. ליברמן (תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 271 שורה 77) כתב: "והעמידה בבבלי שהבהמה עומדת באגם ואין כאן מוחזק...ור"מ סובר כסומכוס", ומשמע שהוא מקבל עמדה זו של רשב"ם, שרק כשאין מוחזק סובר סומכוס יחלוקו. אך מיד לאחר מכן הוסיף ליברמן והביא את דברי הריטב"א: "ואין הבדל אם גורסים בבבלי 'אלא', וכוונתו לאפוקי מדברי הרשב"ם הנ"ל. וא"כ משמע שסובר ליברמן שסומכוס נחלק גם במוחזק ממש, והוא סותר בכך את דברי עצמו במשפט הקודם, וצ"ע.

⁶¹ וראה בבלי ב"ב קה ע"א, שם התלמוד מגיע למסקנה מדברי שמואל עצמו, שכשהוא נוקט בלשון: "זו דברי ר' פלוני אבל חכמים אומרים וכו'" משמע שכך הוא סובר, וראה רשב"ם ותוס' שם ע"ב ד"ה אלא. וראה אורבך, מסורת, עמ' 137 הערה 7-8, וכן במאמרו של כהנא, שלש, דוגמאות מדרכו של שמואל בעניין זה.

אינו מצוי ברשותו של המוכר. אחרת ניתן היה להוכיח מהסיפא של המשנה, הקובעת יחלוקו, שהיא הולכת בשיטת סומכוס, וכפי שאכן פירש בעל הסתמא בעמוד ב כ"ל.⁶²

אוקימתא זו שעושה שמואל במשנה, קשה מאוד ובפרט לאור דברי התוספתא המקבילה לדברי המשנה (בבא מציעא פ"ח הל' כג, מהדורת ליברמן עמ' 107). התוספתא מציבה מול דעת התנא שפסק יחלוקו כפסיקתו של התנא של המשנה, את שיטת חכמים האומרים: "המוציא מחברו עליו הראיה", ואם כן ברור שמדובר במקרה שהפירה מצויה ביד אחד הצדדים. ומזה נראה ששמואל לא הכיר את התוספתא הזו, או שלמרות שהכירה העדיף להעמיד את המשנה כחולקת על התוספתא, כדי לדחות את האפשרות לפרש את המשנה כתואמת את השיטה המיוחסת לסומכוס.

הפרשנות שמציע בעל הסתמא של הבבלי למשנה: "הא מני סומכוס היא" (קטע 4), מוצגת על ידי הבבלי כתירוץ על הקושיה: "ונוקמה אחזקת דמרא קמא" (קטע 3). אך לאור ראיית תירוצו של שמואל כנובע מהסתייגותו משיטת סומכוס, יש להניח שמי שאינו שותף לשמואל להסתייגות זו, לא יזדקק לאוקימתא זו של שמואל. לפי זה ניתן לשער שהפרשנות שמציע בעל הסתמא של הבבלי למשנה: "הא מני סומכוס היא" (קטע 4), אינה באה דווקא כתגובה לקושיה: "ונוקמה אחזקת דמרא קמא" (קטע 3), אלא היא מוצעת כאלטרנטיבה לפרשנותו של שמואל, מתוך רצון להימנע מאוקימתא שאינה הכרחית. ובפרט שגם על שמואל להודות שמשנה ג בפרק זה הולכת בשיטת סומכוס, כדברי הסתמא של הבבלי צח ע"ב.⁶³

⁶² אמנם בסוף העמוד מובאת האוקימתא של שמואל: "בטוענו כסות עבד גדול", ואין דרכה של כסות להיות מונחת ברשות הרבים, כדרך פרה או שפחה. אך אוקימתות דחוקות שעושים אמוראים במשנה הם דבר שכיח למדי. פרט לכך ראה שטיינפלד, מודה, עמ' 163-167, שפירש שכוונת שמואל היא לעבד בכסותו, כפי שפירש ר' הושעיה בבבלי שם, ומציאות עבד מחוץ לרשות אדוניו שכיחה היא. כמו כן טען שטיינפלד שם, שדברי שמואל במקורם לא נאמרו כפרשנות של המשנה, אלא כהצגת עמדת חכמים המנוגדת לעמדת ר' מאיר שבמשנה. אמנם במשנה מפורש גם מקרה של ספק במכירה של שדה: "בי שדות אחת גדולה ואחת קטנה", ומקרה זה לא ניתן להעמיד באופן שהשדה אינה ברשותו. אך ראה שטיינפלד שם שטען שהאמוראים לא גרסו קטע זה במשנה (ואולי ניתן להביא סיוע נוסף לדבריו מאוקימתא זו של שמואל).

⁶³ בעל הסתמא בסוגיה זו בבבלי משתמש במושג "חזקת מרא קמא" כיישום של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". המונח "חזקה דמרא קמא" אינו מופיע בספרות התלמודית כולה פרט למקום זה. גם כשישנה התייחסות למושג "חזקת מרא קמא" אין הוא משמש כיישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", כפי שנעשה על ידי בעל הסתמא בסוגיה זו בבבלי. השיטה הסוברת שיש להעמיד

מהדיון של רבה בר רב הונא ורבא, המתייחס למשנתו מתוך הנחה שסומכוס היא, משמע שקביעתו זו של בעל הסתמא הייתה מוכרת לאמוראים אלה, שהרי היא מהווה רקע לדיון האמוראים.⁶⁴

בהמשך הסוגיה (קטע 5-10) נידונה על ידי האמוראים והסתמא דגמרא השאלה הנ"ל, האם יש לפרש את המשנה כמתייחסת לטענות ברי או לטענות שמא של הצדדים. בדיון בשאלה זו כרוך הדיון האם סומכוס עצמו קבע "יחלוקו" גם במקרה שהמחזיק טוען טענת ברי. לדיון זה שני חלקים. בראשון (קטע 6) דעות האמוראים, רבה בר רב הונא ורבא, ובשני (קטעים 7-10) קושיות שמעלה התלמוד על שיטותיהן, וניסיונותיו לתרצן.

הלשון המופיעה בפי רבה בר רב הונא היא: "אין אמר סומכוס וכו' ", ובפי רבא: "לעולם כי אמר סומכוס... ותני: זה אומר שמא וכו' ". משמעות לשון זו היא התייחסות ישירה לשאלה שנשאלה על ידי בעל הסתמא על הדין שברישא של המשנה מתוך הנחה שהוא נאמר על ידי סומכוס: "אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא, בברי וברי מי אמר".⁶⁵ לפי זה אמרו רבה בר רב הונא ורבא את דבריהם באופן ישיר על משנה זו.⁶⁶

החפץ המסופק בחזקת מרא קמא נאמרה כנראה על ידי ר' יהודה בתוספתא על משנה זו (ב"מ פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107), כמו שפירש ליברמן את דבריו (תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 271). אך שיטתו מוצגת כמנוגדת לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" שמופיע שם בשם חכמים. וראה הדיון בכך בפרק ד' ליד הערה 75.

⁶⁴ אך ראה להלן בסמוך. הלבני, מקורות ב"מ, עמ' רפח בהערה 2 כתב שאמוראים ראשונים כבר אמרו שמשנתו סומכוס היא, וציין לבבלי ב"ק לה ע"ב ומו ע"א. אך בשתי מקומות אלה לא נאמר דבר ביחס למשנתו. (אגב, מלשוננו של הלבני בהמשך דבריו שם משמע, שהיה פשוט לו שביחס לשור שנגח את הפרה (תוספתא בבא קמא פ"ה הי"ד, מהדורת ליברמן עמ' 20) התייחס סומכוס למקרה שבו שני הצדדים טוענים טענת ברי, אך מלשוננו של סומכוס שם: "ואין ידוע וכו' ", אין כל בסיס להנחה זו של הלבני).

⁶⁵ וכך הבין אפשטיין, מבוא (עמ' 384-385).

⁶⁶ אפשרות אחרת היא לומר שרבא ורבה בר רב הונא לא אמרו דבריהם בהקשר למשנה זו, ומחלוקתם התייחסה לשיטה הידועה כשיטת סומכוס. בעל הסתמא של הבבלי הוא זה שהתייחס למשנה זו ודן באפשרות שסומכוס היא, הציג את הקושי לומר יחלוקו אף בברי וברי, וניסח את דברי אמוראים אלה כתשובה על שאלתו: "בברי וברי מי אמר". לפי זה בדברי רבא הוסיף בעל הסתמא גם את התיקון ללשון המשנה: "ותני זה אומר וכו' ". על דרך זו יש להקשות, מדוע בחר בעל הסתמא דוקא את רבה בר רב הונא כנציג השיטה שסומכוס אמר יחלוקו אף בברי וברי, היה עליו להביא שיטה

האמוראים ובעל הסתמא בקטעים 5-6 הניחו שלשון המשנה "זה אומר וכו' " משמעה טענת ברי, ורבא שסבר שבטענת ברי לא אמר סומכוס יחלוקו, הוצרך לומר: "ותני זה אומר שמא וכו' ". אפשטיין, מבוא (עמ' 384-385), הבין שרבא "מגיה את המשנה ביד חזקה". אך כאמור, מהמשנה הבאה הוכיח צ' קרל (ההוכחות, עמ' 101 בהערה), שלשון זו משמשת אף לטענת שמא. לאור זה, טען קרל שם, שרבא לא התכוון להגיה את המשנה אלא לפרשה.⁶⁷

כאמור טען אפשטיין (מבוא, עמ' 384-385) שמזה שבסיפא מתואר מקרה שבו שני הצדדים טוענים שמא בלשון: "זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע", משתמע שברישא שבה המשנה לא נקטה בלשון זו, מדובר במקרה ששני הצדדים טוענים ברי. אך בעל הסתמא דגמרא (קטע 7) מסיק מהסיפא מסקנה הפוכה לגבי הרישא: "מדסיפא שמא ושמא - רישא נמי שמא ושמא". בעל הסתמא (קטע 8) דוחה מסקנה זו בטענה פרשנית הפוכה: "תנא סיפא לגלויי רישא". בדברי בעל הסתמא בשני קטעים אלה משתקפת גישה אחרת מגישת בעל הסתמא בקטע 5, גישה שעל פיה מהלשון של הרישא לא משתמע בהכרח שמדובר בטענת ברי של שני הצדדים.

אך נראה לי ששתי הטענות הפרשניות הללו של בעל הסתמא אינן משכנעות, ולכן אין בקטע זה של התלמוד כדי לשנות את גישתנו לפרשנותה של משנה זו. לגבי הטענה הראשונה, העובדה שהסיפא עוסקת בשמא, אינה מכריחה לומר שהרישא עוסקת בכך, ובפרט שהמשנה שינתה את לשונה כאמור. הטיעון "מדרישא/סיפא... סיפא/רישא נמי וכו' ", מצוי פעמים רבות בתלמוד ואף בפי אמוראים. אך בדרך כלל מתייחס טיעון זה לזיהוי התנא שהוא בעל השיטה המופיעה במקור התנאי מתוך הנחה ששני חלקי המשנה או הברייתא נאמרו מפי חכם אחד, אלא אם כן צוין שמו של חכם רק ביחס לאחד מחלקי המקור.⁶⁸ לדוגמה: "אמר אביי: מדסיפא רבי היא, רישא נמי רבי היא... רבא אמר: מדרישא ר"א ברבי שמעון, סיפא נמי ר"א בר"ש וכו' " (בבלי זבחים קג ע"ב). אמנם ישנם גם

זו בשם ר' חייא בר אבא, שאמר במפורש לר' אבא בר ממל: "אין, אמר סומכוס אפילו ברי ובריי" (בבלי ב"ק לו ע"ב) (אמנם בכת"י ותיקן: "אמר ליה אין" בלא ההמשך (הערה 30), אך הוא יחיד בכך לעומת שאר עדי הנוסח). יותר מסתברת אם כן שיטתו של אפשטיין (בהערה הקודמת), שדברים אלו יצאו מפי רבה בר רב הונא ורבא עצמם.

⁶⁷ וראה אפשטיין שם עמ' 385 ואילך דוגמאות לפירושי אמוראים במשנה המובאים בלשון "תני וכו'".
⁶⁸ שביחס למקרה כזה, שבו צויין שם חכם במעבר בין שני חלקי המשנה, אומר רבה לאביי: "שינויי דחיקי לא משנינן לך, דא"כ, אמרת לי: ליתני רישא ר"ש אומר, או ליתני סיפא דברי ר"ש" (בבלי כתובות מב ע"ב).

מקומות בתלמוד שבהם הטיעון "מדרישא/סיפא... סיפא/רישא נמי וכו' " מגמתו ללמד על המקרה שבו עוסק המקור התנאי, וזאת מתוך הנחה ששני חלקי המקור מתייחסים לאותו מקרה. כשהמשנה או הברייתא מתייחסת למקרים שונים שעקב ההבדל ביניהם יש מקום להבדל בדין, ההנחה היא שפרט לדבר המבדיל בין המקרים שהוא מפורש במשנה, פרטי המקרה שאליהם המשנה לא התייחסה, שווים בכל חלקיה. לדוגמה: "מאי לאו בשעמד בדין! לא, בשלא עמד בדין. והא מדרישא בשעמד בדין, סיפא נמי בשעמד בדין" (בבלי כתובות מב ע"ב).⁶⁹ אך המשנה בב"מ פ"ח, הרי עוסקת בחילוק בין מקרים שנבדלים ביניהם בסוגי הטענות של הצדדים, האם טענות שמא הן או טענות ודאי, ואם כן קשה לומר שמזה שחלק אחד של המשנה עוסק בטענות שמא ניתן ללמוד על החלק השני שגם הוא עוסק בטענות שמא.⁷⁰

⁶⁹ ראה דוגמאות נוספות בבלי ב"ק לה ע"ב, עד ע"א, זבחים קד ע"ב, בכורות מ ע"ב.

⁷⁰ יתכן שהנחה פרשנית זו המוצגת כאן על ידי בעל הסתמא, מושפעת מהנחה דומה, שנאמרה כבר על ידי אמוראים ראשונים. שנינו במסכת כריתות (פ"ד מ"א, עפ"י כת"י פרמא):

ספק אכל חלב ספק לא אכל, ואפילו אכל ספק יש בו כשיעור וספק שאין בו, חלב ושומן לפניו אכל את אחד מהן ואין ידוע אי זה מהן אכל, אשתו ואחותו עימו בבית שגג באחת מהן ואין ידוע באי זה מהן שגג, שבת ויום חול ועשה מלאכה באחת מהן ואין ידוע באי זה מהן עשה, מביא אשם תלוי.

בתלמוד הבבלי על משנה זו (כריתות יז ע"ב):

איתמר, רב אסי אמר: חתיכה אחת שנינו, ספק של חלב ספק של שומן; חייא בר רב אמר: חתיכה משתי חתיכות שנינו... איתיביה רב הונא לרב אסי, ואמרי לה חייא בר רב לרב אסי: חלב ושומן לפניו ואכל אחת מהן; מאי לאו מדסיפא שתי חתיכות, רישא נמי שתי חתיכות! אמר להו רב: לא תיזלא בתר איפכא, דיכול לשנויי לכו: סיפא בשתי חתיכות, רישא בחתיכה אחת. אי הכי, יש לומר חתיכה אחת מחייב, שתי חתיכות צריכא למימר? זו ואין צריך למימר זו. ולחייא בר רב דאמר: מדסיפא בשתי חתיכות, רישא נמי בשתי חתיכות, מיתנא תרתי למה ליי? פרושי קא מפרש: ספק אכל [חלב] ספק לא אכל (חלב) - מביא אשם תלוי, כיצד? כגון שהיה חלב ושומן לפניו.

רב הונא או חייא בר רב מניחים שיש לפרש את הרישא הסתומה על פי הסיפא המבוארת, ורב דוחה זאת ואומר שאין הכרח בפירוש זה. משנה זו מחלקת בין המקרים השונים כשהקריטריון לחילוק הוא סוג הספק, ואם כן אין זה דומה למקרים שבהערה הקודמת שבהם ברור שיש ללמוד מחלק אחד של

לגבי הטענה השנייה של בעל הסתמא: "תנא סיפא לגלויי רישא", נראה שטענה זו מניחה שלעומת הלשון של הסיפא: "זה אומר איני יודע", שהיא לשון מובהקת של טענת שמא, הלשון של הרישא אינה ברורה לחלוטין, והמשנה נדרשת לשנות את הסיפא כדי שיהיה ברור שברישא מדובר על טענת ברי. זה תואם את טענתו של קרל, שלשון זו אינה משמשת דוקא להצגת טענת ברי כפי שמוכח מהמשנה הבאה. אך נראה שאין לראות בטענה זו של הסתמא דגמרא את טענתו של אפשטיין, שהשימוש בלשון שונה מוכיח שמדובר על סוג אחר של טענות. משום שהלשון: "תנא סיפא שמא ושמא מכלל דרישא ברי וברי" משמעה שהדיוק הוא מהכפילות של המקרים, וכפי שפירש רש"י (ד"ה תנא סיפא): "דתרי בשמא ושמא למה לי". אך נראה שאין לבסס על טענה זו את פירוש המשנה על פי פשוטה, משום שדרכה של המשנה לשנות הלכות למרות שניתן ללמוד אותן מחלק אחר של המשנה.⁷¹

את קושיית התלמוד על רבה בר רב הונא (פיסקה 7): "השתא ברי וברי אמר יחלוק, שמא ושמא מיבעיא", תירץ התלמוד (פיסקה 8): "תנא סיפא לגלויי רישא". אם נראה דוחק בתירוץ זה נראה שניתן ליישב את הקושיה על פי ההצעה שהעליתי בפרשנות המשנה קודם הצגת סוגיית הבבלי. הסיפא של המשנה העוסקת במכירת גדול או קטן כוללת את כל החילוקים האפשריים מצד טענות הצדדים, בדומה למשנה ב ביחס לספק שאולה ספק שכורה. אך עורך המשנה רצה גם להביא מקרה ששני הצדדים טוענים טענת ברי, שבו יהיה הדין יחלוק, ולכן הוא הוצרך להתייחס ברישא למקרה אחר שבו אין חיוב שבועה.

מהדיון של הסתמא דגמרא במחלוקת רבה בר רב הונא ורבא, לאור חיוב השבועה שמטילה המשנה על המוכר (קטעים 9-10), ניתן ללמוד על הבנת בעל הסתמא את השיטה המיוחסת לסומכוס. מדבריו בקושייתו עולה שהמצב של ספק בעל בסיס אובייקטיבי, מקנה לפי שיטת סומכוס זכות על מחצית הממון תוך ביטול חובת שבועה המוטל על הנתבע במקרה שלא קיים בסיס אובייקטיבי לספק. אך לא

המשנה או הברייתא על החלק השני. בכל זאת רב הונא או חייא בר רב לומדים מהסיפא על הרישא, ויתכן אם כן שבעל הסתמא בבבלי ב"מ ק ע"א הלך בעקבותיהם. (והדחייה של בעל הסתמא הולכת בעקבות דחייתו של רב בכריתות). אך נראה שיש הבדל בין המשניות, ואין ליישם את גישתו של רב הונא או חייא בר רב על המשנה בב"מ. הרישא של המשנה בכריתות מדברת על ספק באופן כללי, והיא שונה מהסיפא שמדברת על מקרה מסוים ומוגדר יותר, ולכן זה מאפשר פירוש של הרישא על פי הסיפא, וכמו שאכן מבאר התלמוד בהמשך: "פרושי קא מפרש". לעומת זאת במשנה בב"מ בין ברישא ובין בסיפא מדובר במקרים פרטיים, ולכן קשה לומר שכוונת התנא בדבריו בסיפא היא לפרש את הרישא.

⁷¹ ראה הלבני, מקורות, ב"מ, עמ' יד; א' כהן, ביקורת, בעיקר עמ' שלט-שמא.

ניתן ללמוד מדיון זה דבר ביחס לשיטת התנא של המשנה בנוגע לשאלה האם לדעתו הדין יחלוקו גם במקרה שהמחזיק טוען ברי. משום שדחיית בעל הסתמא דגמרא, שבמקום חיוב שבועת מודה במקצת אין אומרים יחלוקו, מתקבלת על הדעת לא פחות מהאפשרות שהעלה בעל הסתמא בקושייתו,⁷² ולכן אין בטענתו כדי ללמד על שיטת התנא של המשנה. אמנם בדחייה זו סיוע לביאור שהעליתי לעיל לפשט המשנה,⁷³ ולבחירה של עורך המשנה במקרה אחר כדי לפרט ביחס אליו את הדינים שבסיפא.

ד. ספק בשכירות.

דין חלוקה מופיע במשנה גם לגבי ספק בשכירות בתים (בבא מציעא פ"ח מ"ח):

המסכיר בית לחבירו לשנה ניתעברה השנה ניתעברה לסוכר. היסכיר לו לחדשים ניתעברה השנה, ניתעברה למסכיר. מעשה בציפורין באחד שסכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהב לשנה מדינר זהב לחדש ובא מעשה לפני רבן שמעון בן גמליא' ולפני ר' יוסה ואמרו: יחלוקו את חדש העיבור.

ובתוספתא (ב"מ פ"ח הל"א, מהדורת ליברמן עמ' 110) המקבילה:

⁷² משום שבמקרה שהנתבע נשבע על צדקת טענתו, הסברה נותנת שלא נוציא מידו חצי מהממון ונתנו לתובע שלא נשבע על טענתו (ריטב"א על אתר הנ"ל הערה 56). אמנם קיימת האפשרות שבמקרה שיש בסיס אובייקטיבי לספק, נחלוק הממון בין הצדדים ולא יחויב הנתבע שבועה למרות שהודה במקצת. אך אפשרות זו קשה, משום שבמקרה שאין בסיס אובייקטיבי לספק, כשהנתבע מודה במקצת טענתו של התובע, הוא נדרש להשבע כדי להשאיר את החצי שהוא טוען ששלו הוא בידו. ואם כן, במקרה שידוע לבי"ד לאור הנתונים שבידם, שיש בסיס לטענת התובע שהממון שעליו דנים שייך לו, ראוי שהנתבע שהודה במקצת לא יוכל להשאירו בידו ללא שישבע על טענתו. אפשטיין (מבוא עמ', 384), טען כנגד שיטת רבה בר רב הונא, שפירושו למציעתא: "זה אומר גדול וכו' " דחוק. אפשטיין לא ביאר את הדוחק בכך. אם כוונתו לקושיית התלמוד (פיסקה 9), מזה שבברי וברי אומרת המשנה שהמוכר זוכה בדין על ידי שבועתו, הרי תירוץ התלמוד (פיסקה 10) "מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא" מיישב הדבר היטב כאמור. ואולי כוונת אפשטיין לכך שמהרישא שקבעה יחלוקו, ולא חייבה את המוכר שבועה, משמע שאף במקום שיש שבועה דאורייתא לדעת סומכוס הדין יחלוקו, והיא עומדת בסתירה לדברי המציעתא. אך לפי מה שביארתי בהערה 57, שהמקרה של הרישא עדיף מהילך לפוטרו משבועת מודה במקצת, אין כל דוחק בפירושו של רבה בר רב הונא.

⁷³ ליד הערה 56.

המשכיר בית לחבירו לשנה בשנים עשר זהובים לשנה, הרי זה מחלקן כל ימות השנה. עד אדר, נתעברה שנה, זה או' עד אדר ראשון וזה או' עד אדר שני, חולקין ביניהן. עד סוף אדר, זה או' עד סוף אדר ראשון וזה או' עד סוף אדר שני, חולקין ביניהן.

בירושלמי על דברי המשנה (ב"מ פ"ח ה"ח):

והיכי, אם בשבא עליו בסוף החדש גביי ליה כולה, ואם בשבא עליו בראש חדש אמ' ליה פוק לך. שמואל אמר: כיני מתניתא בשבא עליו באמצע החדש. רב אמר: דינא דגרדיי.⁷⁴ אמר רבי לא: לית פשטא על דא שיטת בן ננס דו אמר ביטל לשון אחרון את הראשון.

בבבלי (ב"מ קב ע"ב) מובאים דברי רב ושמואל שהובאו בירושלמי, ונוספה עליהם שיטת רב

נחמן:

אמר רב: אי הואי התם הוה יהיבנא ליה כוליה למשכיר. מאי קא משמע לך - תפוס לשון אחרון... ושמואל אמר: בבא באמצע חדש עסקין. אבל בא בתחלת חדש - כוליה למשכיר, בא בסוף חדש - כוליה לשוכר... ורב נחמן אמר: קרקע בחזקת בעליה קיימת.

בביאור דעת רב נחמן כתבו ראשונים (רמב"ן, ריטב"א, ר"ן על אתר, התוס' ב"ב לה ע"א ד"ה ומאי), שלדעתו ר' יוסי ורשב"ג סברו כסומכוס.⁷⁵ את שיטת רב ביאר ר' אילא בירושלמי ובעל הסתם בבבלי, שהוא הולך בשיטת בן ננס בדיני חוזים הסובר שהלשון האחרונה קובעת (ב"ב פ"ז מ"ג). לפי זה במקרים המובאים בתוספתא (ב"מ פ"ח הל"א, מהדורת ליברמן עמ' 110) אין מקום לחלוק מטעם זה,

⁷⁴ כן היא גירסת כת"י אסקוריאלי. בכת"י ליידין: "דינא דגר". וראה הדיון הנרחב של משה עסיס, לית דא, עמ' 136-139 בדרכים השונות שנאמרו בפירוש גרסה זו, ובקשיים שבהם. וראה דברי א"ש רוזנטל וליברמן הנ"ל בהערה 11.

⁷⁵ ראה גם שיטת ר' יוסי בברייתא המובאת בבבלי ב"ב קמה ע"א, שנתפרשה על ידי הבבלי שם כדיון חלוקה מספק (וראה תוס' ב"ב סב ע"ב ד"ה איתמר). וראה להלן הערות 84-85.

שהרי לשון אחת נאמרה שם, אלא שיש ספק ומחלוקת בין הצדדים בפרשנותה.⁷⁶ אך לפי הדרך שבה מובאים דברי רב בירושלמי משמע שרב מותח ביקורת עקרונית על דין חלוקה, וכפי שביארו א"ש רוזנטל (ירושלמי נזיקין, עמ' יט) וליברמן (שם עמ' 169).⁷⁷ לפי זה מסתבר שרב יחלוק גם במקרה של התוספתא. לפי זה נראה שגם לדעת רב יש לפרש שהתנאים במשנה הלכו בדרכו של סומכוס, וכן צריך לומר ביחס לתנא ששנה את התוספתא.

האוקימתא שעושה שמואל במשנה שמדובר בבא באמצע החודש, דחוקה ביותר. יתכן שפירושו זה נובע ממגמתו הניכרת בדבריו בבבלי ב"ק מו ע"א, שם הדגיש שחכמים חולקים על המשנה ההולכת בדרכו של סומכוס, והם סוברים "המוציא מחברו עליו הראיה", ומגדיר זאת שמואל כ"כלל גדול בדין". ובבבלי ב"מ ק ע"א, העמיד שמואל את המשנה כחכמים החולקים על סומכוס.⁷⁸ לאור המשנה בב"מ פ"ח מ"ח ששם הולכים ר' יוסי ורשב"ג בשיטתו של סומכוס, יש לשאול מדוע במקומות רבים בתלמודים מיוחסת שיטה זו לסומכוס, ולא לתנאים אלה שדבריהם מופיעים במשנה. יתכן שדברי שמואל הם שגרמו לכך, ואולי זו היתה מגמתו של שמואל שרצה להציג שיטה זו כנקוטה דווקא על ידי סומכוס, שדמותו פחות מרכזית בקרב התנאים מדמותם של ר' יוסי ורשב"ג. אך לפי שיטת ר' חייא בא אבא ורבה בר רב הונא, הסוברים שסומכוס פסק יחלוקו גם כשהמחזיק טוען ברי, נראה שהוא ייחודי בגישה זו, והתנאים האחרים הנוקטים בדין יחלוקו לא אמרו כן אלא במקרה שהמחזיק טוען שמא.⁷⁹ להלן בסמוך אעמוד על ייחודו של מקרה זה של ספק על חודש העיבור, לעומת המקרה שאליו התייחס סומכוס. ניתן לומר שבגלל חילוק זה ייחסו התלמודים שיטה כללית זו של "ממון המוטל בספק חולקים" לסומכוס ולא לר' יוסי ורשב"ג. לפי הסבר הירושלמי לשיטת רב, שמדובר בהסתייגות עקרונית מהפסק דין של יחלוקו כנ"ל, יוצא שרב ושמואל חברו יחדיו כדי לפסוק "המוציא מחברו עליו הראיה" ולשלול פסק דין יחלוקו.

⁷⁶ וראה ירושלמי נדרים פ"ח ה"ו, וליברמן תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 278.

⁷⁷ ראה לעיל הערה 10-11.

⁷⁸ ראה תוסי' ב"ב לה ע"א ד"ה ומאי, שאכן פסקו הלכה כחכמים מחמת דברי שמואל בבבלי ב"ק מו ע"א וב"מ קב ע"ב.

⁷⁹ במקרה זה של שכירות בית, המחזיק טוען שמא, שהרי מדובר בספק בדין, והוא אינו יכול לטעון ודאי בשאלת פסק ההלכה (וראה ליברמן תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 278). אך יתכן שהספק ההלכתי נוגע לכוונת המשכיר בשעת השכירות, ובעניין זה יכול הוא לטעון ברי. ועי' קונטרס הספקות פ"א.

הספק שעליו מדובר בסוגיה זו הוא ספק בדין מדיני חוזים. כיצד יש להתייחס למקרה שבו מכורח הנסיבות נתגלתה סתירה פנימית בחוזה זה, שמצד אחד קובע תשלום לשנה, ומצד שני קובע תשלום לכל חודש.⁸⁰ יתכן שספק זה שונה הוא מספק במציאות, שעליו דיבר סומכוס, ושרוב המקורות שבהם מופיע דין חלוקה עסוקים בו. יתכן מצד אחד שדווקא במקרה זה אמרו ר' יוסי ורשב"ג יחלוקו, משום שבניגוד למציאות שודאי אין בה שני פנים, לדין ישנם שני צדדים שיש אמת בכל אחד מהן.⁸¹ מצד שני יתכן שביקורתו החריפה של רב על הפסק של חלוקה נאמרה דווקא ביחס לספק בדין,⁸² משום שעל החכם מוטל להכריע את הדין, לעומת ספק במציאות שלא ניתן להאשים את הדיין אם אינו יכול להכריעו.⁸³

ה. ספק בדין

דין חלוקה מופיע במשנה גם במקרה של חיוב שבועה כששני הצדדים אינם יכולים להישבע משום ששניהם חשודים על השבועה (שבועות פ"ז מ"ד):

ושכנגדו חשוד על השבועה... שכנגדו נשבע ונוטל. היו שניהן חשודים, חזרה שבועה למקומה
דב' ר' יוסה, ר' מאיר או' יחלוקו

בירושלמי (פ"ז ה"ד) הובאו שתי דעות בביאור דברי ר' יוסי:

רב הושעיה אמר קמי רבי אמי בשם רבנין דתמן: חזרה שבועה לסיני. רבי יוחנן בשם רבי
ינאי: חזרה שבועה לבעליו. מאן דמר חזרה שבועה לסיני, כמי שאין כאן עדות - המוציא

⁸⁰ גם בתוספתא מדובר על פרשנות החוזה, כיצד יש לפרש את המשמעות של "חודש אדר" שהוזכר בחוזה, כשהשנה מעוברת וישנם שני חודשים הקרויים כך.

