

דף לא.

תוכן ענינים

- א. בענין תרי ותרי אי ספיקא דאורייתא.
- ב. בענין גדר חזקת מרא קמא.
- ג. בענין טעם דאביי ורבא חולקין על רבה.
- ד. בענין מ"ט ליכא בשטר פסול מפ"כ.

רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו הכא בשתי כיתי עדים
עסקינן אחת אומרת קרוב לה ואחת אומרת קרוב לו,
דהו"ל ספיקא דאורייתא וכו' ותו בשתי כיתי עדים נמי ספיקא דרבנן היא וכו'.

[א] ביאור נידון בגמ' אי תרי ותרי הוי 'ספיקא דאורייתא' או 'ספיקא דרבנן'.

- א. מבואר בגמ' דדנו אי כשיש תרי ותרי וחזקה דמעיקרא, האם לא אלזינן בתר חזקה מחמת התרי ותרי, ונשאר ספק מה"ת, ולכן אמרו תחילה דכשיש תרי ותרי אי היה קרוב לו או קרוב לה אז היא חולצת מן הדין. אולם לבסוף הגמ' הוכיח דתו"ת הוי ספק מדרבנן מהא דבר שטיא.
- ב. בשו"ת רעק"א (סי' קל"ו) ביאר הנידון עפ"י דברי התוס' בב"ב (דף לא.): שנסתפקו אי אמרינן מגו במקום תרי ותרי, וכתבו התוס' הטעם שלא לומר מגו דהרי תרי כמאה ומה יוסיף מגו יותר מעוד עדים, והרי כח העדים הוא כנגד כל דבר וא"כ עדים עם מגו נגד עדים הוי כהוספת עדים נגד עדים דנשאר תו"ת. ועוד כתבו התוס' תי' אחרת דל"ש מגו שם.
- ג. והצד דמהני מגו בתרי ותרי הוא משום דיתכן דרך בעדות אמרינן תרי כמאה ולא בשאר הכרעות, וכתב רעק"א דה"ה לגבי חזקה דאע"ג דתרי כמאה, מ"מ כשיש ספק הדין הוא לזיז בתר חזקה [ולפי"ז נידון דידן תלויה ב' תירוצי התוס'].
ד. שוב כתב רעק"א דאפילו נימא דמגו נגד עדים לא מהני, י"ל דה"מ מגו דהוי דרך בירור והוכחה ודמיה לעדות דאמרינן בה תרי כמאה וה"ה במגו, אבל חזקה דאינו בירור והוכחה אלא גז"כ להשאיר הדבר על חזקתו הראשונה, א"כ כל זמן שיש לנו ספק ואפילו ע"י ב' כתות עדים שפיר נאמר הדין להשאירו על חזקה.
- ה. עפ"ז נסתפק רעק"א (סי' קל"ז) בתרי ותרי, ויש רוב כצד אחד האם הרוב מכריע, דאי נימא דרוב אינו בדרך הוכחה אלא דין התורה במקום ספיקות, א"כ במקום תו"ת יועיל רוב. וכן דן לגבי שטרך בידי מאי בעי ולגבי חזקה אין אדם פורע תוך זמנו, וכן עיין בשמעתתא (ש"ו פכ"ב) שג"כ נסתפק על דרך זה.
- ו. בשערי ישר (ש"ה פי"ד) ביאר הנידון באופ"א מרע"א, דכשיש תרי ותרי ל"ש חזקה כלל, דכל הענין של חזקה הוא שלא יהא ספק אבל בתו"ת הוי ספק בעצמותו ואינו מענינא של חזקה ע"ש.

דבר שטיא זבין נכסי אתו בי תרי ואמרי כשהוא חלים זבין, ואתו בי תרי ואמרו
כשהוא שוטה זבין, ואר"א אוקי תרי להדי תרי וארעא אוקמא בחזקת בר שטיא.

[ב] הובא ציור דבר שטיא דלפעמים היה שוטה, ומכר קרקעו, וב' עדים אמרו דהיה בריא וב' עדים אמרו שהיה שוטה (ולא חל המכירה), ונפסק דמעמידין הקרקע בחזקת המוכר. והגמ' הוכיח דחזינן דמהני חזקה בתרי ותרי. נידון בגדר חזקת מרא קמא.

