

קונטרס

מעשה תקפו



ובו חידושי תורה על סוגיית תקפו כהן

שנכתבו
על ידי בני החבורה
דשיעור ג'
ישיבת "בית מדרש עליון"
זמן קיץ תש"פ

תשית לראשו עטרת פז

שלמי תודה והוקרה שולחים אנו בזאת
קמיה האי גברא רבא, צורבא מרבנן, אוהב תורה בכל נפשו
הגאון רבי גמליאל הכהן רבינוביץ שליט"א
ראש מכון "גם אני אודך"
ובעמח"ס גם אני אודך ושא"ס יקרים
על תרומתו הנדיבה בחפץ לב
לקונטרס זה
ישא ברכה מאת ה' על כל זאת
ויזכה לרוב ברכה והצלחה בכל מעשי ידיו
מתוך בריות גופא ונהורא מעליא וכל טוב סלה



היטיבה ה' לטובים ולישרים בליבותם

שלמי תודה והוקרה שולחים אנו בזאת
קמיה האי גברא רבא, צורבא מרבנן, אוהב תורה בכל נפשו
הגאון רבי מרדכי שמואלביץ שליט"א
ראש מכון "דברי אליעזר" ע"ש מרן הגרא"י פינקל זצ"ל
על תרומתו הנדיבה בחפץ לב
לקונטרס זה

ישא ברכה מאת ה' על כל זאת
ויזכה לרוב ברכה והצלחה בכל מעשי ידיו
מתוך בריות גופא ונהורא מעליא וכל טוב סלה

תוכן ענינים

יא	אקדמות מילין
	רבינו ראש הישיבה שליט"א
	בשיטת הרמב"ם בהא דת"כ אין מוציאין מידו (ובשיטת הרא"ש בדין תפיסה)
כא	הבה"ח איתמר אבוקסיס נ"ו
	בחקירת האחרונים האם כ"א מוחזק בכולה או בחציה, בדיני ההודאה והאחיזה
כח	הבה"ח אליהו הלל מאיר אביסרור נ"ו
	בדברי התוס' ד"ה אגרת ליה בלא סהדא
לג	הבה"ח אפרים אגמי והבה"ח בנימין מנדלזון נ"ו
	בדין תקיפה בפני עדים ובענין שתיק והדר צווח
לז	הבה"ח ישראל משה בלוי נ"ו
	בגדר ממונו שזכה מדין המוציא מחבירו עליו הראיה
מא	הבה"ח יוסף חיים בן מנחם נ"ו
	בענין המוציא מחבירו עליו הראיה ותפיסה בספיקות
מה	הבה"ח חיים בנדיקט נ"ו
	בדין פוטר ממונו בממונו של כהן
מט	הבה"ח משה חיים ברק נ"ו
	בביאור דברי רש"י "קודם שנשבעו"
נב	הבה"ח יונתן גבריאלי נ"ו
	בביאור המח' אם תקפו כהן מוציאין מידו
נו	הבה"ח יוסף דב גולשבסקי נ"ו
	בענין שיטת רש"י בהקדישה ולא תקפה
נט	הבה"ח צבי שלו' גנויער נ"ו
	בטעם דליכא יאוש במוחזק
סא	הבה"ח יחזקאל גליק נ"ו
	בענין תקיפה בפני עדים אי בעי לצווח
סד	הבה"ח יוסף חיים דוד נ"ו
	בדין מתנת כהונה לכהן
סו	הבה"ח משה דייוויס נ"ו
	בענין "מוציאין או אין מוצאים מידו"
סט	

הבה"ח מיכאל דרעי ני"ו	
ביאור דעות הראשונים בגדרי מוחזק	עא
הבה"ח שמואל הוכוולד ני"ו	
בענין בעיא דרבי זירא - בביאור זמן השתיקה	עז
הבה"ח דוד הירשפלד ני"ו	
בירור בדברי הריטב"א בסוגיין	פא
הבה"ח מנחם הלר ני"ו	
בביאור מח' הרמב"ם והראשונים אי ת"כ מוציאין או שלא	פו
הבה"ח דוד הררי ני"ו	
תקפה אחד בפנינו	פט
הבה"ח יוסף וויינריב ני"ו	
בביאור דעת הרמב"ם בתו"כ דאין מוציאין	צב
הבה"ח אריאל חדידה ני"ו	
בבירור שיטת הרמב"ם בתקפו כהן	צז
הבה"ח יהודה חיון ני"ו	
בביאור ספק הגמ' בשתיק ולבסוף צווח	קד
הבה"ח אליהו טאובר ני"ו	
אי תקפו כהן אין מוציאין מידו לקדש אשה או לשחוט הבהמה	קז
הבה"ח יוסף חיים טויטו ני"ו	
בבי' ספיקא דמסותא ובדין כדא"ג (ו.)	קי
הבה"ח יעקב שמשון טלצ'ר ני"ו	
בענין ביטול ברוב בקפץ אחד מן המנויין	קיו
הבה"ח יהודה א. יעבץ ני"ו	
בשיטת הרמב"ם בהא דת"כ אין מוציאין מידו	קכא
הבה"ח שלמה זלמן יעלען ני"ו	
בענין תפיסה ברשות	קכד
הבה"ח בנימין יעקובזון ני"ו	
באיבעיא דתקפה אחד בפנינו	קכו
הבה"ח יהודה לוין ני"ו	
בגדר החילוק בין תפיסה בב' או חזין לתפיסה בשאר ספיקות	קכט
הבה"ח פנחס לוונשטיין ני"ו	
בפלוגתת הראשונים בשתק ולסוף צווח	קלא

הבה"ח זאב לשינסקי ני"ו	
בענין תקפה א' בפנינו	קלד
הבה"ח אליהו דוד מאואס ני"ו	
דעת הרמב"ם בדיני תפיסה בספיקות	קלז
הבה"ח חיים מלין ני"ו	
בביאור קושיות הגמ' דנמצא פוטר ממונו בממונו של כהן	קמ
הבה"ח שמואל מלריך ני"ו	
בביאור הא קא חזו ליה רבנן	קמח
הבה"ח שמואל יצחק מקלב ני"ו	
בסוגיא דתקפה אחר בפנינו	קנ
הבה"ח יוסף שכנא הלוי נביס ני"ו	
בענין ראייה נגד שתיקה	קנד
הבה"ח אריאל סדיקוב ני"ו	
בגדר דין חזקת מ"ק	קנו
הבה"ח יהודה לייב סטפנסקי ני"ו	
סוגיא דתקפו כהן	קסד
הבה"ח דניאל ישעי' עזרין ני"ו	
בביאור פלוגתת רבה ור' המנונא לענין תקפו כהן	קסו
הבה"ח חיים ישראל ערבליך ני"ו	
בגדר דין מוחזק ותפיסה בספיקות	קעא
הבה"ח יצחק פאלרז ני"ו	
בגדרי תפיסה ממוחזק	קעג
הבה"ח בן ציון אריה הלוי פולק ני"ו	
בביאור תירוץ הגמ' דסרכא ובביאור דברי רש"י	קעה
הבה"ח ישראל מאיר פילד ני"ו	
בספק הגמ' בהקדישה ולא תקפה	קעח
הבה"ח דוד יצחק הלוי פישל ני"ו	
בענין פדיות פטר חמור	קפא
הבה"ח דניאל צמח ני"ו	
בענין הפשיטות ממסותא לדעת התוס'.	קפה
הבה"ח נפתלי צבי קורלנסקי ני"ו	
בבאור רש"י שכ' קודם שנשבעו	קפח

הבה"ח דוד קלעג' ני"ו	
בענין ממון שיכול להוציא בדינין \ ז.	קצ
הבה"ח ישראל מאיר קלרמן ני"ו	
בשיטת הרמב"ם מתי מהני תפיסה	קצא
הבה"ח אליהו צבי קרויזר ני"ו	
בענין שתיקה בפני עדים ובספיקת הגמ' בשתק ולבסוף צווח	קצד
הבה"ח יעקב ישראל רוטשילד ני"ו	
בענין חלוקה בודאי רמאי	קצז
הבה"ח יצחק רוטשילד ני"ו	
דעת הרשב"א בתפיסה	קצח
הבה"ח מאיר שמחה רוטשילד ני"ו	
בביאור דברי התוס' בד"ה "מפריש עליהן ומעשרן והן שלו"	רב
הבה"ח יצחק אליעזר שוב ני"ו	
במש"כ התוס' דהאוכל מתנו"כ פטור כלפי הבעלים	רה
הבה"ח יצחק שווארץ ני"ו	
בענין תפיסה קודם שנולד הספק ביאו"ד התוס' בזה ובתפיסה	
בהיתר	רח
הבה"ח אברהם משה שוורץ ני"ו	
בשיטת הר"ן בספיקא דר' זירא, ובגדרי מוחזקות בשנים אוחזין	רטו
הבה"ח מיכאל שול ני"ו	
בענין שיטת הרמב"ם שספיקא דאורייתא מין התורה לקולא	רכב
הבה"ח יעקב ישראל שטרן ני"ו	
בענין חזקת מר"ק בבכור	רכז
הבה"ח אליהו זלמן שכטר ני"ו	
ביאור סוגיות תקפו כהן לשיטות התוס' הר"ן והפני יהושע	רל
הבה"ח יעקב ישראל שכטר ני"ו	
בספק הגמ' תקפה אחד בפנינו מהו	רלו
הבה"ח אהרן שמואליאן ני"ו	
בחילוק בין סוגיין לסוגיות שכירות מרחץ לשנה	רלח
הבה"ח יצחק שרגא שניידר ני"ו	
בדברי התוס' דהו"ל כפקדון שיש לו ביד אחרים	רמא

YESHIVA GFDOLA & KOLLEL AVRECHIM
BAIS MEDROSH ELYON
BNEI-BRAK



בני-ברק

580107613.7.2

[illegible]

רח' קושניר 17 בני ברק מיקוד 51643 טל. 03-6762963 פקס: 03-5493314
E-mail: bme@enativ.com E-mail: bme2@enativ.com אתר: www
17 KUSHNIR ST. Bnei-BRAK

יה"ר שתזכו להיות קבועים ודביקים בתורה הקדושה תמיד הן ללמוד ולשנן ולקנות פרקים ומסכתות שלמות והן בעיון לזכות להבנת עומקה של תורה ברוב סייעתא דשמיא ברחמי וחסדיו המרובים יתברך

בס"ד, מנחם אב תש"פ

אקדמות מילין

נודה לאלוקינו, ונזמר לצורינו, ונשבחו ונפארו ונהללו, על הזכות הגדולה והעצומה, ששם חלקינו מיושבי בית המדרש, בבית היוצר המופלא, מקום תורה נפלא מאוד, בית אופלנא רבא, הישיבה הקדושה 'בית מדרש עליון' פעיה"ת בני ברק, מיסודו של רבינו הגדול מרן ראש הישיבה הגר"ד אונגריש זצוק"ל, ובראשות רבינו ראש הישיבה הגאון הגדול רבי ירחמיאל אונגריש שליט"א, ומורינו המשגיח הגה"צ רבי שמואל שולמן שליט"א, ושאר רבותינו הגאונים שליט"א.

אשר במקום תורה זה זוכים אנו לישוב בצילם של רבותינו הגאונים שליט"א ולהגות ולשקוד בתוה"ק, ולקבל מחכמתם ויראתם, למען נגדל ונעלה בדרך הישר והרצוי לפני הקב"ה. ואך למותר הוא לתאר גודל ההשקעה והעמל שמשקיעים רבותינו שליט"א למעננו, למען נוכל לשקוד ולהגות בתוה"ק במנוחת הנפש והגוף.

ומעל גבי במה זו נברך מקרב לב לרבינו ראש הישיבה שליט"א ולשאר רבותינו הגאונים שליט"א, כי יזכו עוד רבות בשנים להעמיד תלמידים הגונים שיהיו למאורות בישראל, מתוך שמחה ונחת, בריות גופא ונהורא מעליא, כל הימים, אכ"ר.

והנה עתה בס"ד זוכים אנו כעת, כשבני החבורה דבני שיעור ג' – מחזור כ', העלו על הכתב מפרי חידושיהם, אחר עמל ויגיעה ורוב שקיעות בסוגיות הישה"ק, חידושים ערבים ויקרים בהאי סוגיא גדולה ועמוקה – "תקפו כהן" בפ"ק דבב"מ, הידועה כאחת הסוגיות העמוקות בש"ס.

ושמחה גדולה ועצומה היא, כעת, בראותינו את מעשי ידינו לתפארת עולה על מכבש הדפוס, למען יעמוד ימים רבים, ולמען יוכל כל אחד למצוא דברי חפץ בעת ילמד סוגיא זו בהמשך הימים.

והנה מעלת כתיבת חידושי תורה, ידועה ומפורסמת לכלל, וא"צ לפנינו, אך מ"מ אמרנו להציג ולהביא כמה דברי התעוררות בגודל יקרת מעלת כתיבת חידושי תורה, מרבותינו גדולי הדורות, לתועלת בני החבורה שיחיו:

החובה לכתוב חידושי תורה

הנה ידוע מה שכתב בספר חסידים (סימן תקל), וז"ל: "כל מי שגילה לו הקב"ה חידוש בדברי תורה ואינו כותבו- ואע"פ שיכול לכתוב- **הרי זה גוזל מי שגילה לו, כי לא גילה לו אלא לכתוב, דכתיב (תהלים כה, יד) "סוד ה' ליראיו ובריתו להודיעם", וכתוב (משלי ה, טו) "יפוצו מעיינותיך חוצה", וזהו שכתוב (קהלת יב, יד) "יביא במשפט על כל נעלם" שגורם שנעלם, "אם טוב"- שגילה לו, "אם רע"- שאינו כותבה, עכ"ל.**

וראה עוד מה שכתב השל"ה הקדוש (ענייני לימוד) על הפסוק (משלי כב, יח) "כי תשמרם בבטנך", דזה ראשי תיבות "**כתב**", ללמדך בא, דאופן השמירה המעולה ביותר בעבור החידושים הוא שכותבם. (דחידו"ת בקל יכולים להיאבד- כדאיתא בחגיגה טו, א שדברי תורה קל לאבדם ככלי זכוכית).

ואמרו חז"ל (ב"ב י, ב) "שמעתי שהיו אומרים - **אשרי מי שבא לכאן ותלמודו בידו**", וביאר המהרש"א שם בח"א וז"ל: "**יש לפרש כי עיקר הלימוד ושנעשה בו רושם הוא הלימוד הבא מכתובת יד, אשר על כן נקראו החכמים סופרים**", עכ"ל. וזהו "ותלמודו בידו".

ובספר קב הישר (פרק נא) כתב בזה"ל- "**רמז על הקולמוס יהא לך חבר שתכתוב מה שתחדש, זה סימן 'כתוב זאת זיכרון בספר'** (שמות, יז, יד), עכ"ל.

וע"ע בקובץ אגרות למרן החזון איש זצוק"ל (ח"א, אגרת ד) וז"ל- "**קבע נא את הערותיך בספר מכורך למען תהייה לך למשמרת וזה חיזוק לעיון, ואמרו דברי תורה צריכין חיזוק, וכל המרבה בקניני תורה מרבה תורה**", עכ"ל (וראה עוד בהמשך דבריו, להלן).

שלא ייקל בעיניו אפי' חידוש קטן

ובספר "שבט מוסר" כתב, וז"ל (פרק כב, ד"ה גם- החמישי) "**גם אל יקל בעיני האדם איזה דיבור שיכול ללמוד או איזה חידוש שחידש בתורה אפילו שהוא קטן אל יקטן לו בעיניו אלא יגדלו ויחשבהו, דזה מביאו לטרוח לחדש עוד, עד שירגיל ויחדש חידושים גדולים וסודות נפלאים ויטע בכל העולמות נטיעות ואילנות גדולות מחידושי תורתו עד שיעשו גנות ופרדסים. ילמד מן הזרע קטן כחרדל זורעים אותו ונעשה אילן גדול ושרשים וענפים ועלין ופירות ונוטעים מענפיו נטיעות עד שנעשים גנות ופרדסים לרוב. ומי גרם לכל זה שלא הקטין האדם הזרע בעיניו לבזותו ולפרקו להשליכו אלא נתגדל בעיניו וזרעו ושמרו עד שגרם לכל זה, כך החידוש בתורה אפילו קטן הוא כזריעה כמדובר, והדבר מובן**".

עוד כתב שם- "ומה טוב ומה נעים כל חידוש שיחדש האדם בתורה אפילו חידוש קטן להעלותו כרגע על הספר בדיו למען יעמוד ימים רבים שלא ישכחהו. כמו שראיתי בהקדמת ספר אחד שאדם שאינו כותב חידושי בתורה בעבור שהוא קטן בעיניו- עתיד לתת דין וחשבון על זה. משום שאומרים לו, בפנקס הסחורות כותב אדם מה שחייבים לו וחייב לאחרים אפילו עד חצי פרוטה, אומרים לו וכי יותר חביב היה בעיניך חצי פרוטה שכתבת אותה שלא לשכוח לאבדה- מחידוש של תורה אפילו שיהיה קטן. לכן צריך אדם לכתוב כל מה שמחדש בתורה שלא ישכח ואפילו חידוש קטן".

"ונראה דזהו שאמרו רז"ל אשרי מי שבא לכאן ותלמודו בידו, ירצה תלמודו דייקא, שמביא בידו כל מה שלמד וחידש שלא שכחו, וכיצד- שכתבו שע"י כך אינו נשכח אותו חידוש מן העולם ומוליכו בידו במותו. וזה ג"כ כוונת התנא (אבות ג, י) 'כל השוכח דבר אחד ממשנתו כאילו מתחייב בנפשו'- שהכוונה כל השוכח דבר אחד, ממשנתו דייקא, שהוא משנתו שחידש. וכיצד לא ישכח- יכתוב אותו על הספר שכל זמן שישכח רואה ויזכור".

ועוד כתב שם- "ואדם שאינו כותב חידושי בתורה בעבור שהוא קטן בעיניו עתיד ליתן דין וחשבון ע"ז, כי יגידו לו ויטיחו על פניו בעולם העליון, שבפנקסים שבהם ניהל ורשם את עסקיו בעוה"ז, כתב ורשם את כל הסכומים שהיו חייבים לו, ואת שהוא חייב לאחרים אפי' עד חצי פרוטה, וכי יותר היה חביב בעיניך חצי פרוטה שכתבת אותה שלא שכחת לאבדה מחידוש של תורה אפילו שיהיה קטן וכי".

ועיין בספר 'פניני רבנו הקה"י' (ח"א, עמוד יב) שכתב שרבינו הקה"י זצ"ל היה מעודד בני תורה שיחוסו על עמלם ויעלו על הכתב את חידושיהם ואפילו הערה קלה ביותר, ואח"כ כשמעיינים בזה במשך השנים זה נותן סיפוק וחשק רב ללימוד.

ויעוי"ש שהביא קטע ממכתב שכתב הגר"מ גיפטר זצ"ל רה"י טלז, להגרמ"מ שולזינגר זצ"ל, וז"ל "ודכירנא שזה רבות בשנים שקבלתי אגרת מהגאון הצדיק מוהר"ר יעקב ישראל זצוק"ל בעל קהלות יעקב, ובסוף האגרת הערה קלה בדברי תורה, אולי כמלוא שורה, לבד זה לא היו דברי תורה באגרת, וכתב וביקש שאחזיר לו האגרת, או שאעשה צילום, כי צריכים לחוס על דברי תורה". ע"כ.

ובעל שבט מוסר זצ"ל בספרו "מדרש תלפיות" (ענף כתיבת חידוש) כתב עוד בשם הזוה"ק, שבזמן שבית המקדש קיים כשאדם מקריב קרבן מתכפר לו, ובזמן הזה כשאדם כותב בספר מה שלומד איזה חידוש, הכתיבה הזו עולה לו במקום קרבן.

ויעוין בשו"ת הריב"ש (סוף סימן רסב) שכתב התנצלות בסוף מכתבו למה איחר להשיבו, וז"ל "אם אחרו פעמי תשובתי על תתמה על החפץ, כי סבוני סבבוני והקיפוני שאלות חבילות חבילות מארץ מרחקים משואלים כענין בדברים גדולים, אף כי אחרי המועדים אשר כתבתי על שאלותיך לא מצאתי מי יעתיק אותם, כי החברים מקשיבים, אף בשעה שאין לומדים כולם טרודים לכתוב לעצמם אם פירושין אם חידושין מן המסכתא אשר אנחנו בה, ולא ראיתי לבטלם ממלאכתם, וכי ארכו הימים כדי להסיר מעלי מסוה בשעת האיחור אשר היה עלי כתבור בהרים טרחתי להעתיקם מיד", עכ"ל.

וע"ע בספר שביבי אור ממרן הגרצ"פ פראנק זצ"ל (פרק ז) וז"ל - "השתדל לקנות לך פנקס ולכתוב הדברים המתחדשים, הן שלך והן מה שאתה שומע, טוב שיהיו מסודרים בפנקס למצוא אותם בעל עת מצוא, כי במשך הזמן הוא תועלת גדול, עשה כן ואז בקרב בימים תראה תועלת מזה, כי אם אדם כותב מה שמחדש ומתבונן בהם מזמן לזמן אזי מתווסף בהמשך הזמן, וכך היא דרכה של תורה, שכל זמן שמעיינים מחדשים ומתווסף, אבל אם אין כותבין קמא קמא בטיל, ומשתכח ומאבדין בזה טובה הרבה, וכל גדולי המחברים ספרים גדולים ויקרים, נקבצו ובאו לאט, מזה שהתחילו בנערותם לכתוב, ראה ועשה כמו שאני כותב לך, וטוב שיהא לך פנקס מיוחד בעד כל מסכת, וכל חידוש והערה של אותה מסכת יכנס לפנקס המיוחד למסכת זו", עכ"ל.

ומרן הגר"י זילברשטיין שליט"א במכתבו לגליון "ירושתנו" שיצא לאור ע"י בני החבורה, הביא את דברי הנצי"ב מוואלז'ין זצ"ל בספר 'העמק דבר' (דברים ל, יד) וז"ל - "ועצה עמוקה זו פירש שלמה המלך בחכמתו בסוף קוהלת, שאמר דברי חכמים כדרבונות וגו', אמר עוד, ויותר מהמה בני הזהר עשות ספרים הרבה אין קץ ולהג הרבה יגיעת בשר, הביאור, שמזהיר לתלמיד חכם שנקרא בני, אשר אם רוצה לחדש ולהגדיל תורה, הזהר בשני דברים: א', עשיית ספרים הרבה אין קץ, היינו שתכתוב לעצמך כל רעיון וכל חידוש, דהא שתורה שבע"פ אסור בכתב אינו אלא לאמרן בכתב, אבל לעצמו מותר וגם מצוה, כמ"ש הרמב"ם בהקדמת ספר היד שכך היו נוהגים אפילו הנביאים הראשונים לכתוב כל חידושי התורה וכו'", עכ"ל.

לכל חידוש יש את הזמן שצריך להתגלות בעולם

ובספר 'אורך אפיים', להגאון רבי אברהם יעלין זצוק"ל (מעיר ווענגראב, שזכה להסכמת מרן הח"ח זיע"א, ועוד רבים מגדולי דורו), כתב בהקדמה דברים נפלאים מעניין כתיבת חידו"ת, בזה"ל:

"והנה ראיתי עוד כת אחת, אשר משפילים ספרי אחרונים, ואומרים כעניין הכתוב (קהלת ד, ב) 'ושבח אני את המתים שכבר נתו מן החיים אשר המה חיים

עדנה, שאם יראו ספר ממחבר שכבר מת, אף אם מחברו לא נתפרסם לשבח, והספר אין בו חכמה ולא תועלת, עם כל זה הוא יקר מאוד בעיניהם ומחבבים אותו, אבל אם מאחרונים הוא, וכל שכן אם מחברו חי עדיין, אף אם מחברו הוא תלמיד חכם וירא שמיים, והספר מלא חכמה ויש בו תועלת רב, עם כל זה אינם רוצים להביט בו, ומשפילים אותו.

"אבל באמת דברים אלו הם טעות ושקר, מפאת גאות, אשר לא ירצו להיכנע וללמוד מאדם אשר ידעוהו ויחשבהו כערכם או פחות מערכם, שהרי מבואר בספרים (בהקדמת פירוש "בניין יהושע" על אדר"נ, ובס' נחל אשכול [איכה, ג]) בשם הגאון המקובל מו"ה הירץ צ"ל עה"פ לעל זמן ועת לכל חפץ [קהלת, ג], ובסוף ספר טוב טעם ודעת מהגאון מהרש"ק ז"ל, שיש זמן לדורות אחרונים לחדש דבר תורה מה שלא יכלו הדורות הראשונים לחדשו, אף כי קטנם עבה ממתני אחרונים, לפי שעדיין לא הגיע הזמן שיתחדש, עיי"ש. ובספר "נפש חיה" על ב"מ פירש, דזהו מה דאיתא בעירובין (נד, ב) שנמשלו דברי תורה לתאנה, ופירש: שאינן מתבשלין בבית אחת, אלא היום מעט ולמחר מעט, דגם חידושי תורה תלוי בזמן, ולא ירדה משמייים כולה בב"א, ודבר שנדרש בדור זה לא היה אפשר להידרש בדור הקודם, אף שהיו גדולים יותר. ובחולין (ז, א) אמרינן, מקום הניחו לו אבותיו להתגדר בו, עיי"ש".

וראה עוד בהמשך דבריו שם: "ואין הכוונה בכל זה דווקא על תלמיד חכם גדול, רק על שום אדם המחדש בתורה, כדאיתא בצוואת רבי אליעזר הגדול ז"ל, וז"ל- בני, הט אונך ושמע דברי חכמים, ואל תהי בז לכל אדם, כי כמה מרגליות ימצא באפרקסותו של עני, ואין אדם יכול לחדש דבר בתורה שחברו מזומן לחדשו, כי הכל מוכן לפניו מיום שהתורה נבראת, עכ"ל.

"וכן מצינו עוד בכמה מקומות בדברי חז"ל, שצריכין לשמוע דברי תורה מכל אדם: באבות (ד, א) איזהו חכם, הלומד מכל אדם, שנאמר (תהלים קיט, צט) מכל מלמדי השכלתי. ובירושלמי (סנהדרין פ"י ה"א) 'אם שמעת דבר מפי קטן שבישראל והנאך, יהא בעיניך כשומע מפי הגבורה'. ובזה"ק (פרשת שלח, דף קנז) 'לזמנין באפרקסתא דעניא תשכח מרגניתא', ובספר חסידים (סי' תקל) כתב וז"ל 'הקב"ה גוזר מי יעשה חכם, ומה יהיה חכמתו, וכמה ספרים יעשה, יש שנגזר עליו שיעשה ספר אחד או שניים או שלושה וכו', וכל מי שגלה לו הקב"ה חידושי התורה וכו' הרי לך מכל זה, שאין חילוק בין דורות ראשונים לאחרונים, ושאינן ההכרח שהמחדש בתורה יהיה דווקא מגדולי הדור, רק כל אדם המחדש חידוש אמת בתורה, זהו חלקו, והכל מחויבין לקבלו ממנו וכו'.

"וראיתי כתוב בשם ספר 'טוב טעם ודעת' מהגאון מהרש"ק ז"ל שכמו שאמרו (יבמות סג, ב) אין בן דוד בא עד שיכלו כל הנשמות שבגוף, כן הא עד

שיצא לאר כל תעלומות חכמה, וזהו ממש קרבת הקץ. בפרט כעת, שמים ליום הולכים ומתרבים ספרים החיצונים של כמה מיני טומאה, המטמאים כל העולם, רחמנא לצלן, לכן בודאי החיוב עלינו ביותר, שלעומת זה נשתדל להרבות כח הקדושה בזה, בכתיבת ספרים הרבה של קדושה ולהגביר כח הקדושה נגד הטומאה, ולהרבות כבוד התורה, שזהו ריבוי כבוד שמו יתברך. עכ"ל ספר "אורך אפיים".

ועיין מה שכתב החיד"א (בספר שם הגדולים, ערך ס' נשאל דוד) וז"ל- "כי על ידי חידוש אחד לאמיתה של תורה, החיוב להציל כולו מן המדורה וכו', וגם מאויבינו תחכמנו אלו הסכלים המתחדשים, הכופרים ומפיצים חיבורים נאלחים ונתעבים, והרבה מבני ישראל הולכים אחריהם כצאן לטבח, ועל ידי זה תפוג תורה ואמונה וכו', על כן מזה יש לדעת החיוב והמצוה להרבות בחיבורי תורה בדרך אבותינו, ולא להטמינם באמתחותינו, אלא להדפיסם ולהוציאם לאור עולם וכו'". עכ"ל.

גדר חידושי תורה

ובגדר "חידושי תורה", מפורסמים דברי מרנא הגר"ח מוואלאזין זצ"ל (בספר כתר ראש, אות נו: ובשאלות דהגר"ח זצ"ל, אות עד), וז"ל- "חידושי תורה נקרא כל מה שלומד יותר ומתבררים הדברים ומתחווים אצלו, כי כל זמן שממשמש בהם מוצא בהם טעם (עירובין נד, א), וכשחוזר יותר נתבארו טעמים ופירושים, וזה אצלו חידושים", עכ"ל.

וידועים דברי מרן החזו"א זצ"ל על הגר"ח הנ"ל, וז"ל בקובץ אגרות (ח"א, אגרת ד-) "מאוד שמחתי בדבריך היקרים, אל תתאוה לחידושים ארוכים, לא כח החידוש חסר לך, אך באמץ שכלך לאמת ומישרים אינך מסוגל לחידושים הרגילים הממוזגים בהזנחת הנקודה האמיתית על הרוב, ואל נא תדחוק את עצמך לחקות את המפלפלים המתפלפלים, בהוסיפך בשקידתך תוסיף אמנם לחדש בתורה, אבל ענין החידושים פירש הגר"ח מוואלאזין זצ"ל בהיות שאין עומק תורה שבע"פ מתגלה אלא אחרי רב השקידה והעמל, כל המתגלה נקרא חידוש, וכל המוסיף בקנינים שהתורה נקנית בהם מוסיף ידיעה יותר ברורה וטועם נעימות הצפונות אשר היו בעילום והסתר טרם עמלו, והן הנה החידושים משמחי נפש ומלהיבי אהבה עילאית, מורם מכל שפלות הגופניים ומהפכים גשם לנשמת חיים, וחבריך יתרגלו בהערותיך העמוקות ולא ידרשו ממך יותר", עכ"ל.

וע"ע בספר חיי עולם למרן הקה"י זצ"ל (פרק יא) שהביא שמרן הגר"ר אלחנן ווסרמן זצ"ל הי"ד כתב בהקדמת מאסף אוהל תורה בשם מרן הגר"ח מבריסק זצ"ל שלחדש חידושים היה אפשר רק לראשונים ז"ל, ולימוד שלנו אינו אלא להבין דבריהם הקדושים.

ובהקדמת הגאון בעל ה'שדי חמד' לספרו 'אור לי', הביא דברי הרמב"ן בהקדמתו לספרו 'דינא דגרמי' שכתב בזה"ל "ואם איני מרוויח אלא העתקת דברי הקדמונים ולהסביר דבריהם, די לי", עכ"ל.

וע"ע בקריינא דאגרתא למרן הקהילות יעקב זצוק"ל (ח"ב, אגרת ב) שכתב וז"ל- "אם נתחדש לך איזו חידוש, רשום אותו בפנקס מיוחד לזה, אפילו חידוש קל, חידוש נקרא כשנתברר לך פרטי הסוגיא מה שבתחילה טעית וחשבת אחרת, או איזה הסבר לדבר שלא הבנת בתחילה טעמו, ולא דווקא תירוץ לאיזו קושיא. גם כשמתעורר לך קושיא ולא ידעת לתרץ, תרשום, וכן כששמעת מאחרים סברא או קושיא או תירוץ, הכל ראוי לרשום, ובמשך הזמן תמצא מכל זה תועלת עצומה, ומלבד זה עצם כתיבת חידו"ת מועיל כמו חזרה ויותר", עכ"ל.

פלפולא דלאו קושטא

והנה דבר נפלא מצינו בספה"ק "מגיד מישרים" (לבית יוסף, פרשת ויקהל, ד"ה אור), שהובא שם מה שאמר המגיד למרן הבית יוסף זיע"א, בזה"ל: "קוב"ה ובני מתיבתא דרקינא שדרוני לאתויי לך שלם על הנך פלפולין דפלפלת בההיא דשוקת יהא, דכולהו חדאין בהו. והא אינן מילין דכתבת נצצין וזהרין וגליפין קמיה קב"ה. ומאי דפלפלת במילי דמשה ברירי בההוא ענינא [עי' כס"מ פ"ו ממקוואות ה"ג] יאות כיוונת. ובהנהו ג' תירוצים דתנצת אליביה, תירוצא בתראה לאו קושטא, ומ"מ לא תמחוק יתיה דיקריה דקב"ה סליק בפלפולא, אע"ג דלאו קושטא, אינן כפרזלא דמעלין ליה בנורא ובטש ביה נפחא ונציצין מיניה כמה נצוצין לכמה סטריין, הכי סליק יקריה דקב"ה בפלפולין דאורייתא, דכתיב הלא דברי כאש וגו'" – עד כאן לשון קדשו.

וביאור סוף דבריו, דכי היכי דהנפח דופק על הברזל באש, ועולים מזה ניצוצות של אש לכמה צדדים, הכא נמי עולה כבודו של הקב"ה בפלפולא דאורייתא, שתורה הרי אש היא, דכתיב (ירמיה כג, כט) הלא כל דברי כאש נאום ה' (יעוין בס' חומת אנך להחיד"א תהלים פא, שהביא דברי המגיד מישרים הנ"ל).

ועוד עיין בחידושי החתם סופר בשבת (דף קמ, ב) שכתב וז"ל, "וע"ד הלצה ע"פ מה שנראה לי שנולד לן זה מנהג לחדש חידושים יותר מדאי וכל א' בונה במה לעצמו זה בכה וזה בכה, אפשר לחפש לן זכות שגזרו כן גאוני קדמונינו ז"ל שראה שכחה שגוברת בעו"ה בעולם וא"א לאוקמא גירסא, אכן ע"י החידושים בכל דף ועמוד עי"ז זוכר הכל ומילתא דתמיה מידכר דכירא, והנסיון מעיד לנו ע"ז ויודע אני בעצמי, וא"כ אף אם החידוש אינו נכון כ"כ מ"מ מועיל לשכחה כנ"ל", עכ"ל.

אך הנה נסתפקו בבי מדרשא האם כל דברי המגיד לבית יוסף – הם רק "בדיעבד", כלומר, שאם כבר כתב חידוש תורה שאינו אמיתי – אזי לא ימחקנו כיון דכבודו של הקב"ה עולה בפלפול תורה אע"פ שאינו אמת, או שגם "לכתחילה" – ת"ח שהתחדש לו מהלך, ואינו בטוח באמיתות הדברים, מ"מ יכול להעלותו על גבי הכתב משום ד"יקריה דקוב"ה סליק בפלפולא דאורייתא אע"ג דלאו קושטא הוא.

והנה זכינו לקבל דעת תורה ברורה ונהירה, במיוחד עבור בני החבורה, מאת מרן הגרב"מ אזרחי שליט"א, בשאלה זו (ותשר"ח לתלמידו נאמן ביתו הר"ר אלנתן אלוני שיחי' על מסירת הדברים), וזה לשונו:

"מבלי להיכנס לעצם דברי 'המגיד' למרן ה'בית יוסף' זיע"א ולדון בהם, בודאי נראה, שהם אמורים גם 'לכתחילה'.

כי מי לנו גדול כמרן ה'בית יוסף', אשר מן השמים יודיעו לו על אמיתות חידושי הנפלאים, או, למצער, על אי נכונותם.

ומי יערוב לו למחדש חידושי התורה, אשר הוא לכשלעצמו סבור, לפי קוצר דעתו, שנכונים ואמיתיים הם - כי אכן כך הם פני הדברים.

- הלא גם כאשר הוא בטוח בסברתו, גם אז יתכן, שלא זכה לכיון לאמיתה של תורה.

לכן, עצם הסברא, שייכת גם כאשר אין המחדש משוכנע באמיתות ונכונות החידוש, לכתחילה - תוך שהוא מסייג דבריו ומניחם ב'צריך עיון'.

כמובן, שעל האדם לצרף מחשבתו ולכוין אל האמת, ולא לפלפל בסברות של הבל, לכתחילה. קל וחומר, שלא לפרסמם או להעלותם עלי גליון.

אך כאמור, כאשר נראים הדברים, ולכל הפחות אינם מופקעים מן השכל הישר ודרך האמת, קודשא בריך הוא שמח בהם ומכבדם" – עד כאן לשון קדשו.

ויה"ר שיתנו הדברים הנ"ל תועלת, לבני החבורה, ולכל המעיין בדברים, שיתחזק בלימוד וסקידת התורה, ולהעלות על הכתב כל חידוש והערה בתוה"ק, למען יעמוד ימים רבים, ובזכות זה יזכה לעלות מעלה מעלה במעלות התורה והיראה בהצלחה גדולה.

והנה רצתה ההשגחה וגלגל הקב"ה שקונטרס ייחודי זה, שאמור היה לראות אור בסוף זמן חורף, נדחה והתעכבה הוצאתו עקב אותו חולי ומגפה שפרץ בעוה"ר, אך מאידך גיסא, אין יותר מתאים מזמן זה דייקא בכדי להוציא חיבור

יקר זה, ולהרבות קידוש שם שמים, ולהרבות בזכויות ומעשים טובים וזיכוי הרבים – ע"י קונטרס זה, בזמן זה בו צריכין אנו לרחמי שמים, שיחוס ויחננו ויסיר מעלינו כל חולי ומגפה.

ברכות והודאות נשגר קמיה ידידינו המופלג הבה"ח **בנימין מנדלזון** נ"ו, אשר טרח ויגע למען יוזמה מבורכת זו, לעורר את בני החבורה למען יעלו מפרי חידושיהם, עד קיבוץ הדברים וסידורם.

כמו"כ נודה ונברך בכל לב לידידינו המופלג הבה"ח **חיים מלין** נ"ו שלקח ע"ע להביא את מלאכת הקודש לידי גמרה, וטרח רבות עדי יצא כלי מפואר לכבודה של תורה, ולכבוד בני החבורה.

וכמו כן נודה לכל הבחורים החשובים אשר סייעו בכל כוחם והונם, אם מעט ואם רב בכל מלאכת הקודש, להצלחת המלאכה. כמו"כ נברך ונודה למר שלומי י. בנבישתי שיחי' (מחנות קינג-טוסט) על תרומתו בעין יפה לקונטרס, ויבורך מן שמיא בכל מילי דמיטב.

ובשם כל בני החבורה נשגר ברכותינו ונברכם מקרב לב שבזכות פעלם וטירחתם יזכו לרוב ברכה והצלחה בכל מעשי ידיהם, וימשיכו לעלות ולהתעלות בתויר"ש, ולגדול לת"ח אמיתיים, מתוך נחת ושמחה כל הימים. ויה"ר שבקרב נשמע ונתבשר בשורות טובות, בביאת משיח צדקנו ובבנין בית מקדשנו, ולישועת הכלל והפרט, בב"א.

הכו"ח מתוך שמחת התורה

בני החבורה

שיעור ג' – מחזור כ'

זמן קיץ תש"פ

רבינו ראש הישיבה שליט"א*

בשיטת הרמב"ם בהא דת"כ אין מוציאין מידו (ובשיטת הרא"ש ברין תפיסה)

שהכהן יתפוס וגם שהישראל יקיים בזה מצות מעשר בהמה, דאין שייך לפטור מעשר בהמה בממון של כהן, וזה ראייה דתקפו כהן מוציאין, וא"כ זה קשה על הרמב"ם שפסק דמהני תפיסה ומאידך פסק שזה מעשר בהמה וזה סתירה כמו שנת'.

(ב) ובשו"ת הרשב"א (ח"א סי' שי"א) כ' בביאור ד הרמב"ם, דפסק כרב המנונא דס"ל דאפי' דתקפו כהן אין מוציאין מידו ספק שה פוטר מעשר בהמה וזה לא תרתי דסתרי, דיש חילוק בין ספק בכור בהמה טהורה לספק שה דהוי בפטר חמור, ודוקא בשה הוא דאמר' דיכול להשתמש עכשיו למצות מעשר בהמה דבספק בכור בהמה טהורה התפיסה מועילה, ובספק פטר חמור התפיסה לא מועילה.

והחילוק הוא, דבספק בכור בהמה טהורה אין חזקת מר"ק וא"כ אין חיזוק לתפיסה של הישראל, ומשא"כ בספק פטר חמור קיים כאן חזקת מר"ק דהרי קודם הפדיון בודאי הוי שלו ובזה יש חזקת מר"ק, ומבואר דיש חי' בין ספק בכור בהמה טהורה לספק פטר חמור, דבספק בכור בהמה טהורה היות ואין מר"ק ורק מחזיק מהני תפיסה, ובזה כ' הרמב"ם דמהני תפיסה דהרי הוא רק תפוס, אבל בספק פטר חמור חשיב מר"ק ובחזקת

(א) ברמב"ם בה' בכורות (פ"ה ה"ג) כ' "כל בכור שהוא ספק, אם תפס אותו הכהן אין מוציאין אותו מידו", והיינו שלמרות שקודם שתפס היה דינו הממעי' מועיל תפיסה, ומאידך בהל' ביכורים (פי"ב ה"ג) כ', "מי שהיו לו עשרה טלאים כל אחד מהן הפרישו על ספק פטר חמור הרי הן כחולין לכל דבר ומתעשרין כשאר הבהמה ומפריש אחד מהן מעשר והשאר שלו כשהיו".

ומבואר דמצד אחד פוסק שמועיל תפיסה שתקפו כהן אין מוציאין, ומאידך פוסק שהישראל יכול לקיים בזה מצות מעשר בהמה, וזה לכאור' צ"ב, דהא בגמ' מבואר דפליגי רב חנניה ורב המנונא האם תקפו מוציאין או אין מוציאין, דלר"ה מהני התפיסה ואין מוציאין והביא ראי' מאיסור גיזה ועבודה, ור"ח ס"ל שתקפו כהן מוציאין ואייתי ראי' ממה שהישראל פוטר בזה מעשר בהמה, ורבה דחה את ראיית ר"ה דאין ראייה שמהני תפיסה דקדושה הבאה מאליה שאני, וע"ז מביא ר"ח ראי' הפוכה דלא מהני תפיסה, מהא דמקיים בזה מצות מעשר בהמה ואם זה היה בר תפיסה זה נקרא שיש בו צד ממון כהן, ובזה שפוטר עצמו בממון כהן הו"ל תרתי דסתרי לומר שיהא אפשרות גם

* נמסר ביום ד' י"ז שבט תש"פ ותשו"ח לבה"ח א. ז. דולינגר נ"ו על טירחתו בכתובת הדברים

מר"ק ודאי סבר ר"ה דלא מהני תפיסה, ומבואר דבמר"ק איכא כח יותר מסתם מחזיק דהרי הוא ודאי ובזה לא מהני תפיסה, אבל בסתם מחזיק מספק ואפי' לפמש"כ השער"י (ש"ה פ"ח) דחשיב הנהגה בתורת ודאי כ"ז הוא רק לפי מה שהחזיק, אבל אם השני תפס ממנו שוב לא חשיב מוחזק, וזהו שפסק הרמב"ם בכה"ג דת"כ מוציאין מידו.

נמצא דכל מה שפ' הרמב"ם דתקפו כהן מהני תפיסה אינו בגוונא דיש מר"ק אלא רק במחזיק, ובקונטרס הספיקות (כלל א' ה') דן בגדר חזקת מר"ק, האם זה כמו חזקה קמיתא דאיסורא דמעמידן הדבר בחזקת מה שהי' מתחילה קודם שנולד הספק, או שחזקת מר"ק זה מעין חזקת ממון ממש היא, ואפשר לנקוט כהצד דחשיב כחזקה קמיתא דאיסורא דזה פסק יותר חזק, וזה ודאי משום דנקטי' דלא נשתנה הדבר ובזה אלים מר"ק, ועוד אפ"ל דאף אי נימא דהוי מדין מוחזק, י"ל דע"י שאחר מחזיק את זה האחר חשיב מוחזק, אבל אם הראשון הוא מר"ק וא"כ יש כאן בעלות שהייתה לו מקודם את זה ל"ש להוריד.

ולפי"ז לק"מ על הרמב"ם דהרי דווקא ר"ח ס"ל דאם יש לכהן אפשרות של תפיסה זה לא יכול לפטור מעשר בהמה, אלא באמת בספק פטר חמור שיש מר"ק א"א לתפוס, ודווקא בספק פטר חמור פ' הרמב"ם שהספיקות נכנסים לדיר להתעשר, [א.ה. ובאמת כן מפורש שם ברמב"ם דאיירי בספק פטר חמור], דהנה בגמ' הכא (דף ד' ע"א) מק' מאי ספיקות אילימא ספק בכורות יהי' קדש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש אלא ספק פדיון

פטר חמור, וא"כ הגמ' הסיקה שמדובר על ספק פטר חמור ובזה פסק הרמב"ם דהספיקות נכנסים לדיר להתעשר ובזה ס"ל דתקפו כהן לא מהני ומוציאין ממנו, ומה דפי' הרמב"ם דכל בכור דהוי ספק אם תפס אותו הכהן אין מוציאין אותו מידו זה על ספק בכור בהמה טהורה.

והנה נתבארו דברי הרמב"ם דפסק כר"ה, אלא דיל"ע בדעת ר"ח דמייתי רא' מספק בכור דתקפו כהן מוציאין במאי פליג, ובאופן א' נראה וכן משמע ברשב"א דר"ח ס"ל דאין לחלק בין ספק בכור בהמה טהורה לספק פטר חמור, ואם בספק פטר חמור נת' דלא מהני תפיסה ומוציאין מידו ה"נ בספק בכור, ולדרך זה ניחא דלא פליג על מסקנת הגמ' דמוכח דאיירי בפטר חמור דווקא, וא"כ או דס"ל דגם בספק בכור איכא מר"ק או דס"ל דאין לחלק כלל בין מר"ק למוחזק, וא"כ נחלקו ר"ה ור"ח האם אפשר לחלק ביניהם. או דאפשר לומר באופ"א, דר"ח ס"ל דמתני' דהספיקות נכנסים לדיר איירי גם בספק בכור בהמה טהורה ולא ס"ל מסקנת הסוגיא דאיירי דווקא בספק פטר חמור, ושוב מצאתי ב' דרכים אלו בהגהות הגר"א ביור"ד (ס' שט"ו סק"ב).

[ואין] להקשות דבמתני' דר"ה איירי גם על פטר חמור דהא כ' בין טמאים, דאפשר דקאי על החמור עצמו ולא על השה ובזה ג"כ אין מר"ק.

ג) והנה בעיקר ד' הרשב"א צ"ב, למה יש חזקת מר"ק רק בספק פטר חמור ואין חזקת מר"ק בספק בכור בהמה טהורה, דהרשב"א כ' דאע"ג דאיתחזק ישראל באם, בולד מיהא לא איתחזק דהרי הולד

נולד ספק אי זכה בו הוא או אחר ל"ש חזקת מר"ק, דהבעלות הראשונה שהוחזק בה לא חייבה בעלות אלהבא, והנה אע"ג דצריך להקדישו למצוה מ"מ אי לא אקדשי קדוש, ולפי"ז היות וזה בא מאליו ל"ש לומר בזה מר"ק אלא רק מוחזק ובוזה מועיל תפיסה כדין כדא"ג.

נמצא דברשב"א איכא ב' דינים שמחלק בין סתם מוחזק למר"ק, א' דבסתם מוחזק זה ספק גמור דמהני תפיסה ולא מהני תפיסה במר"ק דחשיב איתחזק, וב' שיש אופנים דלא חשיב מר"ק כמו אם לעובר או עובר שעתיד להשתנות, ועפי"ז חי' הרשב"א בין ספק בכור בהמה טהורה לספק פטר חמור.

אמנם צ"ב טובא, דהרשב"א כ' "והוי לי' כעין ההיא דהמחליף פרה בחמור וילדה", דא"א לומר כלל דכוונתו להביא ראי' דלא מחשבא חזקת מר"ק מה שהי' בעלים בעודו עובר, דהא אדרבא התם מבואר איפכא דחזקת מר"ק דעובר מהניא לי' לספק דאחר לידתו, וא"כ מאי מיייתי ראי' מהא דמחליף פרה בחמור לדבריו בענין ספק בכור.

וחי' אפשר לומר דהנה ממשיך הרשב"א, אלא דהתם אית לי' דררא דממונא למר ולמר והכא ליכא דררא לחד מינייהו והלכך כדא"ג, ולפי"ז נ"ל דהא בנתייה"מ (כללי תפיסה אות ז') וכן נפסק בשו"ע (סי' רכ"ג סעי' א') ע"פ התוס' לקמן (דף ק' ע"א) ד"ה ולחזי, דהיכא דאיכא דררא דממונא מהני תפיסה, א"כ כ' יסוד דדררא דממונא הוא מהוי סיבה לערער את החזקת מר"ק ומהני תפיסה, וזה באמת מפורש שם בגמ' דהק' ולחזי ברשותא דמאן קיימא, דכאשר

הוא ספק בכור וא"כ זה לא שייך למוחזק, משא"כ בספק פטר חמור ודאי דקודם המוחזק הי' מר"ק קודם הפדיון, וזה ק' מהגמ' לקמן (דף ק' ע"א), בהא דתנן המחליף פרה בחמור וילדה ז"א עד שלא מכרתי ילדה וכו' יחלוקו, ומק' הגמ' ונוקמא אחזקת מר"ק. וק' הגמ' הוא דנוקמא הולד בחזקת הבעלים הראשונים ולומר שלא נמכר, ומבואר דמה דהולד בהיותו עובר הי' שלו מחשבא חזקת מר"ק שיזכה בו מספק אחר שנולד וא"כ ה"נ בספק בכור הא איכא ג"כ חזקת מר"ק לבעלים, דבעודו עובר ודאי הי' של הבעלים דרחם הוא דמקדש לי' ומ"ש מספק פטר חמור דבעלים זוכים מחמת חזקת מר"ק.

ובקה"י (סי' ט') ב', דחזקת מר"ק לא שייכא אלא בדבר שמקודם לכן הי' בעלים לעולם ואח"כ נולד הספק אם היתה הפקעה על זכות בעלותו, וא"כ ה"נ בההיא דהמחליף פרה בחמור דהספק במכירת העובר היתה ע"י פעולה חדשה של מעשה המכירה, שפיר מחשבא חזקת מר"ק לבעלים מה שהי' להם זכות בהעובר עד שעת מכירה, אבל כאן בספק בכור בהמה טהורה כ' הרשב"א בתו"ד, דשאני בכור דקדושה הבאה מאלי' היא, ור"ל דהעובר במעי מבכרת אף שהוא ממונו דבעל הבהמה מ"מ אין בו בעלות אלא עד שעת לידה, כיון דבכור מאליו קדוש וכך הוא טיבו וזכותו של הבעלים שיהא שלו עד שיפטר רחם ואח"כ שייך לכהן, ולכן כשהוא ספק אם הוא בכור ל"ש חזקת מר"ק דלהצד שהוא בכור מעולם לא הוחזקו הבעלים בבעלות עולמית, וכמו הקונה דבר לשלשים יום ובסוף שלשים

איכא דררא דממונא זה מהני לו לקבל את זה וזה נשאר ללוקח.

ובזה מיושב דברי הרשב"א דאמנם בעובר ליכא מר"ק ומה דנתבאר התם בגמ' דיש מר"ק איכא דרכים דמתערער המר"ק וא"כ אין כלל מר"ק, וזה ראי' דיש אופנים דמהני תפיסה ע"י דיורד כח המר"ק וזה מה דמביא הרשב"א ראי' לדבריו, ואין שייך להק' דבסוגיא הכא ליכא מר"ק ובסוגיא התם איכא מר"ק וא"כ מאי מייתי ראי', דהרי נת' דהכא ליכא מר"ק וזה כמו האופנים דבסוגיא התם ליכא מר"ק, וזה בדררא דממונא וכמו דהתם מהני תפיסה אף הכא מהני תפיסה, וזה מש"כ הרשב"א אלא דהתם אית לי' דררא דממונא למר ולמר והכא ליכא דררא לחד מיניהו.

אמנם ז"א דמדברי הרשב"א לא משמע הכי דבהמשך דבריו כ', "והלכך כל דאלים גבר", ומשמע בזה דמכיון דליכא דררא דממונא בזה אפשר לומר כדא"ג, ומשא"כ התם מאי דלא אמרי' כדא"ג משום דחשיב דררא דממונא, ולא ששווין הסוגיות אלא דאם הי' דררא דממונא לא הי' אפשר לומר כדא"ג.

(ד) אלא בהכרח צ"ל כמו שבי' הקה"י, שהרשב"א בא להוכיח מהא דהמחליף פרה בחמור דפרכינן בב"ב (דף ל"ה ע"א) אמאי יחלוקן לסומכוס ונימא כדא"ג, ומשני דלא אמרי' כדא"ג כיון דאיכא דררא דממונא למר ולמר, הא אילו לא הי' דררא דממונא הי' אמרי' כדא"ג.

ובבי' דבריו נראה, דהרשב"א נסתפק בגדר דין כדא"ג, ומזה מוכיח

הרשב"א מב"ב גדר דין כדא"ג ועפי"ז כאן יש דין כדא"ג, דזה אמנם נת' שאין חשש הכא למר"ק בספק בכור, אבל עדיין הוק' לרשב"א בגדר פסק כדא"ג דאולי ל"ש לומר כדא"ג שכל אחד יחזור ויתקוף אלא נלך בתר האלים הראשון, והרי זה דעת הרא"ש בב"ב (פ"ג ס"י כ"ב) שלא מועיל לחזור ולתקוף, וכא לבאר בד' הרמב"ם שכ' שאפי' שזה ביד הישראל אם תקפו כהן אין מוציאין למרות שהישראל כבר החזיק בזה ומה"ת אפשר לחזור ולתקוף, ולזה מביא ראי' מהגמ' בב"ב שמק' שגם במחליף פרה בחמור יהיה דין כדא"ג לחזור ולתקוף, דהנה הגמ' מק' אליבא דסומכוס שנאמר יחלוקן, וע"ז מת' דלא אמרי' כדא"ג כיון דאיכא דררא דממונא ואינו נותן דין כדא"ג אלא דוקא חלוקה.

ומבואר דלולי דהוי דררא דממונא וכדכא בספק בכור דלא חשיב דררא דממונא וזה ספק בעלמא אפשר לפסוק כדא"ג, שהרי שם הגמ' מק' לסומכוס דמחליף פרה בחמור שיהיה כדא"ג והרי שם מדובר שזה ביד המוכר, דהרשב"א לשיטתו דגריס לקמן (דף ק' ע"א) אלא הא מני סומכוס היא והדר ביה ממאי דמשני בעומדת באגם, דלסומכוס אפי' במוחזק ממש אמר יחלוקן, וא"כ כשהגמ' מק' באופן שזה ביד המוכר דנימא כדא"ג ולא יהיה פסק ששניהם יקבלו, ודאי לא מק' שזה ישאר אצל התפוס דא"כ מה מהני סומכוס, דהרי שיטת סומכוס ששניהם צריכים לקבל ולא המוחזק, וא"כ בהכרח דין כדא"ג זה שיהיה לשניהם מי שיתפוס וא"כ ודאי שאפשר לחזור ולתפוס.

דרבנן, דאולי דווקא סומכוס לשיטתו דס"ל יחלוקו אפי' שיש מר"ק או מוחזק וא"כ מה הראיה.

ונראה לתרץ דנידון הרשב"א הוא של"ש כזה פסק שאפשר לחזור ולתפוס וכמו דעת הרא"ש דל"ש לחזור ולתפוס, ואם ל"ש כזה פסק גם אליבא דסומכוס ל"ש לומר כן, ומדהק' לסומכוס כן ע"כ יש כזה פסק, וא"כ שפיר יכול הרשב"א להביא כזה פסק כדא"ג לחזור ולתפוס.

(ה) אלא דיל"ע דהנה הרא"ש ס"ל בדינא דכדא"ג דלא שייך לחזור ולתקוף, והרי מאידך כ' הרא"ש (סי' י"ג) דבטוען ברי מהני תפיסה, וא"כ בההיא דכתובות (דף כ' ע"א) דשנים החתומים על השטר ובאו אחרים ואמרו אנוסים היו דמסיק דאוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה, יל"ע האם הרא"ש ס"ל שהמלוה לא יכול להוציא מהלוה שהרי הלוה תפוס, וא"כ מ"ש מה שפסק הרא"ש שבטוען ברי מועיל תפיסה, הרי מדובר שהמלוה לוקח מהלוה ולא מרה"ר.

והנה בקונטרס הספיקות (כלל ג' ז') כ' בשם הש"ך בתקפו כהן (סי' י"ט), דכל היכא דקיי"ל תקפו אין מוציאין מידו ה"ה אם חזרו ותפסוהו בעלים הראשונים דאין מוציאין מידו וכו', אבל אין למידין מן הכללות וכו', והנה גבי תפיסה בטענת ברי וכו', דברי הרב נכונים ומבואר בפשיטות שמועיל לחזור ולתפוס.

אמנם אפשר דאזיל הש"ך לשיטתו (סי' קל"ט סק"ב), על ד' השו"ע שכ' שאף אם תגבר ידו אין מניחין ליקח מזה שגברה ידו תחילה, וכ' הש"ך דאשתמיט

ומזה מוכיח הרשב"א שדין כדא"ג זה לא שזה נשאר אצל האלים הראשון אלא שאפשר לחזור ולתקוף, דהיה מקום לומר שכל דין כדא"ג זה ברה"ר, ובזה מביא הרשב"א גמ' שמקשה על סומכוס דפליג ארבנן דאמרי שזה נשאר אצל המוחזק, אלא סובר ששניהם צריכים לקבל שיפסוק כדא"ג, וא"כ בהכרח מקו' הגמ' מבואר שדין כדא"ג זה שחזור ותקוף, ומזה ראייה לרמב"ם דהיכא דליכא מר"ק, דנקטי' פסק של כדא"ג זה לא שהראשון נשאר אלים אלא שחזור ותופס, ומש"ה פסק הרמב"ם דמהני תפיסת הכהן אפי' שזה בתפיסת הישראל.

ובזה יבוארו ד' הרשב"א דבריש דבריו מבאר בדברי הרמב"ם למה אין חסרון של מר"ק, ואח"ז מבאר למה אין חסרון של מוחזק שהרי הישראל אלים ולמה שיהיה כדא"ג, ולזה מביא גמ' שבלי דרא דממונא סומכוס היה אומר כדא"ג, וזה ברור שזה באופן שמועיל לחזור ותפוס וכנ"ל.

[ובאמת דכדברי הרשב"א דס"ל דמה שחזור ותופס הוא כדין כדא"ג משמע ג"כ ברמב"ן (הכא) דכ' בתו"ד אבל בפירות ומטלטלים בחזקת התפוס הן עומדין וכי תפס אידך נמי לא מפקינן מיניה ואפילו תקף בעדים וכל דאלים גבר, ובתוס' בכתובות (דף כ' ע"א) ד"ה ואוקי, בתו"ד דלרבנן דאמרי המע"ה היינו דינא דכל דאלים גבר כיון דמהניא תפיסה כשטוען ברי].

אלא דיש להק' מה שייך להביא ראייה מסומכוס לכאן דהכא עסקי' אליבא

לב"י כל הנך מחברים דפליגי על הרא"ש ומש"ה פוסק לדינא דאם חזר ותקפה שאין מוציאין מידו, ומש"ה הכא בברי כ' שמועיל לחזור ולתפוס, אבל הרא"ש עצמו שס"ל דלא מועיל לחזור ולתפוס איך המלוה יכול לתפוס מהלוה.

ואפשר לומר דס"ל להרא"ש שכמו שאם היה תו"ת פוסקים כדא"ג ובי"ד נותנים לכ"א מהם אפשרות לתפוס, וא"כ ה"נ יש דין כדא"ג האם המלוה יוכל לתפוס ולהוציא מהלוה או שהלוה יעכב מהמלוה לתפוס וזה מכח הפסק כדא"ג.

אמנם אי"ז משמע בקונטרה"ס, דמשמע בדבריו דגם אליבא דהרא"ש יועיל לחזור ולתפוס, ולפי מה דנת' בד' הקה"י משמע דאליבא דהרא"ש ל"ש לחזור ולתפוס.

ו) אלא בהכרח צ"ל דלהרא"ש הוי ב' דינים חלוקים, א' דין כדא"ג דכל מי שגבר ידו בפעם ראשונה הוא שלו עד שיביא חבירו ראייה וכ"ז שלא יביא ראייה אף אם תגבר ידו לא שבקינן ליה לאפוקי מיניה דלא מיסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה ומחלוקת, היום יגבר זה ומחר חבירו, אלא חכמים פסקו כל דאליים בפעם הזאת גבר, וב' דין תפיסה שיועיל לחזור ולתפוס.

ובי' בזה י"ל עפ"י הקונטרס הספיקות (כלל ב' ד') דכ' דהא דבטוען ברי ראוי להיות תפיסה מועלת עפ"י הרמב"ן (הכא) במה שתי' על האי דכתובות (דף כ' ע"א) דהיכי שהספק בממונא הוא בענין שאם היה ספק כמוהו באיסורי לא הוי אזלינן בתר חזקה קמייטא דס"ל להרמב"ן דתו"ת

ספיקא דאורייתא הוי ומש"ה לא אזלינן בתר חזקה קמייטא וא"כ בהאי ספיקא גם בממונא מהני תפיסה לאפוקי מחזקת מר"ק, וזה כמש"כ הר"ן והנימוק"י דמהני תפיסה בתו"ת עפ"י הגמ' בכתובות (שם) כאיסורים, וכ' ע"ז הקונטרה"ס דכו"ע מודי ל' בהאי מילתא, והא דהתוס' והרא"ש תי' בכתובות (שם) משום דטוען ברי או שתפס קודם שנולד הספק, והרי התם ספיקא דתו"ת נינהו, היינו משום דאינהו לשיטתם אזלי דסברי תו"ת ספיקא דרבנן, ומדא' שפיר מוקמינן אחזקה קמייטא גם באיסורי, וס"ל להרמב"ן דמהני לתפוס מהמוחזק דבתו"ת לא חשיב מוחזק.

עוד מביא מש"כ הרשב"א בקידושין (דף ס"ו ע"א), דבאומר ברי לי להתירא אפי' היכי דאיכא חזקה קמייטא לאיסורא לא מהני החזקה, לפי שלא ציוותה התורה לילך אחר חזקה אלא למי שמשופק בדבר, ומשום הכי נישאת לאחד מעד' ולפי"ז כל שהתופס טוען ברי מהני תפיסתו לאפוקי מחזקת מר"ק משום דבכה"ג כלומר באומר ברי, גם באיסורי לא אזלינן בתר חזקה קמייטא, וא"כ נמצא דלא ב"ד הם אלו דפוסקים דיכול לתפוס.

והרשב"א אמנם נת' דס"ל דבאומר ברי לי לא מוקמינן אחזקה קמייטא באיסורי, ואפ"ה סובר דלא מהני תפיסה אפי' בטוען ברי, אפשר שהוא מחלק דדוקא באיסורא שאין הדבר נוגע אלא לו לבדו כל שאומר ברי לי לא מזדקקין ל'י, אבל בממונא שהוא בינו לחבירו מזדקקין ל'י ומפקינן מיני' ויהבינן לחברי'.

ונ' דהוא מפורש ברא"ש בכתובות (פ"ב סי' י"ג) בסו"ד דכ' דכל היכא שהמוחזק

במטלטלין טוען ברי אין כח בב"ד להוציא מידו, דלכא' מה מוסיף הרא"ש דאין כח בב"ד להוציא מידו ולא כ' בפשיטות דבטוען ברי מהני תפיסתו, אלא נראה כנ"ל דלא חשיב פסק של ב"ד אלא אדרבא דהדין עם המוחזק רק דבטוען ברי אין כח בב"ד להוציא מידו.

ולפי"ז א"ש דבסוג' דב"ב פסק דין דכדא"ג דלא מהני לחזור ולתפוס, ובסוג' בכתובות פסק דבטוען ברי מהני לתפוס מהלוה, דלא חשיב פסק של ב"ד, אלא דין תפיסה בעלמא ובכה"ג מהני אף לתפוס מן המוחזק, כיוון דבי"ד אין נזקקין כלל לתפיסה בברי כמשנ"ת בברי של איסורים, וכעין זה כ' הקרב"נ בכתובות (שם אות מ') דצריך לחלק דהא בב"ב גבי כדא"ג מי שגבר ידו בפעם

הראשונה היא שלו עד שיביא רא'י, דהתם הב"ד פסק כדא"ג ולא מסתבר שתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה משא"כ הכא אמרי' לבעל השטר שאין יכול לגבות ולהוציא ממון וכל אחד שמוחזק, תמיד אינו יכול בב"ד להוציא ממנו.

רק שיש לדון בתפיסה קודם דנולד הספק דהא גם בכה"ג פסק הרא"ש דמהני תפיסה, האם גם בכה"ג דאיכא מוחזק ס"ל להרא"ש דמהני תפיסה, דהיינו שהלוה יחזור ויתפוס, או דכיון דעתה איכא פסק בב"ד לא מהני לחזור ולתפוס.

ונ' דגם בזה ס"ל להרא"ש דמהני לחזור ולתפוס ודוקא בכה"ג שהתופס ברי מטעם הנ"ל שאחר שהוא ברי אין בי"ד נזקקין לו ולא מתערבין ולכך אפשר להוציא מתפיסה קודם שנולד הספק.

הבה"ח איתמר אבוקסיס נ"ו

בחקירת האחרונים האם כ"א מוחזק בכולה או בחציה, בדיני ההודאה והאחיזה

מחבירו עליו הראיה, ומזה הת"ש פושטת הגמ' (בס"ד) שמדובר בשתק ולבסוף צווח ופשטין דהוה שתיקתו כהודאה ולכן הדין דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וקשה דכיון שמדובר באדוקין א"כ על מה שבידו אין צריך לישבע והוה כלאחר שנשבע וא"כ איך מועילה תפיסתו של התוקף על מה שביד הנתקף והרי לא שייך הודאה כיון דא"א למימר איני נשבע אחר שאינו צריך לאותה שבועה.

ובשלמא לפי השיטה ל"ק כלל כיון שכאשר שותק מודה גם על מה שבידו, ואין לומר שאם נפרש שתיקתו כהודאה א"כ נמצא שנשבע לשקר כיון שאינו נשבע כלל ורק דהדין הוא שאינו חייב שבועה, אבל לפי הקצות קשה דהרי על מה שבידו לא שייך לומר איני נשבע כיון שאין צריך לישבע וצ"ב.

וליישב דברי הקצות"ח יש לעיין בעיקר דין שנים אדוקים וזה איתא שם (ז:) תני ר' תחליפא בר מערבא דמיה דר' אבהו שנים אדוקין בטלית זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקין בשוה, מחוי ליה ר' אבהו ובשבועה ע"כ, ויש להבין כוונת ר' אבהו באומרו ובשבועה האם נשבעים על השאר דוקא או"ד דנשבעים גם על מה שתחת ידם, ובתוס' שם (ד"ה מחוי) כתב

גרסינן בב"מ (ו ע"א) בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו, היכי דמי אי דשתיק אודיי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד, לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח, מאי מדאשתיק אודיי אודי ליה או"ד כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קחזו ליה רבנן וכו' ע"ש, וכתב רש"י (ד"ה תקפה אחד) ז"ל הוציאה מיד חבירו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו עכ"ד, מבואר ברש"י דכל ספיקא דר' זירא הוא דוקא קודם שנשבעו אבל אחר שנשבעו ליכא לספוקי כלל. וטעמו נראה דכל הא דאיכא לספוקי ולומר דאיכא הודאה הוא דוקא לפני השבועה אבל לאחר השבועה אין נראה לומר שהודאה כיון דנמצא נשבע לשקר, וכן משמע מהשטמ"ק, מיהו הקצות"ח בס"י קלח ביאר דספק הודאה דר' זירא אין פירושו הודאה ממש שמודה שטלית זו של חבירו, אלא פירושו סילוק שאומר איני נשבע וע"כ חייב לומר שכ"ז לפני שנשבעו שאז יש לתלות דהוה שתיקתו כאומר איני נשבע אבל אחר השבועה אין שייך לומר איני נשבע.

ולבאורה יש להקשות על דברי הקצות מהא דת"ש דר' נחמן בד"א ששניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת יד אחד מהם המוציא

(יעויין בקוב"ש ח"ב ס"ט שחקר בזה), דיש לחקור באחיזת שנים בטלית האם כ"א חשיב למוחזק בכל הטלית וא"כ מדיני המוחזקות אין לנו לעשות דיני חלוקה או"ד דחשיב כ"א למוחזק בחציה וא"כ אם עבדין יחלוקו מדיני המוחזקות עבדין, ונראה דהרמב"ם סבר שכ"א חשיב למוחזק בכל הטלית וא"כ מה שנשבע הוא מדין שבועת הנוטלין ולכן גם הכא בעי שבועה רק על השאר משום שמה שמחזיק אין חשיב לנוטל, ואילו תוס' סבר שכ"א מוחזק בחציה וא"כ שבועת המשנה היא מדיני שבועת הנפטריין וא"כ אפי' הכא שהוא מוחזק בעינן שבועה להפטר מטענת חבירו.

והמעייין בזה הדבר ימצא שיבוש דלפיי"ז יוצא דשיטת תוס' שכ"א חשיב למוחזק בחצי מהטלית היא שיטת רש"י משום דרש"י אחז כהתוס' דנשבעים גם על מה שבידם וא"כ ע"כ סבר נמי שכ"א חשיב למוחזק בחצי מהטלית ושבועת המשנה שבועת הנפטריים היא, וזה קשה משום דכתב רש"י בריש פירקא (ב. ד"ה שנים אוחזין) וז"ל דוקא אוחזין דשניהם מוחזקים בה ואין לזה כח בה יותר מבזה שאילו היתה ביד אחד לברו הוי אידך המוציא מחבירו ועליו להביא ראיה בעדים שהיא שלו ואינו נאמן זה ליטול בשבועה עכ"ד. ונראה לדייק בדבריו דכל הדין של המוציא מחבירו שייך רק באחד שמחזיק אבל בשנים שאוחזין בטלית אין דין מוציא, ולכאורה הביאור בזה הוא משום דסבר רש"י שכ"א מוחזק בכל הטלית ולכן לא שייך דין מוציא דכיון שכ"א מוחזק בהכל חשיב כאילו אף אחד לא מוחזק ולכן לא שייך מוציא.

דאף על מה שבידם בעינן שבועה וטעמו דכיון דעיקר השבועה נתקנה כדי שלא יהא אדם הולך ותוקף טליתו של חבירו ואומר שלי היא א"כ צריך שבועה גם על מה שבידו ממש, מיהו הרמב"ם ה"ט מטוען ונטען ה"ט חלק ע"ז וכתב דכל חיוב שבועה הוא רק על השאר ומה שנשבעים על מה שבידם הוא רק מדין גלגול שבועה.

לפיי"ז י"ל שכל דברי הקצוה"ח בביאורו על רש"י הם רק לשיטת התוס' דחייבים שבועה גם על מה שתחת ידם, ולא לשיטת הרמב"ם שנשבעים רק על השאר, וא"כ סבר רש"י כהתוס' ולא כהר"מ.

ואולי י"ל דאפי' סבר רש"י כהרמב"ם ל"ק משום דגם לפי הרמב"ם נשבעים על מה שבידם ורק דאין זה חיוב ממש מדיני השבועה מ"מ מדין גלגול כן חייב שבועה וא"כ בשביל ליטול טלית זו יצטרך לישבע מדין גלגול, וכאשר שותק הוא מגלה בדעתו שאינו רוצה לישבע לא חיוב שבועה על השאר ולא חיוב שבועה על מה שבידו מדין גלגול וכיון שאינו רוצה לישבע מועילה תפיסת התוקף גם על מה שביד חבירו, מיהו בזה יל"ע משום דאחר שאומר איני נשבע על השאר אין עליו כבר דין שבועה מדין גלגול וא"כ יטול גם ללא שבועה את מה שתחת ידו, וא"כ למה שיאמר איני נשבע על מה שיש בידו אם יכול לקבלו גם ללא השבועה, הלכך נראה יותר דסבר רש"י כהתוס' ולא כהרמב"ם.

והנה יל"ע ביסוד מחלו' התוס' והרמב"ם, ונראה שנחלקו בחקירה הידועה

ולבאורה לפי הבנה זו יוצא דעת רש"י דהא דתנן אוחזין לאו דוקא הוא כיון דאחר ששניהם מוחזקים חשיב כ"א מוחזק בהכל ואין דין מוציא ומ"מ עבדינן יחלוקו א"כ גם בלא אוחזין נעביד יחלוקו משום דגם אז אין דין מוציא, והא דכתב רש"י אוחזין דוקא אין בא למעט לא אוחזין כלל, אלא בא לאפוקי מהמשך דבריו במקום שרק אחד מוחזק דאז הדין הוא שהמוציא עליו להביא ראיה ולא עבדינן יחלוקו כמו באוחזין.

ובשיטת הביא בשם הרדב"ז דמרש"י משמע שחלק על הריב"א בב"ב, דהריב"א כתב דאוחזין לאו דוקא ועבדינן יחלוקו גם בטלית מונחת ברה"ר ואילו רש"י סבר דאוחזין דוקא ואילו בטלית מונחת ברה"ר לא עבדינן יחלוקו כדין המשנה, וזה לא כמו שביארנו ודייקנו ברש"י.

מ"מ משמע דסבר רש"י דשנים שאוחזין בטלית חשיב כ"א למוחזק בכולה, וזה קשה דהרי לפי דברי הקצוה"ח צריך לומר דרש"י סבר כהתוס' שכ"א מוחזק בחציה ואילו הכא משמע שסבר כהרמב"ם שכ"א מוחזק בכולה, ועוד דגם תוס' עצמו כתב שם (ד"ה יחלוקו) דשנים שאוחזין איכא לכ"א אנן סהדי על חציה משום שכ"א מוחזק בחציה וזה לא כפרש"י.

עוד יש להוכיח דנחלקו רש"י ותוס' בגדר המוחזקות בשנים אוחזין, דהנה מבואר בגמ' (ב:) דבשנים אוחזין ליכא דררא דממונא, ונחלקו שם רש"י ותוס' בטעם הדבר, דרש"י כתב דדררא דממונא הוא שייכות ממון וכיון דבמשנה מדובר במציאה אין הפסד ממון לאחד מהם,

ואילו תוס' כתב דדררא דממונא הוא ספק לבי"ד בלא טענותיהם ובמשנה אין ספק לבי"ד בלא טענותיהם ולכן ליכא דררא דממונא, ויש מקשים דהרי לקמן (ה.) כתב רש"י דבשנים אוחזין איכא דררא דממונא וטעמו משום שיש ספק לבי"ד בלא טענותיהם, וזה קשה שהרי כאן כתב רש"י דליכא דררא וזה משום שדררא זה שייכות ממון ואילו שם כתב שיש דררא וזה משום שדררא פירושו ספק לבי"ד בלא טענותיהם, וביארו דסבר רש"י דאיכא תרי דררא דממונא, האח' גבי חיוב שבועה והוא הסוגיא בד' ב' ודררא פירושו שייכות ממון כלומר דיש הפסד לאחד מבע"ד בנידון זה ולכן משביעים, והשני הוא גבי החלוקה שזהו ספק לבי"ד בלא טענותיהם וזה כן שייך בשנים אוחזין ולכן כתב רש"י בד' ח' דאיכא דררא, ועדיין צ"ב מה נחלקו רש"י ותוס'. ונראה שנחלקו בחקירה דלעיל שרש"י שסבר שיש ספק לבי"ד בלא טענותיהם הוא משום דסבר דבשנים אוחזין חשיב כ"א למוחזק בכל הטלית וא"כ יש צד לומר שהכל של שניהם ויש סברא לומר שהכל שייך רק לאחד מהם וזה ספק אפי' בלא טענותיהם, ותוס' שסבר דאין בשנים אוחזין ספק לבי"ד בלא טענותיהם הוא משום שסבר שבשנים אוחזין כ"א מוחזק בחצי מהטלית ולכן בלא טענותיהם יש להעמיד לכ"א חצי מהטלית.

ולפי"ז קשה דמכל היוצא משמע דרש"י ותוס' בריה פלוגתא הם דרש"י סבר שכ"א מוחזק בהכל ותוס' סבר שכ"א מוחזק בחצי, ולפי הקצוה"ח צריך להעמיד דסבר רש"י כהתוס' שכ"א חשיב למוחזק בחציה וזה א"א וצ"ב.

אוחזין חלק על תוס' ואין זה סתירה כלל משום דדברים חלוקים הם.