⁸¹ על פי ירושלמי סנהדרין פ"ד ה"ב, וראה, D. Weiss Halivni, Peshat and Derash, Oxford, 1990, pp. 112-119

⁸² בדומה לביקורתו של רבא על רב עיליש (בבלי ב"ב קלג ע"ב) "דייני דחצצתא דייני הכי", לפי פירוש הרשב"ם שם (ד"ה דייני).

⁸³ ראה שיפמן, הספק, עמ' 329.

מחבירו עליו הראייה. ומאן דמר חזרה שבועה לבעליו, ממה דהוא גברא חשוד ולא יכיל מישתבע לי, קום שלם לי.

וכן בבבלי (שבועות מז ע"א) :

חזרה שבועה למקומה. להיכן חזרה? א"ר אמי, רבותינו שבבבל אמרו: חזרה שבועה לסיני, רבותינו שבארץ ישראל אמרו: חזרה שבועה למחויב לה.

את הפסק של ר' מאיר יחלוקו, ניתן לבאר כמבוסס על ספק בדין, כגון ספק האם הדין עם חכמי בבל, שהנתבע זוכה משום ש"המוציא מחברו עליו הראיה" (ירושלמי), או שהדין עם חכמי ארץ ישראל (ר' ינאי) שהמחויב שבועה מפסיד. ואכן מצאנו את ר' מאיר נוקט בשיטה המיוחסת לסומכוס לעניין ספק מכירה בתוספתא: "המוכר פרה לחבירו וילדה... זה אומ' איני יודע וזה או' איני יודע יחלוקו... דברי ר' מאיר" (ב"מ פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108, וראה תוספתא כפשוטה עמ' 270-271).⁸⁴ אך אין הכרח לפרש את דברי ר' מאיר⁸⁵ באופן זה, ואפשר לומר שלדעתו יש לקנוס את שניהם מאחר ששניהם חשודים, וכפי שפירשו התוס' (שבועות מז ע"א ד"ה מתוך, ב"ב לד ע"ב ד"ה וכל).⁸⁶

ו. ספק בהשבת חוב

דין חלוקה מופיע במשנה גם ביחס להשבת חוב (גיטין פ"ח משנה ב-ג) :

⁸⁴ אך ראה בבבלי שבועות מז ע"א, שם הסתפקו רב נחמן ורבא האם יש להחליף את שיטותיהם של ר' יוסי ור' מאיר. רב זביד שנה בדבי ר' אושעיא (ראה א' הימן, תולדות, עמ' 380 ; אלבק, תלמודים עמ' 407) : "ר' יוסי אומר יחלוקו", ורב יוסף בר מניומי העיד שרב נחמן גרס כן. וראה לעיל הערה 75.

⁸⁵ או ר' יוסי אם הוא בעל השיטה הזו, ראה ההערה הקודמת.

⁸⁶ כדרכו של ר' מאיר לקנוס את העבריינים : "השוחט את הבכור ומראהו את מומו, ר' יהודה מתיר ; רבי מאיר אומ' : הואיל ונשחט שלא על פי מומחה - אסור" (משנה בכורות פ"ד מ"ג), וכפי שביאר בעל הסתמא בבבלי שם כח ע"ב : "קנסא קא קניס רבי מאיר". וכן בברייתא המובאת בבבלי ב"ק צה ע"א : "תנו רבנן : הגוזל רחל וגוזה, פרה וילדה - משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה, דברי רבי מאיר ; ר' יהודה אומר : גזילה חוזרת בעיניה", וכפי שביאר בעל הסתמא שם : "קסבר ר' מאיר שינוי קונה, והכא קנסא הוא דקא קניס".

היתה עומדת ברשות הרבים וזרקו לה, קרוב לה מגורשת, קרוב לו אינה מגורשת, מחצה למחצה מגורשת ואינה מגורשת. וכן לעינין קדושין. ולענין החוב: אמ' לו זרוק לי חובי וזרקו לו, קרוב למלוה זכה הלווה,⁸⁷ קרוב ללוה הלוה חייב, מחצה למחצה שניהן יחלוקו.

התבנית: "קרוב ל... קרוב ל... מחצה למחצה..." מופיעה, בדומה להופעתה במשנה זו, במספר מקומות במשנה (שקלים פ"ז מ"א; ב"ב פ"ב מ"ו; אהלות פ"ו מ"ד). בכל המשניות הללו אין שיעור הקרבה לאחד המקומות מוגדר בערכים של מרחק כגון מספר אמות וכדומה, אלא מדובר על קרבה יחסית למקום השני. המונח "מחצה למחצה" משמעותו במשניות אלה למיקום במרחק שווה לשני המקומות. ונראה שזוהי המשמעות הפשוטה של מונחים אלה גם במשנה זו שבמסכת גיטין.

לאור זה נראה שיש להבין את דין המשנה לגבי חוב באופן הבא. ההנחה היא שכשהמלווה אומר ללווה שיזרוק לו את דמי ההלוואה, הוא מביע בכך את הסכמתו לכך, שזריקתם למקום הקרוב אליו יותר מאשר אל הלווה תחשב כהשבת החוב, הפוטרת את הלווה מחובו. לפי זה, את הקביעה שבמקרה שהחוב נופל במקום הקרוב במידה שווה לשניהם, הדין יחלוקו, ניתן להבין כנובע מספק באשר לכוונתו של המלווה ביחס למקרה כזה. ספק האם גם מקרה כזה נחשב לפי הסכמתו לפירעון החוב. לפי הסבר זה, קביעת סתם המשנה כאן דומה לקביעת ר' יוסי ורשב"ג במשנה ב"מ פ"ח מ"ח, שבספק ביחס לחודש העיבור קבעו יחלוקו.

אך הסבר זה אינו הכרחי, ונראה שניתן בהחלט להבין שלא מדובר במשנה זו על ספק, וממילא הפיתרון של חלוקה אינו מוצע כדרך של התמודדות עם ספק. אפשר לומר שהסכמתו של המלווה שנפילת דמי החוב קרוב אליו תחשב כפירעון, מובילה לכך שאם הם נופלים בדיוק בתווך בין המלווה ללווה, יחשב הדבר כחצי פירעון, ולכן הדין הוא שיחלקו את הדמים.

הבבלי דן ביחס למקרה של זריקת גט, בהבנת המונח: "מחצה למחצה", שבו משתמשת המשנה (גיטין ע"א-ע"ב):

⁸⁷ כן בכל עדי הנוסח של המשנה פרט לכת"י מינכן שגרסתו: "זכה המלווה", וכן היא גרסתו של הרא"ש (גיטין פ"ח ס"ו). בכת"י ותיקן 140: "קרוב למלוה זכה, קרוב ללוה חייב".

1. היכי דמי מחצה על מחצה? אמר ר' שמואל בר רב יצחק: כגון שהיו שניהן עומדין בארבע אמות. וליחזי הי מינייהו קדים? וכי תימא דאתו תרוייהו בהדי הדדי, והא אי אפשר לצמצם!
2. אלא אמר רב כהנא: הכא בח' אמות מצומצמות עסקינן, וגט יוצא מארבע אמות שלו לדי' אמות שלה. והא אגיד גביה!
3. אלא רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו: הכא בשתי כיתי עדים עסקינן, אחת אומרת קרוב לו ואחת אומרת קרוב לה.
4. רבי יוחנן אומר: קרוב לה - שנינו אפילו מאה אמה, וקרוב לו - שנינו אפילו מאה אמה.
5. היכי דמי מחצה על מחצה? אמר רב שמן בר אבא, לדידי מיפרשא לה מיניה דרבי יוחנן: הוא יכול לשומרו והיא אינה יכולה לשומרו - זהו קרוב לו, היא יכולה לשומרו והוא אינו יכול לשומרו - זהו קרוב לה, שניהם יכולין לשומרו, שניהם אין יכולין - זהו מחצה על מחצה.

ביאורו של רב כהנא (קטע 2) למונח "מחצה למחצה" תואם את משמעו של המונח במקבילות שבמשנה (שקלים פ"ז מ"א; ב"ב פ"ב מ"ו; אהלות פ"ו מ"ד) - מיקום במרחק שווה לשני הצדדים המוזכרים במשנה. כך ניתן להבין גם לפי הפירוש שנותן ר' יוחנן (קטע 4) למונח "קרוב לו/לה". לעומת זאת פירושם של רבה ורב יוסף (קטע 3) למונח "מחצה למחצה" אינו תואם כלל את המשמעות המילולית של מונח זה, ובודאי אינו דומה למשמעות מונח זה כפי שהוא מופיע במקבילות שבמשנה. התיאור של המשנה את הגט כנתון במצב של "מחצה למחצה" הוא תיאור אובייקטיבי של המצב, ולכן לא ניתן לפרשו כאומר שישנן עדויות חלוקות באשר למצבו של הגט. יתכן שהפירוש שנותן ר' שמואל בר רב יצחק (קטע 1) למונח זה,⁸⁸ וכן הפירוש שמביא ר' שמן בר אבא בשם ר' יוחנן (קטע 5) למונח זה,⁸⁹ גם הם מוציאים אותו מידי פשוטו. אלא שהריחוק של פירושיהם מהמשמעות המילולית של המונח אינו גדול כמו זה של פירושם של רבה ורב יוסף. שהרי גם לפי פירושיהם מדובר על תיאור

⁸⁸ אם כוונתו לומר, שבכל מקרה ששניהם עומדים בתוך ד' האמות שבהם הגט, נחשב הדבר כמחצה על מחצה, בלא תלות במרחק שבין הגט לביןם.

⁸⁹ אם כוונתו לומר, שהעיקר אינו המרחק בינם לבין הגט, אלא רק יכולת שמירת הגט היא הקובעת.

אובייקטיבי של מצב החפץ. יש להניח שהביאורים שנתנו האמוראים השונים למונח "מחצה למחצה" המופיעה במשנה ביחס לגט, יאמרו על ידם גם בנוגע למונח זה שבו משתמשת המשנה ביחס לחוב. בשני התלמודים ישנה התייחסות לעיקרון שעליו מבוססת הקביעה של המשנה (גיטין פ"ח מ"ג) לענין הזרק את החוב. התייחסות זו מופיעה תוך כדי דיון בדברי ר' יוחנן המתייחסים לקביעה המופיעה במשנה זו, שיש מקרים בהם אשה מתגרשת על ידי גט שלא הגיע לידה. סוגיית הירושלמי על המשנה (גיטין פ"ח ה"ג) :

1. ר' יסא בשם ר' יוחנן : זו בגיטין מה שאין כן במתנה...
2. התיב רבי זעירא קומי רבי יסא... והא תנינן : וכן לעניין החוב. אמר ליה : שכן אם אמר לו זורקיהו לים ויהא מחול לך, מחול לו.
3. מעתה אפילו קרוב ללוה זכה הלוה, ותנינן : קרוב ללוה הלוה חייב. שכן אם אמר לו זורקיהו עד שייכנס לרשותו ואדיין לא נכנס לרשותו.

ובמקבילה שבבבלי (גיטין ע"ב) :

1. אמר ר' אסי אמר ר' יוחנן : לגיטין אמרו ולא לדבר אחר.
2. איתיביה רבי אבא לר' אסי : ... וכן לענין החוב, זרוק לי חובי וזרקו לו, קרוב למלוה - זכה הלוה,⁹⁰ קרוב ללוה - הלוה חייב, מחצה על מחצה - שניהם יחלוקו! הכא במאי עסקינן - דאמר ליה זרוק לי חובי ותיפטר.
3. אי הכי, מאי למימרא? לא צריכא, דאמר ליה זרוק לי חובי בתורת גיטין.
4. ואכתי מאי למימרא? מהו דתימא, מצי אמר ליה משטה אני בך, קמ"ל.

סוגיית הבבלי קרובה לסוגיית הירושלמי. בשתי הסוגיות מובאים בראש הסוגיה דברי ר' יוחנן, המגביל את הדין, הקובע שהקרבה מועילה, רק לגיטין (קטע 1). לאחר מכן מובאת קושיה

⁹⁰ כן גרסת כת"י מינכן, דפוס שונצינו, קטע גניזה אוקספורד (5-14) 2836,3 וקטע בולוניה 7. בכת"י ותיקן 130, ותיקן 140 וכת"י ארס הגרסה : "זכה המלוה".

על קביעתו זו מהמשנה בגיטין שאומרת שדין זה נאמר גם לגבי חוב, ור' אסי מיישב קושיה זו (קטע 2). קושיה על תירוצו זה של ר' אסי מביאה אותו לשפר את תירוצו הראשון (קטע 3).⁹¹ ההבדל העיקרי בין סוגיות הבבלי והירושלמי הוא, במשמעות תירוצו של ר' אסי. על פי הבבלי העמיד ר' אסי את המשנה באוקימתא מיוחדת, שמדובר שאמר לו "זרוק לי חובי ותיפטר". לעומת זאת נראה שעל פי הירושלמי הוא לא העמיד את המשנה באוקימתא כלשהי, אלא ביאר את קביעת המשנה לאור הדין במקרה שאמר לו: "זורקיהו לים ויהא מחול לך". מזה משמע שלדעתו ההערכה היא, שאם המלווה אומר ללווה "זרוק לי חובי", כוונתו היא שהוא יפטר מחובו על ידי זריקה זו.⁹²

מהבדל זה נובע גם ההבדל בין סוגיית הבבלי והירושלמי בנוגע לקושיה על תירוצו של ר' אסי. לפי פירוש הבבלי שמדובר על מקרה שהמלווה אמר ללווה במפורש שיפטר בזריקתו, יש מקום להקשות "מאי למימרא". בעוד שלפי פירוש הירושלמי שמדובר על הערכה שכוונתו היא לפטרו, אין מקום לקושיה זו. מצד שני, את הקושיה מהמשנה, המופיעה בסוגיית הירושלמי, יכול היה גם הבבלי להקשות, אך יתכן שהוא העדיף להקשות כבר מהדין הראשון שבמשנה: "קרוב למלוה זכה ללווה".⁹³

לאחר שהבאתי לעיל את המשנה בגיטין (פ"ח ב-ג) התייחסתי לשאלה האם במקרה של "לענין חוב... מחצה למחצה" המשנה עוסקת בהתמודדות עם ספק ממון או לא. עתה אבדוק שאלה זו לאור הבנת האמוראים והתלמודים את המשנה. יש לבדוק זאת הן לאור דבריהם בפירוש המונח "מחצה למחצה", והן לאור דבריהם בביאור העיקרון שעליו מבוסס הדין.

⁹¹ יתכן שקטע זה הוא מדברי הסתמא דגמרא, אך באשר לירושלמי, נראה מהמשך הסוגיה, שקטע זה הוא מדברי האמוראים: "אמר רבי אבין כל אילין מתיבתא דהוה רבי זעירא משיב קומי רבי יסא וריש לקיש משיב קומי רבי יוחנן והוא מקבל מינייהו פתר לה כאילין פתרייתא". אמנם מוזכרת לפני הקושיה מדין חוב, קושיה מדין שטר קידושין, אך מלשון הירושלמי משמע שכל הקושיות הקשה ר' זעירא לפני ר' יסא. וראה הלבני, מקורות ומסורות על אתר, עמ' תרב.

⁹² כך פירש ב"קרבן העדה" על אתר ד"ה ומשני (וראה הצעתו של הלבני, בהערה הקודמת, לביאור הסיבה להבדל זה בין התלמודים). אך ב"פני משה" על אתר ד"ה א"ל פירש שמדובר במקרה שהוא אמר זאת במפורש, וכדברי הבבלי. (וראה תוס' יו"ט על גיטין פ"ח מ"ג ד"ה קרוב).

⁹³ ראה תוספות עירובין טז ע"א ד"ה אימא.

בירושלמי אין התייחסות לביאור המונח "מחצה למחצה", ולכן אין סיבה להניח שהוא הוציא אותו מפשוטו, כמו שעשו חלק מהאמוראים שבבבלי הנ"ל. את העיקרון של הדין פירש ר' יסא לפי הירושלמי כמבוסס על הערכת כוונתו של המלווה באמירתו: "זרוק לי חובי". לאור זה ניתן להציע את שתי הדרכים שהובאו לעיל לאחר הצגת המשנה. על פי האחת מדובר על ספק בהערכת דעתו ביחס למקרה שהדמים נופלים באמצע בין המלווה ללווה, ואם כן מדובר על שאלת ספק ממון. על פי הדרך השנייה ההערכה היא שהמלווה רואה מקרה כזה כחצי פירעון, ודין החלוקה אינו מהווה פיתרון של ספק.

לפי רבה ורב יוסף בבבלי (גיטין ע"א-ע"ב, קטע 3), "מחצה למחצה" פירושו שישנם שתי כתות של עדים, האחת מעידה שהגט נפל קרוב לבעל והשנייה מעידה שהוא נפל קרוב לאישה. אם נניח הנחה סבירה,⁹⁴ שגם את הופעת מונח זה ביחס לחוב פירשו רבה ורב יוסף באופן דומה, ברור שמדובר על ספק ממון. לפי זה נראה שלשיטתם הפתרון של חלוקה מתאים לדרך המיוחסת לסומכוס ביחס לספקות ממון.⁹⁵

לפי שאר האמוראים בבבלי שם, "מחצה למחצה" הוא תיאור אובייקטיבי של החפץ כנתון במצב ביניים, או במרחק שווה בין שני הצדדים, או במקום שבו הוא נשמר על ידם באופן שווה וכדומה. על פי דרכם של אמוראים אלה, את השאלה האם מדובר על ספק ממון נדרש לבחון לאור ביאור התלמוד לעיקרון של הדין.

המסקנה של הבבלי היא שיש לעשות אוקימתא במשנה ויש לפרש שהיא עוסקת במקרה שהמלווה אמר ללווה: "זרוק לי חובי בתורת גיטין". מאחר שהדין של גט במקרה של "מחצה

⁹⁴ קשה לפרש את אותו מונח, המופיע בשתי משניות הסמוכות זו לזו, שהובאו באופן זה מחמת הקבלה זו, במשמעות שונה בכל אחת מהם. אך ראה "פני יהושע" גיטין ע"ב על תוד"ה מחצה, שכתב שאף רבה ורב יוסף לא פירשו את המונח "מחצה על מחצה" כמתייחס למקרה של שתי כתי עדים, אלא כשהוא מתייחס למקרה של גט.

⁹⁵ אך ראה חידושי הרשב"א על אתר ד"ה רבה שכתב, שלפי פירושם של רבה ורב יוסף, אין מיישמים במקרה זה את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", משום שלטובת המלווה עומדת חזקת חיוב תשלום המוטל על הלווה.

למחצה, מגורשת ואינה מגורשת" נובע כנראה מתפיסה שיש כאן ספק גירושין,⁹⁶ יש מקום לבאר שבמקרה המקביל בזרק חוב, הפסיקה תהיה כפסיקה בספק ממון. לפי דרך זו בביאור המשנה יש לדמות ספק זה לספק בדין, והפסיקה של יחלוקו דומה לפסיקתם של ר' יוסי ורשב"ג לענין חודש העיבור (ב"מ פ"ח מ"ח). אך ניתן לומר, שלמרות שביחס לגט הדין במקרה זה קובע שיש להחמיר עימה מספק ולהחשיב את האישה לספק מגורשת, מאחר שהמלווה תלה את דין הפירעון בדין הגט, יש לראות זאת כהסכמתו המפורשת שזריקת הדמים למקום זה תחשב כחצי פירעון.⁹⁷

התוס' על אתר (עח ע"ב ד"ה מחצה) הלכו כנראה בדרך השנייה כשכתבו: "הכא לא שייך לומר המוציא מחבירו עליו הראיה דאין כאן ספק". לעומת התוס' המרדכי (גיטין סי' תלח) כן התקשה בשאלה מדוע אין אומרים במקרה זה "המוציא מחבירו עליו הראיה". כדי ליישב זאת הביא את המרדכי את דברי ר"י שפירש את המשנה באופן אחר מפירושו של רש"י, הפירוש שבדרכו הלכנו עד עכשיו. לפי פירושו של רש"י מדובר במשנה על הלוואה שהגיע זמן פירעונה, ולכן אומר המלווה ללווה שיזרוק לו את דמי הפירעון. מדובר במקרה שלאחר שזרק לו הלווה את הדמים הם אבדו, והשאלה האם אבידתם התרחשה לאחר שהחוב נפרע או קודם לכן. לעומת זאת ר"י פירש שמדובר על חוב שלא הגיע זמן פירעונו, אלא שהמלווה היה זקוק לדמים, ולכן הוא ביקש מהלווה שיפרענו מוקדם יותר. לפי פירושו של ר"י לא מדובר על מקרה שהדמים אבדו לאחר זריקתם וישבו השאלה היא על חשבון מי יזקף אובדנם. הדמים מצויים לפנינו, אלא שהלווה חוזר בו מכוונתו לפרוע את החוב קודם זמנו, והוא רוצה לשוב ולהשתמש בהם עד פקיעת זמן הפירעון. המלווה טוען לעומתו שהחוב כבר נפרע לאחר שזרק לעברו. לפי פירושו המשנה תולה את ההכרעה של ויכוח זה בשאלת המקום בו נפלו הדמים. אם נפלו קרוב ללווה עדיין לא התרחש הפירעון, ואם נפלו קרוב למלווה החוב כבר נפרע. לפי פירוש זה גם אם מדובר על ספק ממון,⁹⁸ אין

⁹⁶ אך עיין בשו"ת ר' עקיבא איגר החדשות סי' מז ד"ה ואם אמנם, שכתב אפילו ביחס לגט: "ולא דהוי ספק אלא דכך הוא מעיקר הדין כיון דשניהם יכולם לשומרו יד שניהם שום [צ"ל: שוה] בו והיא קצת מגורשת", וצ"ע.

⁹⁷ כך פירש ר' משה סופר ("חידושי חתם סופר על הש"ס" על אתר ד"ה מחצה). כמובן שלפי דברי ר' עקיבא איגר (בהערה הקודמת) הפסק אינו מספק אלא בתורת ודאי: "בחוב הדין דיחלוקו, ולא מטעם ספק, אלא דכך קיבל עליו במה דאמר זרוק לי חובי בתורת גיטין, אם יזרוק במקום ששניהם יכולים לשמרו, שיהי חצי פרוע".

⁹⁸ לפי ביאורם של רבה ורב יוסף למשל.

זה נוגע לנושא של "המוציא מחברו עליו הראיה", משום שבשונה מפירושו של רש"י שעל פיו המלווה תובע מהלווה לשלם לו מכיסו את חובו, לפי פירוש ר"י הויכוח הוא על דמים הנמצאים לפנינו ואין אחד מהצדדים מחזיק בהם.⁹⁹

אך פירושו זה של ר"י קשה מאוד בלשון המשנה. את המשפט האמור ברישא: "קרוב למלוה זכה הלווה" לא ניתן כלל לפרש בדרכו של ר"י. שהרי אם הדמים נפלו קרוב למלווה כבר הושב החוב, ואדרבה הלווה הפסיד את ההזדמנות להמשיך ולהשתמש בדמי ההלוואה. אך זה תלוי בנוסח המשנה. כל עדי הנוסח של המשנה¹⁰⁰ מעידים שהנוסח הוא "זכה הלווה". מדברי הירושלמי הנ"ל (גיטין פ"ח ה"ג, קטע 3 במצוטט לעיל): "מעתיא אפילו קרוב ללוה זכה הלוה, ותנינן: קרוב ללוה הלוה חייב", מוכח שזה היה הנוסח של הירושלמי במשנה. האמירה "זכה הלוה" אמנם אינה ציטוט של המשנה, אך מזה שהירושלמי טוען שלא היה על המשנה בסיפא לומר "הלוה חייב" אלא היה עליה לומר שזכה הלוה, משמע שכך גרס הירושלמי ברישא. לעומת זאת לפי גרסת כת"י ותיקן 130 ותיקן 140 וכת"י ארס בבבלי בציטוט של המשנה על ידי ר' אבא בקושייתו לפי ר' אסי (בבלי גיטין ע"ב, קטע 2 במובאה דלעיל) נוסח המשנה הוא: "זכה המלוה".¹⁰¹ על פי נוסח זה מיושבת לשון הרישא של המשנה גם לפי פירושו של ר"י.¹⁰² אך עדיין יקשה על פירושו מלשון

⁹⁹ המהרש"א על דברי התוס' הנ"ל (גיטין ע"ב ד"ה מחצה) כתב, שאת דברי רבה ורב יוסף צריך לפרש בדרכו של המרדכי, משום שאחרת הם יסתרו את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", ולא מסתבר שהם סברו כשיטת סומכוס. אך מדברי המרדכי משמע שהוא לא אמר זאת דוקא ביחס לשיטת רבה ורב יוסף, ומזה נראה שהוא הבין שגם לפי המפרשים "מחצה למחצה" כפשוטו של המונח, אם נפרש את המקרה של חוב כפירוש רש"י תהיה פסיקת יחלוקו מנוגדת לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה".

¹⁰⁰ פרט לכת"י מינכן (ראה הערה 87).

¹⁰¹ ראה הערה 90. (ראה שם שנוסח כת"י מינכן כנוסח כתבי היד של המשנה: "זכה הלווה", וראה הערה 87 שבמשנה עצמה הגרסה בכת"י מינכן: "זכה המלווה", וצ"ע).

¹⁰² וראה ב"קרבן נתנאל" על הרא"ש, גיטין פ"ח ס"ו אות ז, שאכן כתב שלפי המרדכי הגרסה היא "קרוב למלוה זכה המלוה". לפי נוסח זה יש יתרון לפירושו של ר"י על פני פירושו של רש"י. משום שמשמעות הלשון "זכה" המופיעה פעמים רבות במשנה היא זכיה בדבר שעד עתה לא היה ברשות הזוכה. ולפי רש"י משמעות הדין הוא שהחוב כבר נפרע ולכן אין הלווה חייב עוד באחריות הדמים, אך אין הוא זוכה בדבר חדש, ולכן הלשון המתאימה לבטא זאת היא: "פטור הלוה". לעומת זאת לפי פירוש ר"י אכן מדובר על כך שהמלווה זוכה בדמים, שלפי ההסכם הוא לא היה אמור לזכות בהם עד זמן הפירעון. לאור העובדה שרק בחלק מעדי הנוסח של הבבלי מצויה גרסה זו, ניתן לשער שהיא

המשנה בסיפא: "קרוב ללוה הלוה חייב". לפי שיטתו של רש"י שמדובר במקרה שהדמים אבדו, המשנה מחדשת שעדיין הלוה חייב באחריותו. אך לפי פירושו של ר"י, שמדובר במקרה שהדמים נמצאים לפנינו, והשאלה היא האם עדיין מוקנית ללוה זכות להמשיך להשתמש בהם, החידוש של המשנה אינו שהוא חייב, אלא שיכול הוא לקחת את הדמים אליו כדי להשתמש בהם, וממילא ברור שהוא ימשיך להיות חייב באחריותו. לפי זה הייתה המשנה צריכה לומר זאת בלשון: "לא זכה המלוה" או: "הרי הן ללוה" וכדומה.¹⁰³

יוצא אם כן שהשאלה אם יש קשר בין משנה זו לנושא "המוציא מחברו עליו הראיה" תלויה גם בנוסח המשנה. לפי הגרסה של עדי הנוסח המשובחים של המשנה וכן לפי גרסת הירושלמי, אם מדובר בספק ממון, יש קשר בין המשנה לנושא "המוציא מחברו עליו הראיה". לעומת זאת לפי חלק מעדי הנוסח של הבבלי ניתן לפרש את המשנה בדרך שעל פיה ברור שאין היא קשורה לנושא "המוציא מחברו עליו הראיה", אף אם מדובר על ספק ממון.

מסקנות

התמונה העולה מהמקורות השונים שנידונו בפרק זה היא, שמספר תנאים נקובי שם פוסקים דין חלוקה במקרה של ספק ממוני, למרות שהממון נתון בידו של אחד הצדדים. סומכוס אומר זאת ביחס לספק חיוב על נזקי שור תם, רשב"ג ור' יוסי אומרים זאת ביחס לספק בפרשנות חוזה, ר' מאיר אומר זאת ביחס לספק בהקנאה, ויתכן שהוא¹⁰⁴ אומר זאת גם ביחס לספק בדין. במספר מקורות תנאיים סתמיים במשנה ובתוספתא, מופיע דין חלוקה, גם ביחס למקרים נוספים על הנ"ל, ספק חיוב שומרים למשל. קיימת אפשרות לפרש שחלק מחכמים אלה אמרו דין חלוקה רק ביחס למקרה

נוצרה עקב תיקון מכוון בעקבות פירושו של ר"י, ואולי גם גרסת הרא"ש במשנה (ראה הערה 87) הושפעה מפירוש זה.

¹⁰³ קושי זה כנראה הביא את בעל קרבן נתנאל (בהערה הקודמת) לטעון שלפי המרדכי הגרסה בסיפא היא: "קרוב ללוה המלוה חייב". אלא שלעומת הצעתו לגרסה ברישא שיש לה סימוכין בעדי נוסח של התלמוד, להצעתו ביחס לסיפא אין כל סימוכין. וראה אלימלך שכטר, המשנה, עמ' רטז, שמחמת טענה זו הצדיק את הנוסח: "זכה הלוה".

¹⁰⁴ או ר' יוסי, ראה הערה 84.

המסוים שאליו הם התייחסו, אך לאור הופעת דין חלוקה במקרים רבים ומגוונים, אפשרות לא פחות סבירה היא, שיטת תנאים שקובעת ככלל בספק ממון בעל בסיס אובייקטיבי דין חלוקה.

באשר למשנה - דין חלוקה ביחס לסכסוך ממוני בין שני צדדים, לאפוקי ספק מתנות כהונה, מופיע פעמים רבות במשנה, הן בסתם (ב"ק פ"ה מ"א, ב"מ פ"ח מ"ב ומ"ד), והן בשם תנאים נקובי שם.¹⁰⁵ אך אמוראים ראשונים הדגישו שעמדה זו, המיוחסת על ידם לסומכוס, אינה מוסכמת על כלל החכמים. שמואל ביחס למשנה הנוקטת בשיטת סומכוס: "זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המוציא מחברו עליו הראיה" (בבלי ב"ק מו ע"א), ור' חייא בר אבא בשם ר' יוחנן על המשנה ב"ק פ"ג מ"א: "זאת אומרת חלוקים עליו חבריו על סומכוס". מהצורך שלהם להדגיש זאת משמע שהייתה גישה שסברה, שדין חלוקה מוסכם על כלל החכמים. אך שתי משניות קובעות במפורש ביחס לספק ממוני "המוציא מחברו עליו הראיה" - המשנה שעליה התבסס ר' חייא בר אבא, והמשנה בב"ב פ"ט מ"ו. יתכן שהגישה שממנה באו להוציא שמואל ור' חייא בר אבא היא, שזה שמשניות אלו קובעות: "המוציא מחברו עליו הראיה" נובע מכך שמדובר בהן במקרה שהמחזיק בממון טוען ברי, והמשניות שבהן מופיע דין חלוקה עוסקות במקרה שהמחזיק טוען שמא. אפשרות זו דורשת לבאר את המשנה: "המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי יחלוקו" (ב"מ פ"ח מ"ד), כמתייחסת לטענת שמא, וכפי שפירשה רבא (בבלי ב"מ ק ע"א).

