

מיכל טיקוצ'ינסקי

קונטרס הספקות: מתודה, מגמה ומשמעות

חלק ראשון: רקע כללי

1. בעולם הספק

ר' יהודה כהנא¹, מחבר הספר קונטרס הספקות² (1819-1740), נולד בקאליש (Kalisz) והיה בכור לארבעת בניו של ר' יוסף הכהן כהנא. הוא מתייחס לבעל התוספות יום טוב, ר' יום טוב ליפמן הלר, וחלק מן הצאצאים משתמשים בשם המשפחה כהנא-הלר. בתחילת דרכו היה בעלים של פונדק בסמוך לקאליש ומשעסקיו לא צלחו עבר ללמברג (Lemberg)³, שם החל לעסוק בהוראת תלמידים. בתקופה זו הוא התיידד עם הרב יוסף תאומים, בעל פרי מגדים, שלימים היה רבה של פרנקפורט.

* מאמר זה נכתב במסגרת תוכנית עמיתית המחקר של מת"ן, ירושלים. זו ההזדמנות להודות לכל העמיתים ששמעו והעירו. תודה מיוחדת לרב אריאל הולנד ממת"ן, שעודדני להמשיך ולכתוב, ולראשי בית המדרש בבית מורשה על העזרה והתמיכה לאורך הכתיבה, לרב ד"ר יהודה ברנדס, שטרח רבות בעריכת המאמר ולרב ד"ר בנימין לאו. אבי מורי, ר' שלום כהנא ז"ל, היה דור שישי לבעל קונטרס הספקות, והריני מקדישה את המאמר לעילוי נשמתו, ביום השנה השנים עשר לפטירתו, י' בניסן תשס"ח.

1 יצחק י' כהן, חכמי הונגריה והספרות התורנית בה, מכון ירושלים (תשנ"ז). מ' סילבר, ערך כהנא יהודה. הקדמת המחבר לקצות החושן, קצות החושן, הוצאת מגדנות, בני-ברק תשס"ב. הקדמת המהדיר (ר' מנחם מנדל גערליץ) לקצות החושן, הוצאת אורייתא, ירושלים תשמ"ח, עמ' 9. א' פריזל, אטלס כרטא לתולדות עם ישראל בזמן החדש, ירושלים 1983. אנציקלופדיה יודאיקה, 8, עמ' 309-310, ערך הלר יהודה, ועמ' 306-307, ערך הלר אריה לייב.

2 ספר נוסף שלו הוא תרומת הכרי. חתן נכד המחבר, ר' שמואל גינטצלער, הוציא את הספר לאור לראשונה בפרשבורג 1858-תרי"ח. הספר הוא, למעשה, ליקוטים של חידושי בעל קונטרס הספקות. חלקם נכתב על הש"ס וחלקם על השו"ע. הוא גם קרא לחיבור בשמו: תרומת הכרי [כרי – הרב יהודא כהנא].

3 זה שמה של העיר בימיו ובימי היותה תחת שלטון האימפריה האוסטרית. אחרי מלחמת העולם הראשונה הייתה תחת שלטון פולין, ברית המועצות, וכיום אוקראינה. בתקופה זו נקראת העיר בשמה הסלאבי (רוסית, פולנית ואוקראינית), לבוב (Lvov או Lviv). וראו אנציקלופדיה יודאיקה כרך 11, ערך Lvov, עמ' 608-616 ובעמ' 611 על המצב המדיני, פוליטי, חינוכי וחברתי בתקופה זו.

ר' אריה לייב (יליד 1745) אחיו הצעיר של ר' יהודה כהנא, זכה לפרסום ולהוקרה רבה בזכות ספרו קצות החושן [להלן: קצות]. בעת הדפסת הקצות, התגורר ר' אריה לייב ברוזיניטוב (Rozhinyatov) הסמוכה ללמברג וכיהן בה כרב. כאשר הביא את ספרו להדפסה בבית הדפוס בלמברג, ביקש ר' אריה לייב מאחיו הגדול ר' יהודה להשגיח מקרוב על מלאכת הדפוס. האח הגדול נענה לבקשה, ובהזדמנות זו צירף את ספרו קונטרס הספקות [להלן: קונטרס] לקצות. והוא מופיע כעין נספח בסוף הספר קצות החושן⁴.

בעל הקצות מעיד בפתיחת ספרו על מסירותו של אחיו הגדול. מלבד ההשגחה על הדפוס וההגהות, הוא מעיד שאחיו שימש לו כמין צנזור או עורך, הסיר מן הקצות 'פלפולים מיותרים' שהיו בכתב-היד ומנעו מלהדפיסם. בהקדמה הוא מתאר בהרחבה את ספקותיו בקשר לגיטימיות של ההכרעה האנושית בכוח הפלפול ובחריפות השכל, וביכולת הדעת האנושית לכוון לאמת התורה, האמורה להיות אלהית, ולפיכך אבסולוטית. חשיפת הלבטים הללו, שעניינם שאלות פילוסופיות קיומיות הנוגעות לעצם קיומו של הספק ודרך ההכרעה בו, מצטרפת להבעת השמחה שלו על שכרכו עם הקצות את חיבורו של אחיו, קונטרס הספקות. והוא מעיד כי דבר זה נעשה "למען שלמות מלאכת החיבור הזה".

משמע מכך, שהעיסוק בענייני ספק כעניין קיומי היה עניין מרכזי בתודעתם של האחים, והיה יסוד מהותי בכל הוויית לימודם⁵, אכן, הקצות מתאר כיצד סוגיות הספק מעסיקות אותם בכל עת:

ולמען שלמות מלאכת החיבור הזה ומעשהו הצגתי בסופו קונטרס הספקות אשר טפחה ידו וימינו של אחי. ריח ניחוחי, טוביניי דחכימי מוהר"ר יהודה הכהן ש"ן הנ"ל, בענייני ספקא דמונא, אשר בכל יומא שמעתתא בפומן.

4 דפוס ראשון – למברג תקמ"ח (1788). לימים נדפס הספר גם במהדורות נפרדות, וכן נתחברו עליו פירושים שונים: הראשון שבהם היה נתיבות המשפט, שנתחבר עוד בימיו (1809) על ידי הרב יעקב לורברבוים, המכונה ר' יעקב מליסא, ובעל קצות החושן הספיק להגיב בחיבור משלו שנקרא 'משובב נתיבות'.

5 ראו י' ברנדס, חיים וחינוך בעולם של ספק, אקדמות, יט (תשס"ז), עמ' 143-163. לדבריו, גם חיבור הנעורים של הקצות, שב שמעתתא, המוקדש לבירור הספק והכרעתו, מעיד על מוקד התעניינות זו של שני האחים. והוא תולה זאת גם ברוח הזמן – התעוררות רעיונות ההשכלה באירופה. וראו י' כ"ץ, מסורת ומשבר החברה היהודית בימי הביניים, הוצאת ביאליק, ירושלים תשי"ח, עמ' 17, המצביע על שני כיווני ההתנערות מן הדרך המקובלת של התייחסות למסורת במחצית השנייה של המאה הי"ח, בחינה רציונליסטית (ההשכלה) או כריזמטית (החסידות). מחברי הקצות והקונטרס משקפים בנתיבותם את רוח התקופה של ספק קיומי, בין מסורת לרציונליזם.

חיבור מונוגרפיה שלמה המוקדשת לנושא הספק, הוא, במידה מסוימת, חידוש בעולמה של תורה⁶. בעל הקונטרס מציין זאת במפורש:

כאשר באתי להתלמד בדיני ספקא דממונא ופלוגתא דרבוותא וספקא דדינא, ראיתי אותם מפורדים ומפוזרים, בפניני לשונות הראשונים מאירים כספירים, ונושאי כלי החושן לא שמו ליבותם הפתוחות לאוספם במקום מיוחד.

אמנם קדם למחברנו חכם אחר מן האחרונים שעסק בבעיות הספק האיסורי והממוני בהרחבה, והוא הש"ך⁷, בשני חיבורים: כללי הספק, המצויים בתוך ספר הש"ך על שלחן ערוך יורה דעה⁸, ובחיבור תקפו כהן, העוסק בכללי תפיסה במקרה של ספק. בעל הקונטרס אכן מציין בהקדמה, שחיבורו הוא מעין תגובה לחיבורו של הש"ך. הוא מסביר שחיבורו חולק על גישתו העקרונית של הש"ך, שנתן משקל רב לתפיסה כבסיס להכרעה בספק ממון, ולטעמו יש לצמצם את משקלה של התפיסה כגורם בהכרעת הספק.

מתוך דבריו עולה, שיש לבחון את הקונטרס בשני מישורים: האחד, הוא ההצעה שיש לרכז בחיבור זה את כל המקורות בנושא הספק, לדון בהם, לנתח אותם ולהציגם באור מסודר ובהיר. והשני, המימד המגמתי של בירור דרכי ההכרעה הנאותות במקרי ספק, תוך הדגשה של נקיטת עמדה שונה מזו של הש"ך.

הספר הפך במרוצת השנים לאחד מספרי היסוד בעולם הלמדני ואבן דרך למעמיקים בתורת הספקות. הלומדים פונים בעיקר אל המישור הראשון של הספר – מונוגרפיה מקיפה על נושא הספקות בתלמוד ובמקורות הראשונים והאחרונים – שיש בה גם ביטוי נאמן לדרך הלמדנות הקלאסית של האחרונים. בדרך כלל ניתנת פחות תשומת לב למגמה האחרת שבספר – הצגת אלטרנטיבה לגישתו של הש"ך בחיבור תקפו כהן.

6 חיבור מונוגרפיות על נושאים הלכתיים מוגדרים הוא חידוש של אחרוני הגאונים. לדוגמא הספרים משפטי שבועות ודיני מקח וממכר לרב האי גאון, ספר הפקדון, ספר המשכון וספר הירושות המיוחסים לרב סעדיה גאון. דוגמאות בודדות בתחום דיני ממונות וחושן משפט יש גם בתקופת הראשונים, כדוגמת חיבורו המפורסם של הרמב"ן דינא דגרמי, נדפס בקונטרס דינא דגרמי לרמב"ן ז"ל, הוצאת א"י ברזל, בני-ברק תשנ"ו, וקונטרס התפיסה שלו המופיע בתוך שיטה מקובצת לבבא מציעא ו ע"א, נדפס גם בנפרד בספר דיני תפיסה לרמב"ן, א"י ברזל, בני-ברק תשנ"ד. אמנם רוב המונוגרפיות מתקופות קודמות היו מכוונות למגמה של פסיקת הלכה ומסורת מנהגים, וחיבורים שהוקדשו לעיון למדני בנושא מקיף הם היוצאים מן הכלל.

7 ראו עליו לקמן, בתחילת החלק השלישי.

8 דיני ספק ספקא, שו"ע, יורה דעה א, הוצאת טל-מן, תל-אביב 1977, עמ' רנט-רסד.

במאמר זה אנסה ליתן את הדעת על מגמות התוכן העיקריות של המחבר, השפעתן על עיצובו של הספר, דרכי השימוש שלו במקורות ואופן הניתוח שלו. בדרך זו יתברר הקשר ההדוק שיש בין התכנים לבין המתודה הלמדנית והפרשנית שנוקט המחבר. מתוך כך תתבאר גם הזיקה שבין שני חיבורי הכהנים הגדולים – קונטרס הספקות ושפתי כהן, הדמיון והשוני ביניהם, ומעבר לכך יועלו כמה הרהורים ראשוניים על המשמעות של דרכי לימודם של כמה מגדולי האחרונים.

2. המצע הפולמוסי: חיבורו של הש"ך

כאמור, בעל הקונטרס מציב בהקדמתו שני גורמים מרכזיים שחברו יחד כתמריץ לכתיבתו. שני הגורמים קשורים בדמותו של הש"ך. הגורם הראשון הוא ראיית הצורך באיסוף החומר הנוגע לדיני ספקות בממון ובמיונו. הוא מעיד שהש"ך קדמו במשימה זו. ובלשונו:

כאשר באתי להתלמד בדיני ספקא דמונא ופלוגתא דרבוותא וספקא דדינא, ראיתי אותם מפורדים ומפוזרים ... זולת הנשר הגדול שבצל כנפיו נחסה הרב הש"ך ז"ל שחיבר בהו ספר מיוחד והוא יקר ונפלא שמו נאה לו תקפו כהן ולי מה יקרו אמרותיו הטהורות.

אך נראה שסבר, שגם אחרי מפעלו של הש"ך יש מקום לחיבור נוסף. הגורם הנוסף שהוא מונה כמניע לחיבורו הינו פולמוסי: ההשקפה המובעת בחיבורו של הש"ך נוגדת את הבנתו של בעל הקונטרס. וכלשונו: "וגם להיות שאני רואה שהרב ז"ל מאלים כח התפיסה בכל כוחו ואונו, ובעניויתי איפכא מסתברא".

כבר מן המשפט הזה ניתן לשמוע את יחסו האמביוולנטי של בעל קונטרס הספקות אל חיבורו של הש"ך. עם כל הערצתו לגדולתו של הש"ך, הוא מצביע על נקודת תורפה בחיבורו תקפו כהן. לדעתו, עשה הש"ך מאמץ מופרז לבצר את רעיון התפיסה ולהעצים את יכולת השימוש בו, גם מעבר לגבולותיו הטבעיים. הביטוי 'מאלים... בכל כוחו ואונו' מגלה את דעתו של בעל קונטרס הספקות, שאין המדובר בחיבור למדני תמים ונייטרלי.

אכן, עיון שיטתי בתקפו כהן מגלה, כי לא נעשה בו ניסיון לפרוס משנה סדורה בנוגע לדיני הספקות בכלל, אלא לטפח את עקרון התפיסה למימדים מרביים בתוך מרחב הסוגיות העוסקות בהכרעת ספקות בדיני ממונות.

הכלל הבסיסי והפשוט בדיני ספקות הוא 'המוציא מחברו עליו הראיה'. כלל שמשמעותו היא, שיש להגן בראש ובראשונה על זכות הקניין. כאשר אדם

מערער על זכותו הקניינית של זולתו, הסדר הטוב מחייב שירצה את טענותיו בפני בית הדין ויביא ראיות לאשש את טענותיו. הש"ך, במהלך מפתיע, מעצים דווקא את זכות התפיסה המאפשרת מימוש הטענות ללא היזקקות לבית הדין. הש"ך בחר להתמקד בזוית המסוימת של התפיסה כפתרון להכרעה במצבי הספק. הספר פותח בסוגית 'תקפו כהן [אין]⁹ מוציאים מידו'¹⁰, וממנה ניטל שמו של החיבור. הצורה החיצונית של החיבור היא כשל שו"ת. המניע, כביכול, לחיבור הספר הוא מקרה שאירע בוילנא ומתואר בתחילת החיבור. אלא שהש"ך עצמו מציין כי השאלה היא פשוטה בתכלית ולשם פתרונה לא היה נצרך כל החיבור, הארוך למדי. לפיכך יש לראות בחיבור יצירה עצמאית ולא תשובה לשאלה¹¹.

בכל שלבי החיבור בוחן הש"ך נסיבות שונות שבהן יכולה להועיל התפיסה. הוא מעצב את דיני התפיסה כמועילה לתובע במצבים רבים: במצבים שבהם אין הכרעה תאורטית, מן הסוג של 'תיקו' ו'בעיא דלא איפשטא'; במצבים שבהם יש מחלוקת הפוסקים, שבהם יכול התובע לטעון 'קים לי'; בספקות מורכבים, כגון: 'ספק ספקא'; במצבים שונים של תפיסה, כגון 'תפיסה קודם שנולד הספק'. כמו כן הוא בוחן את התפיסה כדרך לגיטימית לשינוי מצב ה'מוחזקות' באופן מעשי. כך למשל הוא בוחן באיזו מידה מועילה תפיסה על ידי שליח, ודן בשאלה מה ראוי לתובע לתפוס כדי שהתפיסה תועיל.

בכל הנסיבות המוזכרות לעיל הש"ך מטפח את הגישה המאפשרת את התפיסה כנגד העמדות החולקות. מתוך כך ניכרת בדבריו מגמה ברורה לגבש את רעיון התפיסה הכוחנית בממון הנתבע כרעיון לגיטימי ונורמטיבי. להלן שתי דוגמאות המורות על דרך הטיפול שלו במקורות ועל סוג המהלכים שהוא משתמש בהם.

9 מילת המפתח של הסוגייה שנויה במחלוקת, הן בנוסחאות והן בשיטות הראשונים. התוספות, הרא"ש, הנימוקי יוסף, המרדכי, הרא"ה (בדק הבית סו א), הר"ן, הריטב"א ורבים אחרים סוברים שלמסקנה תקפו כהן מוציאים מידו, וכן הסכים גם הש"ך בתקפו כהן סימן ב. ואילו הרמב"ם, הלכות בכורות פ"ב, פסק שאם תקפו כהן אין מוציאים מידו. גרסתו של הסמ"ג אינה ברורה וישנה סתירה בין פסיקתו בעשין ריא לפסיקתו בעשין צה. וראו המאמר הסוקר את הסוגייה, קשייה ופתרונותיה, א' בר אשר, "עיון מחודש בסוגיית 'תקפו כהן'", סיני, קכה (תש"ס), עמ' מח-פ.

10 בבא מציעא ו ע"ב.

11 הזדקקותו המלאכותית של הש"ך לסוגת השו"ת מעידה על כך שהרעיון של כתיבת מונוגרפיה על נושא למדני עיוני בדיני ממונות לא היה מקובל בזמנו, כאמור לעיל, הע' 6. בעל הקונטרס, שחי למעלה ממאה שנה אחריו, כבר לא ראה בעיה בכך.

א. תפיסה במקום פלוגתא דרבוותא

בסימן קז בתקפו כהן מסכם הש"ך את עמדתו ביחס לתפיסה במקרה שיש לגביו 'פלוגתא דרבוותא'; יש מחלוקת בין הפוסקים. לפי חלק מן השיטות הצדק עם התובע ולפי חלק אחר הצדק עם הנתבע. לפי העיקרון של העמדה על חזקה, והמוציא מחברו עליו הראיה, אי אפשר להוציא מן הנתבע, אולם הש"ך נוטה להכריע שאם התובע תפס – אין מוציאים מידו. כלומר, התובע הופך את מצב המוחזקות והממון עובר לרשותו. ומכיון שחלק מן הפוסקים מצדיק זאת, אי אפשר להוציא ממנו את שחטף מן הנתבע!¹²

את דיונו בנקודה זו מסכם הש"ך כך:

ועל כל פנים יש כאן יותר מארבעים פוסקים דסבירא להו דתפיסה מהני בפלוגתא דרבוותא. דהא בסימן ע"א וע"ד הבאתי דברי הגאונים, והרי"ף והרמב"ם וסמ"ג והראב"ד והרב המגיד, והמגדול עוז ורבותיו, והגהת מיימון ומהר"ם, וקאנטי וטור ור' ירוחם ... ומהר"ם יפה, דסבירא ליה דבתיקו מהני תפיסה. ואם כן, כל שכן בפלוגתא דרבוותא. ... וכן הוכחתי בסימן פ"ט שכן דעת הבעל התרומה, וכן הוכחתי בסי' צ"ג שכן דעת הרא"ש ... וכן הוכחתי בסימן צ"א שכן דעת בעל העיטור ... הרי כאן יותר מארבעים פוסקים גדולים ומפורסמים, שסוברים דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא, ואין לך עין יפה יותר מזה התורם מארבעים. ואפילו לא יהיה ראייה ברורה מקצת איזה מהפוסקים הנזכרים באופן שיהיו ארבעים חסר אחת, או שתים או שלוש וארבע, וישארו שלושים ושישה צדיקים יסודי עולם שהעולם עומד עליהם, כדברי אביי במסכת סוכה¹³, או

12 דוגמא למצב שיש לגביו פלוגתא דרבוותא הוא מקרה של שומרת יבם, שמתה לפני שנתייבמה או חלצה. קיימת מחלוקת, מי יורש את נכסי צאן ברזל שלה. לדעת רש"י, כתובות פ ע"ב על המשנה שם ורמב"ם, הלכות אישות פכ"ב ה"י, חולקים יורשי הבעל עם יורשי האישה, ולדעת הרא"ש ור"ת, תוספות יבמות לח ע"א ד"ה ובית, יורשי הבעל יורשים הכל. הדיון העיקרי בשאלה תחילתו במחלוקת בית שמאי ובית הלל במשנה ביבמות ד, ב ובמחלוקת האמוראים בפירושה של המשנה ביבמות לח ע"א-לט ע"א, ויש התולים את המחלוקת בפסיקה במחלוקת אביי ורבא ובשאלה כמי פוסקים. יש פוסקים, שדיוני האמוראים נוגעים לבירור שיטתו של בית שמאי בלבד, ומכיון שלהלכה פוסקים כבית הלל יש לפסוק הכל ליורשי הבעל. מכל מקום המצב הוא ששאלת ירושתה של היבמה נותרה במחלוקת ראשונים ולכן עניינה מוגדר כנתון בפלוגתא דרבוותא. השאלה הנשאלת היא, מה יהיה הדין אם יורשי היבמה יתפסו מחצית מרכושה. האם התפיסה תועיל ותתן משקל של מוחזקות, המממשת את זכותם במחצית זו? או אם יתפסו יורשי הבעל את מלוא נכסי צאן ברזל שלה, האם תפיסה זו תועיל גם במחצית הנכסים שיש לגביהם ספק מי יורש, יורשי הבעל או יורשי האישה. הנושא נדון בתשובת ר' שלמה כהן חלק שני סימן קצד וקצו, ומובא בתקפו כהן סימן צז כאחת הדוגמאות לפלוגתא דרבוותא, שבהם תפיסה מועילה להכרעת ספק.