ובגדר מחלוקת הרמב"ם והתוס' נראה לבאר באופן אחר דהנה בריש דברנו כתבנו דאולי יש לומר דבאמת רש"י כהרמב"ם שאין נשבעים על מה שתחת ידם והא דקשיא דא"כ מה שייך איני נשבע על מה שתחת ידם והרי אין חייב שבועה כלל, וביארנו דלא קשה משום דגם לפי הרמב"ם נשבעים על מה שבידם ורק שאין זה מדין שבועה ממש אלא מדין גלגול וא"כ כאשר שותק אומר שאינו רוצה לישבע לא על השאר מדין שבועה ממש ולא על מה שבידו מדין גלגול, וכתבנו דיש לדון בזה דכיון שאומר איני נשבע על השאר ממילא אין צריך לומר איני נשבע על מה שבידי משום דכל מה שנשבע על מה שבידו הוא מדין גלגול ולכאורה אם אין שבועה על השאר ממילא אין גם גלגול ויקבל את מה שבידו גם ללא שבועה, ובאמת יל"ע בזה דהנה בנחל"ד כתב ליישב שיטת הרמב"ם דאין נשבעים אלא על השאר, דהרי כתב התוס' שצריך שבועה גם על מה שבידם וטעמו משום דעיקר תקנת השבועה הוא כדי שלא יהא כל אחד תוקף טליתו של חבירו ואומר שלי היא וא"כ מטעם זה בעי שבועה גם על מה שבידם, ולכאורה יש להבין סברת הרמב"ם בתקנה זו ובנחל"ד ביאר דסבר הרמב"ם דבאמת מטעם תקנה זו צריך לתקן שבועה גם על מה שבידם ומה שלא מתקנים הוא משום דאיכא כבר שבועה מדין גלגול וא"כ נתקנה התקנה ע"י שבועת גלגול, ושאל שם הנחל"ד דהרי איכא מקומות דאין בהם גלגול כגון

ובאמת יל"ע בדעת התוס' בגדר שבועת שנים אוחזין, דהנה מבואר מדברי הגר"א בביאורו לחו"מ סי' פ"ז ס"ק כ"ד לענין מה שנחלקו הפוסקים אם עד המסייע פוטר גם משבועת הנוטלין, דיש שכתבו דהיכא דדינו ליטול בשבועה לא שייך שיטול בלא שבועה אפילו אם עד מסעייו, והוכיח שם הגר"א ממה שפירש ר"ת דעד המסייע פוטר משבועת שנים אוחזין, דס"ל דעד המסייע פוטר גם משבועת הנוטלין יעו"ש, הרי מבואר דנקט הגר"א בפשיטות דשבועה דשנים אוחזין הוי מכלל שבועת הנוטלין לדעת התוספות, ולכאורה לפי"ז כל דברנו הם כבנין העומד יסודו על התבן משום שלעיל ביארנו דנחלקו התוס' והרמב"ם האם שבועת ר' אבהו היא על השאר או אף על מה שבידו דתוס' סבר אף על מה שבידו ואילו הרמב"ם חלק דכל מה שנשבעים הוא דוקא על השאר, וביארנו דיסוד מחלוקתם הוא בחקירה במוחזקות דשנים אוחזין האם חשיב למוחזקים בכולה או בחציה, ואמרנו דתוס' סבר שכ"א מוחזק בחצי מהטלית ולכן סבר דשבועת מתני' שבועת הנפטריין היא ולכן צריך לישבע גם על מה שבידו, והרמב"ם סבר שכ"א מוחזק בכל הטלית וא"כ שבועת המשנה שבועת הנוטלין היא ולכן בעי שבועה רק על השאר דע"ז מקרי נוטל, ולכאורה השתא משמע מדברי הגר"א דשיטת התוס' דשבועת המשנה אין היא שבועת הנפטריין אלא שבועת הנוטלין, וא"כ אין להעמיד יסוד מחלוקתם בגדר השבועה, והשתא דאתית להכי מתיישב הקצוה"ח שפיר דבאמת סבר רש"י כהתוס' דנשבעים גם על מה שבידם ולגבי גירי מוחזקות בשנים

ששניהם מחזקים בטלית כ"א עד חציה ממש שאז אין שאר שנשבעים עליו ותירץ דדבר שאינו שכיח הוא ובמקום דלא שכיח לא עבוד רבנן תקנתא.

ולבאורה עדיין יש להקשות דהרי יש מקום שאין גלגול וכגון שאומר שלא רוצה לישבע על השאר וא"כ יקבל מה שבידו ללא שבועה ואז לא נרויח את תקנת המשנה שלא יהא כל אחד הולך ותוקף טליתו של חבירו, ועוד יש להבין לפי הנחל"ד במה נחלקו הרמב"ם והתוס' וכי לפי התוס' אין שבועה מדין גלגול וצ"ב.

ונראה דיש לחקור בדין גלגול שבועה האם דין הוא בשבועה שנאמר שיש כח בשבועה קמיתא להחיל חלות חיוב לעוד שבועה, או שאין זה דין בשבועה אלא בעצם חלות חיוב שבועה שיש לו באותו החפץ, והנפק"מ כגון

שאינו יכול לישבע וא"כ אין לו שבועה קמיתא דלפי הצד הראשון לא התחייב שבועה מדין גלגול כיון דרק בכח השבועה להחיל ולגלגל שבועה נוספת ואם ליכא שבועה ליכא גלגול, מיהו לפי צד ב' בחקירה נראה דאיכא גלגול אע"פ דליכא שבועה קמיתא משום דאין השבועה בעצם מחייבת אלא החיוב שבה הוא המחייב וא"כ גם אי נימא דאינו יכול לישבע אין זה מוריד את חיובו בעצם ולכן חל עליו חלות חיוב המחייב גלגול.

וא"כ אתי שפיר דברי הנחל"ד דהביאור הוא דסבר הרמב"ם כמו הצד הב' בחקירה שאין זה תלוי בשבועה אלא בחיוב ולכן אע"פ שאומר איני נשבע אין הוא נפטר מדין גלגול וא"כ לפי"ז אפשר לומר גם שסבר רש"י כהרמב"ם, מיהו התוס' סברו כמו הצד הראשון בחקירה ולכן יש צורך לחייב שבועה גם על מה שבידם, ואולי יש לחלק ודו"ק.

הבה"ח אליהו הלל מאיר אביסרור נ"ו

בדברי התוס' ד"ה אגרת ליה בלא סהדא

הוי ליה למיעבד. (ה) שיטת הדרישה סימן קל"ח ס"ק ח' שמוכח דווקא כדעת הרא"ש שנאמן בטענת תקפה כי אם לא כן הגמ' הייתה צריכה לומר רבותא שבחטף אינו נאמן ועוד שלא יתכן שטענת חטף יותר גרועה שוודאי לא נאמן מטענת אגרתיה שהגמ' הסתפקה.

הרמ"א בסימן קל"ח סעיף ח' אומר כשיטות הראשונים שאומרים שנאמן בתקפה ומביא זאת בשם המגיד משנה פ"ט מטוען ונטען הי"ג שאף הוא מביא כשיטת הרמב"ן והרשב"א.

ונביא את שיטות הראשונים לענין שלא נאמן בתקפה (א) שיטת הריטב"א שאינו נאמן בתקפה דלא חשדינן לאינישי כגזלנא.

(ב) שיטת הרמב"ם פ"ט מטוען ונטען הי"ג שאומר שאינו נאמן בטענת חטפה ממני והמע"ה.

ומביא הרמ"ך טעם לדברי הרמב"ם מכיוון שזה מקום דרואין אם מיחטף והוה ליה למיצווח ומדלא מייתי סהדי לא נאמן. אומר הקצות החושן סימן קל"ח סק"ה דלפי"ז יוצא דלשיטות דאומרים שנאמן בטענת חטפה קשה שאלת תוס' שיהיה נאמן לומר השכרתיה במיגו דהיה אומר חטפה אך לשיטות דאמרו דלא נאמן לא יהיה קשה קושיית תוס'.

בעי' ר' זירא הסתפקה הגמ' מה הדין שנים שאחזו בטלית ותקפה אחד בפנינו בשתיק ולבסוף צווח. מנסה הגמ' להביא ראיה מברייטא שכתוב בד"א בששניהם אדוקים בה אבל יוצאת מתחת יד אחד מהם הדין הוא המע"ה.

מעמידה הגמ' שמדובר שתקפה וא"כ יש ראיה שמוציאין.

דוחה הגמ' שמדובר ששניהם היו תפוסים ואמרנו להם פלוגו ויצאו וחזרו כשאחד תופס לבד בטלית וטוען שהשני הודה לו אך השני טוען שהשכיר לו הדין שאומרים לו שעד עכשיו חשדת בו כגזלן עכשיו לא ייתכן שהשכרת לו את אותו חפץ ללא עדים לכן לא נאמן.

תוד"ה אגרת ליה אומר תוס' שלא נאמן במיגו שהיה אומר תקפה ממני דמיגו במקום סהדי ונחלק את התוס' לכמה חלקים (א) משמע מתוס' שאם אומר תקפה ממני נאמן.

ונביא בזה את שיטות הראשונים לענין שבטענת תקפה נאמן (א) הובא כבר את שיטת תוס'. (ב) שיטת הרא"ש שאומר שנאמן ואומר הקרבן נתנאל מכיון שזה רגיל שיתעצם אחד על חבירו ויתקוף ולכן התוקף לא נאמן לומר אודי אודי לי. (ג) שיטת הרמב"ן שאומר שנאמן מטעם שהתפיסה שתפסתי קודם זה כמאה עדים. (ד) שיטת הרשב"א שאומר שנאמן דמאי

שואל התומים בסימן קל"ח ס"ק ח' בשלמא לדעת תוס' ושאר הראשונים דנאמן בחטפה זה החידוש בגמ' הרי וודאי שבמקרה שאחד מגיע לשני ואומר לו החפץ שבידך שלי הוא והשכרתי לך דלא יהא נאמן וכ"ש כאן שלא היה מבורר לעולם דהיה שלו אז זה החידוש של הגמ' שלא נאמר מיגו דחטפה אך לדעת הרמב"ם דלא נאמן קשה מה הגמ' באה לחדש כאן.

מתרץ התומים דהחידוש לדעת הרמב"ם שמדובר אפילו בחפץ שעשוי להשאיל ולהשכיר והו"א דחצי יהיה שלו אפילו בלא ראייה קמ"ל דלגבי אותו בע"ד אינו נאמן והוי החפץ כדבר שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר. אומר הקצות סימן קל"ח סק"ה דלשיטות דסוברות שחטפתי לא נאמן אז גם השכרתי בפני עדים לא יהא נאמן דטענת השכרתי היא לא טענה עצמית אלא תלויה בחטפה.

שואל הקצות דהרי מהגמ' משמע שכן נאמן לומר השכרתי אם מביא עדים שכתוב והשתא מוגרת ליה בלא סהדי א"כ קשה לשיטות דסוברות דחטפה אינו נאמן. מתרץ הקצות שזה נחשב כדברים שאין עשויין להשאיל ולהשכיר אלא בעדים מכיוון שזה תלוי באהבת האיש ושנאתו וע"פ זה נקבע האם החפץ הוא דבר שעשוי להשאיל ולהשכיר או לא. **ומביא** ראייה מהטור בסימן ע"ב וברמ"א שם סעיף י"ז שאומר גם כך שמכיוון שאינו עשוי להשאיל ולהשכיר זה לא נחשב מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר מכיוון דאין דרך להשכיר בעדים דטריחא ליה מילתא.

אך הנתיבות המשפט בסימן קל"ח סעיף קטן י' חולק על הקצות ואומר שאם הביא עדים דנאמן בדברים דעשויים להשאיל ולהשכיר, אך גם הוא מודה שכשלא הביא עדים חשיב כדברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר.

הבית הלוי בחלק ג' סימן מ"ב אומר בדעת הרמב"ם שחטפה לא נאמן שגם אם אומר השכרתי בפני עדים אם לא הביא את העדים לא נאמן דאם לא כן מה החידוש בגמ' שאמרה המוציא מחבירו עליו הראייה שצריך להביא עדים לבי"ד מה ההבדל אם אומר שיש לו עדים אלא ע"כ שאם רק אומר דיש לו עדים ולא הביא אותם דאינו נאמן.

ואומר הבית הלוי ומזה מוכח דחטפה אינו נאמן ולכן כשאומר השכרתי בפני עדים לא אומרים דנאמן במיגו דחטפה.

ומובא בתומים סימן קל"ח סק"ח דלפי השיטות דכן נאמן בחטפה א"כ כשאומר השכרתי בפני עדים והלכו למדינת הים יהיה נאמן במיגו דאי אמר חטפה וכן כך אומר הרמ"א.

אך הוקשה לתומים מה החידוש פשיטא דאם אומר השכרתי בפני עדים דיהא נאמן וכי אטו בכיפה תלו ליה ולמה צריך להגיע למיגו דחטפה. ומתרץ התומים דהחידוש הוא דמדובר אפילו בחפצים דאין עשויים להשאיל ולהשכיר דאינו נאמן לומר השכרתיך אפילו בכלים דמוחזקין דהן שלו לכך היה צריך לומר מיגו דחטפה.

מטעם חזקה או עדים במקרה שטען אגרת ואח"כ תפס ממנו הטלית דלהטעם שזה מצד חזקה נאמן במיגו שיש פה ספק כרגע ואין מוחזק אך להטעם דזה מצד עדים אז לא יעזור התפיסה דעדיין יש כאן עדים והוי אנן סהדי במקום עדים.

שואל הקצות בסימן פ"ב ס"ק ט' איך הרמ"א אומר שנאמן לומר השכרתי לו בפני עדים והלכו למדינת הים נאמן במיגו דהיה אומר חטפה והרי זה מיגו להוציא ומיגו להוציא לא אמרינן.

מתרץ הקצות דמכיוון דיש כאן חזקת ממון לא אמרינן מיגו להוציא למרות שהטלית כרגע ביד אחד הוא לא נחשב כמוחזק לענין זה ומעמידים פה בחזקה קמייטא שהוא של שניהם ולכן מהני מיגו.

הכתב וחותרם סימן נ"ב על סימן קל"ח בהג"ה גם התקשה בכך דהוי מיגו להוציא ואומר דכיון דהיה נאמן לטעון תקפה לא יצא מחזקתו, ועוד דבטענת שכרתי החפץ עוד בחזקתו ולא הוי להוציא.

אך מקשה הכו"ח דבסמ"ע ריש סימן קל"ד מובא באומן שלא נאמן לומר על חפץ השאלתיו מכיון דהוי מיגו להוציא והרי דאף דהחפץ היה בחזקת בעלים ועתה טוען דשלו הוא הוי מיגו להוציא אף כאן בטלית נאמר דהוי מיגו להוציא.

מתרץ הכו"ח דבעלמא מכיוון דיש כאן תפוס בחפץ נחשב כמוציא אך כאן בטלית למרות שהדבר ביד אחד מוכח

ולפי"ז יוצא דבכלים דעשויים להשאיל ולהשכיר לא צריך להגיע לטעם דמיגו דחטפה אלא אפילו אמר דהיו עדים והלכו למדינת הים נאמן.

ומובא בתומים דבזה אפילו הרמב"ם יודה דכל מה שחולק זה רק בכלים דאין עשויים להשאיל ולהשכיר.

ואומר הבית הלוי דלשיטות דסוברים דחטפה נאמן אז מה שכתוב בגמ' המוציא מחבירו עליו הראייה אין הכוונה דעכשיו צריך להביא עדים אלא דעכשיו יהא נאמן לומר השכרתי ומחדש הבית הלוי אפילו שאומר דהיה שלא בפני עדים רק דכוונת הגמ' דהמע"ה דצריך להביא ראייה על זה שהוא מצאה ואם הביא על זה עדים נאמן גם לומר השכרתי אפילו בלא עדים דפשיטא דיהא נאמן. ואומר דמשום דהרמב"ם נתקשה להסביר זאת על הסכסוך הראשון ולא על הסכסוך העכשוי לכן פסק דאינו נאמן.

(ב) תוס' פה אמר שהטעם דלא נאמן מכיוון דזה מיגו במקום עדים.

אומר המהר"ם איזה עדים יש פה אנן סהדי דלא אגרת ליה דעד השתא חשדת לה בגזלן.

הנימוק יי מביא גם כמו התוס' אך מביא אי נמי מכיוון דזה מיגו במקום חזקה דהחפץ נמצא כרגע אצל התובע ואף הרשב"א מביא אי נמי כזה דהוי מיגו במקום חזקה וקולא לתובע וחומרא לנתבע.

ולפי"ז אומר הרעק"א על הרמב"ם דיש נפק"מ בין שני השיטות האם זה

דבתקיפה בא לידו ולכן נחשב עדיין
דשניהם מוחזקים בטלית ואין זה מיגו
להוציא.
ובשיעורי ר' דוד אות נ"ב הוקשה לו
דהוי מיגו להוציא.
ומתורין בשיעורי ר' דוד ע"פ הבית הלוי
ח"ג סימן ל"ג דכל מה שאומרים
דהוי מיגו להוציא זה רק היכא דטענת
המיגו הוי גם להוציא אבל היכא דטענת
המיגו לא הוי מוציא לא נחשב כמיגו
להוציא ולכן כאן שהמיגו הוא דהיה טוען
תקפה אין זה להוציא דזה גופא הוא טוען
דהוא המוחזק ורק דזה חטף ממנו לכן לא
הוי מיגו להוציא.

הבה"ח אפרים אגמי והבה"ח בנימין מנדלזון נ"ו

בדין תקיפה בפני עדים ובענין שתיק והדר צווח

ובשיטמ"ק בשם הרדב"ז דחה סברא זו, דדווקא טענה אדם לא מגלה חוץ לבי"ד, אבל הכא שגזלו בפני עדים, אם לא יצווח גם העדים לא יבאו להעידו, דיחשבו העדים שהחוטף ידיה שקיל וצריך לצווח ואם לא צווח אודויי אודי ליה.

הוכחת הרשב"א דבפני עדים לא הוי הודאה

והנה בהמשך הגמ' איתא 'אמר ר"נ ת"ח במה דברים אמורים ששניהם אדוקים בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה היכי דמי וכו' אלא שתקפה אחד בפנינו' ע"כ. והיינו דר"נ מיייתי סיעתא דתקפה אחד בפנינו ושתיק והדר צווח הוי הודאה, דהא קתני המע"ה, והקשה הרשב"א מה הראיה דבשתיק והדר צווח הוי הודאה, דלמא התם מיירי בפנים עדים ולכך הוי הודאה, אבל בפני בי"ד אכתי איכא למימר דלא תיהוי הודאה, אלא כותב הרשב"א בעל כרחך מדלא דחי כן מוכח דבפני עדים פשיטא דודאי שאין זה הודאה, וכיון דקתני המע"ה, על כרחך דאיירי בבי"ד ושתיק והדר צווח.

תירוצו הרשב"א דבפני עדים הוי הודאה גמורה

ולאריטב"א שכתב דבפני עדים הוי הודאה קשה כנ"ל, דמה

בגמ' בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו ה"ד אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד לא צריכה דשתיק מעיקרא והדר צווח מאי מדאשתיק אודויי אודי ליה או דלמא כיון דקצווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן ע"כ, וביאור הספק הוא נשתקפה אחד בפנינו ואידך שתיק והדר צווח, האם הוי הודאה וקנה, או דלא הוי הודאה ויחזיר מה שתפס.

שיטות הראשונים בתקיפה בפני עדים

ומלשון הגמ' ד'תקפה אחד בפנינו' דייקו הרמב"ן והריטב"א דדווקא בפני בית דין בשתיק והדר צווח הסתפק ר' זירא האם הוי הודאה או לא, אבל בפני עדים אפילו שתיק ולבסוף צווח הויא הודאה גמורה ואין מוציאין מיד התופס.

שיטת הרשב"א דבפני עדים אי"ז הודאה

אך הרשב"א מדייק להפך, דדווקא בפני בי"ד יש צד ש'שתיק והדר צווח' יהיה הודאה, אבל בפני עדים ודאי שאין זה הודאה, דהא דשתיק הוא משום דבפני עדים אין זה מקום המשפט, ולא מגלי איניש טענתיה חוץ לבי"ד, דמימר אמר כי ליכא איניש למידן מאי אצווח, ומאן דאית ליה דינא לבי דינא אזיל, ולכך השתיקה אינה הודאה, ולפי"ז נראה דאפי' בשתיק מתחילה ועד סוף בפני עדים אי"ז הודאה, דהא אי"ז מקום המשפט ולמה לו לצווח,

הראיה לשיטת הריטב"א

ובשיטמ"ק הוכיח כשיטת הריטב"א דבעינן שיצווח מיד אחר התקיפה, מלשון הגמ' דקאמר "או"ד כיון דקצווח השתא" וכו', ומשמע לשון 'השתא' דהיינו שצווח לאחר התקיפה, ודלא כהרא"ה שצווח בסוף התקיפה, וכן משמע דלא כהרשב"א, דהא לישנא דהשתא משמע מיד אחר התקיפה, ואי כהרשב"א הו"ל לפרש שיכול לצווח עד שיצאו מבי"ד וכן דייק החת"ס, ועוד הוסיף השיטמ"ק דמסברא ממע דלא כהרא"ה, דאם צווח בסוף התקיפה הו"א צוחה גמורה ואין כאן ספק הודאה כלל.

הראיה לשיטת הרשב"א

וצ"ב לפי"ז שיטת הרשב"א, מנ"ל דיכול לצווח עד שיצאו מבי"ד, וכתב החת"ס דהרשב"א הוכרח לפרש כן מהמשך הגמ', דמייני ראייה מ'היתה טלית יוצא המתחת ידו של אחד מהם המוציא מחבירו עליו הראיה', דמוכח דבדתיק והדר צווח הו"א הודאה, ואי יכול לצווח רק מיד לאחר התקיפה, ובצווח לאחמ"כ לא איבעיא לן כיון דודאי הו"א הודאה, א"כ מאי פשיט מהתם דמהני תקיפה, דלמא התם איירי שצווח רק קודם שיצאו מבי"ד ולא מיד לאחר התקיפה, ובהא הא לא איבעיא לן דודאי הו"א הודאה, אבל בשתיק וצווח מיד לאחר התקיפה מנ"ל דהו"א הודאה, ועל כרחך דהא נמי מיבעיא לן כל זמן שלא יצאו מבי"ד אי צווח הו"א הודאה או לאו, ושפיר פשיט מהיתה טלית יוצאה מתח"י של אחד מהן דמהני.

ההוכחה מדאמרינן במע"ה בהיתה טלית יוצאת מתח"י של אחד מהם, דשתיק והדר צווח הו"א הודאה, דלמא התם מיירי שתקף בפני עדים, אבל בפני בי"ד איכא למימר דלא הו"א הודאה, ומתרץ הריטב"א דאי בפני עדים מיירי הו"א הודאה גמורה, אלא מהני אח"כ אפי' עדים, דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי והיאך קתני המע"ה דמשמע דמהני עדים, וע"כ דאיירי בפני בי"ד, דאף אם הו"א הודאה בשתיק והדר צווח, מ"מ אי"ז הודאה גמורה כ"כ שלא יועילו לו עדים אח"כ, והיינו דפשיט דשתיק והדר צווח הו"א הודאה ולא אמרינן ששתק משום דקחזו ליה רבנן.

שיטות הראשונים בשתיק והדר צווח

ובעיקר הספר בשתיק והדר צווח, מצאנו כמה שיטות בראשונים דהריטב"א הביא בשם הרא"ה דשתיק והדר צווח היינו ששתק בתחילת התקיפה, וצווח בסוף התקיפה קודם שהוציאה מידו לגמרי, אבל אם שתק בסוף התקיפה אפילו צווח מיד לאחר התקיפה הו"א הודאה, והריטב"א עצמו כתב דשתיק והדר צווח היינו ששתק בשעת התקיפה וצווח מיד לאחר התקיפה, דאם צווח בסוף התקיפה כשעדיין לא הוציאה מידו חשיב צווח מתחילה, ואם שתק עד קצת לאחר התקיפה ואח"כ צווח אפי' בבי"ד הו"א הודאה, דחשיב שתיק מתחילה ועד סוף, והרשב"א פירש דשתיק בתחילה היינו כשתקפה ממנו ולבסוף צווח קודם שיצאו מבי"ד ורק אם שתק עד שיצאו מבי"ד וצווח לאחר שיצאו מיקרי שתיק מתחילה ועד סוף.

ביאור המחלוקת בשתיק והדר צווח

ובביאור מחלוקת הרשב"א והריטב"א בזה, נראה לבאר שנחלקו בגדר הצווחה שלבסוף, דהנה הצד שתועיל הצווחה אע"פ ששתק מתחילה, מבואר בגמ' דהוא משום דאמרינן דהא דשתיק בתחילה הוא משום ד'קחזו ליה רבנן', ולא משום הודאה, והרשב"א שפירש שיכול לצווח עד שיצאו מבי"ד, ע"כ דס"ל שהעיקר בזה הוא הבי"ד, דאמר הא קא חזו לי רבנן, וכל זמן שלא יצאו מבי"ד שייך טעם זה. ואפילו לא צווח אכתי לא הוי הודאה עד שיצאו מבי"ד, והריטב"א שפירש שיכול לצווח רק מיד לאחר התקיפה, ס"ל דהטעם הוא דאף ששתק בשעת התקיפה, כיון דמ"מ צווח מיד לאחריה לא הוי הודאה, ונחלקו האם סברת 'קחזו לי רבנן' היא סיבה רק שלא יצווח מיד בשעתה תקיפה ועדין צריך שיצווח מיד לאחר התקיפה, או שהיא סיבה שלא יצווח כלל, ואף אם שתק לא הוי הודאה, ורק כשבטלה סיבה זו, דהיינו שיצאו מבי"ד וכבר לא חזו ליה רבנן, הויא הודאה אם לא צווח.

הרשב"א והריטב"א אזלי לשיטתייהו

ולפי"ז נראה לבאר דהרשב"א והריטב"א בתקיפה בפני עדים, אזלי לשיטתייהו בשתיק והדר צווח, דהרשב"א שפירש שיכול לצווח עד שיצאו מבי"ד, והעיקר בזה הוא משום הבי"ד עצמו, דאמרינן 'הא קחזו לי רבנן', סבירא ליה נמי דתקיפה בפני עדים שלא בפני בי"ד שאי"ז הודאה, והריטב"א שכתב שיכול לצווח רק מיד לאחר התקיפה, ואי"ז ענין

בבי"ד דווקא, דאפי' בתוך בי"ד כשעבר זמן לאחר התקיפה ורק אח"כ צווח הוי הודאה, סבירא ליה נמי דאפי' בפני עדים, אם לא צווח הויא הודאה דנתן לו לתקוף.

ביאור המחלוקת בתקיפה בפני עדים ובשתיק והדר צווח

והביאור בזה נראה כמו שביאר בספר בית לחם יהודה, דמחלוקת הרשב"א והריטב"א בשתיק והדר צווח בפני עדים אם הוי הודאה או לא, היינו שנחלקו בגדר הצווחה למה באה, האם היא בגדר טענה שטוען על כך שהשני חטף ממנו את חצי הטלית שהיתה בחזקתו, או שהיא תגובה טבעית של אדם על גזילה כשגוזלים ממנו, דהרשב"א סבר שהצווחה היא בגדר טענה על הגזילה, ועל זה שייכת הסברא דלא מגלי איניש טענתיה אלא בבי"ד, אבל בעדים אפי' שתק מתחילה ועד סוף לא הוי הודאה, דלמה לו לצווח שלא במקום המשפט, וכיון שהיא בגדר טענה גם יכול לטעון אפי' כשעבר זמן מהתקיפה כל זמן שלא יצאו מבי"ד, והריטב"א סובר שהצווח היא תגובה טבעית של אדם על גזילה, וכיון שצווח מוכח שאינו מודה, ולכך אפי' בפני עדים אם לא צווח מיד לאחר התקיפה הוי הודאה, וגם בבי"ד אמרינן דאם לא צווח מיד לאחר התקיפה הוי הודאה, אפי' שצווח אח"כ כיון שאי"ז בגדר טענה אלא בגדר תגובה טבעית על תקיפה והיה לו לצווח מיד וכנ"ל.

הוספה

ומצאנו עוד שיטה שלישית בדין תקיפה בפני עדים, בש"ך שכתב

דתקיפה בפני עדים דינה כתקיפה בפני
 ב"ד, והקשה התומים דלא מצאנו כזאת
 שיטה דהיינו לא כהרשב"א ולא
 כהריטב"א, והיה אפשר לפרש כוונת
 הש"ך דלפי מה שפסק השו"ע דבשתיק
 והדר צווח הוי הודאה, כך גם בפני עדים
 הוי הודאה גמורה, וכשיטת הריטב"א,
 אמנם מקושית התומים מבואר שלא הבין
 כן, אלא דס"ל להש"ך דבפני עדים דמי
 לבפני ב"ד, ונראה דבאמת אין צריך לזה,
 דבמאירי ובשלטי גיבורים בשם הרא"ש

כתבו ד'תקפה אחד בפנינו' לאו דווקא,
 דהוא הדין בפני עדים מיבעיא לן, אי הויא
 הודאה או לאו, והא דהוזכר בגמ' לשון
 דתקפה 'בפנינו' דמשמע דווקא בפני ב"ד,
 תירץ המהר"ל מפראג דלאו דווקא, אלא
 דכיון דאיירי מתני' שבאו לבי"ד כששניהם
 אוחדים, לכך קאמר בבעיא דתקפה בפנינו,
 אך באמת ה"ה בפני עדים, וק' היאך
 נעלמו דברי המאירי והשלטי גיבורים בשם
 הרא"ש מעיני התומים וצ"ב.

הבה"ח ישראל משה בלוי נ"ו

בגדר ממונו שזכה מדין המוציא מחבירו עליו הראיה

והוא נשאר ביד המוחזק בתורת וודאי, ואם יקדש בזה אשה הוי וודאי מקודשת, ולכן אם תפס השני מוציאין מידו.

וזחז שהוכיח רב חנניה דתק"כ מוציאין, דאי אין מוציאין היינו שדין מוחזק אינו דין וודאי אלא ספק, ואף כשהוא ברשותו הוא ספק א"כ נמצא זה פוטר חיוב מעשר וודאי שלו בספק ממנו של כהן, אלא ע"כ דתק"כ מוציאין ודין מוחזק הוא דין וודאי ולא משום כד"ג, והוי שלו לכל הדינים.

וע"ש בקבה"ע שהביא בשם ר' מאיר מיכל מווילנא בספרו המאיר לעולם להקשות, דהנה בגיטין ד"מב ע"ב בעי בגמ' מעוכב גט שחרור אי אוכל בתרומה או אינו אוכל, והיינו במפקיר עבדו שפקע הקנין ממון ואין לרב בעבד אלא קנין איסור, אי אכילת תרומה תלוי בקנין ממון וזה אין לרב ולכך אינו אוכל, או שהוא תלוי בקנין איסור וזה יש לרב ולכך אוכל בתרומה.

ומייתי שם בגמ' לפשוט מהא דאיתא ביבמות ד"צט ע"א דכהנת שנתערב וולדה בוולד שפחתה הרי אלו אוכלין בתרומה, מבואר כאן דאוכלין ממ"נ, שבין אם הוא כהן ובין אם הוא עבד כהן אוכל בתרומה, אף שלצד שהוא עבד הרי אינו יכול להשתעבד בו, מוכח שאכילת תרומה תלויה בקנין איסור, וה"ה

בגמ' ד"ו ע"ב "אמר ליה רב חנניה לרבה תניא דמסייע לך הספקות נכנסין לדיר להתעשר ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אמאי נכנסין לדיר להתעשר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן" והיינו דרב חנניה הוכיח כרבה דתקפו כהן מוציאין מידו, שאינו אפילו ספק ממונו של כהן, במקום שנשאר ביד ישראל משום הממע"ה, שהרי יכול הישראל להכניסו לדיר להתעשר עם שאר טלאים שלו, דאי ס"ד דתקפו כהן אין מוציאין מידו מפני שהוא ספק ממונו של כהן, א"כ איך יכול הישראל להכניסו לדיר להתעשר עם שאר טלאים שלו, הא נמצא זה פוטר ממונו בספק ממונו של כהן.

הגרא"ו זצ"ל בקובץ הערות סי' ע"א מבאר ספק הגמ' אי תקפו כהן מוציאין או אין מוציאין, הוא אי הממע"ה הוא דין וודאי או ספק, דאם הוא ספק כיון שאין יודעין של מי הוא, אין כח לב"ד לעשות מעשה, ממילא הוא נשאר ביד המוחזק, ולכן אם תפס השני אין מוציאין ממנו מאותו טעם שאין ב"ד עושים מעשה מספק, והוי דינא דכל דאליה גבר, וא"כ מה שאין מוציאין מכל אחד מהם הוא מספק, ואם יקדש בזה אשה הוי ספק קידושין.

או שדין הממע"ה הוא דין וודאי, הוא כמו באיסורים שהולכים אחרי חזקה, ה"ה לענין ממון הולכים אחרי חזקת ממון,

למעוכב גט שחרור שיאכל בתרומה, ודוחה הגמ' דשאני התם אם יבא אליהו ויאמר דעבדו הוא קנין כספו קרינא ביה, הכא לאו קנין כספו הוא כלל, והיינו דבנתערבו לא פקע אף הקנין ממון בגלל הספק.

והקשה דלהמבואר בסוגיין דבספק ממון דאמרינן הממע"ה, דינו הוא שאינו נחשב ממון של המוציא כלל מה מועיל הסברא ש"אם יבא אליהו ויאמר", כל זמן שעדיין לא בא ספק הוא והמע"ה, ואין לו קנין ממון.

וע"ש בקוב"ע שחקר במה שאמרינן ת"כ מוציאין מידו מכח הממע"ה.

דחנה באיסורים מצאנו ב' אופני הכרעה, א. ע"פ עדים. ב. ביטול ברוב. ודינם חלוק, שעדות אינה יוצרת הדין אלא מבררת הדין, שעלינו להאמין לעדים שכך הוא. אבל אי כלפי שמיא גליא שאינו כן, אפילו שהעדים כשרים לא ישתנה הדין ע"פ העדים, וכגון שיש ספק בב' חתיכות איזו חלב ואיזו שומן, והעדים העידו על א' שהיא חלב ועל א' שהיא שומן, ואחר יודע שהאמת הפך דבריהם, אסור לו לאכלו וכן להאכילו לאחר, ואם האכיל אחר עבר משום לפני עור, אפילו שהאחר יכול לאכלו ע"פ העדות, וכדאיתא ביבמות ד"פז ע"ב ניסת ע"פ שני עדים ואח"כ בא בעלה תצא וחייבת בקרבן.

וכתב שם שזהו גם הגדר בחזקת איסורים, וזה גזה"כ שהולכים אחרי חזקה, אבל אי"ז יצירת דין היתר שכן הוא.

משא"כ בביטול ברוב ששם ההכרעה היא יצירת דין, כגון ג' חתיכות ב' שומן וא' חלב, ואין ידוע איזו מהן חלב ואיזו שומן, מדאוריתא הרי"ז בטל ברוב והכל מותר, ועיין ברא"ש חולין פרק ז' סי' לז', שהגדר בזה הוא שהאיסור נהפך להיתר, וחתיכת החלב נהפך לשם שומן, ומותר לאכל כל הג' חתיכות יחד.

ובזה דן, בהכרעת הממע"ה האם הוא בירור הדין או יצירת הדין, ונחיד הדברים בנפק"מ באופן דממה נפשך, כגון ראובן שקידש אשה בספק קידושין, כגון נתן הוא ואמרה היא, והאשה נתנה כסף הקידושין לשמעון במתנה, וחזר שמעון וקדשה באותו ממון עצמו, שמצד הבירור ממ"נ אינה צריכה גט משמעון, דאי קידושי ראובן חלו בוודאי לא חלו קידושי שמעון כלל, ואי לא חלו קידושי ראובן אינה ממון האשה, ואינה יכולה ליתנו מתנה לשמעון, אבל אם הוא יצירת דין תהיה צריכה גט משמעון, שהרי ע"י הממע"ה נוצר דין שהוא כספה.

ובזה מישב הקושיא מגיטין הנ"ל דזה גופא השו"ט שם דבס"ד סבר שהוא יצירת דין, וא"כ כיון דיש כאן ספק מי העבד והמע"ה פקע קנין הממון מהעבד. ואפ"ה אוכל בתרומה, מוכח שאכילת תרומה תלויה בקנין איסור, והתרצן דוחה, שהמע"ה אינו אלא בירור ולא נוצר דין ע"י החזקת ממון, ואי קמי שמיא גליא שהוא של המוציא לא פקע הקנין ממון שלו, ולכך יכול לאכול בתרומה ממ"נ, או שהוא ממון כהן או כהן ממש. משא"כ בספקות שנכנסים לדיר בזה

אף בבירור הדין שהוא שלו סגי שיוכל לפטור בהם ממונו,

ולפי"ז יוצא שהכרעת הממע"ה אינה יצירת דין אלא בירור הדין.

אלא דיש להקשות מדברי הגבורת ארי, ביומא ד"ט ע"א לגבי מה שמיייתי שם לגבי דמאי הנחתומין לא חייבו אותן חכמים להפריש אלא תרומת מעשר וחלה, והקשה הגבור"א בשלמא לר' אלעזר בן גמלא שסבר שהבעלים יכולים להפריש תרומת מעשר ניחא, אלא לחכמים שס"ל שהבעלים אינו יכול להפריש תרומת מעשר אלא הלוי, איך יכולין הנחתומין להפריש תרומת מעשר שהרי ממ"נ אם הוא טבל הרי הרשות להפריש נתונה ללוי, ואם הוא חולין אי"צ להפריש כלל.

ותירין שמה שס"ל לחכמים שבעה"ב א"י להפריש הוא דין ממון שכיון שהוא ממונו של לוי הרי"ז תורם על שאינו שלו, וכאן כיון שהמע"ה הרי הוא ממונו של הנחתום בתורת וודאי, והרי הוא תורם על שלו.

הרי מוכח מדבריו שאף במקום ממ"נ אמרינן שהממון הוא שלו, וע"כ שהמע"ה אינו בירור דין בלבד אלא יצירת דין, וא"כ כיצד יבאר הסוגיא בגיטין.

אמנם למש"כ בקובה"ע שם שהרי אפילו במקום שההכרעה בספק יוצרת הדין, מ"מ באם יסתלק הספק יעקר אף הדין. כמו שבביטול חתיכת חלב בב' חתיכות שומן, שאף שעתה נהפך החלב להיתר, באם יבואו עדים ויעידו מה חלב ומה שומן ייאסר החלב, מפני שנסתלק הספק, וה"ה בספק ממון באם יתברר

הספק הרי נוציא מהמוחזק, לכן אף שעתה הוא שלו בתורת וודאי מ"מ זה שכנגדו נחשב אף הוא ספק בעלים שהרי יכול לזכות בו ע"י בירור הספק. וזהו מה שאמרו בגיטין אם יבוא אליהו ויאמר בחד מינייהו דעבד הוא קנין כספו קרינא ביה, היינו שכשיבא אליהו הרי יסתלק הספק ואז יעקר דין הממע"ה לגבי העבד, ומשו"ה נחשב קנין כספו.

ואלא דעדין יש להקשות על ביאור זה, שהמע"ה הוא יצירת דין, דהנה הראשונים כאן הקשו דמסקנת הסוגיא דאמרינן דמוציאין, דבכתובת ד"יט ע"ב גבי שנים הנחתומין על השטר ובאו שנים ואמרו כתב ידם הוא זה אבל אנוסים היו וקטנים היו נאמנים ואם כתב ידן יוצא במקום אחר אין נאמנים, ומקשה בגמ' שם איך מגבין בשטר זה והא תרי ותרי נינהו, ומתריץ בגמ' אוקי ממונא בחזקת מריה ופי' שם רש"י דהיינו שלא קורעין השטר ולא מגבים בו, אלא אי תפס לא מפקינן מיניה, והקשו הראשונים דמ"ש מסוגין דמוציאין מידו, ותירצו הרמב"ן והנמ"י שלא מועלת חזקת מר"ק במקום עדים כיון דלכל אחד יש לו עדים שנאמנים בוודאי ולכן א"א להוציא מרשות התופס.

ולכאורה תירוצם לא יובן אלא אם נאמר שגדר הממע"ה הוא הכרעת דין. שלא נהפך הממון בעצמותו להיות של המוחזק, משו"ה במקום שהספק הוא בתרי ותרי הואיל והתופס יש לו עדים על עצם הספק שהממון הוא שלו אין מוציאין מידו.

אבל למש"ת שגדר הממע"ה הוא יצירת דין. מ"ש ספק דתרי ותרי מכל ספק

ואם יסתלק הבירור ממילא יסתלק אף הבעלות שנוצרה על ידו.

ולפי"ז פשוט הוא שבמקום שמחזיק יודע שהוא מוחזק שלא כדין. הרי יודע הוא שאין כאן כלל בירור של הממע"ה שאין כאן ספק, וממילא לא נוצר דין בעלות כלל

וזה יתישב אף לדברי הרמב"ן והנמק"י לחלק בין ספק דתרי ותרי מכל ספק שהואיל והתופס עתה הוא מוחזק ע"פ עדים, נעקר הבירור שע"י התפיסה הראשונה לגמרי וממילא נסתלקה הבעלות שנוצרה ע"י.

והשתא דאתינן להכא, יתבאר שפיר אף למ"ד ת"כ אין מוציאין מידו כיצד מפרישין הנחתומין תרומת מעשר של דמאי, שאף שבכל הממע"ה אין נוצר דין בעלות למוחזק משום דס"ל שהכרעה ע"פ חזקה גרידא אין בכחה ליצור דין בעלות על הממון, אבל בדמאי הרי יש כאן אף רוב, שרוב ע"ה מעשרין הן, ונעשה הבירור ע"י רוב וחזקה, ובירור זה יוצר דין בעלות לכו"ע.

הרי אחר שנפסק הממע"ה נוצר דין שהממון בעצמותו הוא של המוחזק ומה יועילו העדים לתופס להוציא ממון מיד בעליו.

אמנם יש להתבונן בגדר זה של יצירת דין מה תוקפו. כגון המחליף פרה בחמור וילדה זה אומר ברשותי ילדה וזה אומר ברשותי ילדה דקיי"ל הממע"ה ויהבנן למוחזק. האם יוכל המוחזק להכניסו לדיר להתעשר אפילו במקום שיודע שהדין עם חבירו וחזקתו בשקר, שזה וודאי אם נאמר שהגדר הוא הכרעת ספק א"כ במקום שהוא עצמו אין לו ספק כיון שהכרעה היא שהוא ברשותו לכך הוא יכול להכניסו לדיר להתעשר, אבל אם הוא יצירת דין, עכשיו נוצר הדין שהוא שלו ומה לנו מה שנוצר הדין עפ"י שקר וזה לא יעלה על הדעת.

ואמנם אפשר לבאר, שבעצם אין הממע"ה יוצר בעלות שהוא של המוחזק, אלא מברר הדין, ועכשיו שנתברר הדין ממילא נוצר דין בעלות למחזיק, אלא שהיא תלויה בבירור הדין ועומדת מכוחו

הבה"ח יוסף חיים בן מנחם נ"ו

בענין המוציא מחבירו עליו הראיה ותפיסה בספיקות

כ' דס"ל כרב המנונא בסוגיין והלחם משנה לעומתו כתב דמקור דברי הרמב"ם מסוגי' דכתובות ד. דעדים החתומים על השטר ובאו שניים ואמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היו קטנים היו אם כת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנים ואמרי' עלה דלא קרעין ל' ולא מגבינן ביה ופירש רש"י דאם תפס לא מפקי' מיני' והסכימו איתו כל הראשו' דלכך לא קרעין ליה לשטר, וחזי' עכ"פ דתפיסה מועילה בספיקות והנה בסוגי' שם נשתברו קולמוסי הראשונים דהתוס' בסוגיין העמידו הסוגיא שם באופן אחד, ושם כתבו דתפס בכח ברי וכ"כ הרא"ש והרמב"ן והנמו"י כתבו דמועילה התפיסה משום דהתם הוי ספיקא דתרי ותרי ואילו הרמב"ם לא סבר לכל התרוצים וס"ל דעכ"פ חזי' דמהני תפיסה ופלא גדול שנח' הראשו' דפשיט"ל דאין תפיסה מועילה ואילו הרמב"ם למד כפשטות הגמ' ומכח זה פשיטא ליה דמועיל תפיסה מהו הביאור בזה.

והנרא"י (ה"ד) כתב בקובץ הערות בסי' ע"א דהמח' בגמ' אי תקפו כהן מוציאין או לא מוציאין היא מחלוקת בדין המע"ה, אי הא דמעמידין אצל המוחזק הוא רק מספיקא דלא ברירא לן. או"ד מעמידין אצל המוח' בתורת ודאי. דאי המע"ה הוא דין מספק אי תפס לא מפקי' ואי המע"ה הוא דמעמידין בתורת ודאי אצל המוח' אם תקפו כהן מוציא מידו

בגמ' והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו דקתני המע"ה. א"ל רבה קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו וכו'.

הרמב"ם בפרק ה' מהל' בכורות הלכה ג' פסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו דס"ל דמהני תפיסה במקום ספק אע"ג דהמוציא מחבירו "עליו הראיה" וידוע הוא דכל הראשונים חלקו עליו. וס"ל דתקפו כהן מוציאין מידו ואין מועיל תפיסה במקום ספק, וכן נ' בפשיטות מל' הראשו', אם בסוגיין דנקטי' תקפו כהן מוציאין מידו והן בשאר עניינים וז"ל הנמו"י (דף ג' ע"א מדפי הרי"ף) שמעינן מהא דכל ספק ממונא דקיי"ל חומרא לתובע (המוציא) וקולא לנתבע (המחזיק) אי תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה וכו' עיי"ש. והראשו' ייסדו את דבריהם מסוגיין בש"ס ואכמ"ל.

ועל דברי הרמב"ם הקשו האח' מסוגיא דבעי ר"ז תקפה אחד בפנינו דמספקא ליה בספק הודאה ופשיטא לן דבצוותא מתחילה ועד סוף מפקינן מיני' ועל פסק הרמב"ם יקשה מאד אמאי אין מועילה תפיסתו ונזקקים להודאת השכנגדו וכבר כתבו לתרץ על דבריו עיין בדבריהם ובפרק ב' מהל' בכורות הלכה ו' נחלקו הכסף משנה והלחם משנה בדעת הרמב"ם מכח מה פסק דאין מוציאין דהכסף משנה

ובתוך ד' כתב דהנה בסוגי' דב"ק מו: בעינן למילף דין המע"ה מפסוקי' ואמרי' התם למה לי קרא סברא הוא מאן דכאב לי' כאיבה אזיל לבי אסיא וכ' דלפי המס' נ' ברור יותר דהמע"ה הוא דין מספק עוד כ' דאי הוי דין דמעמידים אצל המוח' בתורת ודאי לא ברור מהיכא ילפי' להמע"ה.

והגר"ש שקופ בשערי יושר שער ה' פרק ח' כתב דאפי' אי תקפו כהן אין מוצי' מידו מ"מ הוי כפסק ודאי ואם בעינן למילף דין המע"ה מפסוקי' ואמרי' התם למה לי קרא סברא הוא מאן דכאב לי' כאיבה אזיל לבי אסיא וכ' דלפי המס' נ' ברור יותר דהמע"ה הוא דין מספק עוד כ' דאי הוי דין דמעמידים אצל המוח' בתורת ודאי לא ברור מהיכא ילפי' להמע"ה.

והגר"ש שקופ בשערי יושר שער ה' פרק ח' כתב דאפי' אי תקפו כהן אין מוצי' מידו מ"מ הוי כפסק ודאי ואם הישראל יקדש אשה בספק בכור הרי זו מקודשת בתורת ודאי, (ובדני נפשות אפשר להרגה) ולהדי' דלא כמו שכ' הגרא"ו דאי אין מוציאין מידו המע"ה הוא דמעמידין אצל המוחזק בתורת ספק בלבד, ואם קידש אשה לפי"ז ספק מקודשת וכן העלה להדי' בקונטרס הספיקות.

עכ"פ היה נראה לברר דהא ניחא לפי הגרא"ו נוכל לומר דנח' הראשו' אי המע"ה הוי דין ודאי שהתו' קובעת להעמיד למוחזק בתורת ודאי ואי תפס מפקי' מיני', או"ד הוי דין מספק ואי תפס לא מפקי' מיני', אמנם לאור דברי הגר"ש שקופ נראים הדברים סתומים לכאור' במה נח' הראשו', מה הנדון בתקפו כהן אם

מוציאין או אין מוציאין, ויותר מכך דמתבקשת מאד טענת הגרא"ו, דלאור מס' הגמ' ב"ק למה לי קרא סברא הא וכו' נ' ברור דהמע"ה הוא דין ספק (ובתוך דבריו כ' דכך ההסבר בשי' הרמב"ם) ולפי דברי הגר"ש שקופ צ"ב דהכיצד ניתן לומר מכח סברא זו דמעמידין המוחזק בתורת ודאי. ולפי"ז היה ניתן לומר בפשיטות דמוכח מהגמ' שם דלא כהגר"ש.

וכבר שמעתי מא' מרבו' סברא נפלאה בהמע"ה, דהנה המוציא עיקר חסרונו הוא שבא לשנות מציאות מספק בלא שום ברור, ואנן אמרי' לי' דהמחזיק אין עליו כל דין ודברים והמוציא עליו לברר את הספק לאשוורו והוא מה שאמרו מאן דכאיב ליה כאיבה אזיל וכו' היינו דהספק מוטל עליו לבדו ואנו אין נזקקים לו כלל, ולפי"ז צ"ל דהגר"ש שקופ א"ש דברי ובגמ', דמסברת מאן דכאיב וכפי' שנת' אפשר דהוא דין ודאי והיינו דכל הספק שבכאן מוטל על המוציא והמחזיק אינו קשור לספק ומעמידין אצלו בתורת ודאי (ויש שכ' שם בב"ק דלמס' הגמ' מי מצטרכינן לקרא וא"ש טפי לפמשנ"ת) ויתכן דבדבר זה נחלקו ראשונים דלפי האמור נ' דהמע"ה הוא ענין במוציא דעליו לברר הספק ואנן לא מספקא לן ולהכי מעמידין אצל המוחזק, אמנם ניתן לומר דלצד דמוציאין מידו הגדר הוא כפי שהגדיר הגרא"ו דהתו' מעמידה ביד המוחזק בתורת ודאי דזהו כח המוחזק והנה הרמב"ם פסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו. ויתכן דגם הרמב"ם יודה דכל שלא תקף אם הישראל קידש אשה תהא מקודשת התורת ודאי. אמנם כיון דאי"ז כח מחמת המוחזק עצמו רק דהמוציא צריך לברר הספק ומזה נסבה

ברשותו וא"כ הדין צריך להיות דא"א להוציא ממנו.

ויובן היטב בס"ד לפי דברינו אלה הסוגי' בכתובות דף כ' דהנה התם פשוט דהוא ספיקא דתרי ותרי. דכתב ידם יוצא ממקו' אחר. ויש עדים שאומרי' אנוסים היו שהשטר כשלעצמו כשר ומעיד על עצמו. ומחמ"ז כתבו הרמב"ן והנמו"י דמועיל התפיסה התם דלא כשאר ספיקות. והטעם שבוזה מועילה תפיסה כתב הרמב"ן דהתו"ת מבטל את כח המוחזק שבכאן ומילא אין כאן מוציא וכ"כ הנמו"י, ולהמבר' נר' דכ"ז אפשר לומר לפי שיטת הראשו' דהמע"ה הוא כח דמוחזק. ובתו"ת אין לו' שהתו' העמידה בתורת ודאי אצל המוח' משא"כ לשי' הרמב"ם דהמע"ה הוא מחמת המוציא ניתן לו' דאכתי שייך לומר המע"ה דמ"מ איכא כאן מוציא ושפיר הוכיח הרמב"ן דבמקום המע"ה אי תפס לא מפקי' מיניה.

ובסוגיין גופא נית"ל דנזכר מח' זו. דבתחילת הסוגי' אמר רב המנונא והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוצי' אותו מידו "דקתני המע"ה" וחזי' דר"ה הוכיח את דבריו מהבריי' והיכן מצינו שרבה חשיב לדבריו מהוכחה זו. אמנם הבי' הוא דמוכיח ר"ה מהא דהמע"ה דהבין דהמע"ה הוא כח שבא מחמת המוציא וכש"נ ברמב"ם ומילא כל זמן שיש מוציא יש להמחזיק כח ואין להוציא מהכהן המחזיק, ולרבה זו אינה הוכחה כלל ולהפך משום דס"ל דהוא כח המחזיק ולתופס אין כח זה ואין הכהן יכול לתפוס מהישראל ואם תפס מפקי' מיני.

מוחזקות ודאית להמחזיק אם כעת יתקוף הכהן הרי ישראל בא לשנות את מצב החפץ ולהוציאו ועליו לברר הספק. אכן שאר הראשו' ס"ל דהמע"ה הוא כח המחזיק דהתו' מחזיקה בידו (ישנה פסיקה ודאית שזה בחזקתו) בזה לא ניתן לומר תקפו כהן אין מוציאין (דהוא תרתי דסתרי, דאין חשיב בעלים אם) דא"א לומר שזהו שלו מכח שהתו' נותנת לו וניתן להוציא מידו [ומ"ש הגר"ש שם דהוא חשי' בעלים עד שיתפסו ממנו זה כבר בארנו דאין כח ומחמת עצמו רק מצד המוציא].

והנה לפי הרמב"ם דתפיסה מועילה בספיקות. קשה מברייא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר וכדאמרי' בגמ' אי אמרת ת"כ אין מוצי' מידו נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן. והרמב"ם עצמו בפ"ב דביכורים הכ"ג פסק דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר ויקשה מיני' ובי'. ובשו"ת הרשב"א כבר עמד בזה (ח"א ש"א) וכתב דהא מוקמי' לבריי' זו בספק פדיון פטר חמור. ובזה יהא איכא חזקת מ"ק על השה ומודי הרמב"ם לראשו' דאין מועיל תפיסה בזה ומטו כמה דרכים להסביר החילוק בין מוחזק רגיל דמועילה תפיסה ממנו ובין מ"ק (ואדוּבא מצינו בכ"מ דמוחזק עדיף ממ"ק) וחזי' כאן חילוק פשוט לכאור', דנת' לעיל דהא דמועיל תפיסה להרמב"ם הוא משום דהמע"ה הוא מצד גריעותו של המוציא ולא מצד כחו של המחזיק ולפי"ז יודה הרמב"ם בהיכא דהחזקה מכח המחזיק עצמו דאין מועילה תפיסה. והנה בחזקת מ"ק וודאי ופשוט דהוא כח דהמחזיק דאמרי' דלא השתנה המציאות ונשאר

ומילא הקושיא שהק' האחרו' על הרמב"ם לק"מ דחזי' בספיקא דר"ז דהתקפה כלשעצמה אינה מועלת ורק אם הודה השכנגדו אין מוציאין מידו והנה הלה ר"ז מיירי בנדון דמתני' דמספק פסקי' יחלו' אמנם הא דמחזיקין ביה כל א' חצי (ומחזיקין אצלו בתורת ודאי) ודאי זהו מכח חזקתו עצמו דמחמת חזקת שניהם אמרי' אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידי' הוא ומאי דתפיס האי ידי' הוא ומוכרחים להעמיד בחזקת כאו"א, ובמקום זה דמוקמי' בחזקת כל אחד מחמת חזקתו הוא הלה מודה הרמב"ם דלא מועלת תפיסה כ"נ בס"ד.

הבה"ח חיים בנדיקט נ"ו

בדין פוטר ממונו בממונו של כהן

א] אמר ליה רב חנניה לרבה וכו' ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין מידו אמאי נכנסים לדיר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן וכו' לכאור' משמע מלשון הגמ' שכל החסרון הוא ששמא זה יצא בעשירי וזה א"א משום שזה ממון כהן אך העצם זה שזה יצא באמצע המנין אין חסרון וכן פי' רש"י שמייירי שיצא בעשירי ובזה יש חסרון שך פוטר ממונו בממונו של כהן והנה ידוע המחלוקת האחרונים בגדר של תקפו כהן אין מוציאין מידו בקובץ הערות (ס' ע"ה או ב') כתב שזה בגדר תפיסה ומוחזקות מספק וע"כ הקידושין שיעשה יהיו קידושי ספק וגם מה שהשני תוקף ולא מוציאין מידו היינו לענין הבי"ד שלא מתעסקים בזה אולם עצם הממון הוי אצלו בתורת ספק וע"כ מועיל התפיסה של השני. אולם דעת השערי יושר (ש"ה פ"ז) שאע"פ שמועיל התקיפה ולא יוציאו ממנו בכ"א כ"ז שזה בידו הוי בגדר וודאי והקידושין שיעשה בזה יועילו מדין וודאי.

ולכאור' יל"ע דאי נימא שכל התפיסה זה תפיסת ספק אז למה כל החסרון שמא זה יצא העשירי הרי גם אם זה יצא בתוך המנין זה חסרון דשמא זה של הכהן

וזה לא יכול לעלות למנין עשרה ואז זה מבטל את כל הספירה מספק^א. וגם לדעת ר' שמעון שזה תפיסת וודאי יל"ע עד כמה שאין חסרון בזה שזה יצא בתוך המנין כי זה ממונו בוודאי אז א"כ מה החסרון שיצא בעשירי הרי זה וודאי שלו ולמה זה פוטר בממונו של כהן ומה שכתב הגרש"ש שסיבת הפטור מהא דאיתא בבכורות דבהמת השותפין פטורה ממעשר בהמה דכתיב יהיה לך ולא של שותפין ופי' רש"י דבעינן המיוחד לך א"כ גם הכא אינו מיוחד לכאור' זה לא מספיק מתרץ משום דא"כ גם אם יצא באמצע יהיה חסרון דהרי לענין בהמת השותפין א"א לעשר ע"י שיצא באמצע וא"כ גם הכא עד כמה שלא נחשב מיוחד לך זה פטור לגמרי. וצ"ע כמ"ש האחרונים דבאמת זה שלו וע"כ אין חסרון במה שזה יוצא באמצע רק לענין עשירי שם יש דין מיוחד שהיות שיש לכהן איזה תפיסה ושיכות קלה אין יכול לחול ע"ז שם מעשר ע"ד מה דאיתא דדבר שבחובה אינו בא אלא מן החולין דהיינו דצריך שיהיה מבורר לגמרי שזה שלו.

אך צ"ב דאי נימא שזה לא יכול לצאת בעשירי דזה צד של ממון כהן א"כ

א. ושמעתי לתרץ מהבה"ח יוסף חיים דוד נ"ו שאנו לא חוששים שמא זה יצא בתוך המנין דע"ז הוא לא רוצה לעשות דהוא מפסיד מזה אלא חוששים שמא הוא יקח את השה של ספק ויסדר שזה יצא עשירי וע"ז הגמ' שואלת איך אפשר לתת לו לעשות כן הרי זה פוטר ממונו בממונו של כהן (ובענין אי אפשר לבקר נמצא משהו מסויים בעשירי עין סוגיית הגמ' בכורות נח: ברש"י ותוס' שם ריש העמוד).

נגזלות וע"כ חשיב שפוטרי ממונו בממון כהן שזה נשאר עדיין ע"ש כהן וע"כ היות שיכול לתפוס חסר בתפיסה הוודאות של הישראל אולם הרמב"ם פסק שמתנות כהנה נגזלות א"כ עכשיו שזה ברשותו הוי כגזל שיצא מרשות בעלים וע"כ כ"ז שזה בידו הוי ממונו לגמרי ויכול ליכנס לדיר להתעשר¹. (ותי' זה מת' גם ע"פ שי' ר' אלחנן שזה תפיסת ספק בכ"א עכשיו שזה בידו זה גזול וממונו לגמרי).

בביאור דברי תוס' ד"ה ותשעה

[ב] אמר אביי אי משום הא לא תסעיא ליה למר הכא במאי עסקינן כגון דלית ליה אלא תשעה והוא וכו'. מק' תוס' שגם אם הוא לא בר עישורי הוא מרויח שא"צ לקחת את הט' לגורן אחר ותי' שכל מה שצריך לקחת לגורן אחר רק מתי שהיה בר חיוב אבל הכא שזה רק ט' אז אי"צ. ועיין בשיטה מקובצת שמביא לת' שמיירי שאין עוד גורן וא"כ לא שייך לומר שהוא הרויח במה שעשה עכשיו מעשר.

ויש לבאר כוונת תוס' במה שכותבים שצריך לצרף לגורן אחר למה כוונתן. וראיתי שיש מסבירים שהכוונה לגמ' בבכורות (נד). שיש צירוף בשני עדרי בהמות בשיעור של כמלוא רגל רועה וע"כ כתב תוס' שאם אין כשיעור של חיוב מעשר אע"פ שיש שני עדרים בתוך השיעור אין ע"ז חיוב לצרף אך עיין שם ברש"י שכתב להדיא שענין הצירוף הוא לענין זה שאם יש לו ה' בעדר א' וה'

מה החסרון הרי אם זה יצא עשירי אז לא הוא יהיה עשירי אלא הבא אחריו שהוא העשירי האמיתי וא"כ נגיד לו שיכניס ויסמן מהו הספק ואם יצא באמצע הכל יהיה טוב וגם אם יצא בעשירי שיקח לעשירי את הבא אחריו והשה ההוא כמאן דליתא. וצ"ל דאינו כן דמה שיצא אחר העשירי לא יהיה קדוש דהרי עד כמה שמבואר בהגרש"ש שעולה למנין רק שלא יכול לחול עי"ז שם מעשר אז הבא אחריו זה לא העשירי האמיתי אלא י"א אתה שהעשירי זה הספק ועי"ז לא יכול לחול שם מעשר וא"כ שפיר מבואר בגמ' שיש חסרון להכניסם להתעשר.

ידוע דעת הרמב"ם (פ"ה מבכורות ה"ג) שפוסק תקפו כהן אין מוציאין מידו ומאידך לענין ספיקות נכנסים לדיר להתעשר פוסק (פ"א מבכורים ה"ט) שאפשר להכניסם לדיר ולכאור' לפי פשטות הסוגיא זה שני פסקים הסותרים זה את זה. והיה נראה לישב ע"פ המבואר בדעת הגרש"ש שאה"נ תקפו כהן אין מוציאין מידו כי זה וודאי של התופס ומה שהספיקות נכנסים לדיר להתעשר הוא מפי שס"ל שזה תפיסה וודאית לגמרי גם לענין זה שחשיב מיוחד לך. אך לכאור' צ"ב שהרי בגמ' מבואר לא כך דבאמת כן חסר במיוחד לך. והיה נראה לי ליישב ע"פ מה שישב באחיעזר (ח"ב ס' ל"ו או' א').

דעת הרמב"ם דיש מחלוקת האם מתנות כהונה נגזלות או לא ועפי"ז כתב שהגמ' דידן ס"ל שמתנות כהונה לא

ב. ושוב הערוני שיסוד זה ברמב"ם מבואר לכאור' בלשון הכס"מ על הרמב"ם שם ובביאור דברים במחלוקת ותפיסה (ס' ג')

יחד ולעשות מעשר אך אין ע"ז חיוב אז זה אינו בהמשך המשנה שם המשנה שואלת שאם אתה אומר ששני זמנים מצטרפים אז לענין מה נאמר הדין של ג' גרנות ולכאן לפי האמור לעיל שפיר נאמר ג' זמנים שאין חיוב לצרף יחד אלא ורק אם רוצים לעשות אפשר לעשות כן.

ושמעת ממורינו הגרמ"ש ויספיש שליט"א להסביר שמה שכתוב במשנה שאם יש ה' בזמן א' ועוד ה' בזמן שני זה מצטרף בכוונה בכה"ג שבזמן הראשון היה לו יותר מכדי חיוב ולאחר שעשה מעשר נשאר ואותם אלו הנשארים מצטרפים לזמן השני אבל אם אה"נ לא היה כדי חיוב בתחילה אלא רק ה' אז זה לא מצטרף לזמן השני¹. ולפי"ז א"ל שלשיטמ"ק זה היה נראה יותר מדי מחודש וע"כ תי' שזה לא מצטרף לזמן אחר כי אין לו עוד זמן דהיינו זה היה בזמן השלישי של השנה ומשנה לשנה אין מצטרף אפי' אם היה כדי חיוב מעשר.

בעדר שני שבתוך השיעור זה מתחייב אך מחוץ לשיעור זה לא מתחייב. אך א"ל שתוס' יסבור שמדובר על מקרה שיש ט"ו בעדר א' ועוד ט"ו בעדר שני שבתוך שיעור זה מתחייב כי חץ ע"ז החיוב מעשר שהיה יותר מ'.

אך לשון גורן שכתב תוס' יותר נראה שמיידי על הדין שמבואר בבכורות (נז:): שיש ג' גרנות למעשר בהמה דהיינו ג' זמנים שאז עושים מעשר בהמה וע"ז כתב שכל מה שיש חיוב להעביר לזמן הבא היינו דוקא כשהיה לו חיוב מתחילה אך אם מתחילה לא היה לו שום חיוב אז אי"צ להעביר לזמן אחר אך זה צ"ע שהרי מבואר להדיא במשנה התם שאז יש לו ה' מזמן א' ועוד ה' מזמן אחר זה מצטרף מבואר להדיא שגם מתי שלא היה שיעור מעשר הזמנים מצטרפים.

והיה א"ל שאה"נ גם מתי שאין חיוב בכ"א זה מצטרף שאפשר לצרף

ג. והערוני שכן כתב בפסקי תוס' בכוונת התוס' שזה ענין לצירוף לזמן אחר וע"כ צריכים להסביר את המשנה כנ"ל.

הבה"ח משה חיים ברק נ"ו

בביאור דברי רש"י "קודם שנשבעו"

(א) בגמ' "בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכא דמי וכו' לא צריכא דשתיק מעקרא והדר צווח, מאי מדאשתיק אודויי אודי ליה או"ד כיון דקא צווח השתא אגלאי מילתא דהאי דשתיק מעקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן" ופירש רש"י "תקפה אחד הוציאה מיד חבריו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו" עכ"ל ומשמע מדבריו דדווקא קודם שנשבעו יש להסתפק אם הודה או לא, אבל אחר שנשבעו אין ספק ופשיטא שמוציאין מהתוקף.

וצ"ב אמאי אחר השבועה לא שייך הספק, הא גם בזה איכא למימר דאודויי אודי ליה וכמב' להדיא בגמ' לקמן "ואמרי' להו זילו פלוגו וכו' האי אמר אודויי אודי ל"י וחזי' דשייך הודאה אח"כ וה"נ נימא דהודה לו אחרי השבועה.

ובפשוטו נראה כוונתו שאחרי שנשבעו לא חשיבא השתיקה כהודאה, דאחרי שנשבעו הוכיח את אמיתות דבריו שרוצה לקבל החצי, מעתה כבר אינו רואה שום צורך לעמוד ולמחות על זה שתקף ודווקא קודם שנשבעו היה לו למחות.

ובקצוה"ח (סקל"ח סק"ב) כ' דמשמע מרש"י דלא אמרי' שתיקה כהודאה אלא קודם השבועה, דמנא לן שישבע והוי שתיקתו כאומר איני נשבע דאינו יכול לחזור בו (ועי' תוס' לקמן ל"ד ד"ה "וחזור" שמביא בזה ב' דעות אי יכול לחזור בו)

אבל אחרי שנשבע דזכה כבר בחציו אז לא אמרי' אודויי אודי ליה, והוסיף דאפי' שתק מתוע"ס לא אמרי' שתיקה כהודאה [ואין לומר כמב' ברמ"א (סכ"ב ס"ג) "מי שמחויב לישבע ואמר לפני ב"ד איני רוצה לשיבע אלא הריני משלם ויצא חוץ לבי"ד אינו יכול לחזור בו "דמשמע שרק שיצא חוץ לב"ד לא יכול לחזור בו, דאפ"ל דהכא שהחפץ כבר בידו חבריו ואינו מחוסר מעשה כלל אז כשאומר איני נשבע כבר אינו יכול לחזור בו וכן ביאר רבינו רה"י שליט"א].

(ב) ומב' מדברי הקצוה"ח דמה דמספק"ל בשתק ולבסוף צווח אם השתיקה הוי כהודאה, זה אינו על גוף הממון שיהיה של התוקף אלא שאינו צווח שישאר הדין כמו בלא תקפה דאמרי' אז יחלוקו בשבועה, ושותק כיון שאינו רוצה לישבע אלא רוצה שהתוקף ישבע ויטול הכל.

וצ"ע מדוע לא נסתפק בשתיקתו דהוי הודאה בגוף הממון דהא בזה ששתק, הוא מודה לתוקף במה שעשה.

ובמנחת יהודה (אות מ') כתב לחלק דכל מה דאמרי' שתיקה כהודאה זה

דווקא במקום שא"א לפרש בשתיקתו כלום, ולכן אמרי' ששתק משום שהודה, משא"כ הכא שאפשר לומר שהשתיקה היא משום שאינו רוצה לישבע ולכן אין הספק בגוף הממון, וצ"ב סברתו דסו"ס איכא שבועת היסט בכל תביעה וא"כ גם בזה

נאמר שכוונתו בשתיקתו לומר איני נשבע ולא הודה (הערת רבינו רה"י שליט"א).

ובשיעורי ר' נחום (ס"ז אות ב') דההודאה שע"י השתיקה הכא אינה כהודאת בע"ד וכמאה עדים דמי דברש"י בקידושין (סה) כ' דילפי' כמאה עדים דמי מקרא "דאשר יאמר כי הוא זה" והיינו דווקא בהודאה מפורשת ["אשר יאמר"] ולא ע"י שתיקה, והכא בשתיקתו אינה הודאה על גוף הממון שמתוכחים, אלא על הדין תורה שביניהם והיינו שע"י השתיקה כבר אינו טוען טענתו הקודמת, וע"כ כששתק נתבטל הדין חלוקה דשנים אוחזין, דהראשון אינו טוען כולה שלי כי מסתלק מזה והשני טוען כולה שלי, וודאי דמוקמינן לאדם שטוען כולה שלי, וכמו בנמצאת הטלית בידי שניהם ורק אחד טוען דרק הוא מוחזק וא"כ ע"י השתיקה נתבטל שנים אוחזין וממילא גם דין חלוקה בטל [וחזי' מדבריו דבקצוה"ח מבו' דלא הוי השתיקה כהודאת בע"ד ויעזי' בשיעורי ר' דוד (אות מ') שכתב על מה שהוסיף הקצוה"ח דהיכא שהביא עדים שחציו שלו מהניא אפי' בשתק דכיון דאי"ז שתיקה כהודאה אלא כאומר איני נשבע אז כיון שהגיעו אין ספק, ועדיף מנשבע כבר ואח"כ תקף דלא אמרי' שתיקה כהודאה, וכתב הגר"ד דדווקא אם הביא עדים קודם שחטף ממנו בזה אמרי' כיון שהביא עדים לא מהני דהודאת בע"ד היא דכיון שחטף ממנו ולא היו כאן עדים לא היה לו לשתוק, ומזה ששתק הוי כהודאה ולא מהני עדים אח"כ וחזי' מדבריו דאמרי' הודאת בע"ד ולכן לא מהני אח"כ עדים (ועיי"ש שציין לרמ"א שלמד מהרא"ש) אמנם שי' הגר"מ כתב לדחות

הדברים דממשמעות דברי הקצוה"ח משמע שגם אם יביא עדים אחר החטיפה מהני דמעקרא אין בהודאתו קודם השבועה הוכחה על הודאה בגוף הממון אלא על רצון להסתלק מלהשבע וע"ע ב"ח].

ובספר פרי אברהם כ' לבאר שרש"י הוכרח לפרש כן מהמשך הסוגיא "אמר רב נחמן ת"ש בד"א ששניהם אדוקים בה אבל היתה טלית יוצאת מתח"י שלאחד מהם הממע"ה ה"ד וכו' אלא שתקפה אחד בפנינו ורש"י שם פירש הממע"ה בעדים והוקשה לרש"י דאם הוי הודאה גמורה גם על גוף הממון איך קתני עליו הראיה בעדים הא אח"כ לא מהני עדים (כדמוכח בגמ' לעיל (ד). מה לפיו שאינו בהכחשה, אכן התם יל"פ דאינו בהכחשה אם יהיה הודאה כנגדו, וכן מבו' ברא"ש (ס"ג ג') אבל הקצוה"ח (ספ"ח סק"ט) כ' בגוונא דהודאה נגד הודאה (גבי טענו חיטים והודה לו בשעורים) דחשיב הכחשה כתו"ת וע"כ יפרש כהמאירי דפיו אינו בהכחשה היינו ע"י עדים) ולכך הוצרך לפרש דווקא שלא הודה על גוף הממון ורק על השבועה הודה וא"ש מש"כ הממע"ה.

ג) עוד מבו' מדברי הקצוה"ח דמה ששמעון שתק ומפרשי' שזה איני נשבע אינו פוטר את ראובן שהיה חייב שבועה כבר קודם התקיפה דלא הודה לו ולא פטר אותו משבועה (וכן מבו' בהגהות ברוך טעם על הקצוה"ח) ובפשוטו גם על החצי ששמעון היה אמור לקבל, חייב ראובן לישיבע אם רוצה לקחת כל הטלית.

ובאילת השחר כתב כע"ז והוסיף דבשלמא בכל שבועה (כגון

במלוה ולוה שטוען לוה לוה פרעתי שמחייב אותו שבועה) דהחיוב שבועה רק עליו, אז כשאומר איני נשבע זוכה חבירו ומחויב לשלם לו, משא"כ הכא שיש לו אפשרות לזכות בשבועה וגם לחייב לחבירו שבועה על מה שיקח א"כ על חצי אחד בודאי יש סברא דחבירו עדיין צריך לישבע ועל החצי השני יכול לגלגל עליו שישבע דאין זכות לקבל ללא שבועה והוסיף דצ"ע אם אפשר לפרש כך דברי רש"י דהוי הודאה שאומר "איני נשבע", הא מ"מ יכול לחייבו שבועה ומאי נ"מ אי כשתקף הוי כשלו או לא הא למעשה חייב שבועה ולא יכול ליטול לעצמו.

ובמנחת יהודה הנ"ל למד שמחייב את השני שבועה ממה שציין הקצוה"ח לדברי הש"ע (סכ"ב ס"ג) דמירי במי שנתחייב שבועה ומהפך על שכנגדו לישבע וליטול, ומוכח דגם הכא בספק דכ"ז למד כן בד' רש"י וכתב דילה"ע מה ראה לפרש שמהפך השבועה על שכנגדו הרי הנתקף לא אמר שרוצה להשביע את התוקף וא"כ שאינו רוצה לישבע, התוקף יקח את החצי השני בלא שבועה.

ויעוי' בהגהות אמרי ברוך על הקצוה"ח שציין לש"ך (סכ"ב סק"ז) שכ' דהטעם דלא מהני לחזור אחרי שאמר איני נשבע דהוי כהודאת בע"ד דאיני נשבע אלא אשלם ומשמע שהשני לא יצטרך לישבע כי היה כאן הודאה וזה לא כד' הקצוה"ח.

וצ"ב טובא ד' הקצוה"ח דהא לקמן מבעיא לגמ' הקדישה בלא תקפה אי שתיקה כהודאה ויחול ההקדש, ואי

נימא כהקצוה"ח שאינה הודאה בגוף הממון איך יחול ההקדש הרי זה אינו שלו וצ"ל דאמנם אינה הודאה בגוף הממון מיהו כשאומר "איני נשבע" ממילא הוכרע דין הממון והוי של התוקף ולכן גם יכול להקדיש, אמנם אי נימא הכי צ"ע מדוע יהיה חייב שבועה [אכן במאירי ד"ה "טלית זו שאמרו" מבו' דדווקא בחלק חבירו אינו יכול להקדיש אבל בשלו הואיל והוא בעין ואין אחר מוחזק בה אע"פ שהוא צריך ע"ז שבועה אין ספק שהוא קדוש].

(ד) ובחי' ר' ראובן (ס"ג סק"ג) ב"י ברש"י מדוע כתב דווקא קודם שנשבעו, דהנה לעיל (ה:) פריך הגמ' מדוע במשנה מבו' שכ"א נשבע שאין לו בה פחות מחציה שישבעו שכולה שלי, ומשני מי יחבינן ליה כולה, והקשה הגר"ר דפירכת הגמ' תמוהה מדוע ישבע שבועה שכולה שלי הרי סברא פשוטה היא דכיון דיהבינן ליה חצי למה יצטרף לישבע על השאר, ולכן מבאר שכל החיוב שבועה זה כדי שיהיה טענה אלימתא ולכן פריך הגמ' כיון שכ"א זוכה בחצי מכח טענתו שטוען כולה שלי אז כשחייבוהו חכמים שבועה א"א לזכות בטענתו אלא כשישבע על כל טענתו.

ולפי"ז מיישב גם את ד' רש"י דכיון דבעי' שבועה למעבד טענה אלימתא ובלא"ה לא יוכל לזכות ע"י טענתו וא"כ למסקנא שנשבעים על חצי (כדי לא להוציא לעז על ב"ד כמו שפירש"י שם) הו"ל כמו שאין לזה טענה אלא על חציו כאילו טענו מתחילה שאין להם פחות מחציה ובזה ודאי שכ"א היה נוטל חצי

וכמו אם שניהם מודים זל"ז שיש לכ"א חצי ולא מצד יחלוקו דעבדי' מספק וא"כ אחרי שרבנן תקנו שבועה הוא בתורת ודאי וזהו דווקא אחר שנשבעו אבל קודם שנשבעו בשני החצאים עדיין אין טענה אלימתא אלא טענה גרידתא וא"כ ספק הגמ' זה דווקא קודם שנשבעו שהטלית בתורת ספק לשניהם ובזה ספק מוציא מידי ספק אבל לא כשיש לכ"א ודאי חצי.