¹⁰⁵ ליברמן (תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 171 ועמ' 402) כתב שדעתו של סומכוס רווחת בתוספתא. אך נראה לי שהפסיקה של "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס לסכסוך ממוני רווחת בתוספתא לא פחות מאשר הפסיקה יחלוקו. פסיקת יחלוקו מופיעה בתוספתא בבבא קמא פ"ה ה"ד (מהדורת ליברמן עמ' 20); ב"מ פ"ג ה"ד (מהדורת ליברמן עמ' 73). מקור זה הציע ליברמן (תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 171) לבאר בדרך שאף החולקים על סומכוס יקבלוהו, אך ראה בפרק ד' ליד הערה 83 שם דחיתי דבריו; ב"מ פ"ח הכ"ב (מהדורת ליברמן עמ' 107); ב"מ פ"ח הל' כג-כד (מהדורת ליברמן עמ' 107-108); ב"מ פ"ח הל"א (מהדורת ליברמן עמ' 110). לעומת זאת הפסק של "המוציא מחברו עליו הראיה" מופיע בתוספתא במקומות הבאים: ב"ק פ"ג ה"ז (מהדורת ליברמן עמ' 12-13); ב"מ פ"ח הכ"ב (מהדורת ליברמן עמ' 107); ב"מ פ"ח הל' כג-כד (מהדורת ליברמן עמ' 107-108); ב"ב פ"ו הכ"א (מהדורת ליברמן עמ' 150-151, וראה תוספתא כפשוטה עמ' 402); חולין פ"ג ה"א (מהדורת צוקרמאנדל עמ' 504). (התוספתא ב"מ פ"א ה"א (מהדורת ליברמן עמ' 62) הקובעת "המוציא מחברו עליו הראיה", לפי שלושת הפירושים שנתנו לה בבבלי ב"מ ו ע"א מקובלת כנראה גם על סומכוס). לעומת הפסיקה יחלוקו שבחלק מהמקומות מופיעה כדעת חכם יחיד, הפסיקה "המוציא מחברו עליו הראיה" מופיעה בכל המקומות הללו כדעת חכמים או כדעה סתמית.

ואכן, טען צ' קרל (ההוכחות, עמ' 101 בהערה) שעמדת האמוראים, שחכמים חולקים על סומכוס אינה מבוססת. לדעת קרל כל החכמים מודים שכששני בעלי הדין טוענים שמא הדין הוא יחלוקו. והלכה זו נקראת על שם סומכוס רק משום שהוא חידש אותה. המשנה בב"ק פ"ג מי"א, שקובעת המוציא מחברו עליו הראיה אינה מנוגדת לכך משום שהיא מדברת על טענת ברי של המחזיק. לפי זה את המשנה ב"מ פ"ח מ"ד יש לפרש כמתייחסת למקרה ששני הצדדים טוענים טענת שמא, והיא מוסכמת על כולם. לפי דבריו צריך לומר שהברייתא שמביא התלמוד הבבלי בב"ק מו ע"ב כתנא דמסייע לשמואל, היא ברייתא בבבלי, ויש לשער שהיא נוצרה בהשפעת קביעתו של שמואל הנ"ל.¹⁰⁶

הצעתו של צ' קרל קשה לאור דברי התוספתא שעל המשנה המקבילה למשנת בב"ק פ"ג (ב"ק פ"ג ה"ז, מהדורת ליברמן, עמ' 12-13) שמהשוואת לשונה ללשון המשנה הנ"ל מוכח שגם כשמזיק טוען טענת שמא סובר התנא של התוספתא ש"המוציא מחברו עליו הראיה". כמו כן ברור מהתוספתא ב"מ פ"ח הל' כב-כג (מהדורת ליברמן עמ' 107-108), שישנם מקרים שבהם קיימת מחלוקת בין החכמים האם אומרים יחלוקו או "המוציא מחברו עליו הראיה".¹⁰⁷ אך ניתן לקבל את הצעתו של קרל כביאור לשיטת עורך המשנה.¹⁰⁸

¹⁰⁶ על תופעה זו ראה מ' כ"ץ, מה קול, עמ' 18-19 ובפרט הערות 15, 19. דיון מקיף בנושא הברייתות שבבבלי ראה פרידמן, הברייתות; פרידמן, לאופיין.

¹⁰⁷ וראה לעיל ליד הערה 15.

¹⁰⁸ הנשקה, שומרים, (עמ' 256-276) הוכיח שלפי שיטת רב יוסף אין לפרש שתי משניות סתמיות כחולקות זו על זו. (נראה לי שניתן להביא ראיה נוספת לטענתו של הנשקה, מהדרך שבה מסביר רבא לבנו רב יוסף בריה דרבא את התשובה שענה לו רב יוסף (בבלי יבמות סד ע"ב). על שאלת רב יוסף בריה דרבא לעניין ההלכה בנושא של חזקה, ענה לו רב יוסף שההלכה היא הן כרבי והן כרבן שמעון בן גמליאל. הסביר לו רבא אביו שפסיקתו היא בהתאם לסתמי המשניות, ודין חזקה אכן משתנה בהתאם לנושא). ולכן נראה שלשיטתו נדרש למצוא דרך לבאר את המשניות שיתאמו לשיטה אחת בעניין הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".

פרק ד' - מקורות תנאיים נוספים שבהם שיטה החולקת על יישום הכלל

בפרק זה אעסוק במקורות תנאיים נוספים, פרט לאלו שהוזכרו בפרקים הקודמים, שבהם לצד שיטה המתבססת על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" מופיעות שיטות של תנאים שמתנגדים ליישום הכלל במקרה המדובר. אפתח בדיון במשנה העוסקת בספק מתנת שכיב מרע, ולאחר מכן אתייחס למקורות תנאיים שבהם ישנה התייחסות לספק הקנאה מסוג אחר.

ספק מתנת שכיב מרע במשנה ובתוספתא

שנו חכמים במשנה (בבא בתרא פ"ט מ"ו):

שכיב מרע שכתב נכסיו לאחרים, שייר קרקע כל שהוא מתנתו קיימת, לא שייר קרקע כל שהוא אין מתנתו קיימת. לא כתב בה שכיב מרע, והוא אומ' שכב מרע הייתי, והן אומ' ברי היה, צריך להביא ראייה שהיה שכב מרע דברי רבי מאיר, וחכמ' אומר': המוציא מחבירו עליו הראיה.

במשנה זו מתנגד ר' מאיר ליישום הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" בנוגע לספק מתנת שכיב מרע. אך נראה שאין ללמוד מכך שהוא מסתייג לגמרי מכלל זה.¹ את שיטתו ביחס לספק מתנת שכיב מרע אפשר לבאר באופן פשוט כנובעת מכוחו של השטר. שהרי תוקפו של שטר מכירה רגיל, שלא מפורש בו תנאי, אינו מותנה בשום דבר, ולכן כל המוציא שטר על חברו, ראוי לקבל את הזכות שמקנה לו השטר. כדי שיחשב השטר לחריג וכמותנה בגורמים מסוימים, נדרשת ראיה מצידו של זה שהשטר

¹ אמנם ביחס לספק במכירה הוא סובר, לפחות באופן חלקי, כשיטה המיוחסת לסומכוס - יחלוקו (תוספתא ב"מ פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108), ראה על כך בפרק ג'. וראה י"ש צורי, ר' עקיבא, עמ' 78, שכתב שר' מאיר התנגד לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", אך צורי לא הביא את דברי ר' מאיר במשנה זו כראיה לכך, אלא התבסס על מקורות אחרים (שנידונו בפרק הקודם).

מעיד כנגדו, שהשטר שמוציאים כנגדו אכן מוגבל או תלוי בתנאים אלו. כפי שנראה להלן, ניתן לראות דיון בסברא זו בדו-שיח בין אביי לרבה בסוגית הבבלי שעל משנה זו.²

בתוספתא המקבילה למשנה הנ"ל (בבא בתרא פ"י הי"א, מהדורת ליברמן עמ' 165) נאמר:³

שכיב מרע, [מי] מוציא מיד מי, הוא מוציא מידן והן אין מוציאין מידו דברי ר' יעקב, ר' נתן או: [אם היה] שכיב מרע הן צריכין להביא ראיה שהיה ברי, ואם היה ברי הוא צריך להביא ראיה שהיה שכיב מרע.

הביטוי "שכיב מרע" שבתוספתא הוא פסקה מהמשנה הנ"ל שאלה מתייחסת התוספתא (אפשטיין, מבוא, עמ' 226). הבבלי (ב"ב קנ"ג ע"ב) בהביאו את התוספתא מוסיף את המוסגר: "הוא מוציא מידן [בלא ראיה] והן אין מוציאין מידו [אלא בראיה]", וביארו אפשטיין שם וליברמן (תוספתא כפשוטה ב"ב עמ' 450), שתוספת זו היא פירושו של התלמוד לברייתא.⁴ אך אפשטיין (שם עמ' 227) ור' ירון (Gifts, עמ' 69) טענו, בניגוד לביאור זה של התלמוד, שעל פי משמעות לשון התוספתא, השאלה "מי מוציא מיד מי" מתייחסת לדיון המשנה "המוציא מחברו עליו הראיה". לפי פירוש משמעות השאלה היא, מיהו הנחשב המוציא מחברו שלפי קביעת חכמים במשנה עליו להביא ראיה.⁵ בתשובתו

² כמו כן ניתן לראות התייחסות לשאלה זו בדברי סתם התלמוד הבבלי קידושין ע"ב: "דכולי עלמא בחזקת בריאים קיימי" (יובא להלן אחרי הערה 73). יתכן שגם בירושלמי ניתן למצוא התייחסות לכך בדברי ר' אחא (ב"ב פ"ט ה"ו), ראה להלן בהערה 30.

³ המוסגר חסר בכת"י וינה, הושלם עפ"י כ"ע ודפוס ראשון.

⁴ הם גם ציינו שבכת"י פירנצה חסרות תוספות אלה. (ר' ירון (Gifts, עמ' 69) ייחס תוספת זאת כבר לרב הונא בריה דרב יהושע (בציטוט מהבבלי המובא להלן לאחר הערה 13, קטע 2). אך מאחר שעיקר חידושו של רב הונא בריה דרב יהושע מתייחס לדברי ר' נתן ולא לדברי ר' יעקב, נראה לי שאין כל בסיס להשערותו של ירון).

⁵ אפשטיין שם עמ' 226, מביא ראיה לדבריו מגרסת הרמ"ה והמיוחס לרבנו גרשום בבבלי ב"ב קנ"ג ע"ב: "לא כתב בה שכיב מרע, הוא אומר שכיב מרע הייתי, והן אומרים בריא היה, המוציא מחברו עליו הראיה, מי מוציא מידי מי וכו' ", שמזה משמע שהשאלה "מי מוציא מיד מי" באה לפרש את הקביעה: "המוציא מחברו עליו הראיה". (וראה פ"צ הימן, בירור, עמ' 28-29 שקיבל את טענתו של אפשטיין לפי גרסת הרמ"ה, אך כתב (בהערה 15) שנראה שהגרסה בתוספתא שלפנינו עיקר, וראה מה שהעיר הימן שם בהערה 20 כנגד גרסת הרמ"ה). על דבריו אלו של אפשטיין יש להעיר: א. במיוחס לר'

לשאלה זו קובע ר' יעקב, שהשכיב מרע הוא המוציא מחברו, ועליו להביא ראיה ששכיב מרע היה. מוסיף אפשטיין וכותב, שלפי זה ר' יעקב, תלמידו של ר' מאיר,⁶ פירש את קביעת חכמים "המוציא מחברו עליו הראיה" כשיטת רבו ר' מאיר שבמשנה.

אך נראה לי שפירושם של אפשטיין וירון קשה מאוד בלשון התוספתא. אם כוונתו של ר' יעקב הייתה להגדיר מיהו הנחשב המוציא מחברו, היה עליו להסתפק במשפט אחד כדי לומר זאת, ולא הייתה לו כל סיבה להוסיף במשפט בפני עצמו שהם אינם נחשבים מוציאים ממנו.⁷ אמנם גם לפי פירוש הבבלי לתוספתא המשפט השני נראה מיותר מצד זה שאין בו חידוש, משום שאפשר ללמוד בקל וחומר מהדין שבמשפט הראשון. אך התנאים רגילים לשנות ולפרש גם דברים שניתן היה להסיקם גם אם לא נאמרו במפורש.⁸ פרט לכך, ראה בתוספות (קנג ע"ב ד"ה והן), שהציעו ביאור לחידוש המצוי בחלק השני של דברי ר' יעקב. גם מדברי ליברמן על התוספתא שם (תוספתא כפשוטה ב"ב עמ' 450), שהביא את דברי הבבלי והפנה לדברי התוספות הללו, משמע שהבין שזהו הפירוש הנכון לדברי התוספתא.⁹ לאור זה נראה לי שהביאור הפשוט לשיטת ר' יעקב הוא, שהוא הלך בדרכו של ר'

גרשום מופיע המשפט הנ"ל בלא הסיום: "המוציא מחברו עליו הראיה". ב. הרמ"ה שבדבריו כן מופיע הסיום "המוציא מחברו עליו הראיה", גורס בהמשך דברי ר' יעקב: "הוא מוציא מידן בלא ראיה והן אין מוציאים מידו אלא בראיה", כגרסת רוב עדי הנוסח (פרט לכת"י פלורנץ) בבבלי, ולפי גרסה זו מודה אפשטיין שאין כוונת ר' יעקב לפרש מיהו הנחשב המוציא מחברו שעליו מוטלת חובת הראיה, אלא לקבוע שעל נותן המתנה מוטלת החובה להביא ראיה. לאור זה נראה שגם לפי גרסת הרמ"ה, המשפט: "מי מוציא מיד מי" מובא כפתיחה לדעה החולקת על הקביעה "המוציא מחברו עליו הראיה" שקדמה לה. או שאף הוא לא גרס זאת בבבלי, וביטוי זה נכנס לפירושו באשגרת לשון מהמשנה.

⁶ ראה פ"צ הימן, בירור, עמ' 28 הערה 14, שטען שר' יעקב אינו נזכר בשום מקום כתלמידו של ר' מאיר. יש מקום לזכור בהקשר לשאלה זו את תפקידו של ר' יעקב בסיכול מזימת ר' מאיר כנגד רבן שמעון בן גמליאל בבבלי הוריות יג ע"ב.

⁷ פרופ' מוסקוביץ הוסיף שפירושם אינו הולם את פשטות לשונה של התוספתא, שכן לפירושם (כפי שאפשטיין עצמו רומז) התוספתא הייתה צריכה לומר: 'מי הוא המוציא מחברו' (כלומר, שלפנינו פירוש לדברי חכמים במשנה), ולא: 'מי מוציא מיד מי' (שזוהי שאלה הלכתית עצמאית, שאינה עוסקת בפרשנות המשנה).

⁸ ראה הלבני, מקורות, ב"מ, עמ' יד.

⁹ מאחרי דברי אפשטיין וירון עומדת ההבנה, שכבר בתקופת התנאים הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מתייחס למעמד משפטי מיוחד שיש לאחד מבעלי הדין, המטיל את חובת הראיה על חברו, ומעמד זה אינו תלוי דווקא בהיותו מחזיק את החפץ בפועל, אלא יכול הוא להיות תלוי בגורמים

יהודה (תוספתא ב"מ פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108), שקבע שבספק מכירה מעמידים את הממון המסופק ביד המרא קמא.¹⁰ בשיטתו אדון לקראת סופו של פרק זה (ליד הערה 75).

אחרים, כגון היותו הבעלים הוודאיים קודם לידת הספק ("מרא קמא" בלשון התלמוד הבבלי ב"מ ק ע"א). נראה לי, שתפיסה זו אינה תואמת את המשתקף מהמקורות התנאיים, שבכולם מדובר על הקניית מעמד זה רק לאדם שמחזיק את החפץ. לדעתי אין כל יסוד להניח שהכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" מובן בתקופת התנאים באופן מופשט, שעל פיו יש מקום לשאול מיהו הנחשב מוציא. בכל המקורות התנאיים, מי שבא להוציא מידו של המחזיק בחפץ בפועל הוא המוציא. רק לאחר שהמושג עובר תהליך של הפשטה, הוא כולל בתוכו לאו דוקא החזקה ממשית בחפץ, וניתן לשאול מיהו הנחשב מוציא (ובלשון הבתר תלמודית: מיהו הנחשב "מוחזק"). מאחר שעל תהליך מסוג זה ניתן לעמוד רק לאור מחקר של דברי האמוראים והסתמא של התלמודים, מחקר החורג מגבולות עבודה זו, אין כאן המקום להאריך בענין זה.

¹⁰ראה בר-אשר ופורסטנברג (עיון, עמ' נו הערה 18) שגם הם פירשו שהעיקרון שעל פיו הולך ר' יעקב הוא העמדת הממון המסופק ביד המרא קמא. אך לעומת הצעתי לדמות את שיטתו של ר' יעקב לשיטתו של ר' יהודה, שבמפורש הוצגה כמנוגדת לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" (תוספתא ב"מ פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108, ראה להלן לצד הערה 75), הם פירשו שפסיקתו של ר' יעקב מהווה יישום של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" שבמשנה, ובנקודה זו דומה פירושם לפירוש של אפשטיין וירון (ומבחינה זו הביקורת שמתחתי בהערה הקודמת על דברי אפשטיין וירון מופנית גם כלפי דבריהם). אך הפירוש שנתנו בר-אשר ופורסטנברג לדברי ר' יעקב שונה מהפירוש שנתנו להם אפשטיין וירון. אפשטיין וירון פירשו את דברי ר' יעקב שבתוספתא בדרך אחרת מהפירוש שנתן להם הבבלי, ולדבריהם ר' יעקב מטיל על השכיב מרע את חובת הראיה, משום שהוא הנחשב המוציא מחברו. בר-אשר ופורסטנברג לעומת זאת פירשו את דברי ר' יעקב על פי דרכו של הבבלי שכך הציג את הברייתא שבתוספתא: "הוא מוציא מידן בלא ראייה והן אין מוציאין מידו אלא בראיה". לפי פירושם הכוונה היא שמקבלי המתנה הם הנחשבים "המוציא מחברו", מאחר שהם באים להוציא מיד המרא קמא, ולכן השכיב מרע בתור המרא קמא מוציא מידם בלא ראייה, ומקבלי המתנה נדרשים לראיה כדי להוציא מידו. (העיקרון של דבריהם דומה להצעתו של בעל הסתמא בבבלי ב"מ ק ע"א: "ונוקמא אחזקת דמרא קמא, וליהוי אידך המוציא מחברו עליו הראיה", ראה להלן הערה 77).

ביחס לשיטת ר' נתן בתוספתא, שפסק שיש ללכת אחר מצבו העכשווי של נותן המתנה, האם עתה שכיב מרע הוא או בריא, לא כתב אפשטיין שם שגם הוא בא להגדיר מיהו הנחשב המוציא מחברו. לעומת זאת בר-אשר ופורסטנברג שם כן ביארו שלדעת ר' נתן, הסברה נותנת שעל פי המצב העכשווי של נותן המתנה, נגדיר מי נחשב המוחזק במקרה זה, שתידרש ראייה כדי להוציא מידו.

בעוד שהסברו של אפשטיין לשיטת ר' יעקב, שנותן המתנה הוא נחשב המחזיק שעל המוציא ממנו מוטלת חובת הראיה, מובן על פי ההיגיון, ואף ננקט על ידי בעל הסתם של הבבלי (ב"מ ק ע"א), הקובע שיש להעמיד החפץ ביד ה'מרא קמא', את הסברם של בר-אשר ופורסטנברג לשיטת ר' נתן לא הצלחתי להבין. כיצד השאלה האם נותן המתנה בריא עתה או חולה יכולה להשפיע על הגדרתו כמוחזק?

בשני התלמודים ישנה התייחסות נרחבת לשיטות התנאים שבמשנה ובתוספתא. ההתייחסות היא משני סוגים. האחד - יישום המחלוקת שבמשנה או בתוספתא בידי ר' יוחנן (בירושלמי) או ר' אלעזר (בבבלי), לענין ספק טומאה ברשות הרבים. השני - פרשנות המחלוקת או פסיקת הלכה במחלוקת התנאים במשנה.

יישום המחלוקת לענין ספק טומאה

בירושלמי (ב"ב פ"ט ה"ו) מובאת התייחסותו של ר' יוחנן למשנה:

אמר רבי יוחנן: ניטמא בספק בקעה בין בימות החמה בין בימות הגשמים מחלוקת ר' מאיר וחכמים - בא לישאל בימות החמה נשאלין לו בימות החמה, בימות הגשמים נשאלין לו בימות הגשמים...

ר' יוחנן קובע שכשם שנחלקו ר' מאיר וחכמים במשנה בנוגע לספק במצבו של נותן המתנה בשעת נתינתה, האם היה אז בריא או ששכיב מרע היה, כן אפשר ליישם מחלוקתם בנוגע למי שבא במגע עם ספק טומאה כשהוא בבקעה, והוא מסופק האם זה קרה בשעה שהיה דינה כרשות הרבים (ימות החמה) או כשהיה לה דין רשות היחיד (ימות הגשמים). ר' מאיר קבע שעל נותן המתנה להביא ראיה שהיה שכיב מרע, ומזה הבין ר' יוחנן שהוא הכריע את הספק על פי מצבו העכשווי של הנותן, וחכמים שחלקו עליו סברו שאין להתחשב במצב העכשווי כדי להכריע את הספק. לאור זה קבע ר' יוחנן שבנוגע לספק בענין מעמדה של הבקעה במקרה הנ"ל, ר' מאיר יכריע את הספק על פי מצבה העכשווי: אם בא לשאול בימות הגשמים, נכריע שבימות הגשמים עבר שם, וכן אם בא לשאול בימות החמה, וחכמים לא יתחשבו בכך. הירושלמי לא פירט כיצד יוכרע הספק לפי שיטת חכמים שבמשנה.

על קביעתו של ר' יוחנן יש להעיר שתי הערות:¹¹

1. לפי הבנת ר' יוחנן דברי ר' מאיר במשנה מתייחסים למקרה שנותן המתנה רוצה לחזור בו בשעה שהוא בריא, ולכן הבין ר' יוחנן שהעיקרון שביסוד שיטת ר' מאיר הוא של הליכה אחר המצב העכשווי. אך במשנה לא נאמר במפורש שמדובר על מקרה כזה, ולכן ניתן להבין שר' מאיר אמר

¹¹ הערות אלו מתייחסות לדברי ר' יוחנן מצד עצמם. בהמשך אעמוד על הקושי שבדברי ר' יוחנן אלו לאור דבריו המובאים בהמשך סוגיית הירושלמי.

את דבריו גם במקרה שהנותן בשעה זו הוא שכיב מרע, והדרישה ממנו להביא ראיה נובעת מקבלת האמור בשטר כלשונו כנ"ל.¹²

2. גם לפי הבנתו של ר' יוחנן את דברי ר' מאיר, יש לערער על המסקנה שהסיק ללמוד מזה על שיטת חכמים ביחס לספק טומאה. זאת מחמת הכלל המיוחד לדיני הממונות "המוציא מחברו עליו הראיה". יתכן שאף הם מודים לו שהמצב העכשווי בכוחו להכריע את הספק, אך זה רק בשאר תחומים, אך בתחום של דיני ממונות, עלינו להשאיר את הממון ביד המחזיק מחמת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".

כנגד ההערה השנייה ניתן לטעון, שיתכן שר' יוחנן סבר שגם במקרה של ספק טומאה ישנו גורם הדומה במשקלו לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", והוא הכלל "העמד דבר על חזקתו" (בבלי נידה ב ע"א, השווה תוספתא מקואות פ"א הי"ז, מהדורת צוקרמנדל עמ' 653). מאחר שהאדם שעבר בבקעה היה בחזקת טהרה, אם חכמים שבמשנה נמנעו מלהכריע את הספק על פי המצב העכשווי מחמת הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", הם ילכו באותה דרך גם כשעומד בפנינו הכלל של העמד דבר על חזקתו.¹³

בבבלי (ב"ב קנ"ב) מובאת קביעה דומה לקביעתו של ר' יוחנן בשם ר' אלעזר תלמידו:

1. ההוא מתנתא דהוה כתב בה: כד הוה קציר ורמי בערסיה, ולא כתב בה: ומגו מרעיה איפטר לבית עולמיה, אמר רבה:¹⁴ הרי מת, והרי קברו מוכיח עליו. אמר ליה אבוי: השתא ומה ספינה שרובן לאבד - נותנין עליהן חומרי חיים וחומרי מתים, חולין שרוב חולין לחיים - לא כל שכן.

2. אמר רב הונא בריה דרב יהושע: כמאן אזלא הא שמעתא דרבה? כר' נתן; דתניא מי מוציא מיד מי? הוא מוציא מידיהן בלא ראיה, והן אין מוציאין מידו אלא בראיה,

¹² ראה ח' אלבק על אתר שלמרות טענתי הזו, פירש שמדובר בשכיב מרע שהבריא, וטעמו של ר' מאיר הוא משום שעתה בריא הוא.

¹³ פרט לכך יש לטעון כנגד הערה זו, שאנלוגיות רבות המצויות בספרות חז"ל הן בלתי מדויקות (ראה מוסקוביץ, *Talmudic*, עמ' 246-249, 265-260, 271-268).

¹⁴ בכל עדי הנוסח: "רבא" וכן גרסת הרי"ף, אך גרסת התוס' והרא"ש: "רבה", וכן גרסת כת"י פריז ווטיקן 115 בסמוך (קטע 2): "כמאן אזלא הא שמעתא דרבה". וראה ש' פרידמן, כתיב.

דברי רבי יעקב; רבי נתן אומר: אם בריא הוא - עליו להביא ראיה שהיה שכיב מרע,

אם שכיב מרע הוא - עליהן להביא ראיה שבריא היה

3. אמר רבי אלעזר: ולטומאה - כמחלוקת; דתנן: בקעה בימות החמה - רשות היחיד

לשבת ורשות הרבים לטומאה, בימות הגשמים - רשות היחיד לכאן ולכאן.

בקטע 1 נחלקים אבוי ורבא האם ניתן להסיק ממצבו של נתן המתנה בשעה הנוכחית על מצבו בזמן נתינתה. בקטע 2 תולה רב הונא בריה דרב יהושע מחלוקת אמוראים זו במחלוקת ר' יעקב ור' נתן שבתוספתא (פ"י הי"א). בקטע 3 מובאת קביעתו של ר' אלעזר, הדומה לקביעתו של ר' יוחנן שבירושלמי, אלא שלעומת דברי ר' יוחנן שם המוסבים על המחלוקת שבמשנה, דברי ר' אלעזר בבבלי מוסבים על מחלוקת ר' נתן ור' יעקב שבתוספתא. לפי דרכו של הבבלי מיושבים שני הקשיים שהועלו לעיל ביחס לדברי ר' יוחנן שבירושלמי. בדברי ר' נתן שבתוספתא מפורש שהוא מכריע את הספק לפי המצב העכשווי, ואם כן מובן כיצד מסיק מזה ר' אלעזר שאף בספק טומאה היה ר' נתן הולך אחר המצב העכשווי. כמו כן מובן כיצד ר' אלעזר מסיק שר' יעקב יסבור שאין ללכת אחר המצב העכשווי בספק טומאה כשם שבספק מתנת שכיב מרע אין הוא מכריע את הספק על פי מצב זה. וכאן לא ניתן לטעון כנגדו מדוע אין הוא מתחשב בהבדל בין המקרים, הבדל הנובע מכך שבדיני ממונות יש ליישם את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", שהרי ר' יעקב אינו מיישם כלל זה במקרה של ספק מתנת שכיב מרע. ואם נאמר שהעיקרון שעל פיו הוא מכריע את הספק בספק מתנת שכיב מרע הוא העמדת הממון על חזקתו הראשונה,¹⁵ מובן מדוע סובר ר' אלעזר שגם לענין ספק טומאה הוא יעמיד את האדם על חזקתו הראשונה שהיה טהור.

לאור הניתוח האמור ניתן להעלות כמה אפשרויות בנוגע ליחס בין דברי ר' יוחנן שבירושלמי לבין דברי ר' אלעזר המובאים בבבלי. אפשר לומר שהם הציעו את הצעותיהן הדומות זו לזו, כל אחד ביחס למקור תנאי אחר, ר' יוחנן התייחס למשנה ור' אלעזר לתוספתא. אך אפשר לומר שר' אלעזר

¹⁵ בדומה לשיטת ר' יהודה (תוספתא ב"מ פ"ח) לענין המחליף פרה בחמור, ראה להלן לקראת סוף הפרק. אך ראה להלן הערה 83, שם כתבתי שאמנם ניתן לדמות את קביעתו של ר' יעקב, שיש להעמיד את הממון המסופק בחזקת מרא קמא לכלל של העמד דבר על חזקתו ביחס לטומאה, וכפי שמשמע מדברי סתם התלמוד (בבלי קידושין ע"ט:), אך את קביעתו הדומה של ר' יהודה קשה לדמות לדין העמד דבר על חזקתו.

שמע שמועה זו מר' יוחנן רבו, וכדרכו¹⁶ לא אמרה בשמו. לפי אפשרות זו יתכן שמחמת הקשיים הנ"ל העדיף ר' אלעזר לייחס את קביעת ר' יוחנן לתוספתא ולא למשנה. כמו כן יתכן שייחוס קביעה זו לתוספתא נעשה לא על ידי ר' אלעזר עצמו אלא בשלב מאוחר יותר על ידי עורכי הסוגיה הבבלי. ישנה כמובן גם האפשרות שמדובר על מימרה אחת, שחילופי מסורות הם בין התלמודים בשאלה מיהו בעל המימרה. וראה להלן לאחר הצגת המשך סוגיית הירושלמי על משנה זו, שם אעלה אפשרות נוספת לביאור היחס בין דברי ר' אלעזר שבבבלי לבין דברי ר' יוחנן שבירושלמי.

המשך סוגיית הירושלמי שם (ב"ב פ"ט ה"ו):

1. רבי ינאי בשם רבי: יד השטרות לתחתונה. אמר ליה רבי יוחנן: ולא מתניתא היא "לא כתב לה שכיב מרע והוא אומר שכיב מרע וכו' ", והוה רבי ינאי מקלס ליה...
2. אומר רבי יוחנן: יד השטרות לעליונה... אמר רבי זירא קומי רבי יסא: ... ולא כן אמר רבי [ינאי]¹⁷ בשם רבי: יד בעל השטר לתחתונה, אמר ליה רבי יוחנן: ולא מתניתא היא? אלא חכמים שהן כרבי.

