

בדין תרי ותרי וחזקה*

איתא ביבמות (לא.) שתי דעות בגמ' אי תרי ותרי הוי ספיקא דאורייתא או ספיקא דרבנן. ובירור הדיעות הוא כך: לפי מאן דאמר דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן אנו הולכים בתר חזקה אם החזקה לחומרא. אכן אם החזקה לקולא אנו מיישמים חומרא דרבנן לנקוט לחומרא ולא הולכים בתר החזקה לקולא. וזה הפך מדין ספיקא דרבנן שהולכים לקולא. פה בדין תרי ותרי רבנן הטילו חומרא. ואם החזקה הוא לחומרא הולכים בתר חזקה כי חזקה היא מטעם הנהגה ולא מטעם בירור. כך זה דין התורה דאם יש ספק העמד דבר אחזקתו וממילא גם בספיקא דתרי ותרי מוקמינן אחזקה. כי אם הפשט בחזקה הוא בירור או לא שייך לאוקמי בחזקה, דאפילו אם נאמר דההוכחה של חזקה הוי כשני עדים מכל מקום הלא תרי כמאה. זה הביאור במאן דאמר תרי ותרי ספק דרבנן.

ומאן דאמר דתרי ותרי ספיקא דאורייתא סובר שלא הולכים בתר חזקה בכלל כי חזקה הוא בירור ולא הנהגה וממילא לא שייך לאוקמי בחזקה שהרי תרי כמאה.

אפשר לתת שתי נפקא מינות בין מאן דאמר תרי ותרי ספיקא דאורייתא ומ"ד תרי ותרי ספיקא דרבנן. בסוגיא של בר שטיא בכתובות (כ.) מופיע מקרה בו אדם מוכר קרקע לשני, ושתי כתי עדים מכחישות זו את זו אם היה המוכר שוטה בשעת מכירה. לפי מאן דאמר תרי ותרי ספיקא דאורייתא משאירים הקרקע ביד המוחזק, דהיינו הקונה. אכן לפי מאן דאמר תרי ותרי ספק דרבנן הולכים בתר חזקה ומחזירים הקרקע ליד המרא קמא. ואין זה קולא כי בממונות אין מושג של חומרא וקולא כי מה שהוא חומרא לזה הוא קולא לזה. ונפקא מינה שניה נמצאת בכתובות (כב:) לגבי שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת ושנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא. והתוס' כתבו (ב"ב לב. ד"ה אנן), אליבא דההוה אמינא דלא ידע

* ברצוני להודות להרב אשר לשם על עזרתו בהכנת כמה סוגיות שמופיעות במאמר זה.

דבאומר ברי לי והיא נשאת לאחר, דלמאן דאמר תרי ותרי ספיקא דאורייתא, היא צריכה להביא אשם תלוי, אכן למאן דאמר תרי ותרי ספיקא דרבנן הולכים בתר חזקת אשת איש זו לחומרא וממילא היא צריכה להביא קרבן חטאת.

הגמ' בב"ב (לב:) מביא מחלוקת בין רבה ורב יוסף לגבי קרקע וכסף. הגמ' אומרת שהילכתא כמו רבה בקרקע דהיכא דקיימא ארעא תיקום, והילכתא כוותיה דרב יוסף בזווי דהיכא דקיימי זווי לוקמי. הרשב"ם מסביר שהפסק של הגמ' מבוסס על ספק וממילא אי אפשר לכלול את העובדא הזו במקרים בהם פוסקים כמו רב יוסף נגד רבה, שבדרך כלל פוסקים כמו רבה חוץ מערב וצידון וראייה אחרונה, כי הפסקים האלו מבוססים על וודאות. ותוס' (לב: ד"ה והילכתא) ביררו פשט ברשב"ם שצריך לחלק בין עובדא שלנו ובין נכסי בר שטיא לפי מאן דאמר שסובר תרי ותרי ספיקא דרבנן. כי אצלנו במקרה של רבה ורב יוסף זה ספיקא דדינא וממילא אין זה עובדא של תרי ותרי, וממילא מטעם בירור אי אפשר לברר ספיקא דדינא כי לא יודעים איך לפסוק, ועוד אפילו הכא מטעם הנהגה אי אפשר להחזיר את הקרקע ליד המרא קמא כי אי אפשר להנהיג כמו דעה אחת. אכן בנכסי בר שטיא זה תרי ותרי וזה יוצר ספק מדרבנן לכן הולכים בתר חזקה ומחזירים הקרקע ליד המרא קמא.