ומשה"ק לעיל לד' קצוה"ח איך יכול לחול ההקדש לא קשה לפי"ד דכיון דבלא שבועה אין לו זכות ממון, ממילא כשלא נשבע ספק יוציא מידי ספק ולכן יחול ההקדש.

(ה) ועוד ביאור אפשר לומר ע"פ מש"כ השטמ"ק בשם הרדב"ז לקמן ד"ה "ואמרי' להו" על הא דאי' בגמ' הב"ע

כגון דאתו לקמן כדתפסו לה תררויהו ואמרי' להו זילו פלוגו ונפקו והדר אתו כי תפיס לה חד מיניהו האי אמר אודויי אודי לי והאי אמר בדמי אגרתי ניהליה דאמרי' ליה עד השתא חשדת ליה בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי" והקשה אי מיירי בלא שבועה היכי אמרי' להו בי דינא עד השתא חשדת ליה בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי אדרבה איפכא אמרי' לרש לאידך דתפיס השתא נשבע בפנינו שאין לו בה פחות מחציה ומיד הודה לך ונשבע לשקר.

ולפי"ז אפ"ל דבדווקא כתב רש"י קודם שנשבעו דלאחר שנשבע ולא אמרי' שהודה ונשבע לשקר ולא נוציא ממנו בגלל שתיקתו [וע"ע בספר מעייני חכמה ובקונטרסי שיעורים].

הבה"ח יונתן גבריאלי ני"ו

בביאור המח' אם תקפו כהן מוציאין מידו

או"ד דכיון דהספק בכור בהיותו עובר היה ברשות הישראל לגמרי א"כ חשיב מר"ק ואע"פ דקודם שנולד הוי דבר שלבל"ע דא"א להקנותו ומילא יהיה חסרון במ"ק מכל מקום יכול להתיחס אחר אמו.

ונראה לבאר ע"כ חקירת קונה"ס בגדר מר"ק (כלל א' אות ה') האם הוי כמו חזקת איסורים כלומר דמעמידים במצב קודם שנולד הספק או"ד דהוי כמו חזקת ממון כלומר כמו שלא מוציאים ממוחזק ה"נ א"א להוציא ממר"ק ואי נימא דמר"ק הוי כחזקת ממון וא"כ אף על פי שחזקה כזו עשויה להשתנות בשעת הלידה וכן משעה שנולד בא הספק מכל מקום נוקמא בחזקת מר"ק כיון דהיה קודם ברשותו כמו חזקת ממון.

וספק הגמ' הוא האם חזקה כזו תועיל בתורת ודאי, או רק בתורת ספק והנפק"מ לגבי תק"כ אי מוציאים מידו.

יש באחרונים שרצו לבאר דכל מוחזקות מועילה בתורת ודאי דלא שייך לומר דמוחזקות תועיל בתורת ספק וא"כ גם למ"ד בתק"כ אין מוציאין מידו חשיב מוחזק בודאי ומה שאפשר לתקוף זה משום דס"ל דאישתני דינא כלומר דאין דין המוחזקות יכול להשתנות.

והנפק"מ בזה דאי נימא דהמוחזקות מועילה רק ממוחזק ספק א"כ גם מוחזקתו ספק ואי יקדש אישה בספק

גמ' ו: והא הכא דאמר תק"כ אין מוצאים אותו מידו וכו', וביאר בקובה"ע (ס' ע"א אות ב') דרב המנונא דאמר תק"כ אין מוצאים מידו, ס"ל שהישראל שברשותו הספק בכור מוחזק בו בתורת ספק ולכן הכהן יכול לתקוף, ורבה דחלק בתק"כ מוצאים מידו וס"ל דמוחזקות הישראל הוי בתורת ודאי, דאע"פ דהוי ספק בכור, מ"מ יש דין דהמוחזק בספק ממון נחשב הממון שלו בתורת ודאי, ולכן לא מועילה תקיפת הכהן ומוצאים מידו.

וביאורו צ"ע, דגם אי מוחזק בודאי אמאי לא תהני תקיפת הכהן, דכמו דהמוחזקות של הישראל גורמת להעמיד ברשותו בודאי ה"נ המוחזקות של הכהן לאחר שתקף תגרום שיהיה מוחזק בודאי דלכאורה מוחזקות זו לא מבוססת על שום דבר וכל ההוכחה היא משום שהספק תחת יד, וא"כ מי שתחת ידו יהפוך למוחזק ודאי.

וצ"ל דאע"פ דלכהן יש מוחזקות כמו לישראל מ"מ יש לישראל חזקת מר"ק. ומ"ד תק"כ אין מוציאים ס"ל דמר"ק מהני בתורת ספק ולכן אפשר לתקוף ומ"ד דתק"כ מוציאים ס"ל דמר"ק מהני בתורת ודאי ולכן לא מהני התקיפה.

והנה יל"ד אי שייך לומר בכה"ג חזקת מר"ק דמחד גיסא י"ל דמשעה שנולד הבכור בא הספק וא"כ אין מר"ק

מוחזק בודאי צריך ג"כ שכל הזכות הממונית תהיה שלו לגמרי וכיון שהכהן יכול לתקוף יש לו זכות ממונית שאינה פוגעת במוחזקות ולכן חשיב פוטר ממונו בממון כהן.

כלומר דיש בעלות על השימושין ויש בעלות על הזכות הממונית והיכולת לתקוף נותנת לו זכות ממונית ויש דברים שתלויים בבעלות של השימושים כגון קידושין ולכן אפשר לקדש ויש דברים שתלויים בזכות הממונית כגון העשירי של המעשר ולכן חשיב פוטר ממונו בממ"ד וזכות זו הוי גם כלפי ב"ד.

ולפי"ז אפשר לבאר למה אי תק"כ מוצאים אפשר לעשר אע"פ דהוי ספק בכור דכיון דאין לכהן זכות ממונית של תקיפה א"כ נכנסים להתעשר.

ונ"ל דבאור זה תלוי בפלוגתת ראשונים דהר"ן בסוגיין כתב בבאור "קדושה הבאה מאליה שאני" דאי תק"כ מוצאים א"כ אין לכהן שום זכות ממונית בבכור והקדושה האוסרת בגיזה ועבודה מגיעה מאליה בלי קשר לכהן מאידך השיטמ"ק ב"ק (ד' ס"ז) הביא בשם הרשב"א דכל התו"מ ח"ב להיות ממון של הכהן כלומר דק"ל לרבנן דכל קדושת התו"מ זה מכח הזכות הממונית שיש בו לכהן.

וא"כ מה דהקשתה הגמ' דהוי פוטר ממונו בממון כהן רק למ"ד דאי תקפה כהן אין מוצאים ולמ"ד דמוצאים לא קשה לכאורה מסתדר רק עם שיטת הר"ן דאי תק"כ מוצאים אין לכהן זכות ממון אבל לרשב"א לא מובן קושית הגמ'

בכור זה יהיה ספק קידושין משא"כ אי נימא דהתפיסה מועילה גם ממוחזק ודאי ג"כ התוקף הוא ג"כ מוחזק ודאי באי יקדש בו ויהיה ודאי קידושין.

ויל"ע דאי נאמר בתק"כ אמ"צ ג"כ חשיב מוחזק ודאי א"כ קושית הגמ' גבי הספיקות בבכור וכו' דפוטר ממונו בממון כהן צ"ב דאמאי חשיב ממון כהן אי מוחזק בודאי.

וצ"ל עפ"י הדיוק ברש"י שכתב "ויש לכהן צד זכיה בו" ומוכח שעצם האפשרות לתקוף נותן לכהן שם ממונו אע"פ שהישראל מוחזק בודאי, ובתוספת באור י"ל עפ"י הגמ' לעיל ו. גבי שנים אוחזין בטלית ואחד הקדישה בלא תקפה, דלמ"ד תקפה אין מוציאין יש צד שיהיה קדוש בכה"ג שלא תקף אע"פ דיש דין דאורייתא שההקדש יהיה ברשותו וכיון שיכול לתקוף חשיב ברשותו וא"כ ה"נ כיון דיכול הכהן לתקוף חשיב ממונו.

ועפ"ז יש להקשות דמה החילוק בין קידושין דאומרים דאי מוחזק בודאי יכול לקדוש בו קידושין ודאין, לבין מעשר דמובא בגמ' שאי תק"כ אין מוציאין אין הישראל יכול לעשר איתו אע"פ שמוחזק ודאי ונראה לבאר דמוחזק ודאי פרושו הוא שחכמים העמידו את מוחזקתו בחפץ ודאי אבל לכהן יש זכות ממונית בבכור מכח התקיפה ואי"ז סותר למוחזקות [כדיבאר לקמן] וכן יש לבאר אמאי הגמ' דנה אי העשירי הוי ספק הרי יל"ד אי הרבע וכדו' היה ספק דאי של הכהן א"כ אפי' עשירי אלא צ"ל דבעשירי יש דין מיוחד דחזין מזה שצריך שיהיה

דלכאורה גם אי תק"כ מוציאים הוי פוטר ממבמ"מ כהן כיון דס"ל שתמיד יש לכהן זכות ממונית בספק בכור.

ויש לבאר דאי תק"כ מוצאים א"כ הוי הנהגה של ב"ד שמוציאה מכהן את זכותו הממונית בספק בכור ואין הנהגת ב"ד משנה את הדין האמיתי שנשאר בספק ולכן לספק בכור יש קדושה שאוסרת בגיזה ועבודה גם אי תק"כ מוצאים כיון דנשאר ספק בכור כלפי שמיגו ישא כלפי ב"ד וזה כונת הרשב"א דיש קדושה מכח הכהן כלומר מכח הדין האמיתי שלא נתברר.

ועפ"י החקירה דכתבנו לעיל בגדר חזקת מר"ק יש לבאר את שיטת הרמב"ם

דס"ל דאי תק"כ אין מוציאים דאי נימא בגדר חזקת מר"ק הוא כחזקת איסורים כלומר דמעמידים במצב הקודם כלומר כמו לפני שנולד הספק וא"כ חזקה זו מועילה רק במקרה שלא ידוע לנו שנשתנה משהו דעיקר חזקה זו היא "דמהיכי תיתי שהשתנה" א"כ בכה"ג שהיה במעי אמו היה במצב שעתיד להשתנות משעת הלידה ולהפוך לבכור א"כ לא מהני חזקה זו ולכן מהני תקיפת הכהן.

או"ד דס"ל דחזקת מר"ק הוי חזקת ממון כלומר שמעמידים אצל מי שהיה קודם בסתם מ"מ אפשר לבאר כדכתב הקצוה"ח בשיטת הרמב"ם דבספיקה דדינא מהני תפיסה בספק.

הבה"ח יוסף דב גולשבסקי נ"ו

בענין שיטת רש"י בהקדישה ולא תקפה

ששיטת רש"י לא כתוס', א"כ הדרא קושיא לדוכתא לרש"י מה הצד הראשון של הגמ' שמועיל הקדש הרי זה לא ברשותו.

וצ"ל שדעת רש"י כמש"כ בע"ב ד"ה לעולם אימא לך דטעמא דגיזה ועבודה לא משום דיהא לכהן שום כוח בתקיפה שאין מוציאין מידו עושה שיהיה ברשותו שיוכל להקדיש.

אלא יש לפרש את הגמ' לשיטת רש"י שהאיבעיא שלא צריך ברשותו גמור וכן מצינו מחלוקת הבעל המאור והרמב"ן בב"ק לענין גזילה שיש לו קניני גזילה והגזלן רוצה להחזירו, אם הבעלים יכולים להקדיש, אע"פ שעוד לא בא לידם, הבעה"מ סובר שיכול להקדיש והרמב"ן סובר שאינו יכול להקדיש דלא הוי ברשותו, אבל כאן מודה הרמב"ן לבעה"מ דהוי ברשותו ד"ל דאפילו שלא הוי ברשותו ממש אלא שיש כוח לתקוף כיון שלא הוי גזילה שיש לו קניני גזילה, או דלמא שצריך ממש ברשותו שהרי לא תקפה.

וצ"ב מדברי הגמ' על פירוש רש"י שהרי אם הוא עצמו מקדיש מדוע כתוב בגמ' שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי כי הספק על עצמו אם יוכל להקדיש או לא.

וצריך לומר שברגע שאין קנינים בהקדש כיון שאמירתו לגבוה כמסירתו

גמ' את"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי כמאן דתקפה דמי או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה וכתוב איש כי יקדיש את ביתו קדש וגו' מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו לאפוקי האי דלא ברשותו.

וצ"ב בגמ' אחרי שיש פסוק שצריך דוקא ברשותו א"כ מה הצד הראשון שכמאן דתקפה דמי הרי חסר ב'ברשותו'.

תוס' תי' על קו' זו ופירשו את הגמ' באוקימתא ששתק ואח"כ צווח ובשעה שהקדיש שתק דהוי כהודאה ונעשה (כשומר) כפיקדון ויכול להקדיש דהוי ברשותו, ואם אין שתיקה כהודאה לא נעשה שומר ואינו ברשותו ואינו יכול להקדיש.

אבל נראה שרש"י חולק על תוס' בד"ה הא לא תקפה שהיה לרש"י לפרש דלמה יצווח בשביל דבריו, ורש"י לא פי' כן אלא כ' ואין יכול להקדישה, רואים שלא למד כמו תוס', ועוד דלשיטת רש"י פושטים בגמ' את האיבעיא מגיזה ועבודה, דרש"י בע"ב ד"ה וכי לא תקפה כ' שחמור כוח הקדש לאוסרן בגיזה ועבודה ש"מ, דאת"ל שתקפה אין מוציאין מידו הקדישה מקודשת, עכ"ל, משא"כ לשיטת תוס' א"א לפשוט מגיזה ועבודה כי שם הכהן לא תקף שיהיה שתיקה כהודאה, בהכרח

להדיוט אז מועיל התקיפה דהוי ברשותו
כי אם נאמר שצריך קנינים בהקדש א"כ
לא יועיל תקיפה כיון שהשני אוחז בחצי
השני של הטלית.
ושימרת תוס' צ"ב במהלך של הגמ'
שבהו"א של הגמ' צריך להעמיד
ששתק ולבסוף צוות וזה הספק בגמ' הרי
זה לא כתוב בדברי הגמ' הרי זה אוקימתא
ועוד במסקנת הגמ' שפושטים שמוציאין
מידו והרי עוד שתק, רואים שלא מועיל
השתיקה שלו הרי העיקר חסר מן הספר,
וצ"ע.

הבה"ח צבי שלו' גנויער ני"ו

בטעם דליכא יאוש במוחזק

וע"כ דר"ל מדין הנהגה איסורית שאסור לגזול וצריך להתיחס כשלם לכל מילי (כקידושין וכו' ע"י ב"י אה"ע סי' כ"ח) והפקר בי"ד ס"ל דלא מהני להקנות כדעת רבינו יונה ב"ב נ"ב ב' ומ"מ גזילה לא הוי בזה נהנה ובזה לא חסר ואכמ"ל).

ב. בהא דנחלקו הראשונים אי איסוה"נ ממון בעלים או לאו ממון בעלים (ע"י בריטב"א קידושין נ"ב ב' וברייב"ש סי' ת"א) ולכא"ו גם אי ממון בעלים מ"מ איכא יאוש דברי לא שוה לי' מידי וכמבואר בכריתות כ"ד א' בשור שיצא ליסקל והוזמו עדים כל הקודם לזכות בו זכה בנתיאשו הבעלים (דמה"ט נגעים בה כדאיתא בירושלמי פ"ו בסנהדרין ה"ג) וא"כ ה"נ בכל האיסוה"נ.

ובהך קושיא כבר נגע הקצוה"ח סי' ת"ו סק"ב וכתב דאין לומר בלא מהני יאוש בדבר שאינו ברשותו (כמש"כ לעיל מינ"י דאיסוה"נ עכ"פ לאו ברשותו) כדא"י בפסחים (ד' א') לענין ביטול דהרי יאוש הוי באבידה וגזילה דלאו ברשותי' ואפ"ה מהני.

וכתב ביאוש לא הוי הפקר כי אם התיר זכ"י (ובנו"א – כעין נתינת רשות לזכות) וכ"ז שלא זכו אכתי ברשות הבעלים קיימי ולהכי איסוה"נ שפיר הוא ממון הבעלים כ"ז שלא זכו (ויש להוסיף דבאיסוה"נ לא מהניא זכ"י בפשוטו ואליה תקשי אמאי תני לגונב איסוה"נ בהדי ז' גנבים

בגמ' ו' ב' מסקינן תקפו כהן מוציאם מידו והוכיחו האחרונים (חזו"א מובא בקה"י סי' כ"א הגרש"ש ש"ה פ"ח) במ"מ לענין הבעלות האמיתית לא נתברר רק שהשליטה כעת ניתנה לכל דבר למוחזק ונ"מ לענין בכורים ושנחשב באמת קנין כספם לענין תרומה וכן יכול להקנות פדיון פ"ח לכהן לבעלות האמיתית.

ולכא"ו ילה"ק נהי דדין המוחזקות אינם מברר המציאות ונותן לו ודאות אמיתית בחפץ מ"מ הלא איכא יאוש דהבעלים יודע שלא יגיע אליו החפץ לעולם דאף אם יתקוף לא מהני א"כ למה שלא יתיאש ואין לומר דכיון דאולי ימצא רא"י לא מתיאשים בספק בכור דלא שייך כן מאי איכא למימר ואפש"ל דחושב דכשיבוא אליהם יברר האמת (כדמצינו בפסחים ל"ד א' לכשיבוא אליהם ויטהרנה הרי שמגלה ג"כ המציאות) אך נראה יותר דאפי' יאמר להדיא במתיאש לא מהני כלל דהנה כעין הך קושיא ילה"ק ג"כ בעוד ב' מקומות א. בהא דפליגי קדמאי (ע"י במחנ"א הל' קנין משיכה סי' ב' ובאבני מילואים סי' כ"ח ס"ק ל"ג) אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא דלכא"ו הא עכ"פ מתיאש המוכר ויזכה בזה מה"ת (והנה אי נימא בהגדר דלא רצו הואיל לדאורייתא א"כ הי' אפ"ל שלא רצו ג"כ שיפקע מדין יאוש אבל בפשוטו אי"נ הגדר דאי מהני מדין הפקר בי"ד מה שייך לחלק בין דרבנן לדאורייתא וכמשה"ק בשער"י ש"ה פ"ט.

הקדישו אינם קדושים וביאר בנתיב"מ (שע"א א') בהחיסרון משום אינו ברשותו.

אולם כבר הוכיחו האחרונים מד' התוס' כ"ק ס"ח ב' דגם למ"ד דאפשר להקדיש דבר שאינו ברשותו מ"מ כדבר שאינו יכול להוציאו בדינים לא.

ומעם הדבר נראה דהיכא דהדין קובע דאין לו שימושים בחפץ והוי טפי אינו ברשותו כדבר שהוא רק חיסרון בהיכא תמצא בשליטה ומטעם הדין שפיר הוי ברשותו (וע"ע בקובץ שיעורים שיעורי הדף אות מ"ב).

ולפי"ז י"ל ג"כ לענין יאוש נהי דמהני כדשבר שאינו ברשותו מ"מ היכא בהדין קובע בלאו ברשותי קאי כתקפו כהן ואיסוה"נ וקנין דרבנן בזה לא מהני כלל יאוש.

ואין להק' בחמץ הא רגע קודם מתיאש בל"מ יאוש באינו ברשותו כמש"כ הרמב"ן במלחמות פ"ב וכו' מוכח דהרי בב"ק מ"ד ב' לענין שור הנסקל איתא במוכרו אינו מכור הקדישו אתי מוקדש ופי' רש"י בלאו ברשותי קאי לאקדושי ולכא"ל למ"ד דאפשר להקדיש דבר שאינו ברשותו מא"ל וע"כ דכאן דהדין קובע בלאו ברשותי גרע.

ועי' ברשב"א בשבועות ל"ג ב' דס"ל דמהני למכור דבר שא"ב (ורק בהקדש דאיכא ילפותא מקרא דביתו לא מהני) ומ"ש מהא דב"ק (ובזה יל"ד מה דעת הרשב"א באיסוה"נ דאי לא ממון הבעלים א"ש עי' בבית הלוי ח"א סי' מ"ח בדעת הרשב"א).

בתוספתא כ"ק פ"ז הא זוכה מדין יאוש אך אכמ"ל בזה) אכן עדין יל"ע בזה דהתינח לשיטת הקצוה"ח וכדבריו האריך ג"כ בנתיב"מ (עי' רס"ב סק"ג) בדעת התוס' (ב"ק ס"ו א') אולם דעת רש"י בגיטין (ל"ח א') אינה כן אלא יאוש הוי כהפקר (ועי' בברוך שאמר להברוך טעם כ"ח ב' מדפי הספר) וגם בדעת התוס' – פי' החזו"א בב"ק סי' ט"ז סק"א באין כוונתם כן וא"כ הגר"א קו' לדוכתא מ"ט אין יאוש באיסוה"נ ועי' באילת השחר כאן שהאריך בזה.

ויש להוסיף בקושיא דהנה חמץ לכא"ו עשהו הכתוב ברשותם אף שהוא איסוה"נ כדאי' בפסחים (ו' ב') ולכא"ו לא משכח"ל ב"י בכל חמץ מתיאש הבעלים ממנו מכי מטיל זמן איסורי' (אא"כ ברשע) דהרי השתא נאסר בהנאה לעולם (גם לאחר הפסח מדרבנן כמבואר בפסחים כ"ט א' וטברמב"ם פ"א מחמץ ומצה ה"ד) (ויל"ד בזה גלגל דאם מתיאש נמצא דלאו דיד' שאין לקונסו ע"ז דלא עבר בב"י וא"כ שוה לי' וא"כ אין מתיאש ועיין).

ונראה לומר דהנה באמת הוא חידוש דיאוש מהני כדבר שאינו ברשותו (בפרט אי הוי הפקר) הא הפקר לא מהני כדבר שאינו ברשותו ובע"כ צ"ל דהוא תלות דלה החלה גם בדבר שאינם ברשותם (וזה נלמד מהפסוקים במהני כמבואר בתוס' כ"ז א' ד"ה מה שמלה) אולם י"ל דאין לך בו אלא חידושו וכאן גרע כאשר יבואר להלן.

דהנה לקמן (ד' א') מבואר דאיכא דינא בממון שאין יכול להוציאו בדינים

ובב"ח הישנות סי' קכ"ד כ' דמהני הפקר באינו ברשותו אף דברמב"ם פי"א מנ"ח ה"ט מבואר דלא מהני הפקר באיסוה"נ ולפמשנ"נ אשה"ט כ"ז דא"י להוציאו בדינים גרע.

ולפי"ז נמצא דלא מהני יאוש אף אם יאמר להוציאו כדבר שאין יכול להוציאו בדינים וצ"ע בזה לדינא (וע"ע בזכר יצחק סי' ל' (א' ב') בהך ענינא).

הבה"ח יחזקאל גליק נ"ו

בענין תקיפה בפני עדים אי בעי לצווח

הוי הממע"ה דלא מהני ראייה אחר הודאתו והנה ברש"ש חולק על דברי הרמ"א הנ"ל וכתב דאם יביא השותק עדים נקבלם דלא הוי ההודאה אלא מדשתיק אודווי ליה ועדים מפורש הוא ויותר מהודאתו והא דלא אוקמינא דשתק מתחילה ועד הסוף הוא משום דפשיטא הוא דינא הממע"ה.

וא"כ נוכל לאמר דהרשב"א ס"ל כהרש"ש ועי' ברשב"א שכתב לדחות ראיתי דשמא שתק ולבסוף צווח בפני עדים להסוברים דהוא הודאה זה פשיטא שהמע"ה.

וזה על דרכו של הרש"ש דמטעם פשיטא לא מעמיד הגמ' בשתק מתחילה ועד הסוף והנה נחלקו הרשב"א והריטב"א בשתק ולבסוף צווח דהרשב"א סובר דשתק בבי"ד וכשיצאו מבי"ד צווח והריטב"א הביא ב' שיטות אי שתק בשעת תקיפה וצווח אחר תקיפה אי ששתק בתחילת תקיפה וצווח בסוף תקיפה.

ונובל לומר דהו"א לשיטתם דהרשב"א סובר דההודאה הוא מה ששותק בבי"ד ואם כן כל הזמן שלא יצא אז הזמן לצווח אמנם הריטב"א סובר דתקיפה היא סיבה לצווח וכל שלא צווח הודה אלא שבבי"ד כיון דקא חזו ליה רבנן אפשר דיכול לשתוק מעט ואח"כ לצווח ואם שתק יותר.

תקפה אחד בפנינו וכו' אי דקצווח מאי הוה ליה למעבד וכו'. וכתבו הראשונים (רמב"ן, ריטב"א, ר"ן, נימוק") דדוקא אם התקיפה היתה בפני בי"ד אבל אם תקפה בפני עדים ושתק ולבסוף צווח אודי אודי ליה דדוקא בבי"ד סומך על הבי"ד, ומדייקים מדכתיב הא קא חזו ליה רבנן.

אמנם ברשב"א כתב דדוקא בפני בי"ד הוא דבעי דלצווח דמקום משפט הוא והוה ליה למצווח קמי בי"ד למידן דיניה אבל שלא בפני בי"ד אמאי יצווח דמאן דאיטת ליה דיניה לבי"ד אזיל ושם מגלה טענותיו.

והביאראייה מדלא אוקמינא ברייתא דר"נ בסמוך בבא לפנינו תחת יד אחת אלא דהיו שניהם מוחזקים ובפני עדים תפס האחד ואידך שתק ולבסוף צווח, אלמא אפי' חוץ לבי"ד בפני עדים לא מהני תפיסתו.

ובמיוחס לריטב"א דחה ראייה זו דאם שתק בתחילה הוי הודאה גמורה דאין לך אדם שתוקפין לו טליתו ושותק וא"כ לא הוי הממע"ה דאחר שהודה אפי' עדים לא יועיל וסובר הריטב"א כשיטת הרמ"א סקל"ח ס"ו דאחר השתיקה אפי' עדים לא יועיל דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכן כתב בהגהות הגר"א בסוגיין דהא דלא מוקיי הך דבד"א בשתק מתחילה ועד הסוף דלא

אמנם בנימוקי כתב דהשתק ולבסוף צווח הוא ששתק בבי"ד וצווח כשיצאו וצווח מיד אחר תקיפה ודאי לא הוי הודאה וזה כהרשב"א והוא הביא דאיכא מאן דדיק דוקא בפני בי"ד אפשר שיכול לשתוק ואח"כ לצווח אבל בפני עדים בעי לצווח מיד ואי לא אדוי אודי ליה [ואח"ז הביא הרשב"א שחולק] ומבואר דס"ל דלא תלי זה בזה ואף דחוף לבי"ד תקיפה מחייבת צויחה בבי"ד אין תקיפה מחייבת צויחה דמאי אצווח הא קא חזו ליה רבנן.

הבה"ח יוסף חיים דוד נ"ו

ברין מתנת כהונה לכהן

לבעלים ודאי ושואל הנתיבות (חמדת שלמה ס' ב') וכן ר' ירוחם פערלא (מצוה פו-פח) שהרי הסברא של מוחזק זה סברא של מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי עסיא ואם כן שם זה לא סברא של ודאי ואם כן למה פה אומרים שהוא נחשב לבעלים ודאי

והם מתרצים בגלל שזה נחשב שיש פה יאוש בגלל שהוא לא יכול לקחת את זה בגלל שאומרים תוקפו כהן מוצאים מידו וממילא הוא מתיאש ולכן מועיל להחשיב אותו בתור בעלים ודאי

ולפי"ז גם פה הסיבה שהוא לא צריך לתת לכהן את המעשר בהמה בגלל שהוא כבר התיאש מזה

אבל קשה שהרי גם לפי הצד שתוקפו כהן מוצאים מידו אבל אם זה בברי או ברשות אז מועיל התפיסה ובפשטות בגלל שאומרים שלא היה פה יאוש ואם כן פה שהוא עשה את זה למעשר בהמה אז הכהן יכול לתפוס את זה מדין תפיסה בברי של המעשר בהמה

מתרין הגרי"פ שלגבי מעשר בהמה יש גם סברא שאם הוא לוקח מאחד שאם זה היה אצלו הוא לא היה מקבל את המעשר אז גם אצל הישראל הוא פטור מלתת את זה לכהן כמו לוקח מהעכו"ם שהרי אם זה היה אצלו הוא לא היה נותן את זה לכהן אז גם הישראל שקיבל מהעכו"ם אין לו דין להפריש

הריטב"א שואל למה אומרים שקפץ אחד מהמנוים לתוכו כולם פטורים נגיד שיהיה ביטול ברוב והוא מביא את תירוץ התוס' ר"פ בגלל שבעלי חיים חשיבי ולא בטלי ואע"פ שמדאורייתא זה כן בטל ורק מדרבנן לא בטל אבל יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה אבל הוא שואל שכל מה שרבנן עוקרים זה דוקא אם יש צורך בתקנה אבל אם אין צורך לא עוקרים "והכא אמרי' פטרי מן המעשר ועבדי גזל השבט" ואם כן צריך להיות שלא יעקרו רואים מפה שהוא למד שאת המעשר בהמה יש דין לתת לכהן ולכן הוא אומר שיש בעיה של גזל השבט

ובן הריטב"א בחולין דף קלה' מביא בשם הר"ח שכהנים פטורים ממעשר בהמה ובפשטות בגלל שכמו שכל חרמים בגלל שהכהנים מקבלים אין להם דין להפריש אז גם פה בגלל שהם מקבלים אין להם דין להפריש את המעשר בהמה

וקשה שהגמ' אומרת אמר רב נחמן אמר רבה בר אבון ישראל שיש לו עשרה ספק פטרי חמורים בתוך ביתו מפריש עליהן עשרה שיין ומעשרן והן שלו משמע שמעשר בהמה אין דין לתת לכהן וקשה על הר"ח והריטב"א שאומרים שיש דין לתת לכהן

הגמ' אומרת בדף ו' שתוקפו כהן מוצאים מידו ובפשטות בגלל שהוא נחשב

נותנים לכהן שמבואר בספרי "משך כל הקרבנות ונתנם לכהנים ולא שייר אלא תודה ושלמים ופסח ומעשר בהמה ונטע רבעי שיהיו לבעלים" רואים פה שאת המעשר בהמה אין דין לתת לכהן

מתרין המצות המלך שיש ב' דינים במתנות כהונה א' זה דין של

חלף עבודתם שזה תמורת העבודה או בקרבן עצמו או אפילו רק בבית המקדש ב' יש דין לתת מתנה לכהן ולא קשור לדין של חלף העבודה ויש הבדל בין המתנות שאם זה חלף העבודה אז אין דין לתת לכהן את כל הדבר אלא רק חלק בדבר כמו זרוע לחיים וקיבה אבל בדין מתנה שם יש דין לתת לו את כל החלק

ולפי"ז הוא מישב את הספרי שגם לפי הראשונים שאומרים שיש דין לתת לכהן זה דוקא זרוע לחיים וקיבה ולא את כל הבהמה ולכן הספרי אומר שאת זה הוא השאיר לבעלים בגלל שאת גוף הדבר הוא השאיר לבעלים ורק אמרו לתת חלק מזה לכהן ולפי"ז הוא גם מישב את הגמ' בב"ק שלא מזכירה את הדין של מעשר בהמה בגלל שפה אין דין לתת את הכל לכהן אלא רק זרוע וכו' ואם כן זה כבר כלול במה שכתוב שלמים

ולפי"ז הוא מישב את הסתירה בריטב"א שבאמת זה מתנות כהונה אבל בגלל שזה רק חלף העבודה אם כן זה לא דומה לחרמים שהכהנים פטורים כי דוקא שם שזה דין של מתנה אז הכהנים פטורים אבל בחלף עבודה כהנים כן חייבים לתת את המתנות כהונה

ואם כן גם פה הרי היה פה יאוש ואם כן זה נחשב שהישראל כבר קיבל את זה מהכהן והרי אם זה היה אצל הכהן לא היה לו דין לתת את זה לכהן אחר אז גם הישראל שמקבל את זה אין לו דין לתת את זה לכהן ואין פה חסרון של לקוח בגלל שבפועל זה היה אצלו והוא לא הוציא את זה ונתן לכהן (וע"ש)

אבל קשה סתירה בריטב"א בגלל שבחולין הוא מביא את הר"ח שאין דין לכהנים להפריש מעשר בהמה והוא חולק שכן יש דין ובפשטות בגלל שזה לא נחשב למתנות כהונה אלא זה סתם דין לעשר ואם כן גם הכהן צריך לעשר ואם כן קשה למה פה הוא אומר שזה נקרא גזל השבט

ותירין מו"ר רה"י שליט"א שכל מה שהריטב"א אומר שזה גזל השבט הכוונה שאם זה קרבן אז יש פה דין של זריקת הדם ואם יעשו ביטול אז אין את הזריקת דם וזה הגזל שלוקחים להם את המצוה אבל במהרי"ט אלגאזי ששואל על הריטב"א שלא מצינו דין לתת את המעשר בהמה לכהן רואים שוא למד שגזל השבט הכוונה עצם הקרבן ואם כן קשה סתירה

ובפשטות בגמ' בב"ק לגבי כל המתנות כהונה לא מוזכר שגם מעשר בהמה יש לו דין של מתנות כהונה ואם כן משמע כמו המהרי"ט אלגאזי, אומר הגרי"פ שכל מה שמונים שם זה דוקא דבר שכתוב בפירוש בתורה אבל זה לא כתוב בפירוש.

המצות המלך מצוה עח' שואל על שיטות הראשונים שאת המעשר בהמה

(וברעת הר"ח שאומר שכהנים גם כן פטורים בפשטות זה בגלל שהוא למד שזה לא חלף העבודה ואם כן זה כמו חרמים ולכן הם פטורים ואם כן את הכל צריך לתת לכהן ועדין קשה מהתוספתא)

ולפי"ז אפשר לישב את הגמ' פשוט שמה שהגמ' אומרת שזה שלו זה בגלל שעצם הקרבן זה שייך לו ורק יש לו דין לתת את מזה לכהן אבל זה לא סיבה לומר שזה לא שייך לו.

הבה"ח משה דייוויס נ"ו

בענין "מוציאין או אין מוצאים מידו"

רק מדין מוחזק (דהיינו שמספק אין מוציאין מידו).

ולפי זה אפשר לומר שפה יש ספק למי זה שייך וא"כ הולכים בתר מרא קמא וא"כ מ"ד מוציאין מידו (דהיינו מוציאין מיד הכהן) כיון שסובר שזה חזקה המכרעת לכן יכול לעשר, ומ"ד אין מוציאין מידו סובר שמרא קמא זה מדין מוחזק דהיינו שמספק אין מוציאין מידו וזה לא ודאי שלו ולכן אינו יכול לעשר דיש פה אולי ממון כהן ופטור מלעשר.

ועוד יש לתרץ: הריטב"א גורס בגמ' אע"פ שלא תקפו כאילו תקפו דמי וז"ל "פירוש דכיון דתקפו כהן מהני ליה תפיסה הא אית ליה באיה דררא דממונא" עכ"ל ומזה שיש לכהן דררא דממונא (דהיינו שיכות ממון אליבא דרש"י) זה כבר מספיק כדי לפוטרו ממעשר, וכן משמע מרש"י דכתב בד"ה ואי ס"ד יש לכהן צד זכייה בו נמצא זה אם יצא בעשירי פוטור עצמו בממון כהן.

ועל דרך זה כתוב ב'שערי יושר' שער ה' פרק ז' ד"ה ונהנה שכשיש לכהן צד זכייה בו (דהיינו אם אין מוציאין מידו) זה כבר פוטרו ממעשר בהמה דכתיב "יהיה לך" ולא של שותפות אלא מיוחד לך ופה יש לו זכות אם יתפוס.

ולפי זה אומר החתם סופר דלפי תוס' דרך מכירי כהונה יכולים לתפוס

יש מחל' האם תקפו כהן מוציאין מידו או אין מוציאין מידו ור' חנניה מביא ראיה לרבה דתקפו כהן מוציאין מידו.

דבתוב במשנה בבכורות "הספיקות נכנסין לדיר להתעשר וכו'" ואם תקפו כהן אין מוציאין נמצא פוטור ממונו בממון כהן.

ולבא' קשה אפילו אם תקפו כהן אין מוציאין מידו, הא כל זמן שהכהן לא תקף הוי ממון בעלים ויכול לעשר וא"כ מהי הראיה,

ובאמת הכסף משנה בבכורות פרק ב' הלכה י' אומר שלכן הרמב"ם לא חש לראית הגמ' ופוסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו דזה לא הוי ראיה].

ואפשר לתרץ: דדנו האחרונים בדין הממע"ה האם זה מדין ודאי או מדין ספק. ואפשר לומר שאותו ספק ג"כ הכא, דלמ"ד מוציאין מידו [דהיינו מוציאין מיד הכהן] סובר שמה שזה ביד הישראל זה מדין ודאי ולכן יכול לעשר ולמ"ד אין מוציאין מידו [דהיינו מיד הכהן] סובר שמה שזה ביד הישראל זה מדין ספק ואינו יכול לעשר דבעינן שלו ופה יש גם לכהן חלק בו וזה כן ממון כהן.

ועוד אפשר לתרץ: דדנו האחרונים בגדר מרא קמא האם הוי מדין חזקה המכרעת (כמו חזקה קמייתא באיסורין) או זה

א"כ באופן שאין מכירי כהונה יכול לפטור ממונו בזה כיון דזה מיוחד רק לו כיון דבפועל אין הכהן יכול לתפוס.

ובקונטרם הספיקות כלל א' אות ו' מקשה דלמ"ד תקפו כהן אין מוציאין מידו והוי ליה מוחזק מספק (ולכן נמצא פוטר ממונו בממון כהן) דקשה דגם לולי זאת תיפוק ליה דכיון שהוא מוחזק ומוחזק זה רק התורה זיכתה לו ולכן הוי שלו א"כ הוי כלוקח ונפטור מצד לוקח ולא מצד ממון כהן והוי לגמ' להקשות נמצא זה פוטר ממונו בממון לוקח שפטור ממעשר.

ודחה האחיעזר (יו"ד) דמה שזה נשאר אצל המוחזק אין זה מדין זכיה

אלא דהתורה אמרה לנהוג כאילו זה שלו באמת וא"כ אין דינו כלוקח.

אם אומרים שמרא קמא זה חזקה המכרעת א"כ קשה דהגמ' בב"ב דף פ"א ע"ב אומרת הקונה ב' אילנות מביא ואינו קורא משום דמספק"ל האם קנה קרקע וחייב בביכורים או לא ולכן מספק מביא ואינו קורא וקשה הרי בגוף הקרקע בודאי שייך למוכר מדין מקרא קמא וא"כ מדוע הלוקח צריך להביא ביכורים.

ומת"ץ החזו"א שהחיוב של מעשר בהמה וכן קידושי אשה מי שנוהג עכשיו בעלות משא"כ בביכורים בעינן בעלות אמיתית ופה יכול להיות שהלוקח בעלים ולפ"ז א"ש בס"ד.

הבה"ח מיכאל דרעי נ"ו

ביאור דעות הראשונים בגדרי מוחזק

הישראל הוא במצב "מסופק" אי הוי ממונו ומה שייך הכא הודאה, וצ"ע.

ב. והנראה לבאר את דעת רש"י, ובהקדם דבר יש לחקור בגדרי מוחזק האם חשיב דהתפיסה יוצרת לבי"ד בירור ודאי שהחפצא של הממון משתייך למוחזק בו, או"ד דהמוחזק מקבל כח טענה להחזיק בממון ע"י שתופס בממון והוי כח לגברא להחזיק בממון אצלו. ונראה דנחלקו בכך הראשונים בריש פירקין בדינא דשנים אוחזים דיחלקו, דעת רש"י (ב. בד"ה שנים אוחזים) דע"י ששניהם אוחזים בטלית אין לזה כח יותר מבזה, ולא דווקא אוחזים וע"י מה דאוחזים כל אחד תפוס בכל הטלית, וכדברי רש"י (ב. ד"ה בשבועה פלגי לה) דהאי תפיס בכולה והאי תפיס בכולה, והתפיסה הכא הוי כח לטענתם במה שטוענים כ"א כולה שלי. ועל כן פסקינן דיחלוקו. ומאידך דעת התוס' (ב. ד"ה ויחלקו), פליגי וסברו דע"י מה דאוחזים חשיב כל אחד יש לו "בודאי" החצי וכ"א נחשב אוחז בחצי הטלית. [וטענותיהם מחזקים את תפיסתם בטלית, ובכל אופן הטענה של אחד כלפי השני עומדת לן בספק].

ואפשר להעמיד פלוגתתם בדין שנים אוחזים האם הוי חזקה מה שתחת יד אדם שלו, דהנה הגרנ"ט (בחי' בב"ב ס"י קס"ו) חוקר בחזקה מה שתח"י אדם שלו, האם הוי הנהגה שמסתמא

א. הגמ' (בדף ו.) גבי שנים אוחזים מסתפקת היכא דתקפה אחד בפנינו וכאשר בתקף צווח מתחילה ועד סוף פשוט דמוציאין, דמאי הוה ליה למעבד, עכת"ד הגמ'. והדברים צריכים ביאור לפי מה דפירש רש"י לקמן (ח. ד"ה ממשנה) דהטלית הוי ליה ממון המוטל בספק וחולקין בשבועה, וא"כ כאשר אחד תקף הטלית לא הוי ממון המוטל בספק ולא יוציאו מידו, ואע"פ דצווח מתחילה ועד סוף הוי הממע"ה והיכי פסקינן שמוציאים מידו.

ועוד יש לברר את דעת רש"י בסוגיין (ד"ה תקפה אחד) דביאר בתקפה והוציאה מיד חבריו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבועו (עכת"ד). ובקצות (ס"י קל"ח סק"ב) מבאר מדוע הרש"י הוצרך לפרש קודם שנשבועו, משום דה"ל כאומר איני נשבע, עכת"ד. ויש להקשות על דבריו מה שייך להחשיב את האיני נשבע להודאה כדברי הגמ' אודי אודי ליה, דלכא' מה דחשיב איני נשבע הוי רק "סילוק" ולא הוי "בירור להודאה".

ובן צ"ב בדברי רש"י (ו: ד"ה המוציא מחבירו) במש"כ לבאר בדינא דספק בכור כשתקף הכהן ושתק ישראל והדר צווח דהוי הישראל מוציא מחבירו, עכת"ד. ויש לעיין במה דחשבינן ליה ספק הודאה ע"י ששתק ולבסוף צווח, שהרי הכא הוי ספק "במציאות" והיינו ספק קדושה, וכן כלפי

הממון שייך למוחזק ע"י התפיסה בעצמותה והוי ראייה דהממון שלו, ומטעם אחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. וצד ב' דהחזקה היא מה דהאדם יש לו כח לטעון על הממון שתפוס בו דהוי שלו דנאמן בטענה על כך שתפוס בחפץ בחזקה מה דתח"י שלו, והכא גבי שנים אוחזים תוס' ס"ל כצד א' דשייך חזקה מה שתחת יד אדם שלו דהכא כ"א תפוס בחצי הטלית ועי"ז משתייך לו מודאי החצי מהטלית, דס"ל דהחזקה מה דתח"י אדם שלו מכח מה דתפוס בממון, וללא כח בירור הטענות, ומאידך רש"י ס"ל דהכא לא שייך האי חזקה דהרי כל אחד תפוס בכל הטלית ומה דמחזקינן במה שתח"י אדם שלו רק "מכח הטענות" שיכול לטעון על הממון, אולם בנידו"ד שהטענות סותרות זו לזו, דכ"א טוען כולה שלי לא שייך להעמיד הממון בחזקה מה שתח"י אדם הוי שלו [וכן לא מטעם אחזקי אנשי בגנבי לא מחזקינן משום שיש צד הכא של ודאי רמאי].

ולפמשנ"ל יש לבאר דאזלי הרש"י והתוס' לשיטתם בגדרי מוחזק, דהרש"י ס"ל שהמוחזקות עצמה הוי כח מצד הגברא להחזיק בממון ואינה יכולה להוכיח לנו דהוי בעלים בודאי בממון מכח התפיסה דהכא בדינא דיחלוקו מתבאר דהתפיסה שלהם בספק וכ"א תפוס בהכל. ומאידך תוס' ס"ל בגדרי מוחזק כצד א' בהגדרת דין מוחזק דעצם מעשה התפיסה יוצר לבי"ד בירור ודאי שהממון משתייך למוחזק בו דגבי שנים אוחזים מחשבינן דלכ"א משתייך חצי בודאי בטלית מכח מה דאוחזין.

ג. ועפי"ז יש לבאר נפלא את שיטת רש"י דאזיל לשיטתו בכמה דוכתיה בסוגיין, דס"ל בכל מוחזקות דהתפיסה נותנת כח טענה לגברא להחזיק בממון מצד עצמו, והכא בשנים אוחזים דהתפיסה יצרה למוחזק כח לטעון וג"כ היכא דתקפה האחד תו לא פקע כח הטענה של הנתקף, אא"כ שותק דהשתיקה מפקיעה את הבעלות. ולכך בצווה מתחילה ועד סוף מוציאין מידו, מאותו כח טענה שהיה לגברא בשעה שאחז בטלית עם חברו, ורק ע"י השתיקה הוא מחליש את כוחו במה שמשתייך לו בטלית והוי כהודאה, ולא איכפת לן מה דבשעה שאוחזים הוי ממון המוטל בספק דעכ"פ יש למוחזק כח טענה מצד שהיה תפוס בממון, וא"ש דברי הגמ' דבצווה תחילה ועד סוף, מאי הוי ליה למעבד ומוציאין מידו.

וא"ש דברי רש"י במה דביאר הכא דאיירי קודם שנשבעו, דהרי בספק דידן הם עצמם יוצרים את הנידון ע"י תקיפה של האחד והשתיקה של הנתקף, ולא הוי כנידון בבי"ד ע"פ טענותיהם, ולכך קודם שנשבעו אמרינן דהוי כאומר איני נשבע וע"י כך "מסלק" את עצמו מהנידון דשנים אוחזים וחשבינן שתיקתו כהודאה שמסלק את הכח שיש לו בטלית ע"י טענתו.

ובן אזיל לשיטתו הרש"י לגבי ספק בכור ודבריו מתישבים נפלא דאע"פ דהספק בחפצא של הבכור ולא בין הישראל לכהן עכ"פ ע"י שתיקתו אמרינן שמסתלק מהבעלות על הבהמה (ואע"פ דלא נפשט הספק של קדושה בבהמה עצמה) ולכך בתקפו כהן ששתק הישראל ולבסוף צווה הוי ישראל המוציא מחבריו.

ד. ועוד אזלי רש"י ותוס' לשיטתם במהלך דברי הגמ' (ו:): בסוגיא דמסותא וספק בכור, דהמהלך בדעת רש"י בסוגיין הוא דהנידון במסותא שווה לנידון הקודם לגבי הקדישה בלא תקפה דאיירי ששניהם אוחזים במסותא והוי דינא דיחלקו כדין שנים אוחזים, ומסתפקינן כאשר הנידון הממוני לא הוכרע ועומד בספק האם גבי הקדש ג"כ החפץ עצמו יחשב בספק והוי הקדש מספק ואזלינן לחומרא, או דשאני הקדש שדינו חמור ומצרכינן שיהא ודאי ממונו וא"כ חצי מהממון ודאי קדוש והחצי השני משתייך לאותו שלא הקדיש החפץ.

ומאידך התוס' בסוגיין ביארו גבי מסותא וספק בכור (דלא הוי ראיא להקדישה בלא תקפה) דאיירי במסותא דלא אוחזין והוי דינא כדא"ג ומסתפקינן האם אחרי שהקדיש בעצם ההקדשה נחשב כמעשה תקיפה, וחשיב הממון לאחר ההקדשה, כאילו תקף בפועל ולא שייך שהשני יחזור ויתקוף, וכמו דהיכא שהראשון תקף והקדיש דלא יהני תקיפת חברו שוב. או דלמא דההקדש לא חמור לכלול בתוכו את מעשה התקיפה, ולכך בדינא דכדא"ג לאחר מעשה התקיפה של הראשון יכול השני לחזור ולתקוף ולכך למקדיש אין כח עד שיתקוף בפועל ולא הוי הקדש.

ומייתנין ראיא מספק בכור דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו דיש לכהן צד זכייה בבהמה, וגם באופן דלא תקפו והכהן לא מוחזק בו, בכ"ז אסורין בגיזה ועבודה והוי קדוש מספק, וה"ה הכא במסותא דשניהם אוחזים ואחד הקדיש, הממון כולו דיהיה קדוש מספק, ועל דא דחי רבה דאין ראיא מספק בכור דלדינא תקפו כהן מוציאין מידו ואין לו צד זכיה בממון, עכ"פ אסורין בגיזה ועבודה דקדושה הבאה מאליה שאני.

והעולה לן למהלך של רש"י בגדרי מוחזק דלא הוי בירור בממון מצד הבי"ד, ורק נותן כח לגברא להחזיק הממון, מהא דגם היכא דמחזיק בחפץ (גבי מסותא) עכ"פ גבי הקדש הוי ספק הקדש, [ולא שייך הכא מצד בי"ד דמספיקא לא עבדינן עובדא דגבי שנים אוחזין אם תקף וצוות עד לסוף מפקינן מיניה ולרש"י ספק בכור מדמי ליה לשנים אוחזים].

ומייתנין ראיא מספק בכור דפסקינן התם דהבעלות תלויה במעשה תפיסה, דמי שתופס ומוחזק בחפץ הוא חשוב הבעלים ושייך שהכהן יתקוף מהישראל, ודמי לדינא דכדא"ג דג"כ פסקינן דמי שתופס בחפץ הוא המוחזק ושייך לחזור ולתקוף, ואע"פ דלכהן יש צד ממון בבהמה ואם תקף לא מוציאין מידו, אעפ"כ לענין הקדש אסור בגיזה ועבודה, וה"ה לגבי מסותא אע"פ דלא תקף בפועל אך יש לו צד זכיה בו ע"י שיתקיים הכדא"ג לפיכך אם הקדיש יהא קדוש מודאי דחשבינן דתקף והוי שלו [והנה לדעת הרא"ש (בב"ב פרק חזקת הבתים סי' כ"ב) בדינא דכדא"ג דאחרי שהממון ברשות האחד אין ביד השני לחזור ולגבור על הממון, וצריך לומר דהפסק בספק בכור לא מדינא דכדא"ג דהתם שייך לחזור ולתקוף. ושונה מדינא דכדא"ג גבי מסותא, ואעפ"כ מייתנין ראיא מספק בכור למסותא].

מחשיבו כדין ודאי. וע"ע במש"כ הקוב"ש (ה"ב סי' ט' אות י"ז) בדברי הר"ן אלו ראה למה שדן גבי שנים אוחזים אם כל אחד מוחזק בחציה, או דכ"א מוחזק בכולה, דאי נימא דכל אחד מוחזק בחציה הוי ודאי שלו דמאי דתפיס ידיה הוא, ואם נאמר דכל אחד מוחזק בכולה אין כאן אנון סהדי כלל ואינו אלא ספק שלו.

ו. ומצינו מהלך חדש בגדר דין מוחזק בדעת הרמב"ם, שפסק בדינא דשנים אוחזים (פ"ט מהל' טו"ז ה"ז) שנים שהיו אוחזים בכלי אחד וכו', או יושבים בצד ערמה של חטיט המונחת בסמטא או בחצר של שניהם וכ"א טוען כולה שלי יחלקו בשבועה, עכת"ד. ומבואר לן בדעת הרמב"ם לגבי יושב בצד ערמה שדינא דמתניתין לאו דוקא אוחזין [וכך מתפרש בהגהות מיימוניות], אלא דאין לזה כח יותר מבזה. ובטור (חו"מ סי' קל"ט ס"ו) ביאר דבריו דחשיב כאילו שניהם מוחזקים בו.

ונחלקו האחרונים בחזקה זו, הב"ח מבאר דהוי מקום הראוי לקנות ולכך נחשב חצר של שניהם, ועי"ש. ומאידך הנתיבות (סי' קל"ח סק"א) מבאר דנחשבים מוחזקים ע"י קנין, והכא הם קונים בקנין ד' אמות דאיירי שיושבים בד' אמות של הערמה, ועכ"פ מתבאר דלא איירי שהם אוחזין ממש בממון ולדינא יחלקו בשבועה.

ועוד פסק הרמב"ם (הי"ב) וז"ל, באו שניהם אדוקין בה ושמטה האחד מיד חבריו בפנינו ושתק השני, אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותו מידו כיון ששתק מתחילה הרי זה כמודה לו, חזר

ומתבאר בדעת תוס' דע"י מה דחשבינן מוחזק גבי הקדש ויש לו יותר כח, והוי ודאי הקדש ופשוט לן דבדיני ממונות אם הוי מוחזק בפועל ממש, לא הוי מסתפקינן והיה לו שייכות ודאית בבעלות הממון ע"י התפיסה, וכן כלפי ההקדש, [ושאני דין תפיסה גבי מסותא וספק בכור לתפיסה של שנים אוחזים דהכא מחשבינן התפיסה מכח שמא גבי דינא דכדא"ג או הממע"ה, אך בדין שנים אוחזין התפיסה מכח ודאי דיש בפועל לכ"א חלק בטלית ולא דמי אנך הספיקות להכריע בממון ובהקדש].

ח. והנה הר"ן בסוגיין ביאר את ספק הגמ' גבי תקף ושתק ולבסוף צווח באופן אחר, דמה דשתק ולבסוף צווח הוי "ספק הודאה", ומסתפקינן על הטלית האם מתחילה בספק היתה עומדת שאין אנו יודעים של מי היא, ולכך ג"כ ספק הודאה מהני להעמיד הממון ברשות התוקף, או דלמא דכיון דצווח פקע תקיפתו ומה דשתק איכא למימר דלאו הודאה היא, כיון שהטלית מתחילה לא היתה עומדת בספק, דאנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא ומאי דתפיס האי ידיה הוא, וא"כ אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי.

ולפי מה דנתבאר לן בפלוגתת הרש"י ותוס' בשנים אוחזים ובגדרי המוחזק, אלו הם ב' הצדדים במה דביאר הר"ן בסוגיין דלפרש"י שביאר (לקמן ח.) דהחלוקה היא מדין ממון המוטל בספק וחולקין והיינו כהצד הראשון בדברי הר"ן, אולם לפי תוס' דס"ל דחשיב שיש לכל אחד בודאי החצי והחלוקה מטעם ודאי, והיינו כהצד השני בר"ן דהאנן סהדי

במוחזקות היא דאנן מספיקא לא עבדינן עובדא, ומשתייך למוחזק ע"י תפיסתו גרידא וללא כח הטענה של הגברא על המוחזקות, וכן לא הוי בירור והנהגה ודאית דהממון של המוחזק, אלא דהיכא דהממון נמצא לא מפקינן מיד מי שתפסו והוי גדר שלישי בכל מוחזק. ומוכח כן דאם חזר השני ותקפה משתייך לו חצי הטלית ואע"פ שהראשון צווח מתחילה ועד סוף. [ובראב"ד פליג על הרמב"ם וכתב דאין טעם לזה, עכת"ד. וצ"ל דס"ל לראב"ד דשתק ולבסוף צווח הוי הודאה ודאית ולכן בתפיסתו של הראשון נעשתה הטלית שלו בודאי, ומעתה לא מהני תפיסתו של השני כלל]. וכן גבי ספק בכור פסק הרמב"ם (פ"ה מהל' בכורות ה"ג) דאם תפס הכהן אין מוציאין אותו מידו ואי"צ שהישראל שתק ולבסוף צווח כדברי רש"י אלא דמכח ספיקא לא עבדינן עובדא, ואין מוציאין מיד הכהן.

ז. והעולה לן מדברי הראשונים בגדרי מוחזק א. דלרש"י גדר המוחזק הוא שיש כח להעמיד את הממון אצלו ע"י התפיסה וכן יש לו כח לטעון שהוא המוחזק. ולדעת התוס' התפיסה בממון הוי לן בירור לשייך את הממון למוחזק בו. ב. לשיטת הרמב"ם מתבאר לן שהגדרת המוחזק היא "דמספיקא לא עבדינן עובדא". ונפק"מ בדינא דשנים אוחזים אי כל אחד מוחזק בכל הטלית או בחצי מהטלית בודאי [ועי' בר' אלחנן הנ"ל], ג. בדינא דמסותא יש לדון אי הוי דינא דיחלוק או דמשתייך לדינא דכדא"ג [ותלוי במחלוקת רש"י ותוס' הנ"ל] ד. בדינא דספק בכור למ"ד אין מוציאין מידו

השני ותקפה מן הראשון, אע"פ שהראשון צווח מתחילה ועד סוף חולקין, עכ"ל. וביאר המ"מ (שם) את המקור לדברי הרמב"ם דהא מסוגיין דרבי זירא הסתפק בשתק ולבסוף צווח ולא איפשיטא בעיא זו, ולכך פסק רבינו שאין מוציאין אותה מיד זה שתפסה כיון שהדבר ספק, ועוד שבגמ' אמרינן אם תמצא לומר, תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו ודרך רבינו לפסוק כאם תמצא לומר עכת"ד. ובלחם משנה הק' על דברי המגיד משנה, דהרב המגיד עצמו כתב בהמשך דבריו דאין מוציאין אותה מן הראשון משום ספיקא, דאע"ג דאמרו את"ל מ"מ עיקר הדבר בעיא היא, עכ"ד. ובקצוה"ח (סי' קל"ח סק"ג) תמה על דברי הלח"מ דאה"נ בכל מקום עיקר הדבר בעיא הוא, וכשחזרו ואמרו את"ל הוי פשיטות לשיטת הרמב"ם.

ועל כן מבאר הקצוה"ח את הסוגיא לדעת הרמב"ם כדברי הר"ן, וכמשנ"ל דספק הגמ' אם הטלית בספק עומדת א"כ אף בספק הודאה מהני להעמידה ברשות התוקף, או דטלית זו לא עמדה מתחילה בספק וא"כ אין ספק מוציא מידי ודאי, וכשאמרו את"ל אין מוציאין פשיט ליה דהוי ספק הודאה ומשום הכי אין מוציאין מידו, וכן אם חזר ותקפה הראשון נמי אין מוציאין ויחלקו כבתחילה דהוי ספק הודאה.

ומתבאר בדברי הרמב"ם דהמוחזקות של התוקף בטלית היא "במצב ספק" דאם תקפו אין מוציאין מידו, וכן בשנים אוחזים כל אחד מוחזק בהכל ורק דאין לזה כח יותר מבזה, וכל הכח

האם איירי דהישראל שתק ולבסוף צווח או דבכל אופן אין מוציאין [והוי מחלוקת הרש"י והרמב"ם] ה. וכן לגבי תקפה ושתק ולבסוף צווח עולה לן לדעת התוס' (דאי ס"ל כדעת הר"ן דאין ספק הודאה מוציא מידי ודאי) שכ"א מוחזק בודאי בחציה, ונפק"מ לדינא שמוציאין מידו, ודלא כהרמב"ם דפסק דאין מוציאין.

הבה"ח שמואל הוכוולד נ"ו

בענין בעיא דרבי זירא – בביאור זמן השתיקה

ובשם מורו פירש דהאופן דצווח מתחילה היינו שצווח מיד בתחילת התקיפה, ושתק ולבסוף צווח היינו שצווח כשנתעצם אחד יותר מחבירו, והאופן דשתק מתחילה ועד סוף היינו ששתק כל זמן התקיפה אע"פ שצווח ציד כשנגמרה התקיפה, [ויעו' שם משה"ק על דבריו].

והנה לכאן צ"ב מחלוקתם דמ"ט לדברי הריטב"א אמרין שתיקה כהודאה אע"פ שהוא צווח בב"ד, דלכאן אכתי שייך לטענה דחזו לי רבנן כל זמן שהוא בב"ד וכמש"כ הרשב"א.

יבואר שני אופנים בביאור הסברא דחזו לי רבנן

(ב) ושמעתי מידידי הבה"ח שמואל מלריך נ"ו שיש לפרש בשני אופנים את ביאור הסברא דחזו לי רבנן, האחד שהנתקף שותק מחמת שהוא סבור שכיון שרבנן ראו שהיתה הטלית בידי כמוהו והלה תקפה ממני בפניהם ודאי שבגמר הדין יוציאו מידו וישיבו לידי מה שהיה ראוי לבוא אלי קודם תקיפתו, ולכך הוא שותק.

ובאופן נוסף יש לומר, דהנתקף סבור שכיון שרבנן ראו את מעשה תקיפתו יצו כעת לשוטרי ב"ד להשיב את תפיסתו כבראשונה באותה הטלית כיון דתקיפתו היתה לפניהם, ולכך הוא שותק.

דף ו. 'בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו, היכי דמי, אי דשתיק אודויי אודי ליה, ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד, לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח, מאי, מדאשתיק אודויי אודי ליה, או דלמא כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן'.

והנה מה דאמרין אי דשתיק אודויי אודי ליה איירי ג"כ באופן שהלה צווח בסוף התקיפה, דאי לאו הכי לא היה נידון זה בא לב"ד כיון שאין הלה טוען מאומה, ובראשונים מבואר כמה אופנים בזה.

הרשב"א כתב דאיירי ששתק כל זמן שהיה בב"ד ולאחר שיצא מב"ד צווח דבאופן זה הוי שתיקתו כהודאה כיון שכל זמן שהיה בב"ד שתק, ועוד ביאר הרשב"א דהאופן דצווח מתחילה ועד סוף היינו מיד לאחר התקיפה, והאופן דשתק ולבסוף צווח דשתק מתחילה ואפי' צווח לפני שיצא מב"ד גם זה בכלל הספק.

אמנם בריטב"א כתב דהאופן דשתק מתחילה ועד סוף היינו ששתק כל זמן התקיפה וגם לאחר שתקף חבירו שתק קצת ואפי' אם צווח לאחמ"כ הוי הודאה גמורה, והאופן דשתק ולבסוף צווח היינו ששתק כל זמן התקיפה ומיד כשנגמרה התקיפה צווח, והאופן דצווח מתחילה הוא שצווח בשעת התקיפה.

ומ"מ לדברי הריטב"א אם שתק לאחר התקיפה לא יועיל לו לצוות אח"כ כיון דלא אמרינן דסמוך על כך שרבנן ראו את התקיפה אלא לענין שיחזיקו בידו כעת את הטלית כמו שהיה הוא אוהז בה, אבל אינו סמוך על כך שבפסק הדין יפסקו על אותו החצי להחזיקו בידו כבראשונה דלזמן מרובה אין אדם שותק כשחוטפים מידו ולכן תלינן דשתיקתו הוי הודאה.

יבואר דמטעם הנ"ל נחלקו הראשונים בשתק והדר צווח מחוץ לב"ד בפני עדים אי הוי הודאה

(ג) ונראה עוד דגם לענין שתיקה מחוץ לב"ד אזלו לטעמייהו הרשב"א והריטב"א, דהנה ברשב"א כתב דיש מי שדקדק מדאמרינן הא חזו לי רבנן דרוקא בב"ד אמרינן דאם שתק ולבסוף צווח היה סמוך על רבנן ואין שתיקתו הודאה, אבל מחוץ לב"ד בפני עדים שאין לו לסמוך על רבנן אפי' בשתק והדר צווח הוי שתיקתו כהודאה, ודחה הרשב"א את דבריו דאדרבה מחוץ לב"ד בפני עדים אפי' שתק מתחילה ועד סוף לא הוי הודאה, והטעם משום דאין אדם מגלה טענותיו מחוץ לב"ד דסמוך על כך שיביא עדים בב"ד שחטף ממנו ולכך אינו צווח, ורק בבי דינא שהוא מקום המשפט אם שתק מתחילה ועד סוף אמרינן דהוי הודאה שבמקום זה היה לו לצוות אם לא החזירו לו את מה שהיה תפוס אבל שלא במקום בב"ד לא אמרינן כן.

אכן בריטב"א כתב דמחוץ לב"ד אמרינן דכיון דאין כאן רבנן היה לו לצוות מיד ולכך אפי' שתק והדר צווח הוי

ונראה דבשני סברות אלו נחלקו רבותינו הראשונים, דהרשב"א ס"ל דהסברא דחזו לי רבנן פירושה כמו האופן הראשון שכיון שתקף בפניהם הלה סבור שבגמר הדין יפסקו את הדין כמו שהיה תפוס בראשונה ולא יחושו לתקיפתו ולכך הוא שותק, ולכן פירש הרשב"א דשתק והדר צווח היינו אפי' אם הוא צווח בסוף לפני שיצא מב"ד גם בזה מספקינן האם היה סמוך על כך דרבנן חזו לו, והיינו טעמא כמו שנתבאר דכל זמן שהוא בב"ד הוא סמוך על כך שבגמר הדין יפסקו לו כמו שהיה תפוס מתחילה ולכך שתק, אבל אם שתק כל זמן שהיה בב"ד וצווח כשיצא לא מהני מה שצווח כיון שראה שרבנן לא החזיקו בידו בגמר הדין את מה שהיה תפוס מתחילה ואפ"ה שתק ש"מ דהודה לו.

אך להריטב"א הסברא דחזו לי רבנן היא כמו שנתבאר בדרך השניה, דהוא סמוך על כך שרבנן יצוו לשוטרי ב"ד להחזיק את הטלית בידו ולכן כתב הריטב"א דשתק ולבסוף צווח היינו שצווח מיד לאחר התקיפה דכל זמן התקיפה הוא שותק דהוא סבור שיצוו כעת להחזיק בידו ולהצילו מן התוקף וכשלא ראה שעשו כן והכל נשאר ביד התוקף צווח, אבל אם גם לאחר התקיפה הוא שותק ע"כ דהודה לו כיון דאינו סומך על רבנן ושתק סתם.

[וגם לדברי רבו של הריטב"א י"ל כן, אלא דלדבריו כשנתעצם אחד אפי' שלא גמר את התקיפה אם רואה הנתקף שב"ד לא ציוו להצילו היה לו לצוות מיד, ואם לא צווח הוי הודאה].

שתיקתו כהודאה, ולא סבר כהרשב"א דאין אדם מגלה טענותיו מחוץ לב"ד. דהוי שתיקתו כהודאה, אלא ע"כ דמחוץ לב"ד אפי' בשתק מתחילה ועד סוף לא הוי שתיקתו כהודאה.

אמנם בריטב"א (החדשים) כתב לישב על קושיא זו דלא מצינו לומר דהברייתא איירי באופן דשתק והדר צווח מחוץ לב"ד דבברייתא אמרינן 'אבל היתה טלית יוצאה מחת ידו של אחד מהם המוציא מחבירו עליו הראיה', ואם נאמר דאיירי מחוץ לב"ד מה יועיל להביא ראיה כיון דהוי ודאי הודאה דליכא לסברא דחזו לי רבנן, ולכן שפיר מוקמינן דשתק והדר צווח בב"ד וקמ"ל דאפי' הכי שתיקתו הוי הודאה.

והנה מקודם צריך לבאר את פשיטות הגמ' דאיירי באופן דשתק והדר צווח בב"ד וקמ"ל דמדשתק אודיי אודי ליה דא"כ מה מועיל מה שיביא אח"כ ראיה שהטלית שלו דכיון דאודי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ולא תועיל לו שום ראיה.

ובאחרונים מבואר שיש מקום לומר דגם לאחר שפשטינן דשתק והדר צווח הוי הודאה מ"מ כל זה מחמת שיותר מסתבר לפרש את שתיקתו כהודאה מלפרש את שתיקתו מחמת שהיה סמוך על רבנן, אכן גם לאחר שפשטינן כן לא נסתלקה הסברא לגמרי שהיה סמוך על רבנן אלא דמסתמא אמרינן ששתק מחמת שהודה, ולכן היכא שבאו עדים ואמרו שהטלית שלו כעת מסתבר שאם צדקו דברי העדים שהטלית שלו לא היה מודה ואם שתק יותר מסתבר לפרש את שתיקתו ששתק מחמת שהיה סמוך על רבנן מאשר שהודה, ולכן שומעים לעדים.

ונראה דאזלו לשיטתייהו בביאור הטעם דחזו לי רבנן, דלהרשב"א הסברא דחזו לי רבנן היינו דלכן בגמר הדין יפסקו להחזיק בידי מה שהייתי תפוס מתחילה ולכן סבר הרשב"א דגם מחוץ לב"ד אין לאדם לגלות טענותיו אלא יביא עדים שהיה תפוס מתחילה שוה בשוה בטלית ויחזירו לו את מה שתקף השני ממנו, אבל הריטב"א סבר דהסברא דחזו לי רבנן אינה סברא לזמן מרובה שיפסקו לטובתו, אלא רק לזמן מועט שכעת יצוו להחזיק בידו, ולכן מחוץ לב"ד שאין מי שיחזיק בידו לא אמרינן הכי ואפי' שתק ולבסוף צווח אמרינן מדשתק אודיי אודי ליה.

יבואר פלוגתת הראשונים האם מצינו לאוקמי לברייתא דהממנה"ר באופן דשתק והדר צווח מחוץ לב"ד

(ד) עוד כתב הרשב"א להביא ראיה לדבריו דמחוץ לב"ד אפי' שתק מתחילה ועד סוף לא הוי הודאה, דהנה בגמ' מייתי ראיה מדברי הברייתא דאמרינן 'במה דברים אמורים ששניהם אדוקים בה, אבל היתה טלית יוצאה מחת ידו של אחד מהם המוציא מחבירו עליו הראיה', ומקשינן 'הכי דמי אילימא כדקתני פשיטא, אלא דתקפה אחד בפנינו', והיינו דשתק ולבסוף צווח וש"מ מדשתק אודיי אודי ליה, והקשה הרשב"א דלדברי הריטב"א דמחוץ לב"ד הוי שתיקתו הודאה אפי' שתק ולבסוף צווח, מאי פשטינן מהברייתא דאיירי בשתק ולבסוף צווח הא מצי איירי בשתק ולבסוף צווח מחוץ לב"ד וקמ"ל

ולפי סברא זו מבואר היטב מה שתירץ הריטב"א דאם היו מעמידים את הברייטא בשתק והדר צווח מחוץ לב"ד לא היתה מועילה ראייה להוציא מידם משום דהוי ודאי הודאה כיון דאין לו על מי לסמוך.

אכן באוקימתא של הגמרא באופן דשתק והדר צווח בב"ד שפיר מוקמינן ליה ויועיל ראייה כיון דבזה איכא לסברא הרחוקה שסמך על רבנן וכשיש עדים יותר מסתבר לתלות בזה מאשר שהודה.

וקושיית הרשב"א שלא סבר כן, ביאר רבינו ראש הישיבה שליט"א שיש לפרש באופן אחר מה תועיל ראייה והיינו שכשבאו עדים אית לן למיתלי ששתיקתו היתה לא מחמת הודאה אלא מחמת שהיה סבור להביא את העדים עוד זמן מועט ולכן שתק, [אמנם היכא ששתק כל זמן שהיה בב"ד בזה לא תלינן כן כיון שכאן הוא מקום המשפט ולא היה לו לשתוק אע"פ שיביא עדים מכבר].

ולפי זה שפיר הקשה הרשב"א דמ"ט לא מוקמינן לברייטא באופן ששתק והדר צווח מחוץ לב"ד וקמ"ל דהוי הודאה, ולא נוכל לומר דא"כ מה יועיל להביא ראייה כיון דשפיר יועיל להביא

ראייה דכשיביא עדים נתלה את שתיקתו שהיה סמוך על כך שיביא עדים ולא שתק מחמת שהודה, וגם האופן שהעמידה הגמ' דשתק והדר צווח בב"ד מה שיועיל להביא עדים הוא שמעתה נתלה ששתק מחמת שסמך על העדים ולא מחמת שהודה.

יבואר דגם במחלוקת הנ"ל אולי הראשונים לשיטתיהו בסברא דחזו לי רבנן

(ה) ולמשנ"ת לעיל דנחלקו הרשב"א והריטב"א בדעת בני אדם האם הם סומכים על כך שבגמור הדין יחשו לתפיסתם ולכך הם שותקים, דלהרשב"א תלינן בהכי ולכן כל זמן שלא יצא בב"ד אכתי מספקינן שמא היה סמוך על רבנן, ולהריטב"א לא תלינן בהכי ולכן אם שתק מיד לאחר התקיפה ודאי שהודה.

לפ"ז מדוקדק היטב מה שנחלקו הרשב"א והריטב"א האם אדם שותק מחמת שהוא סמוך על כך שיבאו עדים לאחר זמן שהרשב"א סובר כן והריטב"א חולק, דהרשב"א ס"ל דבדעת בנ"א לשתוק מחמת שהם סומכים על ההצלה של ב"ד לאחר זמן, ולהריטב"א אינם סומכים על כך ולכן תכף הוי הודאה, וא"ש בעז"ה.

הבה"ח דוד הירשפלד נ"ו

בירור בדברי הריטב"א בסוגיין

בגמ' את"ל תקפה אחד בפנינו מוציאין אותה מידו הקדישה וכו', ובריטב"א: פירוש הא ודאי לישנא דאת"ל מוכח בהדיא דהשתא אבעיא דלעיל קיימינן משום דלא איפשיט לן עד השתא בעינן למתליה בה דינא אחריתי, עכ"ל. והנה בגמ' נסתפקנו בתקפה אחד בפנינו והנתקף שתק והדר צווח אם בכה"ג שתיקתו כהודאה או שסבר קחזו לי רבנן. והכא את"ל התם מוציאין א"כ ודאי שלא יהני הקדישה, כי ודאי לא יהני הכא שתיקת השני, ואת"ל אין מוציאין כלומר דמהניא שתיקתו כהודאה מיבעיא לן אם הדין כן גם בהקדישה. ובפשטות הספק אם הקדש כתקיפה או לא. ויש לבאר בזה דלכאורה מלשון הגמ' נראה דאם נקטינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט יש בכח ההקדש לתקוף, ואם נקטינן דמה ביתו ברשותו אף כל ברשותו ההקדש לא חל, וא"כ אין ביד ההקדש כל כוח לתקוף, ולא איירי בשתיקתו כלל.

אמנם הריטב"א ביאר דאבעיא דלעיל קיימינן, ולעיל נסתפקנו בגדרי שתיקה כהודאה ולא בגדרי תקיפה, הוצרך לפרש באופן אחר (וכן פירש תוס' בד"ה הקדישה) שהספק אם היה צריך לצווח כשמקדיש ומדלא צווח קמ"ל שהודה, או דילמא שלא נזקק לצווח וא"כ אין ראייה שהודה. וז"ל הריטב"א: הקדישה בלא תקפה מהו, פירוש שהקדישה ושמא חבירו ושתק, דהשתא הוי דומיא דההיא דלעיל

דאוקימנא בששתק בשעת תקיפה. והיינו דאמרינן כיון דאמר מר וכו' כמאן דתקפה דמי פירוש כמאן דתקף ושתק דמי דאודויי אודי ליה, או דילמא השתא מיהא לא תקפה, כלומר דשתיקה דשעת הקדש לאו הודאה היא כיון דלא תקפה ממש, וקסבר אידך כיון דלא תקפה מאי אצווח עכ"ל. ולכאורה כוונתו דאף דבאמת אין כל מניעה בהא דאינו ברשותו כיון דשיטת הריטב"א דאמרינן הקדישו וידו באין כאחת, ואכמ"ל, כיון דסבר הנתקף שא"צ לצווח בשביל דבריו להכי לא חשיב שתיקתו הודאה (ולהגירסה שגרסינן כדכתיב וכו' לפי מה שביאר הריטב"א מובן עוד יותר, שסבר שלא חל כי אינו ברשותו ולא ידע לדין דבאין כאחת). וזה ממש כבעיא דלעיל תקפה אחד בפנינו, עכ"ל.

וע' תוס' ד"ה הקדישה דלכאורה ג"כ פירש הכי וביאר בתחילת דבריו דמיירי כגון דשתק בשעה שהקדיש ולבסוף כששאלה הגיזבר צווח. ובפשטות כיון דס"ל שהספק בשתיקה כהודאה, הוצרך לפרש דאיירי בשתק והדר צווח דאי בשתק מתוע"ס אמרינן לעיל שודאי אודי ליה, אמנם בריטב"א כלל לא נזכר העניין הזה. וצ"ב במאי איירי, דאי שתק מתוע"ס לכאורה הוי ודאי הודאה כנתבאר לעיל. ובאמת דלכאורה לא שייך הכא שתיקה בתחילת התקיפה וצוויחה בסופה כיון דההקדש הוא התקיפה ואיהו חייל

ברגע אחד, אמנם אית לן ליזיל בתר סברא דבתקפה אחד בפנינו אמרינן שאולי שתק דקסבר קחזו לי רבנן ועבדו לי דינא, ובהקדישה לכאורה לא שייך האי סברא דהא לא מיירי בפנינו וא"כ לכאורה אין מעלה בשתק והדר צוות. אלא שתוס' ייסדו לנו סברא מקבילה לזה והוא דלמה יצוות בשביל דבריו, וכמו שבתקפה כשצוות לבסוף אמרינן איגלאי מילתא דהא דשתק סבר חזו לי רבנן, ה"נ הכא כשלבסוף צוות אמרינן האי דשתק סבר למה יצוות בשביל דבריו, וכמו דהתם בתקפה אמרינן שהסוף הוא מתי שכבר לא שייך סברא דחזו לי רבנן, שכבר יש עליו טענה שראה שלא עושים לו דין ועכשיו צריך לצוות, ה"נ הכא הסוף הוא כשבא הגזבר ואז מבין שאין זה דברים בעלמא וצריך לצוות. וצ"ע בדעת הריטב"א מאי טעמא לא אמר כן.