הירושלמי (קטע 1) מצטט את הדו-שיח בין ר' יוחנן לר' ינאי, שבו מביא ר' יוחנן ראייה לקביעתו של רבי: "יד השטרות לתחתונה" [=יד בעל השטר על התחתונה], כלומר כיש שטר שניתן לפרש את האמור בו בדרכים שונות, האדם שהשטר מעיד לטובתו אינו יכול להוציא על ידי השטר אלא את המינימום שבודאי כלול בו. ואם ישנה אפשרות שהשטר נכתב בתנאים שלא מאפשרים להוציא על ידו, המחזיק בשטר מפסיד. ר' יוחנן מסייע לדבריו מדברי חכמים החולקים על ר' מאיר במשנה, ודורשים ממקבל המתנה המחזיק בשטר להביא ראייה. התיעוד של דברי ר' יוחנן אלה מקבל חיזוק בעדותו של ר' זירא (קטע 2), שהיה מפורסם בהקפדה על דיוק השמועות של החכמים, ובפרט של חכמי ארץ ישראל, ובכלל זה שמועותיו של ר' יוחנן.¹⁸

¹⁶ ראה בבלי יבמות צו ע"ב, מכות ה ע"ב, וראה וייס, מחקרים, עמ' 9-10.

¹⁷ בכת"י לידן וד"ו: "יוחנן", ובצדק הגיהו בעל "פני משה", בעל "שדה יהושע", מהר"א פולדא ווייס (מחקרים, עמ' 11 הערה 20): "ינאי".

¹⁸ ראה ירושלמי שבת פ"א ה"ב, ובבלי ברכות כח ע"א. וראה א' היימן, תולדות, עמ' 395-396; ח' אלבק, תלמודים, עמ' 235.

דברי ר' יוחנן אלה אינם תואמים את קביעתו הנ"ל, שבמקרה של ספק טומאה יהיה הדבר תלוי במחלוקת התנאים שבמשנה. שהרי אם טעמם של חכמים שאמרו במשנה: "המוציא מחברו עליו הראיה" הוא שיד השטרות על התחתונה, וטעמם אינו שאין להתחשב במצב העכשווי כדי להכריע את הספק, לא ניתן ללמוד מזה על עמדתם בנוגע לספק טומאה. גם קביעתו של ר' יוחנן ביחס לשיטת ר' מאיר בנוגע לספק טומאה קשה היא לאור דבריו על המשנה. מדבריו על המשנה נראה, שלדעתו טעמו של ר' מאיר, שאמר במשנה שנותן המתנה צריך להביא ראיה שבזמן המתנה היה שכיב מרע, הוא שיד בעל השטר על העליונה. ניתן ללמוד זאת מזה שר' יוחנן סובר שיד בעל השטר על העליונה, למרות שהוא מודע לכך שזה מנוגד לעמדת חכמים שבמשנה, וסביר אם כן שהוא מסתמך על ר' מאיר שחלק עליהם. יש ללמוד שכך הבין ר' יוחנן את שיטת ר' מאיר גם מדברי ר' יסא תלמידו (בסוף קטע 2): "חכמים שהן כרבי",¹⁹ כלומר את החיזוק לדברי רבי שיד בעל השטר על התחתונה מצא ר' יוחנן בדברי חכמים שבמשנה, אך ר' מאיר חולק עליהם וסובר שידו על העליונה, וכשיטתו פסק ר' יוחנן. לאור זה קשה קביעתו של ר' יוחנן, שלדעת ר' מאיר בספק טומאה נלך אחר המצב העכשווי, שהרי ר' יוחנן בעצמו סבר שלא זה היה טעמו של ר' מאיר במשנה.

לאור קשיים אלה ברצוני להעלות את ההשערה הבאה, שעל פיה ייושבו הקשיים. קביעתו של ר' יוחנן לענין ספק טומאה נאמרה במקורה ביחס למחלוקת ר' נתן ור' יעקב שבתוספתא. זאת כפי

¹⁹ לאור זה שאת הקושיה על ר' יוחנן מקשה ר' זירא לפני ר' יסא, נראה לכאורה שהתשובה על קושייתו נאמרה על ידי ר' יסא. אך ראה פ' פ"צ הימן, בירור, עמ' 35, שייחס תשובה זו לבעל הסתמא של הירושלמי. ונראה שניתן קצת לסייע לכך מהסוגיה בבבלי ב"ב קנד ע"ב (שלחן אדון בה בהרחבה), שהשפעת סוגיית הירושלמי עליה ניכרת ביותר (כפי שיתבאר להלן), ושם קושיית ר' זירא מופיעה ללא התשובה שניתנה לה בירושלמי. אם התשובה נאמרה על ידי ר' יסא, סביר היה שתעבור גם היא לידי העורך הבבלי יחד עם שאלת ר' זירא. לעומת זאת אם התשובה ניתנה על ידי בעל הסתמא של הירושלמי, יותר מובן מדוע היה גורלה שונה מגורל קושייתו של ר' זירא, שהגיעה לידי העורך הבבלי. (ומה שכתב פ"צ הימן שם בעמוד 37: "תשובת ר' יוחנן שכוונתו היתה... שהחכמים במשנתנו סוברים כרבי, קיבלה ניסוח סתמי בבבלי וכו' ", לא הבנתי היכן מצא בדברי הבבלי הקבלה לתירוץ זה. דברי הימן אלו, שהתשובה לקושיית ר' זירא ניתנה על ידי ר' יוחנן עצמו, המנוגדים למה שכתב לעיל שהם מדברי בעל הסתמא, אינם מסתברים כלל. זאת משום שמהירושלמי משמע שר' יוחנן לא היה נוכח בזמן שר' זירא הקשה את קושייתו לפני ר' יסא. בכל אופן, בין אם ר' יסא הוא שענה זאת ובין אם זוהי תשובת בעל הסתמא של הירושלמי, התשובה לא ניתנה על ידי ר' יוחנן עצמו. אך מאחר שר' יסא או בעל הסתמא של הירושלמי סברו שזוהי הדרך ליישב את דברי ר' יוחנן, ניתן לשער שאכן כך הבין ר' יוחנן את שיטת ר' מאיר.

שהובנו דבריו (שבבבלי הובאו בשם ר' אלעזר) על ידי הבבלי.²⁰ אלא שהירושלמי לא הכיר את התוספתא הזו ולכן הוא נאלץ להבין שקביעת ריו"ח התייחסה למשנה, ועקב זאת נוצרו כל הקשיים הנ"ל. אך הבבלי שהכיר את התוספתא, הבין את דברי ר' יוחנן (שנאמרו מפי ר' אלעזר) כמתייחסים לתוספתא, וסרו כל הקשיים הנ"ל.²¹

מחלוקת האמוראים בפירוש "הראיה" שבמשנה

מחלוקת התנאים במשנה נידונה בהרחבה בסוגיית הבבלי (בבא בתרא קנג ע"א-קנה ע"א) :

1. וחכמים אומרים: המוציא מחבירו עליו הראיה וכו'. ראה במאי? רב הונא אמר: ראה בעדים; רב חסדא ורבה בר רב הונא אמרי: ראה בקיום השטר. רב הונא אמר ראה בעדים, קא מיפלגי בפלוגתא דר' יעקב ורבי נתן, רבי מאיר כרבי נתן, ורבנן כרבי יעקב; רב חסדא ורבה בר רב הונא אמרי ראה בקיום השטר, קא מיפלגי במודה בשטר שכתבו צריך לקיימו,

²⁰ יתכן שר' יוחנן אמר רק: "במחלוקת" בלא פירוט שמות החכמים שלהם התכוון, בדומה ללשון ר' אלעזר בבבלי: "כמחלוקת" (ב"ב קנג ע"ב, קטע 3). (אך בירושלמי אמירה כזו מלווה בדרך כלל בהצגת שמות החכמים).

²¹ וראה ש' ספראי, בימי הבית, עמ' 599-609, דוגמאות שבהם ישנה עדיפות למסורת של הבבלי בנוגע לתורת ארץ ישראל על פני המסורת של הירושלמי. על התופעה של תוספתא המוכרת לבבלי ולא לירושלמי, ראה ב' קצוף, היחס, בעיקר עמ' 217-226. על התופעה של זיהוי מוטעה על ידי בעלי הסתמא של האמירה שאליה רמז האמורא כשהתייחס לדברי תנאים למשל באמצעות המונח: "כולהו סבירא להו", ראה מוסקוביץ, כולו, עמ' 316-319. על תופעת הקיצור בהבאת דברי תנאים ואמוראים בבבלי, קיצור שלעיתים הוביל להשלמתו באופן מוטעה, ראה ד' רוזנטל, על הקיצור, ושם גם ביחס לירושלמי בעמ' 796-798.

לפי מסקנתי אין לקבל את הצעתו של וייס, מחקרים, עמ' 11, שהציע לפרש את הבבלי על פי הירושלמי, כלומר את דברי ר' אלעזר שבבבלי יש לפרש כמתייחסים למחלוקת שבמשנה. וראה עוד בדברי וייס שם שכתב, שדברי ר' יוחנן שביאר "ראה בעדים", תואמים את דבריו לענין ספק טומאה, משום שלפי ביאור ריש לקיש "ראה בקיום השטר", אין קשר בין מחלוקת התנאים במשנה העוסקת במעמד שטר שאינו מקוים לבין שאלת ספק טומאה. אך לפי מסקנתי, שפירושו של הבבלי לדברי ר' יוחנן/אלעזר לענין ספק טומאה, שהם מתייחסים לתוספתא ולא למשנה, הוא כנראה הנכון, אין לקשור את שיטת ר' יוחנן בפירוש המשנה לדבריו לענין ספק טומאה. לאור האמור ברור שגם את מסקנתו של וייס שם עמ' 12, שלעומת סוגיית הבבלי, סוגית הירושלמי "היא סדורה ומשוכללת על הצד הכי טוב" קשה לקבל.

דר"מ סבר: מודה בשטר שכתבו - אינו צריך לקיימו, ורבנן סברי: מודה בשטר שכתבו - צריך לקיימו.

2. והא איפליגו בה חדא זימנא! דתניא: אין נאמנין לפוסלו, דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים: נאמנין! צריכא, דאי איתמר ההיא, בההיא קאמרי רבנן, משום דאלימי עדים ומרעי שטרא, אבל הכא הוא דלאו כל כמיניה - אימא לא; ואי איתמר בהא, בהא קאמר ר' מאיר, אבל בהך אימא מודה להו לרבנן, צריכא.

3. וכן אמר רבה: ²² ראה בעדים. א"ל אביי: מאי טעמא? אי נימא, מדכולהו כתיב בהו כד הוה מהלך על רגלוהי בשוקא, ובהא לא כתיב בה - שמע מינה שכיב מרע הוי, אדרבה, מדכולהו כתיב בהו כד קציר ורמי בערסיה, והא לא כתיב בה - שמע מינה בריא הוי! איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי, אוקי ממונא בחזקת מריה.

4. ובפלוגתא, דרבי יוחנן אמר: ראה בעדים, ור' שמעון בן לקיש אמר: ראה בקיום השטר. איתיביה רבי יוחנן לרבי שמעון בן לקיש: מעשה בבני ברק וכו'. ²³

בקטעים 4,3,1 מובאות הדעות של האמוראים השונים בנוגע לשאלה איזו ראיה דורשים חכמים שאמרו במשנה: "המוציא מחברו עליו הראיה". רב חסדא, רבה בר רב הונא וריש לקיש פירשו שהראיה הנדרשת היא קיום השטר. שיטה זו רחוקה מאוד מהמשתקף מפשוטה של לשון המשנה. בכל המקומות במקורות התנאיים, שבהם מובא הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", הראיה הנדרשת היא זו שבכוחה לפשוט את הספק שהתעורר במקרה שלגביו נאמר דין זה. לעומת זאת לפי פירושם של אמוראים אלה, הספק העומד לפנינו, האם הנותן היה שכיב מרע או בריא, לא יפוט על ידי הראיה של קיום השטר. ראיה זו רק תיתן תוקף לשטר, שעל ידו יוכל מקבל המתנה להוציא את המתנה מיד הנותן, למרות שהוא לא הוכיח שהנותן לא היה שכיב מרע בשעת הנתינה. ²⁴ קושי נוסף על שיטה זו

²² כן גרסת כת"י המבורג, אסקוריל ודפוס פיזרו. בכת"י מינכן, פלורנץ, פריז ווטיקן הנוסח: "רבא", וכן כתב הרשב"א בשם ר' חננאל. (וראה לעיל הערה 14).

²³ קטע זה יידון בהרחבה בהמשך.

²⁴ אמוראים אלה מייחסים לחכמים שבמשנה תפיסה שעל פיה דין קיום שטרות מבוסס על הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה". לפי זה כל שטר שאינו מקוים יוצר רק ספק ראיה, משום שהוא חשוד כמזויף, ולכן על בעל השטר מוטלת חובת הראיה שהשטר אינו מזויף.

הוא, שפירוש הראיה שבדברי חכמים אינו תואם את פירוש הראיה שבדברי ר' מאיר. שהרי בדברי ר' מאיר ודאי יש לפרש שהראיה היא על ידי עדים (כמו שכתבו התוס' על אתר בד"ה ראה). וראה בתוס' על אתר (קנ"ד ע"א ד"ה וכן), שביארו שמטעם זה לא הלך רבה (קטע 3) בדרך זו, אלא ביאר: "ראה בעדים".

ביאור מחלוקת רב חסדא ורבה בר רב הונא (קטע 1) שנאמר בארמית, כנראה שאינו מדברי האמוראים עצמם אלא הוא דברי הסתמא דגמרא בביאור דבריהם, כמצוי בתלמוד.²⁵ בשיטת המפרשים: "ראה בעדים" ביאר בעל הסתמא את מחלוקת התנאים שבמשנה כתלויה במחלוקת התנאים שבתוספתא. בביאור זה של בעל הסתמא ישנם מספר קשיים. הקביעה שר' מאיר הלך בשיטת ר' נתן קשה משום שהיא דורשת לעשות אוקימתא במשנה, שבשעה זו בריא הוא (כדברי רשב"ם ד"ה ר"מ). לאוקימתא זו אין כל רמז בלשון המשנה. גם מדברי רב הונא בריה דרב יהושע (בחלק הראשון של סוגיית הבבלי שהובא לעיל בקטע 2) משמע קצת שהוא לא סבר שר' מאיר הלך בשיטת ר' נתן. זה משתמע מכך שהוא לא תלה את דברי רבה המוזכרים שם בשיטת ר' מאיר, המופיעה במשנה המוכרת לכל, אלא בשיטת ר' נתן שבתוספתא.²⁶

גם הקביעה שחכמים שאמרו "המוציא מחברו עליו הראיה" סוברים כר' יעקב קשה, שכן גם היא דורשת לעשות אוקימתא בדברי המשנה. על פי קביעה זו המשנה מדברת על מקרה שהמתנה עדיין בידו של הנותן, שהרי ביחס למקרה שהיא ביד המקבל, קבע ר' יעקב שהנותן מוציא מידי בלא ראה. כנגד אוקימתא זו יש לטעון שמהלשון הסתמית של המשנה "המוציא מחברו" משתמע שמדובר בכל מקרה של הבא להוציא מיד חברו כולל מקרה שהמתנה ביד המקבל. סיוע לטענה זו אפשר להביא מהתוספתא (ב"מ פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108), המתייחסת למקרה דומה של ספק במכירה: "המוכר פרה לחבירו וילדה זה אומ' ברשותי ילדה... זה אומ' ברשותי וזה אומ' ברשותי... ר' יהודה לעולם הולד בחזקת המוכר וחכמים אומ' המוציא מחבירו עליו הראיה". מדברי ר' יהודה מוכח שמדובר גם במקרה שהבהמה ברשות הקונה, ועל דבריו חולקים חכמים ואומרים "המוציא מחברו

²⁵ כן הוא גם כשהטעם שבתלמוד מופיע באופן רצוף לדברי האמוראים (ראה פרידמן, על דרך, בעיקר עמ' 301-303), קל וחומר במקרה זה שבו הטעם נאמר כמאמר עצמאי של התלמוד לאחר הצגת דברי האמוראים. וראה פ"צ הימן, בירור, עמ' 29 הערה 20, שייחס את הקטע הזה ואת הקטע שאחריו לבעל הסתמא.

²⁶ על פי זה מיושבת קושיית התוס' על אתר (קנ"ד ע"ב ד"ה כמאן), ראה הימן, בירור, עמ' 29 הערה 20. גם קושיות התוס' בדף קנ"ד ע"א ד"ה וכן, וקנ"ד ע"ב ד"ה אלא מיושבות על פי זה.

עליו הראיה". אמנם את דברי ר' יעקב פירש אפשטיין (שדבריו הובאו בתחילת פרק זה), שהם תואמים את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", ולפי דבריו לא נדרש לעשות אוקימתא במשנה. שהרי לדבריו גם אם המתנה ביד המקבל, הוצאתה מידו נחשבת יישומו של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". אך מלבד הקשיים שיש בפירושו כנ"ל (ליד הערה 7), מדברי התוספתא בב"מ פ"ח הנ"ל מוכח שהכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מנוגד לפיתרון של העמדת החפץ ביד המקנה.

יתכן שהביאור שנותן בעל הסתמא דגמרא לשיטת רב הונא, שהוא מוקשה כאמור, נובע מהרצון לצמצם את מחלוקת התנאים בנושא, באמצעות איחוד מחלוקת התנאים שבמשנה עם מחלוקת התנאים שבברייתא.²⁷ כשם שהקטע העוסק בביאור דברי האמוראים שנחלקו "ראיה במאי", הוא מדברי הסתמא דגמרא כאמור, גם הקטע שאחריו (קטע 2), הדן באמור בקטע שקדם לו, מדברי הסתמא דגמרא הוא.²⁸ לאור זה, אם נשמיט את שני הקטעים הסתמיים, תתחבר פתיחת הקטע הבא (3): "וכן אמר רבה ראה בעדים", באופן ישיר למחלוקת האמוראים בשאלה "ראיה במאי", שהוזכרה בתחילה (קטע 1). ונראה שדברי רבה לא צורפו לדברי רב הונא (כדרך שדברי רב חסדא ורבה בר רב הונא הובאו יחדיו), משום שדברי רבה מובאים במסגרת דו-שיח שהתנהל בינו לבין אביו בשאלת טעמים של חכמים שבמשנה, ועורך הסוגיה רצה להביא את דברי רבה כפי שנאמרו במקורם במסגרת דו-שיח זה.

לאור כל האמור יותר מסתבר שלדעת רב הונא ורבה שביארו "ראה בעדים", אין לקשור את מחלוקת התנאים במשנה למחלוקת התנאים בתוספתא.²⁹ את ההסבר למחלוקת התנאים שבמשנה

²⁷ וראה גולדברג, דרכים, עמ' 142-145, אודות דרכם של אמוראי בבל לצמצם מחלוקת תנאים באמצעות פרשנות הדומה לפרשנות בעל הסתמא בסוגיה זו.

²⁸ פרט לכך שקטע זה הוא אנונימי, גם הנושא שבו הוא עוסק - הצורך בהבאת המחלוקת בשני המקורות התנאיים, הוא בעל אופי מאוחר. ראה כהן, ביקורת, בעיקר עמ' שמב הערה 55, שלדעתו העיסוק בצריכותא מאפיין את הגישה הבתר אמוראית. וראה לעיל הערה 25.

²⁹ ראה תוס' (ד"ה וכן) שהתקשו מדוע ביאר רבה את דברי חכמים שבמשנה "המוציא מחברו עליו הראיה" - "ראה בעדים". והרי על פי ביאור זה, עמדת ר' נתן, שבה נקט רבה לפי ביאורו של רב הונא בריה דרב יהושע (קנג ע"ב, קטע 2 בציטוט של הבבלי שהובא לעיל), היא עמדת ר' מאיר שחכמים חולקים עליה במשנה. אך לפי מה שכתבתי, שתלייה זו של מחלוקת התנאים שבמשנה במחלוקת התנאים שבתוספתא, שנאמרה על ידי בעל הסתמא, יש בה קושי רב, מסתבר שרבה לא התכוון לכך. לפי זה אף אם רבה אכן סבר להלכה כר' נתן שמהמצב העכשווי יש להסיק על המצב בשעת נתינת

ניתן למצוא בדו-שיח שבין אביי לרבה, דו-שיח העוסק בהבנת שיטת חכמים במשנה. לפי שיטת האמוראים שהראיה היא בקיום השטר, במקרה זה בעצם אין מקום ליישום הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", משום שמקבל המתנה שבא להוציאה מהנותן יש ראייה בידו בדמות השטר. זאת מתוך הנחה שעלינו ללכת אחר המשתמע ממשמעותו הפשוטה של לשון השטר. לפי רבה שפירש את כוונת חכמים "ראיה בעדים", אין השטר במקרה זה מהווה לדעתם ראייה מספקת כדי להוציא מידי המחזיק, וזאת מחמת האפשרות שבשעת כתיבתו היה הנותן שכיב מרע. כנגד טענה זו מתקומם אביי. הוא טוען כנגדה, שעקרונית ראוי השטר להוות ראייה מספקת כדי להוציא מהמחזיק. ואם רבה מצדיק גישה אחרת משום שיש חיסרון בלשון השטר, שלא מפורש בו שבמתנת בריא מדובר, חיסרון זה מתקזז על ידי העובדה שגם לא מפורש בו שמתנת שכיב מרע הוא. מזה מתברר שסברת ר' מאיר היא כפי שהציג אביי, שהשטר בכוחו עומד, והוא נחשב ראייה שבכוחה להוציא מיד המחזיק. לעומת זאת את עמדת חכמים מבאר רבה: "איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי, אוקי ממונא בחזקת מריה". כלומר העדר הציון המפורש שבמתנת בריא מדובר, אכן מהווה חיסרון בכוח השטר. אמנם ישנו חיסרון נגדי בכך שלא צוין שמתנת שכיב מרע הוא, אך זה אינו מחזיר לשטר את כוחו, אלא מעמידו בתורת ספק ראייה, ולכן מיישמים חכמים לגביו את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". גישה זו תואמת את שיטת רבי המובאת בירושלמי (ב"ב פ"ט ה"ו) על ידי ר' ינאי: "יד השטרות לתחתונה". ואכן ר' יוחנן הביא סימוכין לקביעתו זו של רבי מדברי חכמים שבמשנה: "המוציא מחברו עליו הראיה", ור' ינאי רבו קילסו על כך.³⁰

המתנה, שתי הדרכים שהוצעו לבאר את המשנה - ראייה בעדים או בקיום השטר, אינן נוגעות לשאלה זו, שהרי על פי שתיהן, התנאים שבמשנה אינם הולכים בשיטת ר' נתן. האמור לעיל נוגע לקישור בין מחלוקת התנאים במשנה למחלוקת התנאים בתוספתא לפי הסוברים ראייה בעדים. אך ראה בתוס' על אתר בע"ב ד"ה אלא, שפירשו שהטעם של חכמים גם לדעת הסוברים "ראיה בקיום השטר" הוא, שהם סוברים כשיטת ר' נתן שהולך אחר המצב העכשווי, ומאחר שעתה הנותן בריא הוא, שטרו נידון כשטר מתנת בריא. לפי דברי התוס' נדרש לעשות אוקימתא במשנה, שמדובר דוקא כשהנותן בריא עתה, וזה דחוק (כנ"ל ליד הערה 26). וראה פירוש ר' אשר מלוניל, שיטת הקדמונים על מסכת בבא בתרא חלק שני, ניו-יורק, תשמ"ב, עמ' שצה-שצו, שפירש את טעמו של אביי בלא להזדקק לשיטת ר' נתן.

³⁰ אמנם אביי עצמו סובר גם הוא ש"יד בעל השטר על התחתונה" (בבלי קידושין פג ע"ב, ב"ב קסו ע"א), אך לדעתו במקרה זה שלא מפורש בשטר, לא שהוא שטר מתנת שכיב מרע ולא שהוא שטר מתנת בריא, יש להתייחס אליו כאל שטר רגיל.

יתכן שמה שהביא את רב חסדא ורבה בר רב הונא לבאר את דברי חכמים שבמשנה: "ראה בקיום השטר", שהוא ביאור דחוק מאוד כאמור, הוא הזדהותם הגמורה עם סברת אביי, שעל פיה אין מקום ליישם במקרה זה את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה".

בהמשך סוגיית ירושלמי (פ"ט ה"ו) נאמר:

שמואל אמר: חילופין היא מתניתא. מהו חילופין היא מתניתא? חברייה רברביא אמרי: "עדים", חברייה זעירייה אמרי: "אין עדים", כלום פליגי אלא על העדים! אמר רבי אחא: כיון שאמרתי לכם לכתוב שכיב מרע ולא כתבתם שקרים אתם.

לפי פירושו של אפשטיין מבוא, עמ' 225-226 הירושלמי באומרו "עדים/אין עדים" מתייחס למחלוקת המופיעה בבבלי המובאת בבבלי ב"ב קלח ע"ב:

ת"ר: שכיב מרע שאמר מנה יש לי אצל פלוני - העדים כותבין אף על פי שאין מכירין, לפיכך כשהוא גובה - צריך להביא ראיה, דברי ר' מאיר; וחכ"א: אין כותבין אלא מכירין, לפיכך כשהוא גובה - אין צריך להביא ראיה.

אפשטיין מפרש שהביטוי "עדים" שבירושלמי רומז לשיטה הראשונה שבבבלי: "העדים כותבין", והביטוי "אין עדים" רומז לשיטה השנייה: "אין כותבין". על פי פירושו, הירושלמי מבאר את דברי שמואל: "חילופין היא מתניתא" על פי ברייתא זו. הכינוי "חבריה רברביא" שבו משתמש הירושלמי מתייחס לר' מאיר, שבבבלייתא זו דורש מבעל השטר להביא ראיה, והכינוי "חבריה זעירייה" מתייחס לרבי שבתוספתא ב"ב פ"ח ה"ח (מהדורת ליברמן עמ' 159) הולך בדרכה של השיטה השנייה שבבבלייתא, ואינו דורש ממנו להביא ראיה. על פי זה ביאר אפשטיין את הקושיה: "כלום פליגי אלא על העדים" כתמיהה על ההשוואה בין ברייתא זו, העוסקת בדרישה מהעדים בזמן כתיבת השטר, לבין משנתנו העוסקת במשמעות השטר. את תשובת רב אחא ביאר אפשטיין כך: "זאת אומרת כתבו אע"פ שלא הכירו", אך לא הבנתי את כוונתו (וראה י' פלורסהיים, סוגיות, עמ' פג, שגם הוא לא ירד לסוף דעתו של אפשטיין). יתכן שיש לפרש (בהתאם לפירושו של אפשטיין לסוגיה זו), שכוונת ר' אחא היא, ללמוד מהטענה שיכול השכיב מרע להשמיע כנגד העדים, אם לא יכתבו שמדובר במתנת שכיב מרע, שעדים רגילים להקפיד על כתיבה זו כדי שלא יחשבו שקרנים. לאור זה, כשלא כתבו בשטר "שכיב מרע" עלינו להסיק בוודאות שמדובר בשטר של מתנת בריא. לפי זה יש בדברי רב אחא פירוש לטעמו של ר' מאיר במשנה, שמתבסס על השטר כדי להוציא ממון, ואינו מיישם במקרה זה את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". טעם זה דומה לטעם שנותן אביי לדבר, אלא שיש בו תוספת של דגש על הוודאות שאכן השטר נכתב כשטר מתנת בריא, בעוד שבדברי אביי לא מודגשת הוודאות מצד התנהגות העדים, אלא היות השטר דומה לשטר רגיל.

מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש בהבנת מחלוקת התנאים במשנה

בהמשך סוגיות הבבלי והירושלמי מוצגות בהרחבה שיטותיהם ודיוניהם של ר' יוחנן וריש לקיש בהבנת מחלוקת התנאים שבמשנה. לאחר מכן מוצעת בבבלי ואולי גם בירושלמי החלפת שיטות התנאים שבמשנה. נעבור איפא להמשך סוגיית הבבלי (ב"ב קנד ע"א):

1. ובפלוגתא, דרבי יוחנן אמר: ראייה בעדים, ור' שמעון בן לקיש אמר: ראייה בקיום השטר. איתביה רבי יוחנן לרבי שמעון בן לקיש: מעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת, ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה בשעת מיתה, ובאו ושאלו את רבי עקיבא: מהו לבדוק? אמר להם: אי אתם רשאים לנוולו; ועוד, סימנין עשויין להשתנות לאחר מיתה; בשלמא לדידי דאמינא: ראייה בעדים, כיון דאמר ללקוחות אייתו עדים ולא אשכחו, היינו דקא אתו ואמרו ליה: מהו לבדוק; אלא לדידך דאמרת: ראייה בקיום השטר, למה להו לבדוק? לקיימו שטרייהו ולוקמו בנכסי! מי סברת: נכסי בחזקת בני משפחה קיימי, וקא אתו לקוחות ומערערי? נכסי בחזקת לקוחות קיימי, וקא אתו בני משפחה וקא מערערי. הכי נמי מסתברא, מדקאמר להו: אי אתם רשאים לנוולו, ואישיקו; אי אמרת בשלמא בני משפחה קא מערערי, משום הכי אישיקו, אלא אי אמרת לקוחות קא מערערי, אמאי שתיקי? לימרו ליה: אן זוזי יהבינן ליה, לינוול ולינוול! אי משום הא לא איריא, הכי קאמר להו: חדא, דאי אתם רשאים לנוולו; ועוד, וכי תימרו זוזי שקל, לינוול ולינוול, סימנים עשויין להשתנות לאחר מיתה.