13 מסכת סוכה מה ע"ב.

אם יחסרו עוד חמישה ושישה, התשחית בעבור החמישה¹⁴? כשיאמרו שלושים צדיקים כדברי המדרש רבה¹⁵ מי יערב ליבו לגשת ולעשות מעשה נגד הנך שלושים גדולי הדור, להוציא ממון? ומי יכניס ראשו בין הרים גדולים אלו? ובפרט שדבריהם נכונים וברורים וכמו שהוכחתי למעלה.

השימוש במליצות מקראיות ומדרשיות בפיסקה זו הוא מעבר בולט מלמדנות לרטוריקה דרשנית. המעבר לשפה המליצית מעיד יפה על המאמץ 'להאלים' בכל כוחו ואונו, כלשון בעל קונטרס הספקות, את התפיסה, ולקבע את התפיסה ככלי שימושי רחב ככל שניתן. המאמץ להשתית את עמדתו על קשת רחבה של פוסקים ככל האפשר מעיד דווקא על כך, שהתמונה אינה פשוטה כל כך: מלמעלה מארבעים הוא הולך ופוחת, כאברהם אבינו המתמקח עם הקב"ה לפני הפיכת סדום. ניתן גם לראות, שחלק מן הפוסקים שעליהם הוא סומך לא חיוו דעתם בפירוש, והוא קובע שהם מצדדים בדבריו רק על סמך מהלכים פרשניים קודמים, שבהם 'גייס' את הפוסקים הללו לתמיכה ברעיון התפיסה.

ב. מדיעבד אל לכתחילה

במקורות התלמודיים לעולם תוצג תפיסה כאירוע שבדיעבד, 'אם תפס – אין מוציאין מידו'. הש"ך אינו יכול להתעלם מכך, ולאורך כל החיבור הוא מקפיד להשתמש במינוח של בדיעבד למקרי התפיסה שהוא דן בהם. אולם בחלקים מסוימים נדמה, שלשונו גולשת למונחי לכתחילה.

נעיין לדוגמה בדיונו בשאלה, שיש בה כמעט הדרכה מעשית: 'התפיסה כיצד?'. בסימן קח הש"ך פותח ואומר:

אחרי אשר נתחווירו ונתבררו הדברים כשמלה דמהני תפיסה שלא ברשות בפלוגתא דרבנותא, אפילו אחר שנוולד הספק, חל עלינו חובת ביאור מהו הדבר שיתפוס שיועיל התפיסה.

השאלה העומדת כאן לדיון היא, האם תפיסה של כל פרט ממונו של הנתבע תועיל, או האם רק תפיסת החפץ המצוי במחלוקת ועליו מוסבת התביעה? עוד לפני שנכנסים לדיון בפרטי העניין, כבר מן ההנחה המקדימה משתמע מדברי הש"ך, שהשאלה היא, 'מהו הדבר שיתפוס שיועיל?' כביכול הוא מציע כאן הדרכה לתובע, מה מומלץ לו לתפוס מרכוש הנתבע, כדי שהתפיסה תשרת את מטרותיו היטב.

14 בראשית יח, כב.

15 בראשית רבה (תאודור אלבק) פרשה לה (יב), ד"ה ויאמר אלוהים.

בתוך הדיון מביא הש"ך את דעת המהרש"ל, שתפיסה במצב שהדין מצוי במחלוקת, פלוגתא דרבנותא, מתקיימת רק על ידי תפיסת החפץ שבמחלוקת עצמו, אולם תפיסת כל דבר אחר אינה בגדר תפיסה אלא בגדר של עשיית דין עצמית. האמוראים נחלקו בשאלה אם 'עביד איניש דינא לנפשיה', אבל המהרש"ל טוען שזה רק במקרה שיש 'דינא'. אם אין דינא, כמו במקרה של פלוגתא דרבנותא, שבו אין דין מבורר, שהרי זו השאלה שלא הוכרע מהו דינה, אי אפשר לאדם לעשות דין לעצמו ואינו יכול לתפוס. אם הנתבע יעשה כן, אין תפיסתו מועילה והוא יחויב להשיב את החפץ שתפס. רק אם תפס את החפץ נשוא הויכוח תועיל התפיסה.

בשלב ראשון הש"ך חולק וסובר, שאמנם לכתחילה אסור לתפוס, אבל בדיעבד הדבר ייחשב לתפיסה ויועיל. בהמשך דבריו הוא מקצין עוד את עמדתו, וכותב כך:

והא דאמרינן דלא עביד איניש דינא לנפשיה, היינו לכתחילה, או לעניין שיהא חייב אם הזיקו או הכהו מחמת זה. וגם בזה דווקא בהלוואה וכמ"ש לקמן סי' קט"ו וקט"ז. אבל לא לעניין דיעבד. ועוד, דעל כרחך לא אסרינן למשכן לכתחילה אלא משום דיכול להשכין על ידי הדיינים, אבל הכא כיון דאיכא פלוגתא דרבנותא, אם כן אפשר דהדיין לא יפסוק לו לכתחילה כהך פוסק, אם כן, אי לא יתפוס הוי ליה פסידא, וכמו שכתב המהרש"ל גופיה בסוף דבריו, דהכא הוי מיגו במקום פסידא. ובמקום פסידא אפילו רב יודה מודה דעביד איניש דינא לנפשיה¹⁶.

הש"ך מבצע כאן מהלך הפוך לזה של המהרש"ל, ובכך הוא מכשיר את התפיסה לכתחילה. בעוד שהמהרש"ל ראה במחלוקת הפוסקים גורם המסכל את התפיסה, מכיון שאין דין שהתובע יכול לעשות לעצמו, טוען הש"ך, שהיעדר הדין הוא דווקא עילה לתפיסה. מכיון שבהעדר פסק מוסכם, בית הדין לא יוכל לדון לטובתו של התובע, וממילא הוא עתיד להפסיד את תביעתו. בכך הופך המצב מבחינתו להיות 'מקום פסידא'. ובמקום פסידא גם רב יהודה, האוסר לעשות דינא לנפשיה בדרך כלל, מודה שמותר לאדם לנקוט יוזמה ולפעול להצלת ממונו. נמצא שדווקא היעדר היכולת של בית דין לדון לזכותו של התובע מזכה אותו ברשות לתפוס לכתחילה!

הרעיון להחשיב מצב של ספק משפטי כמקום פסידא, המאפשר לתפוס לכתחילה, הוא חידוש מהפכני, שנובע בוודאי משיטתו העקרונית של הש"ך, לחזק את כוחה של התפיסה ככל האפשר.

אלו הן שתי דוגמאות. אפשר להביא ראיות רבות נוספות, המצביעות על השיטתיות העקבית החוזרת לכל אורכו של תקפו כהן להעצמת מושג התפיסה.

מסתבר שהקדשת חיבור שלם לבירור ולחיזוקו של נושא התקיפה, התפיסה בכוח, ככלי שימושי בידי התובע, מצביעה על מגמה לפתור את קשיי הראיות וההוצאה לפועל העומדות בפני התובעים, ולהחליש את כוחו של המחזיק. ריכוז מכוון של כל סוגיות התפיסה בגמרא, בספרות הפסיקה והפרשנות של הראשונים והאחרונים וקיבוץ לכדי קונטרס אחד, מגבש ומקדם את הרעיון של תפיסה כהליך משפטי נורמטיבי.

אין ספק שהש"ך יצר בחיבור זה מהפכה תודעתית. גם מבלי להזדקק לפרטי ההוכחות ולמגבלות הדין, בעצם העובדה שהקדיש ספר לנושא הוא קבע סדר יום חדש. אירוע שבדיעבד בזכות החיבור ('אי תפס...') קיבל מעמד של חלק אינטגרלי מהשיח המשפטי. הש"ך נטל מושג משני בהכרעת הספק והקנה לו הקשר פוזיטיבי עצמאי. בחינת מיקומו של תקפו כהן בספרות דיני ממונות תעיד, כי מדובר ברעיון מחודש מעצם העמדתו כנורמה וכמודל.

בד בבד קשה להתעלם מהצדדים הבעייתיים שבתזה של הש"ך המשמעותיות המשפטיות של העצמת מושג התפיסה ניכרות לעין. מדובר בעיקרון מאיים ומסוכן ליציבות הכלכלית, כמו גם לחוסן המשפטי והמדיני. מושג התפיסה, המבוסס על עיקרון כללי של עשיית דין עצמית, יש בו יסודות אנארכיים.

נוכח העובדה שמדובר במהלך מגמתי ומכוון, ולא בתוצר פרשני תמים הנובע מניתוח מצטבר של המקורות, שומה עלינו לנסות לברר את מניעיו של הש"ך. לעניין הזה נידרש בע"ה בחלק השלישי של המאמר.

3. מגמת החיבור: מבנה, יסודות ומשמעות

כפי שמעיד בעל קונטרס הספקות בהקדמתו על מגמת החיבור, המשימה המרכזית העומדת לנגד עיניו היא להעצים את רעיון המוחזקות בממון או ברכוש ולשוות לו מעמד משפטי חזק ככל שניתן. דא עקא, שני מכשולים משמעותיים עומדים בדרכו של הקונטרס, הראשון הוא התמודדות עם המורכבות של המקורות הקלאסיים, למן המשנה ואילך. כנגד העיקרון של 'המוציא מחברו עליו הראיה' עומד העיקרון של 'ממון המוטל בספק חולקין'. מורכבות זו מאיימת על המגמה של הסדרת ההכרעות בדיני הספקות סביב שאלת המוחזקות. המכשול השני הוא חיבורו של הש"ך, החותר תחת רעיון המוחזקות. הש"ך טען, שברוב מקרי הספק שבהם נקודת המוצא היא שהמוציא מחברו עליו הראיה ניתנת אפשרות הכרעה אלטרנטיבית על ידי תפיסה, ואם תפס אין מוציאים מידו.

קונטרס הספקות פועל לפיכך בשני מסלולים עיקריים, המסלול האחד הוא הבהרת מרכזיותה של ההלכה 'המוציא מחברו עליו הראיה', והעצמתו של מושג

המוחזקות בממון. המסלול השני הוא צמצום כוחה של התפיסה. בניגוד לדעתו של הש"ך, שתפיסה מועילה גם במקרים שבהם עיקר הדין הוא המוציא מחברו עליו הראיה, טוען בעל קונטרס הספקות, שרק במקרים שבהם תחילת הדין אינה מטעם המוציא מחברו תועיל תפיסה לחולל קניין. סוגיית תקפו כהן משמשת לו בניין אב לגישה ההפוכה: בכל הספקות בממון – אם תפס מוציאים מידו!

בניגוד לש"ך, המעמיד בחזית ובפתח חיבורו את סוגיית תקפו כהן כנקודת מוצא לחיבור¹⁷, הקונטרס מעמיד בפתח חיבורו ובחזית הפולמוס שהוא מנהל עם הש"ך את סוגיית שור שנגח את הפרה¹⁸. בסוגייה זו מוצגת בבהירות מחלוקת סומכוס וחכמים, ומודגשת שיטת חכמים בלשון זו: "אבל חכמים אומרים זה כלל בדין – המוציא מחברו עליו הראיה"¹⁹. נראה שהבחירה בסוגייה זו כפתיחה לחיבור נובעת מכך שבסוגייה זו מוצגת דעת חכמים במפורש כמנוגדת לסומכוס. באופן זה משתמע, שיש לפסוק הלכה כמותם, באשר דעת סומכוס היא דעת יחיד. ואף מבחינת הסגנון דברי חכמים מנוסחים ככלל גדול בדין²⁰.

וכך מובאים הדברים בלשון הקונטרס בפתיחתא לחיבורו²¹:

נקטינן ספק ממון לקולא לנתבע, דקיימא לן כחכמים דסומכוס דאמרי זה כלל (גדול) בדין המוציא מחברו עליו הראיה, והלכך כל תיקו דמונא או בעיא דלא איפשטא קולא לנתבע עבדינן. כן הסכימו רוב גדולי הראשונים ז"ל... ובהגהות אשר"י (פ"ב דב"מ סי' ח) כתב בשם ר"ח ורי"ף דכל תיקו דמונא חולקין וכן כתב הרשב"ם בב"ב²² דממון המוטל בספק חולקין ע"כ ואינהו סברי הלכתא כסומכוס, אבל אנן לא קיימא לן כן אלא כרבנן.

16 תקפו כהן לש"ך, סימן קי, תקפו כהן, ווארשא 1872.

17 תקפו כהן, ריש סימן א.

18 בבא קמא מו ע"א: "גמ'. אמר רב יהודה אמר שמואל: זו דברי סומכוס, דאמר: ממון המוטל בספק חולקין, אבל חכמים אומרים: זה כלל גדול בדין המוציא מחברו עליו הראיה. למה לי למימר זה כלל גדול בדין? אצטריך, דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא – המוציא מחברו עליו הראיה. אי נמי, לכי הא דאתמר: המוכר שור לחברו ונמצא נגחן, רב אמר: הרי זה מקח טעות, ושמואל אמר: יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך.

19 לפי גישה זו נטל ההוכחה כולו נופל על כתפי התובע. תפיסה כזו תואמת את הגישה הנהוגה כיום גם בבתי המשפט, שעל התובע מוטל להוכיח את עיקרי תביעתו. יש להניח שסדרי הדין משקפים כאן את הדין המהותי ואת היחס להגנה על הבעלות.

20 משמעותה הפשוטה של המימרא על פי הסוגייה, לעיל, הערה 18, היא ששיטת חכמים היא מקיפה במובן זה, שכאשר עומד בפנינו מחזיק, הכף תיטה אליו ללא קשר עם טיעוני הצדדים. נדמה שכאן הקונטרס עשה שימוש באטימולוגיה של המינוח כגושפנקא להכרעה הלכתית נחרצת כחכמים. יש כאן משחק יפה של שיבוץ המימרא בתוך החיבור.

21 כלל א סעיף א.

22 בהערות המגיה שבדפוס מאוחר הוספה הפניה לרשב"ם בבבא בתרא קסו ע"ב, ד"ה תיקו.

החיבור אינו בנוי, אם כן, כמענה ישיר לחיבורו של הש"ך, ומבנהו הפנימי אינו של עמדה מתגוננת. החיבור מתחיל בהבניה מסודרת של רעיון המוחזקות ופותרת בסוגיית ה'שיא' התלמודית של רעיון זה. מכאן ואילך מפורטים המקרים הבונים את הטיעון, שהכלל המנחה בספקות ממון הוא הכלל 'המוציא מחברו עליו הראיה'. רק החל מכלל ב²³ קונטרס הספקות ישיב על שאלת האפשרות לתפיסה במקרי ספק וישלול את תוקפה ברובם. ללא הצגתו החד-משמעית של רעיון המוחזקות כפתרון והסדר מרכזי בהכרעת הספקות בממון, הייתה נשמטת הקרקע מן הסברה, שתפיסה לא מועילה במקום שיש מוציא מחברו שעליו הראיה. רק לאחר שהקורא מפנים את עוצמת העיקרון ומרכזיותו הוא נכון לקבל את המסקנות של שלילת התפיסה כפתרון משפטי.

מבנה זה של החיבור מצביע על כך, שעיקרו מצוי בכלל א שבו. שאר החיבור הוא פולמוסי ונקודתי. שיטתו העקרונית של בעל קונטרס הספקות ביחסו להסדרים המשפטיים השונים בדיני ספקות ממון מצויה בחלק הראשון של החיבור, ומשם ניתן ללמוד על גישתו הפרשנית ועל תפיסתו הרעיונית. במובן זה חיבורו של בעל קונטרס הספקות, כמו חיבורו של קודמו הש"ך, אינו מאמר תיאורטי הסוקר באופן שקול את המקורות והדעות השונות בעניין הספק. החיבור מגמתי ומיועד לבסס את גישתו העקרונית, ה'מאלימה' את כוחו ואונו של המחזיק בממון, כנגד התובע המבקש להוציאו ממנו או מבקש לזכות בו על ידי תפיסה בכוח.

4. משמעותה של המוחזקות

עובדה היא, כי ההסדרים המשפטיים השונים המוצעים להכרעת הספק בדיני הממונות אינם חותרים לגילוי המציאות. בכל המקרים והנסיבות שנדונו במקורות נעדרת היומרה לבירור השאלה העומדת לדיון מבחינה עובדתית. מטרת ההסדרים המשפטיים היא לתת הדרכה כיצד יש לפעול במצבי הספק השונים מבלי שניתן לברר את האמת הריאלית. לאור זאת יש לבחון בקפידה מהם השיקולים הרעיוניים העומדים ברקע של כללי הכרעת ספק שונים²⁴.

לענ"ד התכוון הקונטרס לרשב"ם בבבא בתרא סג ע"א, ד"ה תנו חלק לפלוני בנכסי מהו. שם נאמר באופן מפורש יותר על ידי הרשב"ם, שהלכתא כסומכוס.

23 הקונטרס מכיל בסך הכל תשעה כללים. כאמור, יסודות החיבור ועיקרי הטיעון של המחבר מובאים בו בכלל א. כלל זה הוא הבסיס העקרוני לתגובתו לש"ך.

24 ראו, פ' שיפמן, הספק בהלכה ובמשפט, שנתון המשפט העברי, א (תשל"ד), עמ' 340 (נדפס גם בספרו, ספק קידושין במשפט הישראלי, ירושלים תשל"ה). לשאלת ההכרעה במצבי ספק ראו גם י' שרלו, פרקים ראשונים בקיום במציאות ספק, הישן יתחדש (תשנ"ט), עמ' 67-11.

מסתבר שבחינת משמעותם של הכללים תצביע על שיקולי המדיניות שהולידו את כללי ההכרעה השונים. היות וקונטרס הספקות בחר להעצים את כלל ההכרעה המבסס את סטטוס המוחזק, והוא מבכר אותו על פני כלל החלוקה או התפיסה, עלינו להבין את משמעותו וטעמו של כלל זה.