- א. הגמ' מוכיח מעובדא דבר שטיא דהיה תרי נגד תרי אי הועיל המקח, וקי"ל דמוקמינן הנכסים בחזקת המוכר, ומוכח דמהני חזקה כשיש תרי ותרי. ולהלכה נחלקו הראשונים אי הוי ספיקא דאורייתא או ספיקא דרבנן, דפשטות הסוגיא דהכא מוכח דהוי ספיקא דרבנן אבל מה"ת מהני החזקה, אבל יש ראשונים דפסקו דהוי ספיקא דאורייתא.
- ב. הנה חזקת בר שטיא הוא 'חזקת מרא קמא', וחזינן דבר חידוש דגם בחזקת מרא קמא הוא תלוי בנידון דתרי ותרי אי ספיקא דאורייתא.
- ג. בקונטרס הספיקות (כלל א') כתב שראוי להתבונן בחזקת מרא קמא דממונא מנלן דאזלינן בתריה, האם הוא כמו חזקה קמיתא דאיסורא, דכמו באיסורא כשיש איזה ספק מעמידין הדבר בחזקת מה שהיה מתחילה, וה"ה כשיש ספק אם הוא של ראובן או שמעון מעמדן אותו בחזקת מי שהיה מתחילה.
- ד. או דלמא ממונא מאיסורא לא ילפינן, והוא מעין חזקת ממון דכמו בחזקתממון הסברא נונתן שאין להוציא הימנו בלי ראייה ה"י אין להוציא מחזקת מר"ק בלי ראייה, דכ שידוע שהיתה שלו מתחילה אף שעכשיו הוא עומד ברה"ר או באגם מ"מ בי גזא דבעלים איתא וחשבינן ליה כאילו עדיין הוא מוחזק דדלא ספיקא מהכא תשאר ביד בעלים הראשונים.

- ה. וכתב להוכיח עפ"י סוגיין מדברי הרמב"ן (בי"מ דף ו.) כתב דלא מהני חזקת מרא קמא בתרי ותרי דספיקא דאורייתא הוא ככל ספק דאיסורא דלא אמרינן ביה חזקה, ומשמע דמר"ק הוא מדין חזקה דאיסורא ולכן לא מהני בתרי ותרי, דאילו היה מדין מוחזק מהכ"ת שלא יועיל נוכח הוכיחו עוד אחרונים, ובשערי ישר (ש"ה פי"ד) תמה על הקונטרס הספיקות אמאי הוצרך להרמב"ן היה לו להוכיח מגמי מפורשת בסוגיין דמאן דסי"ל דתרי ותרי ספיקא דאורייתא לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא, אולם יש שתי דיתכן דגם בממון מהני תפיסה בתרי ותרי ואז ליכא ראייה ולכן הביאו מהרמב"ן.
- ו. אולם הקונטרס הספיקות דחה, די"ל דבכל תפיסה הא דלא מהני הוא משום דדינינן התופס בגזלן, ולכן כתב הרמב"ן דבתנ"ת דלעולם הוי ספק א"א להחזיקו בגזלן ולכן מהני תפיסה, ולפי"ז ליכא אין הנקודה לא מהני מר"ק אלא דא"א להכריע בו שהוא גזלן. וע"ש עוד שהביא פניי מפורשת (בי"מ דף ו.) שכתב דחזקת מרא קמא בממון חזקה מעליא היא ומכח חזקה דאיסורא אתיא, ומהני גם להכריע בענין איסור.
- ז. בקובץ הערות (סי' כ"ז) דחה הראיה מסוגיין, די"ל גם במוחזק ממש לא מהני בתרי ותרי למ"ד ספיקא דאורייתא.
- ח. בשיעורי ר' שמואל (אות ר"ט) הביא לישנא דגמי ב"מ דף ק. דקורא למרא קמא 'המוציא מחבירו עליו הראיה', והוכיח דהוא מדין מוחזק, אולם צידד דאפשר דיש בזה שני דינים, והוי בין חזקה דמעיקרא ובין מדין מוחזק ע"ש.

דף לא:

אלא אמר אביי יגיד עליו ריעו תנא בקידושין וה"ה לגירושין תנא בגירושין וה"ה לקידושין א"ל רבא אי יגיד וכו'.