2. (ת"ש)³¹ שאל רבי שמעון בן לקיש את רבי יוחנן, זו ששנויה במשנת בר קפרא: הרי שהיה אוכל

שדה ובא בחזקת שהיא שלו, וקרא עליו אחד ערער לומר שלי היא, והוציא זה את אונן לומר שמכרתה לי או שנתתה לי במתנה, אם אמר: איני מכיר בשטר זה מעולם - יתקיים השטר בחותמיו, אם אמר: שטר פסים הוא זה, או שטר אמנה, שמכרתי לך ולא נתת לי דמים, אם יש עדים - הלך אחר עדים, ואם לאו - הלך אחר השטר; לימא, ר' מאיר היא, דאמר: מודה בשטר שכתבו אינו צריך לקיימו, ולא רבנן! אמר ליה³²: לא, שאני אומר: דברי הכל - מודה בשטר שכתבו אינו צריך לקיימו. והא מיפלג פליגי! [דתניא]:³⁴ אין נאמנין לפוסלו, דברי ר'

³¹ כת"י פריז ודפוס פיזרו גרסו "תא שמע", בכת"י המבורג ובשאר עדי הנוסח ליתא. הר"י מגאש והרמ"ה הביאו את שתי הנוסחאות, והרמב"ן והרשב"א הסתייגו מהנוסח "ת"ש". מהעדרו של ה"ת"ש" בעדי נוסח חשובים נראה שצדקו וייס (מחקרים עמ' 11) ופ"צ הימן (בירור, עמ' 30 הערה 26), שכתבו שהיא תוספת מאוחרת. וראה בדבריהם שם שכתבו שהיא תוספת שנועדה לחבר את שתי היחידות הנפרדות ליחידה אחת. באשר לפירוש נוסח זה, עי' בדברי הר"י מגאש (ד"ה אמר רבי זירא) שפירש את הנוסח "ת"ש" כמתייחס לפסק ההלכה. שמאחר שבדרך כלל ההלכה היא כר' יוחנן, היינו מסיקים מהסוגיה הקודמת, שלהלכה המודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, שהרי ר' יוחנן פירש המשנה ראה בעדים, ומשמע שאת השטר לא נדרש הוא לקיים. לכן מביא התלמוד בתורת "ת"ש" את הסוגיה הבאה שממנה מוכח שר' יוחנן אמר ראה בקיום השטר, ויש להחליף את דעתו עם דעת ריש לקיש, וממילא יש לפסוק שהמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו. (המהרש"ל בחכמת שלמה כתב: "ני"ל סתם התלמוד אומר ת"ש עד סוף הסוגיא שמהפך דברי ר' יוחנן לריש לקיש". וראה קריימר, Stylistic, עמ' 279-280, שטעה בהבנת דברי המהרש"ל, וסבר שכוונתו לכך שכל הסוגיה היא מדברי סתם התלמוד, שזה בלתי אפשרי בעיקר לאור המקבילה בירושלמי. אך כוונת המהרש"ל לא הייתה אלא ליישב הנוסח "ת"ש", ולבאר שבעל סתם התלמוד הביא את כל הסוגיה האמוראית, וכן את הקטע הסתמי שאחריה, שמסקנתו היא שיש להפך את דעות ר' יוחנן וריש לקיש, כדי ללמוד מכך על הסוגיה הקודמת, וזה דומה לפירוש הר"י מגאש).

³² בכת"י המבורג ואסקוריאל לא גורסים "אמר ליה" וכן בהמשך הקטע (בכת"י אסקוריאל בתשובתו של ר' יוחנן לשאלת ריש לקיש היה כתוב: "אמר לך" ונמחק). פ"צ הימן, בירור עמ' 30 הערה 30, שציין את כת"י פלורנץ כעד נוסח שלא גרס "אמר ליה" טעה. וראה להלן בהערה 35.

³³ כן הגרסה בכת"י המבורג ובדפוס פיזרו. שאר עדי הנוסח אינם גורסים: "לא". (לפי ממצא זה קשה לקבל את הצעתו של ש. אטלס, לתולדות, עמ' י, שתשובת ר' יוחנן היתה רק "לא", והשאר הושם בפיו על ידי חכמי התלמוד. אטלס עצמו ידע על העדרה של המילה "לא", רק מכת"י מינכן. ראה גם ביקורתו של קריימר (Stylistic, עמ' 284 הערה 34) על הצעתו של אטלס).

³⁴ גרסת הדפוסים: "דתנן", אך ודאי אינה משנה (וראה אפשטיין, מבוא, עמ' 843 ואילך). בכת"י המבורג ופריז הנוסח: "ותניא", בכת"י פירנצה, מינכן ווטיקן ליתא "דתנן/דתניא".

מאיר, וחכמים אומרים: נאמנין! אמר ליה: ³⁵ אי עדים אלימי ומרעי שטרא, איהו כל כמיניה?
 אמר ליה, והלא משמך אמרו: יפה ערערו בני משפחה! אמר ליה: זו אלעזר אמרה, אני לא
 אמרתי דבר זה מעולם. אמר רבי זירא: אם יכפור רבי יוחנן ברבי אלעזר תלמידו, יכפור ברבי
 ינאי רבו? דאמר רבי ינאי אמר רבי: מודה בשטר שכתבו (אינו) ³⁶ צריך לקיימו, ואמר ליה רבי
 יוחנן: רבי, לא משנתנו היא זו, וחכמים אומרים: המוציא מחבירו עליו הראיה, אין ראיה
 אלא בקיום השטר?

3. ברם נראין דברי רבינו יוסף, דאמר רבינו יוסף אמר רב יהודה אמר שמואל: זו דברי חכמים,
 אבל רבי מאיר אומר: מודה בשטר שכתבו שצריך לקיימו. ³⁷ והא איפכא תנן, וחכמים

³⁵ "אמר ליה" היא גרסת הדפוסים, אך ליתא בכת"י פירנצה ווטיקן, (ובכת"י פריז נוסף בגליון "אמ'
 ליה ר' יוחנן"). ונראה שמזה שבתשובתו הבאה של ר' יוחנן גורסים עדי נוסח אלה (ראה הערה 32):
 "אמר ליה", קצת סיוע לדברי וויס, מחקרים, עמ' 9 הערה 15, שהקטע מ"והא מפלג" עד "כל כמיניה"
 תוספת עריכה הוא ולא מדברי ר' יוחנן וריש לקיש (וכמו שכתב קריימר, Stylistic, עמ' 281 בהערה
 32). וקצת נראה כן מלשונו של הר"י מגאש על אתר (ד"ה לימא) שביחס לקטע זה כתב: "ודייקין
 בגמרא וכו'", ולא ייחס קושיה זו לריש לקיש. סיוע נוסף לטענתו של וייס ניתן למצוא בתופעה שעמד
 עליה קריימר, Stylistic, עמ' 281-283, שהקטע הזה הוא היחיד (במסגרת סוגיית משנת בר קפרא)
 שאינו בעברית אלא בארמית, ושאין לו מקבילה בקטע המקביל בירושלמי. (יתכן שניתן לראות
 בחילופי גרסאות נוספים סיוע להשערתו של וייס. למשל "חדא זימנא" שבכת"י וטיקן ואסקוריאל, או
 הופעת "תניא" לפני הצגת הברייתא בכת"י המבורג ואסקוריאל). אך אין לסייע לדבריו מהקבלת קטע
 זה לקטע 4 העוסק בצריכותא, שלפי דברי כהן, ביקורת, בעיקר עמ' שמב הערה 55, מאפיין את הגישה
 הבתר אמוראית. משום שניתן לומר שהקטע הסתמי שם מבוסס על קטע אמוראי זה (קריימר,
 Stylistic, עמ' 281 בהערה 32 העלה כהשערה את האפשרות שקטע זה מושפע מהקטע הסתמי
 שבעמוד א). וראה להלן הערה 55.

³⁶ בכת"י וטיקן ובדפוס פיזרו הגרסה: "אינו צריך", בשאר עדי הנוסח: "צריך". וראה בפירוש הרמ"ה
 על אתר שהביא את שתי הנוסחאות ופירשם, והסיק שהנוסח: "צריך" עיקר, וכמסקנתו מוכח
 מהמקבילה בירושלמי. (וראה פ"צ הימן, בירור, עמ' 31 הערה 32, שטען כנגד הגרסה: "אינו צריך",
 שלפי זה לא ברור כיצד הוכיח ר' יוחנן מהמשנה את נכונות דברי רבי. אך ראה בפירוש הרמ"ה שאכן
 פירש שלפי נוסח זה ר' יוחנן לא הביא סיוע לדברי רבי אלא הקשה עליו. אגב, לא דייק הימן שם בכך
 שנקט בקושייתו זו בלשון: "ש"ייד השטרות לעליונה", המתאימה לאופן הבאת דברי ר' יוחנן
 בירושלמי ולא לאופן הבאתם בבבלי).

³⁷ כן בכל עדי הנוסח פרט לכת"י פירנצה שגרס: "אבל ר' מאיר אומ' המוציא מחבירו עליו הראייה".

אומרים: המוציא מחבירו עליו הראיה! איפוך. והא תניא: אין נאמנין לפוסלו, דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים: נאמנין! איפוך. והא רבי יוחנן ראייה בעדים קאמר! איפוך. לימא, ליפוך נמי תיובתא! לא, הכי קאמר ליה רבי יוחנן לר' שמעון בן לקיש: בשלמא לדידי דאמינא ראייה בקיום השטר, היינו דמשכחת לה דנחתי לקוחות לנכסים, אלא לדידך דאמרת ראייה בעדים, היכי משכחת לה דנחתי לקוחות בנכסים? אמר ליה: מודינא לך בערער דבני משפחה דלאו ערער הוא, מאי קאמרי? קטן היה, חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה גדול.

הראשונים על אתר נחלקו בנוגע ליחס בין קטע 1 לקטע 2. הר"י מגאש (ד"ה אמר רבי זירא) והרמב"ן בפירושו הראשון ביארו, שבקטע 2 מקשה ריש לקיש על העמדה שהציג ר' יוחנן בקטע 1. אך הוצרכו לפי זה לומר שקושייתו היא לפי מסקנת התלמוד (בקטע 3) שיש להפוך את שיטותיהם של ר' יוחנן וריש לקיש, והקושיה היא איפא על הפירוש: "ראיה בקיום השטר".³⁸ לעומת זאת בפירושו השני כתב הרמב"ן שיש לפרש שהשאלה בקטע 2 אינה קושיה על דברי ר' יוחנן שבקטע הקודם אלא היא שאלה העומדת בפני עצמה.

התבנית: "שאל פלוני את פלוני" מופיעה בבבלי עשרות פעמים. בכולם היא מופיעה כפתיחה לשאלה עצמאית, ולא כקושיה על האמור קודם לכן. לאור זה נראה שיש להצדיק את פירושו השני של הרמב"ן. לפי זה קטעים 1-2 מהווים שתי סוגיות נפרדות העוסקות בנושאים שונים.³⁹ קטע 1 הוא סוגיה שהנושא שלה הוא פירוש "הראיה" שבדברי חכמים שבמשנה, והוא משלב בסוגיה הבבלי העוסקת בשאלה זו, את עמדתם של חכמי ארץ ישראל. הסוגיה שבקטע זה מציגה מחלוקת חזיתית

לאחר משפט זה נוסף בדפוסים: "ומאי דברי הכל? דרבנן לגבי רבי מאיר דברי הכל היא", והוא פירוש שנכנס מהגליון (דקדוקי סופרים; אפשטיין, מבוא, עמ' 224 הערה 3. וראה ש. אטלס, לתולדות, עמ' י, ששיער שתוספת זו מקורה בפירוש הרשב"ם על אתר ד"ה ברם).

³⁸ וראה וייס, מחקרים, עמ' 13 שכתב: "ולחנם נלאו המפרשים למצוא בה איזו קושיה לר"י שאומר בעדים". אך המפרשים לא פירשו שהקושיה היא על פירושו של ר' יוחנן: "ראיה בעדים", אלא על פירושו: "ראיה בקיום השטר" לפי מסקנת התלמוד.

³⁹ בצדק הדגישו, איפה, וייס, מחקרים, עמ' 11, ופ"צ הימן, בירור, עמ' 34, שמדובר בשתי סוגיות נפרדות.

בין ר' יוחנן וריש לקיש בפירוש המשנה, את קושיית ר' יוחנן על ריש לקיש⁴⁰ ואת תירוצו על קושיה זו.⁴¹ לעומת זאת קטע 2 הוא סוגיה שהמוקד שלה אינו פרשנות המשנה, אלא שאלה עצמאית שהעלה ריש לקיש בפני ר' יוחנן בדבר זיהוי התנא ששנה את משנת בר קפרא. על תשובתו של ר' יוחנן לשאלה זו, מקשים ריש לקיש או ר' זירא מספר קושיות. בקטע 3 מובאים דברי שמואל ודיון של העורך המאוחר בקשיים שדבריו מעוררים, וכן בסתירות שבין הסוגיה שבקטע 1 לבין הסוגיה שבקטע 2. מאחר שלדברי ר' יוחנן ולוויכוחיו עם תלמידיו המופיעים בקטעים אלה, ישנן הקבלות בסוגיית הירושלמי (ב"ב פ"ט ה"ו),⁴² לצורך הדיון בקטעים אלה בבבלי, אציג תחילה את סוגיית הירושלמי.

1. רבי ינאי בשם רבי: יד השטרות לתחתונה. אמר ליה רבי יוחנן: ולאו מתניתא היא "לא כתב לה שכיב מרע והוא אומר שכיב מרע וכו' ", והוה רבי ינאי מקלס ליה: "הזלים זהב מכיס בני אל יליזו מעיניך וגו' ".
2. חד טלי זבין ניכסוי, אתא עובדא קומי רבי חייה בר יוסף ורבי יוחנן, רבי חייה בר יוסף אמר: חזקה על בן דעת חתמו, רבי יוחנן אמר: מכיון שקיבל עליו לעקור נכסין ממשפחה עליו להביא הראייה.
3. אומר רבי יוחנן: יד השטרות לעליונה.
4. רבי יסא בעא קומי רבי יוחנן: מה ברבי, דרבי אמר: יד בעל השטר לתחתונה? אמר ליה: דברי הכל היא יד השטרות לעליונה.

⁴⁰ קושיית ר' יוחנן בבבלי מתבססת כמובן על מעשה שחכם קדום פסק בו (ר' עקיבא), ולא על פסיקתו שלו במעשה זה, בדומה לסיפור שבירושלמי שיובא להלן, ובדומה לתגובתו לסיפור זה, המופיעה בקטע השני (קטע 2) בבבלי: "יפה ערערו בני משפחה".

⁴¹ הקטע מ"הכי נמי מסתברא וכו' " - "ריח הוספת המסדר... נודף ממנו" (וייס, מחקרים, עמ' 13). על טענת קריימר (Stylistic, עמ' 182 ואילך, וראה פ"צ הימן, בירור, עמ' 30, הערה 24), שהקושיה המושמת בפי ר' יוחנן היא מבעל הסתמא, קשה מדוע בחר בעל הסתמא לשים קושיה זו דוקא בפיו של ר' יוחנן ולא שמה בפיהם של האמוראים שהלכו בדרכו והובאו קודם לכן - רב הונא או רבה/א. (קושיה כזו בפי רבה/א יכולה הייתה להשתלב היטב בדו-שיח בינו לבין אביו).

⁴² שקטעים ממנה הובאו לעיל. הדיון בסוגיית הבבלי הוקדם לדיון המפורט בסוגיית הירושלמי, משום שהבבלי עוסק בפרשנות המשנה, והירושלמי רק בשאלת פסק ההלכה, וכפי שכתב פ"צ הימן, בירור, עמ' 36-37.

5. והיך אתון אמרין? אתא עובדא קומי רבי חייה בר יוסף ואמר חזקה על בן דעת חתמו, ואת אמרת מכיון שקיבל עליו לעקור נכסי ממשפח' למשפחה עליו להביא ראייה, אמר ליה: אנא לא אמרית הדא מילתא.

6. אמר רבי זירא קומי רבי יסא: אפילו בעי רבי יוחנן מיכפור, ולא כן אמר רבי ינאי⁴³ בשם רבי יד בעל השטר לתחתונה, אמר ליה רבי יוחנן: ולאו מתניתא היא? אלא חכמים שהן כרבי.

לסוגיה זו שני חלקים. בחלק הראשון (קטעים 1-2) מביא ר' יוחנן סיוע מהמשנה לדברי רבי שסבר שיד בעל השטר על התחתונה (קטע 1). במעשה של חד טליא, ילד שכתב שטר מכירה, וספק האם בשעת כתיבת השטר הגיע לגיל שנדרש כדי שיהיו הקנאותיו תקיפות, פוסק ר' יוחנן הלכה על פי שיטתו זו (קטע 2). החלק השני (קטעים 3-6) פותח במימרה של ר' יוחנן, המנוגדת לעמדתו שבחלק הראשון: "יד בעל השטר לעליונה" (קטע 3), עובר לבירור שעורך עימו ר' יסא תלמידו, עד כמה מתאימה עמדתו זו לעמדת רבי, שבמפורש אמר שיד בעל השטר על התחתונה,⁴⁴ ותגובתו של ר' יוחנן, שהוא עומד על דעתו, שלדברי הכל יד בעל השטר על העליונה (קטע 4). בקטעים הבאים מקשים תלמידי ר' יוחנן על עמדתו זו מדבריו שהובאו בחלק הראשון, שמהם משמע שהוא עצמו סבר אחרת. אפשר להיווכח שסוגיית הירושלמי שהצגתי כאן "סדורה ומשוכללת על צד הכי טוב" (וייס, מחקרים עמ' 12).⁴⁵

פ"צ הימן, בירור, עמ' 35-38, טען שישנה הקבלה בין שני החלקים של סוגיית הירושלמי לבין שני הקטעים (קטע 1 וקטע 2) שבבבלי. מהקטע הראשון בירושלמי נראה כאמור שר' יוחנן סובר שיד בעל השטר על התחתונה. זה משתמע מהראיה שהוא הביא מהמשנה לדברי רבי, וכן מפסיקתו במעשה דחד טלי. תפיסה זו מחייבת להבין את דברי חכמים שבמשנה כפשוטם: "ראה בעדים". זאת משום

⁴³ ראה הערה 17.

⁴⁴ ראה וייס, מחקרים, עמ' 12, שכתב שר' יסא לא ידע כנראה על הסיוע שהביא ר' יוחנן לדברי רבי מהמשנה, עד ששמע על כך מפי ר' זירא, שהרי הוא לא הקשה לפניו מסיוע זה אלא רק מדברי רבי עצמו.

⁴⁵ לדעתי אין מקום לביקורתו של קריימר, Stylistic עמ' 283, על סוגיה זו בירושלמי, גם כשכוונתו לפאר על ידי כך את סוגיית הבבלי. אך ראה מה שכתבתי לעיל בהערה 21, שבנוגע לקטע הקודם בירושלמי שהבאתי לעיל, עדיפה בהרבה המסורת שבבבלי.

שלפי האמוראים שביארו ש"הראיה" שבדברי חכמים במשנה: היא "ראיה בקיום השטר", אם מקבל המתנה יקיים את השטר, הוא יוכל להוציא על ידו את המתנה בלא שיצטרך להביא ראיה שנותן המתנה היה בריא בשעת הנתינה, וזה אומר שיד בעל השטר על העליונה. זה תואם את שיטתו של ר' יוחנן בקטע הראשון בבבלי (קטע 1), העוסק בשאלה "ראיה במאי".

בראש החלק השני בירושלמי מוצגים כאמור דברי ר' יוחנן הסותרים את דבריו שבחלק הראשון, ובסתירה זו דנים תלמידיו בהמשך. גם בבבלי, טען הימן, נוקט ר' יוחנן בקטע השני בעמדה המנוגדת לדבריו שבקטע הראשון. לעומת פירושו למשנה: "ראיה בעדים" שבקטע הראשון (קטע 1), בסוף הקטע השני (קטע 2) הוא מוצג כסובר שיש לפרש "ראיה בקיום השטר".⁴⁶

הימן (עמ' 36) הדגיש שההבדל החשוב ביותר בין התלמודים הוא ההבדל במגמת הדיון. בירושלמי המגמה היא פסיקת ההלכה, ובבבלי המגמה היא פירוש המשנה. לאור זה הוסיף הימן (עמ' 36-37) וביאר, שחזרתו של ר' יוחנן מדבריו שבקטע הראשון בירושלמי, היא שהשפיעה על הבבלי בקטע השני לייחס לו את השיטה שהראיה היא בקיום השטר. משום שאם יוצאים מנקודת הנחה שההלכה היא כדברי חכמים, אזי טוען הימן, את עמדתו החדשה של ר' יוחנן: "יד השטרות על העליונה", יש רק אפשרות אחת להבין: "ראיה בקיום השטר". שהרי אם אין דורשים מבעל השטר אלא להוכיח ששטרו אמיתי, ועל ידי כך הוא יוכל לממש את הכתוב בשטר, זה אומר שידו על העליונה.

לדעתי קשה לקבל את כל טענותיו אלו של הימן מהסיבות הבאות:

א. תיאורו את ההקבלה בין הירושלמי לבבלי אינו מדויק. ישנו הבדל גדול בין היחס בין שני חלקי הסוגיה של הירושלמי, לבין שני הקטעים בבבלי. בירושלמי מדובר בסוגיה אחת שהובאו בה מימרות סותרות של ר' יוחנן, ובעקבות זאת מתפתח דיון בינו לבין תלמידיו מתוך כוונה ליישבם. לעומת זאת בבבלי מדובר בשתי סוגיות שונות בעלי אופי שונה לגמרי כאמור - באחת מחלוקת בפירוש המשנה, ובשנייה, שאלת זיהוי התנא ששנה את משנת בר קפרא.

ב. ההקבלה בין החלק הראשון של סוגיית הירושלמי, לבין קטע הראשון בבבלי אינה משמעותית. הפירוש של ר' יוחנן למשנה בקטע הראשון בבבלי: "ראיה בעדים", הוא כאמור (לצד הערה 24)

⁴⁶ במפורש מושם בפיו המשפט: "אין ראיה אלא בקיום השטר", וזה ברור גם מתוכן דבריו, שהרי מדברי חכמים שבמשנה: "המוציא מחברו עליו הראיה", הוא מסייע לדברי רבי שאמר: "מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו".

הפירוש הפשוט למשנה, ואין כל חידוש בכך שדבריו בירושלמי תואמים גישה פרשנית זו. אם יש חידוש בקטע הראשון בבבלי הוא בדברי ריש לקיש שחלק על ר' יוחנן ופירש: "ראיה בקיום השטר", וכן בראיה שהביא ר' יוחנן לפירוש מהמעשה בבני ברק. אך שני דברים אלו אין להם כל זכר בירושלמי.

ג. טענתו של הימן, שהבבלי בקטע השני הבין בשיטת ר' יוחנן שלדעתו פירוש המשנה הוא "ראיה בקיום השטר", מחמת העמדה החדשה שהביע בחלק השני בירושלמי: "יד בעל השטר לעליונה", אינה מסתברת כלל משתי סיבות: א. העמדה החדשה של ר' יוחנן לא נרמזה כלל בקטע זה בבבלי, ולכן לא מסתבר שדברי ר' יוחנן מוצגים באופן זה מחמת חזרתו מדבריו הראשונים. ב. בקטע השני בבבלי לא ניכרת כלל מגמה כלשהי להציג את ר' יוחנן כמי שסובר בפירוש המשנה: "ראיה בקיום השטר". פירוש זה מושם בפיו רק מחמת הצורך לבאר את דבריו בהביאו מהמשנה סיוע לשיטת רבי.

ד. טענת הימן, שמגמת הדיון של הבבלי - פירוש המשנה, היא שהשפיעה על העורך הבבלי לעבד את תורת חכמי ארץ ישראל שהגיעו לידיה, בהתאם למגמה זו, אינה משכנעת. באשר לקטע הראשון, הימן עצמו (עמ' 36) מודה שהדו-שיח בין ר' יוחנן וריש לקיש בקטע זה נראה אמיתי לחלוטין, ומאחר שהנושא של הדו-שיח הוא פירוש המשנה, לא המגמה של הדיון בבבלי גרמה להציג את מחלוקתם כמתייחסת לפירוש המשנה (כפי שטען הימן בעמ' 37-38). באשר לקטע השני, לא נכון כלל לומר שהוא עוסק בפרשנות המשנה בהתאם למגמת הבבלי, שהרי הנושא של קטע זה אינו המשנה אלא הברייתא של בר קפרא, ורק במסגרת הדיון בזיהוי התנא של ברייתא זו, עולה התייחסות למשנה וממילא גם לפירושה.

לאור דחיית ביאורו של הימן להשפעת הירושלמי על סוגיית הבבלי, אציג את עמדותי בשאלה זו. לצורך זה אציג את החלק השני של סוגיית הירושלמי כנגד הקטע השני בבבלי, שההקבלות בינו לבין הירושלמי ניכרות לעין:

ירושלמי	בבלי
<p>א. אומר רבי יוחנן: יד השטרות לעליונה.</p> <p>ב. רבי יסא בעא קומי רבי יוחנן: מה ברבי, דרבי אמר: יד בעל השטר לתחתונה?</p>	<p>א. שאל רבי שמעון בן לקיש את רבי יוחנן, זו ששנויה במשנת בר קפרא: הרי שהיה אוכל שדה... אם אמר: שטר פסים הוא</p>

<p>זה, או שטר אמנה, שמכרתי לך ולא נתת לי דמים, אם יש עדים - הלך אחר עדים, ואם לאו - הלך אחר השטר; לימא, ר' מאיר היא, דאמר: מודה בשטר שכתבו אינו צריך לקיימו, ולא רבנן!</p> <p>ב. אמר ליה: לא, שאני אומר: דברי הכל - מודה בשטר שכתבו אינו צריך לקיימו.</p> <p>ג. והא מיפלג פליגי! [דתניא]: אין נאמנין לפוסלו, דברי ר' מאיר, וחכמים אומרים: נאמנין! אמר ליה: אי עדים אלימי ומרעי שטרא, איהו כל כמיניה?</p> <p>ד. אמר ליה, והלא משמך אמרו: יפה ערערו בני משפחה!</p> <p>ה. אמר ליה: זו אלעזר אמרה, אני לא אמרתי דבר זה מעולם.</p> <p>ו. אמר רבי זירא: אם יכפור רבי יוחנן ברבי אלעזר תלמידו, יכפור ברבי ינאי רבו? דאמר רבי ינאי אמר רבי: מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, ואמר ליה רבי יוחנן: רבי, לא משנתנו היא זו, וחכמים אומרים: המוציא מחבירו עליו הראיה, אין ראיה אלא בקיום השטר?</p>	<p>ג. אמר ליה: דברי הכל היא יד השטרות לעליונה.</p> <p>ד. והיך אתון אמרין? אתא עובדא... ואת אמרת מכיון שקיבל עליו לעקור נכסי ממשפח' למשפחה עליו להביא ראייה,</p> <p>ה. אמר ליה: אנא לא אמרית הדא מילתא.</p> <p>ו. אמר רבי זירא קומי רבי יסא: אפילו בעי רבי יוחנן מיכפור, ולא כן אמר רבי ינאי בשם רבי יד בעל השטר לתחתונה, אמר ליה רבי יוחנן: ולאו מתניתא היא?</p> <p>ז. אלא חכמים שהן כרבי.</p>
---	--

ההקבלה בין הקטע השני בבבלי לחלק השני של סוגיית הירושלמי מתחילה בתשובת ר' יוחנן לשאלת/קושיית תלמידו. בבבלי התשובה היא על שאלת ריש לקיש, האם הברייתא של בר קפרא ר' מאיר היא ולא רבנן (א). בירושלמי התשובה היא על קושיית ר' יסא על ר' יוחנן מדברי רבי שהוזכרו בקטע הראשון על העמדה שר' יוחנן מביע עתה, שיד בעל השטר על העליונה (ב). בשני התלמודים (ירושלמי ג, בבלי ב) תשובת ר' יוחנן דומה, והיא כוללת את הביטוי "דברי הכל".⁴⁷ ונראה שאין כל סיבה לפקפק בעדות הבבלי על שאלת ריש לקיש ביחס למשנת בר קפרא, שהרי אין כל מקבילה ארצישראלית המכחישה זאת.⁴⁸ כמו כן יש להניח שנושא השאלה הוא כפי שמציג הבבלי, האם מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו. זאת משתי סיבות: א. משנת בר קפרא עוסקת בנושא זה,⁴⁹ שהרי היא מעמידה מקרה שבו זה שהשטר מעיד כנגדו מודה שהוא כתב את השטר לעומת מקרה שבו הוא כופר בכך, ורק במקרה זה היא מצריכה את קיום השטר. ב. לא נראה שביחס לברייתא זו ניתן לדון בשאלה האם ידו של בעל השטר על העליונה או על התחתונה, שזהו נושאה של המשנה בב"ב לפי פשוטה כנ"ל. משום שאם יכול היה הנתבע, כשמוציאים כנגדו שטר, לטעון שטר פסים או שטר אמנה הוא, ביטול כוחו של השטר.⁵⁰ אלא ברור, שבכל מקרה כיוצא בזה הכל מודים שיד בעל השטר על העליונה. רק במקרה שיש חשש של מתנת שכיב מרע או של מתנת קטן, יש מקום לדון האם יד בעל השטר על העליונה או שהמוציא מחברו עליו הראיה, ובהתאם לסברות שנידונו בדו-שיח בין אביי ורבה (בבבלי בב"ב קנד ע"א).

⁴⁷ כן בכל עדי הנוסח של הבבלי. ומה שכתב ש. אטלס, לתולדות, עמ' י, שבכת"י מינכן ליתא "דברי הכל" אינו נכון, שכן מפורש שם: "לדב' הכל". וראה וייס, מחקרים עמ' 8 הערה 10, שכתב שב"דקדוקי סופרים" ליתא: "דברי הכל", וגם דבריו אינם נכונים. לאור זה, המאמץ של וייס שם עמ' 9 הערה 15 להוכיח שהנוסח: "דברי הכל" נכון, מיותר.

⁴⁸ ראה פ"צ הימן, בירור, עמ' 36, שכתב כעין טענה זו ביחס לדעתו של ריש לקיש שבעמוד א - "ראיה בקיום השטר", שאינה מובאת בירושלמי.

⁴⁹ לפי הנוסח שמובא בבבלי. לפי הנוסח של התוספתא (ב"ב פ"ב ה"ג, מהדורת ליברמן עמ' 133) ברייתא זו עוסקת בנושא אחר כפי שכתבו אפשטיין (מבוא, עמ' 227) וליברמן (תוספתא כפשוטה בב"ב עמ' 344, וראה המקורות שציינ שם).

⁵⁰ וכפי שכתבו הר"י מגאש (ד"ה ובפלוגתא) והרמב"ן בחידושיהם על אתר: "שאם כן אין לך שטר בעולם שווה כלום" (לשון הרמב"ן), וזה כטענת בעל הסתמא בבבלי (כתובות יט ע"א): "א"ר יהודה אמר רב: האומר שטר אמנה הוא זה - אינו נאמן. דקאמר מאן? אילימא דקאמר לוח, פשיטא, כל כמיניה?".

לעומת זאת ביחס להמשך הסוגיה, יש לפקפק בנאמנות של אופן הצגת דברי האמוראים בבבלי למקורם, לאור המקבילה בירושלמי. מאחר שכל שלבי הסוגיה מופיעים בירושלמי, מסתבר שהמסורת הארצישראלית עברה לבבל וקיבלה את צורתה הנוכחית על ידי העורך הבבלי של הסוגיה. לכן אחלק את הדיון בסוגיית משנת בר קפרא שבבבלי לשני חלקים - החלק הראשון שלגביו ההקבלה לירושלמי חלקית מאוד (א-ג), והחלק השני שלגביו הקבלה כמעט מלאה (ד-ו).

