

ורב אשי סובר שהוא נלמד מן הסברא 'מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא', כמו שסברא פשוטה היא שהכואב לו כאב הולך לרופא, כך סברא פשוטה היא שאין התובע יכול להוציא את החפץ או הממון מן התפוס בו מספק! וחזקה זו [בין אם נלמדת מן הפסוק ובין אם נלמדת מסברא] אינה חזקה המבררת את הספק, אלא ענינה שבמצב של ספק אי אפשר להוציא את הממון מידי המוחזק. (6)

מדוע אין חשש גזל בתפוס

בעיקר הדין שביארנו שגם במקום שאין חזקה ודאית בכל זאת נאמר הדין שהמוציא מחבירו עליו הראיה. יש להקשות, כיון שאין החפץ שלו בודאות אם כן הרי יש כאן ספק גזל, וספיקא דאורייתא לחומרא, וכיצד יכול התפוס להשתמש בחפץ.

יש שביארו שכיון שנפסק שאין מוציאין מידו, אנו דנים בו לכל דיני התורה כאילו הוא שלו! ואף על פי שאין זה בודאות שלו, מכל מקום לא אסרה תורה משום גזל אלא אם בדיני הממונות נפסק שאין החפץ שלו, אבל אם בדיני ממונות נפסק שהחפץ שלו [אף שהפסק היה מחמת ספק] אין כאן חשש גזל (7).

מצינו מקום נוסף שבו נאמר דין "המוציא מחבירו עליו הראיה" אף במקום שאינו תפוס בחפץ. והוא במקום שברור לנו שלפני לידת הספק היה החפץ שייך לאחד מהם, דהדין הוא שאין מוציאין מידו כיון שהוא בחזקת "מרא קמא" ועל חבירו עליו הראיה (4).

'תפוס' [בספק]

יש מקום נוסף שבו נפסק 'המוציא מחבירו עליו הראיה', וזאת, אף על פי שודאי לנו שאין תפיסת המוחזק בחפץ מורה על בעלותו.

[דוגמא לכך – כאשר נולד לישראל ולד בהמה בכור, הרי הוא ניתן לכהן. ואם הולד הוא ספק בכור, אינו צריך ליתנו לכהן, שכן הישראל, שהולד נולד ברשותו, הוא תפוס בולד, ו'המוציא מחבירו עליו הראיה'.

במקרה זה, ברור שאין תפיסת הישראל מורה על בעלותו, שהרי הספק הוא אם הוא בכור, ובכל זאת גם במקרה זה הכהן נחשב 'מוציא מחבירו', כיון שבפועל הישראל תפוס בחפץ, ולכן, על הכהן להביא ראיה].

ונחלקו בגמרא (5) מהו מקור הדין הזה – רבי שמואל בר נחמני לומד זאת מפסוק.

6. עי' נתיבות המשפט סי' ל"ד ס"ק ט"ו, ובפנ"י כתובות ע"ב, ועוד הרבה אחרונים.

7. קונטרס הספיקות כלל א' סימו ו' ועי' שערי יושר שער ה' פרק א' שהאריך בדבריו. ועי' שם מש"כ הגרשש"ק שכל זכותו אינה אלא לעצם ההשתמשות בממון, אבל לגבי דינים המסתעפים מן הקניין עדיין הדבר ספק.

בשם הר"ן שלשון "אנן סהדי" לאו דוקא וכדלקמן.

4. כמבואר לקמן ק – א דגם בעומדת באגם סוברים רבנן "המוציא מחבירו עליו הראיה" ועי' לקמן דיש דיעות בראשונים שלא נחלק סומכוס על רבנן אלא במקרה זה.

5. בבא קמא מ"ו – ב.