תוס' ממשיכים אחר התירוץ הראשון ואומרים שדוחק הוא. ונראה לבאר שהתירוץ הוא דוחק כמו החקירה בקונטרס הספיקות בכלל א' אות ה', שהוא חוקר שם מה גדר הדין של חזקת מרא קמא. צד אחד הוא נוקט הוא שחזקת מרא קמא הוא בגדר חזקת איסור שהוא חזקה דמעיקרא, ואפשר להבין זה או משום בירור או משום הנהגה. צד שני הוא נוקט שחזקת מרא קמא הוא מדין מוחזק ומעין חזקת ממון ובזה אפשר לומר אפילו בספיקא דדינא שנלך בתר מוחזק שהוא המרא קמא. ממילא זה הטעם שתוס' אומרים שהתירוץ הראשון הוא דוחק, דהרי אם חזקת מרא קמא הוא חזקת ממון, היה עלינו להחזיר את הקרקע לידי המרא קמא. אך אם חזקת מרא קמא הוא חזקת איסור, אז אולי לא היינו מחזירים אותו. אך אם החזקה היא מטעם בירור, אז אכן היינו מחזירים, ולכן התירוץ הוא דוחק. אך ר' אלחנן בקובץ שיעורים אומר שאפילו אם אתה אומר שחזקת מרא קמא הוא מעין חזקת ממון אפשר לומר גם כן בספיקא דדינא שבית דין לא רוצה לפסוק ורוצה רק להסתלק. לפי זה אפשר לחזור לתירוץ הראשון של התוס' וזה לא נחשב לדוחק אם סוברים שחזקת מרא קמא כחזקת איסור אז בין שזה בירור ובין שזה הנהגה בספיקא דדינא אי אפשר ללכת בתר חזקת מרא קמא.

תוס' עצמם חולקים על הרשב"ם וסוברים שהפסק בגמ' הוא בתורת ורדאי ואם עושים טעות חוזר הפסק. אכן לפי הרשב"ם הפסק הוא מספק ואם עשו טעות לא נחזיר הפסק. והסברא שתוס' פוסקים לגבי ארעא כרבה היא שכיון שהוא מוחזק השתא ויש לו מיגו זה עדיף מחזקת מרא קמא וזה נחשב מיגו להחזיק ממון ולא מיגו להוציא ממון. אכן הרשב"ם סובר כמו הריב"ם בתוס' (לב:) שסובר דעד שלש שנים קיימי ארעא בחזקת מרא קמא, וממילא זה נחשב מיגו להוציא. זו המחלוקת בין רבה ורב יוסף במהלך אחד, דהיינו אם אומרים מיגו להוציא או לא אומרים, וממילא מספק משאירים הקרקע ביד מוחזק ולא מחזירים אותו למריה קמא.

הסוגיא בדף ל"ב

הגמ' (לב.) מסביר את המשנה בכתובות שהיו חמשה שלבים. אחד, שהיה חזקה שהאב הוא כהן. שלב שני שיוצא קול שהוא בן גרושה או בן חלוצה והורדנו אותו. שלב שלישי שעד אחד שבא ואומר כהן הוא והעלנו אותו, ושלב רביעי ששנים באו ואמרו שהוא בן גרושה וחלוצה והורדנו אותו, ויש שלב חמישי שבא עד אחד ואמר דכהן הוא. ועכשיו נחלקו התנאים, לפי ר' אליעזר כיון דהורדנו אותו לא מעלים אותו כי חוששים לזילותא דבי דינא ורשב"ג סובר שאנן אחתינן ואנן מסקינן ולזילותא דבי דינא לא חיישינן. יוצא שיש עובדא של תרי ותרי ומכשירים אותו לפי רשב"ג. וצ"ע למה מכשירים אותו שאפילו אם אנו פוסקים ביבמות (לא). כמאן דאמר תרי ותרי ספיקא דרבנן, יש לנו להחמיר לפחות מדרבנן. אפשר לתת שלשה תירוצים לקושיא זו. הריטב"א אומר שאומרים תרי ותרי ספיקא דרבנן והולכים לחומרא רק באשת איש והכא מדובר ביוחסין. תוס' (לב.) ד"ה אתא וגם בד"ה אנן) סוברים שהכא מדובר רק בתרומה מדרבנן ולכן הקילו ולא החמירו. [יש להעיר שזה נגד הרשב"ם בדף לא: שאומר שהנושא בסוגיא הוא נושא מדאורייתא כמו עבודה ונשיאת כפים.] השב שמעתתא בשמעתא ו' פרק ט"ו אומר שכשיש שתי חזקות, חזקה אחת הנובעת מן האב וחזקה אחת הנובעת מן העד אחד, אפילו במצב של תרי ותרי לא החמירו.