כדי להעמיק במשמעות הטיעון, שיסוד היסודות להכרעה בדיני ספקות הוא רעיון המוחזקות, נעקוב כאן אחר הצידיקים השונים המוצעים במקורותינו להגנה על המחזיק.

הצידיק המוסרי לרעיון שהמוציא מחברו עליו הראיה נדון במקורות תנאיים ובמקורות מאוחרים יותר במישרין ובעקיפין. בדיקת המקורות השונים מעלה את קיומן של תיאוריות נורמטיביות שונות, המציעות הסברים עיוניים נבדלים לעיקרון זה.

כך נמצא בדיון עקיף²⁵:

לימא מתניתין דלא כסומכוס, דאי כסומכוס – האמר: ממון המוטל בספק – חולקין בלא שבועה.... אפילו תימא סומכוס, שבועה זו מדרבנן היא, כדרכי יוחנן.

דאמר רבי יוחנן: שבועה זו תקנת חכמים היא, שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חברו ואומר שלי הוא.

על פי מקור זה, בשיטת סומכוס, הסובר יחלוקו אף ללא שבועה, ישנו כשל מרכזי שעליו מצביעים בסוגייה שלעיל. הנובע משיטתו הוא, שכל טיעון, מופרך ככל שיהיה, מותר כתמי ספק. דרך כזו עלולה לעודד תביעות אין קץ, ואם על כל בדל ספק נגזור יחלוקו – עד היכן תגיע חלוקת הרכוש? לשיטת סומכוס זכות התובע למחצית מנכסי חברו נגזרת מעצם העובדה שאני טוען לנכסיו. מובן שהדברים מובילים לעיוות גדול במערכת ההגנה על מוסד הבעלות ועל הסדר החברתי התקין. ויש להם גם השלכות על המוטיבציה ליצור ולהתקדם בעמל כפים.

לעומת זאת, הרעיון ש'המוציא מחברו עליו הראיה' מגן היטב על ערכים אלו. ניכר ממערכת הכללים המובעים בשיטת חכמים, שהם תולדה ותוצר של ניסיון מתמיד למזעור הפגיעה בזכויות קנייניות²⁶.

ההתקפה על שיטתו של סומכוס מקורה בדיון ישיר ביחס לשיטת חכמים הנמצא בספרי²⁷:

25 בבא מציעא ב ע"ב-ג ע"א.

26 ראו י' ליברמן, "כשל שוק וכשל שיפוטי: מבט הלכתי", דיני ישראל, יח (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' קעא.

27 ספרי דברים פיסקא טז, ד"ה ושפטתם צדק.

ושפטתם צדק, צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות, משל זה עוטרף 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 ופשטתם צדק צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות.²⁸

הדרישה כלפי מי שמבקש להוציא מחברו שיביא ראיה לטענותיו נתמכת כאן בצידוק מוסרי דומה לזה שהוצג בגמרא כקושיה על שיטת סומכוס בסוגייה שלעיל²⁹. המדובר ברעיון ערכי ראשון במעלה ובהגנה על אחת מזכויות היסוד שיש לאדם – הגנה על רכושו. מדרשי התנאים גם אינם מכירים את הכלל כפי שאנו נוהגים להשתמש בו כקוד לגישה זו. המדרשים אינם משתמשים בכיטוי 'המוציא מחברו עליו הראיה'. מדרש התנאים לדברים מתאר את התוצאה המשפטית בכללותה, כלומר קודם כל 'צדיק בצדקו'. והמשמעות המעשית של קביעה זאת היא שעל התובע להביא ראיות.

לעומת זאת, אנו מוצאים במקום אחר בגמרא בדברי רב שמואל בר נחמני ובדברי רב אשי התייחסות לכלל שבמשנה ובצידו נמצא צידוק שונה³⁰:

וחכמים אומרים: המוציא מחברו עליו הראיה. א"ר שמואל בר נחמני: מניין להמוציא מחברו עליו הראיה? שנאמר: (שמות כד) מי בעל דברים יגש אליהם, יגיש ראיה אליהם. מתקיף לה רב אשי: הא למה לי קרא? סברה הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא [מי שכואב לו – הולך לבית הרופא]!

נקודת המוצא אינה 'ושפטתם צדק' אלא 'מי בעל דברים יגש אליהם'. הדגש אינו על התוצאה המשפטית בכללותה אלא על ההשלכה על דיני הראיות בלבד. נראה שהמניע המוצג כאן אינו הגנה על הצדק החברתי ושמירה על מערכת קניינית מסודרת. הן דרשת הפסוקים והן הסברה³¹ מולידות צידוק שונה לדין שהמוציא מחברו עליו הראיה. היסוד החדש מעמיד את הרעיון על פרוצדורה

28 מעניין לשים לב למבנה של הדרשה: המסגרת החיצונית וההדרגתיות שבהבאת הדוגמאות הסובבות במעגלים מתקרבים למקום הכואב ביותר.

29 ובמדרש תנאים לדברים פרק א בהבדלים קלים (מיהו הצדיק?): "ושפטתם צדק] לעולם הצדיק בצדקתו והתובע יביא ראיה משל זה עוטרף בטליתו וזה אומר שלי היא זה יושב בתוך ביתו וזה אומר שלי הוא זה חורש בפרתו וזה אומר שלי הוא זה מחזיק בתוך שדהו וזה אומר שלי הוא ופשטתם צדק על כולן הוא אומר התובע יביא ראיה".

30 בבא קמא מו ע"ב.

31 על הסברה כמקור לדין ראו מ' אלון, המשפט העברי, ב, הוצאת מאגנס, ירושלים תשל"ג, עמ' 809, ושם בעמ' 810 נמצאת התייחסות למקור דין המוציא מחברו עליו הראיה בסברה. וכן ראו א' ברקוביץ, ההלכה כוחה ותפקידה, ירושלים תשס"ז, עמ' רצ-שא.

הוגנת. ניתן להצביע על שני היבטים, האחד סדר הבאת הראיות ומצד השני על מי מוטל נטל הראיה. המחשבה שמדובר בסדרי דין ראויים מעבירה את הדין למחוזות פחות עקרוניים.³²

אף על פי כן אפשר לומר גם לשיטה זו, שמשמעות הדרשה והסברה היא יותר עקרונית, ומובנה הוא שהמצב הטבעי הוא שרכושו של אדם לא יופקע ממנו. הטענה של התובע, שהמצב העובדתי אינו משקף את המצב המשפטי היא טענה חריגה, והיא המצריכה ראייה וטיפול יוצא דופן. המהלך הטבעי של הדברים הוא שהמחזיק בפועל ברכוש יש לו גם מלוא הזכויות בו. מעניין שאצל חלק מהראשונים אנו מוצאים התייחסות מסוג אחר.³³ דוגמא לכך הוא הרשב"ם:

תיקו – והמוציא מחברו עליו הראיה דכיון דמסתפק דינא לבי דינא היאך יוציאו מיד המחזיק ולא דמי לממון המוטל בספק דקיימא לן חולקין דהתם עיקר המעשה אין ידוע לנו היאך היה כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצדה (בבא בתרא צג), וכגון נפל הבית עליו ועל אמו (בבא בתרא דף קנח ע"ב) הלכך פוסקין להן ב"ד את הדין שיחלוקו אבל כל מקום שעלתה ההלכה בתיקו הואיל ואין הדיינין יודעין לפסוק את הדין היו שותקין³⁴ והמחזיק יחזיק במה שבידו.³⁵

32 ואכן כבר שם בסוגייה מצביעים על מקרים בהם אנו הופכים את סדר הבאת הראיות, "היכא דזילי בי נכסי".

33 רשב"ם בבא בתרא קסו ע"ב, ד"ה תיקו. דברים דומים ניתן למצוא אצל האחרונים וביניהם: שו"ת חתם סופר חלק ג (אה"ע א) סימן פ, שאין מדובר בחזקה כלל, ואין בעולם מושג הלכתי של חזקת ממון אלא שהספק הוא עצום כל כך שלא ניתן להוציא מהמחזיק: "אך חזקת מה שביד אדם הוא שלו לא ידעתי לה מקום ושום סברה אדרבא בבבא קמא קאמר הש"ס דהמוציא מחברו עליו הראי' סברה הוא מאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא מבואר שאיננו חזקה שהוא שלו אלא אין שום אדם יכול להוציאו מידו אלא בראי' ברורה ואפי' רוב מנגדי' איננו ראי' מספקת להוציא מידו דאולי שלו הוא ועוד אפי' המחזיק טוען שמא ומסופק אם הוא שלו מ"מ צריך אידך להביא ראי' מספקת דמאי חזית להוציא מידי וליתן לזה והכלל לע"ד חזקת ממון איננו חזקה כלל רק ספקו עצום כל כך עד שאין אדם יכול להוציא ממנו בלי ראי' ברורה".

34 יש שיטות משפט, המחייבות את השופט לפסוק את הדין. סירוב לשפוט ייחשב לעבירה פלילית במדינות אלו, לסקירה ראו פ' שיפמן (לעיל, הערה 24), עמ' 328-329 ובהערות.

35 וראו א' הרנון, "כיצד על שופט לנהוג כאשר אינו יודע אם להאמין לתובע או לנתבע", הפרקליט, כא (תשכ"א), עמ' 415, המציין כי אין זה מן הנמנע שהשופט יעמוד בפני ספק שקול בין שתי גירסאות ובמקרה זה לא יוכרע הדין לגופו, אולם ייפתר על ידי כללי נטל הראיה. ואז נותרת השאלה הנתונה להכרעת השיטה המשפטית אם פסק כזה ייצור השתק פלוגתא ויהווה מעשה בית דין ובכך ימנע את האפשרות להביא ראיות נוספות או שמא הכרעה שכזו אינה נחשבת למעשה בית דין והיא מותרת את האופציה להמשך התדיינות.

הרשב"ם מתייחס לפתרון המוציא מחברו עליו הראיה כברירת מחדל של הדיינים; כשיטה המביעה חוסר יכולת להכריע³⁶. כלומר, במקרים מסוימים הרעיון שהמוציא מחברו עליו הראיה אינו משקף דווקא אידיאה גדולה ואינו מכוון ליצור נורמות חברתיות.

מבין קשת ההסברים הרחבה לדין 'המוציא מחברו עליו הראיה', החל מהצבתו כחלק מרכזי ושותף בכיר בחישובו של עקרון השמירה על הסדר החברתי וההגנה על רכוש הפרט וכלה בהימנעות מהכרעה וחידלון משפטי-שיפוטי, נראה כי דעתו של בעל קונטרס הספקות נוטה לקבל את התפיסה המעצימה את העיקרון. יעידו על כך הן רצונו העז ל'נטרל' את פגיעותו של הדין והן רצונו להשחזר את קוטביותן של שתי השיטות, של סומכוס ושל חכמים, כפי שאראה בהמשך. כל אלו מצביעים על אמונה בצדקת הרעיון. בעל קונטרס הספקות סולל את דרכו בין כל המפרשים לאורך כל הדורות ועושה מעשה ברירה תקיף של השיטות התומכות בהרחבת רעיון 'המוציא מחברו'. לו ראה במוחזקות רעיון של הימנעות מהכרעה, לא היה מציב אותו כיעד שיש לכבוש בכל מחיר. מעבר לכך, האפשרות לתת תוקף למוחזקות בדרך של ברירת מחדל סוללת את הדרך לתפיסה. כיון שלהחזקה אין גיבוי עקרוני והיא הכרעה על דרך ההימנעות, הרי שכל פעולה שתשנה את הנסיבות לא תנגוד עיקרון-על.

תמיכה נוספת לטיעון זה ניתן למצוא בדברי קונטרס הספקות עצמו, שבבואו לתמוך את העיקרון של ביסוס המוחזקות על צורותיה השונות כעמדה מכרעת בספקות, הוא מבסס אותו בעיקר על סברה³⁷, 'דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא'. בפועל הוא מותח את גבולות הסברה המקורית ומחיל אותה אף על מקרים שבהם אין המוחזקות פועלת באותו היגיון. כך למשל הוא מעתיק את עקרון 'המוציא מחברו עליו הראיה' ממקרה שבו הנתבע מחזיק בחפץ בפועל, למקרה שבו יש לו 'חזקת מרא קמא' אך אינו תופס בחפץ. אפשר היה לנמק את כוחה של חזקת מרא קמא על ידי השוואתה לדיני איסורים – העמד דבר על חזקתו. אולם הוא מעדיף לנמק גם את חזקת 'מרא קמא' בסברה דומה לסברת

36 ייתכן שיש לדברים קשר עם העובדה שהוא פוסק כסומכוס. אולם רמז לתפיסה זו ניתן למצוא גם בדברי בעלי התוספות, בכורות מח ע"א, ד"ה דאמר רב אסי.

37 היעדרו של המקור מן הספרי כתמיכה לטיעונו מעידה ככל הנראה על היות הספרי מחוץ לקורפוס הספרותי של הקונטרס, ומאחר שמדרש ההלכה הנ"ל מן הספרי אינו נזכר בתלמוד הוא לא הובא בחיבורו של הקונטרס. מעניין לשים לב שדברי ר' יוחנן (בבא מציעא ב ע"ב-ג ע"א) שהובאו לעיל, עמ' 12 יש בהם הן לדרשת הספרי 'שלא יהא כל אחד הולך ותוקף בטליתו של חברו ואומר שלי הוא'.

המוחזקות הפיזית, כנראה מפני שהוא רוצה להמשיך לבסס את רעיון הבעלות היסודי³⁸.

כפי שצוין, הסיבה שהובילה לכתיבת החיבור, כפי שמעיד על עצמו המחבר בהקדמה, היא הפולמוס עם הש"ך, היינו להציל את דיני הספקות מרעיון התפיסה. החיבור נועד לסלול דרך בשבילי סוגיות הספקות ומטרתו להראות שיש דרך להציבן זו בצד זו באופן שיובן ממנו שכוח התפיסה אינו עומד בפני הרעיון של המוציא מחברו. בהצהרה, שבפנינו חיבור פולמוסי, יש ודאי אמירה עקרונית הקשורה למשמעותן של שתי האופציות. התפיסה עניינה הפקרות ואנארכיה, לכן הצבת המוציא מחברו כאלטרנטיבה חותרת להשיג את ההיפך. עניינה בחיזוק שלטון החוק והסדר הציבורי-חברתי והגנה על יציבות קניינית, אולי אף מעבר למתואר בדרשה שבספרי.

העולה מכל זה הוא, שהחיבור שבפנינו, אף שהוא נראה כחיבור למדני-עיוני גרידא, מסתיר בין קפלי יסודות השקפתיים ומבטא מדיניות מכוונת ומודעת.

קשה לקבוע עד כמה משתלבים הרעיונות של הקונטרס באתגרי התקופה ועד כמה העקרונות ההגותיים העומדים בשורשי היצירה הושפעו ממגמות ששלטו באותה תקופה, מאירועים היסטוריים או ממהלכים של חשיבה פילוסופית-מדינית ששלטו באותו איזור. לשאלת ההקשר ההיסטורי נידרש בחלקו האחרון של המאמר, חלק ג. קודם לכן, בחלקו השני של המאמר, נבחן את פרטי הטיעונים והמתודה של ביסוס הרעיונות של קונטרס הספקות, כדי להדגים בפועל את רעיונות היסוד שהובעו עד כאן.

חלק שני: מתודה ותכנים

בחלק זה ייבחנו, כאמור, דרכי העבודה של מחבר קונטרס הספקות וכלי הניתוח שבהם הוא משתמש; כיצד הוא מגשר על הפערים בין המצע הלמדני פרשני לבין התיזה שלו. יש חשיבות לאיתור הכלים הייחודיים, שבהם השתמש מחבר קונטרס הספקות ובמעקב אחר דרך עבודתו. מן הסתם ניתן ללמוד מכך רבות על דרכי הלימוד שנהגו באותה תקופה. אבל, מעבר לכך, מעקב אחר המהלכים עשוי לחשוף ביתר בהירות את מגמותיו הייחודיות של המחבר בחיבורו.

1. הרקע העיוני לחיבור: ממון המוטל בספק

הבעיה היסודית העומדת בפתחו של ספק בדיני ממונות, במקרה של עימות בין תובע לנתבע, היא השאלה עד כמה יציבה הבעלות של הנתבע על ממונו. בקוטב האחד עומדת גישה הרואה בחזקת הבעלים על ממונם זכות גמורה, שאי אפשר להפקיעה אלא בראיות מוחלטות, ולפיכך אי אפשר לפגוע בזכות הבעלות של הנתבע עד שהתובע לא יוכיח את זכויותיו. בקוטב האחר עומדת גישה הרואה בתביעה שיש לה בסיס סביר ערעור על הבעלות. בנוסח אחר אפשר לומר, שלתובע יש בעלות נגדית על חוב שלטענתו חבים לו, ובעלות זו ניצבת כנגד הבעלות של הנתבע ומערערת אותה³⁹.

שתי הגישות הללו הן במידה מסוימת יסודה של מחלוקת התנאים בין חכמים וסומכוס. המימרה המבטאת את גישת חכמים היא 'המוציא מחברו עליו הראיה', והמימרה המבטאת את גישת סומכוס היא 'ממון המוטל בספק חולקין'⁴⁰. אלא שבמקורות התנאיים ואף בתלמוד ההבחנה בין שתי השיטות הללו אינה דיכוטומית והמחלוקת אינה קוטבית.

39 שאלה עקרונית זו קיימת במערכת המשפט הכללית עד עצם היום הזה. שינויי התפיסה משליכים במשפט הישראלי הן על דרכי גביית החוב והן על גובהו של החוב. לדוגמה, אם חוב שנוצר יוצר סוג של שותפות קניינית, לא ניתן להביא ראיות הקושרות את גובה החוב למציאות שיצרה אותו (ובמקרי דפלציה יקשה על החייב לטעון להפחתת גובה החוב). אולם על פי הפרדיגמה המתארת יחסי חוב אוכליגטוריים, ניתן יהיה לטעון לגובה החוב בהתאם לעסקת היסוד שבין הצדדים. וראו להרחבה נ' כהן, זכות ותרופה באכיפת חוב כספי מחוק התרופות לטיוטת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות, הפרקליט, מח (תשס"ו), עמ' 358. דיונים מקבילים במשפט העברי נמצא הן במחלוקת ר' עקיבא ור' ישמעאל אם יוחלט השור או יושם השור, וראו בבא קמא לג ע"א: "...דתניא: יושם השור בב"ד, דברי רבי ישמעאל; רבי עקיבא אומר: הוחלט השור. במאי קמילגני? ר' ישמעאל סבר: בעל חוב הוא וזווי הוא דמסיק ליה, ור' עקיבא סבר: שותפי ניהו". וההשלכות הן שם למשל בשאלה מה קורה אם אבד השור הפוגע, בבא קמא לו ע"א: "אבל ליתנהו לתרוויהו מצי אמר ליה זיל אייתי ראייה דהאי תורא אזקך", וברש"י שם, ד"ה ור' עקיבא היא דאמר שותפין ניהו. וראו לקמן, הערה 51.