ג] מבואר דאביי חולק על הגמ' לעיל, וס"ל דגם בספק קרוב לה ולו בקידושין חולצת, וכן משמע ברבא ורק דס"ל דיש חילוק בין קידושין לגירושין לגבי זמן. ויל"ע מ"ט חולצת.

- א. הנה הגמ' לעיל פי' בשם רבה הא דלא תני במתני' ספק גירושין ע"י ספק קרוב לו ספק קרוב לה, משום דבציור כזה האשה היתה עומדת בחזקת היתר לשוק ע"י שהיתה צרתה הערוה מקודשת לבעלה, ומספק רוצין לומר דלמא נסתלקה הערוה ונאסרה לשוק ולכן אזלינן בתר חזקה דנשארה בהיתרה.
- ב. ועכשיו אביי ורבא מיישבים באופ"א דבאמת גם בגירושין חולצת ומה דיש בקידושין יש בגירושין ע"ש. וצ"ב למה לא אמרינן חזקה דלעיל דהעמד אשה על חזקתה בהיתרה לשוק, ולמה היא צריכה חליצה.
- ג. ונחלקו בזה רבותינו, דהש"ך (סי' נ' סק"ג) כתב לפרש דברי הרמ"א (דרכי משה סי' ל"א) דאבי ורבא חולקין על רבה מעיקר הדין, דהם ס"ל דלא מהני חזקת היתר כשנולד בשעת האיסור ויש ב' טעמים לומר דלא מהני, או משום דליכא חזקה כזה על העתיד [כמו שדברנו בדף ל:] אומשום דמחזיקין מאיסור לאיסור, ועיין שמעתתא ה'.
- ד. אולם הנמקו"י כתב רק לחומרא הצריכו חליצה ולא מעיקר הדין, ונמצא דנחלקו בכוונת אביי ורבא דמצריכין חליצה, האם זהו מה"ת או מדרבנן. ולהשיטות דהוי מדרבנן ג"כ נחלקו גדולי הפוסקים מתי החמירו חז"ל בזה הא נימא חזקה דמעיקרא, וי"א דרק באישות, וי"א דבכל חזקה דאיתרע לא אזלינן מדרבנן בתר חזקה, ואכמ"ל.
- ד] מבואר בגמ' דעדות בכתב פסולה משום דכתיב 'מפיהם' ודרשינן מפיהם ולא מפי כתבם. ותמוה דא"כ כל שטר שבעולם נימא דפסול משום דהוי עדות בכתב דנפסל משום מפיהם ולא מפי כתבם. [ד' שיטות].

- א. דרשינן בסוגיין מפיהם ולא מפי כתבם, ומהכא נלמד דלא מהני עדות בכתב, ונתקשו הראשונים א"כ איך מהני עדות שבשטר. בקצה"ח (סי' כ"ח סק"ו) הביא בזה ד' דרכים איך ליישבו.
- ב. [א] רש"י, ובעה"מ (בסוגיין) פירשו דכיון דאין כותבין השטר אלא מדעת המתחייב לא הוי מפי כתבם אלא 'מפי כתבו' הוינו מפני כתב המתחייב. [ב] הרמב"ן (סה"מ שורש ב', וכאן) דלא שייך בעדות שבשטר מפי כתבם דכיון דנכתב בנוסח שטר הוי"ל כמי שנחקרה עדותן בב"ד ולי"ש מפי כתבם, אלא היכא דאינו בתורת שטר. [ג] תוס' (כאן ד"ה דחזו) בשם ר"ת דלי"ש מפי כתבם אל במי שיאינו ראוי להגיד בפה כגון שהוא אלם, אבל במי שיכול להגיד בפה והוי ראוי לביילה אין בילה מעכבת בו. [ד] הרמב"ם (הל' עדות פי"ג ה"ד) דעדות שבשטר אינו אלא מדרבנן ומה"ת אה"נ דאינו מועיל משום דהוי מפי כתבם. [וברמב"ן (שרשים שם) תמה על הרמב"ם מקידושי שטר וגירושי שטר דעל כרחך הוי עדות מה"ת, ותי' כמה אחרונים (תומים נתיבות מרן הגר"ח) דבשטר קנין מודה הרמב"ם דמהני מדאורייתא, ורק בשטר ראייה ס"ל דלא מהני].