והנה בספיקא דלעיל נתבארה מחלוקת הראשונים מתי הוי תחילה וסוף לעניין שתיקה וצוויחה. דעת הרשב"א דאם צוות רק אחר שיצא מבי"ד חשיב שתק מתוע"ס ורק אם קודם שיצא מבי"ד צוות חשיב שתק והדר צוות, וכדי שיחשב צוות מתוע"ס צריך לצוות מהרגע הראשון. אמנם בריטב"א הביא ב' דעות, דעת מורי נר"ו (הרא"ה) דשתק והדר צוות היינו שצוות רגע קודם שבא לידו, ובעצמו חולק וכותב דשתק והדר צוות הוא אם צוות תיכף כשהוציאו מידו. ובפשטות נחלקו בשיעור הזמן שמבין שרבנן לא עושים לו דין וצריך לצוות. ויש אף שביארו בזה שנחלקו אם כשסבר חזו לי רבנן סבר שיעזרו לו בדין או שיעזרו לו

בכוח להוציא מהתוקף, ועיין. אמנם רווח בבי מדרשא להסביר שנחלקו בגדר הצוויחה, אם צריך לטעון טענה בבי"ד, או שהכלל שמי שתוקפים לו צועק ולא דוקא את טענתו. ודעת הרשב"א דבעינן טענה ולהכי יכול לטעון עד שיצא מבי"ד. אמנם דעת הריטב"א שבעי צווחה שזה צריך להיות בשעת החטיפה (ודרך אגב יש לבאר דהנה בשיעורי הגרי"ג הביא לחקור אם בסוגיין קאתינן עלה מדין הובע"ד או הוכחה בעלמא. ובקו"א שם אות קכ"א תמה דלא מצינו ב' דרכים בזה בשום מקום. ואולי הכוונה לצדדים הנ"ל ודו"ק. ולפי הביאור הנ"ל אפשר שהריטב"א שס"ל שהוי הוכחה כיון שלא צוות בעלמא ולא שהיה צריך לטעון טענה, א"כ בהקדישה לא שייך לומר כן כיון שכבר נגמרה התקיפה, משא"כ תוס' ס"ל כהרשב"א ולהכי פירשו שעד שבא הגיזבר יכול לצוות כיון שאז צריך לטעון, והוי כמו קודם שיצא מבי"ד. עי"ל שלהתוס' אי הוי טענה צריך לטעון בפני הגיזבר, משא"כ להריטב"א שרק צריך לצוות בעלמא, הכא אי"צ לצוות כיון שאין תקיפה ממש, מאי שנא גיזבר מהמקדיש גופיה. ואפשר לדקדק כן בלשון הריטב"א, דהנה בתוס' כתבו טעם משום דלמה יצוות בשביל דבריו כלומר בשביל דבריו של המקדיש (כיון שהוא חושב שלא חל) אומנם כאשר הגיזבר מגיע לשאול (ומבין שכן חל) אז כן צריך לטעון טענתו, משא"כ בריטב"א כתוב וז"ל דשתיקה דשעת הקדש לאו הודאה היא כיון דלא תקפה ממש וקסבר אידך כי לא תקפה מאי אצוות, עכ"ל. חזינן שתלה הצוויחה בעצם זה שלא תקפה ממש בידיים אלא בדברים

וא"כ זה ששאלה הגזבר שזה ג"כ דברים בעלמא (שלא כתב דבריו אלא דברים ודו"ק) לא מעלה ולא מוריד. ולהכי לא שייך להריטב"א לבסוף צווח, והוזקק לומר שע"כ הכא הוי שתיקה פחות מעליא שגם בלי הוכחה שצווח לאחר מכן אמרינן דילמא לאו הודאה היא.

עוד ביאר הריטב"א בהמשך סוגיין באופן שונה משאר הראשונים, דביאר ההוכחה ממסותא ג"כ לענייין שתיקה כהודאה וז"ל: תא שמע וכו', ופריש מינה וכו', אלמא קדישה, פירוש, ואתיא בששתק חבירו כשהקדישה דהו"ל כהודאה. ובהמשך דבריו כתב: והא דמיייתי מינה ראייה לשמעתין, דאיירי בשניים אוחזין, משום דלגבי הא ליכא הפרש ביניהו, כיון דהא והא ספיקא הוא ותרווייהו הוו מינצו עלה, עכ"ד. חזינן דלא כתוס' שהספק אם מהני הקדש לכל דאלים גבר, אלא שודאי לא מועיל לכדא"ג, ומדין הודאה קאתינן עלה. ומיייתי ראייה מתקפו כהן דאין מוציאין מידו ואפילו הבעלים צווחים. מבאר הריטב"א כיון דהכא הספק מעצמו ואפילו בעליו ספוקי מספקא ליה להכי לא שייך בזה הודאה (וצ"ע מזה למבארים שהודאה דשמעתין היא לאו דוקא לפי האמת אלא מדין אודיתא, עיין בחידושי הגר"ד לנדאו בעניין תקפה אחד בפנינו) ובכ"ז אסורין בגיזה ועבודה אפילו לא תקפו.

וכתב הריטב"א וא"ת ומה עניין זו אצל זו, דאילו לדעת השואל את"ל בבעיין דהקדישה בלא תקפה מדורדשת היינו משום דחבריה שתיק וכהודאה דמיא והכא לש ייך כלל שתיקה כהודאה והיינו

שכוונתו למה שהר"ן ועוד הקרשו ע תו' מה הראיה מספק בכור עיי"ש, ותירץ וז"ל וי"ד דרב המנונא דומיא בעלמא נקט לומר דמהכא שמעינן דהקדש כתקיפה, דהא בהא מתני' משום דתקפה כהן אין מוציאין מידו ואע"ג דליכא טעמא דשתיקה ומשו"ה קדוש בלא טעמא דשתיקה וא"כ בבעיין דלעיל הקדש כתקיפה דכיון דתקיפה בשתיקת חבירו מהניא הקדישה ושתק חבירו יהני, עכ"ל. וביאר דבריו, דאמנם הכא אין מעלה לשתיקה אך עכ"פ חזינן דהקדש כתקיפה. ודבר שהוא קדוש הרי הוא כאילו תקוף וא"כ אף בספיקות דהקדישה ומסותא היה צריך לצווח בשביל ההקדש כמו על תקיפה ופשטינן מהכא את ב' הספיקות הנ"ל. אמנם יש להקשות טובא על דבריו דנתבאר לעיל דהספק בהקדישה הוא בדעתו אם חשב שצריך לצווח או לא והכא מתבאר שתלוי בדין הקדש אי חשיב כתקיפה או לא וא"כ לא פשיט לן מדי, וליישב דברי הריטב"א צ"ל שאין הספק תלוי ממש בדעתו אם טעה או לא, אלא הספק בדין ההקדש אי חשיב כתקיפה לעניין שבעינן למיצווח. ואף שודאי אין חיסרון של אינו ברשותו כמו שנתבאר לעיל, נסתפקו אם כזו תקיפה שהיא בדברים ולא בידיים אם צריך לצווח או לא. ולפ"ז הפשיטותא מתקפו כהן שחשיב כתקיפה בידיים וה"ה בהני ספיקות דבעי למיצווח ופשוט. ולפי הנ"ל אתי שפיר הא דלא איירי הריטב"א בשתק והדר צווח כיון דלהנ"ל על הצד שהקדש אינו כתקיפה אינו צריך לצווח כלל ואך לא לבסוף.

שוב מצאתי בחידושים המיוחסים לריטב"א שכתב בתוך דבריו

וכיון שלא תקפה אע"פ שהקדישה לא משמע ליה דאיבעיא ליה למצווח דכיון דלא תקפה אמר מאי אצווח ואפילו שתק מתוע"ס אפשר לומר דלאו הודאה היא מה"ט, עכ"ד. ועיין בהמשך דבריו בפירוש הראיה מבכור שפירש כהריטב"א החדשים הנ"ל, וא"כ הוא כדברינו שלפ"ז אפילו שתק מתוע"ס דלא כתוס'. ובתוס' אפשר לומר שחלק על זה שיש ספק אי הקדש כתקיפה או לא בדין ההקדש אלא רק בדעתו ולכך קשה להו מה הפשיטות מספק בכור וצריכין לפרש הבעיא דמסותא בעניין אחר ולכך גם בהקדישה כתבו שאירי בשתק ולבסוף צווח. ויעויין בריטב"א שהביא יש גורסים (כדאיתא בספרים שלנו) או דילמא איש כי יקדיש וכו' וביאר שגם בזה הכוונה שתלוי בדעתו שסבור שכיון שאין ברשותו אין אמירתו כלום דהשתא מיהת לא תקפה, ומשו"ה לא חייש להקדישו. משמע כמו שנתבאר בתחילת הדברים שתלוי ממש בדעתו ולא כמ"ש ליישב שתלוי בדיני ההקדש כתקיפה. אמנם הריטב"א לא נקט כגירסא הזו וכתב שם בסוף דבריו: 'ועולה הגירסה הזו עם הגירסה האחרת', משמע דכולהו חד פירושא. ואפשר לומר שעולות זו עם זו רק לעניין שאין חיסרון דאינו ברשותו, ובעיקר שיטת הריטב"א יש להקשות עוד דסבר שאין חיסרון שאינו ברשותו כי הקדישו וידו באין כאחת ובסוף סוגיין פשטינן מהו דאמר רב כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינים והקדישו אינו קדוש וכתב הריטב"א פירוש דאע"ג דשתק חבירו בשעה שהקדישה כיון דבשעה שבא להקדישה היה ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים, גזה"כ שאין אמירתו כלום ולא

חייל עליה ההקדש, ועוד כתב שם בסוף, כיון דאין זה יכול להוציאה בדיינים אינו יכול להקדישה ושתיקת חבירו לא תעלה ולא תוריד. ולכאורה קשה מאי טעמא לא אמרינן בזה באין כאחת כדאמרינן גבי אינו ברשותו.

ואפשר לומר דהנה בהא דאמרינן באין כאחת יש מקשים שפיר דשאני הכא מגיטו וידו. דהכא מרגע שמקדיש ג"כ הוי אינו ברשותו, ולעולם לא יהא ברשותו, משא"כ בגט שמכאן ואילך יהיה ברשותו. ומבארים שכיון שיהיה ברשות הקונה (ההקדש) סגי בהכי כיון דעיקר החיסרון בהא דאינו ברשותו הוא בקניין מצד הקונה אך מצד המקנה שייך להקנות וכן מבואר בתוס' כתובות ל"ג. שאפשר למכור איסוה"נ לגוי עי"ש היטב (ועיין היטב קצוה"ח סימן ת"ו בסופו ובמילואי חושן שם בשם זכר יצחק ובקוב"ש לכתובות ס"ק ל"ג ובספר אמרות אברהם סוף סימן מ"ג). ולפ"ז מתורץ היטב, שממון שאינו יכול להוציאו בדיינים אין החיסרון מצד אינו ברשותו אלא מצד אינו שלו (כמו שהביא בדבר אברהם מהגרז"ס) ולא שייך למימר ביה באין כאחד כהנ"ל. והנה בשיטת רש"י בסוגיין כתב המהרש"א בד"ה והא הכא דלא ניחא להו לתוס' לפרש הך בעיא דמסותא לעניין שתיקה כהודאה כנראה מפירוש רש"י וכדמיבעיא לן נמי לעניין הקדש, חזינן שסבירא ליה דרש"י פירש הבעיא דמסותא כהריטב"א הנ"ל וכתב דלתוס' לא ניחא להו מטעם הקושיא מאי פשיט מרב דממון שאינו יכול להוציאו בדיינים, ומדוע גם התם לא אמרינן שתיקה כהודאה. ובשיטת רש"י יש לתרץ כמו שנתבאר לעיל בדעת הריטב"א. עוד הקשו בדעת רש"י (וכן הקשה בחת"ס)

מה פושט רב המנונא מבכור הלא התם לא שייך שתיקה כהודאה אמנם בזה ביאר הריטב"א היטב, ודבריו נתבארו לעיל, שפשיטנן לדין הקדש כתקיפה, וא"ש דרש"י כהריטב"א. אלא דבריטב"א כתב להדיא 'והא דתקפו כהן פירוש דאפילו היו שם הבעלים צווחים דאי בצוויחה לא קני הכהן בשתיקה נמי לא קני'. אך רש"י בד"ה המוציא מחבירו כתב שאיירי בששתק הישראל והדר צווח, ודלא כהריטב"א. אומנם בזה י"ל כמו שביאר הפנ"י שכתב זאת ליישב מאי טעמא מועיל תפיסה בספק, דהכא מהני כיון דהוי תפיסה ברשות, משא"כ הריטב"א דס"ל שלהו"א שאין מוציאין הוא גם בלא רשות כלל. ואולי נחלקו אם יש מעלה לתפיסה ברשות בטעות, ואכמ"ל.

עוד חזינן רש"י כהריטב"א מהא דכתב בד"ה וכי לא תקפו שמע מינה דאת"ל תקפו אין מוציאין הקדישה מקודשת, ולתוס' פשטינן לה רק בדרך אגב ממסותא ולא מספק בכור (ע' בדבר"י רש"י בד"ה לעולם, דנ' קצת דרש"י ס"ל כהר"ן, אף עכ"פ המהרש"א להדיא סבר דרש"י כהריטב"א, ולפ"ד א"ש).

הוספה

הבאנו את דברי המהרש"א דהוקשה לתוס' על הריטב"א ורש"י מ"ט לא אמרינן הבמסותא דפשטינן שיאו יכול להוציאו בדיינין שחלח ההקדש בבאין כאחת, ולהכי פירשו דבמסותא לא

איירי לעניין שתיקה כהודאה, ורק דכיון דפשטנו דאינו קדוש אף דאיירי בשתק חזינן בדרך אגב שאין שתיקתו הודאה. אמנם התוס' העמיד הספק דהקדישה בשתק והדר צווח, וא"כ גם הכא יש לפרש בדבריו שידעינן דהאי מסותא איירי בשתק ההיינו והדר צווח. אמנם אי שתק מתוע"ס דבכה"ג ודאי הוי הודאה, יהני אף במסותא אף דאינו יכול להוציאה בדיינין, משא"כ להריטב"א לכאורה איירי אף בשתק מתוע"ס, שאמור להיות הודאה, א לא מהני כי הוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין (ועיין, דיוצא שלתוס' נפשט הספק גופיה ולהריטב"א ורש"י רק אמרינן מאי הוי עלה שאינו קדוש מסיבה אחרת, אך הספק עצמו לא נפשט כלל). ונתבאר שלא אמרינן בהכי באין כאחת כי זה חיסרון דאינו שלו ולא דאינו ברשותו וצ"ל לתוס' שמועיל באין כאחת דס"ל שהוי חיסרון מצד אינו ברשותו ולהכי מועיל באין כאחת. ולכאורה יש להקשות על זה דבגמ' מבואר דאף אי הוי יכול להוציאה בדיינין במטלטלין לא היה חל הקדש כיון דלא הוו ברשותו, וע"ז קאמר מי במסותא מטלטלין עסקינן, במסותא מקרקעי עסקינן. וצ"ע למה לא אמרינן במטלטלין דמצד אינו ברשותו הוי באין כאחת ומהני. ולתוס' דאמר דמיירי בשתק והדר צווח ומהכא חזינן שאיננה הודאה א"ש, אך להריטב"א שאיירי אף בשתק מתוע"ס ורק בפסול כזה של אינו יכול להוציאו בדיינין לא שייך באין כאחת, צ"ע מדוע לא אמרינן במטלטלי באין כאחת לגבי הא דאינו ברשותו, וצ"ע.

הבה"ח מנחם הלר נ"ו

בביאור מח' הרמב"ם והראשונים אי ת"כ מוציאין או שלא

מע"מ אין מוציאין מהזוכה כיון שהוא "תפוס" ומספיקא לא עבדינן עובדא ומוכח כן בראשונים בשמ"ק שם נמצא שיש דין מוחזק והיינו שיש לו חזקת ממון ויש דין תפוס שמהני לספיקות שלא עבדינן עובדא.

ונראה שכל היסוד הנ"ל תלוי בפלוגתתם והראשונים לשיטתם אזלי שיש גדר מוחזק ויש גדר תפוס ולכן הישראל שהיה מוחזק מוציא מיד הכהן שרק תפוס דלא אמרינן מספיקא לא עבדינן עובדא כשהאחר הוה מוחזק ממש והיה לו חזקת ממון בזה אבל הרמב"ם דפסק שאין מוציאין אפשר דסבר שאין חילוק בין מוחזק לתפוס ולכן אין מוציאין מיד התפוס כי הישראל המוחזק לא עדיף מתפוס כיון שגם לתפוס יש חזקת ממון (ולא קשה ביאור הסוגיא שם דברוב ישראל מחזיר משום שאע"פ שגם תפוס נעשה מוחזק מ"מ הכלל של אין הולכים בממון אחר הרוב זה רק שמוחזק ברצון הנותן כמש"כ תוס'.

ובדעת תוס' והראשונים אין לומר שהישראל ל"ח מוחזק כיון שלולי הספיקות שנתעוררו וודאי היה של הישראל ואח"כ נתעורר הספק א"כ וודאי הישראל חשיב שיש לו חזקת ממון בה).

ג עוד יתכן לומר דהנה חוקרים האחרונים קה"י חזו"א והגר"ר (כאן סי' ז') האם במה שאמרה תורה שהישראל יכול לתת

א ב"מ דף ו', גמ' א"ר המנונא ספק בכור בין בכור אדם וכו' הממע"ה ותני עלה אסורין בגיזה ועבודה – ש"מ ת"כ אין מוציאין מידו והקדישה מקודשת אפי' לא תקפה א"ל רבה קדושה הבאה מאליה שאני א"ל ר' חנניה תניא דמסייע לך הספיקות נכנסים לדיר להתעשר ואי ס"ד אין מוציאין נמצא זה פוטר ממונו בממון של כהן ע"כ שמוציאין. ובתוס' כתבו וכן הוא המסקנא דאם תקפה כהן מוציאין מידו וכ"פ הראשונים וכ"נ מסקנת הסוגיא. הרמב"ם (פ"ב בכורות ה"ו) פסק דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו.

ב ולכאור' יש לבאר במאי פליגי דהנה בגמ' בכתובות (טו.) תינוק שנמצא בעיר (שרובה עכו"ם אי"צ להחזיר לו אביתו וברובה) ישראל צריך להחזיר לו אביתו משמע שמחצה על מחצה אי"צ להחזיר והקשו בתוס' אמאי ברובישראל מחזיר לו אביתהרי אי הולכים בממוןאחר הרובומשני דהיינו דווקא במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דבהתר באו המעות לידו והלוקחנתן לו מדעתו – ומסביר הגר"ר בב"ב (סי' ח') שכוונתם דחלוק ממוצא אבדה שתפוס מחמתשהגיבהאותה בעצמו לכן לא חשיב מוחזק ולכן מפקנין מיניה ברוב.

ומקשה א"כ מדוע במחצה על מחצה אי"צ להחזיר ומוכיח מזה שהגם שאינו מוחזק מ"מ בספק השקול של

את המתנ"כ למי שירצה אי"ז שיש בעלות לישראל על המתנ"כ אלא זכות בעלמא שיכול לתת למי שירצה א"ד שנאמר בזה שהוא בעלים על המתנ"כ לגבי הקנאתם ובלי שהישראל יקנה לכהן מסויים לא נעשה ממון פרטי של הכהן כי זה בבעלות הישראל לענין ההקנאה.

ועיי"ש שהגר"ר מעמיד שבזה נח' ב' תירוצי התוס' (ד"ה והא) ולכאור' אפשר' שבזה נח' הראשונים אם נאמר שהישראל בעלים לענין ההקנאה ובלי שהישראל יקנה לכהן לא נעשה ממון פרטי לכן מוציאין מידו אבל א"ת שזה רק זכות בעלמא לתת את המתנ"כ למי שרוצה אבל בדיעבד כל כהן שתופס קונה לכן אין מוציאין מידו.

(ד) ובדעת הרמב"ם דפסק (כפ"ב דבכורות) כר' המנונא שת"כ אין מוציאין מידו צ"ע שהרי בגמ' משמע שרי חנינה הוכיח דלא כר' המנונא וביותר הרי הרמב"ן גופיה בהל' ביכורים פסק דהספיקות נכנסים לדיר להיתעשר ויקשה עליו טענת ר' חנניה דנמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן.

ובכר נתקשו בזה הכס"מ והלח"מ וכתבו דע"כ הרמב"ם למד שמה שאר' רבה זה רק בחיה בעלמא וגם סייעתא דר' חנניה זה לא מסייע כיון שעכשיו זה ביד הישראל אפי' שיתקוף אין מוציאין מידו נחשב ממון הישראל כי עכשיו זה בידו והממע"ה ובלח"מ מביא שמוכח מהגמ' בכתובות דף כ. דאין מוציאין דאם לא יקשה קו' התוס' שם ולמעשה כי הגר"א דעיקר הדין כהרמב"ם לפי שכך עיקר המשמעות בהרבה סוגיות בש"ס אך עדיין

צ"ע איך יתיישבו אם הגמ' כאן ועוד שקשה ברמב"ם מיניה וביה איך פסק שהספיקות נכנסים להתעשר.

ותירין הרשב"א (תשו' שי"א) שר' המנונא מדבר בספק בכור שבזה אין חזקת מ"ק כיון שקדוש מרחם ואף שכבר שהיה וולד היה וודאי האם שלו כבר ביאר הקה"י (סי' ט) שלא נעשה מק' מחמת זה כיון שזה בעלות מקוטעת וחשיב רק בעלים לזמן ומוכח שאינו בחמ"ק כיון שאסור בגיזה ועבודה ואם יש לו חמ"ק גמורה הרי"ז בחזקת חולין גמורים.

ור' חנינה מדבר בספק פדיון פט"ח שהשה בוודאי היה בחמ"ק ואח"כ חל עליו ספק של פדיון פט"ח ממילא מה שפסק הרמב"ם אין מוציאין בספק בכור כיון שאין חמ"ק אבל בספק פדיון פט"ח "מודה" שמוציאין ולכן הספיקות נכנסים לדיר להתעשר וכ"כ הרדב"ז.

(ה) שמעתי ליישב שבאמת אין חילוק בין בכור לספק פט"ח אלא משום שכל הנידון בגמ' במסותא האם מועיל ההקדש או שלא והוכחנו מבכור שקדושה חל מספק כיון שאסור בגיזה ועבודה בגלל שיש צד זכיה לכהן ודחינן שבאמת מוציאין ואין צד זכיה לכהן ואפי"ה אסור בגיזה ועבודה דקדושה שחל מאיליה שאני אבל אפשר להסביר את דחית הגמ' שכל ההנחה שקדושה חל בספק אינו נכון וכיון דהשתא מיהת לא תקפה לא חל קדושה אפי' שאם יתקוף אין מוציאין מידו כיון שעכשיו אינו יוצא בדיינים לא חל קדושה כמו אינו ברשותו וכל הצד זכיה לכהן הוא רק כלפי שמיא ואין בזה ממש להחיל קדושה אלא שרק אם יתפוס אין מוציאין

אבל לחלות קדושה צריך שיהיה לו צד גם
בדיני אדם וכיון שאינו יוצא בדיונים אינו
קדוש.

לפי"ז נמצא שהרמב"ם ס"ל שגם בספק
פדיון פט"ח אין מוציאין מידו
ובכל זאת לא חשיב פוטר ממונו בממון
של כהן כיון שהכהן לא יכול להוציאו
בדיונים לא חשיב שלו.

אמנם לכאור' קשה ע"ז שהרי הרמב"ם (הל'
ביכורים) מביא שספק פיטרי חמור
שפדה ב' שיין מעשרן והן "שלו" ולא
כתב הרמב"ם ואם תקף אין מוציאין

משמע שזה גם הרמב"ם מודה שאם תקף
מוציאין.

ועוד יל"ע מהכא תיתי לומר שבפט"ח
נחשב תפיסה לאחר שנולד הספק
שבזה יש נידון אם מוציאין בדיונים או שלא
בפשטות זה תפיסה קודם שנולד הספק כיון
שהשה היה קיים לפני התקיפה ולפני הספק
בחמור ועתה שפודה את החמור על השה
מתעורר ספק וכיון שלא יכול להוציאו
בדיונים אי"ז ספק כלל וחשיב וודאי של
הישראל ורק כלפי שמיא יש צד שזה של
הכהן – וא"כ קשה מאוד מה הראיה לרבה
בגמ' וזה נגד כל הראשונים (שמעתי בחבורת
הגר"ד ישראל שליט"א).

הבה"ח דוד הררי נ"ו

תקפה אחד בפנינו

בדברי הקצוה"ח דבלשון הגמ' אי דשתיק "אודי אודי ליה" משמע דשתיקתו הוי כהודאה והיכן מבואר בגמ' דהוי כאומר איני נשבע וילע"ק.

תקפה אחד בפנינו בריטב"א מביא דתקפה אחד בפנינו דדוקא בבי"ד איירי דהרי בשתק ולבסוף צווח יש צד דלא הוי הודאה דהא קא צווח ומה דשתק בתחילה היות והא אמר הא קא חזו ליה רבנן, ולכא' זו דוקא בבי"ד, אבל אם תקף שלא בבי"ד ליכא למימר הכי ולכן אם תקף בעדים לכא' שתיקתו אי שתק מתחילה ועד סוף דאי שתיקתו הוי כהודאה דלמה שתק הא ליכא רבנן דקא חזו, וא"כ שתיקתו ודאי תהיה כהודאה ואפי' היכא דשתק ולבסוף צווח לכא' נמי נימא דהוי כהודאה דהא שתק בתחילה ולמה? ונהי דלבסוף צווח מ"מ הרי בתחילה שתק וליכא לטעמא דחזו רבנן וע"כ דהוי הודאה ודאי וא"כ שיטת הריטב"א דספק הגמ' הוא רק בפני בי"ד דאיכא לסברת הא קא חזו ליה רבנן, אבל הרשב"א חולק וסובר דבעדים לא הוי הודאה. דדוקא בבי"ד אמרינן דשתיקתו הוי כהודאה מדשתיק בבי"ד.

אבל בעדים לא "דאין זה מקום המשפט ולמה יצווח" ולכן אי שתק אין זה הודאה ורק בבי"ד יש צד דהוי הודאה אבל שלא בפני בי"ד אלא בעדים אין צד לומר דשתיקתו הודאה היא.

בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו, היכי דמי אי שתיק אודי אודי ליה, ואי דצווח מי הוה לי למיעבד, לא צריכא דשתק מעיקרא והדר צווח מאי מדאשתיק אודי אודי ליה או דילמא כיון דהא צווח השתא אגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סברא הא קא חזו ליה רבנן ולכן לא הוי שתיקתו כהודאה.

ואומר רש"י בד"ה תקפה אחד הוציאה מיד חבריו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו.

ודקדקו מה הדגיש רש"י קודם שנשבעו! ? ולכא' בפשטות אפש"ל קודם שנשבעו, דדוקא קודם שנשבעו דאי לאחר שנשבעו אפי' שתיק אין זה הודאה דלאחר שנשבעו זה שלו וזה ודאי שלו ומדוע שיצווח, וכעין זה נראה בדברי הראשונים דדוקא בשניים או חזין ותקף אחד הספק אבל באחד שיש לו טלית שלו ובא חבריו ותקף דהוא מוחזק בטלית לבד ובא אחד ותקף דלא אמרינן דשתיקתו כהודאה דלמה יצווח אחרי שהטלית שלו, ובקצוה"ח סי' קל"ח ביאר באופן"א דהא ההודאה אינה כהודאת בע"ד דכמא עדים דמי אלא הכא אי שתיק אודי אודי ליה היינו דהוי כאומר איני נשבע ואינו יכול לחזור בו ולכן חברו יקבל הטלית כולה וזה דוקא קודם שבועה אבל לאחר שנשבעו לא שייך למימר הכי דהכא כבר נשבעו, וצריך לבאר קצת

לא צריכא דשתק ולבסוף צווח - ונחלקו הראשונים מהו מעיקרא שתק ומהו והדר - לסוף צווח.

הרימב"א מפרש דשתק כשתקפה ועודה בידו ולבסוף צווח תכף שהוציאה מידו, והיינו דצווח מיד לאחר שהוציאו מידו ואז יש ספק אי שתיקתו הויא הודאה או לא, אבל אם הוא שתק עד הרבה לאחר התקיפה ורק הרבה לאחר התקיפה צווח הוי הודאה ורק אם צווח תכף שהוציאה מידו הוי שתק ולבסוף צווח, ובריטב"א הביא עוד פשט בשם רבו דלבוסף צווח והיינו בסוף התקיפה קודם שיוציאה מידו, דאם זה יצא מידו כבר ורק לאחר מ"כ צווח הוי שתיקה מתחילה ועד סוף וודאי הוי הודאה, וא"כ אם שתק מתחילה ומיד לאחר שיצאה מידו צווח לריטב"א חשיב שתיק והדר צווח ולרבו דהריטב"א הוי שתיקה מתחילה ועד סוף דרק אם צווח קודם שיצאה מידו חשיב צויחה ואי לא הוי שתיקה מתחילה ועד סוף והוי הודאה.

והרימב"א דוחק פשט זה מתרתי: א. ממשמעות דברי הגמ' "כיון דקא צווח השתא" ומדייק הריטב"א דהשתא משמע אחרי התקיפה ולא בסוף התקיפה קודם שיוציאה מידו ב. ועוד אומר הריטב"א דמסברא אין לחלק בין תחילת תקיפה לסוף תקיפה דהכל חשיב כחד וחשיב צווח גמור מתחילה ועד סוף ולא מסתבר לרבה שזה חשיב שתק ולבסוף צווח דהכל חד זימנא הוי, ולכן פ"י הריטב"א כדפירשנו.

וברשב"א כתב פ"י דאשתוק בפני ב"ד ולבסוף צווח - לבתר דנפק

מבי"ד צווח, והיינו שלפני שיצא מבי"ד צווח דבהתחלה שתק ואח"כ לפני שיצאו מבי"ד צווח והיינו דלמד הרשב"א דלבסוף צווח היינו לא בסוף התקיפה (כרבו דהריטב"א), ולא מיד לאחר התקיפה (כהריטב"א), אלא למד הרשב"א דהיינו אחר שיצאו מבי"ד וכל עוד לא יצא מבי"ד חשוב לבסוף צווח ורק אם כבר יצאו מבי"ד וצווח לאחר שיצאו מבי"ד אז לא חשיב צווח, וחשיב דשתק מתחילה ועד סוף והוי ודאי הודאה אבל כל זמן שלא יצאו מבי"ד חשיב שתק והדר צווח.

את"ל ... הקדישה בלא תקפו, מהו... — ומבואר בתוס' שהספק הוא בכה"ג דשתק ולבסוף צווח, והיינו דצווח כשהגיע לנטלה, ומבאר תוס' שהספק הוא האם מה שהקדיש חבירו הוי כתקיפה או לא ואי חשיב כתקיפה והוא שתק הוי שתיקתו כהודאה ואי הקדש לא חשיב תקיפה אלא דיבור בעלמא לא הוי שתיקתו הודאה הא ליכא תקפה ולמה יצווח, וצ"ב בדברי התוס' דלכא' אם הספק הוא אם הקדש הוי תקיפה או לא, לכא' אפשר"ל דהספק הוא גם בכה"ג דשתק מתחילה ועד סוף ואי הקדש הוי כתקיפה הוי שתיקתו הודאה ואי הקדש לא הוי תקיפה לא הוי שתיקתו הודאה ומדוע הוצרך תוס' להעמיד הספק בשתק ולבסוף צווח, ולכא' אפשר לומר דהספק הוא נמי בכה"ג דשתק מתחילה ועד סוף וכנ"ל, וצ"ב בדברי התוס'.

וראה בריטב"א ישנים דכתב ומעמיד הספק גם בכה"ג דשתק מתחילה ועד הסוף, ולסיכום דברינו לע"ע יוצא

דלפי התוס' הספק הוא האם בהקד שיש סיבה לצווח או לא.

ואי בתקפה בשתק ולבסוף צווח מוצאין מידו דלא הוי הודאה ה"נ דלא הוי הודאה ואין קדוש.

ואי בתקפה בשתק ולבסוף צווח אין מוצאין מידו דהוי הודאה הכא מאי האם הקדש הוי כתקיפה והויה ליה לצווח ומדלא צווח ושתק הוי הודאה וקדוש או דילמא הקדש לא הוי כתקיפה ולא הוי ליה למצווח ולכך שתק ושתיקתו לאו כהודאה דמי ואין זה קדוש [ומ"מ על צד שחל ההקדש יש להעיר דההקדש חל ע"י שחברו הקדיש והוא שתק והוי הודאה ונמצא דבמה ששתק ההקדש חל, דע"י שתיקתו חל ההקדש ודו"ק].

בביאור התוס' דהספק האם הוי שתיקתו הודאה או לאו לכאן יש להעיר

דהספק הוא רק על חצי של חברו שהקדישו ולכאן יחול ההקדש על חצי, ובמאירי הביא ב' דעות בזה והביא דעה שסוברת שהיות וצריך להשבע על החצי שלו לכן גם את החצי שלו לא יוכל להקדיש עד שישבע, אולם המאירי גופי' פליג הדעה זו וס"ל דהחצי שלו כן יוכל להקדיש (גם קודם שנשבע).

ועוד יש להעיר בדברי התוס' דלכאן לפי הצד דהקדש אינו כתקיפה וא"כ לצווח ושתיקתו לאו כהודאה א"כ אינו יכול להקדיש דאינו "שלו" ולא בגלל דאינה ברשותו, ומה מביאה הגמ' דברי הבריתא דאינה ברשות והכא אינה שלו.

וברימב"א באמת הביא למחוק הך גירסא ועיי"ש בדבריו דכתב ליישב הך גירסא דאינה ברשותו.

הבה"ח יוסף וויינריב נ"ו

בניאור דעת הרמב"ם בתו"כ דאין מוציאין

והביאו הכס"מ והלח"מ והגר"א ועוד מה יישיב בזה בתשו' הרשב"א (סי' שי"א) דהרמב"ם סמך על ר"ה משום דסתמא במתני' הכין מכרעא בקתני הממע"ה ומשמע בין על הכהן ובין על הישראל, ובמה שאמר רבה לר"ה לעולם אימא לך במוציאין ברוך דחייא בעלמא היא, ודמה שהקשו מהא בהספיקות נכנסין לדיר להתעשר על הרמב"ם כתב הרשב"א בכל מש"כ הרמב"ם דמהני תפיסה הוא רק בספק בכור בלא אתחזק ביה ישראל יותר מהכהן ולא כהן יותר מישראל ואפי' דאתחזק באם דנולד לא אתחזק אבל משא"כ בספק פדיון פט"ח דהרי השה הוא מקודם אצל הישראל ואתחזק אצלו בזה מודה הרמב"ם בתו"כ מוציאין מידו. ומש"ה הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ולא מיקרי שפוטר בממון הכהן.

ובחי' ר"נ הביא תי' הרשב"א על הרמב"ם וביאר דבריו כבביארו האחרונים שדמה דחילק בין ספק בכור באין מוציאין לפטר חמור במוציאין משום שבפ"ח אית ליה חזקת מר"ק ולכן בת"כ מוציאין מידו אבל משא"כ בספק בכור שאין לו חזק מר"ק אלא דהוי מוחזק בה אין מוציאין.

ופ"ל לרשב"א דלמד"א אין מוציאין ס"ל בזכותו של המוחזק הראשון היא מוגבלת לזמן שאם המון תח"י א"א להוציאו, ולכן כשתפס ולא הוי תח"י של הראשון בטלה זכותו ואין מוציאין

בגמ' דף ו: א"ל ר"ה מתני' היא ספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טהורים בין טמאים הממע"ה נתני עלה אסורים בגיזה ובעבודה והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין מידו דקתני' הממע"ה וכי לא תקפו אסורים גיזה ובעבודה, א"ל רבה קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפ"ה אסורים בגיזה ובעבודה בקדושה הבאה מאליה שאני והביא ר"ח תניא במכריע לרבה הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אמאי נכנסין לדיר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן וכו'.

ובתוד"ה פוטר ממונו בממון כהן: כתב וכן הוא מסקנא באם תקפה כן המוציאין מידו. וברמב"ם (הל' בכורות פ"ה ה"ג) פסק להל' דאין מוציאין מידו וז"ל כל בכור שהוא ספק דינו שיראה עד שיפול בו מום ויאכל לבעליו. ואם תפס אותו הכהן אין מוציאין אותו מידו וכן פסק ג"כ (בפ"ב הל' ו') וכן פסק בשו"ע (יו"ד סימן שט"ו) וכבר התקשו על דבריו הרבה מהראשונים למה פסק כר"ה ודחה רבינו דברי רבה ור"ח וברייטא ועוד קשה שהרי הרמב"ם (בפי"ד ביכורים הכ"ג) הביא לדינא בהברייטא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר ולשיטתו דאין מוציאין תקשה הרי ר"ח בנמצא פוטר ממונו בממון הכהן,

מהתופס, משא"כ בחזקת מר"ק אין מוחזקותו משום שהממון תח"י ולכן מוציאין אם תקפה ממנו, וכ"ז הו"ל לדברי הרשב"א דס"ל דלא מהני תפיסה בספק פדיון פט"ח.

והביא שלכס"מ נקט לדברי הרמב"ם דמהני תפיסה גם בספק פ"ח, ולא יקשה דא"כ הו"ל פוטר ממנו בממון הכהן, דאע"ג שאם תקפו הכהן אין מוציאין מידו מ"מ עכשיו הו"ל עדיין ממנו של הישראל ולא מיקרי שפוטר ממנו בממון הכהן. וכתב ר' נחום שיוצא לפי"ד הרשב"א שחילק בין מוחזק גרידה למר"ק הוא משום דכח זכיית הראשון הוא כ"ז שהוא תח"י וא"כ הו"ל מוחזקות חלשה ונחלקו ר"ה ורבה בכח המוחזקות בקמא, אבל לפי"ד הכס"מ תפיסתו של הראשון הו"ל תפיסה חזקה והו"ל לגמרי שלו ודמה דמהני תפיסת הכהן משום דאי"ז משתנה הדין וזכה בו ולפי"ז אלים כח מוחזקות בקמא ונחלקו ר"ה ורבה האם אלים כח תפיסה בכתרא או לא.

וכתב ר' נחום ליישב דברי הרמב"ם על דרך הכס"מ באופ"א, דר"ה סבר דהטעם שאין מוציאין מידו משום דזכייתה ראשון חלשה והו"ל רק כ"ז שהיא תח"י שלא נוציאנו מידו ולכן כתב ר"ה דגם בענבו ביד ישראל יש לכהן בו זכות ממון. וע"ז הקשה לו ר"ח דא"כ איך הספיקות נכנסים לדיר להתעשר והרי נמצא פוטר ממנו בממון הכהן, וא"כ אפ"ל שר"ח לא בא לחלק שתו"כ מוציאין מידו אלא שבא לסתור את דברי ר"ה שס"ל שאין מוציאין ויש לכהן זכות בממון קודם התפיסה.

וא"כ יקשה דהו"ל פוטר ממנו בממון הכהן, ודחה דברי ר"ה וע"כ שמה שאסור בגיזה ועבודה כרבה בקדו' הבאה מאיליה שאני כרבה, ומ"מ לפי"ד עדיין נוכל לומר דאין מוציאין וכמו שפירשנו באופ"א שהראשון זכה בממון זכיה גמורה, ובמה שונה תפיסת הכהן הוא משום דע"י תפיסתו נעשה מוחזק ומשתנה הדין, וממילא ל"ק דלא הו"ל פוטר ממנו בממון הכהן כיון דהו"ל עכשיו לגמרי שלו, וכל הפירכא לדברי ר"ה משום דסבר דאינה מוחזקות חזקה אלא משום דהו"ל תחת ידו עכשיו.

ובספר תקפו כהן להש"ך (סימן ה') התקשה על הסמ"ג (בהלכ' בכור בהמה עשין רי"א) כתב בספק בכור שאם תקפה כהן אין מוציאין אותה מידו כרבה ומשמע שפוסק כהרמב"ם רק שהוסיף כרבה, ודבריו צ"ע (שהרי בהל' תר"נ עשין צ"ה) פסק דמוציאין מידו וא"ל ר"ח לרבה תניא דמסייע לך וא"כ תניא כוותיה דמוציאין מידו, ואפי' שכבר כתב בתשו' הרשב"א שרבה דחויא בעלמא מ"מ פשיטא דלא הו"ל תניא כוותיה שאין מוציאין מידו, וא"כ הו"ל סתירה בדבריו ומוק' שהרי כתב באין מוציאין כדרכה וזהו ודאי שרבה לא ס"ל הכי, ובהג"ה שם רצה לתרץ (שבעשין רי"א) מיירי שתפס קודם שנולד הספק ומש"ה אין מוציאין ודווקא נמי שכתבו בלשון "אם תפס" (ובעשין צ"ה) מיירי לאחר שנולד הספק ומש"ה מוציאין ודיקא נמי דשם כתב בלשון "אם תקפה" וכתב דל"ה נמי במש"כ בשנייהם כרבה משום שבא לפרש פי' הש"ס בהא דקאמר רבה לעולם מוציאין מידו וכו'.

(רשב"א רמב"ן ועוד) כתבו דאפ"ה לעצמו אסור ליטול אפי' דאין בו סימן. אבל הרמב"ם (בפרק ט"ו מאבדה) פסק בספק היניח לא יטול ואם נטל יהיה דבר שאין בו סימן הרי אלו שלו וכן בספקות דהוי ספק היניח או נפילה פסק הרא"ש בספיקא לחומרא וחייב להכריז, אבל הרמב"ם (פרט"ו גז"א ה"ב) פסק דאינו חייב להכריז ומשום דלהצד דהוי דרך נפילה הרי נתייאש הבעלים ומותר ליטלו.

וכתב בביאור הגר"א (סי' רכ"ד סעי"ק כ"ב) דהרמב"ם לשיטתו בתקפו כהן אין מוציאין אכתי מידו ובכל ספק ממון מהני תפיסה.

והקשה באבן האזל (פט"ו שם) דהרי לדברי הרשב"א דכתב דהכי דאיכא חזקת מרא קמא אפי' הרמב"ם מודה במוציאין מידו ולא יהני תפיסה וא"כ יקשה שהרי הכי ביציאה אית ליה לבעלים חזקת מרא קמא ולמה כתב הרמב"ם דאם נטל הרי אלו שלו.

וכתב בחי' רש"ר לתרץ בזה ע"פ מש"כ האחרונים (נתיב"מ רס"ב סק"ג) לגבי ייאוש שאינו יוצא מרשות הבעלים עד שיגיע לרשות זוכה. ולפי"ז הכי במציאה עד שנטלו זה המוצא אין כאן ספק כלל ול"ש לאוקמי אחזקת מר"ק דאפי' אם מוטל לו ליטלו מ"מ כל זמן שלא נטלו הוי של בעלים וא"כ כל הספק נולד רק כשנטלו ואז כבר הוי מוחזק בו ובזה אין הולכים בתר מר"ק נגד המוחזק, ומשום דכל מה שכתב הרשב"א שלא עוזר תפיסה נגד מר"ק היינו דוקא לאחר שנולד הספק [וכמו בצירור של הגמ' דידן בספק פטר

דיקשה מלשון הברייטא בכתבו הממע"ה והרי לפי"ד רבה שמוציאין הל"ל על הכהן להביא ראיה, ולסמ"ג לא היה ניחה ליה כדפירש"י דלעולם כהן קרוי מוציא משום דס"ל בכל מקום בכתוב סתם מוציא הוא על מאן במוציא, ומאן פסקה כסברת תשו' הרשב"א שי"א הנ"ל לחלק שרבה דיבר רק אלא בר"ה המנונא רצה להביא סיוע הקדישה בלא תקפה בהא דתקפו כהן אין מוציאין מידו ור"ל שתקפה לאחר שנולד הספק כמו בשניים אוחזים במיירי לאחר שנולד הספק, ואמר רבה דלעולם בתקפה מוציאין מיד הכהן, והברייטא בבכור מיירי שתפס קודם שנולד הספק והמוציא עליו הראיה קאי על שניהם מאן במוציא והברייטא הוי כרבה דגם לפי"ד הוי המוציא על שניהם, וא"ל ר"ח תניא דמסייע לך דתקפה מוציאין, ובמש"כ בשניהם כרבה משום בהך בבכור מיירי בלא תקיפה אלא תפס קודם שנולד הספק ואין מוציאין פי' כרבה, וברייטא בהספיקות מוציאין משום שהוי לאחר שנולד הספק וג"כ כרבה, וניחה מש"כ הסמ"ג בעשין רי"א כרבה וכעשין צ"ה כרבה.

ובחי' רש"ר הביא שבדברי הרשב"א ביארו דהתם בהספיקות נכנסין לדיר להתעשר דמיירי ל? בספק פטר חמור אית ליה חזקת מרא קמא בקודם הפדי' הכה השה ודאי שלו ומש"ה תקפו כהן מוציאין מידו, משא"כ בספק בכור הרי ספיקו משעה שנולד ואין לו חזקה מר"ק.

והנה בגמ' לקמן (כה:) אר"א בר זבדא אמר רב כל ספק היניח לכתחילה לא יטול ואם נטל לא יחזיר, והראשונים

(בפ"ה ה"ג) בתקפו כהן אין מוציאין מידו (ובפי' י"ב הכ"ג) כתב דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, והנה בבכורות דף יב: נחלקו ר"א ורבנן דר"א ס"ל שעיקר הפדיון נעשה ע"י שימסור ליד הכהן ורבנן ס"ל דבקריאת שם נעשה הפדיון וקנאו הכהן.

וכתב דיש להסתפק האם עיקר הפדיון תלוי בקניית הכהן וכוונתו שאם לא נתן השה לכהן לא מקרי שפדה את הפטר חמור והרי הפטר חמור הוא של כהן אלא שיכול לפדותו ע"י שנתן לו שה, או שעיקר הפדיון יכול להיות גם בשאינו נותן את השה לכהן אלא שהרי הפטר חמור הוא של הכהן ולא יוכל לקנותו בלא דעת הכהן. ונפק"מ היכי שנותן לו הכהן רשות לפדותו ע"מ שלא יזכה בה הכהן בהשה, שלצד השני שאי"צ יתן השה לכהן אלא שצריך ליתנו לו משום דהוי הפ"ח שלו א"כ כשנתן לו רשות לא יצטרך לתת לכהן, משא"כ לצד הראשון שצריך ליתנו לכהן כדי לפדותו לא יוכל בלא נתינה לכהן, והביא ראיה לצד השני שיכול אפי' בלא לתת לכהן משום שהרי התם בגמ' לר"א ספק בכור פודהו ואינו נתנו לכהן ולכאור' למה יועיל לו בלא נתינה לכהן והרי לר"א בלא בא ליד הכהן אין מועיל פדיון, וע"כ שאי"צ שיגיע ליד כהן וכל מה שבעינן לזכות לכהן משום דהוי הפ"ח ממון של כהן וצריך ליתן לו שה בעבורו ולכן הכי בספק בכור דהוי דינא הממע"ה אין עיכוב דהוי ממון של כהן ולכן עוזר לו הפדיון להפקיע האיסור אפי' בלא בא ליד הכהן, וכתב שצריך להגיע לזה שיכול לפדות ספק בכור גם עלה דעת שלא יקנה הכהן בהפדיון, דאל"כ הרי בהספיקות

חמור] דהוי מוחזק בו ואית ליה חזקת מר"ק ובשעה שנולד הספק לא היה מוחזק בה ופסקנו ע"פ החזקה בקמא והוי של מר"ק ותו לא מהני תפיסה ולכן מוציאין מידו אם תפס מהמרא קמא.

אבל משא"כ הכי בספק היניח שבשעה שנולד הספק הוי מוחזק בה בזה ודאי דלא פסקינן כהמרא קמא נגד המוחזק שהרי מוחזק עדיף ממרא קמא ולכן ניחה ביה שפסק הרמב"ם בספק היניח אם נוטלו הרי אלו שלו.

והנה בתרוה"כ (סי' רס"ב) הסתפק לפי מה שאמרנו מהאחרונים בייאוש שאינו יוצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה, אם יכול לחזור בו מהייאוש או לא וכגון דיש בו סימן וכצ"ל שיוכל לחזור בו מהייאוש,

ולפי"ז דודאי שאין זה חסרון בבעלות דאם הוי חסרון הבעלות איך יכול להתחרט מהייאוש והרי הספיק הכח בעלות בזה, וכתב בחי' רש"ר בזה דאפי' אם נומר שאינו יכול לחזור בו מהייאוש מ"מ אי"ז גרעון בעצם הבעלות, אלא שזהו הדין שלאחר ייאוש איכא רשות לכ"א לזכות בו, ולפי"ז ניחה שפיר דברי הרמב"ם דאפי' דאית ליה בעצם חזקת מר"ק ואפי' אם לאחר ייאוש לא מגרע כח בעלותו, מ"מ הדין הוא שכ"א יכול לזכות בו ולכן פסק דאם נטלו הרי אלו שלו דהוי מוחזק בזה עכשיו ואין עוזר הכי החזקת מר"ק כיון שהדין ביאוש שכ"א יכול לזכות בה ועל הצד שהיה ייאוש יכול לזכות בה ולא עוזר החזקת מר"ק כללי.

בשיעורי הגר"ח כתב ליישב סתירת הרמב"ם שכתב בהל' בכורות

נכנסין לדיר להתעשר הוי עשירי ספק והרי בעינן עשירי ודאי. וע"כ כמו שאמרנו שיכול לפדותו ע"מ שלא יהיה לכהן ולכן הוי הכי עשירי ודאי כיון שפדהו ע"מ שלא יזכה בו הכהן.

ובמה דאמר ר"ה בסוגיין בהא דאסורין בגיזה ועבודה הוא משום דתקפו כהן אין מוציאין אותה מידו, ורבה השיב דאפי' מוציאם אסור בקדושה הבאה מאיליה שאני.

ולפי"ז ניחה ראית הגמ' דכתבו דאי ס"ד דתקפו כהן אין מוציאין אותה מידו, וע"כ דאינו יכול לפדותו אלא בהקנאה לכהן, א"כ יקשה דהוי עשירי ספק, וע"ש שיכול לפדותו אפי' בלא לתתו לכהן, וא"כ דודאי שתקפו כהן מוציאין מידו כיון שיכול לומר שרוצה לפדותו לעצמו בלא לתתו לכהן ובמה שאסורים בגיזה ועבודה אפי' בטמאין בקדו' הבאה מאילי' שאני,

אבל מ"מ כל זה שלא עוזר תפיסתו, ומוציאין מידו זהו דוקא בטמאין ומיתי בספק ולא הוי ממונו של כהן ואי"צ רשות ממנו משום שיכולים הבעלים לומר שרוצה לפדותו בלא לתתו לכהן, אבל בספק בכור טהור שאינו יכול לומר כן שהרי בזה הוי נמי ממון הכהן וצריך

לפדותו ולתתה לכהן, ולפי"ז ניחה דברי הרמב"ם בביה שפסק דאין מוציאין מידו מיירי בטהורה ובזה גם רבה ס"ל הכי, ובמש"כ רבה במוציאין מידו מיירי בטמאה, ומוציאין משום שיכול לומר לו שרוצה לפדותו בלא הקנאה לכהן, וממילא ניחה נמי ביה שפסק הרמב"ם דהספיקות נכנסים לדיר להתעשר משום דהוי עשירי ודאי משום שהבעלים יכולים לומר שרוצים לפדותו.

ולפי"ד הגר"ח נראה ליישב הסתירה בסמ"ג (ש בעשין רי"א) בפסק דאין מוציאין מידו משום דמיירי בטהורה ואינו יכול לומר שרוצה לפדותו בלא הקנאה לכהן, משא"כ (בעשין צ"ה) שפסק במוציאין מידו משום דמיירי בטמאה ויכול לומר שרוצה לפדותו בלא הקנאה לכהן מש"כ מוציאין מידו בלא הוי כלל ממון הכהן, ולפי"ז ניחה נמי ביה שכתב הסמ"ג (בעשין רי"א) כרבה והקשינו שהרי רבה בודאי לא ס"ל שאין מוציאין מידו ואפי' אם נומר דהוי דחויא בעלמא וכן בעשין צ"ה כתב כרבה, דבמה שכתב כרבה דאין מוציאין משום דמיירי בטהורה ובזה גם רבה לא פליג על ר"ה דאין מוציאין וכן (בעשין צ"ה) הרי נמי כרבה משום דמיירי בטמאה ובזה מוציאין וגם ר"ה יודה לזה שמוציאין מידו בטמאה.

הבה"ח אריאל חרדיה נ"ו

בבירור שיטת הרמב"ם בתקפו כהן

נחלקו הראשונים כיצד נפסקה ההלכה בסוגיא זו של תפיסה בהקדשות דעת התוס' (ר"ה פ"ט) דמסקנת הסוגיא שמוצאים מיד התוקף וכן דעת רוב הראשונים. אך שיטת הרמב"ם (בכורות פ"ב ה"ו ובפ"ה ה"ג) לפסוק כר' המנונא שתקפו כהן אין מוצאים מידו ומועלת תפיסת הכהן וכן פסק המחבר בשו"ע (סי' שטו ס"א) אך הרמ"א פסק כרוב הראשונים וכפי שמנאן הש"ך בתקפו כהן (סי' א) וכשיטה זו עולה מפשטות הסוגיא שדנה הגמ' האם מועלת תפיסת הכהן בספק בכור באופן שדינו של הבכור היה עד התפיסה המוציא מחבירו עליו הראיה. ורב המנונא נקט את הצד שאין מוצאים מיד הכהן התופס. ודחה רבה לעולם אימא לך תקפו כהן מוצאים מידו, ומשמעות הגמ' שנשאר רבה במסקנא זו וכן הביאה הגמ' סיעתא לשיטת רבה ממה שהספיקות נכנסים לדיר להתעשר במעשר בהמה ואם היה הדין שתקפו כהן אין מוצאין מידו נמצא שהישראל פוטר את החיוב המוטל על ממונו בממון שיש בו שיכות לכהן ועל כרכך שבספק מוצאין מידו של התופס ולא מועלת תקיפת הכהן ועל כן אין לכהן שיכות ממונית בספק בכור.

וצריך לבאר היאך למד הרמב"ם את מהלך הסוגיא. ומעצם דברי רבה "לעולם אימא לך תקפו מוצאין מידו" אין להקשות שכבר בארו שלמד הרמב"ם שאין דברי רבה אלא דחיה בעלמא לר' המנונא

בבאור הבריתא ואין מוכח מכאן שיטת רבה. ואדרבה מפשטות לשון הבריתא שספק בכור המוציא מחבירו עליו הראיה ולא חלקה הבריתא בין האופנים השונים משמע שכן הוא הדין בכל האופנים וגם אם הבהמה בחזקת הכהן דהיינו שתפס על הבעלים להביא ראיה. אלא שקשה כיצד יישב הרמב"ם את ראית הגמ' מדין הספיקות הנכנסין לדיר להתעשר שהרי הרמב"ם פסק דין זה שהספיקות נכנסין להתעשר (ביכורים פרק יב הכ"ג) ותיירוצים רבים נאמרו בקושיה הזו.

והנה קושיה זו על הרמב"ם הקשה כבר הרשב"א (שו"ת ח"א סי' שיא) וכתב לישב שסבר ר' המנונא לחלק בין ספק בכור לבין דין הספיקות הנכנסין להתעשר שבספק בכור אין הישראל שנולד בראשותו הספק מוחזק יותר מן הכהן ואף שמוחזק באם בולד אינו מוחזק מכיון שקדושת בכור זו קדושה הבאה מאליה היא וספיקו ספק גמור וכיון דאין דררא דממונא לאחד מהם על כן דינו כל דאליה גבר ומועילה תפיסה. אבל הבריתא של נכנסין להתעשר מדברת בספק פדיון פטר חמור כמבואר במסקנת הגמ' שספק בכור לא נכנס להתעשר וכיון שמדובר רק בספק פדיון פטר חמור הרי הספק הוא כלפי בעלות השה שהרי הפטר חמור דינו ברור אלא כל הספק בשה והשה ודאי הוחזק לישראל ואין בכח תפיסת הכהן להוציא מהבעלות הראשונה של הישראל. ועולה

מדברי הרשב"א שסבר הרמב"ם שאין כח בתפיסה להוציא ממוחזקות גמורה. ורק שבספק בכור יש קלשות במוחזקות. וצריך לעין מה היא הקלשות בספק בכור שכלפיה סובר הרשב"א בדעת הרמב"ם שיועיל תפיסה.

ובפני יהושע (ד"ה בגמרא והא) ביאר את חילוק הרשב"א וכן הביא משמו השב שמעתתא (שמעתתא ד' פ"ה) שהחילוק הוא בין מוחזקות לחזקת מרא קמא שבספק פדיון פטר חמור יש על הישראל חזקת מרא קמא אך בספק בכור אין הישראל אלא מוחזק ותפוס בבכור ולכן תועיל בו תפיסת הכהן.

ובחידושי הגרי"ר מפנובז (ס"ד) ביאר את סברת החילוק שכיון שחזקת מרא קמא היא חזקה של בירור ודינה להנהיג את הדבר כמבורר שממשיכה את הבעלות הראשונית על כן אין כח לתפוס ממוחזק זה שאין ספק מוציא מידי ודאי. מה שאין כן במוחזקות שהמוחזק רק תפוס בבכור וכל כוחו הוא שמספק לא נוציא ממנו. על כן אם תפס ממנו השני מספק אי אפשר להוציא מידו של השני. ויש להוסיף שביאור זה מתיישב עם באור פשטות הסוגיא שהצד שאין מוצאים הוא מחמת שכח המוחזק הוא שמספק לא נתערב ואין בו הנהגת בירור. ויעוין להלן שאין הדבר מוכרח שמוחזק רגיל כוחו רק באי התערבות.

ובשיעורי ר' שמואל (פרק ב' ס"ד אות ד) באר את החילוק על פי באור הטעם שמועלת חזקת מרא קמא כנגד התופס אף שאין בכחה להוציא ממון שאף שאין מוצאים ממון ע"י חזקה קמיתא מ"מ

ודאי שאם קודם לתפיסת הממון נפסק הדין שהוא של הישראל על אף שהפסק הוא מחמת החזקה קמיתא לא נחשב הדבר להוצאת ממון מכיון שחזקה זו כבר הכריע בתפיסת הישראל קודם תפיסת הכהן הוברר הדין שהוא של הישראל ולא תועיל תפיסת הכהן. ולפי"ז מחזור החילוק שרק חזקת מרא קמא שהיא קודם התפיסה עדיפה מהתופס. ולא כל המוחזקות.

ובמשנת ר' אהרן (ס"ה אות ח) הוסיף שעולה מהרשב"א שאף לדעת הרמב"ם שאין מוצאים מידי התוקף מ"מ כוחו גרוע ממוחזק גמור ועל כן מרא קמא עדיף מהתופס ולא כמוחזק שעדיף על מרא קמא. ומסתבר שגם כנגד רוב אין כוחו של התופס מועיל אף שאין מוצאין ממון ע"י רוב.

אלא שצריך לבאר מדוע חזקת הישראל בבכור אינה נחשבת לחזקת מרא קמא הלא בעלות הישראל בוולד היא עוד בהיותו עובר ועוד קודם שנולד ונתקדש בקדושת בכור ואם כן מדוע אינו מרא קמא. ובאמת יש הסוברים שיש לישראל חזקת מרא קמא בבכור (הרא"ש ס"י י"ג תומים ס"א א' קונט' הספקות כלל ד' אות ה') וצריך לבאר סברת הרשב"א. בשב שמעתתא הביא מדברי בנו שבמעי אמו הולד הוא דבר שלא בא לעולם וכמבואר בשו"ע (חו"מ רט ס"ד) ואין הבעלות בעובר אלא אגב אמו. ובבאור הדברים כתב בחי' ר' שמואל (ס"ה אות א') שאף שהבעלות בעובר אף בפני עצמה היא בעלות. צריך לומר כוונתו שהולד הוא דבר חדש כלפי העובר ואין החזקה דבעובר מועלת לולד שהוא כמציאות חדשה.

והנה ידועה חקירת קונטרס הספיקות (כלל א' אות ה') ביסוד דין מרא קמא האם יסודה בדין חזקה מעיקרא של איסורים או שאין לומדים ממונות מאיסורים וחזקת מרא קמא מעין חזקת ממון ממש היא שכשם שיש סברא להשאיר את החפץ ביד המחזיק כשאין ראיה להוציא כך צריך ראיה כדי להוציא מזה שהיה ידוע שהחפץ היה אצלו בהתחלה.

ודברי השב שמעתתא מיושבים רק לצד שדין מרא קמא הוא כחזקה דמעיקרא שאין חזקת העובר מועלת לולד הואיל והוא דבר חדש אך לצד שזה מוחזקות ממונית הרי הבעלות שהיתה על העובר ממשיכה גם לולד ומ"מ הישראל מוחזק.

ולפי צד זה שחזקת מרא קמא היא כחזקה מעיקרא שבאיסורים כתב בחי' הגרנ"ט (סי' קמ"ה) לבאר את דברי הרשב"א באופן נוסף שכשם שבאיסורים לא אומרים חזקה שהדבר לא השתנה בדבר העומד להשתנות כך יש לומר שבספק בכור שמשום כך אין חזקה על הבעלות של הולד כיון שמצב הולד בידי הישראל בהיותו עובר הוא דבר העומד להשתנות בשעת הלידה הואיל והקדושה באה מאליה וא"כ אין חזקה להמשיכו משא"כ החזקה שיש לישראל בשה שבספק פדיון פטר חמור אינה עשויה להשתנות הואיל וצריך מעשה פדיון כדי שתחול החלות של פדיון פטר חמור ועל כן כלפי חזקה זו מודה הרמב"ם שלא מועילה תפיסה.

ומעצם חילוק הרשב"א אף אם נפרש כפשוטו עולה שסבר כמו הצד שחזקת מרא קמא שונה מחזקת ממון

רגילה והיא מחמת חזקה שבאיסורים שהרי אם מרא קמא זה מדין המוציא מחבירו וכפי כל חזקת ממון א"כ מה המקום לחלק בין החזקות ומה שייך לומר שבפטר חמור יוציאו מהתוקף.

ויש להקשות מגמ' מפורשת בסוגית מחליף פרה בחמור (לקמן ק.) שהקשתה הגמ' "ונוקמא אחזקת מרא קמא ולהוי אידך המוציא מחבירו" הרי שמבואר מלשון הגמ' שנקטה את דין חזקת מרא קמא לדין מוחזקות ממון רגילה וכן מבואר בגמ' שישנה חזקת מרא קמא בולד על אף שהספק הוא כבר משעת הלידה ועל כרחך שמועילה החזקה שבעובר לולד ולא כרשב"א שאמר שאין מועיל וכן לא כאחרונים שבארו שחזקת מרא קמא שיסודו בחזקה מעיקרא של איסורים.

ובאר בחי' ר' שמואל (סי' י' אות ג') שודאי יש למרא קמא חזקת ממון רגילה וכמו שמוכח בגמ' אלא שבנוסף יש למרא קמא חזקה כבאיסורים להעמיד את הממון כבתחילתו ומה שבגמ' בהמחליף הנידון רק מצד המוחזקות הממונית כיון שמוחזקות זו שיכת גם בולד מכח הבעלות שבעובר אבל כלפי החזקה דמעיקרא יש לומר שאין החזקה שבעובר מועלת לולד והטעם הוא כשמעתתא שהולד הוא דבר חדש או כהגרנ"ט שזה עשוי להשתנות.

ומעתה דברי הרשב"א לחלק ברמב"ם בין מרא קמא למוחזקות רגילה יש בהם חילוק גם בין ב' הדינים שבחזקת מרא קמא דהיינו שעל אף שבספק בכור שייך חזקת מרא קמא כמבואר בגמ' בהמחליף מ"מ כנגד מוחזקות זו סובר הרמב"ם שמועלת תפיסה מכיון שכנגד

מוחזקות של המוציא מועלת תפיסה ורק כשיש חזקת מרא קמא של איסורין כמו בפטר חמור מועלת תפיסה וחזקה זו לא שיכת בבכור כמוזכר לעיל.

בקהילות יעקב (סי' ט' אות א') באר באופן אחר מדוע בבכור אין חזקת מרא קמא הואיל וזה רק כשהיה בעבר בעלים לעולם דהיינו שלא היה משהו שהיה צריך להפקיע בעלותו משא"כ בבכור שכן וזה כמו הקונה חפץ לל' יום שוראי לאחר מכן לא יהיה לו חזקת מרא קמא ולבאור זה אין נפק"מ מה גידרה של חזקת מרא קמא ושונה הוא מהסוגיא של המחליף ששם הבעלות בעובר צריכה מעשה מכירה חדש להפקיע מבעלות העובר (כמבאר בקיצור משנת ר' אהרון סי' ה' אות ח').

ובתומים כמוזכר לעיל סבר שיש בבכור חזקת מרא קמא וישב את הרמב"ם לפי"ז באופן אחר ואין צריך לחלק בסוגי הספיקות ובכולם מועלת תפיסה לדעת הרמב"ם ומבאר שכל ראית הגמ' נמצא זה פוטר ממונו בממון כהן שיכת גם אם בלא התפיסה לא היה השה לגמרי ברשות ישראל ולא היה בו חזקת מרא קמא לישראל אך אם יש לישראל חזקת מרא קמא אין שייך לומר שהוא פוטר ממונו בממון כהן שכיון שעדיין לא תפס הכהן ויש לישראל חזקת מרא קמא הרי הוא ממון ישראל ומעתה אין הראיה מספק בכור רגיל שהרי יש לישראל חזקת מרא קמא ומובן שנכנסים להתעשר אלא מאיר התומים שראית הגמ' מלשון "הספיקות הנכנסים לדיר להתעשר" שמשמע כל מיני ספיקות ואם כן במשמע

גם ספק של תרי ותרי וכגון תרי אומרים בכור ותרי אומרים שאינו בכור ובספק כזה נחלקו האמוראים לרבה (יבמות לא.) אין מעמידים על החזקה כנגד תרי ולרבה מעמידים בחזקת מרא קמא כבכול הספיקות וזו ראית ר' חנינא תנא דמסיע לך דהיינו לך רבה דווקא שלשית רבה שאין מעמידים במרא קמא אם כן בספק זה אינו ממון של ישראל וכיצד פוטר ממונו בממון כהן אלא על כרחך שתקפו כהן מוציאין מידו אלא שלהלכה פסק הרמב"ם (גרושין פ"ב ה"ו) שבתרי ותרי מעמידים על חזקת אשת איש אם כן יש בספק בכור חזקת מרא קמא והרי הוא בבעלות ישראל ואין ראיה שלא מועילה תקיפה.

אמנם כבר הקשו על תרוץ התומים שהוא דוחק להעמיד את כל ראית הגמ' על אופן של תרי ותרי שהרי מינין שדיברה הגמ' גם באופן זה ומה שהביא התומים להוכיח מהלשון "הספיקות נכנסות" הרי לשון זו אינה לשון הבריייתא בשום מקום אלא שהגמ' קיצרה את לשון המשנה בבכורות.

בבב"ב משנה נקט שאין כח התקיפה טעם להוציא מרשות ישראל וכתב (בכורות פ"ב ה"ו) ליישב את דברי הרמב"ם מדברי הגמ' בספיקות נכנסים לדיר שסבר הרמב"ם שאין ראית ר' חנינא ראיה כ"כ שכיון שכעת נמצא הספק בכור בידי ישראל וא"א להוציא ממנו ללא ראיה על כן אע"ג דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו ואין זו סיבה שיחדל השה מלהחשב ממונו של ישראל ויכול לפטור עצמו בו הואיל ולגבי הנידונים הממוניים מותר לו לעשות

ומבואר בדבריו שלא כח התקיפה מפקיע את רשות הישראל אלא קלישות החזקה מחשיבו כלקוח ומפקיעו מלהתעשר אמנם באחרונים חלקו ואמרו שאין כאן פטור לקוח (חמדת שלמה שו"ת או"ח סי' ב') ולדבריהם עדין צריך לבאר את דברי ר' חנינא מפני מה כח התקיפה מונע מידו מלהתעשר בדיר.

ומצינו בענין זה ב' מהלכים באחרונים שהם ב' מהלכים בשורש הנידון הסוגי' בתקפו כהן אם מוציאין או אין מוציאין א. בפשטות נקטו האחרונים כדברי הקובץ הערות (סי' ע"א אות ב') שדין זה של מוחזק הוא רק הנהגה מה עושים בפועל ואין זה משנה את האמת דהיינו שיש צד לומר שלאחר הכרעת ב"ד זה ממונו לכל דבר וענין כמו באיסורים ולפי"ז בתקפו כהן מוציאין מיד התוקף או שזו הנהגה כשלא יודעים אין בכח הב"ד לעשות ולפי"ז כשיתקוף ישנה המצב ואין ב"ד יעשו מעשה מהתוקף.

ולפי מהלך זה ראית הגמ' היא שאם הדין בתוקף שאין מוציאין מידו סימן שנוקטים שהמוחזק דינו דין ספק וא"כ איך יוכל לפטור ודאי שלו והרי ספק הוא שמא השה בכלל ממון כהן וא"כ יוצא שכח התקיפה לא הגורם לכך שהמוחזק בספק אלא רק סימן לכך (ולדרך זו האמת קימת גם אם אנו מכריעים אחרת ואם באמת זה לא של הישראל אנו מכריעים לפי הדין לא לגעת ויש חוסר ידיעה).

אך בשערי יושר האריך לבאר (שער ה' פ"ו פ"ח) שאין זו רק הנהגה מה לעשות בפועל אלא נתחדש שינוי אמיתי שנהפך להיות ממון המוחזק שחל זיכוי לאותו

כל מה שהוא רוצה כבעלים והקשו (תקפו כהן סי' א' ועוד) שתרוצו דחוק שהרי הגמ' הביאה את דברי ר' חנינא ללא כל דחיה לראיתו ומנין לרמב"ם לדחותם אלא צריך לבאר את דברי ר' חנינא מדוע האפשרות של הכהן לתקוף מפקעת כבר מהישראל את זכותו ואין ביכולתו להכנס לדיר להתעשר ובפרט אם יש לישראל חזקת מרא קמא שאז הסברא נותנת כדברי התומים שהבאנו לעיל שאין זה נקרא פוטר ממונו בממון כהן.

ובקונ' הספיקות (כלל א' אות ו') הביא בשם אחיו ר' חיים הכהן ליישב את הגמ' מטענת הכסף משנה ובהקדם קושיה אחרת שקשה לשיטות שחזקת מרא קמא אינה חזקה המכרעת אלא שהתורה התירה ספיקו אם כן כיצד נכנסים לדיר להתעשר שהרי אף אם תקפו כהן מוציאין מידו מ"מ כח הישראל כח מוחזק בלבד ומיד ספיקו לא יוציא ורק שהתורה זכתה לו בספק וא"כ לא עדיף מלקוח שפטרנו התורה ממעשר ואף שהספק הוא שמא אינו בכור ושלו הוא הרי ספק לא מעשרים שעשירי ודאי אמרה תורה ולא עשירי ספק אלא חייב לנקוט שחזקת מרא קמא חזקה המכרעת היא וכמו חזקה דמעיקרא באיסורים ואינו כלקוח ולפי"ז ביאר את ראית הגמ' שהוכחת הגמ' שתקפו כהן מוציאין מידו מזה שנכנסים לדיר להתעשר ואינם כלקוח שעל כרחך החזקת מרא קמא היא ודאית ולכן אם תקפו כהן מוציאין מידו דהיינו שאם היה הדין שתקפו כהן אין מוציאין מידו הדבר הוא מחמת שחזקת מרא קמא אינה חזקה המכרעת ואם היה כך גם קודם תפיסת הכהן אינו היה יותר טוב מלקוח ולא יכל להתעשר

השה הוא ספק שייך לכהן אלא שכל זמן שמכריעים שהישראל הוא השולט היחיד אין הספק משפיע על הדברים התלויים בשליטת הבעלים אבל אם יש אפשרות תקיפה ישנו כאן שולט שולט נוסף וא"כ הוא מחסר בדין ודאי.

עד כאן בארנו בראית הגמ' ע"פ המבואר ברש"י (ד"ה דמסיע) ובחדשים המיוחסים לריטב"א (ד"ה אמר ליה) שר' חנינא מוכיח את הדין שתקף מוציאין ממנו אך יש אחרונים שבארו מהלך חדש (הנתיבות המשפט) ויש לפרש בו את שיטת הרמב"ם שיש לומר שאין הנידון הסייעתא של ר' חנינא להוציא שתקפו כהן מוציאין מידו ואדרבה דין זה מוכח מפשטות לשון הברייתא המוציא מחבירו עליו הראיה שגם כשתפס הכהן לא מוציאין ממנו ללא ראייה וגם רבה מודה לזה רק שאמר שאין להוכיח כן מאיסור גיזה ועבודה ונידון ר' חנינא הוא להוכיח את דברי רבה בדין גיזה ועבודה ומהלך דברי הגמ' כדלהלן:

בגמ' ר' המנונא למד שדין האיסור בגיזה ועבודה נובע מהדינים שהבכור ממון כהן ולכן רצה להביא את זה לראיה שאם תקף אין מוציאין מידו הואיל ויש לו בזה שיכות.

ורבה דחה שנכון שהמשמעות המוציא מחבירו עליו הראיה משמע שגם אם הכהן יתפוס לא יוציאו מידו אבל אין לכך ראייה מאיסור גיזה ועבודה הואיל וזה קדושה הבאה מאליה ולא קשור לבעלות של הכהן ואת דברי רבה מוכיח ר' חנינא מנכנסים להתעשר ובכמה אופנים בארו האחרונים את הראיה.

אדם שנוקטים שהממון ישאר ברשותו ולכן יוצא שבכל ממון שנפסק המוציא מחבירו עליו הראיה הזוכה בתורת המשפטים בממון הוא הנידון לבעלים בתורת ודאי אלא שעדין קימת לבעלים האמיתי אפשרות להיות הבעלים בפועל גם על השימושים שפקעו ממנו אם יתברר בראיות שהוא הבעלים האמיתי ולכן כל עוד שלא נתברר האמת יש שניים המוגדרים בעלים בעל השימושים בפועל וזה שיש לו אפשרות לחזור להיות הבעלים בגוף עם השימושים ובכל שאר הדינים זה תלוי אם התורה רוצה את זה שיש לו שם בעלים או את זה שבעלים בפועל והחפץ בשליטתו ולפי"ז נידון הסוגיא בתקפו כהן אם מוציאין הוא הנידון בעצם שליטתו של הכהן והיינו האם הבא להוציא מהמוחזק איבד לגמרי את הכח השליטה שיש לו בחפץ והוכיחה הגמ' שאם אסור בגיזה ועבודה מוכח שלא איבד הכהן את שליטתו לגמרי ששורש הקדישה בממון כהן (ר' שמעון מוכיח כך) ודחה רבה שזו קדישה הבאה מעצמה ולא מכח הבעלים אלא מכח המציאות והמציאות בספק.

ולפי"ז אין כח התקיפה סימן להגדרת המוחזקות אלא אדרבה כשיש כח תקיפה יש כח נוסף לשליטה בתורת המשפטים ויש לבאר שזו ראית ר' חנינא שמדין נכנסים לדיר להתעשר רואים שאין שולט נוסף שא"כ אז היה המעשר חל בתורת ספק שיש צד שפוטר ממנו בממון כהן ויהיה ספק ולא חל בספק ואין להקשות את קושית הכסף משנה מפני מה הכח התקיפה מגרע בבעלות שהרי באמת

בנתיבות המשפט (כללי תפיסה ביאור ת' אות א') באר שאם כח הכהן זהו סיבת האיסור גיזה א"כ כח תקפת הכהן היה גם סיבה לעכב את חלות הקדש הספק בכור למעשר (ובאור הגמ' נמצא פוסט ממונו בממון כהן שכיון שהשה ממון כהן לענין התקיפה אין הישראל יכול לפטור בו ממנו שאין המעשר חל) ועל כרחך מזה שנכנסים להתעשר שדין איסור הגיזה והעבודה זה מכח קדושה הבאה מאליה שגם במעשר מאליו קדוש העשירי ומעתה שכוחו מחמת קדושה הבאה מאליה יש לומר שאף אם באמת יש כח לכהן לתקוף ותקפו אין מוציאין מידו מ"מ חל בספיקות דין מעשר הואיל וזה קדושה הבאה מאליה ואין הקדושה תלויה בכח הישראל ובשערי יושר (שער הפ"י) מקשה על הנתיבות ומבאר מהלך חדש בר' חנינא וכן באבי עזרי (מכירה פ"ג הל' י') מביא מהלך בבאור ר' חננאל לפי האמור.