40 בבא קמא מו ע"א, שם לה ע"א ואילך, ובבא מציעא ב ע"ב, ק ע"א. יש לציין שבספרות התנאים העיקרית אין תיעוד המקיים את שיטת סומכוס, והיא מנוסחת רק במקורות אמוראיים. נראה שתליית המשניות במחלוקת סומכוס וחכמים היא יצירה אמוראית בעיקרה. וראו גם ד' הלבני, מקורות ומסורות לסוגיית בבא קמא מו ע"א, שמבחינה לשונית המימרא ממון המוטל בספק חולקין ניסוחה אמוראי. הלבני מתלבט אם מדובר בניסוח של רב יהודה אמר שמואל או בניסוח סתמאי. כך או כך קביעתו זו תומכת במסקנה, שיסודה של המחלוקת ביצירה בתר-תנאית. נראה שלפנינו תופעה כללית בגמרא, שמתגלה חתירה ברורה להצבתן של משניות סותרות כמשניות חולקות וכמיסודות שיטות קוטביות ועקרוניות. ראו על כך י' רובינשטיין, "פירושי מקורות תנאיים על ידי עקרוניות כלליים מופשטים", נטיעות לדוד, ספר היובל לדוד הליבני, ירושלים תשס"ה (עורכים אלמן, הליבני, שטיינפלד), עמ' רעה-רעו. רובינשטיין תיאר את עבודת האמוראים

כאשר בוחנים את המקורות הראשונים בספרות התנאים המתייחסים למקרים של ממוץ המוטל בספק, מוצאים מספר הלכות המוצגות בדרך קוואיסיטית, המחייבות ניתוח מדויק של המקרים כדי להפיק מהם מסקנות כלליות, נורמטיביות⁴¹. ואלו הן המשניות העיקריות הדנות במקרים של ממוץ המוטל בספק:

- א. "שור שהיה רודף אחר שור חברו". בעל השור הנפגע טוען שהשור הרודף פגע בשורו, ובעל השור הרודף טוען שהשור ניזוק מפגיעה בסלע⁴².
- ב. "המחליף פרה בחמור וילדה". הפרה המליטה במקום אחר בעת שנעשתה עסקת המכירה. כל אחד מן הצדדים טוען שהפרה המליטה בעת שהייתה בבעלותו, ועל כן הולד שייך לו⁴³.
- ג. "שור שנגח את הפרה ונמצא עוכרה בצידה". המתדיינים חולקים בשאלה אם הנגיחה גרמה להפלה או שהפרה הפילה קודם לנגיחה⁴⁴.
- ד. "שנים אוחזין בטלית". כל אחד מן האוחזים טוען אני מצאתיה וכולה שלי⁴⁵.

בשור שהיה רודף הדין הוא שהמוציא מחברו עליו הראיה, ואילו בשלש המשניות האחרות הדין הוא יחלוקו ובשבועה⁴⁶.

המשניות כולן סתמיות ולא מובאת בהן כל מחלוקת. אלא שהן לכאורה חלוקות זו על זו. הסתירה שבדין שבין המשניות עומדת למכשול בפני החתירה לקוהרנטיות בפירוש המשניות. הפתרון לסתירה עשוי להימצא בשני אפיקי

כמתאפיינת במתן עדיפות להנגדת עמדות תנאיות שונות והקצנתן לכדי מחלוקת יסודית. להרחבה נוספת בעניין דומה ראו במבוא לספר מקורות ומסורות, עמ' 14-15. שם העיר באופן כללי על המעבר מדין פרטי לדין כללי. בדבריי להלן אראה, שבסוגייה שלפנינו עולה במובהק אצל הרשב"ם מגמה הפוכה, והיא למעט את המחלוקת על ידי הבחנות פנימיות המצמצמות את הקיצוניות של כל שיטה. וראו להלן, הערות 47, 62.

41 ייתכן כמובן שאין מדובר בסל אחד של חיובים, וכי יש לבחון חלוקה לתת – נושאים כמו: יחסי מזיק ניזק, יחסים חוזיים, יחסי חיוב שנוצרו מכוח ה"חוק" (כמו מתנות עניים ומתנות כהונה, ואפילו מזונות אישה) ועוד. מסגרת דיונונו זו אינה מאפשרת בירור מעמיק, והדברים שכאן מכוונים להיות רקע בסיסי לדין בקונטרס הספקות.

42 משנה בבא קמא ג יא.

43 משנה בבא מציעא ח ד.

44 משנה בבא קמא ה א.

45 משנה בבא מציעא א א.

46 המקורות התנאיים רבים. יש משניות נוספות והלכות רבות בתוספתא, בחלקן הדין הוא המוציא מחברו ובחלקן הדין הוא שיחלוקו, דוגמאות מעטות: משנה יבמות ד ג ו, משנה כתובות ח ו, וכן משנה גיטין ח ג ועוד. יש כמובן אופציות נוספות להכרעת ספק בדיני ממונות, כגון: יהא מונח עד שיבוא אליהו, אלא שאלו אינן מענייננו כאן.

פרשנות חלופיים. סוג הפתרון האחד הוא אוקימתא⁴⁷, כלומר העמדת כל אחת מן המשניות במקרה שיש לו מאפיינים ייחודיים, ותליית הבדלי ההלכות בהבדלי הנתונים, ולא במחלוקת עקרונית. סוג הפתרון האחר הוא ההכרה שיש סתירה בין המשניות, שהן מייצגות דעות שונות ויש לייחס כל אחת מהן לתנא אחר⁴⁸. הגמרא בחרה בדרך הפרשנות השנייה, והציבה את המשניות הללו לפי השקפות עולם מנוגדות, שיטת סומכוס ושיטת חכמים⁴⁹. בדיוני האמוראים בסוגיות השונות ניתן להבחין בבעייתיות מסוימת בהצבת השיטות כשתי אסכולות מנוגדות לחלוטין, ומתברר שיש מקרים בהם נניח שאף סומכוס יודה לחכמים ולהיפך⁵⁰. אבל הכיוון הכללי הוא של העמדת שתי גישות הלכתיות נבדלות, שכל אחת מהן מציעה פתרון למצבי הספק, השונה מהותית מפתרון החולק⁵¹.

47 במידה מסוימת זו טענת התוספות בבא קמא לה ע"ב, ד"ה ממאי. הם מבהירים שאילולא העמידה הגמרא את דברי סומכוס שחולקים אף בברי וברי, היה ניתן לפרש את משנת שור שהיה רודף גם אליבא דסומכוס, ולא ניתן היה לדייק ממשנה זו שחכמים וסומכוס חולקים. למעשה מצביעים בכך התוספות על העובדה, שלא היה הכרח פרשני להעמיד מחלוקת עקרונית ובלתי מתפשרת בין הדין של יחלוקו ובין הדין שהמוציא מחברו עליו הראיה. וראו עוד תוספות בבא מציעא ק ע"א, ד"ה הא, שם מקשים התוספות, "מגליה דסומכוס פליג אמתניתין?". שאלה זו הם מכוונים כלפי הגמרא, כיצד היא יודעת שסומכוס חולק על המשנה? ושם הם מציעים אופציה פרשנית, שתייתר את הצורך בהצבת המשנה אליבא דחכמים בלבד.

48 להרחבה ודיון בהבדלים שבין שני אופני פרשנות אלו ראו י' ברנדס, מבנה ומשמעות בסוגיית אוקימתא, נטועים, יא-יב (תשס"ד), עמ' 9-38. במאמר זה נבחנו גם שני האופנים הללו כאופני פרשנות המוצעים בפי אמוראים שונים בסוגייה ממסכת שבת.

49 ייתכן שהגמרא העדיפה, שלא כדרכה, להעמיד את המשניות במחלוקת, מכיון שהיתה לפניה ברייתא שבה מנוסחת מחלוקת סומכוס וחכמים בבא קמא מו ע"ב. אלא שבריייתא זו היא יחידאית וייתכן שהיא עצמה עיבוד אמוראי מאוחר. לעניין ברייתות אמוראיות, ראו ח' אלבק, מבוא לתלמודים, הוצאת דביר, ירושלים תשכ"ט, עמ' 28-38. בסוגיית הפתיחה של בבא מציעא, ב ע"ב-ג ע"א, ניכר המאמץ של הגמרא ליישב את המשניות מבלי ליצור מחלוקת.

50 בבבא קמא לה ע"ב הגמרא דנה אם סומכוס יאמר אף בטענת ברי וברי או ברי לנתבע ושמא לתובע. בבבא מציעא ב ע"ב נשאלת השאלה אם סומכוס יאמר שחולקים גם במקרים שבהם יש דררא דממונא. ובבבא מציעא ק ע"א נדונה השאלה אם סומכוס מודה במקרה שיש מוחזק, או בעומדת באגם ובחזקת מרא קמא. לפי שיטות אחרות השאלה היא לשיטת חכמים, אם אומרים המוציא מחברו אף כששני הטוענים טוענים שמא ואין אחד שהוא מוחזק ממש. בבבא בתרא קנח ע"א הגמרא מניחה באופן פשוט, שגם חכמים יאמרו חולקים כשמדובר ביורשים מספק, ועוד.

51 בהצעה פרשנית זו טמונה גם ההבנה, כי בפנינו עומדים שני ניתוחים שונים של מצב היחסים שבין החייב והנושה. המשמעות לפי זה היא, ששיטת סומכוס, המניח באופן עקרוני שיש לחלוק, היא שיטה הנוטה לראות בנושה שותף, או לפחות בעל זכות קניינית בממון הנתבע. בכך הוא רואה את עצם התביעה כערעור המוחזקות. במילים אחרות ניתן לומר, שסומכוס מגדיר אחרת את מהות המוחזקות. קישור מסוים בין הרעיון שחולקים לבין המחשבה שהתביעה מערערת את המוחזקות מובע בדברי התוספות, בבא קמא מו

אי אפשר לתאר במסגרת זו את מגוון הדעות בניתוח היחס בין שתי השיטות במקרים השונים ואת דעות הפוסקים. אולם נצביע על המגמות העיקריות. הקן המרכזי של פרשנות הראשונים ופסיקתם מניח קיומה של מחלוקת סומכוס וחכמים, ופוסק כחכמים הסוברים ש'המוציא מחברו עליו הראיה'⁵². אולם הראשונים מצביעים על כך, שהמחלוקת אינה דיכוטומית לגמרי⁵³, ולכן יש מקרים שבהם גם חכמים יודו לסומכוס ש'יחלוקו'⁵⁴, ויש מקרים שבהם יודה סומכוס לחכמים ש'המוציא מחברו עליו הראיה'⁵⁵. לדוגמה, הרמב"ם פוסק בדרך כלל כחכמים, ש'המוציא מחברו עליו הראיה'. כך במקרה שור שהיה רודף אחר שור חברו⁵⁶, כך במקרה של שור שנגח את הפרה⁵⁷, וכך בסוגיית המחליף פרה בחמור⁵⁸. מכיון שבשלוש ההלכות הללו פסק הרמב"ם שלא כסתם משנה, הגורסת שיחלוקו, ניתן להבין שהוא קיבל את פירוש הגמרא, שסתמי משניות אלו הן אליבא דסומכוס, וחכמים חולקים עליו והלכה כמותם. עם זאת הרמב"ם הכיר בכך, שאין מדובר בדיכוטומיה גמורה, ולפיכך מוצאים גם אצלו את הפסיקה שיחלוקו. לדוגמה: בדין המחליף פרה בחמור, כאשר שני הצדדים טוענים טענת שמא, כלומר שניהם מודים שאינם יודעים בוודאות מה אירע, והפרה 'עומדת באגם', היינו אינה בחזקתו הממשית של אחד מהם⁵⁹. מפרשי הרמב"ם דנו בשאלה אם הרמב"ם קיבל במקרה זה את דעת סומכוס⁶⁰ או – כדעת רוב המפרשים – הוא סבור שבמקרה זה גם חכמים מודים שיחלוקו⁶¹.

ע"א, ד"ה שור, שם שיטת סומכוס לחלוק מותאמת לשיטת רבי עקיבא הסובר 'יוחלט השור'. הגמרא מבארת, שרבי עקיבא סובר שהשור המזיק נעשה לשור שותפים – המזיק והניזק. וראו לעיל, הערה 39. וכך מפורש בתוספות בבא מציעא צו ע"ב, ד"ה לימא: 'וי"ל דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו', וראו גם בקונטרס הספקות כלל א סימן ד.

52 כך נראה מדברי התוספות בבבא קמא מו ע"א, ד"ה המוציא.

53 תוספות בכורות מח ע"א, ד"ה דאמר רב אסי.

54 בכורות שם.

55 תוספות בבא קמא מו ע"א, ד"ה שור שנגח את הפרה. הקושי נובע מכך שהמשנה הדנה בשור שנגח את הפרה (מו ע"א) שדינה יחלקו, מועמדת אליבא דסומכוס באופן סתמי בגמרא. ואילו משנת המחליף פרה בחמור וילדה (בבא מציעא ק ע"א) מועמדת כסומכוס רק בעומדת באגם. ההנחה שם בסוגייה היא, שאם היה ניתן לברר בחזקת מי הוולד, הקונה או המוכר, יישאר הוולד בחזקתו אפילו לדעת סומכוס. מכאן ראוי להסיק, שגם משנת שור שנגח את הפרה דנה רק בעומדת באגם.

56 רמב"ם, הלכות נזקי ממון פ"ט ה"ו.

57 רמב"ם, הלכות נזקי ממון פ"ט ה"ג.

58 רמב"ם, הלכות מכירה פ"כ ה"י.

59 רמב"ם, הלכות מכירה פ"כ ה"א.

60 ב"ח, חושן משפט סי' רכג סעיף א, ע"ש.

61 המגיד משנה שם, ד"ה זה אומר איני יודע: "אבל בעומדת באגם אפילו רבנן מודו", והוא

שיטה יוצאת דופן בין הראשונים היא שיטתו של הרשב"ם. הוא פוסק כסומכוס, אבל נוטה לצמצם מאד את היקף שיטתו. נראה שמגמתו היא לקיים את כלל הפסיקה שהלכה כסתם משנה, ולפסוק 'יחלוקו' כסתמי המשניות של שור שהיה רודף והמחליף פרה בחמור. אולם, מצד שני, כדי שלא לסתור את הכלל שיחיד ורבים הלכה כרבים, הוא מסביר שהמקרים במשניות אלה מתאימים גם לדעת חכמים⁶².

גם בספרות המחקר המאוחרת ניתן למצוא שיקוף של מורכבות הלכתית זו. דוגמא לכך ניתן למצוא בדברי שלום אלבק⁶³, שבבואו לסכם את הנושא מתאר תמונה מורכבת, וכך דבריו:

בדיני הראיות, אם הספק היאך היה המעשה אינו יכול להתברר כלל, ואין בעלי הדין יכולים לעולם להביא ראיות היאך היה המעשה, והדיינים לעולם לא יוכלו לפסוק את הדין על פי ראיות, סבור סומכוס שהדין הוא שיחלוקו. ואילו חכמים אומרים, שאף בספק כזה המוציא מחברו עליו הראיה. לדעת סומכוס יחלוקו, מן הטעם שאי אפשר לומר לבעל הדין לחפש ולהביא ראיה, שכן אי אפשר להביא ראיה. ואילו לפי דעת חכמים, שגם ממון המוטל בספק מניחים אותו ברשות המחזיק בו עד עתה, אין כוח מן הסברה או מן היושר או מן הדין, להוציא את הממון, או מקצת ממנו וליתנו לחברו, שהרי אין לחברו בממון זה יותר זכות משיש לו... ואפשר לומר שאין חכמים חולקים על סומכוס אלא כשאפשר להניח את הממון בעין, כמו שהוא, אבל כשאי אפשר להניח את הממון כמו שהוא במקומו אף הם מודים שיחלוקו.

אלבק ניתח בדרכו את גבולות המחלוקת, ואף הוא לא סימן חייץ בלתי מתפשר בין שתי השיטות.

נשאר בצ"ע. ובמשנה למלך שם: "ומה שתמה הרב המגיד ז"ל דמאי פסק כסומכוס בשניהם טוענים איני יודע. נראה לי דאפילו כרבנן אתיא דעל כרחך לא פלוג סומכוס ורבנן אלא היכא דאיכא חזקת מרא קמא כגון המוכר שפחתו וילדה אבל היכא דליכא חזקת מרא קמא אפילו לרבנן ממון המוטל בספק חולקין". כלומר מדברי הרמב"ם לא ברור אם מדובר במקרה חזקת מרא קמא או אפילו בעומדת באגם, אבל ברור שהוא משקף מורכבות בשיטת חכמים.

62 לא כאן המקום לבירור רחב של שיטת הרשב"ם, ועוד חזון למועד. ככלל ניתן לומר, שגם שיטת הרשב"ם אינה נבדלת מהותית מזו של שאר הראשונים, אף על פי שהוא פוסק כסומכוס. מכיון שהוא מצמצם גם לשיטת סומכוס את הדין יחלוקו למקרים בודדים, ולפיכך למעשה גם לפיו מרכז הכובד בספקות ממון נוטה לדין שהמוציא מחברו עליו הראיה.

63 ש' אלבק, הראיות בדיני התלמוד, רמת-גן תשמ"ז, עמ' 60.

נמצאנו אומרים: למרות הנטייה הברורה של הראשונים לפסוק שהמוציא מחברו עליו הראיה ולתת משקל מרכזי למוחזקות בממון, יש מקרים רבים שבהם פוסקים כדעה האחרת, הנותנת משקל רב יחסית לעמדת התובע, היא שיטת סומכוס, הסובר ש'ממון המוטל בספק חולקין'.

2. מיון השיטות והעצמת המחלוקת

בעל הקונטרס פותח את הדיון במיון שיטות הראשונים. כהנחת מוצא הוא מעמיד את מחלוקת סומכוס וחכמים וממייץ את שיטות הראשונים והפוסקים בין קבוצת הפוסקים כסומכוס לבין קבוצת הפוסקים כחכמים.

בין הפוסקים כסומכוס נמצאו לדבריו הר"ח, הרי"ף⁶⁴ והרשב"ם. ובלשונו:

נקטינן ספק ממון לקולא לנתבע, דקיימא לן כחכמים דסומכוס דאמרי זה כלל (גדול) בדין המוציא מחברו עליו הראיה. והלכך כל תיקו דממונא או בעיא דלא איפשטא קולא לנתבע עבדינן. כן הסכימו רוב גדולי הראשונים ז"ל... ובהגהות אשר"י (פ"ב דב"מ סי' ח) כתב בשם ר"ח ורי"ף דכל תיקו דממונא חולקין וכן כתב הרשב"ם בב"ב⁶⁵ דממון המוטל בספק חולקין ע"כ ואינהו סברי הלכתא כסומכוס, אבל אנן לא קיימא לן כך אלא כרבנן.

מדרך הבאת השיטות ברור, שאין כוונתו של המחבר להציג מאזניים שקולות, אלא הוא מונה את הפוסקים כסומכוס כדי לחלוק עליהם, ומסכם ש"אנן לא קיימא לן כך אלא כרבנן".

3. שיטת הרי"ף

בחינת דברי הגהות אשר"י מצביעה על העובדה, שבדבריו לא נזכרים במפורש יחסם של הרי"ף או הר"ח למחלוקת סומכוס וחכמים. כל שמשמע מדברי הגהות אשר"י ביחס לרי"ף הוא שהרי"ף פוסק בדין 'מסור' שהנמסר ישבע ויטול מחצית מנזקו. גם לו הייתה עדותו של ההגהות אשר"י מדויקת, נראה שאין להסיק ממנה שהרי"ף פוסק כסומכוס.

64 על פי עדותו העקיפה של בעל הגהות אשר"י, בבא מציעא פ"ב סי' ח, "ור"ח פירש דכל תיקו דממונא הוי ספק וחולקין הלכך נשבע הנמסר כמה הפסיד ונוטל חצי מה שהפסיד משום דקאי נמי בתיקו דאיבעיא לן אי עשו תקנת נגזל במסור אי לא וכן סובר רב אלפס... מא"ז:."

65 בהערות המגיה שבדפוס מאוחר (קונטרס הספקות, בתוך קצות החושן הוצאת מגדנות בני-ברק תשס"ב), הוספה הפניה לרשב"ם בבבא בתרא קסו ע"ב, ד"ה תיקו. לענ"ד התכוון הקונטרס לרשב"ם בבבא בתרא סג ע"א, ד"ה תנו חלק לפלוני בנכסי מהו, שם נאמר באופן מפורש יותר על ידי הרשב"ם שהלכתא כסומכוס.