הגמרא בקידושין דף ס"ו

הגמ' בקידושין (סו.) מספרת סיפור על ינאי המלך ואמו. שני עדים אמרו שאמו נשכית ושני עדים אמרו שלא נשכית והגמ' אומרת שמה ויבקש ולא נמצא והאם שלו כשרה וינאי כשר. הגמ' שואלת שמה בקידושין מאי חזית

דסמכת אהני סמוך אהני ולמה לא פוסלים אותו. ותוס' בב"ב (לב. בד"ה אנן) שואלים למה הגמ' שואלת לפסול אותו אוקי ינאי על חזקה של אמו שלא נשבית. רש"י בקידושין (סו.) תירץ שחזקת אמו לא מהני לינאי לפי שאין עדים באים לפסול את האם לכהונה אלא להעיד על ינאי. ותוס' שואלים למה לא יועיל חזקת האם לבן הואיל ואינו יכול להיות שתהא האם כשרה אם לא יהיה הבן כשר, וזה קושיא מסברא. ועוד תוס' שואלים מהגמ' שלנו שמהני חזקה דאב לבן. בגלל שתי קושיות אלו תוס' מסבירים את הגמ' בקידושין לפי מאן דאמר תרי ותרי ספיקא דרבנן וממילא מדרבנן יש לפסלה. והגמ' שלנו מיירי בתרומה מדרבנן, ולכן אין חושב שמדרבנן יש לפסלו כי הנושא מדרבנן.

אפשר לומר ביאורים כדי לתרץ את הקושיא של תוס' על רש"י. הספר נחלת משה מיישב שיטת רש"י בקושיא ראשונה ואומר שרש"י סובר דלעולם אפילו אם יש חזקה מכל מקום נשאר הספק אלא שאמרה תורה דאם יש ספק דנעמיד הדבר על חזקתו ויש לו דין כאילו הוא וודאי כשר כמו דאמרינן ספק טומאה ברשות היחיד טמא וספק טומאה ברשות הרבים טהור דאין הכוונה שברשות הרבים אמרינן שהשרץ לא נגע וברשות היחיד אמרינן שהשרץ נגע אלא כך גזירת הכתוב שאם יש ספק ברשות היחיד הדין הוא טמא ואם יש ספק ברשות הרבים הדין הוא טהור וכך לגבי איסור אם נולד ספק אצל האם היינו מעמידין אותה בחזקתה אכן הספק עכשיו על הבן והאם מתה וממילא אין אנו דנים על האם אלא על ינאי וכיון שיש לנו ספק עליו אנו פוסלים אותו מספק כי אין לו חזקת כשרות.

ואפשר לתרץ את קושיא השנייה של תוס' שאנו מכשירים הבן בסוגיא שלנו על פי רש"י בכתובות (כו: ד"ה ואנן) שעד אחד שאומר כשר זה יוצר חזקה. וזה רש"י לשיטתו בקידושין (סו.) שחזקת אם לא מהני לבן ורק אצלו בגלל שהעד אחד יוצר חזקה בשבילו זה כשר.

חשוב להזכיר שמרש"י בקידושין משמע שאם אמו של ינאי היתה באה לפנינו היתה כשרה. אכן לפי דין תרי ותרי ספיקא דרבנן היה צריך להחמיר. צ"ל שרש"י סובר ששבוייה כיון דאינה פסולה לכהונה אלא מדרבנן גם כן מקילין בדרבנן ומוקמינן אחזקתה. אכן תוס' אצלנו סוברים שפוסלים אמו של ינאי מדרבנן בקושיא של הגמרא שמה בקידושין כי תרי ותרי ספיקא דרבנן אף על פי שאמרו בסוגיא שלנו דבתרומה דרבנן הקילו, בסוגיא דקידושין מעלה עשו ביוחסין ומחמירין אפילו בשבוייה דרבנן. אכן רש"י סובר שלא אומרים מעלה עשו ביוחסין בשבוייה ואנו מכשירים אמו של ינאי אם היתה באה לפנינו.

הרש"ש בבבא בתרא מצטט את הגמ' בבבא קמא (קיד:) דבשבויה הקילו להאמין קטן מסיח לפי תומו וזה קצת ראייה לרש"י.