מדברי הרשב"ם (ד"ה שאנן) משמע שלדעתו ר' מאיר ורבנן שהוזכרו בשאלת ריש לקיש (א)⁵¹ הם התנאים שבבבלייתא המובאת בעמוד א ובהמשך הסוגיה שבה אנו דנים (ג), שנחלקו האם עדים שאמרו כתב ידנו הוא זה, נאמנים לפסול את השטר.⁵² אך נראה שיש לערער על פירוש זה, לאור סוגיית הבבלי במסכת כתובות (יח ע"ב - יט ע"א). מסוגיה זו עולה, שרבה הוא שהעלה לראשונה את הפירוש המוצג בסוגייתנו, שטעמו של ר' מאיר שאמר בבבלייתא זו שאין העדים נאמנים לפוסלו הוא, שהמודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו. רב חסדא רבו סבר שטעמו של ר' מאיר הוא, שלא ניתן להאמין לעדים שעברו עבירה וחתמו שקר.⁵³ לכן יותר נראה שכוונת ריש לקיש היא לר' מאיר ורבנן המופיעים במשנתנו (ב"ב פ"ט מ"ו). לפי זה יש לבאר שריש לקיש ור' יוחנן הולכים לשיטתם בעמוד א במחלוקתם בפירוש "הראיה" שבדברי חכמים שבמשנתנו. ריש לקיש סבר "ראיה בקיום השטר", וא"כ מחלוקת התנאים היא בשאלת מודה בשטר שכתבו, ולכן שאל ריש לקיש את ר' יוחנן האם משנת בר קפרא אינה כחכמים של משנתנו. ר' יוחנן ענה לו על פי שיטת עצמו, ש"הראיה" שבדברי חכמים במשנתנו היא ראיה בעדים, ואם כן יש לומר שבשאלת מודה בשטר שכתבו מודים חכמים שאין צריך לקיימו.⁵⁴

⁵¹ על פי כת"י מינכן, וטיקן, אסקוריאל ודפוס פיזרו הזכיר ריש לקיש בשאלתו גם את רבנן, אך בכת"י המבורג, פריז ופירנצה ליתא: "ולא רבנן".

⁵² ונראה שכך הבין גם אפשטיין, מבוא, עמ' 223, שכתב: "ר' מאיר (ב"ב שם ע"א) היא דאמר וכו' ", ומשמע שכוונתו לברייתא זו שהובאה בב"ב שם בע"א. לא סביר שהתכוון לדברי סתם התלמוד שם, שפירש שלפי רב חסדא ורבה בר רב הונא ר' מאיר שבמשנה סבר מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, משום שלפי זה לא היה אפשטיין כותב ציון זה על ר' מאיר, אלא על המשפט כולו לאחר "אינו צריך לקיימו".

⁵³ כן העיר וייס, מחקרים, עמ' 9, הערה 15.

⁵⁴ ראה פירוש הר"י מגאש על אתר ד"ה לימא ר' מאיר (מובא בשטמ"ק), ופירוש ר' אברהם בן יצחק אב"ד, שיטת הקדמונים על מסכת בבא בתרא חלק שני, ניו-יורק, תשמ"ב, עמ' שיג, שפירשו בדיוק בדרך זו. אך הר"י מגאש שכאמור פירש בתחילה באופן זה, לאור ההיפוך של שיטות ר' יוחנן וריש

הקטע הבא (ג) מוצג בבבלי כדו-שיח בין ריש לקיש ור' יוחנן בנוגע לברייתא הנ"ל, שבה נחלקו ר' מאיר וחכמים ביחס למקרה של עדים שקיימו את חתימתם. וייס (מחקרים, עמ' 9, 13) שיער שזו הוספה מאוחרת של העורך הבבלי, המבוססת על מסקנת הסוגיה בבבלי כתובות יט ע"א.⁵⁵

החלק השני של סוגיית משנת בר קפרא (ד-ו) מקביל כאמור כמעט⁵⁶ בכל שלביו לקטע השני שבסוגיית הירושלמי. אולם ארבעה הבדלים ביניהם, הבדל לשוני אחד ושלושה הבדלים מבחינת התוכן:

לקיש שבמסקנת התלמוד, חזר ופירש זאת הפוך. לפי פירושו על פי המסקנה, ריש לקיש שאל את ר' יוחנן את שאלתו בדרך של "ליטעמך". לדידי שאני סובר ראייה בעדים, אין לתלות את משנת בר קפרא במחלוקת התנאים, אך לדידך שאתה סובר ראייה בקיום השטר "לימא ר' מאיר היא ולא רבנן" (בדרכו זו של הר"י מגאש הלכו גם הרמב"ן בפירושו הראשון והרשב"א). וראה וייס, מחקרים, עמ' 13, שתוך הצגת הקשיים (המרובים להבנתו) בסוגיה זו הפותחת בשאלה על משנת בר קפרא, כתב שהדו-שיח בין ר' יוחנן לריש לקיש מתאים רק לשיטת ריש לקיש שאמר: "ראייה בקיום השטר". על פי דרכו של ר"א אב"ד מיושב קושי זה, משום שאמנם ריש לקיש שאל לפי שיטתו, אך ר' יוחנן גם הוא ענה לו לפי שיטת עצמו. וייס שם גם טען כנגד הקושיה של ריש לקיש על ר' יוחנן מ"יפה ערערו בני משפחה", שהיא לא מתאימה להבנת ר' יוחנן באשר למה שאירע במקרה זה, משום שלפי דעתו, כפי שהוצגה בקטע הקודם בסוגיה, הנכסים היו ביד בני המשפחה, ואם כן אין להם מקום לערער. אך זו אינה טענה, משום שיתכן שהם ערערו בשעה שבאו הקונים לדרוש את הנכסים על פי השטר (וייס עצמו במשפט הבא השתמש במונח ערעור ביחס למקרה כזה). לאור קושיות אלה הסיק וייס שם, שמשאלת ריש לקיש בעניין משנת בר קפרא והלאה ישנם לפנינו רק קטעים בלבד, שאך בקושי חיברו אותם לסוגיה אחת. אך לאור האמור, אין בקושיותיו ממש, ויש לראות בסוגיה זו סוגיה ככל הסוגיות. אמנם יש בה דבריו הסותרים לקודמתה, אך אין זה שונה מסוגיות אחרות בתלמוד הסותרות זו את זו.

⁵⁵ וראה לעיל הערה 35 ראיות נוספות לטענתו. אך מצד שני יש לטעון כנגד השערתו, שאף אם הברייתא המדוברת לא הייתה מוכרת לריש לקיש, המשנה בכתובות (פ"ב מ"ג), הקובעת באופן מפורש שהעדים המקיימים את כתב ידם נאמנים לפסול את השטר, ודאי היתה ידועה לו, ומשם היה לו להקשות על ר' יוחנן: הרי לפניך שיטת סתם משנה, הקובעת שאם לא יקיימו את השטר, יוכלו העדים לפוסלו. רק אם נאמר שהחילוק המובא בגמרא כתשובת ר' יוחנן לטענה זו, שעדים אלימי מבעל השטר לערער על השטר (או חילוק אחר כלשהו), היה כל כך פשוט לריש לקיש שהוא לא ראה מקום להקשות משם על קביעת ר' יוחנן, תובן ההתעלמות ממשנה זו. לאור זה נראה לי שאין לשלול את האפשרות שהקושיה מברייתא זו אינה הוספת העורך אלא היא חלק מקורי מהדו-שיח בין ריש לקיש לר' יוחנן. ואולי ריש לקיש אכן הקשה מהמשנה בכתובות, ומאחר שהקשה בלשון "והא מפלג פליגי" העדיף עורך הסוגיה להביא את הקושיה מהברייתא שבה מופיעות שתי הדעות. (יתכן שגם על פי השערה זו מוסברת התופעה שצינתי בהערה 35 ביחס למספר עדי נוסח).

א. סוגיית הירושלמי לשונה ארמית, וסוגיית הבבלי כמעט כולה בעברית.⁵⁷

ב. בירושלמי נקודת הפתיחה של הסוגיה היא העמדה החדשה שהציג ר' יוחנן, שיד בעל השטר על עליונה. בבבלי עמדה זו אינה מופיעה כלל כאמור, ונקודת הפתיחה של הסוגיה היא העמדה שהציג ר' יוחנן בשאלת מודה בשטר שכתבו, כשקבע בתשובתו לריש לקיש, שאין צריך לקיימו.

ג. התלמיד שמקשה על ר' יוחנן מהמקרה של הילד שמכר מנכסי המשפחה (ד), בירושלמי הוא ר' אסי (ב) ובבבלי ריש לקיש (א).

ד. בירושלמי הנושא העומד לדיון בקושיות על ר' יוחנן הוא ידו של מי על העליונה, ידו של בעל השטר או של המחזיק בממון. בבבלי לעומת זאת הנושא הוא השאלה האם מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו או לא.

נראה שיש קשר בין שלושת ההבדלים האחרונים הנוגעים לתוכן, ואחד מהם השפיע על חבריו. המסורת הארצישראלית כשעברה לבבל לא כללה את העמדה החדשה שהציג ר' יוחנן, שיד בעל השטר על העליונה, ולכן לא היה מקום לייחס את קושיות תלמידיו לשאלה זו. כמו כן המסורת שעברה לבבל הציגה את שאלת ר' אסי כאילו נשאלה על ידי ריש לקיש. העורך הבבלי קיבל לידי את המסורת ביחס לקושיית ריש לקיש על ר' יוחנן מפסיקתו של ר' יוחנן עצמו לטובת בני המשפחה.⁵⁸ מאחר שהוא הכיר

⁵⁶ להוציא את התירוץ שבסוף הסוגיה בירושלמי: "אלא חכמים שהן כרבי" (קטע ז), שאין לו מקבילה בבבלי.

⁵⁷ הבדל זה נכון גם באשר לחלק הראשון של הסוגיה (א-ג) (פרט לקושיה על ר' יוחנן מהברייתא: "אין נאמנים לפוסלו וכו'") (קטע ג), שאין לה מקבילה בירושלמי). על תופעה לשונית זו עמד קריימר, Stylistic, עמ' 180-181 וביתר הרחבה בעמ' 281-283. הוא רואה תופעה זו כשיפור מכוון של המסורת הארצישראלית עם העברתה לבבל, לצורך שימורה לדורות. לפי טענתי המפורטת בהמשך, העורך הבבלי חידש את הקישור בין הסוגיה הארצישראלית של קושיות תלמידיו של ר' יוחנן על דבריו, לבין שאלת ריש לקיש את ר' יוחנן בעניין המודה בשטר שכתבו (ובכך היטה את הסוגיה ממשמעותה המקורית). לאור טענתי זו, אם נקבל את השערתו של קריימר, נצטרך לומר שבעקבות הצירוף של שתי הסוגיות, ניסח העורך בעברית את השאלה של ריש לקיש כדי להתאימה לסוגיה שהוא צירף אליה. אך לחילופין ניתן להציע שהעורך קיבל את הסוגיה של שאלת ריש לקיש ותשובת ר' יוחנן בעברית, ומחמת כן הוא תרגם לעברית את הסוגיה הארצישראלית שהוא צירף לסוגיה זו.

⁵⁸ כאן באופן מיוחד בולטת השפעת הירושלמי על הבבלי, שהרי הבבלי הכיר את הסיפור שהיה בבני ברק ושהפסיקה בו נעשתה על ידי ר' עקיבא, כמפורש בעמוד א ובדף קנה ע"א, ובכל זאת כאן הציג

את הדו-שיח בין ר' יוחנן לריש לקיש בשאלת מודה בשטר שכתבו, ייחס העורך של הבבלי קושיה זו לנושא זה, ובפרט לאור הדמיון הלשוני בין תשובת ר' יוחנן בשתי המקומות, תשובה הכוללת את הביטוי: "דברי הכל". לאור זה הוצרך העורך לפרש, שהצדקת ר' יוחנן את ערעורם של בני המשפחה התייחסה לשאלת נאמנותם לטעון שהשטר פסול מאחר שהוא לא היה מקוים, למרות שהם הודו שהוא נכתב על ידי קרובם.⁵⁹ בדומה לכך גם קושיית ר' זירא מהסיוע שהביא ר' יוחנן ממשנתו לדברי ר' ינאי בשם רבי, נתפרשה על ידי העורך כמתייחסת לנושא זה של מודה בשטר שכתבו.

נראה, שלאור פרשנות זו של העורך יש לפרש את הדו-שיח בין ריש לקיש ור' יוחנן אודות משנת בר קפרא, באופן אחר מהפרשנות המקורית שלו לפי הפירוש שהצעתי לעיל.⁶⁰ לפי הפירוש שהצעתי, ריש לקיש התייחס בשאלתו לתנאים שבמשנה, שלפי הבנתו נחלקו בשאלת מודה בשטר שכתבו, ור' יוחנן דחה את טענתו, על בסיס שיטתו הוא, שהראיה שבמשנה היא ראיה בעדים, שיטה שעל פיה המשנה אינה דנה כלל בשאלת מודה בשטר שכתבו. אך לפי פרשנות העורך, שכשהביא ר' יוחנן סיוע לדברי ר' ינאי בשם רבי, הוא פירש ש"הראיה" שבדברי חכמים שבמשנה היא על ידי קיום השטר, לא ניתן לפרש שהוא דחה את טענת ריש לקיש בטענה שלפי דעתו "הראיה" שבמשנה היא בעדים. פרשנותו של העורך גורמת לקושי נוסף בהבנת תשובתו של ר' יוחנן לריש לקיש: "שאני אומר דברי הכל מודה בשטר שכתבו אינו צריך לקיימו". אם ר' יוחנן פירש את "הראיה" שבדברי חכמים במשנה: "ראיה בקיום השטר", אם כן חכמים אלה סברו שמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו. לפי זה, קשה כיצד יכול היה ר' יוחנן לומר "דברי הכל" בשעה שברור שבמשנה מופיעה שיטה מנוגדת לכך.⁶¹

זאת הבבלי כפסיקת ר' יוחנן בדומה למסורת של הירושלמי. וראה מה שכתבתי לעיל בהערה 40, שבסוגיא של עמוד א היה מתאים להקשות דוקא מהעדות על פסיקת ר' עקיבא.

⁵⁹ כפי שביארו התוס' בד"ה והלא, וראה בשטמ"ק בשם הרא"ש שנדחק מאוד לבאר מדוע הבין ריש לקיש באופן זה את פסיקתו של ר' יוחנן. וראה פירוש ר' אברהם אב"ד (הנ"ל בהערה 54), שכתב שאכן יכול היה ר' יוחנן לתרץ שהערעור הוצדק לא מצד הצורך בקיום השטר, אלא מצד הצורך בראיה של עדים.

⁶⁰ פירושו של ר"א אב"ד, ליד הערה 54.

⁶¹ קושי דומה נמצא גם בדברי ר' יוחנן שביירושלמי (קטע ג): "דברי הכל היא יד השטרות לעליונה", בשעה שבמשנה מובאת דעה שעל בעל השטר להביא ראיה. אך זה בדברי ר' יוחנן שביירושלמי קשים, לא מצדיק לפרש באופן שגם דבריו שבבבלי (שלפי השערתני נאמרו בהקשר אחר מדבריו שביירושלמי - בקשר לשאלה האם מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו), יהיו מוקשים.

דברי שמואל ביחס לשיטות התנאים

לפי פירושו של הרשב"ם על אתר (ד"ה ברם, וכפירושו פירשו ראשונים רבים), דברי שמואל: "זו דברי חכמים, אבל רבי מאיר אומר: מודה בשטר שכתבו שצריך לקיימו" (קטע 3 במובאה מסוגיית הבבלי ב"ב קנד ע"ב), הובאו כדי ליישב קושי זה שבתשובת ר' יוחנן.⁶² לפי פירושו, הפך שמואל את

⁶² הרשב"ם על אתר פירש שהמשפט: "ברם נראין דברי רבינו יוסף וכו' " הוא המשך דברי ר' זירא שהקשה על ר' יוחנן: "אם יכפור רבי יוחנן ברבי אלעזר תלמידו, יכפור ברבי ינאי רבו וכו' ". הר"י מגאש על אתר (ד"ה אמר) כתב: "חזר התלמוד ואמר, ויש לפרש דרבי זירא הוא וכו' ", הרי שלצד פירוש הרשב"ם הציע הר"י מגאש לפרש שקטע זה הוא מדברי בעל הסתמא. וראה אפשטיין, מבוא, עמ' 224 הערה 1, שהוכיח שהצדק עם פירוש זה של הר"י מגאש מכך שר' זירא היה מתייחס בזלזול לדברי רב יוסף בשם רב ושמואל (בבלי חולין יח ע"ב), וכן מזה שבמקבילה בירושלמי לא מופיעה תוספת זו במסגרת דברי ר' זירא. וייס, מחקרים, עמ' 14-15, שגם הוא הניח שקטע זה הוא מדברי בעל הסתמא של התלמוד, שיער שהסגנון של הקטע מעיד עליו שהוא תוספת מאוחרת מתקופת הגאונים הקדמונים. אך ראה פ"צ הימן, בירור עמ' 31 הערה 35, שהשיג על דבריו, והביא ראיות לכך שמדובר בקטע אמוראי, וכבר הקדימו בטענה זו קריימר, Stylistic, עמ' 279 הערה 27. אפשטיין, שם שיער שהמשפט: "ברם נראין דברי רבינו יוסף וכו' " הוא מסתם התלמוד שנסדר על ידי תלמידי רב יוסף. (פ"צ הימן שם ובעמ' 40 הערה 52 טעה בהבנת דברי אפשטיין אלה, וייחס לו את התפיסה של וייס ביחס לקטע זה, שעל פיה מדובר בקטע מאוחר. אך אפשטיין כאמור לא כתב שמדובר בקטע סתמי מאוחר, אלא בקטע סתמי מתלמידי רב יוסף, כלומר מדובר בקטע מתקופת האמוראים, בדיוק כמו שכתב הימן עצמו בעמ' 40 בקטע המתחיל "יש להציע". וראה הנשקה, משנה, עמ' 295-296 הערה 12, שטען כנגד דברי אפשטיין, שהלשון "רבנו" אינה מצויה אלא בפי אמוראים נקובי שם. לאור זה הסיק הנשקה שקטע זה הוא מדברי רב זירא השני תלמידו של רב יוסף, ובכך חזר על הצעתם של הלוי, דורות הראשונים, פרנקפורט, תרס"א, ח"ב עמ' 387-388, וא' הימן, תולדות, ח"א עמ' 398 וח"ב עמ' 744. אך הנשקה התעלם מראייתו המכרעת של אפשטיין מהירושלמי שמדובר בר' זירא הראשון תלמידו של ר' אסי, וראה ראיות נוספות לכך אצל פ"צ הימן, בירור עמ' 33, וראה גם קריימר, Stylistic, עמ' 279 הערה 27. הטענה של הנשקה שלא מצאנו שהלשון "רבנו" משמשת אלא אמוראים נקובי שם, אינה חזקה, שהרי בעלי הסתמא שאבו מלשונות האמוראים והשתמשו בהם. בפרט אם מדובר בבעלי הסתמא מתלמידי רב יוסף כדברי אפשטיין, שכנראה היו אמוראים בעצמם, סביר שהם השתמשו בלשונות האמוראים). פ"צ הימן שם הציע לבאר שזוהי המשך הסוגיה האמוראית הבבלית, שנקטעה על ידי צירוף שני הקטעים מתורת ארץ ישראל. אך דבריו אלו אינם מתקבלים על הדעת,

דעות החכמים במשנה, וזה מאפשר לבאר שכוונת ר' יוחנן באומרו "דברי הכל" היא לשיטת חכמים.⁶³ לפי פירוש הרשב"ם עדיין ניתן לבאר שריש לריש התייחס בשאלה ששאל את ר' יוחנן (בבלי קטע א) לר' מאיר ורבנן של משנתנו, ור' יוחנן רמז בתשובתו להיפוך דעות התנאים שבמשנה. פירוש זה של העורך הבבלי לתשובתו של ר' יוחנן שונה מכוונתו המקורית של ר' יוחנן, שהייתה ל"דברי הכל" כמשמעו.

אך נראה שצדק אפשטיין (מבוא, עמ' 224, הערה 2) בקובעו שהפירוש היחיד הנכון הוא פירושו של הר"י מגאש על אתר (וכן פירש הרמ"ה על אתר), שדברי שמואל מתייחסים למשנת בר קפרא ולא למשנתנו כפירושו של הרשב"ם. אפשטיין לא פירש מדוע יש להצדיק דוקא את פירוש הר"י מגאש. ונראה שזאת משום שלפי הרשב"ם, שפירש שדברי שמואל מתייחסים למשנה, לא מתאימה הלשון "זו דברי חכמים" לשמש להיפוך דעות התנאים. הרי במשנה הובאו דעות שני תנאים, ואם כן אין להפוך את שיטותיהם באמצעות הביטוי "זו דברי". מלשון זו משמע שמדובר במקור שבו מופיעה דעה אחת, וכלפיה אומר שמואל שזו אינה הדעה היחידה אלא יש החולקים עליה.⁶⁴ פרט לכך בולט הדוחק שבתירוץ, שכוונת ר' יוחנן באומרו "דברי הכל" היא רק לשיטת חכמים.

לפי פירושו של הר"י מגאש לא ניתן להבין שריש לקיש ור' יוחנן בדו-שיח שביניהם התייחסו לר' מאיר ורבנן שבמשנה, מתוך הבנה שהמשנה עוסקת בנושא של מודה בשטר שכתבו, כמשמעות המקורית של דברים כנ"ל (לצד הערה 54). שהרי אם כך לא מובנת תשובתו של ר' יוחנן: לדברי הכל

משום שלא ברור מדוע נקטע הרצף בין מאמרי אמוראי פומפדיתא. אף לפי השערתו שהקטעים מתורת ארץ ישראל שולבו בשלב מוקדם יותר מהאמירה האמוראית הבבלית: "ברם נראים וכו' ", לא מובן כלל מדוע העורך לא צירף קטע זה למקומו הראוי לו, מיד לאחר הדו-שיח בין רבה ואבאי. (אגב, טענתו שהסדר הראוי הוא להביא דברי רב יוסף לאחר דברי רבה, אינה נכונה לפי עדי הנוסח הרבים הגורסים שם "רבא" ראה הערה 22).

⁶³ בדרך זו ביאר גם בעל הפירוש שנכתב בגליון (ראה הערה 37): "ומאי דברי הכל? דרבנן לגבי רבי מאיר דברי הכל היא".

⁶⁴ לאור פירושו של הר"י מגאש קשה לקבל את מסקנת אפשטיין (שם עמ' 224) מדברי התלמוד שם: "שמואל מחליף איפא את המחלוקת שבמשנה". שהרי לפי פירוש זה שמואל לא התייחס כלל למשנתנו אלא למשנת בר קפרא, ואם מפרשים את הראיה שבמשנה "ראיה בעדים" אין בה כל התייחסות לשאלת מודה בשטר שכתבו שבה עוסקת משנת בר קפרא. לפי זה לא ניתן ללמוד כלל מדברי שמואל ביחס למשנת בר קפרא על עמדתו ביחס לתנאים במשנתנו. בעל הסתמא אכן מהפך את המשנה כדי ליישבה עם דברי שמואל, אך כאמור מדברי שמואל עצמו כפי שהם מובאים בבבלי אין ללמוד זאת. וראה להלן ליד הערה 72.

מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, בשעה שהוא עצמו סובר שלדעת חכמים צריך לקיימו (קטע ו), ולא הועלתה ההצעה להחליף את דעות התנאים במשנה, כפי שהועלתה לפי פירוש הרשב"ם לדברי שמואל. ברור אם כן שלפי פירוש הר"י מגאש העורך הבבלי פירש שר' מאיר ורבנן, שאליהם התייחסו ריש לקיש ור' יוחנן בדו-שיח שביניהם, הם המופיעים בברייתא של "אין נאמנים לפוסלו" (קטע ג), כפירוש הרשב"ם לשאלת ריש לקיש. ביחס אליהם אמר ר' יוחנן ששניהם מודים שהמודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו. רק ר' זירא (קטע ו) מביא את דבריו של ר' יוחנן ביחס למשנה, שאליה הוא לא התייחס בתשובתו לריש לקיש, דברים שמהם מוכח שלדעת חכמים צריך לקיימו.⁶⁵

הקטע הסתמי שבסוף הסוגיה

השינוי בפרשנות הדו-שיח בין ר' יוחנן לריש לקיש ממשמעותו המקורית בולט ביתר שאת בדברי בעל הסתמא דגמרא (קטע 3 במובאה הנ"ל מסוגיית הבבלי ב"ב קנד ע"ב), המאוחר כנראה מהעורך הבבלי שייחס את הקושיות שהקשו תלמידי ר' יוחנן על דבריו לנושא של המודה בשטר שכתבו. לפני בעל סתמא זה עמדו שתי הסוגיות של חכמי ארץ ישראל (קטעים 1-2 במובאה מסוגיית הבבלי ב"ב קנד ע"ב), והוא עוסק ביישוב הסתירה שבין דברי ר' יוחנן שבשתי סוגיות אלה, בראשונה (קטע 1) פירש ר' יוחנן "ראיה בעדים", ומדבריו בשניה (קטע 2) עולה שהוא פירש שהראיה היא בקיום השטר. הדרך שבה בעל הסתמא מיישב סתירה זו היא הפיכת מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש (שבקטע 1) בביאור "הראיה" שבמשנה, תוך קביעה שר' יוחנן הוא שאמר "ראיה בקיום השטר" וריש לקיש הוא

⁶⁵ ראה פירוש ר' אשר מלוניל, שיטת הקדמונים על מסכת בבא בתרא חלק שני, ניו-יורק, תשמ"ב, עמ' שצה-שצו, שמחמת קושי זה ומחמת הקושי הנ"ל ליד הערה 61 אכן דחה את פירושו של ר' אברהם אב"ד (הנ"ל בהערה 54), ופירש בדרכו של הרשב"ם. לאור האמור מובן מדוע הר"א אב"ד עצמו (שם עמ' שיד) העדיף לפרש את דברי שמואל בדרכו של הרשב"ם, שעל פיה ניתן ליישב את הפירוש שהוא עצמו הציע לשאלת ריש לקיש. (אמנם ר"א אב"ד שם מביא גם את פירושו של הר"י מגאש ששמואל התייחס למשנת בר קפרא, אך גם אותו הוא נדחק לפרש באופן שיתיישב במקצת הפירוש שלו לשאלת ריש לקיש. הוא כותב שכוונת ר' זירא היא להעמיד את משנת בר קפרא כשיטת חכמים, ולדבריו מסתתרת אחרי תשובת ר' יוחנן מסורת המחליפה את דעות החכמים במשנה, למרות שהחלפה זו לא נאמרה בדברי שמואל). ונראה שמודעות להשפעת המסורת הארצישראלית על הבבלי, מאפשרת לבאר שהמשמעות המקורית של הדו-שיח בין ר' יוחנן וריש לקיש היא אכן כפירושו של ר' אברהם אב"ד. אלא שהעורך הבבלי פירשה אחרת בהשפעת המסורת הארצישראלית אודות קושיות תלמידי ר' יוחנן, שנתפרשה על ידו בטעות כמתייחסת לדו-שיח זה.

שאמר "ראיה בעדים".⁶⁶ לפי זה נראה שיש להבין שריש לקיש בשאלתו על משנת בר קפרא לא התייחס לר' מאיר ורבנן של המשנה כפירושו של הר"א אב"ד. על פי ההיפוך, סבר ריש לקיש, שר' מאיר בדבריו שבמשנה לא התייחס לדין מודה בשטר שכתבו, ואם כן שאלתו של ריש לקיש בנוגע למשנת בר קפרא, העוסקת בנושא מודה בשטר שכתבו, לא לדברי ר' מאיר אלה התייחסה. אלא נראה שבעל הסתמא הבין את הדו-שיח שבין ר' יוחנן וריש לקיש כהבנת הרשב"ם, כלומר שהם מתייחסים בדבריהם לתנאים שבברייתא שהובאה בעמוד א ובע"ב בהמשך הסוגיה (קטע ג) ולא לתנאים של המשנה.⁶⁷

קודם לדיון שלו בסתירה שבין דברי ר' יוחנן שבשני הקטעים, דן בעל הסתמא דגמרא (קטע 3 במובאה הנ"ל מסוגיית הבבלי ב"ב קנד ע"ב) בקשיים שמעוררים דברי שמואל. בעל הסתמא מקשה על שמואל מהמשנה ומהברייתא, השונים להיפך מדברי שמואל. במקורות אלה חכמים הם המצריכים לקיים את השטר גם כשהנתבע מודה שכתבו, ור' מאיר הוא הפוסט מלקיימו. כתירוץ על קושי זה מהפך בעל הסתמא את דעות התנאים במשנה ובברייתא. הקושיה מדברי המשנה מובנת לפירוש הרשב"ם, שעל פיו דברי שמואל התייחסו למחלוקת התנאים שבמשנה, ובדבריו מפורש שנושא המשנה הוא מודה בשטר שכתבו.⁶⁸ אך לפירוש הר"י מגאש לדברי שמואל קשה, מדוע מקשה בעל

⁶⁶ ראה פירוש ר' אשר מלוניל (הנ"ל בהערה הקודמת), שבאר את העדפת בעל הסתמא לשנות דוקא את המסורת המובאת בקטע הראשון, בכך שיש לדחות את דברי ר' יוחנן ש"אתאמרא בתלמודא, ממילתא דר' יוחנן דאמר בהדיא: ראייה בקיום השטר". לדעתו יש עדיפות למסורת המצטטת דו-שיח חי בין החכמים, על פני הצגת מחלוקת על ידי התלמוד בלשון שבלונית: "ר' יוחנן אמר: ראייה בעדים ור' שמעון בן לקיש אמר: ראייה בקיום השטר" (שכמצוי רבות בתלמוד "לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר"). אך נראה שלאור הכרת המקור הארצישראלי למסורת על הדו-שיח בין ר' יוחנן לתלמידיו, סביר שהביטוי "ראייה בקיום השטר" שבדברי ר' יוחנן לא נאמר על ידו, והעורך הבבלי שייחס את הדו-שיח לנושא זה הוא שניסח זאת באופן כזה, ולכן נראה שיש להעדיף דוקא את המסורת של הקטע הראשון (שבעמוד א').

⁶⁷ לחילופין אפשר לומר כפירושו של הר"י מגאש, שריש לקיש שאל את ר' יוחנן בדרך של "לטעמך" כנ"ל בהערה 54, אך זה דחוק.

⁶⁸ כת"י פירנצה גרס בדברי שמואל: "אבל ר' מאיר אומ' המוציא מחבירו עליו הראייה", ולא: "אבל רבי מאיר אומר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו" כבשאר עדי הנוסח (ראה הערה 37). אך נראה שיש להצדיק את עדותם של שאר עדי הנוסח משתי סיבות - א. כת"י פירנצה בודד במערכה כנגד עדי נוסח רבים וכת"י המבורג בכללם. ב. לפי פירושו של הר"י מגאש, שהוא כנראה הנכון כדברי אפשטיין (ראה ליד הערה 64), שמואל מתייחס למשנת בר קפרא העוסקת בענין מודה בשטר שכתבו. ולכן לא מסתבר

הסתמא על שמואל מהמשנה, בשעה שיתכן ששמואל סבר "ראיה בעדים", והמשנה כלל אינה עוסקת בשאלת מודה בשטר שכתבו. ונראה שהמקשה הושפע מדברי ר' יוחנן כפי שהובאו בסוף הקטע הקודם, שעל פיהם המשנה עוסקת בנושא מודה בשטר שכתבו.⁶⁹

לפי קביעה זו של בעל הסתמא, שלפי שמואל יש להפך את דעות החכמים במשנה, ר' מאיר הוא זה שאמר במשנה: "המוציא מחברו עליו הראיה". אך אין זה מוכיח שהוא מקבל את העיקרון שעומד מאחרי כלל זה לפי השימוש הרגיל בו, שכלל נטל הראיה הוא על המוציא.⁷⁰ שמואל התייחס במפורש לנושא של מודה בשטר שכתבו,⁷¹ ואם כן לפי הבנת בעל הסתמא, שלאור דברי שמואל יש להפוך את שיטות התנאים שבמשנה, הביטוי "המוציא מחברו עליו הראיה" שבמשנה מתפרש בשונה מהרגיל, כמצריך לקיים את השטר, ולא כקובע כלל שנטל הראיה הוא על המוציא. אך יתכן שעצם השימוש בביטוי זה, אף אם בצורה מושאלת, יש בו כדי ללמד על קבלת העיקרון של הכלל לפי השימוש הרגיל בו.