הקונטרס אינו מתפלמס עם הטיעון של הגהות אשר"י, ובוחר למיין את שיטת הרי"ף אליבא דהגהות אשר"י כסומכוס. מיד בהמשך הקונטרס מצביע המחבר על הרי"ף כמי שסבר שהלכה כחכמים⁶⁶! ומביא מדבריו החד משמעיים⁶⁷ תמיכה וסיוע למהלך שלו עצמו, המצביע על תפיסה רחבה של הכלל שהלכה כחכמים.

הסתירה בדברי הקונטרס טעונה הסבר: תחילה מנה את הרי"ף בין הפוסקים כסומכוס, על סמך האמור בהגהות אשר"י משמו, ומייד לאחר מכן תומך הקונטרס את שיטתו שלו, שהלכה כחכמים, בדברי הרי"ף. בעל הקונטרס הבחין בבעייתיות אבל לא ניסה לדחות את סברת הגהות אשר"י, אלא אדרבה, ניסה להסביר את טעמו ומקורו בדברי הרי"ף⁶⁸.

לענ"ד נראה, כפי שיוסבר להלן דוגמאות נוספות, שהקונטרס העדיף להציג חלוקה דיכוטומית בין הגישה הפוסקת שיחלוקו לבין הגישה הפוסקת שהמוציא מחברו עליו הראיה. גם במחלוקות הפוסקים הוא העדיף להציג דעות חלוקות, ולא פתרון מורכב של שיטות המשלבות בין שתי הגישות. הוא חותר להראות,

66 וכך ניסח הקונטרס את יחסו לרי"ף (קונטרס הספקות כלל א סעיף א): "ובהגהות אשר"י כתב בשם ר"ח ורי"ף דכל תיקו דממונא חולקין ע"כ, ואינהו סברי הלכתא כסומכוס... אבל אנן לא קיימא לן כך אלא כרבנן. וכן כתב הרי"ף בפרק הפרה וגם בכל תיקו ובעיא דלא איפשטא פסק דהמוציא מחברו עליו הראיה, עד שבקצת מקומות סתם לפטור כאילו איפשטא לקולא כמו שיתבאר להלן, ומ"ש הגהות אשר"י בשם הרי"ף דחולקים, על הרי"ף דשערים נתכוון".

67 רי"ף, בבא קמא כ ע"א בדפי הרי"ף: "שור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצידה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה ואם משנגחה ילדה... גמ': אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המוציא מחברו עליו הראיה וקי"ל דיחיד ורבים הלכה כרבים".

68 הקונטרס תמה, מניין למד הגהות אשר"י פוסק כסומכוס, ומפנה לספר שערי שבועות. בביאור החלק הכ"ה בשער כ נאמר: "ואם ידוע כמה הוא הממון שאבד משלם את כולו. ואם אינו ידוע ישבע בעל הממון על מה שטוען ויטול מחצית מן המסור, כדגרסי' בעי אמימר עשו תקנת נגזל במסור לאנשים דמשתבע ושקיל או לא ואמרינן תיקו. וכל שנאמר בתלמוד תיקו לעניין ממון, פירש רבינו האי שנדין בו דין ממון המוטל בספק וחולקין. ויש גאונים אחרים שפירשו בתיקו לעניין ממון לחומרא לתובע ולקולא לנתבע ואין מוציאים מידו ממון בספק. (וכן פסק האלפס ומיימון)". הסוגרים הוספו מאוחר לחיבור עצמו. אכן, הרי"ף עצמו על אתר פוסק בתקנת מסור כחכמים (בבא קמא כו ע"א בדפי הרי"ף) "מי עשו תקנת נגזל במסור דמשתבע ושקיל או לא תיקו וכל תיקו דממונא לקולא" (הסוגייה המרכזית בנושא נמצאת בבבא קמא סב ע"א). הפתרון לסתירה פשוט: כבר הש"ך העיר שיש המייחסים את החיבור שערי שבועות לחכם אחר ולא לרי"ף (תקפו כהן סימן י). כיום ידוע די בודאות שהמחבר הוא רב יצחק בר ראובן, וראו ש' אברמסון, "שני פרקים ממחקר על ספר 'שערי שבועות', סיני, קד (תשמ"ט), קט-קמב, וכן ראו: ש' אברמסון, עניינות בספרות הגאונים, ירושלים תשל"ד, עמ' 132-138. נראה אם כן שהטיעון הכללי של הקונטרס, שהרי"ף פוסק כחכמים מבוסס היטב.

כי כל אזכור של רעיון החלוקה כמוהו כפסיקה על פי שיטת סומכוס⁶⁹. זאת כדי שיוכל לטעון בסופו של דבר, שיאנן פוסקים כחכמים באופן מוחלט, ולשיטתנו זו אין צורך בפשרות ובקבלה חלקית של דין יחלוקו במקרים מסוימים. לכן הוא מעדיף לומר שהרי"ף הובן אחרת במקום אחר או על ידי מישהו אחר. אלא שאז המשמעות היא שהוא פוסק כסומכוס⁷⁰. כנגד זה הוא יעמיד את המקורות המורים שהרי"ף פסק כחכמים, ויכריע כמותם מבלי להיזקק לפשרה ולהבחנות בדעת הרי"ף. ההעדפה שלו להציב פוסק משני עברי המתרס, נובעת מרצונו להשאיר את המחלוקת בקוטביותה ובחידודה.

4. שיטת רבנו חננאל

גם הרי"ח המוזכר מתייחס למצבים של תיקו דממונא, כלומר למצבים של ספק בדין, וקובע כי במצב דברים כזה חולקים.

המסקנה הנובעת מדברי הקונטרס היא, שהרי"ח פוסק כסומכוס. מסקנה זו אינה פשוטה. כאלטרנטיבה ניתן להציע, שיש בדבריו של הרי"ח הבנה מורכבת של דברי חכמים, המקבלים לעיתים את האפשרות של חלוקה כתוצאה הלכתית של מצבי ספק.

בדרך הילוכו, וכחלק מתחילתו של שלב חדש בדיון⁷¹, מביא הקונטרס את דברי הסמ"ג⁷², שמהם עולה כי הרי"ח פוסק שבכל תיקו דממונא הולכים לקולא, כלומר הרי"ח פוסק כחכמים⁷³. הקונטרס שוב מתעלם מכך, שבפתיחת החיבור הועמד הרי"ח בצד המצדדים בשיטת סומכוס ואילו עתה הוא מצוטט כמי

69 לשם השוואה ראו תוספות בבא בתרא סב ע"ב, ד"ה איתמר להאי גיסא, המתאר את מורכבותה של שיטת חכמים. להרחבה ראו בבא בתרא קנח ע"א ויבמות לה ע"ב. וכן ראו לעניין זה אנציקלופדיה תלמודית, ט, ערך המוציא מחברו עליו הראיה, עמ' תנו ומראי המקומות שצוינו שם בהערות 56-59 ובהערה 68 ביחס למגיד משנה.

70 בסוף כלל א סעיף ב יחזור הקונטרס וישתמש בר"ח וברי"ף שהובאו בהגהות אשר"י, כדי לתמוך את הבנתו, שסומכוס סובר יחלוקו גם בספק בדין ולא רק בספק במציאות: "וכן דעת הרי"ח והרי"ף שבהגהות אשר"י שהבאתי בסעיף א". העובדה שהוא עצמו הצביע על סתירה בין הרי"ף שצוטט בהגהות אשר"י לבין הרי"ף בהלכותיו, אינה מונעת ממנו להשתמש בהגהות אשר"י כדי להוכיח את טיעונו.

71 המהלך החדש יידון בעקביות שיטתו של סומכוס, ובשאלה האם ישנם מצבים בהם יודה סומכוס לחכמים שהדין הוא המוציא מחברו עליו הראיה.

72 סמ"ג עשין ע, ד"ה מי שיש לו עדים שמסר ממון חברו.

73 וכך מובאים הדברים בקונטרס (א א): "ובסמ"ג כתב ושויין ר"ח ורבי משה ורש"י שכמו בתיקו דאיסורא לחומרא מכל וכל תיקו דממונא לקולא מכל וכל ולא כדברי רב האי גאון שפירש יחלוקו, שאין הלכה כסומכוס. ועוד כי אף סומכוס אינו אומר דבריו כי אם בספק שראוי להסתפק כהאי שור שנגח את הפרה.... ומדבריו למדין דבספקא דדינא סומכוס נמי מודה דהמוציא מחברו עליו הראיה".

שפוסק כחכמים⁷⁴. העובדה שהוא אינו מצטט את הר"ח עצמו, אלא מביא אותו ממקורות משניים, פוטרת אותו מליישב את הסתירה בדעת הר"ח. אפשר לומר, שמי שהבין את הר"ח באופן אחד מעמיד אותו כסומכוס ומי שהבינו באופן אחר מעמידו כחכמים, מבלי להזדקק לבירור שיטתו של הר"ח עצמו. בדרך זו נחסך מן המחבר הצורך לרכך את המתח בין שתי השיטות ולהציב פתרונות ביניים, שיישבו את הסתירה בדעת הר"ח, ויעלו תוך כדי כך את האפשרות לריכוך העמדה הנוקשה שבקוטב הקיצוני, שהמוציא מחברו עליו הראיה.

נסכם ונאמר: הקונטרס אינו מנסה לבאר את הפער בין המקורות השונים על ידי צמצום ויצירת חילוקים ואוקימתות. מגמתו של קונטרס הספקות אינה ניתוח של שיטות ראשונים ובירור מפורט של דעת כל חכם שקדמו. הוא נמנע מלעשות את הבירור או מלנקוט עמדה בשאלה מהי שיטתם. הוא מסתפק בהצגת ההבנות הפנימיות השונות הסותרות, מניח לדוברים אחרים להציג את דעות הקדמונים ומשאירם בסתירתן. בכך הוא מבסס את עיקר טענתו, שהסוברים כחכמים שהמוציא מחברו עליו הראיה אינם מכירים כביכול כלל את הביטוי 'חולקים', ודין חלוקה זר עבורם. ולהיפך: בעלי שיטת החלוקה אינם מקיימים חזקת המוציא מחברו עליו הראיה. המחלוקת היא חתוכה וחדה ומצטיירת אך ורק בצבעי שחור ולבן. סומכוס וחכמים יועמדו משני עברי המתרס. קווים מקבילים שלעולם לא ייפגשו.

5. חכמים שלנו וחכמים שלהם

תת נושא של העצמת שיטת חכמים היא הרחבת השיטה המשפטית שהם מביעים, והחלתה אף על מקרים מעורפלים יותר מבחינה משפטית. מקרה כזה הוא אם אין מוחזק פיזי בפועל אלא שלאחד הצדדים חזקת מרא קמא⁷⁵. לטענת

74 יש לשים לב לכך שהן דברי הסמ"ג והן דברי הגהות אשר"י מתייחסים לשיטת הר"ח במקרה מסוים, היינו דין נמסר. לענ"ד מקרה זה אינו יכול לשמש ראיה, וכפי שהתבאר לעיל בהערה 68, הרי"ף אינו פוסק כסומכוס, וכנראה גם לא הר"ח. לשיטת הר"ח הפוסק כחכמים ראו ר"ח בבא קמא לה ע"ב. שם הוא מציין, כי זוהי הסוגייה המרכזית במחלוקת סומכוס וחכמים וקובע בפשטות, "והלכתא כרבנן". אולם בעל הקונטרס אינו חש לעסוק בסתירה ולפותרה, מכיון שכפי שציינו, אין זו מגמת החיבור. הקונטרס אינו מתעסק בבירור השיטות השונות, אלא הוא מפלס את דרכו ביניהן. דברי הסמ"ג הובאו אך ורק על מנת לתאר את הגישות המגוונות ביחס לשיטת סומכוס, כלומר כדי להיות מבוא להמשך הדיון בקוטביות המחלוקת, "ומדבריו למדין דבספקא דדינא סומכוס נמי מודה".

דברי הר"ח ושערי שבועות, המבוססים על שיטת רב האי גאון בנמסר, זוקקים בירור נוסף. ייתכן שיש בהם הצבעה על מורכבות בשיטת חכמים, תפיסה שהיא מנוגדת לתפיסתו של הקונטרס.

75 הנושא נדון בקונטרס כלל א סעיף ג-ז

הקונטרס, גם כשיש חזקת מרא קמא יש להחשיב את מעמדה של מוחזקות כזו כמקבילה של מוחזקות פיזית בממון, והמבקש להפקיעה יתבקש להביא ראיות לטיעונו.⁷⁶

המקור להבנה זו הוא בסוגיית המחליף פרה בחמור.⁷⁷ הגמרא מקשה על דין המשנה שיחלוקן, מדוע לא נבדוק ברשות מי נמצאה היולדת בשעת הלידה? ולחילופין, אם היולדת הייתה ברשות נייטרלית⁷⁸ נראה למי הייתה חזקת מרא קמא ונאמר שהמוציא מחברו עליו הראיה⁷⁹? מכאן מסיק הקונטרס, שהגמרא סוברת שחכמים מסתפקים בחזקת מרא קמא כדי לבסס את הדין שהמוציא מחברו עליו הראיה.⁸⁰ מכאן ואילך הוא מונה את החולקים על הפסק הנובע מדרך לימוד כזו, וביניהם הרי"ף⁸¹ והרמב"ם.⁸² כנגדם הוא מונה את מי שפירש כמוהו, הרא"ש⁸³ והתוספות,⁸⁴ ומסכם:

76 הקונטרס מתלבט מה מקור התוקף של רעיון זה. הוא מציע בתחילה היקש ל'חזקה קמייתא', המקובלת באיסורים, כלומר חזקת הגוף, הנובעת מן העיקרון של 'העמד דבר על חזקתו' (כלל א סעיף ה). אבל בסופו של דבר הוא מצדד בהיקש לחזקת ממון ממשית, שהיא עצמה מבוססת על סברה ולא על מקור אחר (כלל א סעיף ו).

77 בבא מציעא ק ע"א.

78 הפרה באגם – שדה הפקר, והשפחה בסימטה – רשות שאינה של אחד מהם.

79 רוב הראשונים פירשו מימרא זו כמובנית בשיטת סומכוס, כלומר שאף סומכוס יודה שהמוציא מחברו עליו הראיה אם יש מוחזק ממש או מחזיק קמאי, ורק אם אף אחת משתי המוחזקות אינה קיימת חולקים. כך התוספות שם, ד"ה הא מני, ותוספות בבא קמא מו ע"א, ד"ה שור. לחילופין נמצא בדעת הרמב"ם הלכות מכירה פ"כ הי"א ובהגהות הגר"א על הדף, בבא מציעא ק ע"א. משמע מכאן שחכמים מודים שיחלוקו כשיש רק חזקת מרא קמא. כלומר או סומכוס מודה או חכמים מודים, אבל לא אומרים שיש מכאן ראיה שחכמים אומרים שהמוציא מחברו עליו הראיה בקיימא באגם. לענ"ד, בעל הקונטרס מציע כאן, בהצנעה מסוימת, גישה פרשנית חדשה לסוגיה, שיש בה פשט מוצלח בסוגיה.

80 מהדיון בקונטרס כלל א סימן ג עולה, שחזקת מרא קמא דינה כדין חזקת ממון. הרעיון מבוסס מן הצד המשפטי על העתקה של המערכת המשפטית החלה על מוחזק ממשי והעברתה למחזיק קמא על ידי ביסוס מעמדו של מחזיק קמאי כנתבע. הרעיון ש'עבדין קולא לנתבע' מבסס כביכול סטטוס חדש של נתבע, שמשמעו בכל מקרה שעל התובע להביא ראיה. וכדבריו שם: "כשם דבספק ממון שהאחד מוחזק בו עבדין קולא לנתבע והמוציא מחברו עליו הראיה, הכי נמי בדבר שאין בו חזקת מרא קמא ר"ל שמתחילה היה שלו הוא ג"כ נקרא נתבע". המשמעות העיונית היא שהסברה שנותנת תוקף להחזקה נמשכת גם לאחר שהחזקה בפועל נפסקה, ולמעשה 'מעצימה' את מושג המוחזקות.

81 בבא מציעא נו ע"ב, בדפי הרי"ף.

82 הלכות מכירה פ"כ הי"א.

83 רא"ש, בבא מציעא סימן ב.

84 לענ"ד התוספות לא אומרים זאת במפורש בשום מקום. ניתן להבין שזוהי שיטתם מתוך דברי הרא"ש. גם הקונטרס חש בדבר ומביא בתחילה את התוספות מתוך דברי הרא"ש. הרא"ש מביא את דברי התוספות כתומכים בדעתו כנגד הרי"ף. מתברר שגם הב"ח הבין אחרת את התוספות, ובסימן רצה ס"ה הוא מביא את דברי התוספות כמודים לשיטת הרי"ף והרמב"ם.

ולא הארכת בזה לפי שאין נפקא מינה לדידן דנקטינן כדעת התוס' והרא"ש דלעולם מוקמינן אחזקת מרא קמא.

כך מנהגו של מחברנו. תחילה הוא מעלה טיעון המבוסס על פירוש מסוים ולא הכרחי לסוגייה בגמרא. הוא מתעלם ממקורות אחרים בגמרא, שאינם עולים בקנה אחד עם מקורו ופירושו ומתעלם מדרכים אחרות לפירוש הסוגייה⁸⁵. לאחר מכן הוא מונה את הפוסקים כמסקנתו, גם אם פסקם מבוסס על טיעונים או פירושים אחרים. מי שאינו פוסק כמותו הוא ממיין עם החולקים. עיקר עניינו הוא בעבודת מיון עקבית וחדה. הוא אינו פוסל את הפוסקים שלא כמותו, אינו מתפלמס או מתנצח איתם, ולא דוחה את טיעוניהם ופירושיהם הסותרים את פירושו בסוגייה. די לו בכך שקבע את מקומם במחנה האחר. הקונטרס חותר לביסוס עליונותו של הכלל, שהמוציא מחברו עליו הראיה. לצורך כך הוא בורר בכל שלב משלבי ההוכחה שלו את התומכים בגישתו המקומית. הכרעת ההלכה שלו מבוססת על מסורת פסיקה כדעה האחת, ודי לו בכך. 'אנן נקטינן כתוספות והרא"ש', ודי בכך כדי לקבוע שלעולם מוקמינן⁸⁶ אחזקת מרא קמא. בדרך זו הוא פטור מליצור חילוקים והבחנות ביניים בין המקרים והמצבים שבהם נעמיד על חזקה זו ומקרים שבהם נאמר יחלוקו. לדעתו של מחברנו אין מצבי ביניים. יש רק שני מחנות. ומי ששייך למחנה המוציא מחברו עליו הראיה הוא עקבי לכל אורך הדרך, ואינו מניח כל זכות ותוקף לטענת התובע – וממילא גם לא לתפיסתו.

6. העצמת הצד שכנגד

א. הויכוח עם הרשב"ם

הרשב"ם הובא בחיבור זה כמי שפוסק כסומכוס. כאמור, עובדה זו לעצמה אינה בעייתית מבחינת הקונטרס. הרשב"ם יוצב בצד השני, במחנה שנדחה מן ההלכה. דא עקא שהרשב"ם, בהסבירו את שיטת סומכוס, משתמש בסברה יסודית, שהשתרשה בעולם הלימוד כסברה מקובלת. הסברה מציעה לחלק בין שני סוגים של ספק, השונים זה מזה במהותם ובהלכותיהם. האחד הוא ספק עובדתי; מצב שבו שני בעלי הדין אינם יודעים את העובדות. במישור הטענות הם בדרך כלל טוענים טענות שמא, ובמישור הראיות

85 כגון הנחתו, שהמירא 'זה כלל גדול' משמעה כלל רחב ביותר, או הבנה 'תמימה' שחזקת מרא קמא עומדת באנלוגיה מוחלטת לחזקה פיזית ועוד.