קושיא על רש"י מדין שבויה

הגמ' בכתובות אומר (יג.) דמאן דמכשיר בה מכשיר בבתה. והקשה השב שמעתתא שמעתא ו' פרק ט"ז על רש"י בקידושין (סו.) שאומר שחזקה דאם לא מהני לבן. השב שמעתתא מתרץ ששמה בכתובות מדובר שלא יודעים עם מי נבעלה או לנתין או ממזר או לכשר ממילא חזקה לאם מהני לבת אכן בקידושין הנושא כשרות לכהונה על זה יש גמרא ביבמות (זו.) שאומר שיש חזקה של זרות במעי אמו אם האם זרה והאב כהן אז חזקת הזרות של האם הורסת את חזקת הכשרות וממילא אי אפשר לשפוך את חזקת האם כי לאם יש חזקת זרות.

עוד בחזקת זרות

הרוקח אומר שאשת כהן שמעוברת מותרת ללכת לבית הקברות משום ספק ספיקא, ספק אם העובר זכר או נקבה ואם תמצא לומר זכר אולי העובר יהיה נפל. שואל המגן אברהם למה צריך את הספק ספיקא תיפוק ליה שטירה בלועה לא מטמאה. ואפשר להוסיף ולהקשות שיש דין חזקת זרות ממילא מטעם זה אפשר ללכת לבית הקברות. אכן אפשר לומר שכל המדובר של הרוקח ומגן אברהם הוא באשת כהן שהוא בת כהן אז אין מושג של חזקת זרות.¹ לכן צריך להגיע לספק ספיקא וטירה בלועה לא מטמאה.

¹ העונג יום טוב בסימן קט"ו מוכיח שאפילו אשת כהן שהיא בת כהן יש לה חזקת זרות והגמ' ביבמות בדף סז. שאומרת שלגבי בת כהן אין מושג של חזקת זרות היא רק לגבי תרומה ולא לענין טומאה. ממילא אשת כהן שהוא בת כהן שהיא מעוברת מותרת ללכת לבית הקברות או בגלל ספק ספיקא או בגלל טירה בלועה לא מטמאה. האבני מילואים בסימן פ"ב סק"א מתרץ את הקושיא של המגן אברהם שהקשה למה הרוקח צריך להגיע לספק ספיקא הרי יש דין טהר בלועה לא מטמאה. האבני מילואים מתרץ שלפי מאן דאמר עובר ירך אמו העובר והאם זה אותו חפצא והעובר לא בלועה באם אלא הם אותו חפצא וממילא צריך להיטמא אלא אם כן יש ספק ספיקא. וגם לפי מאן דאמר עובר לאו ירך אמו מצד חציצה אין בעיה משום היינו רביתיה ממילא זה לא חשיב בלוע והיה טמא, לכן צריך להגיע לספק ספיקא. ר' אלחנן בקובץ שיעורים בחלק ב' סימן מא מתרץ שאפילו אם נניח שיש חזקת זרות כאשר היא מעוברת, אפשר עדיין

תוס' (ב"ב לב.) שואלים למה שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת וכו' אבל נשאת ואחר כך באו עדים לא תצא אף על גב דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא ומדאורייתא אית לן לאוקמה אחזקה דהויא אשת איש והיה לה לצאת אף על פי שנשאת לאחד מעדיה. רבינו תם מתרץ שהחזקה של אשה דייקא ומנסבא מרעא את חזקת אשת איש ממילא אין אומרים לא תצא. שואל החידושי הרי"ם ור' עקיבא איגר ור' שמעון זצ"ל שהפשט שתרי ותרי שהוא ספק דרבנן הולכים בתר חזקה הוא כי חזקה הוא הנהגה אכן החזקה אשה דייקא ומינסבא הוא בירור ואיך זה יכול לעזור במצב של תרי ותרי. ועוד שואל ר' עקיבא איגר זצ"ל שהגמרא ביבמות (פח:) מחפשת מקור לעד אחד נאמן למיתת הבעל, ולמה מחפשים מקור הרי אשה דייקא ומינסבא. אומר הגאון הרב שלמה פישר שליט"א בספר בית ישי שמדוייק לשון התוס' "מרעא", שבאמת החזקה של אשה דייקא ומינסבא מרעא את חזקת אשת איש ולא פוטר ומוציא מידי ספק לגמרי רק יוצר ריעותא וזה מספיק לומר לא תצא כי יש ריעותא בחזקת אשת איש וגם הגמ' ביבמות בדף מחפשת מקור לעד אחד במיתת הבעל כי אשה דייקא ומינסבא רק יוצרת ריעותא בהחזקת אשת איש ולכן הגמ' צריכה למצוא עוד סברות שעד אחד נאמן למיתת הבעל כמו מתוך שהחמרת בסופה הקלת בתחילתה ומשום עיגונא אקילו בה רבנן וגם משום מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי.