שהוא ישתמש בביטוי "המוציא מחברו עליו הראיה" כדי להציג את העמדה שעל פיה צריך המחזיק בשטר לקיימו למרות הודאת כותב השטר. (אמנם מספר אמוראים פירשו את לשון המשנה "המוציא מחברו עליו הראיה" באופן זה, אך יש בדבר דוחק גדול כפי שכתבתי לעיל אחרי הערה 23, וכנראה הזדהותם עם סברת אביי בדו-שיח עם רבה (בע"א) הביאה אותם להידחק ולפרש כך את המשנה כפי שכתבתי אחרי הערה 30. לשמואל לא היתה כל סיבה להשתמש בלשון זו בהתייחסו לדין מודה בשטר שכתבו). את הגורם לשיבוש הנוסח בכת"י פירנצה קל מאוד לאתר. מאחר שבעל הסתמא רואה בדברי שמואל ניגוד לדברי המשנה "וחכמים אומרים: המוציא מחברו עליו הראיה", הדבר מובן יותר אם בדברי שמואל היה מפורש שלדעתו ר' מאיר הוא שאמר "המוציא מחברו עליו הראיה". אך גם לפי הנוסח של כת"י פירנצה מובנת קושיית הגמ' לפי פירוש הרשב"ם. הרי הרשב"ם פירש שר' זירא בהבאת דברי שמואל (קטע 3 במובאה הנ"ל מסוגיית הבבלי ב"ב קנד ע"ב) בא ליישב את הקושיה על ר' יוחנן, ולר' יוחנן יוחסה השיטה שהמשנה עוסקת בענין מודה בשטר שכתבו, ואם כן אפשר להבין שהקושיה היא על שמואל אליבא דר' זירא.

⁶⁹ וראה ברמ"ה על אתר, שאכן כתב שהקושיה היא לאור המסקנה שנאמרה בשיטת ר' יוחנן. יתכן שאמנם ניתן היה ליישב קושיה זו של בעל הסתמא על ידי ההצעה הנ"ל, שיתכן ששמואל עצמו סבר שהראיה היא בעדים, אך מאחר שהקושיה מהברייתא, העוסקת במפורש בנושא מודה בשטר שכתבו, לא הייתה מתיישבת ללא היפוך דעות התנאים, לא הציע זאת התלמוד. וראה בהערה 72.

⁷⁰ ובכך מצטרף לתלמידי ר' עקיבא שפורטו בפרק א' לצד הערה 27. וראה לעיל הערה 1.

⁷¹ ראה הערה 68.

יתכן שבירושלמי ישנה התייחסות להיפוך דעות התנאים, הנוגעת לעיקרון העומד מאחרי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" לפי השימוש הרגיל בו. כך נאמר בירושלמי (ב"ב פ"ט ה"ו) מיד לאחר הקטע שהובא מתלמוד זה לעיל:

רב ירמיה בשם רב: הלכה כרבי מאיר. שמואל אמר: חילופין היא מתניתא. מהו חילופין היא מתניתא? חבריא רברביא אמרי: "עדים", חבריא זעיריא אמרי: "אין עדים", כלום פליגי אלא על העדים! אמר רבי אחא: כיון שאמרתי לכם לכתוב שכיב מרע ולא כתבתם שקרים אתם.

אפשטיין, מבוא, עמ' 224-225, פירש את המונח "חילופין היא מתניתא" שבירושלמי כמקביל למונחים "איפוך" או "מוחלפת השיטה" של הבבלי. וייס, מחקרים, עמ' 14, לעומתו פירש את המונח (בעקבות מהר"א פולדא) כמקביל למונח "מחלפא שיטתיה" של הירושלמי, שמשמעו: דבריו סותרים זה את זה.⁷² יוצא אם כן שלפי פירושו של אפשטיין, שמואל מציג מסורת אחרת בדבר התנא שאמר "המוציא מחברו עליו הראיה" במשנתנו. לפי דרכו, ר' מאיר מצטרף לתלמידי ר' עקיבא שהלכו בדרכו והשתמשו בכלל זה (ראה פרק א' לצד הערה 27). אך כפי שצינתי בתחילת הפרק אין ללמוד מכך

⁷² מפרופ' מוסקוביץ שמעתי שהוא לא הצליח לברר פירוש מונח זה בירושלמי בצורה מחוורת. באשר למשמעות קטע קשה זה של הירושלמי ראה עוד בהערה 30.

לפי פירושו של הר"י מגאש לא ניתן כאמור (הערה 64 וליד הערה 69) ללמוד מדברי שמואל המובאים בבבלי שהוא היפך את שיטות התנאים שבמשנה. כמו כן לא סביר שהעורך של הירושלמי הכיר את מסקנת בעל הסתמא של הבבלי, שלפי שמואל יש להפך את שיטות התנאים במשנה, ולאורס הוא הציג מסורת זו בשם שמואל. כפי שנתבאר (ראה בהערה 69) מסקנת בעל הסתם של הבבלי מבוססת על הבנתו את המשנה על פי הדרך שהוא ייחס לר' יוחנן - "ראיה בקיום השטר", ולפי הבנת הירושלמי עצמו, שהמחלוקת היא האם יד בעל השטר על העליונה או על התחתונה, לא היה מקום להגיע למסקנה כזו. גם לפי הבבלי מסקנה זו אינה הכרחית כאמור לאור האפשרות ששמואל סבר שיש לפרש את דברי חכמים שבמשנה "ראיה בעדים". אך תתכן אפשרות הפוכה, והיא שבעל הסתם של הבבלי הכיר את המסורת של הירושלמי ששמואל הפך את שיטות התנאים, ובעקבות זאת הוא הסיק כך מדברי שמואל המובאים בבבלי. (וייס שם בהערה 32 טען שלפי ביאורו בדברי הירושלמי רב נחמן שפסק (בבלי כתובות כ ע"א) מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, הלך בשיטת חכמים שלפי דברי שמואל רבו סברו כן. אך ראה בבלי ב"ב קה ע"א, שם התלמוד מגיע למסקנה מדברי שמואל עצמו, שכשהוא נוקט בלשון: "זו דברי ר' פלוני אבל חכמים אומרים וכו'" משמע שכך הוא סובר, וראה רשב"ם ותוס' שם ע"ב ד"ה אלא, ואם כן דוקא לפי פירושו של אפשטיין הלך רב נחמן בעקבות פסיקת שמואל רבו).

שהשיטה הסתמית שבמשנה מסתייגת הסתייגות כללית מהכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", משום שהתנא שלא קיבל את יישום הכלל במשנה זו, כנראה עושה זאת משום שיש למוציא ראייה בדמות השטר. אולם יתכן ששמואל אינו מציג מסורת אחרת שהייתה בידו, אלא הוא מהפך את שיטות התנאים מתוך מגמה לפסוק כשיטת חכמים, וכפי שמשמע קצת מהקשר דבריו בירושלמי, המובאים לאחר פסיקתו של רב כשיטת ר' מאיר.⁷³

התייחסות למחלוקת התנאים שבתוספתא בבבלי קידושין

המחלוקת בין ר' יעקב ור' נתן שבתוספתא (בבא בתרא פ"י הי"א, מהדורת ליברמן עמ' 165) מובאת גם בבבלי קידושין עט ע"ב. וזה לשון התלמוד שם ע"א:

1. איתמר: קידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר, והרי היא בוגרת, רב אמר: הרי היא

בוגרת לפנינו, ושמואל אמר: חיישין לקידושי שניהם...

2. נימא כתנאי: מי מוציא מיד מי? הוא מוציא מידם בלא ראייה, והן אין מוציאים מידו בלא

ראייה, דברי ר' יעקב; רבי נתן אומר: אם בריא הוא - עליו להביא ראייה שהיה שכיב מרע,

ואם שכיב מרע הוא - עליהם להביא ראייה שבריא היה; נימא, רב דאמר כרבי נתן,

ושמואל דאמר כר' יעקב!

3. אמר לך רב: אנא דאמרי אפילו כרבי יעקב, עד כאן לא קאמר ר' יעקב התם, דאיכא

למימר העמד ממון על חזקתו, אבל הכא מי נימא העמד גוף על חזקתו?

4. ושמואל אמר: אנא דאמרי אפילו לרבי נתן, עד כאן לא קאמר רבי נתן התם, דכולי עלמא

בחזקת בריאים קיימי, מאן דקא מפיק נפשיה מחזקה הוי עליה לאיתויי ראייה, אבל הכא

מי קא מפקא נפשה מחזקה דקמיה?

בהצעה לתלות את מחלוקת רב ושמואל במחלוקת התנאים שבתוספתא (קטע 2), הובנה שיטת ר'

נתן כפי שהבינה רב הונא בריה דרב יהושע בבבלי ב"ב קנ"ב ע"ב. לפי הבנה זו ר' נתן מכריע את הספק

⁷³ וכן לאחר פסיקתו של ר' יוחנן בסוגיה הקודמת כשיטת ר' מאיר, בניגוד לרבי שפסק כשיטת חכמים. וראה אפשטיין, מבוא עמ' 224 הערה 8, שפירש את דברי הירושלמי שנאמרו ביישוב הקושיות על ר' יוחנן: "אלא חכמים שהן כרבי", שרבי שנה את שיטתו בלשון חכמים.

לגבי העבר על פי המצב העכשווי. בדחיית הניסיון לתלות את שיטת שמואל דוקא בשיטת ר' יעקב, מציע התלמוד להבין את שיטת ר' נתן באופן אחר (קטע 4). לפי הצעה זו ר' נתן מודה באופן עקרוני לר' יעקב שצריך להעמיד הממון על חזקתו,⁷⁴ במובן של העמדתו ביד המרא קמא, אך לא כשזה מנוגד לחזקה הקובעת שסתם אנשים בחזקת בריאים, חזקה המבוססת על כך שרוב האנשים בריאים הם. פירוש זה בדברי ר' נתן דחוק הוא ביותר. מלשוננו של ר' נתן בחלק הראשון של דבריו: "אם בריא הוא - עליו להביא ראיה שהיה שכיב מרע", משתמע שהיותו בריא גורם לנו להניח שגם בשעת כתיבת השטר היה בריא. אך לפי הפירוש שהציע התלמוד, לא זה שבשעה זו הוא בריא מחייב אותו להביא ראיה, אלא זה שרוב אנשים בריאים הם, ולכן יש להניח שאף הוא היה בריא בשעת כתיבת השטר. אלא שאם עתה הוא שכיב מרע הוא מוצא מכלל הרוב, ועלינו לדון במקרה זה כספק שבו עלינו להעמיד על הממון בחזקת מרא קמא.

קושי מסוים בפירוש זה יש גם בהקבלה שבין שני החלקים של דברי ר' נתן. על פי פירוש זה שני החלקים של דברי ר' נתן, המנוסחים באופן דומה: "אם בריא הוא - עליו להביא ראיה שהיה שכיב מרע, ואם שכיב מרע הוא - עליהם להביא ראיה שבריא היה", ומשמעם הפשוט הוא שיסוד הקביעה שבשניהם אחד הוא, אינן מקבילים זה לזה כלל מבחינת הסברה שעליה הם מבוססים. קביעתו שאם בריא הוא עליו להביא ראיה שהיה שכיב מרע נובעת מכך שרוב בני אדם בריאים הם. לעומת זאת קביעתו שאם שכיב מרע הוא עליהם להביא ראיה שבריא היה נובעת מכך שמספק יש להעמיד הממון בחזקת המרא קמא.

הפיתרון בספק הקנאה במקורות תנאיים אחרים

כאמור שיטתו זו של ר' יעקב, שבספק הקנאה יש להעמיד את החפץ ביד המרא קמא ננקטה כנראה גם על ידי רבי יהודה. שנו חכמים במשנה (ב"מ פ"ח מ"ד):

המחליף פרה בחמור וילדה, וכן המוכר שיפחתו וילדה, זה אומ': עד שלא מכרתי, וזה אומ': משלקחתי - יחלוקו.

⁷⁴ כדברי תוס' הרא"ש קידושין שם ד"ה דכ"ע, ותוס' ב"ב קנג ע"ב ד"ה רבי.

בתוספתא מופיעה שיטה זו שבמשנה ולצידה שתי שיטות נוספות (ב"מ פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108):

המוכר פרה לחבירו וילדה זה אומ' ברשותי ילדה והלה שותק זכה זה אומ' ברשותי ילדה והלה שותק [זכה]⁷⁵ זה אומ' איני יודע וזה אומ' איני יודע יחלוקו זה אומ' ברשותי וזה אומ' ברשותי הרי זה נשבע ואינו משלם שכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין דברי ר' מאיר ר' יהודה לעולם הולד בחזקת המוכר וחכמים אומ' המוציא מחבירו עליו הראיה.

בתוספתא זו, לצד השיטה המיוחסת לסומכוס, שבה מחזיק ר' מאיר: יחלוקו,⁷⁶ ולצד שיטת חכמים הפוסקים על פי הכלל של "המוציא מחבירו עליו הראיה", מופיעה שיטת ר' יהודה, הקובעת שיש להעמיד את הולד המסופק ביד המוכר. ליברמן בתוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 271 ביאר שר' יהודה סובר שעלינו להעמיד את החפץ המסופק בחזקת המרא קמא. הביטוי "חזקת מרא קמא" מופיע פעם אחת בכל הספרות התלמודית (בבלי ב"מ ק ע"א) וזאת בהתייחסות הבבלי למשנה הנ"ל (ב"מ פ"ח מ"ד): "ונוקמא אחזקת דמרא קמא, וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה". ונראה שמשמעותו של מושג זה כשהוא משמש כביאור לשיטת ר' יהודה שונה ממשמעותו בבבלי שם. בבבלי דין העמדת הממון בחזקת המרא קמא נכלל בדין "המוציא מחבירו עליו הראיה", אלא שלעומת המקובל בדרך כלל, שמי שבא להוציא ממון מהמחזיק בו נחשב המוציא מחבירו, במקרה זה הטוען כנגד זה שהיה בעלים עד שעת לידת הספק, הוא הנחשב המוציא מחבירו.⁷⁷ לעומת זאת דברי ר' יהודה מוצגים

⁷⁵ תוקן על פי כת"י ערפורט ודפו"ר.

⁷⁶ אפשטין, מבוא עמ' 384-385, וליברמן, תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 207, כתבו שר' מאיר סבר יחלוקו רק בשמא ושמא, לעומת סומכוס שסבר כן אף בברי וברי. וראה בפרק ג' דיון נרחב במשנה ובתוספתא הללו (תחת כותרת המשנה: "ג. ספק בהקנאה" שאחרי הערה 48).

⁷⁷ זוהי המשמעות הפשוטה של לשון התלמוד שם, ובדרך זו הבין המהרש"א על אתר, וכן בעל "קונטרס הספקות" כלל א ס"ה. וכן עולה מדברי התוס' (ב"מ ב ע"ב ד"ה התם) שכתבו: "מקרי האחד תפיס מחמת חזקת מרא קמא". וכן מוכח מדברי הרמב"ן (בבא בתרא לד ע"ב) שכתב: "אבל היכא דאיכא חזקה דממונא בין דאיתיה השתא ברשותיה, בין דמוקמינן ליה אחזקה דמרא קמא". לעומת זאת ר' עקיבא איגר (שו"ת מהדורה קמא סי' קלו) ור' אריה לייב בעל "קצות החושן" בספרו "שב שמעתתא" (ש"ד פכ"ד) ביארו שהדין של העמדת דבר בחזקת המרא קמא מבוסס על דין העמדת דבר על חזקתו הראשונה. (כאמור, מלשון התלמוד משמע כפירושו של המהרש"א, שאכן ביסס את דבריו

בתוספתא כמנוגדים לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", שמובא בדברי חכמים. ניתן לומר שהעיקרון של העמדת החפץ ביד המרא קמא שבדברי ר' יהודה דומה לעיקרון של העמדת דבר על חזקתו הראשונה (תוספתא מקואות פ"א הי"ז, מהדורת צוקרמנדל עמ' 653; בבלי נידה ב ע"א). כלומר מאחר שעד שעת הספק היה ברור לנו שהוא היה הבעלים, אין אנו מניחים שמצב משפטי-הלכתי זה השתנה בעקבות המעשה שהוליד את הספק.⁷⁸

במקום אחר⁷⁹ סתר לכאורה ר' יהודה את קביעתו, שבספק ממון יש להעמידו בחזקת המרא קמא. בתוספתא בכורות פ"ו ה"ט (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540), עושה ר' יהודה עצמו שימוש בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס למקרה של ספק בחיוב פדיון הבן שכבר ניתן ליד הכוהן:

על לשון התלמוד, אך ראה חי' הר"י מגאש בבא בתרא לד ע"ב, שסיכם את הכללים לפתרון ספקות ממון, ובדבריו, לצד הצגת הפתרון לספק - לאחר קביעת דין כל דאלים גבר, לאחר הקביעה שברי שמא ברי עדיף, ולאחר הבאת הדין המופיע בב"מ שם של העמדה בחזקת המרא קמא הוסיף: "והוא אידך המוציא מחברו". מדבריו עולה שלדעתו פירוש דברי התלמוד שם הוא: לאחר שנעמיד את העובר בחזקת מרא קמא, יהיה השני נחשב המוציא מחברו ועליו הראיה).

⁷⁸ כשיטת ר' עקיבא איגר ובעל "קצות החושן" (הנ"ל בהערה הקודמת) בהבנת המושג חזקת מרא קמא שבתלמוד. אך ראה לעיל הערה 15 ולהלן הערה 83.

⁷⁹ בר-אשר ופורסטנברג (עיון, עמ' נז הערה 18) הקשו על דברי ר' יהודה בתוספתא הנ"ל (ב"מ פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108) מהדברים המופיעים בשמו בתוספתא שבועות פ"ו ה"ד (מהדורת צוקרמנדל עמ' 453), שם פוסק ר' יהודה על פי הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה":

חנווני על פינקסו... אמ' לחנוני: תן לי בדינר פירות ונתן לו, ואמ' לו: תן לי את הדינר, ואו' לו: נתתיו לך ונתנו באונכלי, ישבע בעל הבית או יביא ראיה שנתן... אמ' ר' יהודה: במה דברים אמור' בזמן שהיתה קופה מונחת בבתיים, אבל אם היתה יוצאת מתחת יד אחד מהן, המוציא מחברו עליו הראיה.

בר-אשר ופורסטנברג שם כתבו ביישוב קושייתם, שכנראה ההבדל בין הפסיקה בשני המקרים נובע מהסבירות להגיע לאמת בכל מקום. אך אין תירוץ ברור. הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" והעיקרון של הליכה אחר חזקת מרא קמא, שניהם אינם מבוססים על הסתברות כלשהי, ועל הדרך לברר את האמת, אלא הם כללים משפטיים הקובעים כיצד יש לנהוג עם הממון המסופק כשלא ניתן להגיע לחקר האמת. כמובן שעל פי מה שטענתי בפנים, שר' יהודה הולך אחר חזקת מרא קמא רק בספק הקנאה, מיושבת קושייתם. אך נראה שבמקרה זה אין אנו נדרשים לטענתי זו, משום שחזקת מרא קמא אינה יכולה לסייע כאן בהכרעת הספק, שהרי (בשונה מהמקרה של ספק פדיון הבן המובא בפנים) הספק אינו למי שייך חפץ מסוים, אלא האם התשלום עבור הפירות התבצע או לא.

שתי נשים שלא בכרו וילדו שני זכרים במחבא, נותנות עשר סלעים לכהן. מת אחד מהן בתוך שלשים יום מוציאות מידן. ר' יהודה אומר: אם לכהן אחד נתנו מוציאות מידן, אם לשני כהנים נתנו אין יכולין להוציא מידן, שהמוציא מחברו עליו הראיה.

במקרה זה קובע ר' יהודה שמספק יש להשאיר את דמי הפדיון ביד הכהנים המחזיקים בו, ולא להעמידו בחזקת הנשים שהם ה"מרא קמא" על דמים אלה.⁸⁰ נראה שיש לומר שר' יהודה לא אמר שמעמידים בחזקת המרא קמא, אלא ביחס לספק בהקנאה, כלומר כשהתבצע מעשה קנין וישנו ספק האם הוא תקף ביחס לחפץ מסוים. ניתן אולי לבאר את עמדת ר' יהודה בכך, שלדעתו תקיפות הקניין תלויה בהיותו מוחלט, ולכן כשיש ספק בקניין, מתייחסים למצב כאילו לא התרחש הקניין, ומעמידים את הנכס בחזקת המרא קמא. אך בכל ספק אחר אין חזקת המרא קמא משפיעה, והולכים אחר הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".⁸¹

⁸⁰ אמנם ניתן לדחות ראיה זו מתוספתא בכורות, ששם ברור שישנו חיוב בפדיון על בן אחד, ואם כן ברור שאחד הכהנים קיבל את דמי הפדיון כדין, ולכן לא ניתן להוציא את הדמים מידם כדי להעמידם ביד המרא קמא, אך נראה שמסברא יש להגביל את דברי ר' יהודה רק לספק הקנאה (וראה בהערה הבאה).

⁸¹ וראה ליברמן (תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 171), שאת קביעת שמואל בירושלמי קידושין פ"א ה"ו: "שכל המוציא מחבירו עליו הראיה חוץ מן החליפין" באר, שבמקום ספק קניין אין אומרים "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא מעמידים את החפץ ביד המרא קמא (לדעתי טעה ליברמן במה שכתב שלדעת שמואל שבירושלמי מעמידים את החפץ בחזקת המרא קמא. בהמשך סוגיית הירושלמי שם מובאים דברי ר' יוסף שאמר ביחס לשיטת שמואל: "לא מודה שמואל שאם משך בעל הפרה את החמור שהוא צריך להביא ראיה שהיו בה מומין אילו עד שלא תיכנס לרשותו". שמואל התייחס בדבריו למקרה של המחליף פרה בחמור ומת החמור, וספק האם זה קרה קודם משיכת הפרה או לאחריה. רב יוסף בדבריו אלו טוען, שאף שמואל לא הטיל את חובת הראיה על בעל החמור אלא כשהחמור נמצא מת כשהוא עדיין ברשותו של בעליו. אך אם הפגם נמצא בו רק לאחר שהוא נכנס כבר לרשות בעל הפרה, אף לדעת שמואל חובת הראיה היא על בעל הפרה. מזה עולה שלפי ר' יוסי הכלל לדעת שמואל הוא: "כל שנולד ספק ברשותו - עליו הראיה" בדומה לכלל שכלל רמי בר יחזקאל בשם שמואל בבלי כתובות עו"ב, ולא שמעמידים הממון בחזקת המרא קמא כדברי ליברמן). מדברי ליברמן נראה שהוא סבר כפי שטענתי, שיש ייחוד לספק בהקנאה, שמצדיק חריגה מהכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", והעמדת החפץ בחזקת המרא קמא. (לשון בעל "פני משה" על הירושלמי שם, שעליו הסתמך ליברמן: "וטעמא הואיל ונולד הספק בעיקר הקניה, לאו מוחזק מקרי"). הרי שהוא

מקור תנאי נוסף עוסק בספק מכירה (תוספתא בבא מציעא פ"ג ה"ד, מהדורת ליברמן עמ'

:73)

המוכר פרה לחבירו ונגנבה, זה אומ' ברשותך נגנבה וזה אומ' ברשותך נגנבה, יחלוקו. נמצא
גנב, זה או' ברשותי נגנבה וזה אומ' ברשותי נגנבה, יחלוקו.

ליברמן (תוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 171) מפרש שתוספתא זו הולכת בשיטה המיוחסת
לסומכוס, בדומה למקומות נוספים בתוספתא. אך לצד זה מציע ליברמן לפרש שלדעת התוספתא הזו
דוקא בספק מכירה אין אומרים "המוציא מחברו עליו הראיה", בדומה לדברי ר' בא בשם רב יהודה
בשם שמואל בירושלמי (קידושין פ"א ה"ו): "שכל המוציא מחברו עליו הראיה חוץ מן החליפין".
אלא שלעומת דברי הירושלמי, ואני מוסיף על פי דרכו של ליברמן: לעומת דברי ר' יהודה בתוספתא
(ב"מ פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108), הסוברים שמעמידים הממון בחזקת המרא קמא,⁸²
סובר בעל התוספתא הזו, שכל מקום שאין אומרים "המוציא מחברו עליו הראיה" הדין הוא יחלוקו.
לפי הצעתו של ליברמן, עצם זה שמדובר בספק הקנאה גורם לכך שהפסק של "המוציא
מחברו עליו הראיה" אינו מתאים במקרה זה. אך נראה לי שקשה לקבל זאת. איני רואה כיצד ניתן
לראות בכך שמדובר בספק הקנאה פגם בפיתרון של "המוציא מחברו עליו הראיה". מה שמסתבר
לומר הוא, שלדעת ר' יהודה במקרה של ספק הקנאה ישנה עדיפות לחזקת המרא קמא על פני
"המוציא מחברו עליו הראיה". כלומר אין זה משום ש"המוציא מחברו עליו הראיה" אינו מהווה
פיתרון טוב במקרה זה, אלא משום שהעמדה על חזקת מרא קמא מהווה פיתרון טוב יותר לדעת ר'
יהודה. כאמור ניתן לבאר זאת בכך, שלדעת ר' יהודה תקיפות הקניין תלויה בהיותו מוחלט, ולכן

נימק זאת בכך שהמרא קמא בספק מכירה מוגדר כמוחזק. אך ליברמן בהביאו את דבריו כתב רק:
"משום ספק קנין". ונראה לי שהצדק עימו, משום שלדעתי אין בדברי התנאים והאמוראים שימוש
בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" אלא בהוצאה מהמחזיק בממון בפועל, ולא מאדם שמטעמים
אחרים מגדירים אותו כ"מוחזק". רק בדברי בעל הסתמא בבבלי ב"מ ק ע"א הנ"ל ליד הערה 77, אנו
מוצאים יישום כלל זה ביחס למרא קמא שאינו מחזיק את הממון בפועל. וראה לעיל הערה 9 ביקורת
כעין זו על אפשטיין).

⁸² ולפי מה שכתבתי בהערה הקודמת דוקא ר' יהודה ולא שמואל סבר שיש להעמיד החפץ ביד המרא
קמא.

כשיש ספק בקניין, מעמידים את הנכס בחזקת המרא קמא. תיתכן גם סברא אחרת שמחמתה יש להעדיף העמדה על חזקת מרא קמא מאשר להשאיר את הנכס ביד המחזיק, כגון שחזקת המרא קמא בכוחה להכריע את הספק בדומה להכרעת ספק באיסורים על ידי העמדת הדבר על חזקתו.⁸³

מאחר שכאמור לא מתקבל על הדעת שבספק הקנאה ישנה מניעה עקרונית ליישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", לא ניתן לומר שבעל התוספתא הנ"ל (ב"מ פ"ג ה"ד, מהדורת ליברמן עמ' 73) קבע שהדין יחלוקו בגלל שלדעתו בספק הקנאה לא ניתן ליישם את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", כהצעתו השנייה של ליברמן.⁸⁴ לאור זה עלינו לאמץ את הדרך שהציע ליברמן בתחילה, שתוספתא זו סברה כשיטה המיוחסת לסומכוס, שבכל ספק ממוני - "ממון המוטל בספק חולקים". מקור תנאי נוסף שלכאורה מופיעה בו שיטה שעל פיה אין ליישם את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" במקרה מסוים, היא תוספתא שבועות פ"ו ה"ד (מהדורת צוקרמנדל עמ' 453):

חנווני על פינקסו... אמ' לחנוני: תן לי בדינר פירות ונתן לו, ואמ' לו: תן לי את הדינר, ואו' לו: נתתיו לך ונתנו באונכלי, ישבע בעל הבית או יביא ראיה שנתן... אמ' ר' יהודה: במה דברים אמורי בזמן שהיתה קופה מונחת בבתיים, אבל אם היתה יוצאת מתחת יד אחד מהן, המוציא מחבירו עליו הראיה.

⁸³ וכפי שמשמע מדברי סתם התלמוד (בבלי קידושין עט:), במובאה לעיל קטע 3) שמקביל בין העמדה בחזקת מרא קמא לשיטת ר' יעקב בתוספתא ב"ב פ"ט, לבין העמדת גוף על חזקתו. אך לאור דברי ר' יהודה הנ"ל בתוספתא בכורות פ"ו ה"ט (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540), שאינו מחייב את הכוהן שקיבל דמי פדיון הבן מסופקים, להשיבם לידי הנותנים, למרות שהם היו בעליהן הראשונים, קשה לקבל ביאור זה בשיטתו.

⁸⁴ אמנם ניתן לומר כעין הצעתו זו של ליברמן במקרה שהממון אינו בידו של אחד מהצדדים, שאז ודאי לא ניתן ליישם את הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", ובמקרה זה אכן ניתן להגיע לשתיה גישות לפתרון הספק. האחת תקבע שנעמיד את הממון בחזקת המרא קמא, והשנייה תלך בדרכו של סומכוס ותפסוק יחלוקו. זאת כפי שאכן מוצג בדברי הסתמא בבבלי ב"מ ק ע"א ביחס למקרה של המחליף פרה בחמור וילדה, שבמקרה שהפרה עומדת באגס, לסומכוס יחלוקו ולחכמים החולקים עליו, מעמידים את הולד בחזקת המרא קמא (אך ראה הערה 77 בנוגע להבנת גדרה של חזקת מרא קמא לדעת בעל הסתמא שם).