86 השימוש במונחים 'נקטינן' 'מוקמינן', 'לדידן', 'קיימא לן' בלשון מדבר בעדו יוצר את הרושם הנוסף, שמדובר באסכולה רחבה, שהקונטרס מהווה חלק ממנה ומייצג אותה.

בדרך כלל אי אפשר לברר עם מי האמת. הדוגמה הקלאסית לכך היא המקרה, שהוזכר לעיל, של המחליף פרה בחמור ואין ידוע אם ילדה קודם ביצוע עסקת המכר או אחריה. "ואין ידוע" – משמע באופן מוחלט, שאין דרך לברר זאת. הסוג השני של ספקות הוא 'ספקא דדינא', ספק משפטי. מצבים שבהם הנתונים העובדתיים ידועים, הטענות ברורות, והספק נוצר בגלל מחלוקת משפטית בין התובע לנתבע או בין הפוסקים. ספק כזה קיים במקרה שבגמרא הכרעת הדין היא תיקו, במקרה שיש בו מחלוקת ראשונים שלא הוכרעה, וכיצא באלה.

הבחנה זו מאפשרת לרשב"ם לטעון, שדברי סומכוס, שלפיהם ממון המוטל בספק חולקים, מתייחסים רק לספקות הנובעים מאי ידיעת העובדות. לשיטתו של הרשב"ם, המשניות שבהן מפורש דין חלוקה הן משניות העוסקות במקרים כאלה; כך בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה, וכך במחליף פרה בחמור.⁸⁷

בנקודה זו בוחר בעל הקונטרס להתפלמס באריכות. הרשב"ם תיאר מורכבות בשיטתו של סומכוס⁸⁸, ואילו בעל הקונטרס מתנגד ומשתדל להוכיח ששיטת סומכוס היא עקרונית, עקבית ובלתי מתפשרת. אמנם הקונטרס יחזור ויאמר בסוף דבריו בעניין זה: "ואין להאריך בפלוגתא זו דלדין דלא קיימא לן כסומכוס אין נפקא מינה בדבר"⁸⁹.

נדמה שבעל הקונטרס מבקש לדחות כל פירוש המרכיך את שיטת סומכוס ומקרב אותה לשיטת חכמים. קבלת הפירוש של הרשב"ם, המציב את עמדת סומכוס במשבצת הצרה של ספק עובדתי, ממעטת את הקיטוב שבמחלוקת. ברור שגם אם עיקר התיזה אינו שיטת סומכוס עצמה, הקצנתה של שיטת סומכוס עד לעמדה קוטבית לחלוטין מעצימה את החידוש שבשיטת חכמים, ומחדדת את המיון הברור שבין שתי השיטות. היא גם מסירה איום אפשרי על שלמותו של הרעיון שהמוציא מחברו עליו הראיה.

הקונטרס חותר להקצנת שיטתו של סומכוס, הדרישה שהוא מציב ביחס לסומכוס מטרתה ליצור איזון ראוי. המשקולת המוצבת על הכף הנגדית צריכה להיות כמידתה של המשקולת שבצד "שלנו".

87 המקרה של שנים אוחזין בטלית טעון בירור נוסף, ואכמ"ל.

88 מורכבות מהסוג שהצביע עליה הרשב"ם קיימת גם בדברי הסמ"ג והתוספות בבכורות מח ע"א, ד"ה דאמר. למעשה עיון בסוגיית הפתיחה לבבא מציעא חושף מורכבות נוספת בשיטת סומכוס במצבים שאין בהם דרא דמונא.

89 כלל א סוף סעיף ב.

ב. דחיה עקיפה של סברת הרשב"ם

לפי דברי הרשב"ם והסמ"ג סומכוס מודה, שהמוציא מחברו עליו הראיה במצב של ספקא דדינא. כאשר הספק הוא בדין, או שההלכה עצמה במקרה הנדון היא תיקון כביכול, אין הדיין יודע כיצד עליו לפסוק. משום כך עליו 'להסתלק' מן הדין, והמחזיק יחזיק במה שבידו, אפילו לדעת סומכוס.

הש"ך ניתח את חילוקו של הרשב"ם באופן שונה במקצת. לפי דבריו, מצב של ספקא דדינא יכול להיחשב כמצב שבו טענת הנתבע היא טענת ברי⁹⁰, בניגוד לספקות הנובעים מאי ידיעת המציאות, שהם ספקות של שמא ושמא. מכיון שבגמרא כבר הועלתה במפורש האפשרות שסומכוס מודה לחכמים בברי וברי, הרי שיש להחשיב את ספקא דדינא כמקרה שבו סומכוס מודה לחכמים⁹¹.

בעל הקונטרס מפרך את דברי הש"ך בשני אופנים: ראשית, הוא דוחה את ההנחה שסומכוס מודה לחכמים בברי וברי, תוך שהוא מתבסס על דעת רבה בר רב הונא בגמרא, הסובר שסומכוס אומר יחלוקו גם בברי וברי⁹². שנית, הוא מוכיח שהרשב"ם עצמו סובר כרבה בר רב הונא, שסומכוס אומר יחלוקו גם בברי וברי, ולכן סברת הש"ך אינה יכולה להיות תמיכה לחילוק של הרשב"ם בין ספק בדין לבין ספק במציאות.

בדרך זו מבטל בעל הקונטרס לחלוטין את האפשרות ליצור הבחנה בשיטת סומכוס בין סוגים שונים של טענות. לדעתו גם בטענות ברי וגם בטענות שמא אמרינן יחלוקו, ואמנם הוא נסמך בכך על דעת רבה בר רב הונא. שאלת עקביותו של סומכוס במגוון צירופים של טענות עולה ישירות בדיוני האמוראים בסוגיות הנזכרות⁹³, אבל בעל הקונטרס מתעלם כדרכו משאר שיטות האמוראים⁹⁴, ובוחר שוב בדרך הקיצונית, המחדדת את המחלוקת ומביאה אותה לשיא קוטביותה. ברור שזו אינה פרכה גמורה כנגד הש"ך, שהרי הוא יכול לסמוך על שיטות אמוראים אחרים, החולקים על רבה בר רב הונא.

90 בסופו של דבר הקונטרס מבין הפוך לגמרי את משמעותו של ספק בדין ככלי משחק המשפיע על טיעוני הצדדים. בכלל א סעיף ג הוא מציין, כי "בשמא וספקא דדינא שמא ושמא הוא", כלומר שספק בדין יוצר טענת שמא לנתבע, וזה הפוך מהש"ך.

91 כך עולה מהסוגיה בבבא קמא לה ע"ב, וראו שם ברש"י.

92 ראו בבא מציעא ב ע"ב ושם ק ע"א.

93 הקשה ביותר מבין שלל הצירופים יהיה מצב שבו הנתבע טוען ברי והתובע טוען שמא, במצב כזה קשה לומר יחלוקו והנטייה היא לומר שבמצב כזה אף סומכוס יודה שהמוציא מחברו עליו הראיה.

94 באנציקלופדיה תלמודית, ט, ערך המוציא מחברו עליו הראיה, עמ' תנד-תנה מובאות השיטות השונות לחלק בין סוגי הטיעונים שמשמיעים הצדדים והשלכתם על שיטת סומכוס.

בהתקפתו על הש"ך בנקודה זו משיג בעל הקונטרס מטרה נוספת. הוא דוחה את החילוק של הרשב"ם בין ספק בדין ובין ספק במציאות. דוק, הקונטרס אינו מתמודד ישירות עם האפשרות העקרונית לחילוק כזה בשיטת סומכוס, ואף לא מתייחס לרשב"ם בעל החילוק, אלא מתפלמס עם הש"ך, שהסביר את הרשב"ם באופן מסוים.

דרך מתוחכמת זו משאירה את הלומד עם טעם של ניצחון לטיעונו של הקונטרס. אולם מי שלא יתפתה לרטוריקה של המחבר ויעקוב אחרי המקורות, יגלה שהוא אינו מתמודד עם הקשיים העיקריים אלא עוקף אותם. הוא בוחר שלא להתמודד ישירות עם האמוראים החולקים על רבה בר רב הונא, ושלא להתמודד ישירות עם פירוש הרשב"ם, אלא רק לתקוף את הסברה של הש"ך. מי ששם לב לכך, יזהה על נקלה את המגמתיות של החיבור, המבקש לחדר את קוטביות המחלוקת, להצניע את האפשרות ליצור עמדות ביניים, ובסופו של דבר להכריע באופן חד משמעי וקיצוני כדעה שהמוציא מחברו עליו הראיה.

7. בחינה בנקודת הקיצון

שלמותו של החיבור מגיעה לשיאה במקום שבו הרעיון העקרוני עומד למבחן ההלכתי הקשה והמאתגר ביותר. אבן הבוחן שנבחרה לספק מצע למבחן היא איסור אשת איש⁹⁵. על הפרדיגמה המוצעת מוטל להתגבר על המחסום הקשה הזה. וכך מעמיד הקונטרס את יסוד חיבורו למבחן⁹⁶:

וראיתי לחקור בכל ספק ממונא, דקיימא לן קולא לנתבע, והמוציא מחברו עליו הראיה, אם קידש הנתבע אישה בהאי ספק ממונא, או כשתפס התובע וקידש בו מהו דין הקידושין הללו?
ולא מצאתי דין זה מפורש אבל כך דעתי נוטה: דלהסוברים דלא מהני תפיסה מספקא קידושין של הבעלים המה קידושי ודאי.
כיון דהתורה לא חייבתו להחזירו כשלו הוא ממש והשני דתפס אין בקידושיו חשש קידושין כלל. דאף שהספק במקומו עומד ודילמא שלו הוא, מה בכך? כיון דמפקינן מיניה, נמצא דלא יהיב לה מידי!

95 קידושי אישה כאבן בוחן לרצינותו של קניין או העדרו מופיע בכמה מקורות תלמודיים. כך היא מימרת רב גידל על חמץ דרבנן, "המקדש משש שעות ולמעלה אפילו בחיטי קורדינייתא אין חוששין לקידושין", ובפסחים ז ע"א וכן ביבמות צ ע"א משתמשים בשאלת כהן שקידש אשה בחולין טמאים כדי לבחון את מידת הזכות של הכהן בחולין שניתנו בתמורה לתרומה טהורה שנאכלה בשוגג.

96 כלל א סעיף ח.

ולחשובים דמהני תפיסה בספקא, או בגוונא דמהני, וכמו שיתבאר בס"ד, קידושי שניהם קידושי ספק נינהו.

המבחן המכריע לעוצמתה של מוחזקות הנתבע, ולחולשתה של תפיסת התובע, הוא כאשר מקדשים אשה בממון המוטל בספק. לכאורה הממון מוטל בספק – ואם כן האשה תהיה ספק מקודשת. ייתכן שאם הנתבע מקדש אשה בחפץ שיש עליו תביעה, הקידושין יהיו קידושי ספק, מכיון שייתכן שיתברר שהחפץ אינו שלו. לכאורה אם התובע תפס את החפץ מידי הנתבע וקידש בו אשה גם אז תהיה האשה ספק מקודשת. שהרי ייתכן שהחפץ שלו ועתיד להישאר בידו.

זו, לדעת בעל הקונטרס, תהיה דעת מי שסוברים שתפיסה מועילה – אלה הטוענים כסומכוס שיחלוקו ומחלישים את חזקתו של הנתבע ואחיזתו בממון. אולם לשיטת חכמים, שהמוציא מחברו עליו הראיה, אין התביעה מחוללת שום שינוי מהותי במעמדו של הממון. הוא נשאר לגמרי בבעלותו ובחזקתו של הנתבע. לפיכך אם קידש הנתבע תהיה מקודשת ודאי, ואם קידש התובע אין בה אפילו ספק קידושין!

אלא שהמחבר נאלץ להודות, שכנגד מסקנתו הפשוטה עומדים דבריהם של גדולי הראשונים.

אלא דאיכא למידק מהא דכתב הרא"ש בפרק מרובה, דיאוש אי קונה מדרבנן או לא, נידון בספקא דדינא, וקונה יאוש לחומרא, ואם קידש אישה בגזילה לאחר יאוש, צריכה הימנו גט. עיין שם. משמע דאינו קונה אלא לחומרא, לעניין אי קידש בו אישה, אבל לענין החזרה לבעלים מחויב הוא להחזיר... ועיין בתוס' רי"ד שכתב... ומשמע מדבריו גם כן, דאם תפס השני בספקא דדינא וקדש בו האישה הרי זה קידושי ספק.

הבעיה חמורה במיוחד, מכיון שמדובר כאן בשני ראשונים שהאחד מהם, הרא"ש, שייך דווקא למחנהו, מחנה הפוסקים כחכמים, שהמוציא מחברו עליו הראיה.

בשני המקרים מדובר בספקא דדינא. במקרה הראשון מדובר במי שקידש אשה בכסף גזול אחרי שהבעלים נתיאשו ממנו. מכיון שיש ספק אם הגולן קונה בייאוש בעלים, הרי שכסף הקידושין הוא ממון המוטל בספק, והרא"ש פוסק לחייב בגט לחומרא, כדין ספק קידושין. תוספות רי"ד דן במקדש בשטר חוב שיש לו על אחרים. גם שם ספק אם שטר החוב ייחשב לממון שבידי המלוה, ובכל זאת מחייב תוספות רי"ד גט לחומרא, ואינו אומר שכל עוד לא יצא הממון מידי בעליו אין לתובע שום מעמד בו.

הקונטרס מתמודד עם חוסר ההתאמה של השיטות הללו עם הטיעון שלו ומיישב את הסתירות. ביחס לדברי הרא"ש הוא מבאר, שבמקרה של קידושי

אשה בכסף גזול אמנם האיש חייב בהשבה ועל כן קשה לומר שקנה את הכסף, אולם האישה שנתקדשה לו ודאי קונה בייאוש ובשינוי רשות, ולכן נצרך גט. הקונטרס פותר את הקושי שמעורר הרי"ד בדבריו בדרך אחרת. הוא מייחס לרי"ד את השיטה הסוברת, שתפיסה מועילה. ולפי דרכו, הצבת פוסק נוסף במחנה האחר אינה פוגמת בוודאות של השיטה שלנו.

בשלב זה כדאי להתמקד בעצם הטיעון שלו, ולא בדרך דחייתו את הקשיים עליו. נראה שכאן הגיע הקונטרס לשיא שיטתו. המחשבה שניתן להוציא ספק אשת איש לשוק בלא גט, היא הביטוי הנחרץ ביותר שניתן להציג בו את העמדה, שתפיסה אינה מועלת מכל וכל. אם התובע שתפס ממון לא יכול לחולל באמצעותו אפילו ספק קידושין, משמע שאין בתפיסה כלום. הלא כל בר-בירב דחד יומא יודע, עד כמה זהירים חכמים בספק קידושין ועד כמה משתמשים ברעיון של נתינת גט לחומרה, כדי להבטיח שהאשה תוכל להינשא לאחר בלי חשש איסור ולא יוטל דופי של ממזרות בילדיה.

קרוב לוודאי, ששום פוסק לא יקבל את סברת הקונטרס הלכה למעשה ויוציא אשה שנתקדשה בממון המוטל בספק בלא גט. סביר להניח, שאפילו בעל הקונטרס לא התייחס להצעתו כהלכה למעשה אלא כעמדה תיאורטית בעלת יומרות רעיוניות⁹⁷. מי שמבין עד כמה מובן מאליו שהשאלה והפתרון המוצע לה לא יצלחו את מבחן המציאות, מבין גם שהשאלה אינה שאלה של פסק אלא שאלה תיאורטית בעלת יומרות רעיוניות.

8. הטיעון המעגלי

באופן כללי ניתן לומר, שדרכו של בעל הקונטרס בהצגת סוגיות הגמרא היא של קריאה פשוטה ובהירה. דווקא משום כך, כאשר הוא חורג מדרך זו ומפתח טיעונים מורכבים, מפולפלים, שלעתים נראים לקויים מבחינת ההיגיון הצרוף, מתגבר החשד שהמגמתיות מטה את הפרשנות.

המעין במבנהו הכללי של כלל א, גם מבלי להיכנס לפרטי ההוכחות, יבחין שהוא מכיל טיעונים מעגליים:

בסעיף א מובאת הטענה הכללית, שכאשר מתעורר ספק ממון, נטל ההוכחה חל על התובע; כל עוד לא הוכחו דבריו, אין להוציא את הממון מידי המוחזק. בשלב זה המחבר אינו מתייחס כלל לשאלה העקרונית, מהם הקריטריונים ההופכים את האדם למחזיק. האם האחיזה הפיסית של הממון מספיקה, או רק מי

97 ראו בדברי האחרונים שליטת י"צ ברזל, במילואים לקונטרס הספקות סימן יב, עמ' תעג-תעו.

שיכול להוכיח שהוא 'אוחז בו כשורה'? ולאידך גיסא, האם כשאין מחזיק ממשי בממון, אולם אחד הצדדים יכול להצביע על זיקה חזקה יותר אליו, כגון שטענתו חזקה יותר או שעד היווצרו של הספק הוא היה המחזיק בפועל? וכיוצא באלה, האם אז נחשיבו כמוחזק? כל השאלות האלה אינן נדונות כלל בסעיף הראשון, והוא ניגש לדון בהן רק בסעיפים ג-ז.

בסעיף ג נדונה הסיטואציה שבה אף לא אחד מהצדדים אינו מחזיק בפועל, אולם לאחד הצדדים ישנה חזקת מרא קמא. דהיינו, צד אחד יכול להראות כי בעבר, לפני שהתעורר הספק, הוא היה מוחזק ולא השני.

בסעיף זה הוא קובע:

כשם שבספק ממון שהאחד מוחזק בו עבדין קולא לנתבע והמוציא מחברו עליו הראיה, הכי נמי בדבר שאין שניהם מוחזקים בו וכגון דקיימא באגם או ברשות הרבים ויש לאחד בו חזקת מרא קמא (רצונו לומר שמתחילה היה שלו), ההוא גם כן נקרא נתבע וקולא לדידיה עבדין. דכמו דאזלינן בתר חזקת המוחזק ממש והיא הנקראת חזקת ממון ממש הכי נמי אזלינן בתר חזקה קמאיתא בממונא והיא הנקראת חזקת מרא קמא.

נמצאנו למדים, שהמחבר סבור שמהכלל הקובע את עדיפותו של הנתבע, המחזיק בפועל, נגזרת גם עדיפותו של בעל חזקת מרא קמא בלבד. חזקה כזו תקנה לטוען לה את הסטטוס היציב והתקף של מוחזק, ותגרוור בעקבותיה את הפעלת ההסדר הקובע כי על התובע להביא ראיה לדבריו. מלשון הטיעון משמע, כי חזקת מרא קמא היא חזקה משנית, הנסמכת על החזקה הבסיסית והברורה ממנה – החזקה פיסית בממון.

אפשר להצביע על קיומה של גישה זו גם בהמשך, בסעיף ה. שם מתנהל דיון רעיוני-עקרוני בשאלה, מניין שדי בחזקת מרא קמא בלבד להפוך את בעליה למחזיק ואת שכנגדו למוציא. המחבר מבסס את מעמדו של מחזיק קמאי על יסוד מעמדו של המחזיק בפועל. הוא מניח את הכלל הראשוני למצב שבו קיים מחזיק בפועל, ועל גביו מבסס מעמד דומה למחזיק קמא – שהחזיק בממון בעבר.

בסעיף ד נדונים בזה אחר זה שני מקרים אפשריים שלכל אחד מהם אפיונים משפטיים שונים.

המקרה האחד הוא כאשר שני הצדדים מוחזקים בממון בפועל, כדוגמת שנים אוחזין בטלית, אלא שלאחד מהם ישנה גם חזקת מרא קמא. המקרה השני הוא מקרה שבו לאחד הצדדים ישנה חזקת ממון בלבד ולאף לא אחד מן הצדדים אין חזקת מרא קמא.