הפני יהושע בכתובות (כו: בד"ה והשנים) שואל על שיטת ר' מנחם בר' יוסי שסובר תצא רק בזמן שבאו עדים ואחר כך נשאת אבל נשאת ואחר כך באו עדים הרי זו לא תצא. הגמ' ביבמות (פח:) אומרת שיש איסור דאורייתא ולכן אפילו אם נישאת תצא אם כן לכאורה תמוה אם נשאת ואחר כך באו עדים

שאסור לגרום טומאה כי כאשר העובר יהיה נילוד יהיה טמא ובשעת טומאה היה זר אכן אחרי לידה הוא כהן ויהיה טמא ואסור לגרום את הטומאה הזו. ורק מותר בגלל הספק ספיקא. מור"ר הגאון הרב שכטר שליט"א בספר ארץ הצבי סימן ב' כתב שאפשר להסביר את זה שאסור לגרום את הטומאה הזו כי אולי הגדר של האיסור של טומאת כהן הוא שאסור לכהן להתקרב אל המת אפילו איננו מתטמא על ידו בשעה שהוא עובר. וזה נוגע לספיקו של המנחת חינוך במצוה רס"ג שנסתפק לגבי איסור טומאת כהן למתים אם יש להתיר בחדא ספקא ברשות הרבים מכח הלכה שספק טומאה ברשות הרבים טהור או שאיסור טומאת כהן בגדר איסור והיתר ולא טומאה וטהרה והדרינן לכללי של כל התורה כולה. אם אומרים שגדר האיסור הוא שלא להתקרב אל המת אע"פ שלא מתטמא אז זה נחשב לאיסור והיתר.

לא תצא ואיך חיישינן לזילותא דבית דין במקום איסורא דאורייתא. וכתב הפני יהושע דר' מנחם בר' יוסי סובר דאסורה מדאורייתא מפני שעומדת בחזקת איסור אשת איש ולית ליה סברת התוס' של אשה דייקא ומינסבא מרעא לחזקת אשת איש. ולכן אם באו עדים ואחר כך נשאת תצא מפני שיש בה איסור דאורייתא אכן מכל מקום אם נשאת ואחר כך באו עדים לא תצא מפני שעל ידי שנשאת בחזקת היתר מחמת עדותן שהעידו שמת בעלה יצאה על ידי הנישואן מחזקת אשת איש. ולכן אפילו אם אחר כך באו עדים אחרים שלא מת בעלה אינה אסורה מדאורייתא כיון שכבר יצאה מחזקת אשת איש אלא אסורה רק מדרבנן וכיון שאין זה אלא איסור דרבנן אמרינן דלא תצא משום זילותא דבי דינא.

ר' עקיבא איגר בתשובותיו חלק ב' סימן קי"א כותב שיש מחלוקת בין הסוגיות בביאור דברי ר' מנחם בר' יוסי. סוגיא דידן בבבא בתרא סוברת שר' מנחם בר' יוסי סובר שתרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא אזלינן בתר חזקה והא דבאו עדים תחילה תצא הוא משום שחכמים החמירו אף בספק השקול ואם נשאת תחילה לא תצא משום זילותא דבית דין. הפשט בגמרא שהיא ברי לה והיא נשאת לאחד מעדיה ממילא אין ממש איסור דאורייתא ורק אסרו מדרבנן ובמקום זילותא דבי דינא לא אסרו מדרבנן. והסוגיא ביבמות סוברת דלר' מנחם בר' יוסי תרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אזלינן בתר חזקה ואסורה משום חזקת אשת איש אבל אם נשאת ואחר כך באו עדים לא תצא משום דעל ידי שנשאת בטלה חזקת אשת איש כמו שכותב הפני יהושע.

תוס' בכתובות (כו: ד"ה אנן) מביא מחלוקת בין רבנו יצחק בר ברוך ור"י בעובדא שעוד לא התחתנה שכאשר הכת הראשונה אומר שהוא מת פקע חזקת אשת איש, אכן הר"י סובר שנשאר החזקת אשת איש וכאשר הכת השניה באה אז החזקת אשת איש חוזרת והיא אסורה להתחתן ואם נשאת תצא מדאורייתא אכן לפי הר"י בר ברוך ואם נשאת אחר שכת שנייה באה ואמרה שהוא לא מת יש דין תצא רק מדרבנן כי פקע החזקת אשת איש כאשר הכת הראשונה באה ואמרה שהוא מת. אכן הפני יהושע אומר כאשר היא נשאת לפני שהכת השניה באה ואומרת שהוא לא מת גם הר"י יסכים שפקע החזקת אשת איש.