וישנה שיטה חדשה בשבות יעקב (שו"ת ח"ב אות ד') שכתב לחדש שאין

כלל שיטת הרמב"ם שמועלת תפיסה בספיקות ואינו חולק על שאר הראשונים וגם לרמב"ם לא מועיל תפיסה לאחר שנולד הספק אלא שפירוש המילה תפס הכוונה קודם שנולד הספק וכל דברי הרמב"ם רק בקודם שנולד הספק.

לסיכום המורס מכל האמור בבאור שיטת הרמב"ם דעת הרשב"א שרק כלפי חזקת מרא קמא סבר הרמב"ם שלא מועלת תפיסה ובאחרונים יש שישבו שנקט הרמב"ם שראית ר' חנינא מדין הספיקות אינה שיכת להלכה בכסף משנה נקט בדעת הרמב"ם שאין הראיה עיקר כיון שכיחד כח התקיפה ימנע מלהתעשר בזמן שהולד ברשות הישראל והובא באור האחרונים שאינו טענה מחמת שרק הוכחת רב חנינא לדין ודאי של המוחזק. והובא מהלך האחרונים שראית ר' חנינא אינה כלל לדין תקפו כהן ולסיום הובא את שיטת השבות יעקב שכל דברי הרמב"ם רק בתפיסה קודם שנולד הספק.

הבה"ח יהודה חיון נ"ו

בביאור ספק הגמ' בשתיק ולבסוף צווח

א. בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו. ה"ד אי דקא שתיק אודיי אודי ליה ואי דקא צווח ואי הו"ל למעיבד, לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח מאי מדאשתיק אודי אודי ליה או"ד כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קא חזו לי רבנן.

בפשטות נראה שהספק האם כיון ששתק בתחילה אמרינן שהודא והוי הודאה גמורה ומה שצווח אח"כ כי חזר בו או"ד כיון שצווח בסוף [אמרינן] אע"פ שמה ששתק בתחילה לא הוה הודאה דמה ששתק משום שחזו ליה רבנן בסוף שראה שרבנן לא עשו כלום צווח.

יש להקשות ב' קושיות א. מהו הצד שכיון ששתק הוי הודאה? הא כיון שצווח בסוף אמרינן שמה ששתק בתחילה דאמר הא חזו לי רבנן [ובשלמא אי אמרינן שהוי ספק הודאה ניחא שיש צד כזה שהודא אבל זה ספק דיש צד כיון שצווח שלא הוי. אבל לפי מה דאמרינן השתא שיש צד לגמ' שזה ודאי הודאה קשה מהו הצד הזה והא צווח? ב. ועוד קשה שרב נחמן רצה להביא ראיה מהברייתא שם שכתוב בברייתא שאם הטלית יוצאה מתח"י של אחד מהם הממע"ה ואמרינן שמדובר בברייתא במקרה שתקפה ושתיק ולבסוף צווח והדין הממע"ה והוי ראיה לצד שהוי הודאה וקשה שאם הוי הודאה למה הנתקף יכול

להביא ראיה? והא הודאת בע"ד כמאה עדים ובהגהות הגר"א כתב בשם הריטב"א שלמה הגמ' לא העמידה הברייתא בכה"ג דשתיק מתוע"ס כיון דאם שתיק לא מהני ראיה דשתיקה כהודאה ויש לשאול לפי"ז למה בשתק ולבסוף צווח מועיל ראיה לצד שהוי הודאה והא הודאת בע"ד כמאה עדים [ואולי י"ל דסבר כהר"ן ולכאור' לא משמעין דאם היה סבר כהר"ן היה צ"ל].

בר"ן כתב לבאר ספק הגמ' באופן אחר שפשיטא לן האי דאישתיק ולבסוף צווח איכא למיתלי הודאה כיון דאישתיק ואיכא למימר דלאו הודאה כיון דלבסוף קא צווח (דהוי ספק הודאה).

והספק של הגמ' בדן של ב' אוחזין בטלית שחולקין מדין מה החלוקה. האם החלוקה הוי בודאי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה ומאי דתפיס האי ידיה וכיון שכן לא מועיל תפיסה מספק דאין ספק (הודאה) מוציא מידי ודאי (שזה שלו) או"ד שהחלוקה הוי מספק שלא ידעין של מי הטלית ומספק (חולקין) כל אחד מקבל חצי א"כ מועיל תפיסה גם בספק דספק מוציא מידי ספק ולפי דברי הר"ן לא קשה קושיא א'. וגם קושיא ב' לא קשה דכיון דהוי ספק לא יכול להביא ראיה.

יש להוסיף שלכאור' בדברי הגמ' לא משמע כן דבגמ' [כתוב האם מדשתק

ליה או"ד כיון דצווח השתא איגלאי מילתא למפרע דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא חזו לי רבנן עכ"ל.

מובח בדברי הרא"ש שהספק הוא האם שתיק ולבסוף צווח הוי הודאה או לא הוי הודאה (כמו הפשטות של הגמ') ואכתי תיקשי ב' הקושיות א. מה הצד שפה ודאי הודאה והא צווח ואיכא למימר דמאיד שתיק משום דחזו ליה רבנן. ב. בראייתו של רב נחמן מהברייתא שכתוב שהממע"ה אי הוי הודאה למה יכול להביא ראיה והא הודאת בע"ד כמאה עדים.

ובקושיא ב' הקשה הרש"ש על דברי הש"ך ברמ"א דבשו"ע סימן קל"ח כתב באו שניהם אדוקים ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותו מידו שכיון ששתק בתחילה הרי זה כמודה לו וכתב הרמ"א וי"א דאפי' מביא עדים אח"כ שפיא? לו לא מהני ליה דהודאת בע"ד כמאה עדים (טור בשם הרא"ש) ובביאור הגר"א כתב זה לא קאי לא אארישא ששתק לגמרי דבסיפא שחזר וצווח ודאי נאמן בראיה וכמ"ש ת"ש וכו' דהגמ' הביאה ראיה מהברייתא שהוי הודאה וכתוב שהדין שהממע"ה וחזינן דנאמן להביא ראיה. [ולפי דברי הגאון יש לשאול דברא"ש בסוגיין משמע שהוי הודאה בודאי וא"כ לא יועיל ראיה אבל ביאור הגאון דברי הטור בשם הרא"ש דדוקא בשתיק לא מועיל ראיה אבל בשתיק ולבסוף צווח לא יועיל ראיה? אבל בש"ך כתב וז"ל אבל באמת פשט דברי הטור והר"ב נראין דגם בסיפא לא מהני עדים ונראה הטעם דכיון דהאי תפיס מצי

אודיי אודי ליה או"ד כיון דקא צווח דבגמ' משמע שהספק הוא האם הוי הודאה ויש ליישב שהגמ' לא באה לפרש הספק אלא הוי כמו הרבה ספקות שבש"ס שלא מפרשין אלא שהגמ' בא לומר מה שונה שתיק ולבסוף צווח משתיק מתוע"ס.

ובר"ן כתב עוד ביאור בספק שלה גמ' האם כיון ששתק אמרינן שיש פה צד הודאה [ולכן מועיל תפיסה] דמספק לא מוציאים ממנו, או"ד כיון שצווח לא הוי בכלל הודאה דאמרינן דמאי דשתק משום דחזו ליה רבנן ולפי"ז יתבאר מה הוא הצד שהוי הודאה וגם מה הראיה של רב נחמן.

ובנמו"י כתב לבאר הספק האם כיון דשתיק הוי הודאה בודאי או"ד כיון דקא צווח יש צד לומר שלא הוי הודאה (דהיינו ספק הודאה) וכיון שהוי ספק לא יכול להוציא מחבירו דהוא הוי מוחזק מועיל לתפוס, ויל"ע למה הוי מוחזק? ובשלמא אי נימא שהחלוקה הוי בתורת ודאי א"כ לכל אחד יש חצי בודאי, ולכך הוי מוחזק אבל אי נימא שהחלוקה הוי בתורת ספק א"כ לא הוי מוחזק בחצי ולמה לא מועיל תפיסה ובנמו"י בריש פירקין נראה שהחלוקה הוי מתורת ספק (וא"כ קשה על הנמו"י מדבריו גופא) ובפרט מה שכתב רש"י שמדובר פה קודם שנשבעו ולא חל דין חלוקה, ויש ליישב שאחרי שרבנן אמרו שבב' אוחזין בטלית הדין שחולקין אז אע"פ שהחלוקה מתורת ספק אבל היום שהדין שחולקין א"כ יש לו פה חצי שמגיע לו ולכך הוי מוחזק.

וברא"ש כתב וז"ל מאי מי אמרינן מדאישתיק ודאי אודיי אודי

למימר אודיי אודי ליה לי א"כ מה שיביא עדים לא יועיל דהודאת בע"ד כק' עדים דמי עכ"ל. ולפי דברי הש"ך קשה מסוגיין דבסוגיין משמע דבשתיק ולבסוף צווח יועיל ראייה.

מתוע"ס כמו ששואל הריטב"א אבל בהגהות הגר"א (בשם הריטב"א כתב דבשתק לא מועיל א"כ אכתי תיקשי לדבריו לא בשתק ולבסוף צווח מועיל ראייה והא הודאת בע"ד כמאה עדים?

ומתריץ הרש"ש וז"ל דראיה פירשוה בירור הדברים ל"פ דהבירור הוא כגון שיביא עדים שהודה התוקף לפניו בפירוש שהיא של חברו דזה ודאי עדיף מהודאתו שאינה אלא ע"י הוכחה מדשתק עכ"ל ובביאור דבריו יש לומר שכל ההוכחה היא בסתמא דאמרינן למה שתק אלא ראייה שהודה אבל אם יש עדים שחבירו הודה א"כ א"א לומר שהוא הודה וא"כ אמרינן שמה דשתק לא הוי ראייה דהודה דיש לי ראייה יותר חזקה שחבירו הודה, לפי דברי הרשב"ש גם בשתק מתוע"ס יועיל ראייה ויש לשאול לפי"ז למה הגמ' לא העמידה הברייתא בשתק

ואולי יש לתרץ דיש לחלק בין הודאה דשתק ולבסוף צווח להודאה דשתק מתוע"ס, והיינו דכל מה דאמרינן דבתק ולבסוף צווח הוי הודאה דתלינן דכיון דשתק הוי הודאה אבל זה לא בודאי דהא צווח משא"כ בשתק מתוע"ס הוי ודאי הודאה דשתיקה כהודאה, [וכל זה אפשר לל דבריו הגאון בשהריטב"א אבל לדברי הרא"ש דמשמע מדבריו דהוי ודאי א"א לומר כן ונתרץ את תירוץ הרש"ש].

ואולי גם לפי שיטת הרא"ש אפשר ל שתלינן שהודה ומה שכתב ודאי היינו דהוי כודאי כיון שתלינן שהודה.

הבה"ח אליהו טאובר נ"ו

אי תקפו כהן אין מוציאין מידו לקדש אשה או לשחוט הבהמה

הערות ע"א, ב' דתליא בחקירה מהו גדר המע"ה, אי המוחזק הוי בעלים ודאי, או שמא הוי בעלות מספק דאי אמרינן דהמוחזק תופס מדין ודאי, תקפו כהן מוציאין מידו, ואי תפיסת המוחזק הוא מדין ספק, תקפו כהן אין מוציאין מידו, כמו שנשמע מביאור הכס"מ בדעת הרמב"ם כדלעיל. ובהמשך דבריו כתב דאי קידש ישראל אשה בהאי ספק בכור, הוי קידושין מספק.

ובקונטרס הספיקות כלל א', ו' כתב להסתפק בגדר חזקת מר"ק האם הויא כחזקה המכרעת ואולי אף כחזקה קמיתא באיסורין או דלמא אינה חזקה המכרעת בעלות וודאית אלא הויא כשאר חזקת ממון שמותירים ברשותו מספק, ובהא תליא מילתא אי אמרינן דתקפו כהן מוציאין מידו, הוא מחמת דחזקת מר"ק של ישראל הויא חזקה המכרעת ולכך תפיסתו הראשונה כבעלים ואין מועילה תקיפת הכהן.

ואי אמרינן דתקפו כהן אין מוציאין מידו, זה מחמת שחזקת ישראל בזה אינה חזקה מוחלטת המעידה על בעלות גמורה.

והנה בכלל א', ה' כתב דאי הויא חזקה סתם בלא חזמ"ק, ודאי יכול אחר לתקוף מהמוחזק בספק ולזכות אמנם בפני יהושע דף ו': בד"ה והא הכא הביא בשם

והא הכא דכי תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו... אמר לי' ר' חנניא לרבה תניא דמסייע לך, הספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, אמאי נכנסין לדיר להתעשר, נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן נתבאר דאי אמרינן תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, ותפיסת הכהן מהבעלים מועלת דספק לא יפריש הבעלים ספק בכור זה למעשר על ממונו, דנמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן.

ולמסקנא, יעויין בתוד"ה פוטר שכתב וז"ל: "וכן הוא מסקנא, דאם תקפו כהן, מוציאין מידו" אמנם ברמב"ם פ"ה מהל' בכורות ה"ג פסק "כל בכור שהוא ספק, דינו שירעה כו', ואם תקפו הכהן, אין מוציאין מידו", והנה בכסף משנה בפ"ב מהל' בכורות ה"ו הקשה שם וז"ל: "אבל קשה דבתר הכי אמרינן... א"ל ר' חנניא לרבה וכו', והשתא למה דחה רבינו דברי רבה ורב חנניא ופסק כרב המנונא", ותירץ דסבר הרמב"ם דהנה ספק בכור הוא מענין המע"ה וכתב שם: "וכיון דברשות ישראל הוא, אע"ג דאם תפס הכהן אין מוציאין מידו, לא נפיק מידי ממונו של ישראל ושפיר יכול לפטור בו עצמו" עכ"ל.

ובביאור אי אמרינן תקפו כהן מוציאין מידו או לאו, כתב בקובץ

תשו' הרשב"א שי"א דאי אמרינן תקפו כהן אין מוציאין מידו, הסברא דהבעלים אינו מוחזק מדין חזקת מרא קמא כלל.

וא"כ הוי ככל מוחזק סתם דאין לו זכות ממונית מיוחדת וכל אחד התוקף מהמוחזק יכול לזכות והסברא דלדעת הרשב"א אינו נחשב אף מר"ק כלל הוא מחמת דכשנולד הספק בכור, נולד הספק עמו כפש"כ שם.

והנה גם הרא"ש בסוגיין (סי' י"ג) פסק דתקפו כהן מוציאין מידו ובביאור טעמו כתב שם וז"ל: "דתפיסה לא מהני" אלא למי שטוען ברי, אבל הכהן הזה אפי' אחר שתפס, אין לו אלא טענת שמא, הלכך מפקינן מיני' דמוקמינן בחזמ"ק" ומבואר מדבריו דאי אמרינן תקפו כהן מוציאין מידו, תפיסת הישראל מטעם חזמ"ק בצירוף טענת שמא דהכהן, (דהויא ספק – בכור) מותירים את הספק בחזקת הישראל.

והגרש"ש בשערי יושר שער ה' פרק ו' ביאר יסוד דין המוציא מחבירו עליו הראיה, דאף שלמוחזק אין בעלות גמורה על הדבר המוחזק, מ"מ זכויות השתמשות והנאה כרצונו שייכות לגמרי להמוחזק והנה אי אמרינן תקפו כהן אין מוציאין מידו, נהי דאין הישראל בעלים גמור, מ"מ זוכה בהשתמשות בספק בכור, כך עוד הוא מוחזק לכל דבר.

והנה בשערי יושר שם פ"ח הביא חקירת הקונטרס הספיקות כלל א', ח' בכל ספק ממון דאית ב' המוציא מחבירו עליו הראי', אי אמרינן דהמוחזק המקדש אשה בזה קידושיו, קידושין. ודעתו נוטה דהו

קידושין מספק, [ואי אמרינן תקפו כהן מוציאין מידו קידושי הישראל מספק, וקידושי הכהן ודאי אינם קידושין] אמנם אי תקפו כהן אין מוציאין מידו לא הווי קידושין, [וכעין מה שמצינו בדעת הקובץ הערות למעלה] והגרש"ש עצמו שם חולק ע"ז וסובר דאף אי נימא דתקפו כהן, אין מוציאין מידו, קדושי הישראל היו קידושי ודאי וז"ל [שם בד"ה ונראה]: "דהדין כך הוא דאם אחד שתופס באופן שיכול להחזיק אצלו ע"פ שורת הדין, דמקודשת קידושי ודאי.

ובמעם החילוק בין דין מעשר, דאף שהישראל זוכה בהשתמשות מדין היותו מוחזק, אין יכול להפריש מעשר מספק זה על ממנו, ושאני מקידושין דאי קידש הווי קידושיו דאי, נתבאר דלגבי קידושין אין הצורך להעניק להאשה חפץ בבעלות גמורה, אלא די ליתן לה הנאת שו"כ, וכיון דיש לו הנאה והשתמשות בחפץ יכול לקדשה בזה, משא"כ לענין מעשר דאיכא דין צאנך כדאיתא בבכורות נ"ו ע"א. ולכך יש להפריש רק מדבר שהוא בבעלות גמורה אצלו, ולכך אי תקפו כהן מוציאין מידו הוי הישראל בעלים גמור בדבר ומפריש מעשר מספק זה ואי הישראל הוי רק מוחזק בהשתמשות דתקפו כהן אין מוציאין מידו לא יכול להפריש מעשר מספק בכור.

והנה להבנת הגרש"ש שתפיסת הישראל הויא מדין זכות השתמשות גמורה לכל דבר מלבד למעשר, בפשיטות יכול גם לשחוט הבהמה, ואינו צריך להותירה בחיים לצורך תקיפת הכהן בהמשך, אף אי

אמרינן דתקפו כהן אין מוציאין מידו, דבשעה שהישראל מוחזק עושה בה כרצונו.

ומדעת הגרש"ש לגבי המע"ה דהמוחזק זוכה בזה לגמרי לכל דבר מלבד למעשר ואף לשחוט נראה דלגבי המע"ה שאני מכדא"ג וודאי שאין צריך המוחזק להותיר מקום לחבירו לתפוס ממנו, אף אי נימא דתקפו כהן אין מוציאין מידו.

ואולי לדעת הקובץ הערות יתכן דכיוון דהתפיסה היא מספק, כיון שאם קידש בזה הווי רק קידושי ספק לא יוכל לשוחטה מחמת שזכותו מוגבלת, וככדא"ג לדעת התוס' שצריך להותיר מקום לחבירו לתפוס ולא יוכל לכלותה לגמרי, מטעם שהוא בעל זכות שימוש מוגבלת.

ולגבי מסותא כתבו התוס' בד"ה והא הכא דף ו'. וז"ל: או דלמא, כיון דאפי' גבר האחד על חבירו, אם יכול השני לחזור ולתוקפה ממנו, זוכה, ה"ה בלא תקפה לא יחול הקדש כלל, כיון דחבירו אם תקפה הי' זוכה דלא אלים הקדש מתקפה, ונתבאר דבכל דאלימ גבר יסוד תפיסת האחד הוא רק במקום דמותיר מקום להאחר לתפוס.

אמנם הרא"ש פליג וסבר [ב"ב, ל"ד ע"א, סי' כ"ב] דכדא"ג מהני' כבר

הבה"ח יוסף חיים טויטו נ"ו

בבי' ספיקא דמסותא וברין כדא"ג (ו.)

לכשיתפסו רק חסר ב'היכי תימצוי' שיהיה תפיסה.

וב"ז דווקא כשתפס והדר הקדיש אבל אם הקדיש כשלא תקף אז יש צד שלא חל כלל, וצ"ב מ"ט לא אמרי' שיחול כמו שתקיפה מהני ותו לא יפקע בתפיסת השני [בפשוטו הקדש גופיה הוי כמעשה תקיפה] ומ"ש מאחר תקיפה דהקדשו הקדש. ולכאור' מבואר מזה שחפץ במצב שנפסק כד"ג כל עוד שלא "גבר" מוגבל בעלותו [ויתבאר להלן אי"ה].

ויש להקשות עוד מה שכתבו תוס' צד שלא יחול הקדש כלל ולכאור' אמאי לא יחול ספק הקדש מצד שהוא ספק בעלים.

ותחילה יש להקדים ולברר שיטת התוס' הכא שמועיל תפיסה בכדא"ג ומבו' שכדא"ג אינו פסק החלטי לתופס ויכול חבירו לחזור ולתקפה, ויל"ד בגדר הדין ומה גדר זכותו של התוקף בזמן שהותו אצלו ויל"פ בג' אופנים א. שאין הכרעה בבעלות הממונית אלא הבי"ד משתמטים מלדון וזכי מכח הצד ממון דיש לו מחמת הספק והוי "מוחזק" גרידא.

ב. התגברות האלים על הממון משוי ליה "בעלים עולמי" שכן כח חכמים לקבוע בספק בלא מוחזק, ולכשיגבור חבירו יפקע זכות התופס וינתן לשליט

דף ו'. הנה ר' זירא הסתפק כשיש שתיקה לתפיסה וצווחה בסוף אם הוי הודאה ולא פשטוה. את"ל מוציאין הקדישה אינה מקודשת ואת"ל אין מוציאין הקדישה בלא תקפה מהו וכו' ובעי למפשט מהא דמסותא דמינצו עלה כל חד אמר ידידי וא' הקדישה ופרשי מינה כולהו רבנן ומהא פשוטו דצריך לחוש להקדש במקום שתיקה.

והתוס' (ד"ה "והא") פירשו דההיא מסותא היא אבעיא בפנ"ע ואפי' בשתק מתחילה וע"ס ואיירי במקום שדינו כדא"ג [דלשי' כ"א יכול לתקוף אפי' מיד חבירו] אם א' מהם הקדישה בעוד שלא תקף דאחר שתקף ודאי שחל הקדש לעולם והספק בהקדיש קודם תקיפה אם יחול הקדש שלא יפקע או שלא יחול כלל דלא אלים הקדש מתקיפה.

ויל"ע בבי' הדברים שאם הקדיש אחרי שתפס פשוט שחל הקדש לעולם, הלא מבואר שיכול חבירו לגבור ולתקוף מהמקדיש ואמאי מהקדש לא יכול לתקוף ולהפקיע הקדש הא לא אלים כח הקדש מכח מקדיש, כמו"ש בסמוך. ובנחל"ד כ' לבאר האי דהקדש לא פקע בתפיסת חבירו משום דלא שייך תפיסה מהקדש שכדי לזכות ב"כל דאלימ" צריך התגברות והוצאה מידו והקדש "כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא הוא", ובאמת ההקדש אינו יותר אלים מהמקדיש וגוף ההקדש יפקע

לתקפה הימנו לא יחול הקדש כלל "דלא אלים הקדש מתקיפה" עכת"ד.

ולכל הפי' קשה מה הצד שיחול הקדש בעוד שלא תקף הרי סיבת הפסק ודאי דווקא כשתקף דאז חל דין "מוחזק" וכן לצדדים דלעיל דהוי התופס בעלים ודאי בעינן את התקיפה למשוי כבעלים והשתא מיהא לא תקפה.

וצ"ל דהוא מלתא דפשיטא לתוס' שמעשה ההקדשה הוי כמעשה תקיפה, המורה השתלטות וגבורה ולכך בעשית ההקדשה איכא סיבה לזכיה וזכה ההקדש במה דיש לו. אך עתה קשה בהיפוך מהו הצד דלא חל כלל ומ"ש אם קדם תקיפה להקדש או שבהקדש נעשית התפיסה, והתוס' בעצמם הוסיפו טעם כיון שיכול השני לחזור לתקוף וכו' "ודלא אלים הקדש מתקיפה".

והבני' כתב הקה"י במכתבו (נדפס בס"ס אה"ת) כאשר נקבע כדא"ג הרי שנתנו זכות וכח לשניהם להתעצם ולהשתלט לזכות בממון, דלאחר שתקף א' הוי כבעלים ודאי והקדשו הקדש (אף שכלפי שמיא אינו שלו, וכצד ב' דלעיל), והספק כשהקדיש קודם תקיפה מכיון שבהל' כדא"ג הדין נותן לחבירו זכות תקיפה מידו סברא הוא שא"א לתפוס תפיסה המונעת מחבירו את זכותו ולהכי הקדש לא יכול לחול דאי חייל תו לא יוכל לתפוס. איברא דהלא יש למקדיש כח לעשות תקיפה זמנית ובכח ההקדש לחול כיון שהקדש עושה תפיסה שאין לה הפקעה ולא נתנו לו לתקוף עולמית, דייני' אם יחול ולא יפקע בתפיסת חבירו או שמעיקרא לא חל כלל.

העכשוי, דאין השליטה ראיה (כהרא"ש) רק הנהגה [כעין הפקר ב"ד].

ג. "כל דאלים גבר" כפשוטו דלכ"א מנייהו יש זכות גבורה אף שאינו בעלים ובשהותו בידו הוא "בעלים זמני" עד שיתקוף חבירו.

ולכא' צד זה ק"ק דהא אם תקף והקדיש הקדשו הקדש לעולם ואמאי לא פקע בתפיסת השני הלא אין למקדיש בעלות ליותר, ומ"ש מדחזי' שמקדיש שדה החוזרת ביובל פקע ההקדש.

והמוכרח מזה כצד ב' שהבעלות דאיכא לכל חד מנייהו, הוי בעלות גמורה ולכה"פ "בהנהגה" הוי כשלו רק שמחמת הספק נתנו לבע"ד רשות להתגבר ולזכות, ולכשיחזיק בה הפקיעו את בעלות התופס הראשון וזיכו את המחזיק השתא שכן הוא צורת הדין להשאיר את הספק ולדאוג שלא יגרע הבעלים, ומוכן מה שבהקדישה אחר שתפס חל הקדש משום דלא חסר בבעלות המקדיש כ"ז שהחפץ בידו ושפיר חל הקדש מכוחו אולם עדיין צ"ל כמו הנחל"ד שבתפיסת חבירו לא יפקע בעלות הקדש [כמו אצל המקדיש], משום דאין מעלת תפיסה כלפי הקדש וליכא הסיבה להפקיע, והנחל"ד גופיה פי' כצד א' שבאלימות התקיפה נעשה "מוחזק" בממון, דהיינו שהספק קיים, ואין זכיה מחודשת לשאינו בעלים ומאי דחל הקדש כי נותן להקדש כח מוחזק רק שלא ניתן לבטל החזקת ההקדש.

ומבעיא לן בהקדיש קודם שתקף אם הוי הקדש או דלא חל וביארו התוס' משום שאפי' אם גבר א' יכול לחזור

אבן אכתי יל"ע אם מדין כד"ג אין לו כח תפיסה עולמית מ"ט אחר שתקפה יכול להתפיס הקדש המונע מ"כל דאלים" לגבור.

והביאור כמו"ש שם: שעיקר החסרון בהקדשה אינו מחמת שמגרע זכות השני לחזור ולתקוף הימנו אלא שחז"ל לא נתנו לו רשות לעשות תקיפה עולמית [וכנראה משום שבזה מפקיע את הפסק] וזה דווקא כשבא לזכות במעשה תקיפה שמפקיע כדא"ג אבל אחר שכבר תקף יכול לנהוג בה כדין הבעלים בשלו ויכול אף לכלות את החפץ (כדא"י ברשב"א ב"ק קי"ז) ולכן הקדשו חל לעולם. ולביאור זה כאן הספק בהלכות כדא"ג אם הקדש שעושה תקיפה מוחלטת חל והצד שיחול הוא משום דיני הבעלות שזוכה האלים בתקיפה וכמב' שאם חל הוא משום שההקדשה בעצמה פועלת תקיפה.

ובגמ' פשיט מההיא דספק בכורות המע"ה ואסורים בגיזה ועבודה וצ"ב מה פשוט הלא התם חל רק ספק איסור גיזה מחמת עצם הספק שהוא ספק ממון כהן והתם יכול לחול הקדש והיכי נפשט נידון סוגיין שהוא שניתן לו בעלות מכח הכדא"ג אם תקיפה כזו מהניא.

ועמד שם בזה וכתב דאה"נ אין פשיטות לגוף הספק אך מ"מ נפשוט מהתם צד חדש לאסור דאף אם לא הוי הקדש מדין כדא"ג מ"מ יחול הקדש מחמת עצם הספק, כי היכי דחזי' שאין מניעה לחלות קדושת הבכור לחול בזה שהישראל מוחזק בבכור וס"ד שהקדושה תליא בדיני ממונות ומוכח דלא בטל זכות הכהן ה"נ

במסותא אף אם הקדש אינו תקיפה הפירוש שאי"ז מעשה המועיל בתורת תפיסה לדין כדא"ג מ"מ הוי ספק בעלים ויהי' קדוש מצד הספק בעלותו.

ויתכן לפרש באופ"א (ועיקה"ד ממרה"י שליט"א) דהנה הקדימו התוס' שאם תקף בתחילה ואח"כ הקדיש תו לא פקע ההקדש ובשיטמ"ק כ' בטעמא דמלתא שבזמן שהחפץ ביד הגבר' הוי כשלו אף גבי מכירה, ובהקדש יש סברא שלא יפקע כשיתפוס השני כיון שהקדש לא פקע בכדי, ומב' שגדר כדא"ג דיש למחזיק זכויות של בעלים גמור מכח הפסק וכשגבר חבירו ותפסה נתבטל הפסק וממילא בטלה בעלותו ומתחדש עתה כח זכיה לתוקף [ואע"פ שקדושת דמים פקע ע"י גביה הכא לא יפקע דשעבוד הוא ערבות שממונו משועבד לפרעון כל בעלות ההקדש חסרה וע"כ אפשר להפקיעה אבל כדא"ג שאפשר לתקוף אי"ז דין בגוף הבעלות שתפסוק לכשיתקוף אלא שזהו פסק ש"כל דאלים" ומחזיק בה הוי כשלו והתקיפה מבטל את החזקת חבירו ובטל דין בעלותו ולכן יש סברא דאם חל לא יפקע, שהרי אין פגם בבעלות ההקדש וחלות איסורי לא פקע בכדי]

וז"פ שבשביל להקדיש צריך שיהיה החפץ תח"י כד מספקי' כשהקדש בלי תקיפה אי מעשה ההקדש יכול לפעול כמו שתקף שבעשותו ההקדש נפעל תקיפה [והבעלות וחלות ההקדש באין כאחת] והקדשו הקדש, או דלמא לא חל דאמנם הקדש כתקיפה אבל ל"ה כתקיפה ואח"כ הקדש שאין בכח ההקדש לחול כמו שתקף כבר כיון שכח המקדיש השתא הוא

ספק ממונו של כהן א"כ אף אם הקדש לאו כתקיפה יחול דיש ספק בעצם בעלות הכהן.

ולכא' צ"ל ג"כ כמו"ש הקה"י דפשוטי' מהתם דאף אם הקדש לא הוי כתקיפה בדיני כדא"ג מ"מ יהיה ספק הקדש מחמת עצם הספק שמא המקדיש הוא בעל המסותא והקדשו הקדש וזה צ"ע א. מלשון התוס' דמשמע שפשוט גוף הספק וז"ל אלמא אפי' לא תקפה חשיב כאילו תקפה כבר והקדישה בעודה בידו. ב. מאי ס"ד דר' אושעיא (האות ל"ט) הסתפק במסותא אטו לא ידע צד זה לכה"פ יהיה ספק הקדש מחמת ספק בעלותו האמיתית ומוכח דס"ל כמסקנת הסוגיא דהוי "ממון שא"י להוציאו בדיינים" אין לו כח להקדיש והסתפק רק מחמת שבדין כד"ג התקיפה משוי ליה כבעלים אם סגי בהקדש גופיה, וא"כ מאי פשיט ליה מההיא דבכורות הלא התם בע"כ דנים מצד ספק בעלות הכהן שאין זכות תקיפה מחודשת לאלים ומצד ספק בעלותו במסותא הרי פשיטא ליה מסברא דלא חל וודאי צריך לתרץ שקדושת בכור תלוי בבעלות האמיתית וצריך להדחק שכ"ז שהי' לו הכרח שחל אף שא"א להוציאו שינה דעתו וכשירד ההכרח חזר לסברתו.

וגם כ"ז חידוש מסברא שכדא"ג מאלים את שאינו בעלים שיזכה בממון כבעלים גמור דלכא' אם כלפי שמיא גליא שהוא לא בעלים הוי גזל ואף שבמוחזק הוי כשלו לכל הדיינים וכידוע מהגרש"ש דהוי בתורת ודאי מ"מ כ' בשער"י (ש"ה פ"י סק"ט) שכ"ז כשהמוחזק מסופק אבל

רק כח תקיפה מוכרח שיהיה ההקדש בר תקיפה דלא אלים הקדש ממקדיש ואין ההקדש חל כלל.

ויל"ע הלא יש סיבה שיחול ואמאי לא חייל כלל נימא כיון דחל תו לא פקע בכדי והביאור בזה שלחלות הקדש צריך עשיה טובה ואם כבר תפס והקדיש אחרי שקיבל בעלות הוי הקדשה מעליא אבל שלא תקף אין לו סיבת בעלות רק ע"י ההקדשה ותפיסת הקדש א"י לחול עם הפקעה לכן עשיה גרוע היא, ושאני מ"באין כאחת" דעלמא דהוא ענין חלות ב' חליות באותו פעולה, אבל הכא הם ב' עשיות כיון שסיבת הזכיה היא התפיסה כל שלא נעשה תקיפה לא חל הקדש בהדי תקיפה, ואמנם בכח ההקדש לחול עד שיתקוף חבירו שכן כח תפיסת המקדיש אבל כיון שעושה עשיה עולמית שאינה חלה לא חל כלל וצ"ת.

והנה מיייתי עלה בגמ' ההיא דספק בכורות המע"ה ואפ"ה אסורים בגיזה ועבודה דחל ספק קדושת בכור אף שהישראל מוחזק וס"ד שהקדושה חלה בממון כהן וכיון שחל מוכח שצד בעלותו קיים ומצי להקדישו.

וצ"ב לבי' זה היאך בעי למפשט ספיקא דידן הלא הכא שהדין כדא"ג כל זמן שמחוסר תקיפה אין לו בעלות ומבעיא לן אם במעשה ההקדש נעשית תקיפה והיא גופא הסיבה שיחול הקדש משא"כ בבכור שהוא דין מוחזק ואין פסק דהוא של התופס רק נמנע הוצאה שלא בראיה, א"כ קדושת הבכור לא תליא בתפיסת הכהן אלא חייל מחמת שהוא

הכא שטוען ברי [האי אמר ידידי וכו'] מי שיודע האמת, כלפיו הוי גזילה ויל"ד.

הנה הר"ן פי' ע"ד תוס' שאבעיא דמסותא אינה בדין שתיקה כהוראה אלא ספק בפנ"ע בממון כזה שדינו כדא"ג וכוחו לגבור ועדיין לא תקף האם יש לו בעלות להקדיש דהקדש לאו מחוסר תקיפה וחל הקדש בתורת ספק שהוא ספק ממונו או"ד לא חל אפי' ספק כיון שכשהקדיש אינה בידו שעדיין לא תקף אינה מוקדשת מכוחו.

ובבי' הדברים צריך להוסיף דהנה לקמן (ז.) מסקי' "כל ממון שא"י להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש" ומבו' מזה יסוד בדיני הבעלות שאף חפץ שכלפי שמיא הוי שלו מ"מ אם אינו שליט לעשות בה כחפצו ולפעול בה כמנהג הבעלים א"י להקדישו והיינו שיש ב' חלקים בבעלות א. עצם הבעלות (בעלות אמיתית כלשון הגרש"ש) ב. כח הבעלים, ושייך לחלק ביניהם ויתכן שבאמת הוא הבעלים ואין לו שם בעלים ולכן הכא שא"י להוציאו בבי"ד א"י להקדיש אפי' שגוף הממון שלו כיון שבהנהגה המשפטית אין הממון בשליטתו ואינו מיועד לשימוש אין לו כח בעלים לפעול חלות הקדש ולכא' ה"ה למכור וכו' ומבו' שדין הבעלות עיקרו כפי הנקבע בארעא. וקמבעיא לן הכא במסותא שאמנם זה ממון שא"י לקבלו בדיינים אמנם יש לו הרשאה להוציאו ע"י תקיפה האם ה"זכות תקיפה" סגי בשביל שיהיה כוחו להקדיש.

והנה בדינא דממון שא"י להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש לכא' בדיינים

ה"ה למכור אולם בד' הר"ן משמע שהסתפקו דווקא גבי הקדש שהוסיף "הקדש בכ"מ הוא חל ואינו מחוסר תקיפה" אבל מכירה לא חל והיינו דאיכא ב' חסרונות ב"ממון שא"י להוציאו" גם מצד כח המקנה שצריך שע"פ תורת המשפטים יהיה זכאי בממון וגם מצד רשות המקבל שיזכה ויכנס לרשותו לכן הסביר הר"ן האיבעיא דווקא בהקדש כשם שיש סברא בחפץ שכבר קדוש ד"כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא הוא" כך כשחל יכול לחול בכ"מ שהוא ואין חסרון מצד הקונה דבאמירה נמסר הדבר לגבוה וחשיב ברשותו דבכ"מ שהחפץ נמצא יכול לחול, ומצד המקנה סגי במה שיכול לתקוף כיון שהקדש זה חלות שאין מחוסר תקיפה אבל מכירה אין לו כח [ואפי' ספק מכירה אינו] כיון שחסר תקיפה למוכר אין הקונה יכול לזכות בחפץ שא"י להוציאו בדיינים ולא סגי במה שיש למקנה זכות תקיפה אלא בהקדש שהוא חלות שלא מחוסר תקיפה, ומיד זוכה בו.

אבל למכור יתכן שלא יחול אפי' ספק משום דלא סגי בזכות תקיפה של המקנה.

דנחי דיש לו שם בעלים בממון, מ"מ הקונה לא יכול לזכות בחפץ שלא נכנס לרשותו ופשיט מבכור דביד הישראל חל קדושה דקדושת הבכור תלוי בבעלות כהן ובע"כ דשייכות הכהן וזכותו במה שיכול לתקוף סגי להקדיש וע"כ חל קדושה ודחינו "קדושה הבאה מאלי" שאני' דהתם אפי' אם א"י לזכות בתקיפה חל איסור גיזה מאליו משום דלא חל ע"י בעלים אלא משמיא ובי' הגרש"ש שהגמ'

לא חזרה בה מעצם הסברא שקדושה תליא בממון כהן אלא דחינן חלות דשאני חלות שחל בידי שמים שחל לפי הבעלות האמיתית של הכהן [ומשום דלא חסר בכח המקדיש] אבל הכא דבעלים הוא המקדיש אכתי תבע"ל אם הזכות תפיסה יוצר לו שם וכח בעלים.

והשתא יש לפרש כן בדברי תוס' [ויסוה"ד מהגר"מ פלאי שליט"א] שהספק אם יכול א' להקדיש אינו מחמת הכח שקיבל בדין "כל דאלים גבר" אלא מחמת הבעלות האמיתית שהוא ספק ממונו [וכל הצד שיחול הקדש הוא רק מספק בעלותו] ומבעיא לן אם אית ליה כח בעלים לפעול הקדש בממונו שא"י להוציאו בדיינים - אלא ע"י תקיפה, ופשיטא כשתקפה והיא תח"י והקדיש תו לא פקע בתקיפת חברו, והאיבעיא קאי כשעדיין לא תקפה האם זכות התקיפה נותן לו זכאות בממונו להקדישו כמו שכבר נמצאת בידו [ולא מצד שההקדש חשיב כתקיפה רק שכת התקיפה מאלים בעלותו].

והנה תוס' הוסיפו באידך גיסא שלא יחול הקדש כלל [היינו אפי' ספק] משום דחבירו יכול לחזור ולתקוף "ולא אלים הקדש מתקיפה" ומשמע דאילו לחבירו אין זכות תקיפה שפיר יכול להקדיש ולכא' צ"ב דלהמב' עיקר החסרון הוא שא"י להוציאו בדיינים שזה חסרון בכח המקדיש שממון שלא מגיעו בדין אינו בעלים להקדישו א"כ אף שא"א להוציא מהתוקף מ"מ כ"ז שלא תקף עדיין חסר בבעלותו.

ונראה שמבואר מזה מאי דעיבעיא להר"ן פשיטא לפי התוס', שאין הספק אם ע"י הכח תקיפה יחול הקדש (כהר"ן), דהא פשיטא (להתוס') שאילו הי' כוחו של א' מהם לתפוס להחזיק בממון לעולם בלא אפשרות תקיפה חוזרת חל ההקדש שהזכות תקיפה מחשיבו כבעלים [להצד שכן אמת] אף דאינה בידו בשעת הקדש, והכא מספיקא לו כיון שיש לחבירו נמי זכות תפיסה מחמת הספק א"כ נגרע זכותו ונקלש כוחו לעשות עשיה עולמית [כהקדש דחל ללא אפשרות תפיסה] ומשום שאפשר להפקיע זכותו חסר לו בשם בעלים (ולא מחמת שמגרע זכותו של חבירו כהקה"י לעיל) אלא לו עצמו חסר בכוחו לפעול "חלות" שהיא יותר מהכח שיש לו בממון, וזש"כ "לא אלים הקדש מתקיפה" דכיון שלתקוף עולמית אין לו זכות ובפשוטו אף יוציאו מידו אף להקדש אין לו בעלות מחמת זכות וכח התקיפה דכלפי עשיה זו חשיב כ"ממון שא"י להוציאו בדיינים" ולכן בטל כוחו לתקיפה כזו. [אכתי יל"ע דמשמע "שלתקיפה זמנית" כמכירה שאפשר לתפוס מהקונה] יכול מכח זכות תקיפה שאילו הי' אפשר לתקוף מהקדש חל, וצ"ב דהלא לקניית הזכות צריך להקנות את החפץ כדי שיהי' לרשות הקונה זכות תפיסה ועד כמה שנחסר כוחו כיצד חל ההקנאה וצ"ב מ"ש תקיפה זמנית מתקיפה עולמית גבי זה].

וצרדי הספק יתפרשו ע"ד הר"ן אם חל הקדש מחמת ספק בעלות המקדיש בממון או דלא חל כלל ואפי' ספק ליכא משום דאינו בעלים לתקיפה אלימא שאין לה הפקעה ופשיט לה מהא דספק בכור שכת הכהן בה הוא רק ספק וחזי' דחל

קדושה ואיסור גיזה אף שא"י להוציאו בב"ד ומוכח "דבזכות תפיסה" שיש לכהן יש לו כח להקדיש עולמית כמי שמקדיש את שלו ולכך התורה מקדישה, הכא נמי חשיב בעלים כלפי חלות שחל לעולם, ודחינן דהתם לא מכח חלק הכהן בפועל אלא מה שכלפי שמיא הוי שלו.

ומיושב בזה משה"ק האחרונים (הובא בריש דברינו) לפ"ד התוס' באידך גיסא דלא חל הקדש כלל מ"ט הרי הוא לפחות ספק בעלים וגם בלאו דינא דכדא"ג יחול הקדש מספק. ולדברינו א"ש דשפיר ידע ר' אושעיא הך דין ד"כל ממון שא"י להוציאו הקדישו אינו קדוש" וזהו גופא דמספק"ל אם יחול הקדש מספק או דלא חל כלל אף על הצד שהוא בעלים שאין

לו כח בעלים. וארווחנא עוד מאי דפשטוה מההיא דבכורות שהוא ג"כ אותו נידון ממון שהוא ספק שלו שלבעלים אין זכות להוציאו בבי"ד אלא ע"י תקיפה האם אית ליה ביה כח בעלים ויחול ספק, דאי לית ליה כח הקדושה לא תחול מאליה דהכל תלי בכח הכהן ומבואר נמי פלו' ר' אושעיא ור' המנונא אם קדושת הבכור תלי בבעלות האמיתית כיון דלא חל ע"י מקדיש או שתלי בבעלות דיש לכהן בפועל ואז שייך לפלו' דתקפו כהן מוציאין או לא אולם בלשון התוס' עדיין צ"ב מש"כ שהפשיטת משום דחשיב כיאלו תקפה והקדישה בעודה בידו ולהנ"ל צריך לדחוק שהכוונה דע"י הזכות תקיפה סגי והיינו דחשיב כמו שתקף ויש לו כח בעלים בשליטה בפועל.

הבה"ח יעקב שמשון טלצ'ר נ"ו

בענין ביטול ברוב בקפץ אחד מן המנויין

יכול לאכול מיד אלא ממתין עד שיומם אז השוו מדותיהן וגזרו גם לקולא, ועוד כתב התורא"ש שגם כשקפץ אחד מן המנויין משכחת לה שזה חומרא שלא יקריב חולין בעזרה.

ויתכן שתוס' שאל מצד כל דפריש ולא אחז מהתירוצים הנ"ל.

ג) והנה בדין ביטול ברוב, ידוע מה שדן העונג יו"ט (או"ח סי' ד') אם שייך ביטול בתערובת חוטין שלא נטוו לשם ציצית בחוטין שנטוו לשם ציצית אם מותר להטילם בבגד ד' כנפות או לא, והיינו שדן אם ביטול יכול להוסיף דינים על דבר, שכל מה שמצאנו שיש ביטול זה איסור בהיתר, אבל להוסיף דינים מה שייך, וא"כ בסוגיין שדנים לענין שיתחייב במעשר מה שייך ביטול.

באמת בחזו"א (מעשרות סי' ז' אות ר') נקט בפשיטות ששאלת התוס' היא מצד כל דפריש ולא מצד ביטול ברוב, (ולשון התוס' ליבטל ברובא יבואר בהמשך בעז"ה) ור' חיים (מובא בקובץ ביאורים חולין אות מ"ג) באמת מתרץ על קושיית התוס' מצד שזה להוסיף דינים.

ד) אולם בשיעורי ר' שמואל אות קט"ו (וכן ביאר רבינו רה"י שליט"א) מיישב שיש חילוק בין לשמה לחיוב מעשר, שלשמה זה יצירת דבר חדש שלא היה מעולם, ומשא"כ חיוב מעשר בעיקרון הוא חייב

א) קפץ אחד מן המנויין לתורן כולן פטורין.

בגמ' זבחים (דף ע"א – ע"ג) הגמ' שואלת על הדין שזבחים שנתערבו בהן חטאות המתות או שור הנסקל אפ' אחד בריבוא ימותו כולן. שיתבטל ברוב, והגמ' מאריכה לבאר שאין ביטול, ועדין הגמ' מקשה דנימא כל דפריש מרובא פריש, והגמ' עונה שיש גזירה שמא יקח מן הקבוע.

והנה בדין קפץ מן המנויין יש לברר מדוע אין ביטול ומדוע אין כל דפריש. ותוס' בד"ה קפץ הקשו שיתבטל ברוב, ויש לעיין אם כווננו להקשות מדין ביטול או שכווננו להקשות מדין פריש.

ב) והנה בדין פריש יש לומר כמו שהגמ' שם אומרת גזירה שמא יקח מן הקבוע, אז גם פה נחשוש שמא יקח מן הקבוע, אבל התורא"ש דוחה את זה שכאן אם נגזור יצא קולא שלא מעשר ולא כמו ששם גוזרים שכולם ימותו שזה לחומרא.

ומ"מ כתב התורא"ש שיתכן שגם כאן גזרו שמא יקח מן הקבוע אע"פ שזה קולא, מחמת שיש מקרה שזה לחומרא, באופן שקפץ אחד מן המעושרין לתוכן שאז הדין הוא שירעו עד שיתסאבו ויאכלו במומן לבעלים, וגם שם קשה שיהיה כל דפריש, וצריך לתרץ שיש גזירה שמא יקח מן הקבוע, וזה חומרא שאינו

במעשר רק שיש פטור של עבר תחת השבט והביטול רק מוריד את הפטור, וחוזר החיוב הראשון.

ויש לעיין בזה, שהרי ודאי שאם קפץ אחד מן המעושרין (שעבר במנין רגיל שהיה עשר) לא נאמר שנחשב שחייב ויש לו פטור כי זה מעושר והתקיים דינו ובגמ' (בכורות נט.) יש צד שקפץ אחד מן המנויים מדובר באופן כזה שהוא עישר עליהם וא"כ קשה מה שייך ביטול, רק שלמעשה במסקנא אפשר להעמיד גם באופן שלא עישר עליהם ולפי"ז מיושב שתוס' שואל שיהיה ביטול כי זה רק פטור ולא שמחילים חלות חיוב.

ויתכן שהחזו"א שלא תירץ כך למד שגם פטור עבר זה כמו מעושר שעכשיו צריך ליצור חלות חיוב חדש, ולכן ביאר שתוס' שואל מצד פריש.

ה) ויש לתלות את זה בנידון אם כשפטור במנין הראוי קיים איזה מצוה או שלא קיים מצוה. שבפשטות לא קיים מצוה רק שיש לו פטור שכבר עבר אבל בטעמא דקרא (ויקרא פרק כ"ז) ובחידושי ר' רפאל מרדכי כתבו שכן קיים איזה מצוה.

ויתכן שר' שמואל שאומר שזה רק פטור אחז שאין מצוה כלל וא"כ כשמבטלו חוזר החיוב, והחזו"א למד שיש קיום מצוה וא"כ זה בדיוק כמו מעושר שפשוט שזה חלות דין חדש של חיוב מעשר, ויש לדחות סו"ס כלפי החיוב מעשר הרגיל כן נקרא חוזר שחוזר הדין לעשר ולא חידוש דין ויש לעיין בזה.

ו) ותוס' רוצים לתרץ שאין כאן דין רוב מכיון שזה דבר שבמנין ולא בטיל או

שזה קבוע, או שזה בריה, ולכאורה אם כוונת התוס' היתה לשאול מצד פריש מה מתרץ בריה ודבר שבמנין שזה דינים בהל' ביטול ואם כוונת התוס' היתה לשאול מצד ביטול מה תירצו שזה קבוע שזה הלכה בהלכות פריש, וע"ז יש ליישב ע"פ מה שחקר בשיעורי ר' דן (פסחים סי' יב) אם קבוע הפשט שמתייחסים לזה כמחצה על מחצה או שלא מתייחסים למציאות אלא יש דין שזה כמחצה על מחצה, ומצדד לומר שנחלקו בזה התוס' והר"ן, ואם נאמר שקבוע עושה שרק מתייחסים למציאות שזה מחצה על מחצה א"כ זה משפיע גם על דיני ביטול. (ועוד יש ליישב בזה ויבואר בהמשך בעז"ה) וכן ביאר רבינו רה"י שליט"א.

ז) ולשיטת החזו"א שתוס' שאל מצד ביטול צ"ב מה תוס' מתרץ בריה ודבר שבמנין.

ו"ל שבעצם קשה מה תוס' שואל שילכו אחר הרוב הרי במנחות דף כג. מבואר שלדעת ר' יהודה שמן במינו אינו בטל אם התערב שחוטה בשתי נבילות לא בטל, ותוס' שם (בד"ה שחוטה) כתב שאם נמצאו ברשות הרבים ונגע אדם בחתיכה אחת מהם הוא טהור כדין ספק טומאה ברשות הרבים ולא אומרים כל דפריש מרובא פריש. ומבואר שעד כמה שאינו בטל זה נהיה חשוב ומוגדר כקבוע וכמחצה על מחצה וא"כ מה תוס' שואל שילכו אחר הרוב הרי עד כמה שזה לא מתבטל (כיון שא"א לחדש דינים) זה קבוע וגם פריש אין.

והחזו"א (שם) מיישב שיש לחלק בין מן במינו שאינו בטל למה שלחדש

שלא יעביר ד' אמות בר"ה. אבל כאן מתקנים שלא יעשר ועושים גזל השבט ואין כאן שום גדר וסייג לתורה.

[דבר זה צ"ב איזה גזל השבט שייך במעשר בהמה שזה הרי הולך לבעלים, כן הקשה המהרי"ט אלגזי הלכות בכורות סוף אות ח' ורבינו רה"י שליט"א ביאר שגזול את המצוה של זריקה, ועיין בפ' ירוחם פערלא על הרס"ג במצוה פ"ו – פ"ח שהאריך שדעת הריטב"א כדעת הרס"ג והר"ח שמעשר בהמה זה ממון כהן, ועיין בחבורת הבה"ח יוסף חיים דוד נ"י שהאריך בזה].

ולכא' הרבינו פרץ סבר שלא פלוג ועד כמה שתיקנו תיקנו בכל מקום, כך ביאר רבינו רה"י שליט"א ועוד אפשר ליישב עפ"י דעת רש"י בבכורות נז: ד"ה שלוש. שמעשר בהמה זה מצוה קיומית מדאורייתא וכמו שדייק החזו"א בבכורות (ס' כ"ז אות ג') וא"כ אין זה לעקור דבר מן התורה כי אין חיוב, רק מצוה, ויש לדון שיתכן שאחרי שעבר תחת השבט יש כן חיוב ואפ' נהיה טבל, כ"כ הנצי"ב בכורות נז:

(ט) ובמה שתירצו התוס' שזה בריה ודחו שלא שייך בריה כדפרישית בחולין צ"ה. ומתקשים האחרונים שלא נמצא שם כלום מזה ובמסורת הש"ס תיקן דף צ"ו ששם תוס' שואל מ"ש אבר מן החי ועוף טמא וגיד ושרץ שחשיבי בריה מנבילה וטבל שאינם בריה. ותירצו שגיד ושרץ יש שם איסור ומשא"כ בנבילה אין שם איסור לבריה, שהאיסור זה אל תאכל בשר, אז אין לזה שם בריה. וצ"ב שבסוגיין כן שייך בריה מחמת שזה שם שכבר עבר - בהמה

דינים אין ביטול, שמן במינו אינו בטל כי הוא חשוב אינו מתבטל לשני וממילא גם פריש אין כי זה נהיה קבוע, אבל מה שלחדש דינים לא מתבטל זה לא מחמת חשיבותו וא"כ נכון שביטול אין, אבל פריש יש כן, וזה תוס' שואל שנאמר פריש. [ועפ"ז הוסיף הגר"מ פלאי שליט"א שמושב שפיר לשון התוס' דלכטל ברובא שלדעת החזו"א צ"ב שהרי כוונתו להקשות מצד פרוש ולפי"ז אתי שפיר ואין כוונתו לדין ביטול אלא כוונתו לאפוקי שאינו נהיה קבוע].

והשתא מיושב שפיר תירוצי התוס' שעד כמה שזה דבר שבמנין ובריה זה לא מתבטל כי זה חשוב וא"כ גם פריש אין וכמו מן במינו, כך מבאר החזו"א.

[ויש לדון דבשלמא מנין ובריה אינו בטל מפני חשיבותו אבל מן במינו אין זה חשיבות רק שאחד לא סותר את השני וא"כ לא שייך ביטול, ע"פ מה שביאר הר"ן שענין ביטול זה כשאחד נוגד לשני, וא"כ מ"ש מן במינו שאינו בטל מלחדש דינים שלא בטל, ויש לחלק שמן במינו אינו בטל כלל, אבל בלחדש דינים זה מתבטל ברוב רק שאין לרוב כח לחדש דינים במיעוט].

(ח) ובמה שתוס' תירצו שזה דבר שבמנין ואינו בטל ודחו שזה רק מדרבנן עיין ברבינו פרץ שכתב לקיים תירוצו זה שמדרבנן אין ביטול] שיש כח ביד רבנן לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה, ובריטב"א דחה תי' זה שכל מה שרבנן הפקיעו זה דווקא כשיש ענין לתקן שעושים גדר כגון התקנה לא לתקוע בשופר בר"ה שחל להיות בשבת שזה כדי

שעברה, וביאר רבינו רה"י שליט"א שצ"ל שאין זה שם איסור אלא זה פטור שכבר עבר שיש דין שמי שעבר נפטר. ולא שם של דבר.

ובמהרי"ץ חיות ביאר שחסר בשם בריה כי זה לא איסור מתחילתו שכשנולד לא היה אסור, וכוונת התוס' לגמ' בחולין דף ק"ב.

(י) ובמה שכתבו התוס' ואין לומר שלא נשאר בעדר רק אחד דליכא רובא, דלשון לתוכן לא משמע הכי, לא הפריע לתוס' הלשון כולן פטורים, מצד שזה הולך גם על מה שעבר וגם על מה שעוד לא עבר, רק התקשו מצד הלשון לתוכן.

(יא) ובתורא"ש כתב ליישב את קושיית התוס' שהיות שיש דין עשירי ודאי

ולא עשירי ספק אז לא יעזור הכרעה של רוב כי רוב זה לא מכריע רק הנהגה אז לא יעזור רוב, ובזה מיישב גם את הקושיא שיתבטל רוב, וביאר רבינו רה"י שליט"א שכל דין ביטול בא אחרי דין הלך אחר הרוב שזה גורם שהמיעוט לא חשוב וממילא מתבטל, אז עד כמה שאין דין הלך אחר הרוב גם אין דין ביטול.

ולפי"ז מיושב מה שתוס' רצו ליישב מצד קבוע, ונתקשינו שזה דין בהל' פריש ולא בהלכות ביטול ולפי התורא"ש מיושב שכל דין ביטול בא אחרי רוב ועד כמה שאין רוב אין ביטול.

והחזו"א (בכורות סי' כ"ז אות טו) כתב שמ"מ תוס' הקשו לאביי בהו"א שלא אחז מעשירי ודאי ולא עשירי ספק אז למה מחפש לעשר ממה נפשוך.

הבה"ח יהודה א. יעבץ נ"ו

בשיטת הרמב"ם בהא דת"כ אין מוציאין מידו

חזקת מר"ק האם זה כמו כל ספק איסורים שבתורה שמעמידים אחזקה דמעיקרא שלא היה ספק, ה"נ בחזקת מר"ק מעמידים ביד המר"ק שזה לפני שנוצר הספק, או שנאמר שזה כמו חזקת ממון שאין מוציאין ממוחזק ללא ראיה, ה"נ אין מוציאין מחזקת מר"ק ללא ראיה, לפ"ז מבאר רבינו רה"י אם נאמר שזה מדין חזקה דמעיקרא כמו בכל ספק איסורים, אז זה ודאי יותר חזק ממוחזק כיון שזה דבר שלא השתנה משא"כ מוחזק שזה דבר שהשתנה, וגם אם נאמר כמו הצד השני שזה מדין מוחזק בממון, אפשר לומר חילוק שמוחזק זה מציאות משא"כ מר"ק זה בעלות לכן זה יותר חזק.

ולכא' יש להבין בדברי הרשב"א מדוע בספק בכור אין חזקת מר"ק כשהולד היה במעי אמו שאז היה ודאי של הישראל.

מבאר השב שמעתתא (ש"ד פ"ה) שבמעי אמו הולד נחשב של הישראל כיון שעובר ירח אמו וכשנולד זה כבר דבר חדש, כמו שרואים שא"א למכור עובר כיון שנחשב דבר שלא בא לעולם, ולכן נחשב שאין חזקת מר"ק בספק בכור.

ומוסף השב שמעתתא שלכא' לא מובן הסיעתא של רב חנניה שהרי אינו דומה ספק בכור להספיקות שנכנסים לדיר להתעשר שהרי בספיקות הגמ' מעמידה

בגמ' (ו:) והא הכא דכי תקפו כהן אין מוציאין מידו דתקתני הממע"ה וכו', א"ל רבה קדושת בכור קאמרת, לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין מידו ואפ"ה אסורין בגיזה ובעבודה, דקדושה הבאה מעליה שאני, א"ל ר' חנניה לרבה תנאי דמסייע לך הספיקות נכנסים לדיר להתעשר ואי ס"ד וכו'. וברמב"ם בפ"ה מהל' בכורות ה"ג פסק שכל בכור שהוא ספק, אם תפס אותו הכהן אין מוציאין מידו וקשה אמאי לא פסק כמסקנת הגמ' שתקפו כהן מוציאין מידו, ועוד שהרי פסק כמו הסיעתא שרב חנניה הביא לרבה (פ"ב מבכורים הכ"ז) שהספיקות נכנסים לדיר להתעשר, והרי בגמ' מבואר שזה סותר את הדין שתקפו כהן אין מוציאין מידו.

בשו"ת הרשב"א (ח"א סי' ש"א) מחלק בין ספק בכור לספק פדיון פטר חמור, שבספק בכור לישראל אין שום חזקה בולד כיון שמיום שנולד נוצר הספק ולכן בזה פסק הרמב"ם שתקפו כהן אין מוציאין מידו כיון שלא היה חזקת מרא קמא, משא"כ בספק פדיון פטר חמור, השה לא נולד בספק אלא היה של הישראל לפני הפדיה לכן בזה פסק הרמב"ם שמוציאין מידו ומעמידים אחזקה מרא קמא.

מבאר רבינו רה"י מדוע חזקת מר"ק יותר חזק ממוחזק, ע"פ קונטרס הספיקות שחוקר (כלל א' או' ה') בגדר דין

שמדובר בספק פדיון פטר חמור שאז יש חזקת מר"ק משא"כ בספק בכור שאין חזקת מר"ק א"כ מה רב חנניה סבר.

מבאר שהרי יש פלוגתא במסכת חולין (ט:) בד"ן בכור האם מכאן ולהבא הוא קדוש, או למפרע הוא קדוש, ורבה גופיה ס"ל שבכור מכאן ולהבא הוא קדוש דהיינו משעת יציאת רובו ולפני שיצא רובו המיעוט שיצא הוא חולין גמור ושפיר יש בזה חזקת בעלים על המיעוט הזה וא"כ אפשר לומר שכל הולד נגרר אחר המיעוט כיון שא"א לומר שרק חלקו יהיה בכור וחלקו לא יהיה בכור, והרי מוחזק פירושו שזה נראה כבעלים כמבואר בשער"י (שער ה' פ' טו בסו' או ב') וכיון שהוא נראה כבעלים במיעוטו ממילא הוא נראה כבעלים בכולו, ממילא לפ"ז שייך חזקת מר"ק בספק בכור. א"כ שפיר סייע רב חנניה לרבה מהספיקות נכנסים לדיר להתעשר, אבל הרמב"ם שפסק (פ"ד מבכורות הי"ד) כרב הונא שלמפרע הוא קדוש א"כ לשיטתו אין ראיה מהספיקות.

בהא דביאר השמעתתא בשיטת הרמב"ם שכולד אין חזקת מר"ק כיון שעובר ירח אמו, יש להקשות מהגמ' בדף ק. לגבי המחליף פרה בחמור וילדה ויש ספק אצל מי ילדה, שואלת הגמ', אמאי יחלוקו ונוקמא אחזקה דמרא קמא ולהוי אידך המוציא מחבירו ועליו הראיה, מתרצת הגמ' הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקים בלא שבועה. מוכח מהגמ' שם שגם מתי שהספק הוא בולד שמיד שנוולד נוצר הספק גם אומרים שיש חזקת מרא קמא, ולפי השמעתתא זה הרי משהו חדש ואין יש חזקת מרא קמא.

ר' שמואל מבאר ע"פ חקירת הקונטרס הספיקות שהבאנו למעלה שחוקר בדין חזקת מרא קמא האם זה מצד חזקה דמעיקרא או שזה כמו חזקת ממון שאין מוציאים ממוחזק ללא ראיה, ולכאור' הרי מהגמ' בדף ק. נראה כמו הצד השני, שהגמ' הרי רוצה להעמיד את חזקת מר"ק ויהיה מוציא מחבירו ועליו הראיה, רואים שחזקת מר"ק זה חזקה של מוחזק כמו בחזקת ממון אבל אם נאמר כמו שהשמעתתא ביאר שולד נגרר אחרי אמו וכשנוולד זה דבר חדש, א"כ אפשר לומר שבאמת תמיד חזקת מר"ק זה גם מצד חזקה מעיקרא, וזה שהגמ' לא אמרה כך כיון שכולד לא שייך חזקה דמעיקרא אלא רק חזקה של מוחזק כיון שלפני שהולד יוצא הוא נגרר אחר אמו ונחשב דבר שלא בא לעולם אבל חזקה של מוחזק מועיל גם כשהוא במעי אמו כיון שמ"מ הוא מוציא אותו מהבעלות הקודמת.

אבל עדין צ"ב בדברי הרשב"א איך אמר שבספק בכור אין חזקת מר"ק הרי יש חזקת מר"ק מדין מוחזק, אלא שבספק בכור לא יעזור חזקת מר"ק מדין מוחזק כיון שממוחזק לבד אפשר לתפוס, וזה שבמוחזק רגיל א"א לתפוס זה בגלל שיש חזקת מר"ק משא"כ בספק בכור שיש מוחזק לבד בלי חזקת מר"ק יהיה אפשר לתפוס כמו שהרמב"ם הרי פסק שתקפו כהן אין מוציאים מידו.

הקהילות יעקב מבאר בדעת הרשב"א באופן אחר (סי' ט) שחזקת מרא קמא שייך רק בדבר שמתי שהיה אצלו היה הבעלים על זה לעולם ורק

בהתחלה היה לו בזה בעלות לעולם ולכן
בזה שייך חזקת מרא קמא.
ממילא לפ"ז בספק בכור פסק הרמב"ם
שתקפו כהן אין מוציאין מידו
כיון שלא היה חזקת מרא קמא, משא"כ
בספק פדיון פטר חמור פסק שנכנסים
לדיר להתעשר כיון שהיה בזה חזקת מרא
קמא, ובדף ק. לגבי המחליף פרה בחמור
שייך חזקת מר"ק כיון שלא היה אמור
להשתנות שהרי כשהיה העובר אצל המוכר
בלי ההחלפה בחמור היה נשאר שלו
לעולם וממילא זה שנוצר אח"כ ספק אין
בזה חיסרון במרא קמא.

אח"כ נוצר הספק אבל אם גם מתי שהיה
אצלו לא היה לו בעלות לעולם אין בזה
חזקת מרא קמא א"כ בבכור לא שייך
חזקת מר"ק כיון שכשהיה הילד במעי אמו
הוא לא היה אמור להיות בעלים לעולם
כיון שבבכור הקדושה באה מאליה ולכן
ברגע שיוצא ממעי אמו הוא כבר לא שייך
לבעלים ממילא בספק אם הוא בכור לא
שייך חזקת מרא קמא נכיון שיכול להיות
שהוא הבכור ובבכור לא שייך חזקת מרא
קמא] משא"כ בספק פדיון פטר חמור
השה היה שלו והיה לו בזה בעלות לעולם
ורק נהיה פה משהו חדש שיצר ספק אבל

הבה"ח שלמה זלמן יעלען נ"ו

בענין תפיסה ברשות

מוחזק, אך כשבא לידו בהיתר דאיכא הוראת בעלות במוחזקותו, שפיר נחשב מוחזק שלא יוציאו ממנו.

והנה הקונטרס הספיקות (כלל ז, א) כתב דכל הראשונים ס"ל דתפיסה ברשות מהני, ולא מצא מי שיחלוק לבד מהסמ"ג, עיי"ש. ולכאור' למה שביאר הפנ"י ברד"ה המע"ה, שכ' דשתיק ישראל והדר צוות, דכוונתו שיהיה תפיסה ברשות עיי"ז. ובזה נסתפקה הגמ', א"כ למס' דמוציאין דהיינו כשתפס ברשות, מבואר דלא מהני תפיסה ברשות, וגם רש"י סבר כהסמ"ג דלא מהני תפיסה ברשות.

עוד הביא בקונה"ס שם מהתרומת הדשן דתפיסה ברשות היינו דוקא כשהמוחזק הראשון הביא לוע"ד שיהא שלו, וכשבא ליד מוחזק שני בשאלה או פקדון, אינו נחשב תופס ברשות, אמנם בגידולי תרומה מוכיח דהנמו"י לא ס"ל כן דגבי משכיר מרחץ ביי"ב לשנה דינר לחודש דמהני תפיסה לשמואל כתב הנמו"י דהיינו משום שתפס ברשות, ואע"פ שבא לידו בתורת שכירות גרידא, וכן הוא בתוס' דידן שג"כ כתבו דמהני מכח תפיסה ברשות וזהו דלא כהתרוה"ד.

ונראה דפלוגתתם תלויה בטעמים הנ"ל אמאי ת"כ מוציאין, ומהו מעלת התפיסה ברשות. דהתרוה"ד סבר דבעינן הוראת בעלות להיחשב מוחזק שלא יוציאו

בתוד"ה פטור, השו היאך מהני תפיסה לשמואל במרחץ שהשכירו ביי"ב לשנה דינר לחודש, הא מסיק הכא דמוציאין ותי' התוס' דהתם נכנס בהיתר ולכך מהני תפיסתו. ומבואר מדבריהם דכל תפיסה ברשות מהני, ואין מוציאין מידו, ודבר זה צריך טעם מאחר דקיי"ל מוציאין משום דנקטינן בתורת ודאי שהוא של הראשון, מה בכך שתפסס ברשות דמשו"ה לא יוציאו ממנו.

והביאור בזה הוא, (איתא בקונ' מוחזקות ותפיסה) דכל תפיסה מוציאין כיון דהתופס אינו נהיה מוחזק כשבא לידו בגזילה (אחר דנקטינן דהוא ודאי של הראשון) דדין התורה הוא להוציא מיד הגזלן, והיאך ייחשב למוחזק כשצריך להוציא ממנו. ויש להוסיף דאע"ג שהוא ספק שלו ולהצד שלו הוא המוחזק, מ"מ כיון שבא לידו בגזילה אחר שהחזקנו הראשון לוודאי, קודם כל יש לדנו על זה ולהוציא, ואינו מתחיל להיות מוחזק מחמת הצד ששלו. אך כשבא לידו בהיתר כשתפס ברשות שפיר הוי מוחזק דנקטינן השתא ששלו בתורת ודאי, דדין המוחזק משתנה מהראשון לשני.

ועוד ביאור יש בהא דמהני תפיסה ברשות ע"פ מש"כ בשער"י (ש"ה פט"ו) דליחשב מוחזק בעי' הוראת בעלות ולא סגי בתפיסה גרידא וכשבא לידו בגזילה ליכא הוראת בעלות ולכך אינו נחשב

ממנו וזה שייך כשהמוחזק הראשון נתנו לו ע"ד שיהא שלו. אך הגידו"ת ודעימיה סבר דכל שלא בא לידו בגזלנותא שפיר מהני תפיסתו דאין בו סיבת המוציאין.

השוכר נפטר מכח תפיסה ברשות אלא נותן לו שכר החודש לאחר שכבר דר והחזיק. וה"נ לא יהיה תפיסה ברשות אלא כמש"כ הש"ך.

וליישב שי' התרוה"ד כתב הש"ך בתקפו כהן (סי' נ"ט, מובא בקונה"ס הנ"ל) דמעשה דמרחץ שהשכירו בי"ב לשנה בדינר לחודש, תפיסת השוכר נחשבת ברשות דלהצד שהשכירו בי"ב לשנה הבעלים הביאו לו ע"ד שיהא שלו, ודבריו צ"ב אכתי הוי רק ספק תפיסה ברשות דלהצד שהשכירו בדינר לחודש אינה תפיסה ברשות, והיאך מהני ספק תפיסה ברשות שלא יוציאו ממנו, ונראה דגם הראשון הוא רק ספק מוחזק, דשמא השני נהיה המוחזק, ומספק ישאירו ביד התפוס, ולכך לא יוציאו מהשוכר.

ועיין בחידושי רעק"א בסוגיין דהקשה אמאי כל מקדש בספק קידושין, כגון בע"א, חשיב ספק קידושין הא קיי"ל ת"כ מוציאין והאשה צריכה להחזיר המעות, ואין כסף קידושין שתתקדש בו, ותירץ דהו"ל תפיסה ברשותו אינה צריכה להחזיר, ובשלמא להגידו"ת א"ש, דכל שבא לידו בהיתר מהני, אך לתרוה"ד דבעי' שיתן לו ע"ד שיהא שלו, הכא שנתן רק על הצד שתתקדש לכא' ליכא תפיסה ברשות.

ובעיקר דברי הש"ך יל"ע מה הוצרך לכך דהוי ספק תפיסה ברשות. דלכא' היה לו לומר כיון שבתחילת השכירות נתנו לו הבעלים כדי שיהא שלו, ונכנס בהיתר. וכשהגיע חודש העיבור הניחו המשכיר לדור ולא מיחה בידו עד סוף החודש, דשפיר נחשב תפיסה ברשות גם לשי' התרוה"ד, וצ"ל דמה שנתנו לו בתחילת השכירות ע"מ שישלם לו דמי שכירות, הוא המונע ממנו להיחשב מוחזק, כדאיתא ברש"י לקמן קב: גבי בא בתחילת החודש, דאו יצא או יתן לו שכרו, ושכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, וכיון שנתנו לו ע"מ שישלם השכירות אין

וצ"ל דאכתי הוי ספק תפיסה ברשות דלצד שמקודשת נתן לה ע"ד שיהיה שלה, וכבר נתבאר דגם ספק תפיסה ברשות מהני שלא יוציאו ממנו.

והוסף שם רעק"א דלתי' זה אם קידש בב' עדים ונמצא דרק א' ראה הקידושין אע"ג דקידושי ע"א הם ספק, הכא אינה מקודשת בודאי, דצריכה להחזיר המעות קידושין שאינה תופסת ברשות אחר שנתן לה הבעל ע"ד שתתקדש ודאי, שקידש בב' עדים, ולכא' זהו רק להתרוה"ד אך לגידו"ת דכל שבא לידו בהיתר נחשב תפיסה ברשות ה"נ מוחזקות האשה ברשות ואכתי יהיה ספק קידושין.

הבה"ח בנימין יעקובזון נ"ו

באיבעיא דתקפה אחד בפנינו

מבני החבורה לבאר דס"ל לריטב"א שצוה זה בטבע שחוטפים לו ולא כוח טענה וכמ"כ הריטב"א דאין לך אדם ששותק שחוטפים טליתו מידו ולכן אם לא צווח שרוצים לחטוף לו הוי הודאה אפי' שמנסה להשאירה בידו ועל זה גופה הרשב"א דצווחה הוי טענה שיש לבעל דין, ב"ד ולכן זה תלוי איך צוח בבי"ד או אחר שיצאון.

ואת פלוגתת הרשב"א והריטב"א יהיה גם בצוח מתחילה ועד סוף דלפי הרשב"א אירי שצוח מיד שהשני תוקף דאם שותק קצת הוי שותק ולבסוף צוח ולריטב"א אירי שצוח קודם גמר התקיפה דשתק ולבסוף צוח לא הוי אלא שצווח בגמר התקיפה.

בגמ' ת"ש אבל היתה טלית יוצאת מתחת יד א' מהם הממע"ה, מוכח שתקפה אחד בפנינו אין מוציאין מידו ולפום ריהטא נראה שהגמ' פושטת את הספק ששתק ולבסוף צוח הוי הודאה בשתק מתחילה ועוד סוף.

והביא ההגהות הגר"א ריטב"א ששואל מהיכי תיתי לגמ' דאירי בבריתא ששתק ולבסוף צוח אולי אירי ששתק מתחילה ועד סוף ולכן מהני תפיסה דאודויי אודי ליה אבל בשתק ולבסוף צוח לא הוי הודאה ואי תפס מפקינן מידו ותי' שבבריתא כתבו שהמע"ה דהינו שהנתקף יכול להביא עדים שהטלית שלו ולהוציא

בגמ' אי דשתק אודויי אודי ליה, צ"ב דאם שותק ולא תובע פשיטא שישאר אצל התוקף אפי' אם שתיקתו לא הוי הודאה דהוי כנגזל שלא תובע את הגזולן לדין אלא ע"כ דאירי שבסוף צוח וא"כ אמאי פשיטא דהוי הודאה הרי בשתק ולבסוף צוח הגמ' מסתפקת אם הוי הודאה.

וביאר הרשב"א דשתק מתחילה ועד סוף שפשיטא לגמ' שהוי הודאה אירי שתק עד שיצאו מבי"ד דכיון שלא שייך את הסברא שקחזו ליה רבנן דרואה שרבנן שותקים ולא צוח הוי ודאי הודאה, וספק הגמ' אם הוי הודאה אירי ששתק וקודם שיצאו מבי"ד צוח דאפשר לתלות את שתיקתו כי סבר שקחזו ליה רבנן.

והריטב"א מבאר דשתק מתחילה ועד סוף אירי ששתק גם אחרי שהוציאו את הטלית מידו שמהא ששותק אפי' שהטלית כבר לא בידו מוכח שמודה וספק הגמ' שצוח מיד שהוציאוה מידו האם מה שלא צוח בשעת התקיפה הוי הודאה או לא.

[וצ"ב] אמאי לפי הריטב"א, לא נימא שלא צוח שהיתה בידו משום שעדיין בידו ולא צריך לצווח להראות ששלו דעצם הניסיון להשאירה בידו מראה ששלו ולא מודה, מבואר בריטב"א שהוכחה שהטלית שלו ולא מודה זה רק ע"י צווחה ולא סגי שמנסה להשאירה בידו ושמעתי

מהתוקף ואם אירי בשתק מתחילה ועד סוף אמאי מהני עדים הרי הוי הודאת בע"ד שהטלית של התוקף נגד עדים אלא ע"כ אירי בשתק ולבסוף צוח דהוי רק ספק הודאה ועל ספק הודאה מהני עדים וממילא יש ראי' שבתשק ולבסוף צוח מהני תפיסה, מבואר מדבריהם שהגמ' לא פשטה ששתק. ולבסוף צוח הוי הודאה אלא הגמ' הוכיחה דהוי ספק הודאה ומספק אמרין דהממע"ה.