לגבי המקרה הראשון קובע קונטרס הספקות כך: "ולדעתי נראה להכריע דבשניהם אדוקים בו, לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא, משום דלא עדיפא חזקת מרא קמא לאפוקי מחזקת ממון דאידיך".

העיקרון שהקונטרס קובע כאן מתאים למובא לעיל מסעיף א ומסעיף ג. משתמע מדבריו, שהחזקה המבוססת והעדיפה היא החזקה בממון עצמו, ואילו חזקת מרא קמא היא חזקה משנית לה. לכן, כאשר חזקת ממון ממשית מתנגשת עם חזקת מרא קמא, יש להעדיף את חזקת הממון. בטרם נבדוק אם לאחד מהצדדים החזקה קודמת; אנו בוחנים את החזקה בפועל. כל זמן שיש בידינו להצביע על מחזיק בפועל לא נתעניין בשאלות היסטוריות, בידי מי היה הדבר בעבר. זאת אף אם מתברר שהחזקה הנוכחית היא משותפת לשני הצדדים ואינה קובעת לאף לא אחד מהם סטטוס של מחזיק.

המקרה השני הוא כאשר לאחד מן הצדדים יש חזקה ממשית, אולם הוא אינו יכול להצביע על זכותו להחזקה, כלומר שאין לו חזקת מרא קמא, ואילו לצד השני אין חזקה בפועל וגם אין לו חזקת מרא קמא.

לכאורה נראה, שהדיון במקרה השני מיותר לחלוטין. המקרה הזה פשוט מקודמו, מכיון שבמקרה הקודם שניהם היו מוחזקים בדבר וכאן רק אחד מהם מוחזק. במקרה הראשון עמדה לתובע חזקת מרא קמא כנגד החזקה של הנתבע, ואילו כאן אין לתובע שום חזקה. מובן מאליו, שהסברה הפשוטה היא שהמחזיק בפועל יקבל מייד את סטטוס המחזיק.

אלא שמשום מה מנמק כאן בעל הקונטרס את תמיכתו בבעל החזקה באופן מוזר: "ודע דכמו דאזלינן בתר חזקת מרא קמא לבד הכי נמי אזלינן בתר חזקת ממון לבד, כלומר שאין עימו חזקת מרא קמא".

במבט ראשון יש לפנינו היפוך מתמיה של הטיעון המקורי, המייחס לחזקה בפועל מעמד מוכר ובלעדי ולחזקת מרא קמא הכרה משנית. כאן נראה לפתע, שהטענה לחזקה בפועל נגזרת דווקא מההכרה במעמדו של מחזיק קמא. כביכול חזקת ממון נשענת על חזקת מרא קמא. ממילא מובן, שנוצר כאן טיעון מעגלי. בסעיף הנוכחי נאמר שמעמדו של המוחזק בפועל נשען על מעמדו המשפטי של מי שטוען לחזקה קודמת, ואילו בסעיפים שקדמו משתמע שטענת החזקה הקודמת, מרא קמא, מבוססת על המעמד של החזקה בפועל⁹⁸.

98 כאמור לעיל, סעיף ה מתאים דווקא לסעיף א. נמצא, שבסעיף ה יחזור המחבר ויצביע על החזקה בממון כמקור הרעיוני לביסוסה של חזקת מרא קמא. כביכול, מבלי שיזכור שבסעיף הקודם הטיעון נהפך.

עיון בדיונים הפנימיים ובהוכחת הטיעונים אף מעצים את התמיהות שעלו מן הקריאה הראשונית, המרפרפת. נעקוב בקצרה אחרי הסוגיות המובאות לתמיכה בכל שלב של הטיעונים.

לביסוס הרעיון שחזקת מרא קמא מועילה כשאין מחזיק בפועל, הטיעון שבסעיף ג, מובאת סוגיית המחליף פרה בחמור (בבא מציעא ק ע"א). מקשים שם בסוגייה על דין המשנה שיחלוקו, והוא כדלקמן:

אמאי יחלוקו?

(1) וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחברו עליו הראיה?!

דקיימא באגם! [אין מחזיק בפועל]

(2) ולוקמה אחזקת מרא קמא?! הא מני? סומכוס היא

במילים אחרות אפשר לנסח את הדיון כך: הגמרא מציעה שנבדוק מי המחזיק בפועל ונקנה לו מעמד של מחזיק, ודוחה שאין מחזיק בפועל. לאחר מכן היא מציעה להעמיד בחזקת מרא קמא ודוחה בהעמדת המשנה כסומכוס. מן הקושייה השנייה בסוגייה, נראה בבירור, שניתן להסתפק בחזקת מרא קמא על מנת לבסס מעמד של מחזיק לפי שיטת חכמים, ואין דרך להסביר מדוע לא אמרו במשנה המוציא מחברו עליו הראיה, אלא אם נעמידה כסומכוס. כך מסיק הקונטרס בשלב הראשון, שחזקה קמאית מועילה לחכמים כמו חזקה ממש.

לביסוס הרעיון שחזקת ממון לבד מועילה כמו חזקה קמאית (סעיף ד) משתמש בעל הקונטרס בשתי סוגיות:

המרכזית יותר היא סוגיית 'הפקיד טלה אצל בעל הבית' (בכורות יח ע"ב). הסוגייה שם דנה באדם שהפקיד טלה אצל בעל בית, שהניח את הטלה המופקד יחד עם טלאיו בעדרו. מאוחר יותר מת אחד הטלאים, ופוסקים שם המוציא מחברו עליו הראיה. כלומר, בעל הבית הוא המחזיק, ואילו המפקיד יצטרך להוכיח שהטלה שמת הוא טלה של בעל הבית ולא הטלה שלו.

בעל הקונטרס מפרש, שהטלה המופקד נחשב למצוי בחזקתו של בעל הבית, הנפקד. ומוסיף: "מכל מקום חזקת ממון לחודא מיהו איכא לבעל הבית, ואיהו נמי מהני היכא דליכא לאידך חזקת מרא קמא המנגדתה"⁹⁹. לדבריו אין לתובע חזקת מרא קמא, למרות שמוסכם שהטלה היה שלו. חזקה זו אינה נחשבת כאן כחזקה, ולכן חזקת הממון של הנתבע מכרעת שהמוציא מחברו עליו הראיה¹⁰⁰. מדוע היה צריך בעל הקונטרס לבטל את חזקת מרא קמא

99 לפי דבריו בראש הסעיף, גם אם יש להחשיב את חזקת המפקיד לחזקת מרא קמא, אין היא גוברת על החזקה הפיסית של הנפקד בטלה.

100 תוספות מבינים אחרת את המצב המשפטי וטוענים, שלבעל הבית גם חזקת מרא קמא כיון שהיה מוחזק פעם בטלה חי, ראו תוספות שלהלן.

מן התובע, הלא גם בלאו הכי, החזקה הממשית של הנתבע עדיפה ממנה? דווקא לפי שיטתו, שבה ביסס בסעיף ג את כוחה של חזקת הממון כנגד חזקת מרא קמא על סוגיית המחליף פרה בחמור, אין לו צורך בביטול חזקת המרא קמא.

בסוגיית המחליף פרה בחמור, השאלה הראשונה של הגמרא הייתה – נלך אחרי המוחזק, ורק אחרי שהעמידו במצב שאין בו מוחזק שאלו – נלך אחרי ה"מרא קמא". משמע שהגמרא הבינה, שאם יש מוחזק ממשי אין צורך בכלל בחזקת מרא קמא¹⁰¹.

הקונטרס חוזר ומתייחס לסוגייה זו בסעיף ד, וכאן הוא מתעלם ממבנה הסוגייה, ומסיק ממנה שחזקת ממון מועילה רק אם אין כנגדה חזקת מרא קמא. את טענתו אין הוא מסיק ישירות מן הגמרא, אלא מתוך דיון בדברי התוספות. וכך הדברים מובאים בלשונו:

ובתוספות המחליף בד"ה וליחזי אחר שכתבו דאם היה הלוקח טוען שמא לא הייתה מועלת תפיסתו מספק, כתבו ז"ל ולא דמי לאחד שהפקיד טלה אצל בעל הבית וכו' דהמפקיד הוי המוציא מחברו עליו הראיה ומועלת חזקת בעל הבית אף שטוען ספק, דהתם ודאי היה מוחזק בטלה חי מעיקרא אבל כאן לא הוחזק הלוקח מעולם בולד זה. ע"כ.

ולא ידעתי מי הכניסם לדוחק הזה, דבשלמא חזקת ממון הלוקח בהאי דהמחליף, דין הוא שלא תהני נגד חזקת מרא קמא של המוכר, כמו תקפו כהן דמוציאים מידו, אבל גבי המפקיד טלה אצל בעל הבית דליכא חזקת מרא קמא כלל לא לזה ולא לזה, ובכי האי גוונא הדבר פשוט דחזקת ממון לחודא נמי מהני.

נמצא שבעל הקונטרס טוען במפורש כנגד התוספות, שבמקום שבו מתנגשות חזקת מרא קמא עם חזקת ממון, כוחה של חזקת מרא קמא עדיף.

כאמור, אין ספק שמגמתו הכללית של בעל הקונטרס היא להראות את כוחה של החזקה. הטיעונים המרחיבים את מעמדו של המחזיק יש להם חשיבות ביצירת אקלים, המגבה את העיקרון הכללי של המוציא מחברו עליו הראיה, שבעיני המחבר הוא עיקרון על בספקות שבממון. מובן אם כן, שהרעיון, שחזקה בפועל יש לה משמעות המבססת מעמד של מחזיק, הוא הכרחי, אך גם הרחבתו והחלתו על מקרים שבהם ישנו מחזיק קמאי בלבד מועילה לחזק ולבסס את העיקרון הכללי. הבעיה שבפניה עומד הקונטרס במקום ששתי חזקות

101 וראו תוספות במקום, בבא מציעא ק ע"א, ד"ה וליחזי שהעירו על כך: "ואם תאמר וכי נמי הוי הוולד ברשות לוקח אין זו הוכחה דקנאה", ותירצו שם באריכות.

אלה מתנגשות, היא ערעור מסוים של תוקף העיקרון שלו. זו עשויה להיות הסיבה לכך שהוא נאלץ לבנות טיעון שיש בו מידה של מעגליות וסתירה פנימית. האופן המורכב שבו הציג את הדברים אינו נובע מרישול או טעות חלילה, אלא אדרבה, מתוך שימת לב מדוקדקת למטרת החיבור.

יש להבין, שהמקרה שבו מתנגשת חזקת ממון מעשית עם חזקת מרא קמא, הוא למעשה המצב שנגדו מכוון כל החיבור. זה בדיוק מה שמתרחש במקרה שיש תפיסה. מי שתופס מחברו ממון בכוח, תוך כדי התדיינות, מבקש מבית הדין שהממון יישאר בידו מפני שהוא מוחזק בו בפועל. לצד השני, לנתבע, עומדת זכות החזקה הקודמת, שלפני התפיסה, שהיא כעין חזקת מרא קמא¹⁰². לפיכך ברור, שאם בעל הקונטרס יגיע למסקנה שחזקת ממון ממשיית היא היא נקודת המוצא ואבן הבוחן המרכזית והמספקת להכרעת הספקות, הרי הוא מכשיר את הדרך לתפיסה שכנגדה הוא יוצא. מאידך גיסא, הוא מבקש להעצים את כוחו של המוחזק הממשי כדי להטיל את חובת הראיה על שכנגדו מדין המוציא מחברו עליו הראיה. לפיכך הוא בונה את הטענות והיפוכו: מצד אחד הוא אכן טוען שהמוחזקות בממון היא יסוד לכל, ומצד שני הוא חייב לטעון שחזקת מרא קמא, או הצידוק של החזקת הממון, הוא תנאי מרכזי ועדיף על פני החזקה גרידא.

חלק שלישי: ההקשר ההיסטורי

לאחר שסקרנו את שני החיבורים הלמדניים, חיבורו של הש"ך תקפו כהן מן הצד האחד וחיבורו של ר' יהודה כהנא קונטרס הספקות מן הצד השני, והצבענו על מגמותיהם השונות, ננסה להציע פשר היסטורי להבדלים הדרמטיים שביניהם.

בחינת הביוגרפיה של הש"ך והרקע ההיסטורי שבו נוצר החיבור, יכולה להציע רמזים והקשרים מעניינים ביותר. ר' שבתי ב"ר מאיר הכהן, הש"ך¹⁰³, נולד בשנת שפ"ב [1621] ונפטר בשנת תכ"ג [1662]. הוא נולד באמסטיבוב (Amstivov) שבליטא. את שנות נעוריו בילה בנדודים בערים הגדולות, במרכז התורה של תקופתו – וילנא, קראקא, טיקוצ'ין ולובלין, וזכה ללמוד תורה

102 ואם אין לצד השני חזקה קודמת, ומדובר בתפיסה של ממון שאין לגביו לא מחזיק בפועל ולא מחזיק קמאי, גם לקונטרס במצב כזה התפיסה תהיה לגיטימית.

103 ש"ך, הם ראשי תיבות של חיבורו, שפתי כהן, וראשי תיבות של שמו, שבתי כהן. שבתי ב"ר מאיר כהן היה מגדולי הפוסקים, וראו מ' אלון, המשפט העברי, ג, ירושלים תשל"ג, עמ' 1188. וראו עוד אנציקלופדיה יודאיקה, 14, עמ' 1219, ערך Shabbetai Ben Meir Ha-kohen, וכן ב"צ כ"ץ, רבנות חסידות השכלה, א, תל-אביב תשט"ז, עמ' 108-111.

מפיהם של גדולי החכמים במרכזי התורה הללו. הוא שב לוילנא בהיותו בן עשרים ואחת, ולמרות גילו הצעיר התמנה שם לדיין. הוא נשא לאישה את נינתו של הרמ"א וחותרו העשיר פרנס אותו. בתוך זמן קצר פרסם את חיבורו שפתי כהן על שלחן ערוך יורה דעה. הספר התקבל בחוגי הלומדים כפירוש חובה, נדפס מאז בכל מהדורות השלחן ערוך ושם מחברו נודע בעולם כאחד הגדולים בדורו. אולם תקופת הגדולה והתפארת חלפה לבלי שוב תוך שש שנים. פרעות ת"ח-ת"ט (1648-1649) פרצו בהיותו בן עשרים ושבע, והיכו בין היתר גם את קהילת וילנא. כעבור ארבע שנים, בשנת ת"ט (1655), אירע גל פרעות נוסף, שאילץ את הש"ך לגלות מעירו ולנדוד ממקום למקום עד שקבע את מקומו בעיר הלישווי (Holesov) שבצ'כיה. הספר תקפו כהן חובר בשנת ת"א (1651), בעיצומה של תקופת הגזירות, כשנתיים לאחר הפרעות הראשונות.

מעקב אחר כלל פעולותיו של הש"ך תוך כדי החורבן שעברה קהילתו וקהילות רבות בליטא, אוקראינה ופולין, עד כדי חורבן של כשליש מהן, מגלה שהש"ך חווה את החורבן כחוויה קשה, מכוננת. הוא לא נותר אדיש לפרעות ובעקבות הפרעות כתב שני חיבורים. האחד הוא מגילת עיפה¹⁰⁴, שבה הוא מתאר את המאורעות הקשים ואת הסבל הרב שעבר על יהודי ליטא ופולין במשך הפרעות. למגילה זו נודעת חשיבות היסטורית רבה, שכן יש בה תיעוד מדויק של תאריכים, מקומות, מספרים, מאורעות ומהלכים פוליטיים. בנוסף לכך יש במגילה גם מרכיבים ריטואליים, ומשולבים בה קטעי קינה רבים המעידים על השבר הרוחני העצום. לדוגמא:

על אלה חשכו עינינו, גם קרעו ושרפו באש כל ספרינו הקדושים וכל ספרי תורתנו, על זה דווה ליבנו ולא נשאר רוח בקרבנו, העל אלה תתאפק ותחשה ה' אלוקיננו¹⁰⁵.

104 נדמה שיש כאן משחק מילים עם מגילת איכה. 'עיפה' משמעותה על פי מילון אבן-שושן: חשיכה, קדרות. מקור המילה הוא בספר עמוס ד, יג, "עשה שחר עיפה", ונחלקו המפרשים אם משמעותה חשיכה או אור יום, וראו גם אליעזר בן יהודה, מילון הלשון העברית הישנה והחדשה, ט, עמ' 4451.

105 מגילת עיפה, בתוך נ"ג הנובר, יון מצולה, דפוס ר' יצחק גאלדמאן, ווארשא, תרל"ב [להלן יון מצולה]. אפשר לראות את המגילה כחלק ממסורת של כרוניקות חורבן המוכרות עוד מימי גזירות מסעי הצלב באשכנז. ראו 'א"מ הברמן, ספר גזרות אשכנז וצרפת: דברי זכרונות מבני הדורות שבתקופת מסעי הצלב ומבחר פיוטיהם, יוצאים לאור ע"פ כתבי יד ודפוסים יקרים על ידי א"ב הברמן עם מבוא מאת י' בער, ירושלים, ספרי אופיר תשל"א, הספר והמבוא, וראו עוד ש' ברנפלד, ספר הדמעות: מאורעות הגזרות והרדיפות והשמדות א-ג, ברלין, אשכול, תרפ"ד (1923)-תרפ"ו (1926) [להלן ספר הדמעות]. להרחבה נוספת על כרוניקות חורבן שנכתבו בעקבות ת"ח-ת"ט ראו שם ג, עמ' קט-רו, וכן י' היילפרין, יהודים ויהדות במזרח אירופה, ירושלים, תשכ"ט [להלן היילפרין], עמ' 250 ובהערות,

בסופה של המגילה הש"ך מעיד על התקוות הגדולות לגאולה שקדמו לפרעות, המלמדות על עוצם השבר והאכזבה¹⁰⁶:

שנת ת"ח אשר חשבתי בזאת יבוא אהרן אל הקדש לפני ולפנים, נהפך כינורי לאבל ושמחתי ליגונים, והקריבו את עולתם הישראלים הלויים והכהנים,

ובשנת ת"ט שומרי משמרת הקד"ש, הם האנשים ההגונים, נהרגו על קדושת שמו יתברך בחודש השביעי, הוא ירח האיתנים, עם נשיהן ובניהם.

מגילת עיפה משלבת תיאורי הרג איומים עם אובדן רכוש ונכסים והיא מביעה את השבר הגדול ואת האיום שטרם חלף¹⁰⁷.

חיבור נוסף הוא סליחות שחיבר לכ' בסיוון¹⁰⁸, יום זה נקבע ליום תענית לזכר המאורעות. בסוף הסליחות הוא מורה לבניו לפקוח עין על סדרי הנהגת הציבור שיתוקנו מעת לעת בארצות מגוריהם.

שני חיבורים אלו¹⁰⁹ קשורים לפרעות ומורים על פרץ הרגשות וסערת הנפש אצל הש"ך בתגובה לפרעות¹¹⁰. הם גם מעידים על כיווני ההתמודדות ועל כיוונם של חיצו הביקורת.

ובעיקר הערה 2 א.ש. סקירה כללית על הנושא ראו אצל ח"ה בן ששון, רצף ותמורה, ספריית אופקים, הוצאת עם עובד, בעריכת י' הקר, תל-אביב 1984 [להלן: רצף ותמורה], עמ' 379-401.

106 על גזרות ת"ח-ת"ט, מה שקדם להן והשלכותיהן ראו י' היילפרין, "שבייה ופדות בגזירות אוקריינה וליטא שמשנת ת"ח ועד שנת ת"ך", ציון, כה (תש"ך), עמ' 33 ואילך. פורסם גם בתוך היילפרין, עמ' 212-249. נראה שאחת ההשלכות הקשות הייתה גזל הרכוש והצורך לפדות בהון רב את השבויים. שני אלו גררו התמוטטות כלכלית (ראו שם גם עמ' 241-267).