חכמים תקנו שבמקרה מסוים של ויכוח בין הקונה לבין החנווני, החנווני ישבע ויטול. ביחס לתקנה זו טוען ר' יהודה שבמקרה שהפירות בידו של אחד מהם "המוציא מחברו עליו הראיה". ומשמע שחכמים חולקים על יישום הכלל במקרה זה.⁸⁵ אך ברור שלא ניתן ללמוד מכאן הסתייגות כללית מהכלל, שהרי מדובר על תקנה שמחריגה מקרה זה מהכללים הרגילים. על פי דין התורה אדם התובע מחברו בלא ראיות אינו יוכל להוציא מידו ממון גם על ידי שבועה (שבועות פ"ז מ"א), אך חכמים תקנו במספר מקרים שיוכל התובע להוציא על ידי שבועה, וחנווני על פנקסו אחד מהם. משמעות השימוש שעושה ר' יהודה בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" במקרה זה, היא הגבלת תקנת חכמים שיוכל החנווני להוציא על ידי שבועה, והחזרת המקרה הזה לכלל הרגיל של "המוציא מחברו עליו הראיה". לפי זה ברור שחכמים שחלקו עליו לא התנגדו כללית ליישום הכלל, אלא טענו שגם מקרה זה כלול בתקנת חכמים, שבחנווני יש לחרוג מהכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ולהסתפק בשבועה כדי להוציא.⁸⁶

המסקנות העולות מהדיון שבפרק זה

אפשר לסכם את המסקנות העולות מהדיון במשנה ובתוספתא העוסקות בספק מתנת שכיב מרע ובספק הקנאה כדלהלן:

המשנה (בבא בתרא פ"ט מ"ו, מובאת בתחילת הפרק) עוסקת בספק האם שטר המתנה שביד התובע הוא שטר מתנת שכיב מרע או שטר מתנה רגיל. לאור זה המשמעות הפשוטה של הופעת הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" במשנה היא כבשאר מקומות, הטלת חובת הראיה בספק זה על הבא להוציא מחברו. עמדת ר' מאיר החולק על פסיקה זו, אינה בהכרח שלילת הכלל, אלא הגבלתו במקרה

⁸⁵ שיטות שונות בראשונים בשאלה האם אכן ר' יהודה חולק בברייתא זו על חכמים או שהוא בא לפרש דבריהם. סיכום ודיון נרחב בשיטות הראשונים ראה בש"ך חו"מ סי' צא סקל"ג.

⁸⁶ באותו פרק בתוספתא (שבועות פ"ו ה"א, מהדורת צוקרמנדל עמ' 453) לגבי תקנת שכיר נשבע ונוטל, משתמשים חכמים בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" כשהם מגבילים תקנה זו ושוללים אותה במקרה מסוים: "במה דברים אמור' בזמן שאמ' לו נתתי לך שכרך והוא אומ' לא נתן לי אבל אם אמ' לו שכרתי והוא אומ' לא שכרתיך... המוציא מחברו עליו הראיה". אמנם במקבילה (תוספתא ב"מ פ"י ה"ו, מהדורת ליברמן עמ' 118) מופיעה לפי כתי"ו ודפו"ר הסתייגות זו בשם ר' יהודה. אך כבר הכריע ליברמן שם ותוספתא כפשוטה ב"מ עמ' 300, שהגרסה הנכונה היא גרסת כתי"ע, שלא גרס שם: "ר' יהודה", וכפי שמופיע בתוספתא שבועות פ"ו ה"א.

זה שיש שטר ביד התובע. לדעתו יד בעל השטר על העליונה, מאחר שאין רעותא ברורה בשטר, ואף אם אי הדגשת היותו שטר בריא רעותא היא, ישנה רעותא נגדית באי הזכרת היותו שטר שכיב מרע כדברי אב"י.⁸⁷ בברייתא שבתוספתא (בבא בתרא פ"י הי"א, מהדורת ליברמן עמ' 165, מובאת בתחילת הפרק) מופיעות שתי דעות נוספות במחלוקת. עמדת ר' יעקב דומה לעמדת חכמים במשנה שאין להתבסס על השטר, אלא שלדעתו הפיתרון אינו העמדת הממון ביד המחזיקו אלא העמדתו ביד המרא קמא.⁸⁸ וכן היא שיטת ר' יהודה בתוספתא ב"מ (פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108, מובאת ונידונה לצד הערה 75). עמדה רביעית היא עמדתו של ר' נתן בתוספתא, ולדעתו יש להכריע את הספק על פי מצבו העכשווי של נותן המתנה.

בדברי ר' נתן אפשר לראות צמצום מסוים של הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה", אך אין לראות בהם דחיית הכלל לגמרי, שהרי רק במקרה זה שניתן להכריע את הספק על ידי העמדה על מצבו העכשווי, הוא רואה את הספק כמוכרע, ושואין צורך להזדקק לכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה".

בדברי ר' יעקב אפשר לראות עימות חזיתי עם הכלל, שהרי לעומת העמדה שאת חובת הראיה יש להטיל על הבא להוציא מהמחזיק, לדעתו מי שבא להוציא מהמרא קמא עליו הראיה. אך גם את זה ניתן להגביל רק במקרה של ספק על ביצוע העברת בעלות, אך בשאר ספקות ממון יתכן שר' יעקב יודה לחכמים שיש ליישם כלל זה, וכפי שמסתבר לומר בשיטת ר' יהודה בתוספתא ב"מ (פ"ח הכ"ג, מהדורת ליברמן עמ' 107-108) לאור דבריו בתוספתא בכורות פ"ו ה"ט (מהדורת צוקרמנדל, עמ' 540, מובאת אחרי הערה 79).

זוהי התמונה העולה מדברי המשנה והתוספתא כשלעצמם. בדברי האמוראים והתלמודים ישנה התייחסות רחבה למחלוקות תנאים אלה. בירושלמי, שבו מופיעה התייחסות רק למחלוקת התנאים שבמשנה,⁸⁹ נראה שלא מופיעה גישה פרשנית השונה מהעולה ממשנה של המשנה.⁹⁰ האמוראים

⁸⁷ ראה אחרי הערה 29.

⁸⁸ ראה אחרי הערה 9.

⁸⁹ ולפי ההשערה שהעליתי (אחרי הערה 20) הירושלמי לא הכיר כלל את התוספתא, ולכן דברי ר' יוחנן בנוגע לספק טומאה נתבארו על ידו כמתייחסים למשנה.

⁹⁰ את דברי הירושלמי (ב"ב פ"ט ה"ו), שהובאו לעיל ליד הערה 77, פירשו פני-משה, שדה יהושע ועוד על פי הבבלי, שהמחלוקת היא האם "הראיה" שבמשנה היא ראיה בעדים או ראיה בקיום השטר. אך פירושם דחוק מאוד בלשון הירושלמי. וראה את הפירוש המבריק שהציע אפשטיין, מבוא, עמ' 226-

בירושלמי לא נחלקו על פירושה של המשנה אלא נחלקו בשאלה כאיזו שיטה יש לפסוק את ההלכה.⁹¹ ונראה שכל זה נכון גם לפי דברי האמוראים רב הונא, רבה/רבא, ור' יוחנן⁹² שהובאו בבבלי (בקטע המובא אחרי הערה 21), שפירשו שהראיה שבדברי חכמים היא "ראיה בעדים". אך בעל הסתמא פירש שלפי שיטת אמוראים אלה מחלוקת התנאים שבמשנה מקבילה למחלוקת התנאים שבתוספתא, שנחלקו האם משאירים את הנכסים בחזקת המרא קמא, או שמכריעים את הספק על פי המצב העכשווי, ולפי זה גם לשיטתם אין המשנה מתייחסת לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" במובן הרגיל שלו. אך כפי שנתבאר⁹³ פירוש זה של בעל הסתמא דחוק מאוד, ואולי הוא נובע מהמגמה של צמצום המחלוקות בין התנאים.

לפי רב חסדא, רבה בר רב הונא, אביי וריש לקיש,⁹⁴ שפירשו שהראיה היא בקיום השטר, אין משנה זו עוסקת בכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" במובנו הרגיל. על כולם מוסכם שיד בעל השטר על העליונה, ומחלוקתם היא בנוגע לשאלת מודה בשטר שכתבו. אך כפי שנתבאר פירושם זה דחוק מאוד, וכנראה שהוא נבע מתפיסה עקרונית, שהובעה על ידי אביי בדבריו לרבה, שיד בעל השטר על העליונה, ולכן אין מקום להשתמש כאן בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" במובנו הרגיל, שהרי בידו ראיה של שטר.⁹⁵

באשר למחלוקת ר' יעקב ור' נתן שבתוספתא, נראה שהפירוש המשתקף מפשט לשונה הוא, שר' יעקב מעמיד את הממון ביד המרא קמא, ור' נתן מכריע את הספק על פי המצב העכשווי. באופן זה הובנו דברי ר' נתן גם על ידי רב הונא בריה דרב יהושע (בבלי ב"ב קנ"ג ע"ב) וכן על ידי בעל הסתמא בבבלי קידושין ע"ט סוף ע"א (מובא אחרי הערה 73), שהציע לבאר את דברי רב לענין ספק קידושין על

225 (הובא לעיל הערה 30). מאחר שהפירוש שהראיה שבמשנה היא בקיום השטר דחוק מאוד, שהרי על פיו המושג "המוציא מחברו עליו הראיה" מתפרש באופן אחר משאר מקומות כנ"ל לצד הערה 24, וכן מאחר שלא מצאנו בירושלמי התייחסות מפורשת לשאלת מודה בשטר שכתבו, לא נראה לי שנכון לייחס לירושלמי פרשנות כזו למשנה בלא סימוכין משכנעים יותר לכך (וראה עוד פלורסהיים, סוגיות, עמ' פב-פג ובהערה 98).

⁹¹ כפי שציין הימן (בירור, עמ' 36) אל נכון.

⁹² לפי מה ששיערתי (ראה הערה 66) זוהי עמדתו המקורית של ר' יוחנן, והיפוכה על ידי בעל הסתמא של התלמוד לא היה הכרחי.

⁹³ ראה לצד הערה 27.

⁹⁴ לפי מה ששיערתי זוהי עמדתו המקורית, ראה בהערה 92.

⁹⁵ ראה אחרי הערה 30.

פי עמדתו של ר' נתן. אך לפי בעל הסתמא שם, שרצה ליישב את דברי ר' נתן עם דברי שמואל, ר' נתן מודה עקרונית לר' יעקב, אלא שהוא סובר שיש ללכת אחר הרוב ולהכריע את הספק. אך כפי שנתבאר פירושו זה דחוק מאוד, ונראה שהוא לא נאמר אלא כדי להציע פירוש, אף אם הוא דחוק ביותר, שיישב את דברי שמואל גם עם דברי ר' נתן.⁹⁶

יש לציין שבנוגע לספק זה של מתנת שכיב מרע לא מופיעה שיטה שתאמר שיחלקו הנותן והמקבל, בדומה לשיטה המיוחסת לסומכוס.⁹⁷ לשיטת רבא (בבלי ב"מ ק ע"א) הסובר שבברי וברי מודה סומכוס, הדבר מובן, שהרי הנותן טוען ברי. אך לשיטת רבה בר רב הונא (בבלי ב"מ ק ע"א) ור' חייא בר אבא (בבלי ב"ק לה ע"ב) לכאורה היה מקום לשיטה כזו כאן.⁹⁸ כמו כן קצת קשה מדוע ר' חייא בר אבא לא הוכיח מכאן שחכמים חולקים על סומכוס. יתכן שיכול היה לעשות זאת אך הוא העדיף משנה העוסקת בנזקי שור בדומה למשנה (ב"ק פ"ה מ"א) ולתוספתא (בבא קמא פ"ה הי"ד, מהדורת ליברמן עמ' 20) שבהם הובאה שיטתו של סומכוס.

⁹⁶ ראה אחרי הערה 74.

⁹⁷ ראה פרק ג' מאחרי הערה 16 ואילך.

⁹⁸ ראה הדיון בשיטותיהם בפרק ג' מהערה 27 ואילך.

סיכום

בעבודה זו נבחנה הופעת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" במקורות התנאיים – משנה, תוספתא ומדרשי ההלכה. ניתוח המקורות התנאיים בעבודה לווה בניתוח נרחב של הפרשנות שנתנו למקורות אלו האמוראים ובעלי הסתמא של שני התלמודים. בעבודה נבחנה בעיקר מידת ההיקף של השימוש שעשו התנאים בכלל הזה – מי מהתנאים אימץ אותו ובאילו במקרים, מי מהם הסתייג מיישומו ומה הייתה מידת הסתייגותו.

בתחילת העבודה עמדתי על כך שבמקורות התנאיים משמש הכלל רק בהקשר לספק ממון המבוסס על התרחשות ידועה המעוררת באופן אובייקטיבי את הספק.

בחינת ההשתלשלות ההיסטורית של הכלל הראתה שר' עקיבא כבר עשה שימוש בכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" בנוסח זה. לא ניתן לאתר שימוש ברור בכלל זה קודם לדורו של ר' עקיבא. אחרי ר' עקיבא נמצא הכלל בפיהם של תלמידיו – ר' שמעון ר' אלעזר ור' יהודה וכן במקורות תנאיים סתמיים.

באשר לדעות תנאיות החולקות לכאורה על הכלל והמופיעות במספר מקורות תנאיים, הגעתי למסקנה שלא ניתן להוכיח שאחד מתנאים אלה שולל לגמרי את השימוש בכלל. גם בפרשנות המצויה בתלמודים למקורות התנאיים שבהם מופיעות שיטות אלה, לא מופיעה בשום מקום אמירה מפורשת, ששיטת תנאים מסוימת שוללת לחלוטין את הכלל. במקרים שונים עושים האמוראים ובעלי הסתמא של התלמודים מאמץ לפרש את המקורות הללו באופן שלא יסתרו את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", ולעיתים זה נעשה על ידי אוקימתות דחוקות, או פרשנויות הרחוקות מפשט לשון המשנה. אך גם במקומות אלו, שנראה שפרשנות זו אינה משקפת את פשוטם של המקורות התנאיים ואם כן לכאורה יש לראות במקורות אלה ניגוד ליישום הכלל, טענתי שיתכן שלא מדובר על שלילתו המוחלטת אלא רק על צמצום היקף תחולתו.

שלושה סוגים של צמצום הכלל נמצאו בשיטות התנאים :

א. התנא שהביע דעה הנראית כמנוגדת לכלל סובר שלא מדובר כלל בספק. ניתן לראות כמשתייכת לסוג זה את שיטת התנא קמא של ר' אלעזר לגבי חיוב כוי במתנות. כן יש להבין את שיטתו של ר' הירושלמי וכן על פי אמוראים שהובאו בבבלי, וכן היא שיטתו לפי השערתי בהבנת דעתו המקורית. תנא זה מחייב אם כן את השוחט את הכוי במתנות משום שחיובו ודאי (ראה בפרק ב').

ב. למרות שמדובר בספק ממוני, לדעת התנא שהביע את הדעה המנוגדת לכאורה לכלל,

יש לאדם שבא להוציא מחברו ראייה לטובתו או אמצעי הכרעה אחר המכריע את הספק לטובתו. על הסוג הזה נמנים (ראה בפרק ד'): שיטת ר' מאיר שסבר שבספק מתנת שכיב מרע, נותן המתנה צריך להביא ראייה שהיה שכיב מרע, משום שיש למקבל המתנה ראייה בדמות השטר שעל ידו ניתן להוציא את הממון; שיטת ר' נתן ביחס למקרה זה, שקבע שיש להכריע את הספק על פי מצבו העכשווי של נותן המתנה; אולי גם שיטת ר' יעקב, שקבע ביחס למקרה זה שעל מקבל המתנה להביא ראייה, ויתכן שזה משום שלדעתו חזקת המרא קמא מכריעה את הספק.

ג. התנא שהביע דעה זו המנוגדת לכאורה לכלל סובר שיש להגביל את יישום הכלל לתחומים הלכתיים מסוימים בלבד. על הסוג הזה נמנים: שיטת ר' טרפון שהגביל את יישום הכלל ביחס לספק בכורה בחלק מהמקרים, ולפי פשט המשנה אף ר' עקיבא הגבילו במקרה שיש ודאי בכור ביד הבעלים (ראה בפרק ב'); שיטת ר' יהודה שהגביל את יישום הכלל ביחס לספק הקנאה וקבע שיש להשאיר הממון המסופק בחזקת המרא קמא, ונראה שזוהי אף שיטת ר' יעקב שקבע כן ביחס למתנת שכיב מרע (ראה בפרק ד').

הצמצום הגדול ביותר של היקף תחולתו של הכלל מצוי בשיטה המיוחדת לסומכוס, שקבע דין חלוקה בממון המוטל בספק. חכמים נוספים שותפים במידה מסוימת לקביעת דין חלוקה במקרים של ספק ממון – ר' מאיר ר' יוסי ורשב"ג. כבר בקרב האמוראים היו שצמצמו את היקף קביעה זו של דין חלוקה רק למקרה שבו המחזיק טוען טענת שמא ומרופף על ידי כך את משקלה המשפטי של החזקתו בממון. לפי שיטתם מוגבלת ההסתייגות של הפוסקים דין חלוקה מהכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", שכן כשהמחזיק טוען ברי, אף הם מיישמים את הכלל. אך גם לפי האמוראים הסוברים שסומכוס פסק דין חלוקה גם כשהמחזיק טוען ברי, ויש מקורות תנאיים שמפשט לשונם משמע שכך היא שיטתם, שיערתי שבכל הנוגע לספק מתנות כהונה, שבהם אין אדם מסוים שיפסיד את ממונו עקב יישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", אפשר שגם סומכוס היה מודה שמיישמים כלל זה (ראה בפרק ג').

לסוג זה של צמצום היקף תחולתו של הכלל יש לשייך את הכלל של "ספק לקט לקט" (פאה פ"ד מי"א) על פי שיטת אמוראים מסוימים בבבלי, הסוברים שהוא עומד בניגוד ליישום הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" ביחס למתנות עניים, במקרה שיש חזקת חיוב במתנות אלה. אך מצד המקורות התנאיים כשלעצמם, וכן ניתן להבין על פי הירושלמי, אפשר לומר שלעומת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" שהוא כלל ממוני, הכלל של "ספק לקט לקט" אינו משתייך לתחום המשפטי אלא לתחום של חיוב במצוות, ואין סתירה בין שני כללים אלה.

ראינו אם כן שלושה סוגים של צמצום הכלל במקורות התנאיים. בשני הסוגים הראשונים

לא מדובר בעצם על שלילת הכלל, שהרי הכלל קובע שבמקום ספק צריך המוציא להביא ראיה, ובסוג הראשון לא מדובר במקום ספק, ובסוג השני המוציא אכן מביא ראיה או כיוצא בה. לעומת זאת בסוג השלישי ישנה אכן הגבלה מסוימת של יישום הכלל.

במבוא הובאו דעותיהם של חוקרי המשפט העברי שראו בכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" "השערה משפטית", ולא רק הנחיה מעשית להשאיר את הממון המסופק ביד המחזיק בו. אמנם את טענת החוקרים שראו בכלל זה סוג של ראיה שאכן המחזיק בממון הוא הבעלים האמיתיים שלו דחיתי שם, אך ניתן לראות בכלל זה השערה משפטית שרירותית שאינה מבוססת על ראיה. השערה משפטית זו מכריעה את הספק וקובעת שעלינו לראות במחזיק את הבעלים הודאיים על הממון. השלכה של הבנה כזו של הכלל ניתן למצוא בתחום של מצוות במקום שישנה דרישה של בעלות על חפץ, דוגמת מצוות לולב (סוכה פ"ג מ"ג). אם מהות הכלל היא הכרעת הספק, יחשב החפץ המסופק כנתון בבעלותו של המחזיק, ואם אין בכלל זה אלא הוראה מעשית שלא להוציא את הממון בלא ראיה, לא ניתן יהיה להגדירו כשלו.¹

נראה לי שמהמקורות התנאיים לא ניתן ללמוד האם התנאים ראו בכלל זה השערה משפטית כזו או רק הנחיה מעשית להשאיר את הממון ביד המחזיק. אמנם ביחס ליישום הכלל בתחום של מתנות כהונה, טענתי (בפרק א') שהנמען של הכלל הוא כנראה האדם שעליו מוטלת חובת נתינת המתנות, שהרי אין בהם תובע מסוים. לפי זה ביארתי שתפקידו של הכלל במקרים אלה הוא להניא אדם זה מלחשוב שעליו לחוש מספק לאיסור גזל או לחיוב מצוות עשה של נתינת המתנות. אך אין זה אומר שהתנאים שיישמו את הכלל ביחס למתנות כהונה הבינו שהכלל מכריע שהממון הוא בבעלותו הודאית של המחזיק, ושזוהי הסיבה שאין הוא עובר בהחזקתו על איסור גזל ושאין הוא מצווה על נתינתו לכוהן. יתכן שגם אם שאלת הבעלות נשארה בגדר ספק שלא הוכרע, והמחזיק לא יוכל לצאת בחפץ המסופק ידי מצוות לולב למשל, הבינו חכמים אלה שאיסור גזל ומצוות הנתינה אינם נוהגים במקרה שהכלל המשפטי מורה למעשה שממון מסופק יש להשאיר ביד המחזיק בו.

מחקר זה התמקד כאמור בהופעת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" במקורות התנאיים. מקוצר המצע כמעט לא התייחסתי לבחינת המקורות התנאיים הנוגעים לכלל זה כשאין הוא מופיע בהם במפורש. בין אם מדובר על מקורות שהדין המופיע בהם מבוסס לכאורה על העיקרון שעומד מאחרי הכלל, בין אם מדובר במקורות שהדין המופיע בהם עומד לכאורה בסתירה לכלל. המשך חקירת נושא זה יצטרך להתחיל אפוא בבחינתם של המקורות התנאיים

¹ ראה דיון דומה בספרו של ר' שמעון יהודה שקופ, שערי יושר, ניו-יורק, חש"ד, שער ה"ח.

מהסוג הזה, ולהמשיך בבחינת הופעתו של הכלל ברבדים הבאים של ספרות חז"ל.

חקירת המקורות התנאים שבהם מופיע הכלל נעשתה במחקר זה תוך התייחסות לפרשנותם של האמוראים ובעלי הסתם של התלמודים למקורות אלה. עמדתי על כך שלעיתים פרשנותם אינה תואמת את המשתקף מפשוטם של מקורות אלה. במקרים מסוג זה העליתי לעיתים את ההשערה שמדובר בפרשנות מגמתית. לדוגמה שיערתי (בפרק ג') שהזדהותו של שמואל עם הכלל הביאה אותו לפרש מקורות תנאיים הנראים כמנוגדים לכלל באופן שלא יסתרו אותו. במקומות אלה גלשתי מבירור הופעת הכלל בתורתם של התנאים לבירור הופעתו בתורת האמוראים ובעלי הסתמא של התלמודים. בכך נפתח הפתח להמשך המחקר שיכלול בדיקה מקיפה של הופעת הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" והתמורות שהוא עובר ברבדים הבאים של ספרות חז"ל, ועוד חזון למועד אי"ה.

Abstract

The rule that "the burden of proof rests with the plaintiff" (literally, "one who [wishes to] take from his fellow must bring proof") is a cardinal principle in civil law, that appears in all the strata of the Rabbinic literature. As Samuel formulates this (BT Bava Kamma 46a): "This is a fundamental principle in law." The instances in which this principle is applied in the rabbinic sources are of two general types: (1) doubt in a lawsuit brought by one individual against another (regular monetary doubt); (2) doubt regarding the gifts to the priests, Levites, or the poor. The latter type of doubt is distinguished from the first in two aspects: (a) there is no specific claimant; (b) it concerns a religious obligation; consequently, such doubts entail both a ritual question (is it obligatory to fulfill the commandment of contributing to the priests etc.), as well as a monetary question.

This work examines the appearance of the principle in the Tannaitic sources: the Mishnah, the Tosefta, and the *midreshei halakhah*. Our analysis of these sources is accompanied by an extensive study of the interpretation of these sources by the Amoraim and the anonymous opinions in the two Talmuds. This thesis focuses on Tannaitic use of the principle: which Tannaim adopted it, who objected to its application, and the nature of the reservations expressed by those Tannaim who objected to application of this principle.

Chapter one explores the meaning and historical development of the principle that "the burden of proof rests with the plaintiff." In this chapter I noted that this principle is applied in the Tannaitic sources only in the context of monetary doubt based on a known event that objectively generated the doubt - for example, if it is known that a sale was transacted, but the scope of the sale is in doubt, or if it is known that A's ox caused damage to B, but the extent of the damage is in doubt.

The sentence "the burden of proof rests with the plaintiff" always appears in the Tannaitic sources in relation to a specific case, and not in the formulation: "This is the general rule:" At times the Tannaitic sources rule that the defendant is exempt in a particular case, and the principle that "the burden of proof rests with the plaintiff" is given as the reason.

When the Tannaitic source presents a case along with the principle "the burden of proof rests with the plaintiff," this implies that if the litigant who does not possess the property seeks to gain possession of it from the other litigant, he requires proof to do so. The intent, however, of the Tanna citing this rule might be that the party who, in the type of case cited by the Tanna, generally does not possess the object (who therefore is called "one who takes from his fellow") must bring proof to take possession of the property from his fellow. If, however, the situation differs from the normal circumstances, e.g., the other litigant (B) seized the object that is in doubt and currently holds it, the rule would not require A to bring proof in order to take it from B, who currently possesses it. In two places the Babylonian Talmud presents both possible understandings of the rule.

When the rule relates to an ordinary monetary doubt, it is addressed to the court, which must demand proof from the plaintiff, and to the plaintiff, who must bring such proof when he comes to the court, if he desires to receive the object that is the subject of the lawsuit. When, however, the principle relates to priestly gifts and the like, there is no plaintiff who claims property, and obviously, no reason for intervention by the court. In such instances the rule is apparently addressed to the person who is required to give the priestly gifts, and it indicates that he need not fear violation of prohibition of theft, or failure to fulfill his ritual obligation to give the priest the gifts due him.

A study of the historical development of the rule shows that R. Akiva already used this formulation of the principle, while no clear-cut usage of this principle can be located before the

generation of R. Akiva. After R. Akiva, the principle was voiced by his pupils: R. Simeon, R. Eleazar, and R. Judah, and in anonymous opinions in the Tannaitic sources.

A number of Tannaitic sources present views that seemingly disagree with this principle, and that are attributed to R. Tarfon, to R. Akiva himself (in a single instance), and to anonymous Mishnaic opinions (concerning doubtful priestly gifts); to R. Judah, R. Meir, R. Jacob, R. Nathan, Symmachus, R. Simeon ben Gamaliel, R. Yose, and unattributed mishnayot and *baraitot* (regarding regular monetary doubt). My examination of their views led me to conclude that it cannot be proven that any of these Tannaim totally rejects the use of the principle. Nor does the interpretation in the Talmuds of these Tannaitic views contain any explicit statement that any Tanna completely rejects this principle.

The following chapters examine each of these views as they appear in the Tannaitic sources, according to their plain meaning, together with an analysis and critique of the interpretation given these sources in the two Talmuds.

The subject of Chapter Two is doubt regarding gifts to the priests, the Levites, and the poor. R. Akiva articulates the rule regarding such doubt, and a number of Tannaitic sources apply this rule. This chapter discusses the views of the Tannaim who oppose the application of the rule in certain cases of doubtful priestly gifts. R. Tarfon limits its application in some instances of a doubtful firstborn, and there might be an instance in which even R. Akiva does not exercise it. I examine the views of R. Eleazar, who applied the rule of priestly gifts to the *koy* (an animal that the Rabbis could not classify as a *behemah* or as a *hayah*), and of his *Tanna Kamma* (the first view mentioned), who opposes the execution of the rule in such an instance. This discussion leads to an extensive discussion of the zoological and halakhic definition of the *koy* in Rabbinic literature. I concluded that both R. Tarfon and the *Tanna Kamma* of R. Eleazar would most likely not totally reject the application of this principle to priestly gifts.

Chapter Two ends with an examination of the rule (M Peah 4:11) that "doubtful *peah* [gleanings] is [valid] *peah*," which seems to contradict the "burden of proof" principle. I explored the degree to which these two rules conflict. The possibility was raised that the "burden of proof" rule would not apply to the gifts of the poor, such as *leket*, *shikhehah*, and *peah*: in contrast with "the burden of proof rests with the plaintiff," which deals with purely monetary issues, the rule of "doubtful *peah* is deemed to be valid *peah*" deals with ritual matters.

Chapter Three discusses the view of Symmachus and the other Tannaim who call for the division of disputed property. I noted the Biblical precedents for rulings of this sort. My examination led me to affirm the Talmudic assumption that Symmachus's ruling concerning the specific case he discussed would apply to other cases of disputed property. I then discussed the views of other Tannaim who adopt the approach of division among the parties, as opposed to the "burden of proof" principle: R. Meir, R. Yose, R. Simeon ben Gamaliel, and a number of unattributed Tannaitic sources. I argue that those holding this latter view would accept the application of "the burden of proof rests with the plaintiff" principle concerning doubtful priestly gifts.

This chapter discusses the impact of the type of arguments put forth by the litigants on the relevant rulings. The cases where R. Meir, R. Yose, and R. Simeon ben Gamaliel prescribe division of the disputed property are cases in which the possessor sets forth an uncertain claim (*ta'anat shema*). If the possessor of the property claims with certainty that the object is his, these Tannaim might concede the applicability of the "burden of proof" rule. The wording of Symmachus' dictum does not clearly indicate to which type of claim by the litigants he refers. We therefore may question whether he would rule for division in a case where the plaintiff makes a certain claim (*ta'anat bari*), and the Amoraim disagree about this question. I claim that there are unattributed Tannaitic sources whose meaning suggests that division of the disputed

object is in order even if the possessor makes a certain claim. In cases of regular monetary doubt, the redactor of the Mishnah sometimes cites the "burden of proof" rule, but elsewhere he rules that the property must be divided – in both instances, without attribution. I suggested that he might have thought that the property is to be divided only if the possessor makes an uncertain claim (*shema*), and he cited the "burden of proof" principle only in cases where the possessor's claim was certain (*bari*).

Chapter Four reviews the other Tannaitic sources (with the exception of those examined in the preceding chapter) which deal with regular monetary doubt and which present a view at odds with the "burden of proof" principle: the view held by R. Meir, R. Jacob, and R. Nathan (concerning doubtful gifts by a mortally ill person), and the view of R. Judah (another doubtful transfer). Here too, I argue that their teachings do not indicate a total rejection of this principle. R. Meir dismisses the rule only when the plaintiff brings proof in the form of a deed of gift. R. Nathan expressed his reservation because of his belief that doubt concerning the past could be resolved in accordance with the present situation, that is, the situation of the benefactor at the time of the judicial proceedings. R. Jacob and R. Judah raised their objection to the rule only in the instance of doubtful transfer of property, when the validity of the act of transfer is called into question.

This work focused on the appearance of this principle in the Tannaitic sources, as well as their interpretation by the Amoraim and unattributed material in the two Talmuds. At times the Talmudic interpretations do not reflect the plain of the Tannaitic sources. In some of these instances, I surmised the tendentious nature of these interpretations. For example, I suggested that Samuel's identification with the principle led him to interpret Tannaitic sources seemingly opposed to the rule in a manner that would not contradict it.

This study of the principle that "the burden of proof rests with the plaintiff" can serve as

the basis of a comprehensive examination of the appearance of this rule, and the changes it underwent in the succeeding strata of the Rabbinic literature.

**“The Burden of Proof Lies with the Claimant”
in Tannaitic Sources and Their Interpretation in
the Talmuds**

Baruch Kehat

Submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Arts in the
Department of Talmud, Bar-Ilan University

This Work was carried out

Under the supervision of Prof. Leib Moscovitz

Department of Talmud

Bar-Ilan University

Contents

Abstract	I
Introduction	1
Chapter One - The Meaning of the Rule and Its Historical Development	10
Chapter Two - Doubtful Priestly Gifts and Gifts to the Poor	22
Chapter Three - The Division of Disputed Property	55
Chapter Four - Additional Tannaitic Sources Which Dispute the Rule	97
Conclusion	143
Bibliography	