והש"ך בסי' קל"ח חולק דפוסק שלא מהני עדים נגד ספק הודאה ולכא' זה הסברא הפשוטה דכיון שיש צד שהנתקף הודה שהטלית של התוקף ועל הצד הזה העדים לא נאמנים שהטלית של הנתקף כל העדים הם ספק ובספק הדין שהממע"ה. ובביאור סברת הריטב"א שמהני ראי' בספק הודאה ביארו הקצות והנתיבות ע"פ הר"ן דמבאר שפשיטא לגמ' ששתקף ולבסוף צוח הוי ספק הודאה וספק הגמ' אם החלוקה דשנים או חזין זה מדין ודאי או מספק דאם זה מדין ודאי אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי שהטלית של הנתקף ואם החלוקה מספק הספק הודאה מוציא מידי ספק.

והתומים מבאר באופ"א דכיון שיש ספק אם הודה או לא שיש עדים שהטלית של הנתקף תלינן שלא הודה דהרי זה שלו ומה ששתק כי סבר דקחזו ליה רבנן, נמצא שהעדים שאומרים שהטלית של הנתקף מכריעים שאין כאן הודאה.

ועוד אפשר לבאר את הריטב"א דהנה אי' בקצות בסי' קל"ח שמבאר את הספק בשתק ולבסוף צוח דודאי ששתיקה

לא הוי הודאה שהטלית של התוקף אלא הוי כאומר איני נשבע ושומר איני נשבע השני נוטל את כולה ובשתק ולבסוף צוח הגמ' מסתפקת אם חשיב שאמר איני נשבע ולפי"ז אתי שפיר אמאי בשתק ולבסוף צוח ואח"כ באו עדים מאימנים להוציא מהתוקף דאין הודאת בע"ד שהטלית שלהתוקף [וכמוש"כ הקצות עצמן].

אך א"א לבאר כך בריטב"א דלפי הקצות גם בשתק מתחילה ועד סוף מהני עדים והריטב"א אומר דבשתק מתחילה ועד סוף לא מהני עדים.

וצ"ע איך הש"ך יבאר את הגמ' שאומרת שבשתק ולבסוף צוח מהני ראי'.

ופסק השו"ע בסי' קל"ח סעי' ו' באו שניהם אדוקים ושמטה האחד מיד חברו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו דכיון ששתק מתחילה הרי זה כמודה לו וכתב הרמ"א וי"א דאפי' מביא עדים אח"כ שהיא שלו לא מהני ליה דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

מבואר שהשו"ע סובר דמהני ראי' והביאור או כמש"כ הקצות דאין הודאת בע"ד או דס"ל כריטב"א שמהני עדים נגד הספק הודאה וכמשנת"ל.

וברמ"א מבואר דס"ל שלא מהני עדים בשתק ולבסוף צוח וקשה מהגמ' בסוגין שמבואר שבשתק ולבסוף צוח הוי ספק הודאה ומהני עדים ועוד קשה דהרמ"א עצמו בסעי' ז' פוסק שבשתק ולבסוף צוח לא מהני תפיסה מהראשון בלא ראי' משמע שאם ראי' כן יכול להוציא.

והנה הש"ך הביא את הב"ח שחולק על הרמ"א בס"ו ואומר שהי"א שהרמ"א מביא שזה הרא"ש אירי דוקא ששתק מתחילה ועד סוף דעל זה לא מהני שיביא עדים משא"כ בשתק ולבסוף צוח מהני עדים וכתב הש"ך דאם נפרש כב"ח ברא"ש הו"א ברמ"א יש לפרש שכוונתו דלא מהני עדים דוקא בשתק מתחילה ועד סוף דהרמ"א כתב את לשון הטור [עיי"ש].

ולפי"ז לא קשה על הרמ"א מהגמ' דבגמ' שכתוב שמהני ראי' אירי בשתק ולבסוף צוח דהוי ספק הודאה והרמ"א אירי ששתק מתחילה ועד סוף דהוי ודאי הודאה ולכן מהני עדים אך הש"ך אומר ברמ"א שנראה דס"ל שלא מהני ראי' אפי' בשתק ולבסוף צוח וא"כ קשה מהגמ' ומהרמ"א בס"ז.

והרש"ש הק' על הרמ"א שאומר שלא מהני ראי' מסוגין שהגמ' מעמידה את הבריתא בשתק ולבסוף צוח ואומרת שמהני ראי' והוסיף הרש"ש שאין לתרץ שמש"כ הרמ"א שלא מהני ראי' אירי רק בשתק מתחילה ועד סוף, דהגמ' מוכיחה מהבריתא ששתק ולבסוף צוח הוי כשתק מתחילה ועד סוף דהינו שהוי ודאי הודאה ואפ"ה אומרת הגמ' שמהני ראי' [מבואר בדבריו דלא כריטב"א שמבאר את הוכחת הגמ' ששתק ולבסוף צוח הוי ספק הודאה אלא מבאר שראית הגמ' שהוי ודאי הודאה ולפי"ז צ"ב מהיכי תיתי דבברי' אירי ששתק ולבסוף צוח ולא בשתק

מתחילה ועד סוף וי"ל דס"ל שבשתק מתחילה ועד סוף פשיטא דהוי הודאה ומהני תפיסה וממילא ע"כ שחידוש הברי' שגם שתק ולבסוף צוח הוי הודאה ומהני תפיסה].

ותי' הרש"ש די"ל שמה שהגמ' אומרת שמהני ראי' אפי' אם הודה הכונה שמהני בירור דברים שהטלית שלו דהינו שבאמת לא מהני עדים שהוא הגביה ראשון דאפי' אם הגביה ראשון יש עדיין ספק אולי הודה לחבירו ורק מהני שהנתקף יביא עדים שהתוקף הודה שהטלית של הנתקף דזה מברר שודאי הטלית של הנתקף אפי' אם קודם הוא הודה לתוקף. וממילא אומר הרש"ש שלא קשה על הרמ"א שפסק דלא מהני עדים מסוגין דכונת הרמ"א שלא מהני עדים שהנתקף הגביה ראשון ומה שהגמ' אומרת שמהני ראי' הכונה ראי' שהתוקף הודה.

ולפי"ז אומר הרש"ש שלא קשה הסתירה ברמ"א שמש"כ בס"ו שלא מהני ראי' הכוונה לעדים שהגביה ראשון ומש"כ בס"ז שמהני ראי' זה ראי' שהתוקף הודה.

ולפי"ז יש לתרץ את הש"ך שאומר שלא מהני ראי' בשתק ולבסוף צוח והוקשה דהגמ' אומרת מפורש שמהני ראי' ולפי הרש"ש שפיר יש לחלק שהש"ך אירי שמביא ראי' שהגביה ראשון שבאמת לא מהני דסו"ס יש ספק הודאה ומש"כ הבגמ' שמהני ראי' אירי בראי' שהטלית שלו דהינו שהתוקף הודה דכזו ראי' מוכיחה גם נגד הספק הודאה.

הבה"ח יהודה לויני

בגדר החילוק בין תפיסה ב' אוחזין לתפיסה בשאר ספיקות

אי בגמ' (ו.) "בעי ר' זירא תקפה א' בפנינו מהו ה"ד אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הו"ל למיעבד לא צריכא דשתיק מעקרא והדר צווח מאי מדאישתיק אודויי אודי או דלמא כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן וכו'", מ' בגמ' דלולא השתיקה של הב' ל"מ התפיסה וכל הנידון עכשיו אי שתיקו הוי כהודאה או לא והנה לקמן (ע"ב) מ' דל"מ תפיסה בספק בכור, ויל"ע האם זה אותו דין כמו בב' אוחזין דל"מ בהו תפיסה או דלמא הווי ב' דינים נפרדים.

הרמב"ן (ד"ה מדקאמרי' אי דקא צווח) כ' וז"ל: "ואסקנא נמי גבי ספק בכורות תקפו כהן מוציאין אותו מידו ש"מ דכל ספק ממונא דק"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפה בפנינו או בפני עדים מפקי' מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה ותקיפה בכה"ג לא מהני" עכ"ל, וכע"ז כ' ברשב"א (ד"ה מ' משמעתין) וז"ל: "מ' משמעתין דדווקא שתק ולבסוף צווח הא בצווח מעקרו מוציאין אותו מידו דמאי דתפיס האי ידידה הוא וה"נ מ' מההא דתקפה כהן" עכ"ל, מ' ברמב"ן והרשב"א דהוי דין א', וכל' הרמב"ן "דכל ספק ממונא וכו' אי תקפה בפנינו או בפני עדים מפקי' מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה ותקיפה בכה"ג ל"מ".

אמנם בר"מ מ' דהווי ב' דינים נפרדים, דבב' אוחזין פסק הר"מ (פ"ט טוען ונטען הי"ב) דל"מ תפיסה דהר"מ כ' שם וז"ל: "באו שניהם אדוקין בה ושמטה הא' מיד חבירו בפנינו ושתק הב' אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו וכו'" מ' דאם לא שתק מוציאין אותה מידו, ואילו בתקפו כהן פסק הר"מ (פ"ה בכורות ה"ג) דאם תפס הכהן אין מוציאין אותה מידו [ולקמן ניישב הסתירה בר"מ].

ובן מ' מד' התוס' לעיל (ב. ד"ה ויחלוקו) והרא"ש (סי' א') והתוס' בב"ב (לד: ד"ה ההוא ארבא) דהווי ב' דינים נפרדים, דב' דאוחזין חשיב כאילו אנו יודעין בוודאי שלכ"א יש חלק בו כיון דחזקה מה שתח"י אדם שלו והלכך יחלוקו. ולדידהו ליכא דלמוי כלל את התפיסה בב' אוחזין לתפיסה בספק בכור דבספק בכור ל"ש החזקה מה שתח"י אדם שלו דבספק בכור הנידון הוא אי הוי בכור או לא וכלפי זה ל"ש החזקה מה שתח"י אדם שלו, והרשב"א והרמב"ן דמדמים תפיסה בב' א' וחזין לתפיסה בספק בכור ס"ל דבב' אוחזין ל"ש חזקה מה שתח"י אדם שלו כיון שכ"א סותר את חבירו.

והנה הראשונים בכתובות (כ.) הק' מדוע נקטי' דבתו"ת מהני תפיסה הרי בתקפו כהן ל"מ תפיסה ומ"ש ותי' התוס' שם (ד"ה ואוקי) והרא"ש שם (סי' י"ג) דבתו"ת הוי טענת ברי והלכך מהני תפיסה משא"כ בתקפו כהן דל"ה טענת ברי, ולכאו' צ"ב א"כ מדוע ל"מ תפיסה בב' א' וחזין הרי שם זה טענת ברי, ועיין

בקונה"ס (כלל ב' סעיף א') שהביא דהרמב"ן והרשב"א פליגי על התוס' והרא"ש וס"ל דל"מ תפיסה בטענת ברי, ולדידהו לק"מ, אמנם להתוס' והרא"ש קשה, וי"ל דהרי התוס' והרא"ש ס"ל דבב' אוחזין איכא לכ"א חזקה מה שתח"י אדם שלו כיון דשניהם אוחזין בחפץ והלכך ל"מ בזה תפיסה דהוי נגד חזקה משא"כ בתו"ת דאין שניהם אוחזין בחפץ.

ואכתי צ"ב מדוע כשיש חזקה מה שתח"י אדם שלו לא מהני תפיסה, ונראה לבאר דהא עקר הסברא דמהני תפיסה בטענת ברי הוא דכמו דבאיסורים לא מהני חזקה למי שטוען ברי דכלפיו אין ספק הכי נמי לא מהני חזקה בממון למי שטוען טענת ברי דכלפיו אין ספק וכ"כ בקונה"ס (כלל ב' סק"ד) עוד כתב שם (אות ה') דרק בספק לפנינו [דהיינו שיש ספק גם אחרי החזקת ממון] מהני תפיסה בטענת ברי, וא"כ הכא בב' אוחזין דאיכא חזקה מה שתח"י אדם שלו ואין ספק אחרי החזקה אפי' אי נימא דחזקה מה שתח"י אדם שלו ל"ה בירור אלא הילכתא, מ"מ סו"ס הך הלכתא מסלק את הספק, וכיון דליכא ספק אחרי החזקה ל"מ תפיסה אפי' בטענת ברי.

אמנם צ"ב דברא"ש (סי' א') מת' דהחזקת מה שתח"י אדם שלו בב' אוחזין מהני דלא נימא כל דאלימ גבר אבל אכתי הוי ספק והלכך פסקי' לפי יחלוקו, וא"כ הדק"ל דכיון דאכתי איכא ספק מדוע לא מהני תפיסה בב' אוחזין הרי איכא טעות ברי, ועוד צ"ב דהר"מ פסק גבי תקפו כהן (פ"ה בכורות ה"ג) דאם תפס הכהן הבכור אין מוציאין מידו אלמא מהני תפיסה בספיקות, ואילו גבי אוחזין פסק הר"מ

(פ"ט טוען ונטען הי"ב) דאי תקף הא' ושתק הב' אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין מידו, מ' דלולא השתיקה מוציאין מידו ול"מ תפיסה, ואין לתרץ דבב' אוחזין איכא חזקה מה שתח"י אדם שלו והלכך ל"מ תפיסה, דהר"מ ס"ל כהרא"ש דהיחלוקו בב' אוחזין הוא מספק וכדהוכיח האבן האזל (פ"ט טוען ונטען ה"ז ד"ה ויתבאר).

והנה בקונה"ס (כלל ב' אות ד') הביא בשם אחיו ה"ר חיים דתפיסת ברי מהני רק היכא דהדין הוא הממע"ה, כיון דאז אינו בא לשנות את הפסק דין דהמע"ה אינו פסק דין, אבל היכא דהדין הוא יחלוקו לא מהני תפיסה, דיחלוקו הוי פסק דין וא"א לשנות את הפסק דין.

ולפי"ז אפשר ליישב את הקושיא לעיל, מדוע בב' אוחזין ל"מ תפיסה אפי' שיש שם טענת ברי גם לשי' הרא"ש. ויתיישב גם הסתירה בדברי הר"מ דהטעם דבב' אוחזין ל"מ תפיסה אפי' דאיכא שם טענת ברי, כיון דהדין שם הוא יחלוקו והוי פסק דין וא"א לשנות את הפסק דין ע"י התפיסה, משא"כ בתקפו כהן דהתם הדין הוא הממע"ה ואין זה פסק דין, והלכך מהני תפיסה דאינו בא לשנות פסק דין.

עוד נראה לבאר באופ"א מדוע לא מהני תפיסה בב' אוחזין, אע"ג דאיכא טענת ברי כיון דבב' אוחזין לא חשיב תפיס דכיון דהלה צווח לא נסתלק עדיין מתפיסתו, וכיון דשניהם עדיין תפוסים לא חשיב תפיסה מה שתוקף דאכתי שניהם תפוסים בחפץ, ולפי"ז מיושב הקושיא מדוע ל"מ תפיסה בב' אוחזין אע"ג דאיכא טענת ברי, כיון דל"מ תפיסה דאכתי שניהם תפוסים בחפץ, ומיושב גם הסתירה הנ"ל.

הבה"ח פנחס לוונשטיין נ"ו

בפלוגתת הראשונים בשתק ולסוף צווח

צריכא דאישתיק מעיקרא והדר צווח עיקר הפירוש דברים כפשוטו דאישתיק כשתקפה ועודה בידו וצווח לאחר שיצאה מידו עכ"ל ונתבאר בדבריו דשתק מתחילה ועד סוף היינו דשותק אחר שתצא הטלית מידו ושתק ולסוף צווח היינו שצווח מיד כשיצאה הטלית מידו (ועיין שם שכתב בשם רבו שצריך לצווח קודם שתצא הטלית מידו ואם שתק עד שיצאה הטלית מידו מקרי שתק מתחילה ועד סוף).

וא"כ פליגי הרשב"א והריטב"א אם שתק מתחילה ועד סוף היינו כשתצא הטלית מידו או כשיוצא מב"ד וצ"ע במאי פליגי.

פלוגתת הרשב"א והריטב"א בתקף חוץ לב"ד

והנה בעיית ר' זירא הייתה בתקפה אחד בפנינו דהיינו בפני ב"ד ופליגי הראשונים בתקפה שלא בפנינו דהיינו חוץ לב"ד מה הדין דהרשב"א כתב דאיכא מרביותא דאמרי דשלא בפני ב"ד בשתק ולסוף צווח אודויי אודי ליה כיון דלא חזו ליה רבנן ולי נראה בהפך דדווקא בפני ב"ד הוא דבעי משום במקום משפט הוא והוא ליה למצווח קמיה ב"ד למידן דיניה אבל שלא בפני ב"ד מימר אמר כי ליכא איניש למידן דיניה אמאי אצווח ומאן דאית ליה דינא לבי דינא אזיל והתם מגלה טענתיה.

איתא בגמ' (כ"מ ו.) בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דשתק אודויי אודי ליה ואי דקא צווח מאי הווא ליה למעבד לא צריכא דשתק מעיקרא ופקע צווח מאי מדקא שתיק אודויי אודי ליה או דילמא כיון דצווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתק מעיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן.

פלוגתת רשב"א וריטב"א מתי נחשב בסוף

וכתב הרשב"א וזה לשונו ואי דאישתיק אודויי אודי ליה פירוש דאישתיק לפני ב"ד ולבתר דמפק הדר וצווח ואמרינן כיוון ששתק כל זמן שהיה לפני ב"ד וודאי אודויי אודי ליה דאי לא אמאי לא צווח ואי משום דחזו ליה רבנן כיון דרבנן שתיקי הווא ליה למצווח ואוקימנא דשתק קצת והדר צווח קודם שיצא ודאי דשתק סבר הא חזו לי רבנן וכיון דחזא דלא עבדי דינא צווח.

ונתבאר בדבריו דשתק מתחילה ועד סוף היינו עד שיצא מב"ד ושתק ולסוף צווח היינו כשעדיין לפני ב"ד ורואה דלא עבדי דינא.

אמנם הריטב"א לא ס"ל הכי דזה לשונו אי דקא שתיק פירוש אפילו אחר שהוציאה מידו אודויי אודי ליה ואי דצווח פירוש בעודה בידו אפילו בסוף התקפה או בתחילתה מאי הווא ליה למעבד לא

אמנם בריטב"א כתב דאי בפני עדים בעלמא וודאי כיון דאישתיק אודויי אודי ליה דהא ליכא למיהב טעמא בהא דהא חזו ליה רבנן.

ונתבאר דדעת הרשב"א דחוץ לב"ד פשיטא דלא הוויא הודאה ודעת הריטב"א דחוץ לבי"ד פשיטא דהוויא הודאה וצ"ע דמא פליגי ואי יש שייכות בין ב' הפלוגות.

יסוד המחלוקת

ונראה לבאר דפליגי דמה התועלת בצויותו ולמה יצווה דדעת הרשב"א דמה שצווה הוא בתורת טענה ותביעה וטעון דאע"ג דהטלית ביד חבירו מ"מ אינה של חבירו ואינו נחשב מוחזק דבגזל באה לידו אלא שניהן אוחזין בה אבל הריטב"א סבר דמה דצווה הוא בקשה שיסייעו בידו להחזיק את הטלית אצלו ולא יתנו לשכנגדו לגזולה מידו [ובעצם הוא פלוגתא מה ניוזק בתקיפתו דדעת הריטב"א דאינו חפץ שיהא ביד השכנגדו אבל הרשב"א ס"ל דמה שהוא במציאות ביד חבירו משום זה לא יצווה ומה שצווה הוא שלא יחשב השכנגדו מוחזק ע"י תקיפתו]

ביאור המחלוקת בתקף חוץ לב"ד

ולפי זה נתבאר היטב פלוגתתם בתקף חוץ לב"ד דלרשב"א דמה שניזוק הוא שנחשב התוקף מוחזק ומה שצווה הוא שאינו נחשב מוחזק הא מוחזקות הוא עניין לב"ד ולמה יצווה חוץ לב"ד ודווקא בבי"ד יצווה דמקום משפט הוא והויא ליה למצווה קמיה דב"ד למידן דיניה וכלשון הרשב"א גופיה, אבל לריטב"א דמה

שצווה הוא שלא יהא ביד חבירו א"כ מאי שנא חוץ לב"ד ואדרבא דבשלמא בב"ד שתיק כיון דחזו ליה רבנן אבל חוץ לב"ד למה ישתוק הא לא חזו ליה רבנן.

ביאור המחלוקת מתי חשיב ל"סוף

ולפי זה יש לבאר אם את פלוגתתם מתי חשיב ל"סוף צווה דהרשב"א וס"ל דהוא כשיוצא מב"ד והריטב"א ס"ל דכשיצא מידו דהרי נתבאר דפליגי אם מה שיצווה הוא שלא יחשיבוהו בשלו או שלא יצא מידו ולפי זה יחלקו ג"כ מהו חזו ליה רבנן דהוא מועיל כמו צוויחה דלריטב"א דצווה שלא יצא מידו א"כ חזו ליה רבנן נמי היינו שלא יתנו להוציא מידו וא"כ כשהוציא מידו היה לו לצווה דהא לא הועיל מה שחזו ליה רבנן, אבל לרשב"א דצווה כדי שלא יחשיבוהו כשלו א"כ חזו ליה רבנן היינו שכיוון שראו ב"ד שתקף לא יחשיבוהו הבעלים ולהו רק כשיוצא מב"ד שרואה שפסקו את דינו של התוקף כבעלים היה לו לצווה.

ראיה מלשון הראשונים

ומה שביארנו שפליגי הרשב"א והריטב"א למה יצווה הוא מפורש בלשון הראשונים דהרשב"א כשביאר למה תקף חוץ לב"ד אינו הודאה כתב והווי ליה למצווה קמי ב"ד למידן דיניה וכו' ומאן דאית ליה דינא לבי דינא אזיל והתם מגלי טענתיה ומשמע דהוא עניין טענה.

והשטמ"ק כתב עליו ומ"פ נר"ו הפריח דלא כרשב"א וזה לשונו מסתברא לי האידך לישנא דעבידי דצווחי בפני העולם שיצילו עשוק מיד עושקו

דבשלמא טענתיהו לא מגלו אלא לבי דינא אבל כיוון שזה בא לגזלו להדיא עבד דצווח וכו' וכן דעת הרמב"ן והריטב"א וכו' ומוכח כמו שכתבנו דהריטב"א ס"ל דצווח כדי שלא יוציא מידו.

(אמנם אכתי צריך לבאר פלוגתתם אם היה לו לצווח כדי שלא יוצאו מידו דהרשב"א הוכיח דלא היה לו לצווח ובשטמ"ק הוכיח מסברא דהיה לו לצווח וצ"ב מחלוקתם).

הבה"ח זאב לשינסקי ני"ו

בענין תקפה א' בפנינו

א. הגמ' מביאה "בעי רב זירא תקפה א' בפנינו מהו, ה"ד וכו' לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח, מאי, מדאשתיק אודיי אודי ליה, או דלמא כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא, סבר קא קא חזו ליה רבנן".

בביאור צדדי הספק נח' הראשונים, הנימוק"י והריטב"א (ישנים) ביארו שהספק הוא בדעת בנ"א האם כה"ג נחשב הודאה או"ד דלא, והביאור הזה הוא כפשיטות לשון הגמ' מדאשתיק אודיי אודי ליה או דלמא כיון דקא צווח וכו' דהיינו האם כיון ששתיק נחשב הודאה או שכיון שאח"כ צווח תולין ששתיק משום דקא חזו ליה רבנן שזהו ספק בדעת בנ"א. אולם הר"ן חולק וכו' דזה אינו הספק שפשיטא ליה לרב זירא שאפשר לתלות המקרה הזה כהודאה ואפ' לתלות בצוויחה, אלא מבאר הר"ן את הספק אחרת וכו' בזה ב' ביאורים א', שרב זירא היה פשיטא ליה שהמקרה כאן זה ספק ונסתפק במה שכ' במשנה שניים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי, איך מגדירים את המצב של הטלית, האם נחשב שכל א' מהם מוחזק בכל הטלית או דלמא שכל א' מוחזק רק בחצי הטלית שקרוב אליו, דאם נחשב שכל אחד מוחזק בחצי הטלית א"כ כל א' מוחזק בחצי בודאי וכיון שהמקרה כאן זה ספק אין ספק מוציא מידי ודאי, אבל אם נחשב

שכל אחד מוחזק בכל הטלית זה ספק של ספק של חבירו ובמקרה כאן שזה ספק הודאה ג"כ מהני להעמידה ברשות זה תקפה. ולפי ביאור זה ספיקו דרב זירא הוא אינו במציאות ובגדרי הודאה, אלא ספק דיני בדיני ספיקות ומוחזקים מהדין הטלית במקרה של המשנה.

ב. מבאר הר"ן באופן אחר את ספיקו דרב זירא, דפשיטא ליה שבמשנה הוה ספק למי שייכת הטלית, וספיקו הוא האם בשתיק ולבסוף צווח אמרינן שספק אם הודאה לו ולכן מעמידים בחזקת התוקף כיון שזה ב' ספיקות או"ד כיון דקא צווח איגלאי מילתא שאי"ז הודאה ואין כאן אפי' ספק הודאה ולפי ביאור זה בר"ן יוצא שרב זירא נסתפק אי הוה ספק הודאה או ודאי לא הודאה.

ב. רש"י בביאור ספיקו דרב זירא כ' (בד"ה תקפה) וז"ל: " הוציאה מיד חבירו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו". עכ"ל.

הקצה"ח (סי' קלח סק"ב) מדייק מדברי רש"י שכ' "קודם שנשבעו" שלאחר שבועה לא אמרינן שתיקה כהודאה וכל מה שתלינן שתיקתו בהודאה זה רק קודם שבועה כיון שאז זה ספק דמי יימר דמשתבע וע"י שתיקתו הו"ל כאומר איני נשבע ואינו יכול לחזור בו, אבל אחר שבועה תו לא אמרינן אודיי אודי ליה ע"כ תו"ד. ועוד ס"ל לקצה"ח בדעת רש"י

פשיטא שזה סותר את שיטתו שלדעתו לא מהני כלל וק' מ"ט לא הזכיר הקצה"ח דבר זה שדברי הראשונים סותרים לדברי רש"י וכן למה הראשונים לא הזכירו לפי הקצות שרש"י חולק על דבריהם.

על כן נראה לבאר בעז"ה שיטת רש"י לדעת הקצה"ח דס"ל שכל מה שלא אמרינן כאן שתיקה כהודאה אלא מפרשים כוונתו לאיני נשבע זה משום שכאן זה בפני ביי"ד, אבל שלא בפני ביי"ד דהיינו לפני שהגיעו לבי"ד אם שתק ולבסוף צווח כן אמרינן שתיקה כהודאה שכאן דנין רק לגבי איני נשבע שחלוקה ההסתכלות על שתיקתו באם זה בפני ביי"ד לאם אי"ז בפני ביי"ד וביאור החילוק הוא כך, דהנה כל מה דאמרינן שתיקה כהודאה צריך להבין מה זה שייך כאן, הרי במקרה כאן יש שנים שרבים על הטלית במשך שעות כבר לפני שבאו לבי"ד וכן בבי"ד ולכא' תפוס בחצי הטלית והוה מוחזק בהו במהלך הדיון תקף א' מחבירו הטלית וחבירו לא מחה בו מתחילה ואנן דינינן איך לפרש שתיקתו וק' הדבר לומר שאפי' שהם רבים כבר זמן רב וכל א' טוען שלי היא תגרום התקיפה שיודה ויאמר שהוא גנבה מחבירו וכל מה שטען בכל שעות האחרונות זה שקר שהרי התקיפה אין לה שום תוקף הלכתי ואינה עושה כלום ונראה שכך הוקשה לר"ן ולרש"י ולכן פי' הבעיא דרב זירא באופן שלא יצא צד שהשתיקה היא ודאי הודאה, דהר"ן פי' בב' אופנים את האיבעיא ולפי שני הבאורים אין צד שזה ודאי הודאה דספק הודאה ס"ל שאפי' לומר אבל ודאי הודאה

ההודאה שמיידי בסוגיא כאן זה איני נשבע דהיינו הסתלקות מהטענה שיטול חצי וישבעו כל מה שדנים האם הוה הודאה או לא זה האם אמרינן דכוונתו היא לומר איני נשבע או לא. וא"כ בפשטות לדעת הקצות לא יהני לפי רש"י בפני עדים ואפי' שתק מתחילה ועד סוף. וק' דהראשונים בסוגיין נח' מה הדין שתק ולבסוף צווח בפני עדים, דהרמב"ן והר"ן וכ' בריטב"א גם בישנים וגם בחדשים) כ' דגם אם צווח לבסוף לא מהני כיון דאין את הסברה דהא קא חזו ליה רבנן ונחשב הודאה וברשב"א חולק ואומר דהיפך הדבר הוא ואפילו לא צווח כלל אלא שתיק מתחילה ועד סוף אי"ז הודאה, דדוקא בפני ביי"ד שזה מקום המשפט אמרינן הוה ליה למצווח, אבל בפני עדים אינו צריך כלל למחות דאי"צ לגלות טענותיו שלא בבי"ד, ומביא ראיה מדאמר בסמוך ת"ש בד"א ששניהם בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהם הממע"ה והגמ' דנה היכי דמי אי נימא כדתקני פשיטא, אלא לאו שתקפה א' בפנינו וכו' ולמסקנא מעמידה הגמ' דהכא במ"ע כגון דאתו לקמן לדינא וכו' מוכיח הרשב"א מזה שהגמ' לא העמידה שמדובר בפני עדים ולכן לא מהני מה שצווח לבסוף כשיטת הרמב"ן ושאר כשיטתו שאי"ז הודאה כלל ולכן הגמ' לא תירצה כך. ובר"ן ובריטב"א חדשים דחו ראייתו ומבארים שהגמ' לא העמידה ברייתא בפני עדים משום שזה פשיטא והנה לפי מה שכ' הקצה"ח בדעת רש"י אין ראיית הרשב"א כלום, שהרי איני נשבע לא שייך כלל בפני עדים וכן דרש"י ודאי לא ס"ל כדחיית הר"ן והריטב"א ישנים שתי' שזה

לא. וכן רש"י פי' שמירי הכא בסוגיא "באינו נשבע ולא הודאה רגילה משא"כ חוץ לבי"ד שהריב ביניהם הוא קצר ואפי' שהתקיפה גרמה לו להודות כיון שמפחד שלפני בי"ד יטען השני טענות וא"כ אין לו ענין לריב על זה שבפני בי"ד לש' סברא זו שהרי כבר נמצאין הרבה זמן בבי"ד ולא טען השני טענות כלל ובתוס' ראש בריש מסכתין (ב.) הביא סברא זו גבי כל דאלים גבר שביאר שסברת כל דאלים

הם ג' ואחת מהם היא משום "שיאמר הגולן מה בצע שאמסור נפשי והיום או למחר יביא ראייה ויוציאנה מידי עכ"ל מה שלא טען עד כה אין סיבה שיטען בהמשך ולכן פי' רש"י והר"ן פירושיהם שאין צד שבפני ב"ד הוה הודאה אבל בפני בי"ד ודאי ס"ל לרש"י דהוה הודאה וא"כ אתי שפיר הקצה"ח והרשב"א כן תי' הראשונים על הראית הרשב"א לפי רש"י והכל ברור דבר דבור על אופניו.

הבה"ח אליהו דוד מאואס נ"ו

דעת הרמב"ם בדיני תפיסה בספיקות

ובאמת בראיות וכו' דהנה יש לחקור לפי הבנת הגמ' דתקפו כהן אין מוציאין מה חזק תפיסת הישראל באותו טלה, האם יש לו בטלה זה תפיסה אלימתא כאילו ידידה הוא, או דלמא דכל תפיסתו ספק היא, ונפק"מ בזה כגון קידושי אשה דלפי צד א' יכול לקדש בזה כיון דכמונו הוא, ואילו לפי הצד השני לא יכול לקדש כיון דכל ממון זה תלוי בספק ואין הקידושין אלא קדושי ספק.

ובדבר זה נקט ר' אלחנן (קובה"ע סי' ע"א) כהצד הב' דהוה תפיסתו תפיסת ספק ולפי"ז אתי שפיר ראיית ר' חנניה מהספיקות נכנסין לדיר דאי נימא אין מוציאין נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן משום דכל תפיסת הישראל בתורת ספק היא וא"כ איכא ראייה אלימתא דתקפו כהן מוציאין. מיהו הגרש"ש נקט (שע"י ש"ה פ"ו) כצד הא' דאם אין מוציאין הוי כודאי שלו לגבי השליטה והשימושים שבחפץ וא"כ יכול לקדש אשה בזה, ולכאורה לפי דבריו צריך לומר דראיית הגמ' דנמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן אין הוא כהסבר ר' אלחנן משום שלפי דבריו ודאי של הישראל הם ואין לכהן שייכות ממון בהם כלל אלא שהטעם הוא דבעינן דאנק המיוחד לך (וכמו שביאר הגרש"ש בעצמו בפ"ח בסד"ה נראה) וא"כ קשיא שפיר דנמצא פוטר ממונו בממונו של כהן.

כתב הרמב"ם (פ"ה מהלכ' בכורות ה"ג) וז"ל כל בכור שהוא ספק דינו שירעה עד שיפול בו מום ויאכל לבעליו, ואם תפסו הכהן אין מוציאין אותו מידו ויאכל אותו במומו עכ"ל, והקשו הראשונים והרי איתא בב"מ (ו':) ת"ש דההיא מסותא דהוה מנצו עלה בי תרי וכו' א"ל ר' המנונא מתני' היא ספק בכורות אחד בכור אדם אחד בכור בהמה בין טהורים ובין טמאים המוציא מחבירו עליו הראיה, ותני עלה אסורים בגיזה ועבודה, ופשטין מינה דתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, ודחינן שם אמר ליה רבה קדושת בכור קאמרת לעולם תקפו כהן מוציאין ואפ"ה אסורים בגיזה ועבודה משום דקדושה הבאה מאליה שאני, ובגמ' שם איכא ראייה מהספיקות נכנסין לדיר להתעשר דאי נימא דתקפו כהן אין מוציאין נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן, וא"כ ש"מ דתקפו כהן מוציאין וכדרכה.

וא"כ קשה דהרי הרמב"ם כתב שאם תקפה הכהן אין מוציאין, ואילו בגמ' מבואר להדיא מהספיקות נכנסין לדיר דמוציאין.

ובכ"מ (בהלכות בכורות סה"ו) כתב לבאר דברי הרמב"ם דראית ר' חנניה מהספיקות נכנסין לדיר אין ראייה אלימתא היא אלא דחייה בעלמא היא, ולכאורה בדבריו צ"ב מה המשא ומתן בגמ'. ובאמת בראיית הגמ' איכא ב' דרכים.

ולפי"ז יש ליישב שפיר דברי הכס"מ בביאורו על הרמב"ם שהכס"מ הבין את הראיה כמו הגרש"ש אבל הוא סובר שזה לא ראיה מוכחת משום דאפ"ל דר' חנניה סבר להאי דרשא דצאנך המיוחד לך ולכן הקשה דאם אין מוציאין נמצא פוטר ממונו בממונו של כהן, מיהו ר' המנונא לא סבר להאי דרשא וא"כ לא קשיא ליה מידי, משום שהישראל בעלים גמור הוא על כל שליטה והשתמשות שיש בחפץ ולכן אין זה פוטר ממונו של כהן.

וברשב"א בתשובות (ח"א ש"א) מתרץ את הרמב"ם באופן אחר דבאמת ראיית הגמ' דתקפו כהן מוציאין ראיה מוכרחת היא ולא קשיא לרמב"ם מידי משום דמסקינן דהבריתא דהספיקות מדובר בספק פטר חמור ולא בספק בכור, ואילו הרמב"ם דאמר אין מוציאין בספק בכור קאמר ובאמת בספק פטר חמור יודה דמוציאין וכדברי הברייטא.

והביאור בזה מבארים האחרונים דכפטר חמור איכא מרא קמא על השה ואף על החמור חשיב מרא קמא דאף אם לא יפדה את חמורו אין הוא אזיל אלא למיתה ואין לכהנים שום זכות בו, ולכן הדין דמוציאין משום דאיכא מ"ק ואין מועילה תפיסה ממ"ק, מיהו בספק בכור ליכא מ"ק כלל משום דמשעת ביאתו לעולם ספק בכור הוא ולא היה שעה אחת בה היה הישראל מוחזק בו מדין ודאי ולכן פסק הרמב"ם שמועילה תפיסת התוקף.

וזה תמוה דהרי לקמן (ק' ע"א) בסוגיית מחליף פרה בחמור שהדין הוא יחלוקו והקשתה הגמ' וליחזי ברשות דמאן

קיימא, ולכאורה קשה דהרי איכא מרא קמא וא"כ איך אפשר להעמיד ביד המוחזק, ע"כ משמע דיפה כח המוחזק מכח המ"ק.

ובשלמא לשיטת הראשונים שפסקו שספק בכור מוציאין מיד התוקף שפיר משום שכמו בספק פטר חמור דינא הוא דמוציאין כך גם בספק בכור דינא הוא דמוציאין משום דמוחזק חזק יותר מחזקת מ"ק, אבל לפי שיטת הרמב"ם קשה מאי טעמא דבחזקת מ"ק מוציאין ובמוחזק אין מוציאין והרי יפה כח המוחזק מכח המ"ק, והנה בטעם דיפה כח המוחזק מכח חזקת מ"ק. הוא בתרי אנפי, דידועה חקירת הקונטרס הספיקות (כלל א' אות ה') האם דינא דמ"ק מדין מוחזק הוא שהוא המוחזק הראשון וא"כ מסברא הוא להעמיד את הדבר בחזקתו דמאן דכאיב ליה כאיבה אזיל לביה אסיא או"ד גזרת הכתוב היא כדין חזקה קמייטא דאיסורין, ולכאורה לפי תרי הני טעמי נראה דיפה כח המוחזק יותר מכח המ"ק, דלפי צד א' בחקירה שמעמידים אצל המ"ק מצד שהוא היה מוחזק א"כ סברא היא לומר דמוחזק טוב יותר כיון דהשתא הוא מוחזק ממש ולא שהיה מוחזק בו, וגם לפי טעם ב' בחקירה דמ"ק מדין גזרת הכתוב וכדאיסורין, יפה יותר כח המוחזק דהרי קי"ל דרובא וחזקה רובא עדיף ואפי' הכי לגבי ממון דינא הוא דמוחזק עדיף וכדאמר שמואל בריש פ' שור שנגח גבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאע"פ שהרוב קונים לרדיא מ"מ כיון שהמוכר מוחזק יכול לומר לו לשחיטה מכרתי לך ולא אזלנן בתר רובא ואם לגבי רוב הולכים בתר המוחזק כ"ש גבי חזקה

קמיתא שמוחזק יהיה יותר טוב ולא יועיל תפיסה, וא"כ קשה איך ביאר הרשב"א דעת הרמב"ם שבמוחזק אין מוציאין ובמ"ק מוציאין והרי מוחזק עדיף ממ"ק.

והנה בקונטרס הספיקות (כלל ב' אות ז') כתב בשם אחיו דיש לחלק בדיני תפיסה היכא דתחילת הדין המוציא מחבירו עליו הראיה אזי מהני תפיסה אפי' אחר שנולד הספק כל שטוען ברי, וכיון דאין הדין משתנה מועיל תפיסתו, אבל היכי שתחילת הדין בניהם יחלוקו אפי' תפס אחד אח"כ מפקינן מינה להעמיד הדין בחזקתו, (ועיין בשיעורי ר' שמואל בב"מ כ"א שמסביר זאת באריכות דבריו).

ולפי"ז אפ"ל שסבר הרמב"ם שאע"פ שבדיני מוחזקות מוחזק עדיף ממ"ק מ"מ בדיני תפיסה מוחזק קל יותר והטעם הוא משום שהשני תופס אין הוא עושה שינוי דין משום דעדיין הפסק הוא שהמוציא מחבירו עליו הראיה ורק שהשתנה המוציא, משא"כ בחזקת מ"ק תפיסה לא מועילה משום דע"י תפיסתו משתנה הדין ואין בכח התופס לעשות שינוי בפסק, ומכאן זה פסק הרמב"ם שבמוחזק שאין שינוי בפסק תפיסה מועלת אבל במ"ק שיש שינוי בפסק תפיסה לא מועלת. ועדיין צ"ב דהרי בספיקא דדינא דעבדינן יחלוקו כתב הרמב"ם שאם תקף אין מוציאין, וקשה דהרי איכא שינוי פסק ע"י תקיפתו וא"כ איך פסק הרמב"ם דתפיסה מועלת.

ונראה לבאר ע"פ דברי הש"ך בספר תקפו כהן (סימן ו') שחילק בין ספיקא דדינא לספק במציאות, דמה שבספיקא דדינא מועיל תפיסה הוא משום דכל מה שנשאר בספק אין הוא ספק בעצם הדבר אלא בחיסרון ידיעת הספק ואילו היו כאן חכמי הש"ס היו פוסקים ופושטים אותו וא"כ יכול הבע"ד התופס לומר קים לי כהשיטה ששיך לי, אבל בספק במציאות לא מועילה התפיסה משום דהספק בעצם הדבר וע"ש.

לפי"ז נ"ל ליישב הרמב"ם בשנים אוחזין דכתב הרמב"ם דאם תקף אחד בפנינו מוציאין מידו במקום שצווח מתחילה ועד סוף ובספק בכור פסק שאין מוציאין ואפשר לתרץ בב' אנפי או מטעם שכאשר שנים מוחזקים בטלית כ"א חשיב מוחזק בחצי וא"כ איכא בירור לכ"א על חציה ולכן לא מועילה תפיסה בחצי שהוא של השני, או מטעם שזה פשרה כיון שכ"א מוחזק בכולה ומ"מ מוציאין כיון שהפסק הוא יחלוקו וע"י תפיסתו רוצה לשנות את הפסק ובזה לא מועילה תפיסתו מש"כ בתקפה כהן אין מוציאין כיון שלא מבזה את הפסק, ול"ק מהמפקיד בדין תיקו דעבדינן יחלוקו ופוסק הרמב"ם דאין מוציאין אע"פ שהפסק הוא יחלוקו ומשנה את הפסק כיון ששם ספיקא דדינא הוא, ולכן אין מוציאין דיכול לומר קים לי מש"כ בשנים אוחזין שזה ספק במציאות תפיסה לא מועלת.

הבה"ח חיים מלין נ"ו

בביאור קושיית הגמ' דנמצא פוטר ממונו בממונו של כהן

תמצית הסוגיא, ותמיה מה בכך שיכול
הכהן לתקוף

א] הנה בסוגיין בפ"ק דבב"מ דיינינן בכולי' סוגיא אי תקפו כהן מוציאין אותו מידו או לא, ובגמ' (דף ו' ב') מייתנין ראייה דתקפו כהן מוציאין מידו: "אמר ליה רב חנניה לרבה, תניא דמסייע לך (דגבי ספק בכורות אם תקפה כהן מוציאין מידו), הספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, אמאי נכנסין לדיר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן". ופירש"י "ואי סלקא דעתך. יש לכהן צד זכיה בו, נמצא אם יצא בעשירי, פוטר ממונו בממונו של כהן", עכ"ל.

וביאור הראיה היא, מהא דאשכחנא דטלאים שהם ספק פדיון פטר חמור, שנולד לו חמור ואינו יודע אם בכור הוא או לא, שדינו שמפריש עליו שה כדי להפקיע את איסורו, ומפני הספק אינו חייב ליתנו לכהן (דהמוציא מחברו ע"ה), ולכן אם לישראל יש כמה טלאים שהם ספק

פדיון פט"ח, יכולין הם ליכנס לדיר יחד עם שאר טלאיו להתעשר במעשר בהמה, שמוציאים את הטלאים מפתח הדיר ונוטלים כל עשירי מהם והוא קדוש. ואי סלקא דעתך דאם יתקוף הכהן את הטלה שהוא ספק פדיון פט"ח – לא יוציאו מידו, הרי שיש לו צד זכיה, א"כ מדוע נכנסים לדיר להתעשר יחד עם שאר טלאים, הרי אם יצא טלה זה עשירי, נמצא שהישראל פוטר ממונו המחויב במעשר בהמה בממון כהן, שהרי צריך לעשר צאנו ולא יכול להשתמש בממון אחר. וע"כ מוכח דאין לכהן שום צד זכיה בטלה, שאפי' אם יתפסנו יוציאוהו מידו, וחשיב של הישראל לגמרי, ושפיר יכול להכניסו לדיר להתעשר יחד עם שאר טלאיו.

וזהו תנא דמסייע לך, להא דמייתנין שם קודם לכן, בעובדא דמסותא דהו מנצו עליה בי תרי, האי אמר ידידי הוא והאי אמר ידידי הוא, וקם חד מינייהו אקדשה, פרשו מינה רב חנניה ורב אושעיא וכולהו רבנן¹, ולבסוף שאלוה

ד. הנה הק' התוס' במנחות (ע"א ב', ד"ה ומתירין) ובריטב"א החדשים (כאן) מ"ט לא חיללו רבנן את המסותא על שוה פרוטה, דהא בערכין (כ"ט א') מבואר דרק בזמן ביהמ"ק הי' אסור לחלל משום הפסד הקדש (וגם אז אם חילל על פרוטה, מחולל, ורק אסרו כן משום הפסד הקדש). אבל בזה"ז דאין הפסד הקדש, מותר אף לכתחילה. ותי' התוס' דמייירי דאסרה עליהם באיסור קונם, דאין לו פדיון (וקצ"ב מלשון הגמ' קם חד מינייהו אקדשה). אך בקרן אורה במנחות תמה ע"ז דהא מוכח בסוגי' שאסר בקונם כללי (פי' שאסרה על כל העולם), ובקונם כללי מבואר בנדרים שם דיש מעילה ויש פדיון. וצ"ל דמייירי בקונם פרטי על בני אותה העיר. ובאמת בחזו"א במעילה (סי' ל"ח סק"ד) כתב עוד דאף דיש פדיון לקונמות מ"מ אין פודין לכתחילה בפחות משווי נגד רצון המדיר, ואפשר דאפי' בשווי אין פודין נגד רצון הבעלים, ואפי' בדיעבד אינו פדוי, עיי"ש בדבריו.

שיעכבו מלעשר, ואמאי מיקרי "פוטר ממונו בממונו של כהן". ודב"ז צ"ב רב בד' הגמ'.

מכח קושיא זו פסק הרמב"ם דאין מוציאין מידו

[ב] שו"ר שכעין זה העיר הכסף משנה, והוא בהל' בכורות (פ"ב ה"ו) וז"ל, "ומה שכתב [הרמב"ם] ואם תקפו כהן אין מוציאין מידו, טעמו מדאמרי' בפ"ק דמציעא וכו', אבל קשה דהא בתר הכי אמרי' א"ל רבה לעולם אימא לך תק"כ מוציאין אותו מידו ואפי' הכי אסורים בגיזה ועבודה וכו', א"ל רב חנניא לרבה תניא דמסייע לך, והשתא למה דחה רבינו דברי רבה ורב חנניא וברייתא ופסק כרב המנונא, וי"ל דהא דאמר רבה לעולם אימא לך תק"כ מוציאין מידו ואפ"ה אסור בגיזה ועבודה, סובר רבינו דדחיה בעלמא

קמיה דרב המנונא, ואמר להו מתני' היא – ספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה, בין טהורים בין טמאים, המוציא מחברו עליו הראיה. ותני עלה, אסורים בגיזה ובעבודה (מספק, שמא קדשים הם). והא הכא דאמרי' תק"כ אין מוציאין מידו, ומאי טעמא בלא תקפו אסורים בגיזה ובעבודה, וש"מ דאת"ל תק"כ אין מוציאין מידו – הקדישה מקודשת, דהרי חזינן שחמור כח הקדש לאוסרן בגיזה ובעבודה, ועלה משני דקדושה הבאה מאליה שאני, ועלה מיייתי' מהא דהספיקות נכנסין לדיר וכו'.

אך הנה בקושיית הגמ' מהא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, יש לתמוה דמאי אכפת לן ד"יש לכהן צד זכיה בו" (כלשון רש"י הנ"ל), הלא סו"ס השתא דעוד לא תקף הכהן, ועוד לא זכה בזה כלל, והוא כעת הבעלים והמוחזק, מהיכי תיתי

ועוד תירצו שם התוס' והריטב"א דלעולם מיירי בהקדש, והא דלא חיללו המסותא על שו"פ, משום דדין זה דהקדש שוה מנה שחיללו על שו"פ מחולל, היינו דוקא בבעלים עצמו שפודה ולא באחרים שפודים, דאין סברא שיוכל כל אחד לפדות הקדש חברו שוה מנה ולחללו על שו"פ ויקחנו לעצמו. והסברא בזה צ"ב דמאי שנא המקדיש בעצמו מאחר, הא סו"ס לאחר שהקדיש הרי הוא ואחרים שווין בו כלפי הקדש, דמה שם בעלים אית ליה אחר שחל ההקדש (ובדבר אברהם ח"א סי' ט"ו אות ה' בהגה"ה האריך בד' התוס' הנ"ל).

ושמעתי מבארים עפ"ד האבי עזרי (פ"י מביכורים ה"א וה"ב) דביאר דאף דבהקדש כל אדם יכול לפדותו, בין הבעלים שהקדישו ובין כל אדם אחר, מ"מ י"ל דחלוקים הם בגדרים, דבעלים שפודה חשיב גאולה, וכשאחר פודה חשיב מכירה. וכן מבואר דספרא שהביא רש"י עה"ת (ויקרא כז, כז) "ואם בבהמה הטמאה ופדה בערכך ויסף חמישיתו עליו ואם לא יגאל ונמכר בערכך": ואם לא יגאל. על ידי בעלים: ונמכר בערכך. לאחרים", עכ"ל. ומזה דאמרינן דחשיב פדיון הבעלים המקדיש לגאולה, חזינן דלא פקע דין הבעלים אפי' שכבר הקדיש, ורק לגבי אחרים חשיב ממון הקדש והפדיון כמכירה, אבל לגבי חשיב גאולה, ודו"ק.

ומו"ז הגאון רבי רפאל איסר יהודה מלין שליט"א כתב לי ע"ז בזה"ל: "אי"צ לכ"ז. דזה חידוש עצום לומר דאבתי יש לבעלים זיקת ממון על הקדשו. אלא דהאבי עזרי היה צריך לתוספת זו, משום שבא לתרץ דברי הרמב"ם שם שכ' ח"ל "כיצד הרי שהקדיש בהמות לבדק הבית וגזון יכול יהיה חייב לפדות וליתן לכהן... ת"ל צאנך אין אלו צאנך", דמבואר דקס"ד דגם לאחר שהקדישו, מחויב הבעלים בגיזה אילולא מיעטיה קרא. ותמוה הלא אי"ל זיקת ממון. וע"ז חידש האב"ע דבדין פדיון דגאולה צ"ל דיש לו איזה שהוא זיקת ממון. והוא חידוש עצום כדי לתרץ דברי הרמב"ם. אך לצורך סוגיא דמסותא אי"צ לכ"ז, וסגי לן דברי רש"י [מתו"כ] דהבעלים בגאולה ואחר במכירה. ואשר לכן שפיר י"ל דגאולה דינו ככל פדיון הקדש, מע"ש ושביעית, דל"צ בשווי. ובשו"פ חל 'מעשה הפדיון', משא"כ מכירה בשו"פ היא חובא ואיטלולא, ואין דרך מכירה בהכי אלא בשווי ולכן לא חייל, ודו"ק, עכ"ל.

היא וסייעתא דרב חנניא לאו סייעתא כולי האי, דכיון דברשות ישראל הוא והמוציא מחברו עליו הראיה, אע"ג דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו, לא נפיק מידי ממונו של ישראל ושפיר יכול לפטור עצמו בו וכו', עכ"ל.

והכרעה באופן ודאי שהממון שייך למוחזק, ואז נימא דלא מהני תפיסה ממנו. או דלמא דאי"ז הכרעה ודאית, ורק דמספק אין מוציאין מהמוחזק, ובזה נימא דשפיר שייך תפיסה, דהספק במקומו עומד.

הרי דלמד הכס"מ דזו גופא טענת הרמב"ם, דלהכי פסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו (ודלא ככל הראשונים דפסקו כפשטות מסקנת הגמ' דמוציאין מידו¹), דהוקשה לו קו' זו "דכיון דברשות ישראל הוא והמוציא מחברו עליו הראיה, אע"ג דאם תקפה כהן אין מוציאין מידו, לא נפיק מידי ממונו של ישראל, ושפיר יכול לפטור עצמו בו".

ובקונה"ם שם כתב דחקירה זו אם המומע"ה הוא דין ודאי או רק מספק, הוא נפ"מ מלבד גבי תפיסה, וכמשנ"ת, אלא גם אם יכול המוחזק לקדש אשה בהאי ממון, דאם אי"ז דין ודאי אלא רק דמספק אין מוציאין ממנו (ולכן גם כשהשני תפס אין להוציא ממנו), א"כ גם בשעה שהוא אצל הראשון, אינו אלא ספק שלו, ולכן אם קידש אשה בממון זה אינה אלא ספק מקודשת. אך אם המומע"ה הוא דין ודאי, אם קידש אשה הוי ודאי קידושין.

א"כ צ"ב לשאר הראשונים, איך באמת יפרשו דברי הגמ', מאי קושיא דגמ', ומה ס"ד דכיון שיש לכהן צד זכיה, כבר ימנע מהמוחזק לעשר בהמותיו.

וזהו דמספקא ליה לגמ' הכא, וזהו דפריך אי אמרת תק"כ אין מוציאין מידו והיינו משום דדינא דהמומע"ה ומוחזק אי"ז דין ודאי אלא רק דמספק א"א לעשות מעשה ולהוציא ממנו, א"כ גם בשעה שהוא אצל הראשון אי"ז אלא ספק שלו, ואיך יוכל לפטור ודאי חיוב מעשר בספק שלו. אלא על כרחך דתק"כ מוציאין מידו, משום דדין המומע"ה הוא דין ודאי, ולא מטעמא דכל דאליה גבר, ולכן הוי ודאי שלו לכל הדינים (ויכול לצאת ידי חובתו באתרוג כזה ביו"ט ראשון¹), ולכן יכול נמי לפטור בזה ודאי חיוב מעשר.

בי הקונה"ם דהנידון אם המומע"ה הוא דין ודאי או רק מספק

ג] והנה ידוע מה שמבארים בקונטרס הספיקות (כלל א' ס"ו) ובקובץ הערות (ס' ע"א) בסוגיין, דשורש הפלוגתא בתקפו כהן מוציאין אי לא, אין תחילתו בהלכות תפיסה בספיקות, אלא תחילת הנידון הוא ביסוד הדין דהמוציא מחברו עליו הראיה, האם המוציא מחברו עליו הראיה הוא פסק

ה. והנה להלכה קי"ל בשו"ע (יו"ד ס' שט"ו ס"א) כדעת הרמב"ם דספק בבור אין הבעלים צריכים ליתנו לכהן, ואם תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו. אך הרמ"א שם כתב וי"א דמוציאין אותו מיד הכהן, וכן הלכתא. ו. וראיתי למו"ר מרן הגאון הגדול רבי יצחק זילברשטיין שליט"א בספרו חשוקי חמד (עמ"ס בב"מ, עמ' מ"ו) שנשאל במעשה במאפיית מצות שערערו עליה אנשים וטענו שיש להם שותפות במאפייה, ולכן חלק מהמצות שייכים להם, ובעלי המאפייה בפועל טענו הכל שלנו, ואף שלמערערים היו טענות צודקות, כיון שלא יכלו להוכיח

ולפי דברי הקונה"ס מדוייק לשון הגמ' כהן", היינו, דלא קשיא לגמ' איך חל ע"ז נמצא זה פוטר ממונו בממונו של קדושה, דבוודאי כל זמן שהוא תחת ידו

את טענתם, פסקו בי"ד שהכל נשאר ביד בעלי המאפיה בפועל, והמוציא מחבירו עליו הראיה. ועתה נסתפקו הקונים האם הם יכולים לצאת ידי חובה במצות אלו בכזית הראשון, או שמא אולי יש לחשוש שהמצות באמת שייכים למערערים, והמצות גוזלות בידם.

ודן שם באריכות בכל סוגי תקפו כהן, ובסו"ד אחר שהביא לדברי הקונה"ס הנ"ל, ולדברי הגר"ש שקאפ זצ"ל בשער"י (ש"ה סי' ו') דפליג עליה, ותו"ד הם, דהמוחזק בחפץ מדין המוציא מחבירו עליו הראיה, יש לדון בבעלותו בשני פנים דיש לדון לענין כח השליטה וההשתמשות בחפץ, ולענין הבעלות האמתית בחפץ, שהמוחזק בחפץ לענין השליטה בפועל שיש לו על החפץ הוא בתורת ודאי ואינו מספק, ולכן לענין איסורים הרי זה שלו בוודאי, אמנם לגבי המציאות האמתית האם הוא הבעלים האמתית על החפץ, שנוכל לומר גם כלפי שמיא גליא, לענין זה אין המוחזק קובע, שהוא הבעלים במציאות. ולפי זה יש לחלק שבמקום שצריך רק שליטה על החפץ, די במוחזקות, אבל במקום שצריך בעלות על החפץ, אין די במוחזקות, ולפי זה כתב (שם פ"ט ד"ה ובספר אבני מילואים) שבאתרוג צריך בעלות בפועל, ואין די בשליטה, המוחזק לא יצא.

וסיים שם וכתב "ולפי"ז בעניננו הרי זה תלוי במחלוקת הפוסקים, שלנתיבות [סי' שט"ו סק"ב] שכתב שהיו שלו מטעם יאוש, הכא הרי לא נתייאש, כיון שהוא עדיין באמצע הדין תורה, וכן לשית השערי יושר הרי אינו שלו, כיון שאין לו בעלות, ואיך יכול למכור. ומ"מ נראה שבעניננו לכו"ע יכול הקונה לצאת במצות אלו, והטעם שכל דבריהם לא אמורים אלא באתרוג שחלוקים עליו, אבל במאפיה של מצות ששני הצדדים רוצים שהמצות ימכרו, ואין השאלה על בעלות המצות אלא על הכסף שיכנס כתוצאה מהמכירה, א"כ שניהם רוצים שהמצות ימכרו, ומסכימים למכירה ולכו"ע הוי שלכם, ויעוין בחשוך חמד בפסחים [ודף לח ע"א בענין שלח מצות או אתרוג לחבירו ונודע למשלח ביום טוב שאינם שלו] מש"כ בזה שיתכן שאף אם יש לו אתרוג או מצות של חבירו שלא ברשות, כיון שהוא עומד למכירה, יכול לקבל על עצמו לשלם את מחירו, והוי אף שלכם, וא"כ הרי שני הטוענים בעלות על המאפיה, אינם רוצים את המצות אלא את הכסף, ושניהם רוצים שהמצות ימכרו, ולכן לכו"ע הוי שלכם". ובעי"ז כתב לי הגאון רבי שמאי קהת גראס שליט"א (בעמח"ס שו"ת שבט הקהתי) "הסברה דיכול לצאת יד"ח מצה נכון מאוד דאינו דומה לאתרוג", עכ"ל.

וראיתי שהגר"ח שליט"א (נר"ג ב"שיח"ק) העיר ע"ז דהנחיא אם שניהם מסכימים הוי שלו, אבל מצד אינו ברשותו ליהוי חסרון שלכם, דאמנם גם המערער על הבעלות מסכים שהקונים יקנו, אבל לשיטתיה דגנבו לו א"כ השתא אי"ז ברשותו ומשום הכי לא יחגי. והביא דשיטת הרשב"א בשבועות (ל"ג א') דבמכירה מהני גם אם אינו ברשותו, ולפי"ז א"ש. אך הקצוה"ח (סי' קכ"ג סק"א) תמה ע"ד הרשב"א הללו ועמד בצ"ע, ויל"ע בכ"ז.

והגאון רבי אליהו שלזינגר שליט"א (רבה של שכו' גילה בירושלים, ומח"ס שו"ת שואלין ודורשין ושא"ס) כתב לי בזה"ל: "בענין הסוגיא דתקפו כהן, שהיא סוגיא גדולה וכתבתי על זה בשו"ת שואלין ודורשין חלק א' מדברים שחדשתי עוד בהיותי ב"שבה"ק דפוניבו, וקשה להכנס לסוגיא היום בלא עיון מספיק. באופן כללי, אפשר לומר, דהנה זה ברור בכל הש"ס כולו, דבכל ספק ממון מי שמוחזק בחפץ הרי זה שלו. ובפשטות זה שלו לגמרי עד שיתברר אחרת. וזאת יש לדעת וזו דעתי העני, דכשהתורה פוסקת באיזו שהוא דבר שהוא שייך לפלוני, אז זוהי ההלכה באופן מוחלט, כגון הא דאזלינן בתר רובא, הפירוש הוא שכך היא ההלכה כדין הרוב, ולא שמחמת הספק אזלינן בתר רבא. ואדרבה, מובא בראשונים (המאירי ועוד) דמי שחושש למיעוט והוא מחמיר על עצמו, הוא קרוב להיות אפיקורס. וכן הדין במי שהוא מוחזק, דקבעו חז"ל שזה שלו, הרי שברגע זה הוא שלו לכל דבר וענין. ויכול גם לקדש בו אשה. ואם אח"כ יתברר עפ"י ראיות שזה לא היה שלו, אעפ"כ היא מקודשת, כיון שבאותה שעה שקידש זה היה שלו. וכן הדין של המוציא מחבירו עליו הראיה, פירוש, שכל זמן שלא הביא ראיה, אין זה שלו, גם אם כלפי שמיא גליא שזה כן שלו, אבל תורה לא בשמים היא, ועפ"י דין תורה אין זה שלו עד שיביא ראיה ברורה. אבל בבכור, אי אפשר לומר בודאות שהישראל מוחזק בו, שהרי אינו יכול לעשות בו מאומה שמא הוא קדוש בקדושת בכור, וא"כ אין לו בעלות מוחלטת על ההבמה שלו, ולכן פוסק השו"ע דתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו. מאידך סובר הרמ"א דתקפו כהן מוציאין מידו כיון שסו"ס זה נמצא אצל הישראל והוא נחשב למוחזק הגם שאין יכול להשתמש בו כבעלים. ויש להאריך בזה הרבה ואכ"מ", עכ"ל.

יכול להקדישו, אלא דההקדש חל מספק, וא"כ איך פוטר השאר שהוא ודאי חיוב בממונו.

לכאוי כ"ז שהוא תח"י הוא בעלים בודאי

[ד] אך הנה בעצם דברי הקונה"ס יש להעיר דלכאוי הם חידוש גדול, דבפשטות כל זמן שהוא תחת ידו (אפי"א) אם מהני תקיפת השני, הוי הוא בעלים להקדיש, וחל ההקדש בודאי, משום דהפסק דכל דאליים גבר שיכול לתקוף נותן לו בעלות ומוחזקות כל זמן שהוא תפוס.

ויש להוכיח לזה ממש"כ התוס' בדף ו' א' (ד"ה והא הכא) "וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו, מסתמא תו לו פקע אפי" חזר חברו ותקפה ממנו". ובביאור דבריהם¹, כתב הנחלת דוד שם וז"ל, "והטעם נראה פשוט, משום דבשלמא בתקפה לחוד הא דזוכה בה מפני שהוא מוחזק, א"כ אם חזר השני ותקפה, שוב מבטל חזקתו דראשון ושב הוא להיות מוחזק כיון שהוא תחת ידו ורשותו, משא"כ כשהקדישה הראשון שוב א"א להוציא מחזקת הקדש, משום דהקדש כל היכא דאיתיה בי גזר דרחמנא איתא, ולכך לא מהני תקיפת השני. ואין לומר שיבטל ההקדש מעיקרו, גם זה אין סברא כלל דהא בשעה שהקדישה הראשון הייתה

בידו וחל עליה שם הקדש, ולכך לא מהני תקיפת השני, כנלענ"ד פשוט", עכ"ל.

הרי מבואר מדבריו דהקדש לעולם תופס ולכן גם אם יתקוף השני מהראשון אחר שהקדיש, תו לא פקע. והשתא אי נימא דהוי רק ספק הקדש, א"כ מ"ש בי גזא וכו', הלא ע"ז גופא דיינינן ומספקינן אי הוי בי גזא דרחמנא, ואי לא הוי הקדש אין כאן בי גזא כלל, וכל תקיפה זו בספק מוטלת שמא לא חל ההקדש, ואז מהני בוודאי תקיפת השני, דלהוציא ממנו – לא נוציא, אבל לגבי ההקדש – זה גופא ספק.

וע"כ דכיון דפסקינן כדא"ג, ויש לכל אחד זכות לתקוף הרי פסק דין זה מקנה לו בעלות כל זמן שהוא תפוס בזה ואז הוי הקדישו קדוש בודאי. א"כ מהו דאמרינן ואי ס"ד אין מוציאין נמצא זה פוטר עצמו וכו', הא כ"ז שלא תקף השני הרי זה ממנו לכל דבר, ויכול להקדישו ולמוכרו.

זיקת הכהן גורמת שאין כאן עשרה "מחוייבים"

[ה] וראיתי לבאר בזה, דבאמת מעשר בהמה לא חל רק כשיש עשרה "מחוייבים", וה"חייב" הוא המצרפן, וא"כ אפי' דודאי כל זמן שהוא תחת ידו דינא הוא דהוי ממנו לכל דבר ויכול להקדיש

ז. דבאמת יל"ע בזה דאמאי לא נימא דלא יהא אלים כח הקדש מכח המקדיש, וכיון דהמקדיש עצמו מהני תקיפה ממנו, הכ"נ נימא דע"י התקיפה פקע ההקדשה. ושור"ר במנחת יהודה למורן רה"י הגרמ"י ליפקוביץ זצוק"ל אות מ"ז, עמ' נ"ד, שעמד בזה, וכתב דבאמת התוס' כתבו בלשון מסתמא תו לא פקע, דאינו לשון ברור, וצ"ע. אך כתב שם דלהנחלת דוד א"ש ד"ל דע"י מה שתקף הראשון ניתן לו בעלות על תמיד, וממילא ההקדש הוא גם על תמיד, אלא דהתקיפה של השני מפקיע ומבטל תקיפת הראשון, הרי הביטול של הראשון הוא ע"י תקיפת השני, וכיון דאחרי שהקדיש לא שייך תקיפה משום דך סברא דבכל מקום דמונח בי גזא דהקדש הוא, א"כ אין כאן תקיפה ולכן נשאר ההקדש.

הנ"ל, מאי טעמא מקשינן בגמ' רק מטעם שפוטר ממונו בממונו של כהן, הלא טפי הו"ל לאקשוויי דאין זה כלל ממון שלו, ושייך לכהן, וכיצד יכול לעשר ממון שאינו שלו, הלא של אחר הוי, ולמה רק ה"פוטר ממונו בממון של כהן" הוא דקשיא לגמ', הלא עצם המעשר הכא צ"ע כיצד מעשר ממון שאינו שלו".

ואמר לבאר בזה, דבאמת אין כוונת הגמ' להקשות דכיון דאם יתקוף הכהן, ולא יוציאו ממנו, אז זה כבר ממונו, דודאי כל זמן שלא תקף, שלו הוא, והוא המוחזק, ושפיר יכול לעשר. ורק המכוון הוא, דכיון דחובה יש עליו לעשר את בהמותיו, א"כ אמרינן ליה דחייב הוא לעשר הכל מבהמותיו שלו, ואינו יכול להשתמש שימוש שלו – שמוטל עליו – משל הקדש של כהן, דכיון דיש לכהן צד זכיה – א"כ האי צד זכיה עביד הכא – שלא יוכל לעשר – לאו משום חסרון בעלות וכדו', אלא כי היכי דאשכחנא (מנחות פ"ב א') "כל דבר שבחובה אינו בא אלא מן החולין", וביאורו, דכיון דחייבתו התורה להביא חוב זה, צריך הוא להביאו רק משלו, ולא משל הקדש וכדו'. והכא נמי כיון דיש כאן צד כהונה והקדש, איך יכול הוא לפטור ממונו בממון שיש עליו צד הקדש, הרי צריך לעשות המעשר רק ממונו שלו, ולא לעשות שימושים של חול

ולמכור ולעשות בו כל דבר שהוא תחת שליטת בעלותו, אך מ"מ כיון דגם לכהן יש כאן דררא דממונא שיכול לתפוס, א"כ לענין חיובא דמעשר בהמה כיון שחסר בבעלותו, שהרי יש כאן לכהן שייכות בעשירי, שיכול לתקפו, א"כ אין כאן שאלה של חלות הקדש אם בכוחו לעשות או לא, אלא דבעינן קודם שיהיו כל העשרה מחוייבים, בכדי שיהיה צירוף של עשרה לדין מעשר, וכיון דאינו שלו לגמרי, דגם לכהן יש בו זיקת ממון, ובהמת הכהן אינה "מחוייבת", איך נעשו מחוייבים למעשר בהמה.

אבן יל"ע בזה דמרש"י משמע דנמצא זה פוטר – דלמא יצא בעשירי, ולפי הנ"ל הקושיא היא אפי' אם יצא בחמישי, דסו"ס אי אפשר לצרפו עם התשעה שיצאו עמו, דבלא חיוב אין צירוף ביניהם, ומרש"י כן משמע דהק' היא איך יכול לעשות ממנו חלות קדושת מעשר, כיון דתק"כ אין מוציאין.

זיקת הכהן גורמת דלא חשיב שמעשר רק משל עצמו

[ו] והנה באמת שמעתי לבאר באופ"א דברי הגמ' מדו"ז הגאון הגדול רבי זאב ברלין שליט"א (ראש ישיבת גאון יעקב), והוא בהקדם מה שצ"ב עוד בקו' הגמ'

ח. ומו"ז הגאון רבי רפאל איסר יהודה מלין שליט"א העיר ע"ז: "נראה דצ"ל להיות ואין דין "טבל למעשר בהמה" וכמבואר במשנה בכורות פ"ט מ"א ומ"ו, רק דמצו"ע רמיה על בעל הדיר לעשרן. ותו לא. ואשר לכן כל שקרא שם "עשירי" על בהמה של חברו [או של הקדש בסוגיין] לא עשה ולא כלום. ודומה למי שמנה תשיעי ולא המשך למנות עשירי, דאין כאן מעשר ולא כלום ולא קיים מצו"ע. ולכן לא קאמר הגמ' "דעצם המעשר הכא צ"ע כיצד מעשר ממון שאינו שלו", דלשון זה היה מתאים אילו היה תני דחל איזה מעשר, אך מעולם לא קס"ד שחל מעשר כלל, ולזה פריך דמ"מ כיון דמכניסין לדיר ע"מ לפטור חובו ולקיים מצותו – הלא זה כפוטר ממונו וכלומר המצוה להפריש עשירי מממונו בממון הכהן. כן נ"ל, עכ"ל.

— בהקדש, אבל באמת אין כאן חסרון בבעלות כלל^ט.

ולפי זה אתי שפיר מאי טעמא נקט רש"י "נמצא אם יצא בעשירי" — ולא נקט חמישי וכדו', משום דהעשירי הוא הוא של הכהן, והוא הוא יש עליו צד זכיה של הכהן, ומשום הכי אין יכול לעשר בהמותיו ולהשתמש בשביל עצמו — מההקדש.

אי אין מוציאין אז בעלותו רק בשב ואל תעשה

[ז] והנה מו"ז הגאון רבי רפאל איסר יהודה מלין שליט"א (ראש מוסדות כנסת יהודה — תו"ט, בירושלים עיה"ק) כתב לי בעצם הקושיא בדברי הגמ' בזה"ל: "...הדבר פשוט, כי אם תקפו כהן מוציאין מידו — אז לא חשיב שיש לכהן שום זכויות ממון בשה שתח"י הישראל בדיני התורה. ודין הממע"ה הוא החלטי כלפי הישראל ויכול לקדש בו אשה כי כל הזכות ממון בידו וחשיב שלו וברשותו. משא"כ אם אין מוציאין מידי כהן, א"כ דין הממע"ה [שמשאיר לשה כעת ביד ישראל] הוא רק בבחינת שוא"ת לבד, ויש על השה זכות [דין ממוני מסוים] לכהן, דהיינו הזכות לתפסו ולהחזיקו כשלו. וכל שיש זכות זו לכהן אף כשהשה בידי ישראל, א"כ השה

במצב ממוני של ספק כהן ספק ישראל. ואילו היו שנים אוחזים בה היה דינם יחלוקו. אך כעת הממע"ה מחייב לנו בשוא"ת להשאירו ביד ישראל ובי"ד לא יוציאו מידו ע"מ לחלקו. אבל אם קמיה שמיא גליא זה של הכהן, נמצא דקא פטר נפשיה בממונו של כהן. והדברים פשוטים", עכ"ל.

והאמת דדברי מו"ז שליט"א הם עפ"י יסוד הקונה"ס הנ"ל, דזוהי חקירתו, האם המוציא מחברו עליו הראיה הוא מדין ודאי או ספק, ואי תקפו כהן אין מוציאין מידו א"כ דין המומע"ה הוא רק כעין "שב ואל תעשה", ולכן קשיא לגמ' איך יכול לפטור ממונו — בממון — שיש עליו זכות ודין ממוני מסוים — לכהן, ודו"ק.

נמצא בידינו כמה ביאורים בקו' הגמ' נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן:

[א] באמת הרמב"ם ס"ל מכח קושיא זו דאי"ז אלא דחיה בעלמא, ומשום הכי פסק הלכתא דתקפו כהן אין מוציאין מידו (אות ב').

[ב] בקונה"ס כתב דספק הגמ' אם המומע"ה הוא הכרעה וודאית או רק מספק, וא"כ איך פוטר ממונו בשעה שזה רק ספק שלו, וע"כ דזה ודאי שלו (אות ב').

ט. ומו"ז הגאון רבי רפאל איסר יהודה מלין שליט"א כתב לי ע"ז בזה"ל: "אין הנידון דומה לראיה, דזה פשוט ואי"צ לפנים דאינו מביא חובו אלא משלו, דמהיכי תיתי יביא משל חברו או הקדש. וכל הילפותא מגז"כ שם במנחות, הוא אך ורק לגבי מע"ש. דאף דהוי ממונו לכל דבר, מ"מ כיון דדיני קדושה יש בו, אינו נקרא 'חולין' ואין מביא חובו ממנו, דהרי קדוש הוא לאוכלו בפנים מן החומה, ולא בטומאה וכו' ולא אכלתי באוני ממנו, ודומה לתרומה שזה ממון גמור של הכהן או של הישראל שירשו מאבי אמו כהן, ועב"ז כל קדושת תרומה עליו. וכ"ז ילפינן מפסח מצרים של"ה אז מע"ש רק חולין ע"ש. וא"כ בסוגיין, ממ"נ אם זה שלו לכל דבר ודאי מביא חובו מזה, דחולין גמורין נינהו, ואם יש צד ממון לכהן לא חייל כלל מה שעשה והדרא קושיא לדוכתא", עכ"ל.

מעשה תקפו | בביאור קושיית הגמ' דנמצא פוטר ממונו בממונו של כהן

- ג] ביאור נוסף דבכדי לעשות מעשר בהמה צריך שיהיו כל העשרה מחוייבין, וא"כ זיקת ממון הכהן כבר גורמת שלא יהיו כבר עשרה מחוייבין (אות ה').
- ד] ביאור נוסף דאינו יכול לעשות מעשר בהמה משל כהן, דכל דבר שבחובה צריך לבוא רק משלו, וזיקת הממון כהן
- גורמת שלא מביא רק משלו (אות ו').
- ה] ביאור נוסף דאם מוציאין מיד כהן – אז דין מומע"ה הוא החלטי וודאי, אבל אם אין מוציאין מהכהן א"כ זה רק בשב ואל תעשה, ואי"ז בעלות ברורה והחלטית, ולכן קשיא איך פוטר ממונו (אות ז').

הבה"ח שמואל מלריך נ"ו

בביאור הא קא חזו ליה רבנן

שנים אוחזין בטלית ותקפה אחד בפנינו, נמצאו בגמ' ג' חלוקות בזה, א. שתיק מתחילה ועד סוף, דפשיטא דהוי הודאה, והיינו אפי' אם יצווח אח"כ, ב. צווח מתחילה, דפשיטא דאי"ז הודאה, דמאי הו"ל למיעבד, ג. שתיק מעיקרא והדר צווח, דבזה נסתפק ר' זירא אי שתיקתו הויא הודאה, או דכיון דצווח לבסוף איגלאי מילתא דמה ששתק מעיקרא הוא משום דקא חזו ליה רבנן.

והריטב"א (הנדמ"ח) פי' דשתיק ולבסוף צווח היינו ששתק בשעת התקיפה וצווח תכף כשהוציאה מידו, ושתיק מתחילה ועד סוף היינו ששתק אפי' אחר שהוציאה מידו, דבכה"ג פשיטא דהוי הודאה אפי' אם צווח אח"כ בתוך הבי"ד, וצווח מתחילה היינו שצווח בעודה בידו, בין בתחילת התקיפה בין בסופה, דפשיטא דאי"ז הודאה דמאי הו"ל למיעבד, וכצ"ל לכאור' בדעת הרשב"א בפי' צווח מתחילה, (וע"ע מש"כ הריטב"א בשם רבו הרא"ה ומשה"ק עליו, יעוי"ש).