וכן ספר הדמעות ג, עמ' לא-לט ועמ' רז ואילך, וכן ח"ה בן ששון, פרקים בתולדות היהודים בימי הביניים, תל-אביב תשי"ח, עמ' 291, וראו רצף ותמורה, עמ' 258-265.

107 "כי עדיין לא שככה חמת המלך ה' צבאות מלך עליונים ותחתונים כי עוד חמת יד המציק הם הטארטארין נטויה בחרבות וכידונים, ותמיד הם פושטים בארץ ולמלחמה הם מוכנים ומזומנים".

108 להרחבה בנושא ראו סידור אוצר התפילות, עמ' סה. הסליחות עצמן מצויות בתוך סדר סליחות, אמסטרדם, הוצאת י"י וא' פרופס (תקכ"ו), עמ' קכח ואילך. ושם, עמ' קכז-קכח, נדפסה גם מגילת עיפה, כנראה כהקדמה לסליחות.

109 שני החיבורים נדפסו לראשונה באמסטרדם 1651.

110 על פי כ"ץ, לעיל, הערה 103, אפשר להראות כי בהשוואה לסליחות אחרות שנכתבו על ידי בעל תוספות יום טוב ביחס לאותם מאורעות (נדפסו לראשונה בקונטרס סליחות ליום העשרים בסיון, קראקא חש"ד), הסליחות שחיבר הש"ך מלאות ברגשות סוערים יותר ובביטויי אבל חזקים יותר.

עיון בשני המסמכים מגלה, ששולבו בהם רעיונות זהים ותיאורים מקבילים. תוכנו של הסליחות מקביל למעשה לתוכן המגילה בהתאמת הסגנון לשינויים המחויבים ממטרתו השונה של החיבור. ההקבלה בין חיבור הסליחות ובין המגילה ניכרת לעין, ואף על פי שההקבלה מתבקשת, ישנה מידה מסוימת של הפתעה בעובדה, שבמגילה משולבים קטעי קינה, ושהביטויים שבסליחות אינם סופרלטיבים של בכי גרידא, אלא תיאורים הלקוחים מהכרוניקה של הפרעות. דעת לנכון נקל, ששני החיבורים הדומים בתוכנם ושונים בסוגתם – הכרוניקה והסליחות, הם התייחסות ישירה לחורבן הקהילות ולגזירות. אולם הטענה שברצוני לחדש כאן היא, שגם החיבור השלישי שנתחבר ממש באותו הזמן, החיבור הלמדני תקפו כהן, שבמבט ראשון אין לו ולא כלום עם החורבן, אף הוא מביע, בדרכו שלו, את תגובתו של הש"ך למאורעות הזמן. מבחינת מועד הכתיבה מדובר כאמור בשלשה חיבורים שנכתבו כמעט כאחת. תקפו כהן נכתב במשך חודשיים, מטבת ועד אדר ת"א. יש בחיבורים אלה כדי להאיר האחד את השני ולפרש זה את זה. כפי שתאירתי כבר, הש"ך ראה סביבו את התפרקות השלטון, את השתלטות הפורעים, את חורבן הקהילות ושליטת האוטונומיה מהן¹¹¹. במה העיסוק המעמיק בסוגיית התקיפה הוא תגובה לכל אלה? נראה שבתוכנו של תקפו כהן יש פנייה אל האדם הפרטי לדאוג לענייניו ולמצות את יכולותיו ואת ההליכים העומדים לרשותו. לפקוח עין על שמירת רכושו בטרם יסתמך ויתלה את עתידו בגורמים חיצוניים ובמוסדות שלטון. יש בו קריאה ליציאה מן החידלון והתלות ולמעבר אל הפרגמטי¹¹². נראה שמשוהו בביטחון הנאיבי בכוחו של השלטון להסדיר את ענייניו של הפרט נסדק. במילים בוטות יותר, ייתכן שיש בחיבור הזה ביטוי לייאוש ולאכזבה משלטון החוק ומיכולתו להגן על זכויותיו ועל רכושו של הפרט¹¹³. בימים שבהם הזכות לחיים

111 וראו אנציקלופדיה יודאיקה, ערך Lvov, עמ' 610 על הקשיים הכלכליים והחובות הכבדים אליהם נקלעו היהודים בעקבות פרעות ת"ח-ת"ט, נוסף על הקושי להתפרנס בשל המגבלות שהוטלו על היהודים ובשל דחיקת רגליהם על ידי שכניהם. כן ראו שם 16, ערך Vilna, עמ' 139 והמקורות שהובאו להלן בהערה 113 ובהערה 119.

112 כפי שציינתי, בסוף מגילת עיפה הש"ך מתאר את החלום ושברו. והדברים מעידים על מעבר מעולם של פאתוס לעולם מציאותי והכרה במצבם המדיני והרוחני של בני עמו.

113 להרחבה בנושא ערעור האוטונומיה היהודית בפולין בעקבות גזירות ת"ח ת"ט וההשלכה הכלכלית הקשה ראו היילפרין, עמ' 71, 251, 267, 272. כמו כן ראו אצל י' היילפרין, פנקס ועד ארבע ארצות, ירושלים, מוסד ביאליק, תש"ן מהדורה שנייה בידי י' ברטל (מהדיר) [להלן הפנקס] סימנים קצג, רא-רג, שיד הוועד היתה תקיפה והיה ביכולתו לדון בדיני ממונות ולהכריע בשאלות אלו עד שנת ת"ז. אבל מכאן ואילך הוא מתקשה באכיפת פסקי ממון (סימנים רה-רח והלאה), וראו שם את בתיאור ההנהגות שבעקבות הפורענות. דוגמא מעניינת מצויה בסימן רטז של מניעת אדם עשיר מקהילת פוזנן לעזוב את הקהילה

היא הפקר, אין טעם להסתמך על התערבות שלטונית בזכות האדם לשמירה על קנייניו¹¹⁴.

העיתוי של כתיבת החיבור, בצירוף התכנים הרדיקליים שבו, ובמידה מסוימת האנרכיסטיים, והמתודה יוצאת הדופן של הצעת הרעיונות וביסוסם, תומכים בהשערה שיש בו קריאה לקביעת סדר יום מסוג חדש¹¹⁵, שבתשתיתו מצויה תגובה לפרעות ת"ח ת"ט, והוא ביטוי לתהליכים הפנימיים שעברו על המחבר בעקבות הפרעות¹¹⁶.

מכאן אפשר להציע, בזהירות, לתת את הדעת לבחינתה של השערה זו בהיקף רחב יותר: יש לבחון האם הכתיבה הלמדנית לאורך הדורות שיקפה, בין היתר, גם הלכי רוח ומגמות חברתיות ופוליטיות, שהולבשו בכסותה של השפה הפנימית, המקובלת בתוככי השיח התלמודי, ההלכתי והפרשני. במקרה המסוים של הש"ך עומדת לרשותנו האפשרות להשוות שלשה אפיקי כתיבה, בסגנונות נבדלים, המקרינים זה על זה ומתבארים זה מתוך זה. לא תמיד בולטים כל כך לעין ההקשרים מבחינת הזמן והתוכן, אולם אי אפשר להתעלם מן האפשרות שתופעה כזאת קיימת גם במקרים אחרים¹¹⁷.

ולעקור ממקום מגוריו, כי הקהילה נסמכת עליו מבחינה כלכלית, ובסימן ריח (שנת תיג) יש קובלנא על סירוב לבצע החלטות הוועד, ובשנת תיד בסימן ריט יש איסור על פרסום ספרים העוסקים בדיני ממונות ללא אישור הוועד. לעניין זה ראו גם ג"ד הונדרט, הקהילה בפולין במאה ה-18: אספקטים שונים, קהל ישראל השלטון העצמי היהודי לדורותיו, סידרה לזכרו של ישראל היילפרין ג, העת החדשה, בעריכת י' ברטל, הוצאת מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל, ירושלים 2004 [להלן השלטון העצמי היהודי לדורותיו], עמ' 43.

114 עדויות נוספות על האכזבה מהשלטון המרכזי הגויי ניתן למצוא בסקירה שבפנקס סימן ריא, עמ' 79-80.

115 להרחבה בשאלת מעמדו של הרב בקביעת המדיניות בשאלות של דיני ממונות וסמכותו בנושאים אלו בתקופה זו ראו י' כ"ץ, ההלכה במיצר, מכשולים על דרך האורתודוקסיה המודרנית בהתהוותה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 248-249.

116 וכבר העיר כ"ץ, לעיל, הערה 103, על תעוזתו בפסיקה באופן כללי ועל הצהרתו, כי ניתן לפסוק נגד השולחן ערוך, המצביעה על יחסו לקונבנציות הלכתיות.

117 לכאורה הלכה והיסטוריה הם שני מסלולים שאינם משפיעים האחד על משנהו. התפיסה הדוגמאטית רואה בהוראות ובהכרעות שבספרות ההלכה המאוחרת בבחינת פירוש של מסורות קודמות. אולם כבר הראה והצביע יעקב כ"ץ במחקריו הרבים על ההשפעה והתרומה שהיתה לתהליכים היסטוריים על התפתחויות הלכתיות. אולם כ"ץ התמקד בהשפעתם של התהליכים ההיסטוריים על נושאים הלכתיים שיש להם זיקה מובהקת להקשרים חברתיים סוציולוגיים, כך בספרו בין יהודים לגויים, הוצאת מוסד ביאליק, ירושלים 1960 [להלן בין יהודים לגויים]. הוא דן ביחס המשתנה לגוי כסביבה הטבעית של היהודי ועל התפתחות הלכתית הנוגעת לאילוצים כלכליים חברתיים הנובעים מהשכנות עם הגוי בשאלות של מסחר בסתם יינם. וכך בספרו מסורת ומשבר החברה היהודית במוצאי ימי הביניים, ירושלים תשי"ח [להלן מסורת ומשבר], הוא דן בהתפתחויות הנוגעות לרוכלות נשים (עמ' 34) ולבעית הריבית (עמ' 83-86). נושאים אחרים כמו היחס

מאז ימיו של הש"ך בליטא ועד לימיו של קונטרס הספקות בהונגריה, טולטלה יהדות מזרח-אירופה טלטלות רבות. המשברים המדיניים פגעו גם במדינות שבהן ישבו היהודים וגם באוטונומיה של הקהילות היהודיות. סמוך וקודם לפרסומו של הקונטרס, בשנת 1788, התרחשו שני מאורעות המשנים באופן דרמטי את מצבו של המרכז היהודי בפולין, ה'אימפריה' היהודית של מזרח-אירופה. במהלך עשרות השנים הקודמות נחלשה והלכה עצמאות הקהילה האוטונומית עד לביטולו של ועד ארבע ארצות בשנות הששים של המאה השמונה-עשרה. במקביל לכך ממלכת פולין עצמה הולכת ומתפוררת עד לפירוקה הסופי, החל מחלוקת פולין הראשונה בשנת 1772 ועד החלוקה הסופית בשנת 1794.¹¹⁸

לא ייפלא אם כן, שכנגד הרעיון הזה וכנגד נזקו החברתי נולד החיבור נשוא מאמר זה: קונטרס הספקות. הצבת החיבור וסימונו על ידי המחבר עצמו, כעדותו בהקדמה, כפולמוס מול חיבורו של הש"ך תקפו כהן, הולמת יפה את תקופת פרוס האמנציפציה, את ניצני ההתעוררות לשיקום מעמד ההנהגה ומוסדותיה¹¹⁹, ואת חידוש האימון ב'אמנה החברתית'¹²⁰. כל זאת בהתחשב בעובדה, שמחברו של קונטרס הספקות חי בסביבה מדינית והיסטורית שונה לגמרי. הוא חי בגליציה שבלבוב תחת שלטון הקיסרות ההאבסבורגית¹²¹, בחבל

למור ושאלת ביטול מצוות ייבום באשכנז הובאו בספרו היציאה מן הגטו הרקע החברתי לאמנציפציה של היהודים, תל-אביב 1985, וכך גם בספרו הלכה וקבלה מחקרים בתולדות דת ישראל על מדוריה וזיקתה החברתית, הוצאת מאגנס, ירושלים תשמ"ו ובמחקרים אחרים. הטענות במאמר זה יונקים מהלגיטימיות המובעת במחקריו של כ"ץ לראות חלק מתפקיד המנהיגים הרבניים את הדאגה להעניק חותמת הלכתית, לפקח על שינויים תודעתיים וחברתיים ולשמר את תודעת הרציפות ההלכתית. אולם במאמר זה יש חידוש של העתקת המתודה לבחינת השפעתם של הקשרים היסטוריים רחבים לנושאים עיוניים ולמדיניים מובהקים.

118 להרחבה ראו מסורת ומשבר, עמ' 266, וכן מאמרו של הונדרט, לעיל, הערה 113.
119 ראו ש' אטינגר, תולדות עם ישראל בעת החדשה, בעריכת ח"ה בן-ששון, תל-אביב תשכ"ט-1969 [להלן: ש' אטינגר], עמ' 54-51, שם מתואר תהליך היסטורי ברור, שתחילתו בפרעות ת"ח-ת"ט, הגורמות לפגיעה במוסדות ההנהגה, לחולשת השלטון ולאנארכיה, וכתוצאה מכך מתרבים בסוף המאה ה-17 פורצי הגדר האלמים, מה שגרם להיחלשות כושר פעולתה של הקהילה בתחום המוסר הכלכלי ובחוסר יכולתה של הקהילה להגן על זכויות היחיד. ולפיכך מתעוררת ביקורת חברתית מסוף המאה ה-17 ובאמצע המאה ה-18 אנו מוצאים לכך ביטויים בדמות ספרות המוסר, תקנות קהילתיות ואח"כ גם צמיחתה של החסידות ושל תנועת ההשכלה.

120 על הקשר בין התיאוריות המדיניות לדרשות מסוימות ראו כ"ץ, היציאה מן הגטו, עמ' 44, וכן ספרו בין יהודים לגויים, עמ' 176-177, בעיקר ביחס לגרמניה.

121 לתיאור טיב האוטונומיה ששלטה בתקופה זו באימפריה ההבסבורגית ובאמפריה הרוסית, שאפשרה והצדיקה את קיומו של שלטון עצמי יהודי כגוף פוליטי וכהתאגדות עצמאית

ארץ שקיבל ממש באותן שנים את כתב הזכויות של הקיסר יוסף השני (1781-1782). סמוך לפרסום פקודת הסובלנות, ובימים שבו הציבור היהודי הביע את אמונו במונרכיה הנאורה של קיסרי אוסטריה¹²² בהיקף רחב. הש"ך והקונטרס הם אם כן שני חיבורים הדנים אמנם באותה מערכת הלכתית, אך חווים אותה במרחק של כ-150 שנה מזווית היסטורית שונה לחלוטין וכתבתם ומגמתה תואמות את רוח תקופתם.

בשונה מן הש"ך, לא הותיר אחריו ר' יהודה כהנא תיעוד נוסף שממנו אפשר להכיר את השקפת עולמו של המחבר. העובדה שעמדותיו והשקפותיו ניתנות להילמד אך ורק מתוך ניתוח המקורות המשפטיים והלמדניים של הקונטרס, הותירו את תורתו ואת שיטתו מחוץ לתודעתם של החוקרים, וזו נשארה חבויה מן העין.

על פי דברינו עד כה ניתן לשער, שהשימוש בסוגיות הספק כבסיס לשני החיבורים, תקפו כהן וקונטרס הספקות, מצביע על כך ששניהם מתמודדים עם מציאות מבלבלת ומאתגרת. דרכם לפתרון הייתה שונה עד מאד, ועל ידי השוואת החיבורים ודרך ההתמודדות שלהם ניתן לאתר את מגמותיו של בעל הקונטרס, על רקע הפולמוס החבוי והגלוי שלו עם הש"ך.

חלק רביעי: סיכום

מאמר זה הוא אמנם רק פתיח והקדמה לדיון מקיף בקונטרס הספקות, אולם דעתי נוטה לומר, שכבר מן הדברים שעליהם הצבעתי במאמר זה אפשר להסיק מסקנות חשובות.

המאמר מציג את דרך פעולתו של בעל קונטרס הספקות. בצד העיון בתורתו ובדרכי לימודו מתברר גם ההקשר ההיסטורי והתרבותי של החיבור הן בתכניו והן באופיו. לגבי תוכן החיבור הראיתי את חתירתו של המחבר להעצמת עקרון המוחזקות כעיקרון משפטי רחב כדיני הכרעת הספק בממון. מגמה זו מתיישבת היטב עם ניצני ההתעוררות להשבת מוסדות הקהילה על כנם, בייחוד ככל שמדובר בהתנהלות הכלכלית-חברתית. במקביל לכך ניתן לראות, כי כתיבתו הלמדנית של הש"ך, הנוגדת בתוכנה את חיבורו של בעל קונטרס הספקות, תואמת אף היא את צורכי תקופתו וקהילתו. שניהם עושים שימוש ביסודות

בעלת סמכויות, שבוטל מאוחר יותר עם הפיכתם לפרטים בעלי זכויות בעידן האמנציפאציה, ראו ' ברטל, "האוטונומיה היהודית בעת החדשה: מה נמחק? מה נותר? מה נוסף?", קהל ישראל, השלטון העצמי היהודי לדורותיו (לעיל, הע' 114), עמ' 9-10.

122 ראו ש' אטינגר, עמ' 43-51.

הלכתיים מקבילים ומעניקים לאחד מהיסודות משקל מכריע יותר ומרכזי יותר בהתאם לצורכי השעה והדור. החידוש שבהצבעה על קשר זה נעוץ בעובדה, שהחיבורים נשוא דיוננו הם בצורתם החיצונית מונוגרפיות הלכתיות משפטיות, שאינן נוגעות לכאורה בשאלות חברתיות סוציולוגיות ושעל פניהן אין להן קשר לשאלות של אחריות ציבורית.

לגבי אופיו של החיבור, וכפי שהואר בחלקו השני של המאמר, מניתוח מכלול הכלים ששימשו את המחבר בכתיבתו ובהסתכלות כוללת על המתודה המשולבת בחיבורו, עולה בבירור דמותו של למדן, שהכלי העיקרי העומד לרשותו הוא הכרעת השכל האנושי. שלא כמו הש"ך ואחרים, שנטו לבסס את יציבות טיעוניהם על ידי בחינת דעות קודמיהם, התפלפלות מעמיקה והצגת מסקנות שיש להן ביסוס רחב אצל רוב הפוסקים, בעל קונטרס הספקות אינו הולך בדרך זו. השימוש במילים ו'אנן סבירא לן הכי' או 'אנן נקטינן כ...' חוזר על עצמו כבסיס מספק להוכחת הטענות. גם הנטייה להביא את הטענות למבחנים קשים יש ביסודה האמונה בכוחו של הרציונל לנצח את התהליכים ההלכתיים הקלאסיים. גם ברירת הטענות המתאימים לכל שלב של החיבור מבלי לברר את היחס ביניהם, הולדתה באמונה שההגיון בטענה המרכזית יוביל את טיעוני המשנה.

ייתכן שיש מקום לשקול את הקשר שבין כתיבה זו ובין הופעת ההשכלה והרציונליזם בתקופה זו. בבואנו לבחון מהו עמוד השדרה המרכזי של החיבור, נגלה כי זה אינו תוצר העולה משלל הסוגיות המובאות בו, והוא גם לא קורץ מהליכה בדרך שסלל אחד הפוסקים לפניו או מבחינת נטיית רוב קודמיו. הדם הזורם בעורקי החיבור הזה הוא סברתו של המחבר, שהכלל היסודי והמקיף בדיני ספק ממון הוא שהמוציא מחברו עליו הראיה.