ונחלקו הראשונים ז"ל בביאור מתחילה ועד סוף, הרשב"א (בד"ה אי) פי' דשתיק מתחילה ועד סוף היינו ששתק כל זמן שהיה בפני בי"ד ורק אחרי שיצא צווח, דבכה"ג פשיטא דהוי הודאה, דאל"ה היה צריך לצווח בפני בי"ד, ואם לא צווח משום דקא חזו ליה רבנן, מ"מ קודם שיצא מבי"ד וראה שרבנן לא עושים כלום היה צריך לצווח, ושתיק ולבסוף צווח היינו שצווח לפני שיצא מבי"ד, דאז י"ל דאי"ז הודאה, דמעיקרא שתק משום דקא חזו ליה רבנן, וכשראה דלא עבדי דינא צווח.

וצ"ב טובא בדעת הריטב"א מ"ט אם לא צווח מיד אחר התקיפה פשיטא דהוי הודאה, הא י"ל דשתק משום שסבר דחזו ליה רבנן שתקף וידונו בזה אח"כ, וכשבא לצאת מבי"ד וראה דרבנן לא עבדי דינא צווח, וכמ"ש הרשב"א.

וצ"ל דהריטב"א סבר ד"חזו ליה רבנן" פירושו, שרבנן יאמרו לתוקף בשעת התקיפה אל תתקוף, ולכך רק מיד לאחר שנגמרה התקיפה שייך להסתפק שבזמן התקיפה שתק כי חיכה שרבנן יאמרו לו לא לתקוף וכשראה שרבנן לא אמרו כלום עד סוף התקיפה צווח, אך אם עבר זמן מהתקיפה ועדין לא צווח פשיטא ששתיקתו כהודאה דודאי הו"ל לצווח, (רבינו רה"י שליט"א, נדפס בשיעורים ע"ס הדף).

ונתבאר מדברי הרשב"א ד"חזו ליה רבנן" פירושו, שרבנן ראו את התקיפה וידונו ע"ז בהמשך, ולכן כל זמן שלא יצא מבי"ד יכול לטעון ששתק מה"ט ואי"ז הודאה.

ולפי"ז נראה לומר דכל זה שייך רק כשתקף בפני בי"ד דאז י"ל דשתק משום שסבר שבי"ד יאמרו לו לא לתקוף, אך אם תקף בפני עדים דעלמא לכאור' לא יוכל לטעון כן, דלא מוטל על העדים כלל למחות בתוקף, והיה צריך לצווח כבר בשעת התקיפה, ואם צווח רק אח"כ פשיטא דהוי הודאה, וכ"כ הריטב"א להדיא (בד"ה בעי) ז"ל, דוקא נקט בפנינו, דאילו בפני עדים דעלמא ודאי כיון דאישתיק אודויי אודי ליה, דהא ליכא למיתן טעמא בהא דהא חזו ליה רבנן ע"כ, ואזיל בזה לטעמיה כנ"ל.

ולהרשב"א שפי' דחזו ליה רבנן היינו שרבנן ידונו בזה, יש כבר מקום לומר דיכול לטעון כן גם כשתקף בפני עדים דעלמא, שלא צווח משום דסבר שהעדים יעידו בפני בי"ד שתקף ורבנן ידונו בזה. (ואמנם הרשב"א פירש דבפני עדים אי"ז הודאה מטעם אחר, דדוקא בפני בי"ד הוא צריך לצווח משום דמקום משפט הוא, אבל שלא בפני בי"ד מימר אמר כי ליכא איניש למידן דיניה אמאי אצווח יעו"ש, וטעם זה אהני אפי' להיכא דשתיק מתחילה ועד סוף).

הבה"ח שמואל יצחק מקלב נ"ו

כסוגיא דתקפה אחד בפנינו

והנה בעיקר ראיית הגמ' יל"ע דהא איכא לאוקמי הברייא בשתיק מתחילה ועד סוף דודאי מהני ההודאה ומאי ראיא איכא. וברייטב"א כ' [הו"ד בהג' הגר"א] דאי בשתיק מתחילה ועד סוף לא מהני ראיא, והיינו כיוון דהוה הוראת בע"ד לא יועיל עדים. ואכתי קשה כנ"ל דאי פשטינן דשתיק ולסוף צווח דהוה הודאה מאי מהני ראיא.

והנה הראשונים הכא נחלקו בששתק מחוץ לבי"ד בפני עדים האם הוה הודאה. הרשב"א כ' דדוקא בפני בי"ד הוא דבעינן למצווח משו' דמקום המשפט הוא וה"ל למצווח קמי בי"ד למידן דינא אבל שלא בפני בי"ד מימר אמר כי ליכא איניש למידן דינא אצווח ומאן דאית ליה דינא לבי"ד אזיל. ומאידך הריטב"א פליג דדוקא בפני בי"ד מסתפקינן האם הוי הודאה משו' דסבור הוא קא חזי ליה רבנן אבל בפני עדים אע"ג דאישתיק ולסוף צווח ודאי הודאה דהו"ל למיצווח, דליכא טעמא דקא חזו ליה רבנן.

והרשב"א הוכיח שיטתו דפני עדים ל"ה הודאה מהא דלא אוקמינא לברייא בכה"ג דשתיק בפני עדים דהוה הודאה אע"כ דכה"ג ל"ה הודאה, וכתב דאין לומר דלא אוקמי משו' דפשיטא הוא, [דלא נראה דדבר פשוט הוא שלא הוצרכו בברייא לומר לאפוקי משו' הרשב"א דל"ה הודאה].

ו' ע"א בגמ' בעי ר' זיירא תקפה אחד בפנינו מהו וכו' לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח, מאי מדאשתיק אודיי אודי ליה או דלמא כיוון דקא צווח השתא איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן. ולכא' בפשיטות הספק האם שתיקתו כה"ג חשיבא דודאי מודה הוא לשני או דלא חשי' הודאה דהא חזי ליה רבנן וכ"מ ברא"ש דכ' לא צריכא דשתיק ולבסוף צווח, מאי מי אמרי' מדאשתיק ודאי אודיי אודי ליה או"ד כיוון וכו'.

ואמרי' בגמ' ת"ש בד"א ששניהם אדוקים בה אבל היתה טלית יוצאת מתח"י של א' מהן המע"ה וכו' אלא שתקפה אחד בפנינו. ואיירי בשתיק ולסוף צווח וחזי' דאמרינן המע"ה דאודיי אודי ליה.

ולכא' קשה דכיוון דעתה פשטינן דשתיק ולבסוף צווח דהוה הודאה איך מהני ראיא דכיוון דאיכא הכא הודאה לא יועיל ראי' דאף עדים לא נאמנים נגד הודאת בע"ד.

והנה בעיקר ראיית הגמ' יל"ע דהא איכא לאוקמי הברייא בשתיק מתחילה ועד סוף דודאי מהני ההודאה ומאי ראיא איכא דכיוון דאיכא הכא הודאה לא יועיל ראי' דאף עדים לא נאמנים נגד הודאת בע"ד.

וכתב הריטב"א דליכא ראי' מיניה דאם איירי בברייתא בפני עדים ליכא למימר המע"ה דכיוון דהודה לו מאי מהני ראייה. ולכאור' יל"ע א"כ מאי יתרץ הרשב"א מקו' הריטב"א דמאי הוכחה איכא מהא דלא אוקמיא כה"ג.

ונראה לומר דס"ל רשב"א דאין הכא מסתפקינן אי חשי' שתיקתו כהודאת בע"ד גמורה, אלא הוא רק הוכחה ורגל"ד ששלו הוא דאל"כ היה צריך לצוות מתחילה והוא סיוע לטענתו ששלו הוא. ולפי"ז שפיר מהני עדים דמבררים ששלו היא ועדיפא מהסיוע של שתיקתו. וכן צ"ל דבפני בי"ד אם היה נחשב להודאה היו העדים מבררים ויועיל עדים נגד שתיקתו.

עוד אפשר"ל ברשב"א דהנה הקצה"ח [סי' קל"ח סק"ב] פי' בדעת רש"י הכא בד"ה תקפה דכ' קודם שנשבעו דס"ל לרש"י דדוקא קודם שנשבע דאיכא ספק אם ישבע הו"ל שתיקתו כאומר איני נשבע דאינו יכול לחזור בו ודינו של האומר איני נשבע דחייב וה"ה הכא הוא שייך לשני. וא"כ אחר שנשבע א"א לפרש כאומר אינו נשבע, וכתב הקצה"ח דלפי"ד אפי' בשתק מתוע"ס מהני עדים דאי"ז הודאה אלא רק כאיני נשבע, וכשיש עדים עדיף מנשבע.

וא"כ י"ל דס"ל לרשב"א נמי דהודאתו היינו כאיני נשבע ואי"ז הודאת בע"ד, ולכך מהני עדים. ואף דדברי הרשב"א איירי מחוץ לבי"ד בפני עדים והתם לא שייך איני נשבע, אבל י"ל דכוונת הקצה"ח דבמקום שכבר טען טענתו אין לנו לפרש שתיקתו אלא כאיני נשבע אבל במקום שכלל לא טען יש

לפרש שתיקתו כאומר איני טוען דכשאינו טוען השני גובר דאין מכחיש לטענתו [ובזה שכאומר איני טוען י"ל דאינו יכול לחזור בו ואף שהיה מחוץ לבי"ד, וצ"ע]. אבל כשיהיה עדים מהני אפי' שאינו טוען.

ולכאור' לדעת הרשב"א אכתי תיקשי כקו' הריטב"א מאי הוכחת הגמ' מהברייתא הא איכא לאוקמי בשתק מתוע"ס דמהני עדים, ואפשר"ל דבשתק מתוע"ס מודה הרשב"א שלא מהני עדים דאז חשי' הודאה גמורה, ומ"מ בקצה"ח כ' להדיא דלפימ"ש"כ בשתיקתו כאיני נשבע אף בשתק מתוע"ס מהני עדים, וא"כ יל"ע מאי ראי' מהברייתא.

ונראה לומר דהוכיחו מהברייתא דאין לאוקמי בשתק מתוע"ס דא"כ פשיטא הוא, וכן משמע ברש"י דכ' בד"ה אלא וכדאוקמינן בשתיק ולבסוף צווח והיינו כדאוקמינן בעיא דר"ז בשתק ולסוף צווח דבשתק מתוע"ס פשיטא.

ולחלבה פסק הר"מ פ"ט הי"ב וז"ל באו שנים אדוקים בה ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו, ושתק השני, אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו, כיוון ששתק בתחילה ה"ז כמודה לו, עכ"ל והיינו דפסק הר"מ דבשתק ולסוף צווח אין מוציאין ומהני תקיפתו, ובמ"מ שם פירש דספק הוא בגמ' כמודה לו, עכ"ל והיינו דפסק הר"מ דבשתק ולסוף צווח אין מוציאין ומהני תקיפתו, ובמ"מ שם פירש דספק הוא בגמ' ולא איפשטא בעיא זו ולזה פסק רבינו שאין מוציאין אותה מיד זה שתפסה כיוון שהדבר ספק. עוד כ' המ"מ דכיוון דאמרו שם את"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאין דרך רבינו לפסוק

דהודאה גמורה היא ופסל כל העדים בהודאתו, אבל בשתק ולסוף צווח דמשו' ספיקא אין מוציאין התם אם מביא עדים ששלו איגלאי מילתא למפרע דמאי דקשתיק מעיקרא לאו משו' דאודי ליה, דהא אית ליה עדים ששלו. והש"ך (סק"ח) פליג דאף בשתק ולסוף צווח לא מהני עדים משו' דכיון דתפיס מצי למימר אודיי אודי לי והודאת בע"ד כמאה עדים.

ויש לבאר פלוגתתם דלכאוו' משמע כהש"ך דכיוון דיש ספק אם הודה וא"כ איך יועילו עדים להוציא ממנו הרי הם כספק עדים כיוון דמול הודאתו אינם נאמנים ואין לומר דאם שלו הוא לא הסתפקו דודאי ל"ה הודאה דא"כ מה הסתפק ר' זיירא דלא יצא מידי הספק הראשון האם זה שלו או לא דעד כמה ששלו הוא אינו מודה.

ואפש"ל בדעת הב"ח דכיוון שיש לו עדים אנו צריכים לפרש שתיקתו שלא יסתור וע"כ מה ששתק דקא חזו ליה רבנן, וכ"כ הט"ז שם. עוד אפש"ל שאם אח"כ מגיעים עדים איגלאי מילתא דמה שבתחילה שתק משו' שסמך על העדים, ודוחק הוא. דאין משמע כן בלשונו, ועוד דא"כ בבשתק מתוע"ס נמי כיוון שיש עדים סמך עליהם ואפש"ל שבשתק מתוע"ס אז ודאי מודה גם אם סומך על העדים. והש"ך פליג על הנך סברות.

והקצוה"ח פ"י הב"ח לפי שי' הר"ן בסוגיין דהא דמהני הספק הודאה משו' שהטלית בתחילתה מספק ואתי ספק ומוציא מידי ודאי ושפיר מהני עדים. וצ"ע דבריו דאכתי איכא ספק

כאת"ל והיינו דלצד הב' אי"ז משו' ספיקא, אלא דכך נפשט דהוה הודאה, וכן נראה מלשון הר"מ שכ' כיוון ששתק בתחילה ה"ז כמודה לו. ולא כ' דמשו' ספיקא מהני תפיסתו.

אבל אי"ז נכון דהרי הר"מ עצמו המשיך דחזר השני ותקף אע"ג דצווח מתוע"ס, חולקין. [דמהני התפיסה] והרי אם פסקינן דודאי הודאה הוא מ"ט כשחזר השני ותקף מהני תפיסתו. ובאמת הלח"מ הק' כן וז"ל ואע"ג דסובר רבינו בכל את"ל פשיטותא הוא מ"מ כ' הרב המגיד דאין מוציאין אותה מן הראשון משו' ספיקא דאע"ג דאמרו שם את"ל מ"מ עיקר הדבר בעיא. עכ"ל וצ"ע כוונתו, וכה"ק האחרונים ע"י קצה"ח נתה"מ שם. ובקונטה"ס. ואפשר ליישב דאף בגמ' שאמרו את"ל אי"ז דנפשט הספק אלא דכך דינא מספק, ופסק הר"מ כאת"ל דמ"מ אמרי' באת"ל דאין מוציאין מספק [וכ"נ בדרישה סי' קלח סק"ז].

ובקצוה"ח [סי' קל"ח סק"ג] ביאר לפמש"כ הר"ן דאין צד לגמ' דיש הודאה ודאי אלא מידי ספיקא דהודאה לא נפקא, ורק מסתפקינן האם טלית זו בספק היא דהחלוקה הוא מספק וספק מוציא מידי ספק או דחלוקת ודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ אף דפסק הר"מ כאת"ל מ"מ מידי ספיקא לא נפקא ולכך מהני התפיסה.

והנה הש"ך והב"ח נחלקו בדעת הטור (סי' קל"ח) בשם אביו שאף אם יביא עדים אח"כ שהיא שלו לא מהני ליה דהודאת בע"ד כמאה עדים. הבא (סק"ז) כ' דכל דברי הטור דווקא בשתק מתוע"ס

ס"ד דגמ' להוכיח שתק ולבסוף צווח נמי הודאה היא בודאי ולכך פירש הרש"ש דהראיה הוא כגון שיביא עדים שהודה התוקף לפניהם ששל חבירו דזהו עדיפא מהודאתו שאינו אלא ע"י הוכחה מדשתק, והוכיח הרש"ש דהא הרמ"א עצמו שפסק הטור כ' שם בסעי' ז' לחלוק על פסק הר"מ דאם חזר ותקף חולקין אלא כיון דזכה הראשון משו' הודאתו של זה אין האחר יכול לתקוף ממנו בלא ראיה, דמשמע שראיה עוזרת ועכצ"ל דהכוונה לעדים שהשני הודה.

ולכא' צ"ע דברי הרש"ש דמה תי' בעדים שהודה מפורש דמ"מ אי"ז יצא מידי ספק הודאה, וכמו שבספק לא מהני עדים ששלו מה יהני עדים שהודה מול ספק הודאה ידידיה דהא בהודאה מול הודאה כ' הקצה"ח [סי' פ"ז סק"ח] דאמרינן היכי דקאי ליקום ומאי מהני עתה יותר ההודאה גמורה מ"ש מעדים שלא מהני. וצ"ע.

ומ"מ מש"כ הרש"ש להוכיח מדברי הרמ"א דהרי בסו"ד כ' דלא יכול לתקוף בלא ראיה דמשמע שמהני ראיה, הנה הפרישה סי' קל"ח סק"ז כ' ע"ד הטור שג"כ כ' שהוא מקור דברי הרמ"א דאם חזר ותקף אין האחר יכול לתקפה בלא ראיה דמה שמשמע שראיה מהני אף שכתב שעדים לא מועילים כיוון שהודה מ"מ י"ל כשחזר ותקף עדיף מצווח דאיגלאי מילתא כשתקף דמאי ששתק לאו הודאה אלא להיות כמחריש ולתקוף מיד פתאום נתכוון.

הודאה ומאי מהני העדים וכמשה"ק. וכן צ"ע על הר"ן עצמו דמבואר שאם הטלית בודאי לא מהני ספק הודאה והרי שפיר אחר שיש ספק אולי הודה אין ודאי על הטלית. [וביארנו בזה דסבר הקצה"ח דלר"ן אף לצד דהווה ודאי הודאה חשי' ספק לפנינו דכיוון דיש צד בגמ' שלא וחשי' כתו"ת שמוכרחים להסתפק].

והנה לעיל הבאנו דברי הריטב"א שפירש הוכחת הגמ' דאי בשתיק מתוע"ס לא מהני עדים ולכא' יל"ע דבשתק ולסוף צווח הרי עתה פשטינן דהווה ודאי הודאה ומ"ט מהני עדים.

וצ"ל בדעת הריטב"א דס"ל דהגמ' פשטה מספק שהדין שאין מוציאין, ולפי"ז א"ש מש"כ בשם הדרישה דאת"ל היינו דמספק הוא דאין מוציאין, ולפי"ז דהוא ספק י"ל כמ"ש בב"ח דבספק הודאה הכא מהני עדים. עוי"ל דאף אי הווה ודאי הודאה מ"מ אי"ז ודאי גמור אלא הסתברות וחשי' נמי כספק הודאה. וכן עי' נתה"מ סי' פ"ח סק"ד.

והנה לעיל הובא דעת הש"ך דאף בשתק ולסוף צווח לא מהני עדים ולכא' צ"ע א"כ מאי ראיה דכתי' בברייתא הרי אפי' עדים לא מהני, וראיתי מפרשים דהמע"ה אין הכוונה שיועיל ראיה אלא שצריך ראיה ולא יעזור, ודחוק הוא [וכן אין משמע כן מלשון רש"י ד"ה ראיה בעדים].

וברש"ש נמי נתקשה בזה דלטור דלא מהני עדים מאי ראיה ואף אי נימא דדווקא בשתק מתוע"ס מ"מ לפי

הבה"ח יוסף שכנא הלוי נביס נ"ו

בענין ראיה נגד שתיקה

שיש כאן ספק הודאה, והבעיא היתה אי הא שהחזיקו השנים מעיקרא היה בתורת אנן סהדי לכל אחד דמאי דתפיס ידיה הוא וכיון שכן אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי או דמתחילה בספק הייתה עומדת ואף בספק הודאה מהניא ליה להעמידה בחזקת התופס, אבל אם יביא אח"כ עדים שמתחילה שלו הייתה א"כ שוב נימא דאין ספק הודאתו, מוציאה מידי ודאי שלו.

ורבינו רה"י שליט"א הקשה בשיעור"כ דהאי דינא דאסממ"ו הוכיח הגר"ר גרוזובסקי זצ"ל שהוא דכיון דיש כאן ודאי אין אנו מסתפקים כלל, וכגון היכא דאיכא ודאי הודאה מהיכ"ת להסתפק דהיה כאן פירעון אבל היכא דבהכרח אנו מסתפקים כגון בדאיכא תרי ותרי אי היה כאן פירעון בזה ל"א אסממ"ו, וא"כ לענינינו, דווקא כשמעיקרא החזיק בתורת ודאי א"כ מהיכ"ת להסתפק, ובזה כתב הר"ן דאין ספק מוציא מידי ודאי, אבל כשכבר היה ספק הודאה ואח"כ באו עדים א"כ מיד היינו מסופקים אם לקבלם אם לאו שמא יש כאן ספק הודאה, וא"כ נ' דל"ש בכה"ג לומר אסממ"ו, דע"כ אנו מסתפקים.

ובב"ח סימן קלח כ' דהא דמהני עדים היינו דמשום דכל מה דאין מוציאין מהתוקף היינו משום ספיקא דלא ידעי' אי אודי לי' או לא וכשמביא עדים

ו. ת"ש בד"א ששניהם אדוקין בה אבל הייתה טלית יוצאה מתח"י של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה. ה"ד וכו' אלא דקשתיקו הדר צווח, וש"מ דהוי הודאה.

וצ"ב לפי"ז איך תיהני ראיה בעדים כיון דנקטינן דהיה כאן הודאתה בע"ד ול"מ ראי' נגד זה. דהנה הא דלא אוקמוה לברייתא בדקשתיק מתחילה ועד סוף כתבו הראשונים דהיינו משום דא"כ לא מהני ראיה נגד מה שהודה, וא"כ צ"ב לפי הוכחת הגמ' דשתק ולבסוף צווח הוי הודאה איך מהני ראיה להוציא מהתוקף.

והנה ברש"י כתב דהא דבעו בגמ' על שתק והדר צווח אי הוי הודאה מיירי קודם שנשבעו, וביאר בקצוה"ח [סימן קל"ח סק"ב] דאין משתיקתו הודאה להתוקף ורק הסתלקות מהשבועה דאינו חפץ לישבע, וממילא א"ש דאף דסילק עצמו מזכותו לישבע מ"מ אם יביא ראיה בעדים תסייעתו להוציא מהתוקף.

ולפי"ז אף בשתיק מתוע"ס נמי יהא כך, והא דלא אוקמה לברייתא דמיירי בשתיק מתוע"ס ואפ"ה מהני ראיה, להוציא, צר"ל משום דהוא פשיטא.

אמנם לפי פשוט דברי הגמ' והראשונים השתיקה הודאה היא וממילא איך יהני ראיה נגד זה. ויש לפרש עפ"ד הר"ן בסוגיא דכ' דפשוט היה לו לרבי זירא

שהיא שלו איגל"מ למפרע דמאי בשתיק מעיקרא לאו משום דאודי ליה דהא אית"ל עדים דשלו הוא. אלא משום דקסבר חזו לי רבנן.

ובשו"ע (קלח ס"ו) כתב באו שניהם אדוקין ושמטה הא' מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו שכיון ששתק בתחילה הרי"ז כמודה לו.

וברמ"א וי"א דאפילו הביא עדים אח"כ שהיא שלו לא מהני דהודב"ד כק' עדים ונ' מדבריו דאף כשתק ולבסוף צווח ל"מ עדים וכ"כ בש"ך דזוהי כוונת הרמ"א. אמנם בביאור הגר"א כ' דדברי הרמ"א לא קאי אלא כשתק מתוע"ס אבל כשלבסוף צווח ודאי נאמן בראיה, והבי"ר לדבריו מסוגיין דמוקמינן לברייטא בדשתק ולבסוף צווח והדין הוא המע"ה חזי' להדיא דמהני ראייה בכה"ג.

ולשיטת הש"ך דר"ל דכוונת הברייטא דמהני ראי' היינו כמ"ש

הרש"ש דראיה הוא ל' בירור דברים, וכגון שיביא הנתקף עדים שהודה התוקף בפניה בפירוש שהיא של הנתקף דזה ודאי עדיפא מהודאתו שאינה אלא ע"י הוכח מדשתק, וראיה זו לכאו' מהני אף כשתק מתחילה ועד סוף.

העולה מכל הנ"ל:

לשי' רש"י [עפ"י ד הקצוה"ח] אף בשתיקה גמורה יהני עדים דאין כאן אלא ויתור על השבועה ולא הודאה בגוף הממון.

לשי' הר"ן דדוקא בשתק והדר צווח דהוי ספק הודאה מהני עדים, ומדין אין ספק מוציא מידי ודאי או משום סברת הב"ח דהוי רגלים לדבר שלא הודה.

לשי' הש"ך עדים לא מהני בכל גווני כיון דנקטי' דהודה, אבל יהני בכל גווני בירור אחר, והוא שיביא עדים שהודה התוקף בפניהם, וזה עדיף מהוכחה שע"י שתיקתו.

הבה"ח אריאל סדיקוב ני"ו

בגדר דין חזקת מ"ק

החזקה קמייטא דהכריע לנו שנשארה בעלותו אז ממילא מתהווה לנו צורת הסתכלות והחזקה שהחפץ שלו.

ויש לשאול דבאמת מה ההבדל בין חזקת איסורין לבין חזקת ממון.

וי"ל דחזקת איסורים מהווה כהנהגה להכריע על שורש הספק שמהיכא תיתי שנעשה מעשה או התחדשות מסוימת מהמצב הקודם, ומכאן נקטין שלא נעשה המעשה וממילא כמו כן אם נאמר במר"ק דהוי כחזקה דאיסורין אז אנן נכריע וננקוט שלא התחדש המצב מקדמותו וממילא הוכרעה גם הבעלות האמיתית על גוף החפץ שהיא שייכת לו. מה שאין כן במוחזק שהחזקת ממון בנויה מכח משפטי הממון וההגיון הממוני גם לולי דיני התורה, והיא אומרת שמספק נעמיד את הממון אצל מי שנראה כבעלים, והשני דכאיב ליה כאיבא הוא צריך להביא ראיה, ואחרי שהעמדנו את הממון ברשותו (מכאן סברא הנ"ל) מה משפטי הממון אומרים להתנהג עימו שהוא הבעלים לענין הזכויות וההשתמשויות של החפץ אף על הצד דלא הוי שלו וכל הגדר הנ"ל הוא גבי דברי הגרש"ש שזה ה – פ"ו, אך ר"א בקובץ הערות סי' ע"ז חולק וסובר שבאמת נשאר ספק בעלות על השימושים אך לכו"ע הבעלות האמיתית נשארה מסופקת.

ענף א' בו יבואר חקירה בגדר חזקת מ"ק בגדר דין מר"ק יש לחקור האם הוי כדין חזקת איסורין דיש חזקה קמייטא המכרעת שלא התחדש המצב מקדמותו ולא הועברה הבעלות (וכך נקטו הפנ"י ב"מ ו, ב הגרעק"א בתשובה סי' קל"ו, נתיבות סי' פ"ח סק"ד והש"ש ש"ד פכ"ד).

או דלמא דחזקת מ"ק היא בגדר של מוחזקות בחפץ (וכן נקט בשערי יושר ש"ה פ"ד) וביאור הדברים שמוחזק לא מתבטא דווקא בתפיסת החפץ בפועל דא"כ מדוע קרינן ליה מוחזק ולא מחזיק. אלא הפשט במוחזק היינו שמוחזק לנו שהחפץ שלו (וכן מבואר בגרש"ש שער ה' פרק ט"ו) וזה מתבטא: או ע"י ההוראת בעלות החיצונית שמונחת בתפיסה שלי, (וכמו דמוכח מהגמ' בדף ח' ו – ט' דבעינן חזקה הראויה לקנין). או ע"י החזקת המצב הקודם, דאנו מסתכלים שהמוחזקות והבעלות של העבר ממשיכה גם היום ומחמת כן אנו מחזיקים שהחפץ שלו גם כעת.

ובחידושי ר' שמואל ב"מ סי' י' כותב גדר שלישי ע"פ מאי דמבואר בדף ק. דהגמ' הקשתה ונוקמה אחזקת מ"ק ולהוי אידך המע"ה. ולכאורה אם הוי כדינא דחזקה דאיסורין אזי אין החסרון מתבטא מצד המוציא אלא מצד שיש הכרעה, ע"ז שלא התחדש הדבר?

ומבחינה זאת מבאר שם גדר נוסף שע"י

ענף ב' בו יבואר דמדוע באמת לא אמרין חזקה קמייתא בממון.

ומדוע שבכל חזקת ממון לא יהיה חזקת איסורים המכרעת ופושטת את גוף הספק?

וביאור הדברים מבואר בשיעורי ר' שמואל יבמות לא. (אות ריה) שבממון אין השינוי בגוף החפץ אלא החפץ קשור לבעלים, וכיון שהגידון האם חפץ זה שייך אליו או לא ואין השתנות בגוף החפץ לא שייך לילך בתר החזקת איסורים הנ"ל. אך ר' שמואל בעצמו כותב שם שסברה זו צ"ב.

ולכאורה היה ניתן לבאר באופן אחר ע"פ דברי הרמב"ם בפירוש המשניות (נזיר פרק ט משנה ב) דמקשה על עצם יסוד הדין של לילך בתר חזקה דהרי הספק המציאותי שקול ואיך שייך להתעלם ממנו? והרמב"ם מבאר שם וז"ל שהעניין יצא לדבר שאין לו תכלית כ"ז שנלך אחר האפשרויות, ואמנם העיקר כשנתקיים איזה ענין שיהיה, נניחהו בחזקתו עד שיבא דבר מבואר שיבטלהו מזאת החזקה וכו' עכ"ל. ומדבריו מתבאר דכל יסוד דין חזקה מגיע כדי שיצא תכלית מסוימת ולולי החזקה היינו נשארים מסופקים מחמת המציאות. וממילא בחזקת ממון דהגם אם אנן לא ניזיל בתר חזקה קמייתא מ"מ עדיין יהא תכלית מסוימת שנתנהג עם המוחזק בתור בעלים על השימושים מכח ההגיון הממוני. א"כ בזה כבר לא נאמרה ההלכה של חזקת איסורים. ואע"פ שמצד הבעלות האמיתית על החפץ נשאר ספק מ"מ בזה

אין שום נפק"מ ותכלית מסוימת, ולכן לא נאמר בזה את דין החזקה הנ"ל. וגם אם נמצא נפק"מ כמו לגבי ביכורים וקידושי אשה דאזלינן בתר הבעלות האמיתית כמבואר בגרש"ש ובחזו"א מ"מ (יובא לקמן) דכיון דיש תכלית מסוימת מבלעדי החזקה הנ"ל ושורש הספק הוכרע, לא אכפת לן במה שיש עוד נפק"מ. ומימלא כבר אין את הדין להסתמך בתר החזקה הנ"ל.

אך לכאורה כל הגדר הנ"ל מסתדר רק לפי הגרש"ש שהובא לעיל שגם למ"ד אין מוציאים הוי שלו בתורת ודאי אך לפי ר"א שעדיין הוי ספק עם החפץ שלו, ורק יש לו זכות שהחפץ יועמד ברשותו כדי שיוכל להפיק את הזכויות הקיימות לו בחפץ, אז לכאורה מסתבר שהיינו אמורים לילך אחר חזקה דאיסורין ואולי לפי ר"א צריך להגיע לתירוצו של ר"ש. וצ"ב.

ענף ג' בו יבואר ראייה מדברי הרשב"א לצד דהוי חזקה קמייתא ודחייתה בשתי צורות.

בשו"ת הרשב"א סי' שיא כתב ליישב את דעת הרמב"ם דפסק (בהלכות בכורות פ"ה ה"ג) בספק בכור שתקפו כהן מיד הישראל דאין מוציאים מידו והוי לכאורה סתירה לסוגיית בב"מ ו: שלמסקנתה תקפו כהן מוציאים מידו והגמ' מוכיחה זאת מכח הברייתא שמבואר גם שספיקות כגון ספק בכור, הישראל יכול לכנסם לדירו שיהיו בכלל מעשרו ומכאן הגמ' הוכיחה שמוציאים מידו פ"י שמחזיקים בתורת ודאי דהבכור שייך לישראל דאם אין מוציאים אז אין היתר להכניס לכתחילה וא"כ קשיא

לרמב"ם (וגם ר"א שהובא לעיל דבל מוחזק הספק נשאר קיים גם לגבי השימושים כל דבריו הם רק למ"ד אין מוציאין אך למ"ד אין מוציאין הוי שלו בתורת ודאי), וביאר שם הרשב"א שהרמב"ם למד דכל הנידון בגמ' האם מוציאין או לא היינו דווקא בספק ולד בכור דחזקת האם שהישראל בעלים ודאי על האמא לא מהני לולד והוי רק מוחזק מה שאין כן בספק פדיון פטר חמור דהוי מ"ק (רלפני שפדה היה הבעלים ודאי על השדה) אז בזה לכ"ע מוציאין מידו. ובזה איירי הברייטא של הספיקות נכנסין לדיר להתעשר. ומדבריו מבואר דיש עדיפות לחזקת מ"ק מאשר מוחזק.

ולכאורה כל ההבנה שתהיה עדיפות למ"ק זה רק אם נאמר כהצד דהוי כחזקת איסורין המכרעת ופושטת את הספק די"ל דהיא אלימה מחזקת ממון. אך אם הוי מצד מוחזקות מאי עדיפה חזקת מ"ק. ובפרט לפי מאי דביאר הגרנ"ט דהטעם דחזקת האם לא מהני לולד משום דהוי חזקה העשויה להשתנות דגם כשהולד נמצא במעי אמו מונח שכאשר שהוא יולד שהמצב יהיה בספק, ולכאורה כל ההסבר הנ"ל אז בוודאי אתיא רק לפי הצד דהוי כחזקה קמייתא ולכן לא שייך להכריע מכח המצב הקודם על הספק הקיים כעת, כיוון שגם בעבר היה מונח שעתידי להיות ספק, אך לפי הצד דהוי מוחזק מה אכפת לי במה שעשוי להשתנות סוף סוף באותו עת הייתי מוחזק.

ועל שאלה זו היה מקום לתרץ דגם מצד מוחזק היה שייך לומר דמוחזקתו אינה כ"כ אלימה אם ידעין דהוא לא עתיד להשאר הבעלים וודאי על החפץ ובפרט לפי מה שנתבאר דמוחזק יסוד אינו

מגיע מצד מה שהוא נראה כבעלים דהכא דוודאי כיון דבעינן את המצב העתידי גם כעת לא מסתכלים עליו בתור בעלים גמור ולכן יש צד שמוציאין מידו אך למעשה מוכח מדברי הרשב"א ביבמות לז: דהוי כחזקה קמייתא שהקשה על מאי דמבואר התם בגמ' שספק הולד האם נולד לראשון ב-ז חדשים או בן ט' חודשים מהיבם וכעת הולד והיבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא (הבעל הראשון שמת) והדין הוא שחולקין. והקשה שהרי לגבי נכסים אלו כבר מאז היות הבעל חי היה דין על חזקה דרבה שסתם אשה עומדת בחזקת ייבום אם בעלה ימות וממילא גם לגבי נכסים אלו יש את החזקה הנ"ל שהם עומדים להיות בחזקת היבם לכשהבעל ימות יעויין שם בסוגיא. ומשמע שיזכה בנכסים אלו אע"פ שבאותה שעה עדיין הבעל היה חי והנכסים לא היו שייכים ליבם כדי שנאמר שהיבם מוחזק בהם עתה. וע"כ הוי כדין חזקת איסורין.

אך מצד עצם דברי שו"ת הרשב"א דהתבאר דמ"ק עדיף ממוחזק משום חזקת איסורין אין הכרח לומר כן. דר' שמואל בחידושו מבאר ע"פ דברי הקונטרס הספיקות כלל ב אות ז' בשם אחיו מוה"ר דכאשר הפסק היה יחלוקו לא מהני בזה תפיסה כיוון דאין לשנות פסק. ור' שמואל מבאר שכיוון שסיבת הפסק של היחלוקו קיימת לא נשנה את הפסק כגון בכותל שנפל בין שתי חצירות של שותפים ולא יודעים למי שייך האבנים והקרקע שלמתחת הכותל והדין הוא שכיון שיש דרורא לשתיים אז חולקין וגם השני יתפוס את כל האבנים לא נשנה את הפסק.

וא"כ גם הכא בספק פטר חמור כיוון שפסקנו להשאיר ביד הישראל מדין חזקת מ"ק אז הגם שכוחו רק מדין מוחזק אך כיוון שנשאר סיבת הפסק גם לאחר שהשני תופס אז כבר לא נזוז מהפסק הראשון.

ולפי"ז צ"ל שאר הראשונים דפליגי על הרמב"ם דהנידון של הגמ' היה גם בספק פדיון פטר חמור אפילו יש מ"ק ולמסקנא נפשט דגם בכחאי אונא מוציאין מידו, צ"ל לדבריהם דחלקו על היסוד הנ"ל של הקונטרס הספיקות וכמו שמשמע מהרמב"ם שהוכיח מהסוגייה בדף ו. דלא מהני תפיסה בשנים אוחזין בטלית (שהדין הוא שחולקים) כל עוד שאין הודאה מצד הנחטף ומשמע שלולי ההודאה מוציאין מידו ולא חילק כדברי הקונטרס הספיקות דשאני התם דמשנה פסק מיחלוקו למוחזק.

אך לפי הביאור הנ"ל של ר' שמואל עדין לא יבואר שיטת הרמב"ם בצורה גמורה דהרי פסק לגבי שנים אוחזין (בהלכות טוען ונטען פ"ט ה' – י"ב) דלא מהני התפיסה ואילו בספק בכור (בהלכות בכורות פ"ה ה"ג) פסק הרמב"ם דמהני תפיסה; והעולם מתרץ כדברי הקונטרס הספיקות שיש הבדל מלשנות פסק של יחלוקו למוחזק, מלשנות פסק של מוחזק למוחזק.

ולכאורה בשנים אוחזין סיבת החלוקה מגיע מכח האנן סהדי שנוולד עקב המוחזקות של כ"א וכמו שבארו שם האחרונים בדף ב. על מה שכתב התוס' שבשנים אוחזין יש אנן סהדי דהאנן סהדי פ"י מכח דין התורה. וא"כ כאשר האחר

תופס אז כבר לא קיימת סיבת הפסק של היחלוקו שנתנהג עם כ"א שחצי שלו כיוון שכבר הוא לא מוחזק וא"כ לפי גדרו של ר' שמואל היה אמור להיות שכן אפשר לשנות את פסק יחלוקו של שניים אוחזין למוחזק ודלא כתירוצ' העולם.

ואולי ר' שמואל למד שהרמב"ם הבין שהחלוקה בשנים אוחזין מגיע מצד האנן סהדי המציאותי שיש ראייה מצד האחיזה של כ"א שחצי שלו וממילא הפסק הוא וודאי ולכן לא ניתן לשנותו.

אך היה מקום לבאר דלא כר' שמואל שבעצם א"א לשנות פסק מיחלוקו של שניים אוחזין למוחזק הגם שסיבת הפסק הקודמת לא קיימת.

והביאור בזה דאנו דנים לפי שעה שנוולד הספק וכיון שמאותה שעה הפסק מעקרא היה יחלוקו. אז כבר הנידון הוכרע ולא שייך לשנות את פסקו. מה שאין כן כשהפסק הוא המוציא מחבירו עליו הראיה, אז הפסק מעקרא הוא להשאיר ביד המוחזק וכעת שהשני תופס ומוחזק אז הפסק מתבטא לגביו. ולא השתנה הפסק כלל (וכן סבר מ"ד אין מוציאין) ובנידונינו שמעקרא פסקנו להשאיר ביד המ"ק אז בזה נחלקו הרשב"א ושאר הראשונים דשאר הראשונים הבינו שכיוון שהפסק הוא המוציא מחבירו עליו הראיה אז הפסק היום מתבטא לגבי התפוס. אך לדעת הרשב"א כיון שההחזקה של המ"ק בחפץ, קיימת גם כשהשני תפס מידו אזי התפוס כבר לא בגדר של מוחזק כי כבר המ"ק מחזיק בחפץ ואין התפיסה המציאותית מבטלת את תפיסתו של המ"ק.

רק אם נאמר דמ"ק הוא מדין חזקה קמייתא.

ובן יש להוכיח ממה שלגודרות הצאן אין חזקה דכל מאן דתחת ידו שלו הוא (ב"ב דף לו.) ואע"פ דהוא מוחזק בהם נעמיד את הממון למ"ק. וכן הוא הדין בדברים שאינם עשויים להשאל ולהשכיר.

ויש לדחות ע"פ דברי הגרש"ש שער ה' פרק ט"ו שכתב לבאר שבגודרות חסר בשם מוחזק דענין מוחזק הוא כמו שהתבאר לעיל דהמשפטי הממון אומרים להשאיר את החפץ ביד מי שנראה כבעלים מכח תפיסתו אך בגודרות דאפשר דהגיעו לבדם אז ממילא מתחסר ההסתכלות החיצונית שלנו ע"ז שפלוגי הוא הבעלים. ולכן המ"ק גובר וה"ה במחליף פרה דהוי ג"כ כגודרות וכן בדברים שאינם עשויים להשאל, אך מוחזק דעלמא אפשר דאליס על מ"ק.

ולפי"ז אולי אפשר לבאר ג"כ בדברי הרשב"א דידן דמה שמ"ק אלים ממוחזק ולכ"ע מוציאין זה משום דהכא מיירי בבהמה והוי כגודרות דאין להם חזקה ולכן מ"ק אלים. דמוציאין מידי התופס, אך יש להסתפק בזה דהאם גם ולד הוי כגודרות.

ענף ה - הוכחה מסוגיא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר דהוי חזקה קמייתא ודחייתה.

יש לעיין מצד גוף הברייא בב"מ ו: שהספיקות נכנסין לדיר להתעשר ולמסקנת הסוגיא הוי משום דמוציאין מידו. ולכאורה מדוע לא ממעטינן מעשירי

ובהסבר הנ"ל אנו מרוויחים לבאר את הרשב"א דיש עדיפות לחזקת מ"ק ממוחזק גם אם מ"ק הוא מדין מוחזק וממילא מן ההוכחה דהוי כחזקה קמייתא.

ענף ד' בו יבואר פתירות משאר סוגיות דמוחזק עדיף ממ"ק

ולפי ההסבר הנ"ל התבאר עוד קושיא דלכאורה לפי הרשב"א יוצא שמ"ק עדיף ממוחזק שבמ"ק לכ"ע מוציאין ומאיך מצאנו בדף ק. דהגמ' הקשתה על המשנה שמחליף פרה בחמור דהדין הוא שחולקין, דמדוע לא ניזיל בתר המוחזק והגמ' מתרצת דאירי שעומדת באגם ורק לאחר מכן הגמ' שואלת ולוקמיה בחזקת מ"ק ומשמע דמוחזק עדיף.

וי"ל לפי הנ"ל שדווקא כאשר המוחזק והמ"ק מתנגשים זה כנגד זה המוחזק גובר והוא אלים ממ"ק אך הכא בשעה שנולד הספק היה דין לילך בתר חזקת מ"ק וכיון שנפסק הדין כך, לא שייך לתפוס ממנו ולהיות מוחזק בחפץ כאשר כבר הנידון הוכרע.

מה שאין כן כשהראשון היה מוחזק, אז כעת שהשני תופס הוא מבטל את סיבת הפסק לגבי הראשון והפסק מתבטא כעת לגביו.

אך אברא דברא"ש שם על הסוגיא (ס"י י"ח) מבואר דכיון דהמוחזק הוא ברי לכן אלים תפיסתו יותר ממ"ק.

ומשמע מדבריו שבמוחזק שמא, מ"ק גובר ומשמע שיש עדיפות למ"ק מבאשר למוחזק ולכאורה הוי א"ש

ודאי מחמת הרוב. ודווקא אם נצטרך לדון מחמת הרוב על עוד כמה דברים אז שייך לומר שעד כמה שאנו מתייחסים ללכת אחר הרוב אפילו שהרוב לא בירר לי את גוף הספק, אז ממילא אנו מתייחסים למצב בתורת וודאי וממילא לא מתקרי ספק. (ושורש הדברים מבוארים ע"פ שו"ת הגרעק"א מהדו"ת סימן קח).

אך יש ליישב על גוף השאלה דמדוע לא ממעטינן מעשירי ודאי ולא עשירי ספק, דגם אם נאמר דמ"ק הוא מדין מוחזק י"ל לפי הצד באחרונים דגם על המבואר דהעשירי הוא בכור, מ"מ הוי ממונו של ישראל רק יש לישראל מצוות נתינה שצריך לתת בכור שלו עבור שבט הכהונה וממילא כיוון דהוי ממון שאין לו תובעים אז אין את החיסרון של עשירי ודאי. (וכך כתב ליישב בתשובת חמדת שלמה או"ח סי' א).

ענף ו' בו יבואר הוכחה מהסוגיא בב"ב
ל'הפך דהוי כדינא דמוחזק ודחייתה.

ולכאורה יש לעיין מהגמ' בב"ב פא:
שקונה ג' אילנות בתוך של חבירו קנה קרקע עימם גם את הקרקע ואילו בקונה שני אילנות יש ספק האם קנה עימם גם את הקרקע ומבואר בגמ' שם שמספק הלקוח צריך להביא ביכורים אך אינו קורא. ולכאורה קשה דהרי דאנו מעמידים את הקרקע בחזקת מ"ק וא"כ מדוע צריך להביא ביכורים. וביארו החזו"א (אבהע"ז ל"ט – ג) והגרש"ש (ש"ה פו ופ"ח) שבביכורים דנים מצד הבעלות האמיתית שהיא נשארה מסופקת וכל מה

ודאי ולא עשירי ספק שלא יתחייב במעשר כמבואר שם דהרי יכול להיות דהוי של הכהן וממילא הוא לא חייב במעשר דהרי גם אם נאמר דהתורה זכתה לו את הזכויות והשתמשיות של החפץ מ"מ הרי זה לא עדיף מלקוח שפטור מן המעשר (בכורות נה:), ומצד הבעלות האמיתית נשארו בספק. ורצה להוכיח מכאן מזהר"ר חיים הכהן (מובא בקונטרס הספיקות כלל א – ו) שחזקת מ"ק היא חזקה המכרעת את גוף המציאות ודנים את החפץ כודאי שלו.

ולכאורה גם אם נלמד דהוי כחזקת איסור עדיין תקשי דהרי ברא"ש מבואר שאע"פ דיש רוב בהמות חייבות בתורת ודאי וא"כ למה לא נזיל בתר הרוב דהמציאות נשארה בספק מ"מ לא מקרי ודאי כיוון דרוב לא הוי בירור אלא הוי דין התורה לילך אחר הרוב. ולכן לא הוי בכלל ודאי. ולכאורה היה צריך לומר כן גם בחזקה, דקיימא לן דרובא וחזקה רובא עדיפא וא"כ כ"ש שלגבי חזקה לא הוי בכלל ודאי והדרא קושיא לדוכתא דכן הוי בכלל המיעוט?

ובשיעורי ר' ראובן יוסף ביאר דבחזקת מ"ק דעד כמה דאנו דנים לילך בתר החזקה הנ"ל לגבי לענין הבעלות הממוני של ישראל ומכריעים כן ע"פ חזקה זו, ממילא אח"כ שנדון מצד המעשר חשיב כודאי עשירי וחייב במעשר דהוי כאתחזק. ודווקא בסוגיא של קפץ אחד מן המנויים דהוא וודאי בעלים על כל הבהמות וכל הנידון מתבטא רק לענין חיוב מעשר שיש ספק האם בהמה זו היא המנוייה, אז בזה אמרינן דלא מקרי עשירי

שדנים את הלקוח כבעלים זה רק לענין הזכויות הממוניות של החפץ.

גובר אבל הכא שגם המ"ק הוא מוחזק או הדין יהיה עימו.

ולכאורה כל הביאור הנ"ל א"ש רק אם נאמר דמ"ק הוא מדין מוחזק אך להצד דהוי כחזקה דאיסורין או ממילא יש הכרעה על שורש הספק שהמ"ק נשאר בעלים וממילא הוכרעה גם כן הבעלות האמיתית והדרא קושיא לדוכתא.

אך אם נאמר דהמ"ק הוא בגדר מוחזקות ותפיסה מסוימת בחפץ אז מאי אכפת לי בזה שתופס את החפץ בעוד צורה, למעשה מדוע הו"א גבר על המוחזק שכנגדו אם לשניהם יש הנהגה שווה להתנהג עם כל אחד דהוי שלו.

ומכאן מוכיח השערי יושר (פרק ה – יד) שמ"ק הוא רק מדין מוחזק.

ומאידך מבואר בגמ' בדף ק' ששיטת סומכוס היא שממון המוטל בספק חולקין ומבואר שם בגמ' דגם לא אזיל בתר חזקת מ"ק. ומבואר בתוס' צ"ז: ד"ה לימא שאין הפשט דסומכוס לא סבירא ליה מחזקת מ"ק אלא הגדר הוא שכיון שיש דררא ושיכות ממונית ליכא חשיב כאילו שניהם מוחזקין ולכן לא נויל בתר חזקת מ"ק. ויוצא מדברי התוס' שחזקת מ"ק איננה יכולה להכריע בין שני המוחזקין וא"כ היה משמע להיפך דהוי מדין מוחזק.

אך שמעתי בשם הרב פלאי שליט"א ליישב דכל חזקה קמייטא שייכת דווקא כשהנידון הוא האם נהיה מעשה המחדש או לא. וע"ז יש חזקה שלא נעשה המעשה. אך בקונה שתי אילנות התם מונח בשעה שהוא קנה את האילנות שיש לו ג"כ שעבוד בקרקע וא"כ נמצא שבוודאי הקרקע היתה בכלל המכירה רק הנידון הוא עד כמה המוכר מוכר את קרקעותיו, דהאם רק הזכויות והשעבודים של הקרקע היו בכלל המכירה או שגם הבעלות על הקרקע הועברה ללקוח. וא"כ בזה לא שייך לומר את החזקה הנ"ל.

אך אברא יש לומר דגם על הצד דהוי כחזקה דאיסורין מ"מ מעיקרא לא שייך להעמיד את הממון בחזקת מ"ק (ע"ז) שנכריע את הספק לטובתו) במקום שיש מוחזק כנגד ודין תורה להתנהג עימו דהוי שלו. אך אם נאמר דחזקת מ"ק בכוחה להכריע וכדברי הש"ך אז אתיא רק לפי הצד הנ"ל דהוי כחזקה קמייטא וכמו שהתבאר.

ענף ז' - יבואר כמה נפק"מ בחקירה זו

וניתן להביא עוד נפק"מ כשיש מ"ק האם השני כנגדו יוכל לקדש בזה אישה (כשהחפץ נמצא בידו כגון שתקף) ולכאורה יש לתלות זאת דאם הוי הכרעה על גוף הספק כחזקה קמייטא אז לכאורה לא יוכל לקדש בזה אישה אך אם הוי כדין מוחזק אז

ולכאורה אפשר להביא נפק"מ בחקירה זו בשנים מוחזקין והאחד הוא ג"כ מ"ק האם שייך לילך בתר חזקת מ"ק תכריע את הנידון. דבש"ך סי' צ"א (סקל"ג) מובא בקונטרס הספיקות כלל א – ד) כותב דחזקת מ"ק תכריע ובפשוטו כ"ז רק אם נאמר דהוי כחזקה קמייטא המכרעת ופושטת את הספק ואע"ג דבלומא מוחזק

לכאורה הוי מיתלא תלי במחלוקת האחרונים דלפי דברי החזו"א והגרש"ש המובאים לעיל אזלינן בקידושין ובביכורים כלפי הבעלות האמיתית וכיון שהיא נשארה בספק אז מספק יחול הקדשו. אך לפי דברי הגרעק"א בחידושיו לב"מ דף ו: לא יחולו הקידושין כיון שמתנהגים כלפי ממון זה שבעליו הוא המוחזק ולא אזלינן בתר הבעלות האמיתית.

הבה"ח יהודה לייב סטפנסקי נ"ו

סוגיא דתקפו בהן

להבנת כמה דברים בסוגיא, אולי מן הראוי להקדים ולהביא כמה הלכות מהרמב"ם – בהלכות פטר חמור, ובהלכות מעשר בהמה.

ז"ל הרמב"ם בפ"ב מהלכות בכורים הלכה א' "מצות עשה לפדות כל אדם מישראל פטר חמור בשה, ואם לא רצה לפדותו מצות עשה לערפו, שנ' ופטר חמור תפדה בשה ואם לא תפדה וערפתו וכו'".

הלכה ב' "השה שפורין בו נותנו לכהן, שנ' כל פטר רחם וגו' ואת בכור הבהמה הטמאה תפדה וכו'", (ועיין בכסף משנה שביאר הילפותא מדכתיב בתחילת הפסוק שם "יהיה לך" משמע שהוא לכהן).

הלכה ד' "פטר חמור אסור בהנייה עד שיפדה וכו', לפיכך אם לא פדהו ונתן פטר החמור בעצמו לכהן, אסור לכהן להשתמש בו עד שיפדהו בשה ויקח השה לעצמו".

הלכה י"ד "כהנים ולוים פטורין מפטר חמור וכו' כל שישנו בבכור אדם ישנו בבכור בהמה טמאה, והפטור מבכור אדם פטור מבכור בהמה טמאה" (אבל בבכור בהמה טהורה הוא חייב).

ומעתה נביא בעזה"ת כמה הלכות מהלכות מעשר בהמה:

ז"ל הרמב"ם בפ"ו מבכורות הלכה א' "מצוה להפריש אחד מעשרה מכל

בהמות טהורות שיולדו לאדם בכל שנה ושנה, ואין מצוה זו נוהגת אלא בבקר ובצאן בלבד, שנ' וכל מעשר בקר וצאן וכו'".

הלכה ג' "הכל חייבין במעשר בהמה כהנים ולוים וישראלים".

הלכה ד' "ודין מעשר בהמה, שיהיה נשחט בעזרה וזורקין דמו וכו' ושאר הבשר נאכל לבעלים בירושלם כשאר קדשים קלים וכו', ואם היה בעל מום, בין שנפל בו מום, בין שהפרישו בתחילה במומו, הרי זה נאכל בכל מקום"

הלכה י' "הלוקח טלאים שנולדו בשנה זו, או שנתנו לו במתנה, הרי הן פטורים מן המעשר, עד שיולדו ברשותו"

הלכה ט"ז "כל בהמה שהיא ספק אם בת מעשר היא או אינה בת מעשר, הרי היא פטורה מן המעשר, לפיכך טלאים שנתערב בהן יתום (שמתה אמו או נשחטה עם לידתו, שהוא פטור מן המעשר) או לקוח וכיוצא בהן, הרי כולן פטורין, שכל אחד מהן ספק הוא".

עוד שם בפרק ז' הלכה ח' "קבעו חכמים שלשה זמנים בשנה למעשר בהמה, ומשיגיע זמן מהן אסור לו למכור או לשחוט עד שיעשר, ואם שחט הרי זה מותר, ואלו הן השלשה זמנים וכו', נמצאת אומר שהגרנות של מעשר בהמה, ביום אחרון מחדש אדר, וביום חמשה ושלושים

מספירת העומר, וביום אחרון מחודש אלול", (שהם ט"ו יום קודם השלוש רגלים, עי"ש ברמב"ם הטעם מדוע קבעו זמנים אלו).

הלכה ט' "הכניס כל הצאן או הבקר לדיר והתחיל למנות ולקדש עשירי עד שנשארו בתוך הדיר פחות מעשרה, הרי זה מניחן לגורן אחר, והן מצטרפין לאלו שיולדו, ויתעשרו הכל בגורן אחד".

עוד שם בפרק ח' הלכה ט' י' "הכניס עשרה טלאים לדיר והיה מונה והולך וכו', מת אחד מאלו שבתוך הדיר, אלו שנמנו פטורין, מפני שהמניין הראוי למעשר פוטר אע"פ שלא הפריש עליהן כמו שביארנו, ואלו שבתוך הדיר מניחן לגורן אחר".

הלכה י"ד "היה מונה היוצאין אחד אחד ומקדש עשירי, וקפץ אחד מן המנויין לתוך הדיר – לתוך אלו שעדין לא

נמנו ולא נתעשרו, נפטרו הכל, שכל אחד מהן ספק אם הוא המנוי שקפץ או אחר, וכבר ביארנו שכל המנויין פטורין".

ולסיום נביא בתורת ידיעה בעלמא עוד שתי הלכות המבוארים ברמב"ם בענין מעשר בהמה, אע"פ שאין זה נוגע לסוגיתנו.

א. פ"ז הלכה ז' "אין הטלאים הנולדים כמו הטבל שאסור לאכול ממנו עד שיעשר וכו' אלא מותר למכור ולשחוט כל מה שירצה עד שיעשר וכו'".

ב. פ"ו הלכה ב' "חכמים אסרו לעשר בהמה בזמן הזה, ותקנו שאין מעשרין אלא בפני הבית, גזרה שמא יאכלוהו תמים ונמצא בא לידי איסור כרת, שהוא שחיטת קדשים בחוץ, ואם עבר ועישר בזמן הזה, הרי זה מעשר ויאכל במומו".

הבה"ח דניאל ישעי' עזרין נ"ו

בביאור פלוגתת רבה ור' המנונא לענין תקפו כהן

א. באיבעת הגמרא דתקפו כהן אי מוציאין מידו, אמרי' בגמ' כי אתא לסורא א"ל ר' המנונא מתני' היא ספק בכורות אחד בכור אדם אחד בכור בהמה בין טמאין בין טהורין המוציא מחבירו עליו הראיה, ותני עלה אסורין בגיזה ועבודה, והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה וכי לא תקפו אסורין בגיזה ועבודה, א"ל רבה קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפ"ה אסורין בגיזה ועבודה דקדושה הבאה מאליה שאני, ע"כ.

והנה בדעת רבה דס"ל תקפו כהן מוציאין אותו מידו צ"ב מאי טעמי' דהא קי"ל בכל דוכתי' הן מקרא והן מסברא המוציא מחבירו עליו הראיה כדאיתא ר"פ הפרה, וה"נ נימא לרבה המע"ה ותקפו כהן לא יוציאו אותו מידו, כיון ועתה כהן הוא המוחזק בספק בכור זה בכדי שנאמר דעל הישראל להביא ראיה, ועוד יל"ע בד' רבה מ"ט ב"ד מוציאין מיד כהן התופס והרי הכא דהוי ספק בכור ותפס קי"ל דמספיקא ב"ד לא עבדי' עובדא, וא"כ מ"ט הכא ב"ד טורחים להוציא מיד כהן התופס, ואי נימא דהוא גופא נתחדש כאן דתפיסת הישראל משוי' לי' לדידי' בתורת ודאי ומש"ה מוציאין מיד הכהן יל"ע דהרי פשוטו פסק דהמוציא מחבירו עליו הראיה הוא מספק ולא בתורת ודאי כפשטות הסוגי' דר"פ הפרה' "מאן דכאיב לי'

כאיבא ליזיל לבי אסיא", ואף אי נאמר דהוא פסק של ודאי [דאפש"ל דהוא גופא יליף לה בגמ' שם מקראי דאפילו טוען ברי אמרי' המע"ה ורק ע"י עדים יכול להוציא] מ"מ הפסק הוא דאין ב"ד מוציאין מיד המוחזק ועכשיו המוחזק הוא הכהן וא"כ שוב תקשי מ"ט מוציאין מידו של כהן ועל הישראל יש להביא ראיה.

ב. והנה בהא גופא דקי"ל המע"ה יל"ע אי משוי' לי' לדידי' בתורת ודאי דהוא של המוחזק בו עד שיביא שכנגדו ראיה, או דהוא מספק שייך לו ולא מוציאין ממנו עד שיביא שכנגדו ראיה בעדים ואז מוציאין מן המוחזק, ונפק"מ לקיד שאשה בממון זה דאי נמיא דמספק אין מוציאין הרי אלו קידושי ספק אך אי הוי ממון שלו בודאי ה"ז מקודשת בודאי.

ויעוי' בקונטה"ס (א-ה) דנסתפק בהנ"ל וכתב לפשוט דהוא מוחזקות בתורת ודאי, וצ"ב דהרי סו"ס ה"ז ממון המוטל בספק בין שניהם ומהיכ"ת דע"י תפיסתו יעשה זה למוחזק בתורת ודאי.

וביאר בזה בקובץ הערות (סי' עא וכע"ז בשערי יושר) דדין הוא בדיני ממונות דהמוחזק בממון יש לו זכות להחזיק אצלו הממון ולהשאירו אצלו אפילו שכלפי הבעלות האמתית יש ספק בין שניהם, מ"מ לענין זכות השימושים בחפץ זה נקטי' בתורת ודאי דהוא של המוחזק בו נכל עוד ולא הביא שכנגדו

ראיה] ועוד יש לבאר בזה דמה דהוא שייך לו בתורת ודאי יעוי' תשו' חמדת שלמה (או"ח סי' ב תשובה לבעל הנתיבות) דמשום יאוש בעלים נגעו בה, שנתייאשו מלהביא ראיה כיון והוא מוחזק ביד חבירו [אלא דלפ"ז יל"ע מ"ט מועיל מה שאח"כ חוזר ומביא ראיה כיון וכבר נתייאש. ועי"ש]

וא"כ דנתבאר דהוא מוחזקות בתורת ודאי כל זמן ולא הביא שכנגדו ראיה א"ש הא דאמר רבה דלא מועיל תפיסת הכהן ואי תפס מפקי' מיני' כיון ותפס בלא ראיה ה"ז נשאר בבעלות הישראל [כלפי זכות השימושים, וכנ"ל]. ואומנם בהא גופא יל"ע דמנ"ל דכחה של מוחזקות בתורת ודאי נמשך גם לאחר שאין החפץ בידו דלמא כל עצמו אינו אלא כשהחפץ נמצא תחת ידו, אך לאחר מכן יפקע כח בעלות הישראל ויעבור לידי הכהן.

ג. והנראה בזה לבאר ע"פ מה ששמעתי ממור"ר הג"ר ישראל סוקל שליט"א [שב"ק לסדר בא] דבכדי שלא תועיל תפיסה להוציא ממוחזק בעי' לזה ב' חידושים, דדין מוחזקות נותן לו כח בהחזקת החפץ אע"פ שאין החפץ תחת ידו אלא אצל אחר, ודין זה נובע ממה שנסתפק בקונטה"ס (א-ה) בהא דאזלי' בספק ממון בחר חזקת מר"ק דהרי לכאורה שניהם אינם מוחזקים בחפץ ומהי תיתי דניזיל אחר המר"ק, וביאר בזה דאפ"ל והוא מצד חזקה קמייתא כאיסורין דאמרי' העמד דבר על חזקתו כפי שהיה בתחילה קודם שנולד הספק בין להיתרא בין לאיסורא, או דלאו משום חזקת איסורין אתי' עלה [ושם ביאר דלא ילפי' ממונא מאיסורא] אלא דחזקת מר"ק הוא

כעין מוחזקות בממון שיש בה ממשות וכשם דבחזקת ממון אמרי' דמסברא אין להוציא ממוחזק בלא ראיה, ה"נ אין להוציא בלא ראיה ממר"ק.

והגרש"ר זצ"ל בשיעורים הביא בזה ראיה לקמ' דף ק ע"א בסוגי' דהמחליף פרה בחמור דמקשה דניזיל בתר מר"ק, ומשמע בזה לכאורה דעניינו של חזמ"ק הוי מצד מוחזקות בממון [מדמדמי התם למוחזק רגיל] והכח שהיה לו בהחזקת החפץ ממשיך גם אחר שיצא החפץ מתחת ידו.

ובן יש להוכיח מד' רש"י בסוגי' בד"ה לעולם, דהא דתקפו כהן מוציאין מידו הוא משום דבחזקת ישראל הן, ולעולם הכהן קרוי המוציא מחבירו וכו', והיינו דאך לאחר שחטף ממנו הכהן אכתי יש לו לישראל כח להחזיק בחפץ, ומה"ט חשיב הכהן המוציא מחבירו, והוא כפהנ"ל דכחו של הכהן אחר שתקף הוי כמוחזק.

ד. ואומנם עדין יש להעיר דאע"ג דנתבא"ל דכחו של מוחזק ממשיך אף אחר שיצא החפץ מתחת ידו וכפהנ"ל בסוגי' דמחליף פרה בחמור מ"מ כשאחר תפוס בחפץ מ"ט לא נימא דשניהם יהיו כמוחזקין בחפץ ומספק לא נוציא את החפץ מיד הכהן התפוס בו, ועכצ"ל דעוד דין אית ביה במוחזקות והוא דבכדי שיעשה בעלים בעי' שיתפוס ג"כ דרך בעלות ובלא"ה לא הוי מוחזק ואין הכהן כחו אלא כתפוס גרידא.

[ולפ"ז] יבואר נמי הא דמהני תפיסה ברשות, דאע"ג דקי"ל דתקפו

בעלה תצא וחייבת קרבן, והיינו משום דלא נשתנה הדין מכמות שהוא, אלא דיש כח לעדים מה"ת לנהוג על פיהם.

ועוד מצינו אופן של הנהגה בספיקות והוא הענין דאזלי' בתר חזקה, ודין זה חלוק מדין העדים, דעדים הכח נשתנה להם תורה הוא לברר הספק ולנהוג ע"פ עדותן, אך חזקה אינה מבררת כלום מן מעשה אלא דגוה"כ הוא דמעמידין דבר על חזקתו. והוכיח שם בקוה"ע דהא דאזלי' בתר חזקה הוא משום דמעמידין דבר על חזקתו, כדאיתא בשבועות (יט א) ב' שבילין אחד טמא ואחד טהור הלך באחד מהן ונכנס למקדש היזה ושנה וטבל והלך בשני ונכנס חייב קרבן ממנ"פ או על הכניסה הראשונה או על הכניסה השניה, ואע"ג דבכל פעם שנכנס יש לו חזקת טהרה מ"מ לא נשתנה דינו בשביל החזקה, ואי נימא דדין החזקה הוא בתורת ודאי כדאשכחן בהכרעה דרוב, והיינו דהאיסור נעשה להיתר א"כ לא היה לו להתחייב בקרבן דהרי אין כאן ממנ"פ לחייבו כיון וכל פעם אמרי' דהחזקה הכריעה בודאי שנכנס לטהור.

ומעתה יש לברר הפסק דהמע"ה דאף אם נאמר דהוא הכרעה מודאי מ"מ יש לדון אם כח בירורו כחזקה, והיינו דלא נשתנה דינו מכמות שהוא אלא שציותה תורה לילך אחר המוחזק בממון ומכלל ספק אכתי לא נפיק, או דהפסק הוי של ודאי ונשתה דין המוחזק ואף כלפי הבעלות האמיתית הרי הוא של המוחזק בו עכשיו.

ו. ולפ"ז בסוגי' בפלוגתא רבה ור' המנונא בתקפו כהן אי מוציאין מידו יל"ע

כהן מוציאין אותו מידו מ"מ בתפס ברשות מהני והוא משום דהוי תפיסה דרך בעלות וכיון ועתה ניהם תפוסין, זה לפי שהחפץ תחת ידו וברשות וזה משום הזכויות שיש לו בחפץ שממשיכות אפילו כשאין החפץ תח"י, ממילא אמרי' שוא"ת ולא עבדי' עובדא ומשאירין את החפץ תח"י התפוס בו].

ונתבאר בד' רבה דס"ל דתק"כ מוציאין מידו בעי' לזה ב' יסודות, א. דהישראל יש לו כח של מוחזקות אף אחר שתפס ממנו הכהן בלא עדים. ב. דהכהן לא נעשה בעלים-מוחזק כל עוד ולא החזיק בחפץ דרך בעלות וא"ז כ"א בגדר תפוס גרידא.

ה. ומעתה יל"ע בהא דפליג ר' המנונא עלי' דרבה ולכאורה יש לבאר בזה הג' אופנים, די"ל דפליג וס"ל דכחו של מוחזק ע"י פסק דהמוציא מחבירו עליו הראיה ה"ז בתורת ודאי, או דפליג וס"ל דהמע"ה הוא פסק מספק.

ובביאור ד' יעוי' בקוה"ע (סי' עא) דכתב דיש ב' אופנים היאך להתנהג בספיקות הראשון הנהגה ע"פ עדים דאמרה תורה לנהוג על פיהם אבל עדין לא נשתנה הדין כלל מכפי שהוא באמת מחמת הגדתן, ומה"ט ב' עדים המעידים על חתיכה זו דהיא של שומן ואחד יודע בה שהיא של חלב אסור לו לאוכלה ולהאכילה לאחר למי שאינו יודע ומכיר בה, ואם האכיל עובר משום לפני עיור, והוא כפהנ"ל דלא נשתנה הדין מכמות שהוא ע"פ עדותן של עדים, וזהו נמי ביאור המשנה דיבמות (פו ב) ניסת ע"פ שני עדים שאמרו מת בעלה ואח"כ בא

דרכה ס"ל תק"כ מוציאין אותו מידו דס"ל דהמע"ה הוא פסק מספק ושייך לישראל בודאי עד שיביא שכנגדו ראייה, ומאידך ר' המנונא ס"ל דפסק דהמע"ה הוא פסק מספק ומה"ט אין מוציאין מידו של כהן [דמספיקא לא עבדי' עובדא], וכן"ל.

ז. ובקונטה"ס (א-ו) הביא קושית מהר"י באסאן דהק' בכל ספק ממון דמשאירין אותו אצל המוחזק דאמר' המע"ה איך מותר להשאירו אצלו כיון והוא ספק גזל בידו, ואכן לפמשנת"ל ביארו האחרונים דאי הוי המע"ה הכרעה בודאי [בין אם נשתנה דינו בין אם לא נשתנה דינו כחזקה דמעיקרא] מ"מ לא הוי ספק גזל דכ"ה ציווי התורה לילך בממון אחר המוחזק בו והרי הוא שלו בתורת ודאי. אך אי נימא דהכרעת המע"ה הוא מספק הדרק"ל משה"ק מהר"י באסאן דהוי ספק גזל ומ"ט אזלי' בתר מוחזק, וצ"ת.

ח. והנה בגמ' דמקשה אדר' המנונא מברייטא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו נמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן, ובפשטות דברי הגמרא משמע דכל זה קשה אליבא דר' המנונא אך לשיטת רבה דס"ל דתק"כ מוציאין אותו מידו לא קשיא מהא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ויל"ע דהרי סו"ס בהמה זו היא ספק ממון כהן ומ"ט יכול הישראל לפטור עצמו בספק ממון שאינו שלו, וע"כ דמבואר כאן דאי סבירא לן דתקפו כהן מוציאין אותו מידו ויש לו זכויות בממון זה אפילו לאחר שיצא החפץ מתחת ידו הרי הישראל חשיב כבעלים בודאי לגבי הדיני ממונות וזכות שימושים, ומה"ט אם

במאי פליגי, די"ל דרב הדס"ל דתק"כ מוציאין אותו מידו הדין של מוחזק גדרו כהכרעת רוב דנשתנה דין הבעלות וה"ז שלו בודאי, ועל זה פליג ר' המנונא וס"ל דגדר המוחזק אינו כהכרעה של רוב ולא השתנה דין הבעלות [דהרי הוא עצמו שנאמר שהשתנה הדין כהכרעה של רוב ה"ז חידוש, דבריש פ' הפרה ילפי' לה מסברא לא הוי ידעי' לה מאן דכאיב ל' כאיבא ליזיל לבי אסיא, ומסברא לא הוי ידעי' דיהי' פסק דהמע"ה כהכרעת רוב דמשתנה דינו ואף אי נימא דלהא אהני קרא דמייתי התם "מי איש דברים יגש אלי" מ"מ מהיכ"ת לומר דאף השתנה דינו וזהו סברת ר' המנונא].

ובאופ"א י"ל דאה"נ ופסק דהמע"ה הוי כפסק של חזקות, והיינו דלא השתנה דין הבעלות ועדיו הוא מספק ברשות שניהם, ורק מחמת שמוחזק בו אמר' העמד דבר על חזקתו ולהשאירו אצלו וכל זמן שלא הביא שכנגדו ראייה ס"ל לרבה דמוציאין מיד התופס בו, ור' המנונא פליג וס"ל דאין מוציאין ממנו דכל כח המוחזקות שיש לו הוא דוקא כשלא יצא מתחת ידו ואז יכול אפ' לקדש אשה בממון זה דהוא שך בתורת ודאי כל זמן ולא יצא ממנו ממון זה והיינו דשייך לו בבעלות גמורה כלפי הזכויות בשימושים, אע"ג דכלפי הבעלות האמיתית אכתי יש ס' ברשות מי עומד, מ"מ כ"ז וקאי גבי הישראל ממון זה ה"ה שלו בודאי, וה"ט דס"ל לרבה תק"כ מוציאין מידו.

ובאופ"א יש לבאר בפלוגתייהו, דהא גופא פליגי רבה ור' המנונא,

יקדש אשה בממון זה הרי היא מקודשת בודאי, ומה"ט נמי יכול להכניסה לדיר להתעשר.

שיתפוס הכהן אמרי' דאפילו תפיסה כל שהוא מועילה להוציא כח המוחזקות ולהעבירה לאחר.

ז. אשר ע"כ נראה לבאר בפלוגת רבה ור' המנונא דרבה ס"ל דיש לו כח של מוחזקות לישראל, ור' המנונא פליג וס"ל דאין לו לישראל כח של מוחזקות דאם היה כח של מוחזק הי' שאר זה גם לאחר שיצא החפץ מתחת ידו של הישראל, וזה פריך בגמ' אדר' המנונא מהא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, דבשלמא אי תקפו כהן מוציאין מידו שפיר אמרינן דבשביל חזקת מרא קמא של הבעלים חשיב כאילו היא ודאי שלו, והויה עשירי ודאי, אלא אי אמרת דתקפו כהן אין מוציאין, אלמא דחזקת מרא קמא אינה מהני להחשיבו כודאי שלו מדמהני תפיסת הכהן, נהי דכל זמן שהוא ביד הבעלים זכתה התורה לה, לא עדיף מלקוח ואיך פטרי נפשיה ביה.

י. והנה במשה"ק לעיל דהוי ספק גזל לר' המנונא דהוי מוחזק מספק י"ל דגם ר' המנונא מודה דכיון ויש הכרעה עכשיו דממון זה הוא של המוחזק בו ונפק"מ דיש לו בממון זה זכות שימושים [אע"ג דאינו הבעלים האמיתין] כיון ויש לו זכות לשימוש תו לא הוי גזלה בידו ורק לענין בעלות פליג ר' המנונא וס"ל דע"י זכות השימושים לבד לא נעשה הישראל לבעלים בודאי, [ולפ"ז אף לענין קידושי אשה הוי מספק, וה"נ דלא יכנסו לדיר להתעשר, דנמצא זה פוטר עצמו וכו'].

ומעתה יש להבין קושיית הגמ' מההיא דר' חנניה דהספיקות נכנסין וכו', דלעיל נתפרש בג' אופנים לבאר פלוגת רבה ור' המנונא, [ע"י קונטה"ס א-ו] ואי נימא דר' המנונא מודה ליסוד זה דכל זמן והחפץ תחת ידו של הישראל ה"ז חשיב כמוחזק ורק לאחר שתקף ממנו הכהן ס"ל לר' המנונא דפקע הכח וזכות שימושים בחפץ ולא ס"ל דכחו של מוחזק ממשיך גם לאחר שיצא החפץ מתחת ידו כל זמן ולא הביא שכנגדו ראיות.

וא"כ דזו שיטת ר' המנונא יל"ע מאי מק' הגמ' עלי' דר' המנונא מהא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, והרי אף ר' המנונא מודה דכל זמן והחפץ תחת יד הישראל הרי הוא מוחזק בתורת ודאי [ומש"ה יכול ג"כ לקדש אשה בממון זה] ומש"ה יכול ג"כ להכיסו לדיר להתעשר.

ואי נימא דפליגי אי בעי' למוחזקות תפיסה דרך בעלות וסתם תפיסה לא הוי דרך בעלות, וע"ז פליג ר' המנונא וס"ל דלא בעי' תפיסה דרך בעלות ואף תפיסה כלשהוא מועילה, א"כ אכתי לא תקשי עלי' דר' המנונא מהא דר' חנניה, משום דמה שנכנסין לדיר להתעשר משום דכל זמן ולא יצא מתחת יד הישראל הרי הוא מוחזק בבעלות גמורה ורק לאחר

הבה"ח חיים ישראל ערבליך נ"ו

בגדר דין מוחזק ותפיסה בספיקות

אפשר לומר שכל דין המוציא מחבירו עליו הראיה במוחזק הפשט הוא שלא מוציאים ממון מספק, וכשתופס בטענת שמא גם הוא מודה שיש כאן ספק וא"כ הוא מודה שהוציא שלא כדין ולכן תפיסתו לא מועילה אבל אם תופס בטענת ברי הוא לא טוען שהוא רק מוחזק אלא שזה שלו ולפי טענתו בתפיסתו אינו גזלן ולכן התפיסה מועילה.

הרמב"ן גם מקשה את קושית התוס' מהגמ' בכתובות ומיישב משם מועיל תפיסה משום דה תרי ותרי ותפיסה מועילה בתרי ותרי, והפשט בזה הוא שהגמ' דנה אם תרי ותרי הוי ספיקא דאוריתא או דרבנן, והינו שבכל ספק איסור מעמידים על החזקא דמעיקרא שמה שהיו עד עכשיו נשאר, ובתרי ותרי יש צד שזה ספק דאו' ולא יעמידו על החזקה שהרי חזקה זו הכרעה ואין הכרעה יותר טובה מעדים וא"כ לא שייך להכריע ספק שנוצר ע"י העדים, ולפי"ז גם בממון יועיל תפיסה, ממוחזק משום שמוחזק זה הכרעה וספק שנוצר ע"י עדים א"א להכריעו ולכן בתרי ותרי אין דין מוחזק ומהני תפיסה.

דהנה יש לחקור בדין מוחזק אם הדין הזה של המוציא מחבירו עליו הראיה הוא מדין שאין מוציאים ממון מספק או שזה כמו חזקה באיסורים וזה מכריע את הספק כמו חזקה ואם זה הכרעה מובן מדוע בתרי ותרי אין דין

התוס' בד"ה פוטר ממונו בממון כהן כתבו דהמסקנא היא דתקפו כהן מוציאים מידו ולא מועילה תפיסה בספיקות, והקשו התוס' מהגמ' בכתובות (כ.) גבי שניים החתומין על השטר ושנים אחרים טוענים שהם היו אנוסים ואינם נאמנים וא"כ יש פה תרי ותרי, והדין הוא שלא מגבינן מיניה ולא קרעינן ליה מספק, ופרש רש"י דהנפק"מ בזה שלא קרעינן ליה הוא למקר שהמלוה יתפוס את השטר, וחזינן דתפיסה בספיקות מועילה ואין מוציאים מידו, ואי"ז כמו שמבואר במסקנת סוגיין מוציאים מידו, ותרצו התוס' בכתובות דמייירי שהמלוה תפס לפני שהעדים השניים הגיעו והוי תפיסה קודם שנולד הספק וכזו תפיסה מועילה.

אמנם התוס' בכתובות והרא"ש בסוגיין מתרצים תרוץ אחר – שכל מה שכתוב פה שתקפו כהן מוציאים מידו ואין תפיסתו מועילה זה משום דכאן הוי טענת שמא אבל בטענת ברי מועיל תפיסה אבל שם בכתובות הוי תפיסה בטענת ברי ולכן אפילו שכאן כתוב שתפיסה לא מועילה שם התפיסה מועילה.

ולכאורה צ"ב מה הנ"מ בין ב' הציורים הרי הכתובות כמו שהתופס ברי כך גם מי שכנגדו ברי ולכא"ו הוי בדיוק כמו ששניהם שמא ומדוע בטענת ברי נגד ברי מועילה תפיסה ובטענת שמא נגד טענת שמא לא מועילה תפיסה.

מוחזק ומועיל תפיסה משום דהוי כחזקה שאין מועילה בתרי ותרי, אבל אם המע"ה זה דין שאין מוציאין ממון מספק, זה שייך גם בספק של תרי ותרי ולא מהני תפיסה.

ונמצא דהרמב"ן סובר שמוחזק מועיל מדין חזקה דמעיקרא בספיקות ואילו התוס' בכתובות והרא"ש ס"ל שמוחזק מעליו משום שאין מוציאין ממון מספק ולכן התפיסה בברי מועילה ולא בשמא דבברי אי"ז גזילה לטענתו ובשמא כן, וכמו שבארנו.

אמנם בדעת הרמב"ן צ"ב שהרי בקונטרס הספיקות מסתפק לגבי חזקת מרא קמא אם זה כמו חזקה דמעיקרא באיסורים או לא, ומשמע שמוחזק ודאי אינו רק כמו חזקה באיסורים אלא יותר מזה (שהרי מוחזק הוא יותר ממרא קמא) ואי"ז כמו שבארנו ברמב"ן שכל מוחזק זה ככל חזקה באיסורים.

ונראה לבאר דודאי שייך לבאר בכל מוחזקות צשזה מועיל מדין חזקה באיסורים שהרי במוחזק הספק הוא על הגברא אם הוא חייב או לא חייב

וכשהמוחזק אומר שהוא פטור הכונה שהגבר פטור וא"כ ודאי שייך להתיחס לזה כחזקה דמעיקרא – שנשאר עליו חזקת פטור. וא"כ מוחזקות זו הכרעה ושפיר שייך לפרש כמו שפרשנו בדעת הרמב"ן.

יצא שהתוס' בכתובות והרמב"ן נחלקו בשני דברים: א' – אם מוחזק מועיל מדין שאין מוציאין ממון מספק או דהוי הכרעת הספק כחזקה באיסורים ב' – אם התפיסה מועילה מדין הכרעת הספק או שהתפיסה מועילה אפילו שאינה פושטת את הספק, דהתוס' בכתובות סבירא ליה ואי"ז מכריע את הספק והרמב"ן ס"ל שזה מכריע את הספק.

הנה גם התוס' בסוגיין – שתי' דמהני תפיסת המלוה משום דהוי תפיסה קודם שנולד הספק סבירא ליה שאין התפיסה מועילה מדין הכרעת הספק שהרי זה שהספק נוצר אחר התפיסה לא מכריע את הספק אלא רק נותן לו דין מוחזקות, ונמצא שבנקודה זו – שהתפיסה לא מכריעה את הספק – שני התוס' שבשני המסכתות הם באותה שיטה.

הבה"ח יצחק פאלרוז ני"ו

בגדרי תפיסה ממוחזק

שראינו בשנים אוחזין שתפיסה לא מועילה זה כי התפיסה של כ"א היא בוודאי.

אבל עדיין צ"ע שהרא"ש בעצמו כ' לעיל (סי' א') וז"ל "אבל הכא דשניהם מוחזקים בגוף הטלית אנו מחוייבים למחות שלא יגזול האחד את חברו, הילכך אם היינו פוסקים להם דין כדא"ג אחד מהם היה גזול מה שביד חברו, והילכך אנו צריכים לפסוק להם דין חלוקה" עכ"ל. הרי להדיא שס"ל להרא"ש שהחלוקה זה כי א"א להוציא ממנו ולא שפסקנו שהוא בעלים?

ולכאן יש ליישב ע"פ מה שכ' בקונטרס הספיקות שהיק' על התוס' הנ"ל שתפיסה לא מועילה נגד פסק יחלוקו, שדבריו סתרי אהדדי, שבכתובות (כ.) כתבו התוס' שתקפו כהן מוציאין מידו כיון שתפס בטענת שמא אבל בתפיסה בטענת ברי, תפיסה מועילה לאחר שנולד הספק, וא"כ בסוגיא בב"ב בכותי שנפל דאמרי בברי למה שלא תועיל התפיסה? ותי' בשם אחיו שמה שמועיל תפיסה בטענת ברי זה רק במקום שמעיקרא היה הדין הממע"ה, רק שבהתחלה הראשון הו' היה המוחזק ועכשיו השני נהיה מוחזק אבל עצם הדין לא נשתנה, אבל אם מעיקרא הדין היה יחלוקו כגון ההיא דב"ב, בכה"ג לא מועיל תפיסה אפי' בטענת ברי לבטל את היחלוקו.

בעי' ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו, היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה, ואי דקא צווח מאי הוה ליה למיעבד, ע"כ. מוכח מסוגין מהא דאמרינן "מאי הוה ליה למיעבד" דתפיסה לא מועילה.

וכן בכל ספק ממון אם תקף האחד מוציאין מידו, וכן כ' הרמב"ן וז"ל "ואסיקנא נמי גבי ספק בכורות תקפו כהן מוציאין אותו מידו ש"מ דכל ספק ממונא דקי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפה בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה דאוקי ממונא בחזקת מריה ותקיפה בכה"ג לא מהני", עכ"ל. וכן היא שיטת הרשב"א והוכחתם מסוגין דפשיטא ליה לגמ' שאם צווח לא מהני התפיסה.

ומאידך ברא"ש כ' שבטענת ברי מהניא תפיסה וכן ברמב"ם כ' וז"ל "כל בכור שהוא ספק דינו שירעה עד שיפול בו מום ויאכל לבעליו ואם תפס אותו הכהן אין מוציאין אותו מידו" עכ"ל. הרי להדיא שהרמב"ם פסק שתפיסה מועילה. וק' מסוגיין שמשמע שתקפו כהן מוציאין מידו, הרי שתפיסה לא מועילה?

ובפשטות צ"ל שבשנים אוחזין אין ספק ממון, אלא לכ"א יש חצי בוודאי, וכשיטת התוס' לעיל (ב.) "דאוחזין שאני דחשיב כאי' כל א' יש לו בוודאי החצי דאנ"ס דמה דתפיס האי ידיה הוא" עכ"ל. אז תפיסה בעיקרון מועילה ומה

ובשיעורי הגרש"ר היקשה שמ"ל בכך שמעיקרא הדין היה הממע"ה וגם עכשיו הדין הוא הממע"ה, והרי זה לא אותו מוחזק?

וב' לבאר שבההיא דב"ב דהוי דררא דממונא הפסק דיחלוקו זה בגלל שיש ספק לפנינו וע"י התפיסה לא נהיה שינוי בסיבת הדין, (רק המוחזקות השתנתה ולא הסיבה לדין) לכן אמרינן יחלוקו, אבל בהממע"ה שפסקינן כך בגלל המוחזקות, בכה"ג התפיסה תועיל כיון שע"י התפיסה נוצר שינוי בסיבת הדין כי הראשון איבד את חזקתו ועכשיו השני מוחזק ולכן תועיל תפיסה.

ובעיקר תי' הקונה"ס, צ"ל שכל דבריו הם רק אם נאמר שבשניים או חזין המוחזקות של כל אחד מבטלת את המוחזקות של השני ומילא אף אחד לא מוחזק והיחלוקו הוי פשרא בספק, אבל מתוס' לעיל (ב.) משמע שהיחלוקו הוי בוודאי שכ"א מוחזק בחצי, ולפי"ז שוב קשה שאם כל הפסק של היחלוקו הוי מחמת שכ"א מוחזק בחצי א"כ למה לא תועיל תפיסה שהרי ע"י התפיסה הסיבה לפסק נשתנתה דמקודם כ"א היה מוחזק בחצי, ולאחר התפיסה התופס מוחזק בהכל?

וצ"ל שמהתוס' לעיל שכ' שבשניים או חזין חשיב כאי' לכ"א יש בוודאי החצי דאנ"ס דמה דתפיס האי

דידיה הוא משמע שהיחלוקו לא הוי מדין מוחזק בספיקות אלא שלכ"א יש מוחזקות גמורה מדין חזקה מה שתח"י שלו הוא, ולפי"ז א"ש שכל מה שתפיסה ממוחזק תועיל זה רק כשיש ספק ואמרינן הממע"ה שאז ע"י התפיסה משתנה הסיבה לפסק, אבל אם יש מוחזקות גמורה מדין חזקה מה שתח"י שלו, בכה"ג לא מהני התפיסה גם בטענת ברי, וזה הסיבה שבשניים או חזין תפיסה לא תועיל.

אלא שלבוא ולומר שהיחלוקו בשניים או חזין זה בגלל חזקה מה שתח"י שלו זה צ"ע, דאת הדין שחזקה מה שתח"י שלו יש לכאן לתלות בחזמ"ק שכיון שיש מר"ק זה הסיבה עכשיו לדוג' כשאדם חוטף חפץ מחבירו לפסוק חזקה מה שתח"י שלו אבל אצלינו לכאן' לא שייך מ"ק כיון דאיירי במציאה, וכל מה דפסקינן יחלוקו זה רק מדין הנהגה בספיקות ולא בוודאי? וצ"ע.

ועוד יש לבאר ע"פ הש"ך בספרו תקפו כהן (ק"ב), שגם לתוס' ולרא"ש שתפיסה מועילה בטענת ברי זה דווקא כשיש ספק לפנינו כגון ספיקא דדינא, אבל כשאין ספק לפנינו התפיסה לא תועיל דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה שכ"א יתפוס מהשני ויאמר שלי הוא, ולכן בשניים או חזין אין דררא דממונא, (כמובא לעיל ב.) וכיון שהספק לא לפנינו לא תועיל תפיסה.

הבה"ח בן ציון אריה הלוי פולק נ"ו

בביאור תירוצי הגמ' דסרכא ובביאור דברי רש"י

משמע מזה שהחידוש הוא גם לרבנן ודלא כהנ"ל, וי"ל דכוונת הגמ' שהביתא אזיל גם כרבנן רק החידוש הוא לסומכוס, וברש"י ד"ה אפי' כ' וז"ל כלומר ואלבא דסומכוס דמיקל בחלוקה ולא מצריך אפי' שבועה איצטריך לאשמועינן ע"כ, ונראה דהוקשה לרש"י לשון הגמ' ואפי' לסומכוס דמשמע שיש חידוש גם לרבנן וע"ז כ' כלומר ואלבא דסומכוס דהיינו שהחידוש הוא רק לסומכוס, וכוונת הגמ' צ"ל כנ"ל, [ובתוס' ר"פ משמע שדעת רש"י שיש חידוש גם לרבנן ויש לדחות ואכמ"ל].

ב. ובאמת צ"ב מדוע אין חידוש גם לרבנן הא לסק"ד שסרכא כלום היא א"כ גם לרבנן היה צריך להיות שחולקין [דומיא דשנים אוחזין בטלית שחולקין] ואעפ"כ אמרינן שהמע"ה וא"כ שפיר יש חידוש גם לרבנן, וכבר עמד בזה בתוס' רבינו פרץ ותירץ בשני אופנים א – דבאמת בסק"ד סברו דסרכא לאו כלום היא הואיל וחבירו מוחזק בה רק כיון דסריך תלינן דהיה מוחזק בה שעה אחת קודם לכן ועכשיו נשמטה מידו והשתא לרבנן אין שום חידוש דודאי לא אמרינן יחלוקו דכיון דעכשיו חבירו מוחזק בה צריך להביא ראיה בעדים שגם הוא היה מוחזק בה קודם לכן, אבל לסומכוס דבטענה מועטת חולקין סק"ד דאף בסרכא יחלוקו קמ"ל דסרכא לאו כלום היא, ב – דבאמת בסק"ד סברו שסרכא כלום היא רק חשיב

א. גמ' בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו וכו' ת"ש בד"א ששניהם אדוקין בה אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראיה, היכי דמי אי נימא כדקתני פשיטא וכו' ואיבעית אימא כדקתני דאתו לקמן כי תפיס לה חד מינייהו ואידך מיסרך בה סרוכי ואפי' לסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה מודה סומכוס דסרכא לאו כלום היא ע"כ.

וכתב רש"י בד"ה אפי' לסומכוס וז"ל כלומר ואלבא דסומכוס דמיקל בחלוקה ולא מצריך אפי' שבועה איצטריך לאשמועינן דבכה"ג מודי סומכוס דאפי' בשבועה לא שקיל דהא לאו ממון המוטל בספק הוא עכ"ד.

והנה יל"ע האם החידוש של הברייתא דסרכא לאו כלום היא זהו דווקא לסומכוס או דגם לרבנן יש חידוש, ובתוס' רבינו פרץ כתב להוכיח דהחידוש הוא רק לסומכוס מדהביאה הגמ' רק את סומכוס ולא הביאה את רבנן, ועוד יש להביא ראיה שהחידוש הוא רק לסומכוס דאי נימא שהחידוש הוא גם לרבנן א"כ ע"כ היה הברייתא רק כרבנן ולא כסומכוס דבפשטות הדין שהמע"ה זהו רק לרבנן ומהיכי תיתי לחדש שסומכוס מודה כאן ומזה שהגמ' אומרת שיש כאן חידוש לסומכוס ע"כ שאין שום חידוש לרבנן, והנה לשון הגמ' ואפי' לסומכוס ולכאור

מוחזק קטן והמחזיק חשיב מוחזק כלום והשתא לרבנן ודאי דאזלינן בתר מוחזק גדול והמוציא ממנו צריך להביא ראיה בעדים אבל לסומכוס דבטענה מועטת חולקין סק"ד דיחלוקו קמ"ל דסרכא לאו כלום היא עכ"ד.

אולם קשה דלקמן (דף ק' ע"א) כתבו התוס' בד"ה הא וז"ל ולא איירי סומכוס אלא בשאין מוחזק לא זה ולא זה אבל היכא דמוחזק מודה סומכוס דעל אידך להביא ראיה עכ"ד. וכן איתא שם בתוס' רבינו פרץ, ומבואר דהיכא דמוחזק חד מינייהו מודה סומכוס דאזלינן בתר המוחזק והמע"ה וא"כ קשה דגם לסומכוס אזלינן בסרכא בתר המוחזק ואין שום חידוש, ונראה לישב בזה דאף דמודה סומכוס היכא דיש מוחזק דאזלינן בתר המוחזק מ"מ היכא שיש לתלות שאף השני היה מוחזק מקודם ורק עכשיו נשמט ממנו תלינן דהיה מוחזק והוה מוחזק נגד מוחזק וחולקין דהא ס"ל לסומכוס דבסברא מועטת חולקין וכן אם השני היה מוחזק קטן ג"כ חשיב מוחזק נגד מוחזק דסגי בסברא מועטת אבל היכא דחד מינייהו מוחזק אמרינן דהמוציא מחבירו עליו הראיה בעדים.

[עוד יש להעיר לסומכוס דלכאור' לא שייך בסרכא יחלוקו דאין כאן דררא דממונא וכל מה שסומכוס חידש שחולקין זהו דוקא כשיש דררא דממונא כמב' לעיל (דף ב' ע"ב) ועיין בשיטמ"ק מה שתירץ בשם תוס' חיצוניות ואכמ"ל].

ג. והנה ברש"י ד"ה אפי' כ' וז"ל כלומר ואליבא דסומכוס דמיקל בחלוקה ולא

מצריך אפי' שבועה איצטריך לאשמועינן דבכה"ג מודי סומכוס דאפי' בשבועה לא שקיל דהא לאו ממון המוטל בספק הוא עכ"ד, ומבואר שנתחדש כאן בסרכא דאפי' בשבועה לא שקיל ומשמע שהיה סק"ד שיטול בשבועה, וצ"ב מהיכי תיתי ששבועה תועיל מ"נ או שיטול אף בלא שבועה וכדינא דסומכוס בעלמא דממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה או שיטול רק בעדים ורבנן, ועוד צ"ב באיזה שבועה מיירי רש"י, ונראה דכוונת רש"י בשבועה היינו שבועה דרבנן שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי הוא ומשום שעד כמה שבסק"ד סברו שסרכא כלום היא א"כ כדי שיטול חייב שבועה דרבנן שלא יהיה כאור"א הולך ותוקף ובזה מיושב הקושיא השניה באיזה שבועה מיירי הכא דמיירי בשבועה דרבנן וכנ"ל.

ועל הקושיא הראשונה י"ל דבאמת ודאי שעיקר החידוש הוא דסק"ד שסרכא כלום היא וקמ"ל דסרכא לאו כלום היא רק דכיון דאיכא הכא שבועה דרבנן וכנ"ל א"כ יש כאן חידוש יותר גדול דאפי' שזו טענה מבוררת אעפ"כ לא שקיל ולא שבלא"ה שבועה היתה מועילה דבאמת שבועה לא מועילה רק כיון דאמר סומכוס ממון המוטל בספק חולקין ואף בלא שבועה והיינו דבטענה מועטת חולקין וכ"ש כשיש שבועה המבררת את הטענה א"כ יש כאן חידוש יותר גדול דאפי' בשבועה שמבררת אין חולקין דסרכא לאו כלום היא.

[**וקצת** מדויק כן ברש"י לעיל שהחידוש הוא גם לענין השבועה שכ' רש"י

מעשה תקפו | בביאור תירוצי הגמ' דסרכא ובביאור דברי רש"י

קעז

בד"ה הראיה בעדים וצ"ב למה הוצרך שצריך עדים כדי להוציא מן המוחזק, אלא לפרש כאן שצריך עדים הרי החידוש של הביאור כנ"ל דבא לאפוקי משבועה הברייטא הוא דאזלינן בתר המוחזק ולא דבעינן עדים דוקא].

הבה"ח ישראל מאיר פילד ני"ו

בספק הגמ' בהקדישה ולא תקפה

א. ב"מ ו. הקדישה בלא תקפה מהו, כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי כמאן דתקפה דמי, או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה וכתוב ואיש כי יקדיש את ביתו קדש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו.

ילח"ק לצד א' של הגמ' דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, הא בקנין מסירה בהדיוט אם המקנה מוסר לקונה חפץ והמקנה עדין אוחדו בחפץ ואינו עוזבו ביד הקונה אז לא חל הקנין דלא הוי מסירה מעלייתא, ולכאור' ה"ה הכא אם מקדיש והשכנגדו עדין מחזיק בחפץ ואינו מניחו להקדיש אז מהי"ת שיחול ההקדש.

ועוד ק' דהגמ' בצד הב' של הספק מביאה דרשה מקרא (שמואל ב"מ כ"ב) דבכדי להקדיש צריך שיהיה ברשותו, וצ"ב וכי הגמ' בצד הא' בספק חולקת על הדרשה הזו, דלא מסתבר שלצד א' אי"צ שיהיה ברשותו.

ועוד דתוס' ביארו שהספק של הגמ' אי שתיקה כהודאה או לא, ובי' הבית הלוי (ח"ג ס' מ"ב או' ב') דהספק של הגמ' הוא באותו אופן של הספק הראשון בתקפה א' בפנינו דאיירי בשתק ולבסוף צווה אי הוי שתיקה כהודאה או לא, וק' דהא בגמ' לא מבואר כלל לא מענין שתיקה ולא מענין הודאה רק ענין של ברשותו.

והנה תוס' כ' לצד א' בספק דכיון דאודי ליה הוי כפיקדון, והק' הקצה"ח (רי"א – ג) דהא הרמב"ן ובעה"מ (ב"ק יח. מדפי הרי"ף) נחלקו בגזל ונתיאשו הבעלים דהגזלן קנה בקניני גזילה, והגזלן רוצה להחזירו לנגזל, אם הנגזל יכול להקדיש את החפץ הגזול לפני שהגזלן יחזיר לו, דהרמב"ן ס"ל דאינו יכול להקדיש כיון שיש לגזלן עדין קניני גזילה וזה מעכב את הבעלים מלהקדיש עד שיקנה החפץ בחזרה, ולבעה"מ יכול להקדיש כיון שזה לא אבוד ממנו כיון שהגזלן רוצה להחזיר לו, ונחלקו מה הגדר באינו ברשותו להרמב"ן אינו ברשותו הכונה שיש קנינים נגד בעלותו, להבעה"מ שאינו בשליטתו או שאבוד ממנו וכיון שרוצה להחזיר לו נחשב בשליטתו, והק'.

הקצה"ח להרמב"ן דבתוס' מבואר דאע"פ דבתורת גזל אתי לידיה אבל כיון דאודי ליה הוי כפיקדון ויכול להקדיש, וצ"ע.

ואפש"ל דהא גופא הספק של הגמ' דצד א' ס"ל דיכול להקדיש כהבעה"מ דכיון שזה לא אבוד ממנו דהרי תופס בטלית יכול להקדיש, והצד הב' ס"ל כהרמב"ן דכיון דיש קניני גזילה של השני שתופס בטלית אינו יכול להקדיש דל"ח ברשותו.

אמנם באמרי משה (ל"ד – ח) כ' דהכא בנידו"ד הרמב"ן יודה לבעה"מ

כמו תוס' דהכא בב' אוחזין בטלית זוכים מההפקר ומספק אנחנו מעמידים שכ"א זכה בחצי בשביל השני מבואר בגמ' לקמן ח. דהמגביה מציאה לחבירו זכה חבירו, וממילא כשא' מודה שהב' הגביה את כל הטלית הוי כאילו שהטלית כבר לא בידו אלא כמונח ע"ג קרקע ואין כאן קנייני גזילה, ועוד ראיתי בס' עקבי נזיקין (להגה"ר יעקב אדלשטיין זצ"ל) שהכריח שהרמב"ן ג"כ ס"ל דהחיסרון באינו ברשותו הוא מחמת שזה אבוד ממנו או שאינו בשליטתו וכהבועה"מ, אלא דגבי גזלן שרוצה להחזיר הרמב"ן פליג על הבעה"מ דס"ל דמה שרוצה להחזיר לבעלים זה לא עושה שיהיה בשליטתו כיון שיכול לחזור בו ולעכב החפץ אצלו כמו שגזל החפץ וזה לא משנה שהבעלים יודע מי הגזלן כיון שיכול לברוח, אבל בב' אוחזין בטלית אם א' מודה שהטלית של הב' אע"פ שעדין אוחזו בטלית, אז ודאי שהרמב"ן יודה להבעה"מ דהוי ברשותו דשניהם מחזיקים בטלית, אז הוי בשליטת שניהם וזה עדין לא אבוד מאף אחד עד שיתקוף לגמרי, (אמנם יל"ע בדבריו דברמב"ן נ' מפורש דחסר בקנינים של הבעלים, וצ"ע), וא"כ א"א לתלות בזה את הספק של הגמ'.

ב. והנה בריטב"א כ' דלצד א' בספק לא הכונה שלא צריך בכלל שיהיה ברשותו (וזה לא כהבעה"מ שהובא לעיל דבב' אוחזין הוי ברשותו כיון שאינו אבוד ממנו) אלא דהקדישו וידו באים כא', וכן בי' בחי' ר' מאיר שמחה דבצד א' הגמ' סברה דשניהם אוחזין וא"כ אין זה ברשותו כיון שהקדיש הקדישו ורשותו באים כא', (ובחי' רמ"ש כ' דיש לחלק בין הקדישו וידו באים כא' לדין גישו

וידו באים כא' והבן, ועי' קצה"ח סי' ר' סק"ה שכ' דבהקדש מהני באים כא' רק גבי אינו ברשותו ולא לגבי אינו שלו ע"ש, ולפי"ז א"ש החילוק), או"ד דבעינן כמו ביתו שיהיה ברשותו גם קודם שיקדיש.

ואפשר לבאר כן גם בתוס' (כמש"כ הריטב"א) דאין הספק סתם אם שתיקה כהודאה או לא, אלא הספק כמו שמבואר בגמ' אי הוי ברשותו או לא, ומבאר תוס' דאם זה ברשותו אז היה לו לצעוק וכיון ששתק ולא צעק הוי השתיקה הודאה, ואם ל"ה ברשותו לא היה לו לצעוק כי סבור שאינו יכול להקדיש וממילא השתיקה שלו לא נחשבת להודאה, וכ"כ המהר"י כ"ץ.

וצ"ב איך מהני הקדישו וידו באים כא' כדי להקדיש, ה"ז אף פעם לא ברשותו דעד שמקדיש לא הוי ברשותו כיון שגם הב' תופס וכדלעיל, וכשמקדיש מיד זה נכנס לרשות הקדש א"כ זה בכלל לא ברשותו, ומה מהני לי דהקדשו ורשותו באים כא'.

ובבית הלוי (שם) כ' וז"ל וכל האיביעיא הוא רק למ"ד דאין מוציאין אפי' בצוות לבסוף וכו', ומשו"ה אם הקדש הוא כתקיפה הרי הויא הודאה תוכ"ד של הקדש וחל ההקדש, עכ"ל, ויל"ע אם הביה"ל ס"ל כהריטב"א ותוכ"ד נחשב באים כא' או לא, (ובאילת השחר כ' דלהביה"ל איצ"ל כהריטב"א דהקדשו וידו באים כא'), אמנם גם להבית הלוי ק' דכשמקדיש זה התקיפה וע"ז הוא שותק תוכ"ד והשתיקה זה ההודאה ולמפרע חל ההקדש, וק' דג"כ ל"ה ברשותו, ועוד דלהקצוה"ח דההודאה זה שאינו נשבע דהיינו שמוותר על חלקו,

אז רק עכשיו ששותק מוותר ועד השתיקה זה לא ברשותו ואיך יכול לחול הקדש למפרע, דבשלמא להראשונים דהודאה היינו כפשוטו שמודה שאינו שלו הוי ברור למפרע שלא היה שלו גם בשעת ההקדשה והיה שפיר ברשות המקדיש אבל לקצה"ח צ"ע.

והקה"י במכתבו הנודע (נדפס בסוף ספר אהל תורה) כ' וז"ל ממילא הו"ל כאילו הוא המקדיש תפס שהרי תפיסת ההקדש מכוחו בא עכ"ל נמצא דהקדשו וידו באים כא' היינו דגם שזה הקדש אבל הוי ברשותו, וא"ש הספק של הגמ' דלצד א' מספיק שכשזה מוקדש זה ברשותו, ולצד ב' צריך שיהיה ברשותו לפני שמקדיש, ויל"ע לגבי מה זה נקרא ברשותו אחרי שזה כבר הקדש.

ג. ונראה דהדרך הפשוטה לבאר בכל מהלך הסוגיא הוא ע"פ הר"ן שמבאר דהספק של הגמ' ביסוד דין יחלוקו של שנים או חזין בטלית האם הוי בתורת ספק או בתורת ודאי, דאם החלוקה מתורת ודאי אין ספק הודאה מוציא מודאי חלוקה, אך אם הוי חלוקת ספק אפש"ל דאתי ספק הודאה ומוציא מספק חלוקה, ואם החלוקה מתורת ספק האם יכול להקדיש דהקדש כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתיה, וזה הכונה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דאי"צ קנין כיון שזה כבר קנוי להקדש דלה"ו אלא רק צריך גילוי דעת, (וכ"כ המאירי קידושין כט.), ולא הכונה שאמירתו לגבוה זה קנין כמו מסירתו להדיוט, ואשה"ט ג"כ ב' הצדדים בגמ'.

והנה בחי' ר' שמעון ב"ק סי' ל"ד או' ב' הק' לגבי שור הנסקל דאסור בהנאה, ומי שגנב שוהנ"ס וטבח חייב דו"ה, אע"פ שיש כלל דכל היכא דליכא במכירה ליתא בטביחה, ואיסוה"נ ליתא במכירה, בכ"ז חייב דו"ה, ובי' התוס' כיון דיכול למכור לעכו"ם חשיב דאיתא במכירה וממילא חייב גם בטו"מ, ומוכיח ר' שמעון דכל החיסרון של אינו ברשותו וכדו' הוא רק מצד הקונה וכיון שהקונה יכול לקנות ושפיר יהיה ברשותו חל הקנין, ומהשתא כיון שנתבאר בר"ן דבהקדש האמירה הוי גילוי דעת, ועד שהקדיש כיון דלה"ו הכל שייך להקב"ה ונתן רשות לבנ"א להשתמש וכ"א הוא כמו שותף (או פחות משותף) עם הקב"ה, וכשמקדיש מפקיע את בעלותו מהחפץ וממילא חל ההקדש, דהקדש אינם צריכים לקנות את החפץ, וא"כ א"ש מש"כ הריטב"א דהקדשו ורשותו באים כאחת, דכל מה שצריך ברשותו היינו שצריך שזה יהיה ברשות הקונה, שהקנין יגרום שיהיה ברשות הקונה ואע"פ שלפני הקנין זה לא היה ברשות המוכר, (אמנם ר' שמעון לא כ"כ אלא כ' דבהקדש הקנין כן חל מצד המקנה ואולי ס"ל כהר"ן נדרים כ"ט: וצ"ע הסתירה בר"ן), וגם משה"ק על דברי הגמ' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דבמסירה בכה"ג שהמקנה עדין מחזיק בהחפץ אינו קונה וה"ה הכא בהקדש, לכאו' אפש"ל דה"פ כמו שבמסירה עיקר הפעולה הוא הפקעת הבעלות דהרי הקונה אינו עושה שום פעולה לקנות את החפץ, ה"ה בהקדש עיקר המעשה שצריך לעשות כדי להקדיש הוא להפקיע את הבעלות ואשה"ט.

הבה"ח דוד יצחק הלוי פישל נ"ו

בענין פדיית פטר חמור

החמור, והב', שהשה שנפדה עליו נעשה ממון כהן, ומעתה יש לעי' אי חלות הפדיון היינו במה שנעשה השה ממון כהן, או דעצם הפדיון לחמור היינו שמפריש שה תחת החמור, ורק דדין הפדיון הוא דאחר שנפדה נהיה ממון כהן.

והנה מצינו פדיון פטר חמור שהוא בהפרשה לבד בלי נתינה לכהן, דבגמ' בכורות דף י"א ואמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא ישראל שהיו לו עשה פטרי חמורין ודאי בתוך ביתו נפלו לו מבית אבי אמו כהן ואותו אבי אמו כהן נפלו לו מבית אבי אמו ישראל מפריש עליהם עשרה שיין ומעשרן והם שלו, והיינו דאחר שנולדו אצל ישראל י' פטרי חמור חל עליהם חובת פדיון, וכיון דירשו בן בתו כהן זכה הכהן בממון השבט והיה שלו, ומשו"ה אם ירשו בן בתו ישראל מפריש והם שלו, דא"צ לתתם לכהן אחר שכבר בא לשבט הכהונה.

ולכא' צ"ב בזה דהרי מה שהכהן זוכה היינו בפדיון החמור, וא"כ איך זכה הכהן כל זמן שעדין לא נפדו, ומה טעם דאי ירשו בן בתו ישראל מפריש עליהם והם שלו.

וקא חזינן, דזכות הכהנים אינו רק בשם שניתן להם בפדיון, ואלא דבעצם החמור יש להם ג"כ זכות, [ולפי"ז יש להסתפק אם נגנב למי ישלם וכן לענין

גמ' דאמר ר' נחמן אמר רבה בר אבוא ישראל שיש לו עשרה ספק פטרי חמור בתוך ביתו מפריש עליהם עשר השיין ומעשרן והן שלו, והק' תוס' שם וז"ל תימה דבפ"ק דבכורות אמרינן דשה אחד פוטר כמה פטרי חמורים ומה צריך עשרה שיין עכ"ד, והנה במתני' בבכורות דף ט' ע"א אי' גבי פדיון פטר חמור "ופודה בו פעמים הרבה", וכ' רש"י שם דהיינו אם חזר כהן ונתנו לישראל ויש לו פטרי חמורים יכול לפדותן בו עכ"ד, ובתוס' שם [דף ד' ע"ב ד"ה ופודה בו פעמים הרבה] הביא דברי רש"י ובר"ת פ"י דאספק קאי דמפריש והוא לעצמו, ובספק זה לא יצא מידי הוצרך למתני' שחוזר ופודה בו ספק אחר פעמים הרבה.

ובתוס' שם בדף יא הק' דלפי פ"י ר"ת דחוזר ופודה פעמים הרבה אספיקות קאי אמאי בעי עשרה שיין הא סגי שה אחד, אבל לרש"י דאינו חוזר ופודה בו אא"כ נותנו לכהן וחזר ולקחו ניחא, וחזינן דלדברי רש"י לאחר שפדה בו פעם אחת אינו יכול לחזור ולפדות בו, ולכא' צ"ב בזה דהרי אחר שפדאו מניחו לעצמו כיון דהוה מוחזק וא"כ הוה שלו בודאי, וגם דקא חזינן דסוגיא דידן דחשיב עשירי ודאי משו"ה, וא"כ אמאי אינו יכול לחזור ולפדות בו שנית.

והנה בעיקר דינא דפדיון פטר חמור נכלל בזה ב' חלקים, הא', דנפדה קדושת

שאר דברים מי בעלים הממון], ומ"מ חזינן דשייך פדיון גם בהפרשה לבד, באופן שהוא כבר בלא"ה נהיה ממון השבט.

ולכאן יש לעי' דבכהן שירש מאבי אמו ישראל פטרי חמור, דהרי פטרי חמור אסור בהנאה קודם הפדיון, וא"כ הרי בחלק שצריך פדיון אינו בעלים, ואיך זכה הכהן בזה, ואולי יש לומר בזה דאע"ג דאינו בעלים מ"מ איכא סיבת הבעלות לישראל. שהוא המוריש וזה שייך גם באיסור"נ, וא"כ יכול להוריש זאת ג"כ, וכמו דמצינו דשייך להוריש גם בדבר שאינו ממון ממש, ובסתם הקנאה אין שייך לקנות בזה מ"מ ירושה שאני, (ועי' מחנ"א הל' טובת הנאה סי' א').

אמנם אכתי יש להסתפק דהיכי דיש לכהן זכות בפטר חמור ועדין לא זכו שבט הכהונה בו, אי באופן זה תליא הפדיון והממון כהן זה בזה, או דדין הפדיון הוא הפרשה, ורק דאחר הפרשה בעי לתנו לכהן.

וא"כ אפ' דבזה פליגי רש"י ותוס' אם יכול לחזור הישראל ולפדות פטר חמור לאחר שכבר פדה בו ספק פעם אחת, דלדברי התוס' דהוה הפדיון בהפרשה לבד, ומשו"ה כיון שנשאר בבעלות הישראל יכול להמשיך ולפדות פעמים הרבה, משא"כ רש"י סבר דהפדיון חל רק ע"י שנהיה ממון כהן, והא דמהני בספק פדיון פטר חמור אף שהם שלו ואינם ניתנים לכהן היינו משום דהצד דהוה פטר חמור זכה הכהן, (ויש לעי' בזה איך זכה הכהן והרי לא נתנו לכהן אלא הניחו הישראל ברשות עצמו).

דהנה הרע"א (בתשו' מהדו"ת סי' נ"ב) הק' דכיון דאם קידש אשה בעד אחד, מסופקים אנו לדינא אי הוה קידושין או לא, ואם יתבע אותה להחזיר הממון, הרי יהיה הדין דאיכא חזקת מרא קמא, וא"כ תפיסתה מספק לא מהני דהוה קי"ל לרוב ראשונים דתקפו כהן מוציאים מידו, וא"כ אין כאן כסף קידושין, כיון דלא זכתה וצריכה להחזירם, וא"כ במה נתקדשה דהרי אין כאן מעות קידושין.

וב' ע"ז בחזו"א (אבהע"ז סי' ל"ט סק"ג) דהא דאמרינן דממון הוה בבעלותו של המוחזק בו הוא לגבי הממון, אבל במציאות האמיתית הרי עדיין איכא ספק בזה, וא"כ להצד דנתקדשה האשה זכתה בממון בבעלותה אמיתית ורק דאינה יכולה להניח הממון אצלה, דאיכא חזקת מרא קמא, ומ"מ אם יתברר הספק אח"כ דהוה קידושין, הוה שלה מלמפרע, ורק דכל זמן שלא הוברר אמרינן מספק דאזלינן אחר מר"ק.

וא"כ בפטר חמור סבר רש"י דאף דכדי ליפדות בעי שיהא ממון כהן, מ"מ בספק הפדיון הוא ע"י שנהיה השה בזכות הבעלות האמיתית של כהן, וכיון דהוה מוחזק בזה מניחו אצלו, ומ"מ נשאר עדין בעלות זו, וא"כ כשבא לפדות ע"ז פטר חמור אחר אינו יכול ליפדות דשמא הוא של הכהן כבר וכלפי שמיא גליא דזה שלו, וא"כ לא שייך לפדות בזה הספק השני, ומשו"ה פליג רש"י על תוס' וס"ל דא"א לומר דקאי על ספק פטר חמור, ואלא איירי בודאי שכבר נתנו לכהן והחזירו הכהן לישראל ומשו"ה שייך לחזור ולפדות.

ואמנם יתכן עוד דגם התוס' ס"ל דהפדיון הוא ע"י שנעשה ממון כהן, ומ"מ ס"ל דכיון דהישראל אינו צריך לתנו לכהן משום שהוא מוחזק, וא"כ כבר בתורת ודאי הוה ג"כ שלו, ופקע גם הבעלות האמיתית, וא"כ ה"ה כישאל שירש מאבי אמו כהן י' פטרי חמורים, דחל הפדיון ע"י הפרשה לבד, וא"כ מה שהק' תוס' דלמה לי עשרה שיין הרי בשה אחד סגי בספק פדיון פטר חמור, צריך לומר לכאור' דהיינו בזה אחר זה ולא בב"א, דבעי שכל פדיון יהא ממון כהן, ורק לאח"כ יכול לחזור ולפדות וכיון דחזור אליו בתורת ודאי.

ויש להוכיח דצריך לומר כן דהוה שלו לגמרי גם אי איכא בעלות אמיתית, מ"מ ע"י מוחזקות יורד בעלות זו, דהנה בבכורות [י"ב ע"ב] אי' דעת ר"א דחלות פדית פטר חמור ופדיון הבן הוא רק בנתינה לכהן, ואמרו בגמ' שם דמודה ר"א בישראל שיש לו ספק פטר חמור בתוך ביתו שמפריש טלה עליו והוא שלו, והיינו דהתם סגי בהפרשה, והק' בגבורת ארי דהא לדברי ר"א כל כמה דלא מטי שה ליד כהן עדין החמור באיסורו עומד, וא"כ בפטר חמור ספק אמאי סגי במפריש טלה והוא שלו, והרי על הצד שהוא בכור בעי שיתן שה תחתו לכהן.

והוכיח מזה דדבר שבממון כיון דקי"ל המע"ה היינו כודאי דאין לכהן כלום בזה, וממילא פקעי האיסור בהפרשה לחוד גם אי לא בא ליד כהן, והוה כפטר חמור שירשו מאבי אמו כהן, דהפדיון ע"י הפרשה לבד, והיינו דאפי' דס"ל דבשבילפדיון בעי נתינה לכהן, מ"מ כל זה רק היא דיש זכות כהן, ואם אין זכות כהן

סגי בהפרשה, וא"כ ה"ה בספק פטר חמור דאין כאן ממון לכהן משום דהישראל מוחזק, משו"ה מודה דסגי הפרשה לבד.

אמנם לפי"ז צ"ב דעת רש"י דאף בספיקות חל הפדיון ע"י שנהיה ממון כהן, הא חזינן דפקע כח דכהן, ואף דהצד דזהו של כהן זכה בו הישראל, דהרי אמרינן דהוה כירש מאבי אמו כהן ושם אינו כלל מון כהן אלא הפרשה, וצ"ל דכל מש"כ הגבורת ארי היינו גבי הממון שבזה דאין כאן ממון כהן כלל משום מוחזקותו, ומ"מ ספק בעלים קא חזינן לענין ביכורים דחשיב אדמתן להצד דהוא שלו, ומביא ביכורים, משו"ה ואם קידש אשה מקודשת, ורק מה שתלוי במוחזקות הדבר הוה ודאי שלו, ויש להוסיף בביאור הדבר דהחזו"א [בכורות ס"ז סק"ח] כת' דמה שמוציאים מידו מספק חשיב כאילו זכה שעה אחת ונפסד מידו, והרי אם יבורר הדבר יחזור אליו, והיינו דהממון בפועל אזלינן בתר מוחזק וא"כ לדברי רש"י ההפרשה הוא במה שנעשה ממון כהן ובספק פטר חמור אמרינן דהפדיון ע"י זכיה בקנין האמיתי, ובזה א"צ נתינה, דעכשיו הוא הבעלים.

והנה ברמ"א (סי' שכ"א סעי' ה') הביא דין זה, וכת' הש"ך (שם סק"ג) דרשאי לאחר שפדה בו ספק לפדות עליו ודאי פטר חמור, ובמנחת חינוך [מצוה כ"ב או' ט"ו ד"ה והנה מש"כ הש"ך] דאם אחר שבא ליד כהן אינו תופס אותו בשביל הספק, וא"כ נפדה הודאי, אבל אם אומר אח"כ דתופסו בשביל הספק לא נפדה הודאי, וכ' דלפי"ז אפ' דגם אם אינו אומר מ"מ כיון דיכול לתפוס דיש לו דררא בזה,

א"כ עכשיו שנותן לו בשביל הודאי הוה בידו ברשות, וא"כ יכול לתפוס בשביל הספק, [ובעצם מש"כ דהוה ברשות כיון דנותנו לבד לכאו' אפשר דהוא נותן לו רשות רק על ודאי ולא על ספק ויל"ע בזה].

ולכאו' תליא בפלוגתא דרש"י ותוס' לפי מש"כ לעיל, דהרי דעת רש"י דחלות הפדיון הוא ע"י שחל ממון כהן על זה, ומשו"ה מהני בספק דהצד שהוא פטר חמור זכה הכהן בבעלות האמיתית, וא"כ אם גם הראשון וגם השני בכור א"א לחזור ולפדותו, וא"כ ניחא דברי המנ"ח.

אמנם לפי שיטת התוס' דהפדיון סגי בהפרשה גרידא, ומשו"ה נשאר

השה בבעלות ישראל ומשו"ה נשאר השה בבעלות ישראל ומשו"ה יכול לפדות פעמים הרבה, וגם אפ' דלהתוס' ג"כ דבמקום שיש זכות לכהן, וחל הפדיון ע"י שנהיה ממון כהן, ואלא דע"י דהישראל מוחזק ופקע זכות הכהן בתורת ודאי, וא"כ לכאו' לפי"ז אחר שפדה הספק והשאירו אצלו הוה שלו לגמרי, וכשפדה הודאי אין שייך לומר שיתפוס עבור הספק, דהרי זה כבר פקע.

ובאמת הש"ך דכת' דאפ' לפדות ודאי אחר ספק, קאי התם על דברי הרמ"א והרמ"א פסק כדברי התוס' דאפ' לפדות ספק אחר ספק, ועל זה כ' הש"ך דגם ודאי אחר ספק שייך לפדות, אבל כל זה לתוס' ולרש"י אינו מיושב דברי הש"ך.

הבה"ח דניאל צמח נ"ו

בענין הפשיטות ממסותא לדעת התוס'

שהגמ' פושטת ממסותא ששם בהכרח תיקה לא כהודאה, כי הרי אם הספק היה האם שתיקה כהודאה במסותא א"כ מה הפשיטות מבכור, ואם פשוט להם ששתיקה כהודאה אז מה בכלל הספק שלהם. ובהכרח שתיקה לאו כהודאה וספק הגמ' במסותא הוא אחרת כמו שתוס' כתבו לגבי כד"ג, ורק שמירי במסותא במקרה בשתק וצווח ואז ממילא נפשט הספק – ובמהר"ם כתב שהתוס' ס"ל שנפשט הספק מהמס"ק של הגמ' "במאי הוי עלה דמסותא, כי אם ממסותא מה ענין זה לזה, אלא שבמס"ק רואים שדבר שא"א להוציאו בדינים לא קדוש.

[וצ"ב על המהר"ם שלכאור' זה לא סותר להסביר את ספק הגמ' בצורה אחרת וגם לומר שמירי שם בשתק וצווח כדי לשפוט שלא קדוש וכפנ"י. ועוד קשה שלכאור' סותר את עצמו, שבד"ה אח"כ במסקנא דלא, כתב שלכאור' יש סתירה בתוספותים, שבתוס' ד"ה הקדישה תוס' כתב שבמסותא מירי בשתק וצווח משמע הספק האם שתיקה כמו הודאה או לא, ובד"ה אח"כ הסביר אחרת ותירץ שם שלהו"א שמירי במסותא מטלטלין אז אין דין כד"ג אז הספק הוא האם שתיקה כהודאה, ולמסק' שמירי בקרקע אז ספק הגמ' הוא בדין כד"ג וכנ"ל, ומשמע מדבריו שבהו"א הספק במסותא זה בשתיקה כהודאה, וא"כ למה כתב שהגמ'

ב"מ ו: בסוגיית תקפו כהן, בתוד"ה הקדישה: תוס' הסביר את ספק הגמ' הקדישה בלא תקפה שהמקדיש ודאי שחשיב כתקף (במקרה שמועיל), והספק האם שתיקת השני נחשבת הודאה וממילא זה פיקדון גביו, או"ד שלא נחשב שהודה כי אי"צ להגיב על דיבורים, וממילא לא נחשב שתקף – ובתודה והכא, מסביר את ספק הגמ' במסותא בצורה אחרת, שכיון שהדין במסותא כד"ג (ומה שתוס' כותב בקרקע, לראו"ר זה ה"ה במטלטלי, כי כאן לא מירי באוחזין כדי שיעשו יחלוקו וכתוס' לעיל ב., ועיין בשיעורי רה"י שהסביר לפ"ז לשון התוס') וס"ל לתוס' שאפשר לחזור ולתקוף בדין כד"ג, ולא כדעת הרא"ש, וממילא הספק האם כשמקדש בלא תקיפה זה חשיב כמו תקף והקדיש, שאז א"א להפקיע. והקדש יותר מתקיפה. ונותנים לו כח יותר ממה שמגיע לו בדין כד"ג שההקדש לא יפקע – או"ד (ע"פ הסבר הקה"י במכתב) שכיון שהקדש צריך לחול ולזה אין לו כוח לגרום שלא יהיה את הדין של כד"ג ולכן לא חל. והרה"י שליט"א הסביר קצת אחרת, שכיון שהקדש יצטרך להיפקע בגלל דין כד"ג וזה א"א שיקרה לכן מילא לא חל הקדש מלכתחילה. (עיין ר"ן ורא"ש ורש"י בספק במסותא).

ובפשיטות של הספק בהקדש לתוס' יש כמה דרכים. בפנ"י כתב

יעזור, ומה שלא קדוש כי זה בעיה בהקדשה.

וצ"ב א. היכן ראה שתוס' כתבו כדבריו, שהרי תוס' כתבו שפושטים שלא חשיב הודאה, ואם כדבריו אז אין פשיטות לכלום אלא פשיטת דין. [וגם למצינים תוה"ר צ"ב שהוא כתב בדיוק כתוס' ומאי עדיפא, וע"ז י"ל אולי שהיה לו גירסא או תוס' אחר], ורק שצ"ב עוד ב. שלכאור' סותר את עצמו שהיר לעילב ספק של הקדש כתב שלצד שהוי הודאה זה פיקדון אצלו וקדוש כי הקדשו ורשותו וידו באים כאחד, וא"כ צ"ב למה כאן לא נגיד גם שההודאה שלו שזה בעצם יעשה שיוכל להוציא בדיינים וא"כ בשעת ההקדשה חשיב שיכל להוציא ויעזור להקדש לחול. וצ"ב מה שונה ההו"א מהמסק' שהשתנה הדין.

[ולרימב"א הנ"ל שפיר יש ליישב קושית המהרש"א על רש"י בספק במסותא, שא"א לומר שאם כרש"י אז מה פושטת מלקמן שזה ממון שלא יוצא וכו' ולכך לא קדוש, הרי עדיין יש הודאה כי אם מסבירים כריטב"א אז לא יעזור ההודאה שלו אם א"א להוציא כי זה בעיה בדיבורו וכנ"ל ושפיר המסק' לרש"י].

ולכאור' יש ליישב ע"פ הקצות בס' ר', שכתב לדון במקנה בית לחבירו בשטר ואת השטר מניח בתוך הבית שיקנה לו הבית בקנין חצר ע"י שיקנה הבית על השטר ונגיד שזה בא ביחד, וכמו שלגבי גט החצר לא שלה ורק ע"י הגט שלה, וזוכה בכאו"פ בגט ע"י החצר. וכתב שלא, כיון שצריך לקנותה בית בשביל "לקנות"

פושטת מלקמן כי במסותא אין ענין זה לזה, הרי בהו"א ספקם שווה, ועין מהר"ש שכתב שדברי המהר"ם תמוהים].

ובמהרש"א ביאר את דעת תוס' למה לא הסבירו במסותא את הספק כרש"י לגבי שתיקה כהודאה (אגב, צ"ב איך הוא הבין ברש"י כך, וכן איך המהר"ם הבין כך בתוס' הרי א"כ מה פושטת מבכור, וכקושית הפנ"י) כי א"כ הגמ' לא פושטת כלום לקמן במאי הוי עלה, כי הרי אפ' שא"א להוציא בדיינים, הרי עדין נחשיב הודאתו ויהיה קדוש. לצד שתיקה כהודאה אם כך הספק בהכרח ספק אחר, ופושטים שפיר מהמסק' שלא חשיב הודאה וכפנ"י – ויוצא מכאן שפטה הגמ' למסק' שלא הוי הודאה ממסותא וכפנ"י וכך לשון התוס' בד"ה הקדישה בסופו.

רק שבריטב"א כתב שהגמ' פושטת "ממאי הוי עלה" שזה לא קדוש, בגלל שיש בעיה כזאת להקדיש דבר שאתה לא יכול להוציאו בדיינים, ובעצם אמירת ההקדש יש בעיה.

ולכאור' גם יצא בדבריו שלא רק אם שתק אח"כ לא נחשיב השתיקה להודאה כמו שהוא כותב, אלא אפ' הוא יודה בפה לא יחשב הקדש ויצטרך להקדיש שוב. כי זה בעיה בדיבור ההקדש. "וכן כתבו התוס'". ולכאור' לדברי הריטב"א הפשיטות שלה ספק בהקדש זה מהמסק', ולכאור' לדברי הריטב"א אין שום פשיטות לשתיקה כהודאה או לא כי אפ' שיודה בפה לא

השטר וא"כ יחד, כי צריך קודם דבר הקונה משא"כ בגט שא"צ זכיה וקניה בו, כי בע"כ נותן, ולכן זה רק הכנסה לרשותה ושפיר אפשר שרשותה יהיה ביחד עי"ש.

ובקצות מבואר, שבדבר שצריך לקנות אין אומרים את כלל הבאים כאחד. וא"כ עיין בשיעורי ר' דוד שכתב שחיסרון של אינו יכו להוציא בדינים זה שחסר "בשלו", וא"כ ע"י ההודאה צריך לזכות מהשני, וכיון שכך אז בזה א"א לומר באים כאחד ע"י הודאתו להחשיבו לשלו, ושפיר הריטב"א במסק' שלא אומרים באים כאחד – משא"כ בהו"א בספק בהקדש שעדין החיסרון היה האם ברשותו או לא וא"צ לקנות ע"י ההוצאה, אלא רק להכניס ברשותו, שפיר אמרינן באים כאחד. (ולכאור' מוכרח שהחיסרון כך כי אם נגיד שיש חיסרון בשלו וזה בעיה של קנינים ובכ"ז הריטב"א אומר באים כאחד יוקשה על יסוד הקצות) (ועיין מנח"י עמ' נ"א).

ורק שצ"ב למה באמת החיסרון בספק זה לא מצד שזה לא שלו, ונכון שזה יהיה קדוש מספק על הצד ששלו אבל "ודאי" הקדש איך יחול, ועיין גם יותר במהר"ש שכתב שתוס' ס"ל שספק הגמ', אם חשיב הודאה ממילא זה שלו, ואם לאו אז לא קדוש כי זה לא שלו, וא"כ חוזרת הקושיה שבשניהם החיסרון בשלו, ולמה אומרים באים כאחד.

ומוריננו רא"י לפקוביץ שליט"א תירץ לי שבאמת יש כאן שני חיסרונות לחול ההקדש – שלו, וברשותו. וההודאה צריכה לעשות שגם יהיה שלו, וזה עדיין לא מספיק כי צריך רשותו אז גם ברשותו ההודאה עושה וא"כ על האיני ברשותו מועיל הבאים כאחד לעשות שחשיב ברשותו. ולגבי השלו חסר כי אין ע"ז באים כאחד. וכנ"ל וע"ז יחול ההקדש מספק, יתכן, ושפיר הסתירה בריטב"א ובקושיה א' י' לדון.

הבה"ח נפתלי צבי קורלנסקי נ"ו

בבאור רש"י שכ' קודם שנשבעו

אלא זה שלו והוא רוצה בזה, אבל זה כאומר איני נשבע, ולכך כ' רש"י קודם שנשבעו, דאי לאחר שנשבעו, מ"ש לומר שמודה פי' איני נשבע, דהא כבר נשבע. ולפי"ז אם לבסוף הביא עדים שזה שלו, יועיל, דכל מה שאמר איני נשבע, כי הוא לא רוצה לישבע, אבל הוא רוצה את החפץ (ולא הוי הודאת בע"ד).

ג. נ"ל. דהרי לכאור' אחד לבד שהיה תפוס בחפץ, וחברו תפס מידו, ושתק כולה, ל"א בזה שהוא הודה לו. כיון דזה היה שלו, והיה תפוס בזה לבד מעיקרא, ולמה לו לצוות. א"כ לכך כ' רש"י קודם שנשבעו, דאם מיירי לאחר שנשבעו, אז כבר בי"ד פוסקים שזה שלו, אז אפי' בשתק כולה לא יחשב הודאה, ודווקא קודם שנשבע ושה עוד במצב של ספק, יחשב שתיקתו להודאה.

ולכאור' זה תלוי במח' הש"ך והנתיבות (בסי' קל"ח ס"ח) בכה"ג ששניהם היו תפוסים, ותקף א' מהם, וחברו שתק כולה שזה נחשב לודאי הודאה, וחזר ותקף, וחברו שתק כולה. אי נחשב שתיקה זו (השניה) לשתיקה או לאו. בש"ך משמע שלא יציאו ממנו כשחזר ותקף, ושתק כולה. והנתיבות כ' שכיוון שזה היה שלו ודאי מהשתיקה של הראשון הודאית, א"כ למה לו לצוות ויציאו ממנו. א"כ הביאור הזה בפירש"י זה כסברת הנתיבות [כך שמעתי מהגר"מ פלאי שיט"א].

גמ' בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו וכו', רש"י ד"ה תקפה אחד וכו' קודם שנשבעו ויש לבאר בזה כמה באורים למה כ' רש"י דוקא קודם שנשבעו א. השיטמ"ק [בשם מ"ה נר"נ] הק' (בהמשך הגמ') שהגמ' מעמידה את הברייטא שטלית יוצאת מתחת ידו של א' מהם המע"ה מיירי ששניהם באו לבי"ד והטלית בידהם, ובי"ד פסקו יחלוקו, והם יצאו מבי"ד, ואח"כ חזרו לבי"ד כהטלית כולה ביד א' מהם ומי ששתפוס בידו טוען שהוא הודה לו, והשני טוען שהוא השכיר לו, וע"ז הדין המע"ה משום דאמרינן להו עד השתא חשדת ליה בגולן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי. והק' ע"ז, ממ"נ אי מיירי שהם נשבעו, ועפ"ז בי"ד פסקו יחלוקו, א"כ מה שיין לומר שהוא הודה לו, וכי הוא יודה שמה שנשבע קודם זה שקר. ואי מיירי שהם לא נשבעו, אז איך בי"ד פסקו דין יחלוקו, שהרי כ' במשנה שנשבעים וחולקים. לכך מפרש שמיירי שמחלו זה לזה שיטלו בלא שבועה, וא"כ יתכן שאח"ז הוא הודה. לפ"ז אפשר לבאר ברש"י שכ' קודם שנשבעו, משום שאם לאחר שנשבע ומיירי, אז מה הגמ' מסתפקת שאולי הוא הודה לו וכי' הוא יודה אחר שנשבע, שע"ז ותגלה שנשבע לשקר, [כך מציין בגליון מהרש"א על רש"י].

ב. הקצוה"ח (בסי' קל"ח) כ"ש הכא ההודאה, הי"א לא הודה שמודה שזה של חברו,

ובביאור הגמ' מראה מהת"ש בד"א ששניהם אדוקין בה, אבל היתה טלית יוצאת מתחת ידו של א' מהם, המע"ה, ה"ד אי נימא בדקתני, פשיטא. אלא שתקפה אחד בפנינו – ומיירי בשתק ולבסוף צווח, וכ' הגר"א דאי מיירי בשתק כולה לא מהני ראייה. פי' דהרי בדין המע"ה יש בו ב' דינים. א) שמי שמוחזק עד השתא, משאר בחזקתו. ב) שאם חברו יביא רא' [דהיינו עדים] יקבל. וא"כ אם מדובר בשתק כולה וע"ז כ' המע"ה, א"כ משמע שאם חבר יביא עדים, יקבל. והרי הדין שכיון שהוא שתק אז הוא הודה, והוי הודאת בע"ד, ולא מועיל להביא עדים נגד הודאתו, וכ' שמועיל, ע"כ משמע שמדובר ע"כ משמע שמדובר בשתק ולבסוף צווח, ומשמע כצד א' בספק הגמ', שזה נחשב להודאה ולכך זה נשאר בחזקתו, והמע"ה. ולכא' האיך שם מועיל להביא עדים, דהרי זה הודאה, וצ"ל שפושטים שספק זו הוא במצב של ספק, והדין המע"ה. לפי"ז משמע שס"ל בספק הודאת בע"ד מועיל עדים. [ודלא כהש"ך (בסי' קל"ח)].

אבל הקצוה"ח ילמד שהראי' כך. שאם מדובר בשתיק כולה א"כ זה פשוט

שהמע"ה, כמו שהיה פשוט לגמ' ששתק כולה וודאי מודה ע"כ שמדובר בשתיק ולבסוף צווח, וע"ז הדין המע"ה, ופושטים כמו צד א' שזה נחשב להודאה, ואם יביא עדים יועיל, לכ"ע, דהכא ההודאה היא כאומר איני נשבע, ולא הודאת בע"ד.

ולכא' צ"ב, שהגמ' אומרת דאי שתיק כולה וודאי אודויי אודי ליה, וצ"ב דיתכן שסמך על צוויחתו בתחילה שבאו לבי"ד. ואפש"ל (בפשטות) שבכ"פ שמשנתנה המצב, צריך שיצווח, דאל"כ יתכן שבשביל זה, הוא כבר מודה.

ולפי' הקצוה"ח (לעיל) נ"ל, דהרי מה שצווח בתחילה שבאו לבי"ד, זה היה כדי להראות שהוא לא מודה שזה של השני, והוא רוצה את זה. אבל השתיקה זה לא הודאה שזה של חברו [וא"כ צ"ב שכבר טען שזה שלו] אלא השתיקה זו כאומר איני נשבע, וזה שייך אפי' שבתחילה צווח, דאח"נ שטען שזה שלו, אבל עכשיו שהוא שותק מעמידים שהוא לא רוצה לישבע [כי בתחילה הוא לא צווח שהוא מסכים לישבע, אלא צווח שזה שלו] וזה ל"ש לסמוך על צוויחתו שבתחילה.

הבה"ח דוד קלעג' ני"ו

בענין ממון שיכול להוציא בדינין \ ז.

מאי הוי עלה דמסותא – פשטה הגמ' דממון שאי' להוציאו בדינין ולכן ל"מ להקדיש אע"פ שיכול לזכות ע"י תקיפה (לתוס' מדין כדא"ג וברש"י בשתק ולבסוף צווח).

ויש לברר באפשרות א' דלכא' הב"ד בלבד מפקיעים את החזקה שמה שתחי' שלו וכיצד יתכן שפה לא יצטרכו ב"ד (שהב"ד סכ"ס מבררים האם הראיות אכן טובות לפסוק על פיהם).

והנה אפשר להעמיד ב' אופנים מהו ממון שיכול להוציאו בדינין ולכל צד יש סיבה נפרדת או מה שמגלה ומוכיח את צדקתו בדין לעיני העולם עוד קודם שבאו לדון בבי"ד ואז לכא' ברור מה הפסק וזולת זה היה חזקה מה שתחי' אדם שלו והברור שעשה שובר חזקה זו ומתברר שזה שלו ולכן יוכל להקדיש דהיינו אפשר לתובעו בדינין.

אמנם בקרקע לא אמרינן חזקה מה שתחי' וא"כ לא מפקיעים שום חזקה שהרי לא היה שום חזקה וכל הפסק ב"ד זה להוציא ממנו.

ובת' להסבר ב' בקו' הגמ' מדא' בגזל ולא נתיאשו הבעלים דנימא דדברי ר"י רק לפני התביעה צ"ל בפשיטות דהא טעמו של ר"י שייך גם בהכת' שתבעו וזכה בדין וא"כ ר"י דיבר לב' אופנים.

ומרצ"ה מהקרקע מוכח כצד א' שכ' "דאי הוי ליה ראייה עלה הקדישו הקדש" ולכא' הראיה הזו הנה ראייה שעומתה באים לדין ולא הדין בעצמו.

ונסתפקו האחרונים האם יסוד הך דינא הוא מדין אינו ברשותו או שאינו שלו ואולי חלקו בהנ"ל לגבי ממון שאי' להוציאו בדינין שאפשרות א' נקרא שלו אך לא ברשותו ואפשרות ב' נקרא גם ברשותו ואע"ג דבקרקע לא שייך דין אינו ברשותו זהו רק בסתם גזלן משא"כ בממון שאי' להוציאו בדינין שדהאחר שולט על הקרקע עפ"י דין שפיר חשבינן לזה כאינו ברשותו.

או"ד אפשר להוציא בדינין כמשמעו דהיינו לאחר שפסקו ב"ד לזכותו אך עדין לא עשו מעשה להוציא את הקרקע מהנתבע שאז ודאי דהקרקע בחזקת בעליה והסבר זה מסתדר עם לשון הגמ' "יכול להוציאו בדינין" וכן "אע"ג דלא אפקיה" דמשמע דהנכנס מחוסר הוצאה בלבד.

ובתוספת באור נ"ל האם ממון שיכול להוציאו בדינין הוי סימן או סיבה דאם הוי סימן גם אם לא תבע יכול להקדיש ואם סיבה רק אם תבע בבי"ד וזוכה.

ופשיטות הגמ' לצד א' שא"א לזכות ולצד ב' שא"א להוציא.

הבה"ח ישראל מאיר קלרמן נ"ו

בשיטת הרמב"ם מתי מהני תפיסה

א. איתא בגמ' ו: אמר רב המנונא מתניתין היא ספק בכורות וכו' המע"ה והא הכא דאי תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו וכו' א"ל רבה לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו וכו' א"ל רב חנניה לרבה תניא דמסייע לך הספיקות נכנסין לדיר להתעשר ואי סלק"ד תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אמאי נכנסין לדיר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן. והיינו שאם יכול לעשר בזה ע"כ דתקפו כהן מוציאין מידו שלא מועלת תפיסתו. ופסק הרמב"ם (פ"ה מבכורות ה"ג) "כל בכור שהוא ספק אם תפס אותו הכהן אין מוציאין מידו" והיינו שמועלת התפיסה ומאידך פסק הרמב"ם (פ"ב מביכורים הכ"ג) "מי שהיו לו עשרה טלאים כל אחד מהן הפרישו על ספק פט"ח הרי הן כחולין לכל דבר ומתעשרין וכו'" ומוכח שיש חיוב לעשר וה"ה שיהא מעשר על אחרים [דע"כ חייב מדינא ולא מספק דעשירי ודאי אמר רחמנא וא"כ יהא מעשר על אחרים] ותימה דלהרמב"ם מועילה תפיסה ונמצא שיפטור ממונו בממונו של כהן כפי המבואר בגמ' וצ"ע.

ב. במה שכותב הרשב"א שחזקת מרא קמא עדיפא ממוחזק בפועל, דבריו תמוהים שאיתא בגמ' לקמן ק ע"א שמוחזק עדיף על מרא קמא שבמשנה שם המחליף פרה בחמור וילדה ז"א עד שלא מכרתי וז"א משלקחתי יחלוק ושואלת הגמ' ולחזי ברשותא דמאן קיימא ולהוי המע"ה והיינו אפילו שהלוקח מוחזק יועיל נגד המוכר המרא קמא בוולד וצ"ע. אלא פשוט הוא שכוונת הרשב"א רק לענין תפיסה אבל וודאי שמשקל מוחזק עדיף על מרא קמא שאם יבואו שניהם לדין לפנינו נכריע לפי המוחזק, אלא שבתפיסה זה שונה והטעם כמו שהביא וביאר רבינו רה"י שליט"א מהקונטרס הספיקות (כלל א, ה) שמעלה לבאר שמרא קמא הוי חזקה קמיתא דאיסורא שנוקטים שהדבר לא השתנה וא"כ וודאי שא"א לתפוס ממנו, אבל גם אי נימא כמו הצד השני שנוקט הקונטרה"ס שמרא קמא הוי רק מוחזק עכ"פ יש לו סיבת בעלים שעושה אותו למוחזק ולכן א"א לתפוס ממנו.

ובשו"ת הרשב"א (ח"א ש"א) עומד בזה ומחלק בין מוחזק לבין מרא קמא, ומבאר שהתפיסה שכותב הרמב"ם שמועילה היא ממוחזק ולא ממרא קמא, ובאמת לגבי ספק פדיון פט"ח לא תועיל

והמעם בזה הוא משום שכל מה דמהני תפיסה ממוחזק זה משום שבתפיסתו אין שינוי לפסק דין שהכרענו דאזלינן בתר מוחזק כי כמו שהקודם היה מוחזק עכשיו התופס הוא המוחזק משא"כ כשהכרענו דאזלינן בתר מרא קמא יש כאן שינוי לפסק שהרי השני שתפס הוא מוחזק בעלמא בלי חזקת מרא קמא ואם תפיסתו תועיל לו נמצא שבתפיסתו משנה לפסק (עיקרי הדברים מהקונה"ס ויובא עוד להלן אות ו) ולכן מוציאים מידו היות ואין בכוחו לשנות פסק, וא"כ זה הכל לענין תפיסה אבל מוחזק המרא קמא שיבואו לפנינו לדין שאין זה תפיסה אזלינן בתר המוחזק [וטעמו יתבאר בסמוך בעזה"ש].

ג. נתבאר שכל מה דמהני תפיסה זה משום שאין שינוי לפסק אבל באמת במקום שאין שינוי לפסק אין התפיסה מועילה ומוציאים מידו. ולבאר כך לכאורה לא יתכן, שפסק הרמב"ם בפ"ח מהלכות שאלה ופקדון ה"ה בספיקות שנסתפקו בגמ' לגבי כפל והניחו בתיקו וז"ל "לפיכך חולקין ואם קדם אחד מהן ותפס הכל אין מוציאים מידו" וחזינן להדיא שאפילו במקום שמשנתנה הפסק ע"י תפיסתו מועילה התפיסה וכבר הקשה כן מו"ר שליט"א בסמוך [מובא להלן אות ו].

ולבן בעזה"ש אפש"ל בנוסח אחר, שאין לומר שאין כח בידו לשנות הפסק מסיבת חוזק הפסק, שזה וודאי שאפשר וכמש"כ הרמב"ם, אלא טעם הדבר שא"א לשנות הפסק זה משום הסיבה שהיתה לפסק, שסיבה זו יש רק למי שתפסו ממנו ולא לתופס ולכן מוציאים מידו, שבתפיסתו משנה לפסק דהיינו מתעלם מהסיבה

שהיתה לפסק, ולכן לגבי תפיסה ממוחזק שאת אותה סיבה שיש למוחזק יש כעת לתופס [והיינו מה שמחזיק זאת אצלו] תפיסתו מועילה לו, אבל בתופס ממרא קמא שסיבת מרא קמא אין לתופס אלא רק מוחזק סתם מוציאים מידו. ועפ"ד אלו מה שהקשו מפסק הרמב"ם לגבי כפל לא קשיא כלל, שניחזי אנן כפל למאי דמיא, שבאמת יש מקום לומר שהיות ואין לתופס סיבה התפיסה לא תועיל, אבל היות וגדר הדבר האם הסיבה לפסק משתנית א"כ בכפל שאין סיבה לפסק אלא רק מה שהווי"ל ספיקא דדינא הרי בתפיסתו לא משנה זאת, ואם מצד שבספיקא דדינא הדין הוא יחלוקו כבר הוכח שאפשר לשנות פסק מצד הפסק כשלעצמו. (יעויין בחידושי הגרש"ר סימן י' אות י' ד"ה ולפ"ז, שגם תולה את שינוי הדין בסיבת הפסק אבל על דבריו לכאור' קשה מפסק הרמב"ם לגבי כפל).

ד. הרמב"ם בספ"א מנזקי ממון כותב שמועילה תפיסה בספיקא דדינא אפי' במקום דאיכא מרא קמא וכבר עומד בזה הגרש"ר (שם אות ו') ומביא לבאר שבספיקא דדינא אין מעלת מרא קמא.

ובעת בס"ד נחזור ליתן טעם למה שהוכח שמוחזק ומרא קמא הבאים לפנינו לדין פשיטא הוא שמוחזק אלים יותר [ורק לענין תפיסה מרא קמא עדיף וכמשנ"ת] והוא מה שבגמ' לקמן ק. פרכינן על דין המשנה שם יחלוקו וניחזי ברשותא דמאן קיימא ולהוי אידך המע"ה ויועיל אפי' שברשות לוקח נגד המוכר המרא קמא. והטעם הוא לכאור' דברי הגמ' בב"ק מו: דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא

תפיסה ממנו, ואפי' שהדברים אינם צריכים חיזוק אבל בס"ד נראה להוסיף ע"פ מה שנתבאר שתלוי בסיבת הפסק א"כ גם בטלית היות והוא מוחזק וודאי מחמת האנן סהדי א"כ בתפיסתו אין לו את סיבת הפסק שיש לקודם וגם לכן לא מהני תפיסה [שהרי האנן סהדי זה על חצי לפ"ד אלו ברמב"ם].

ו. ובאמת יש לדון ע"פ סברא זו שממוחזק ספק תועיל תפיסה האם בספק כפל אחרי שיבצעו הדין חלוקה [שכל אחד יקבל חלקו] גם תועיל תפיסה דסו"ס מוחזק הוא בספק ולא וודאי, ולשון הרמב"ם להדיא לא כך שז"ל שם (פ"ח שאלה ה"ה) "והרי הכפל מוטל בספק ואינו תחת יד א' מהן לפיכך חולקין ואם קדם א' ותפס הכל אין מוציאין מידו" ומוכח שרק אם קדם ותפס אבל אחרי חלוקה לא יועיל וצ"ע. ושמעתי שיתכן וחלוקה הדין אם מוחזק הוא מהלכות מוחזק או לאחר פסק יחלוקו שהוא מחזיק בזה, ויל"ע. עוד היה אפשר לומר שכוונת הרמב"ם שאם קדם ותפס לפני שבאו לבי"ד שהמע"ה [והיינו שכעת הפסק אחרת ולא תפיסה מיחלוקין] כמו בכל ספיקא דדינא דאזלינן בתר המוחזק, אבל לא נקטו כך לבאר, ומשום שבספק כפל נפסק להלכה שיחלוקו וכל תפיסה תחשב שינוי לפסק ורק במקום שהספק נולד אצל המוחזק אמרינן המע"ה. ואפשר לדקדק זאת מלשון הרמב"ם שכתב "אין מוציאין מידו" ולא כתב שאי קדם ותפס המוציא מחבירו עליו הראיה.

שעליו להוכיח להוציא זאת מהמוחזק וא"כ אפי' שמרא קמא הוא עכ"פ הוא המאן דכאיב ליה ועליו מוטל להביא ראיה, ואפי' שיש צד לבאר שמרא קמא הוי חזקה קמיתא דאיסורא דנקטינן שהדבר לא השתנה עכ"פ דין זה הוא רק הנהגה ולא ראיה וכדי להוציא ממוחזק צריך ראיה בעדים [שמאן דכאיב ליה הוא מציאות ולא שייך לומר שאם יש חזקה קמיתא לא כאיב ליה]. אבל לכאור' צריך להבין למה בכל תפיסה לא יאמר כאן דמאן דכאיב ליה וכו' והוא המרא קמא שתפסו ממנו שעליו יהיה להביא ראיה. וכנראה שצ"ל שהדעת נותנת שבעיננו ראינו שתקף ממנו כבר לא שייך שהמרא קמא יביא ראיה דמאי הו"ל למעבד. ואפי' שבכל נידון של מוחזק ומרא קמא המוחזק מודה שפעם היה של מרא קמא עכ"פ טוען שהגיע אליו כדין שמשעה שלקחתי ילדה וא"כ לק"מ.

ח. עוד הקשו על הרמב"ם שלגבי ספק בכור פסק דאין מוציאין מידו ומאידך בטלית שתקפה אחד בפנינו קיי"ל בגמ' דבצוותא מתחילה ועד סוף מוציאין מידו, ומאי שנא. וכאן הביאו לתרץ בשם הקונט"ס (כלל ב, ז) מה שהובא לעיל אות ג' שבמקום שע"י תפיסתו משנה את הפסק אין כח בידו. ורבינו רה"י שליט"א הקשה ע"ז מפסק הרמב"ם הנ"ל בכפל דאי תפס אין מוציאין מידו. ולכן תירץ באופן אחר, שבספק בכור הוא מוחזק בספק ולכן מהני תפיסה משא"כ בטלית שהוא מוחזק וודאי בטלית דאית ליה אנן סהדי בה לא מהני

הבה"ח אליהו צבי קרויזר נ"ו

בענין שתיקה בפני עדים ובספיקת הגמ' בשתק ולכסוף צווח

א. בגמ' ו' ע"א בעי ר' זירא וכו' ואי דקא שתיק אדיי אודיי ליה וכו'. והיינו דמבואר בגמ' דאם שנים הגיעו לב"ד כשאוחזין בטלית, ובא אחד ותקפה מחברו, וחברו שתק בדזכה התוקף דאנו דנים השתיקה כהודאה, שמודה לו דבאמת זה שלו, ובהמשך הגמ' הסתפקו מה הדין אם בסוף צווח אם הוי הודאה או לא.

שהיה זה שלא בפני ב"ד אין מזה ראיה, ולא הוי הודאה, ומשום דלא בעי למצוות, אלא בפני ב"ד שהוא מקום המשפט, ולא צריך לגלות טענותיו חוץ לב"ד.

ב. והנה ברשב"א שם הוכיח כדבריו דבהמשך הגמ' רצו לפשוט הספק מהא דמבואר דאם באו לב"ד והיתה הטלית יוצאת מתח"י של אחד מהם הדין הוא המע"ה. ובגמ' דנו שם דכה"ג הוא פשיטא ומכוח זה העמידו דאירי באופן שחטפה אחד בפנינו וממילא נפשט הספק.

והקשה הרשב"א דאם כדברי הריטב"א [דחטיפה בפני עדים מהני] א"כ אפשר להעמיד באופן שבאו לב"ד כשהיא ביד אחד מהם, והוא טוען שחטף בפני עדים וממילא יש לו הודאה, ולכך הדין הוא המע"ה, וע"ז לא שייך להקשות פישטא דהרי יש סברא שלא יועיל בפני עדים, וא"כ מוכח מדלא העמידו כן שבאמת לא מהני החטיפה בפני העדים ובזה באמת לא יהא הדין המע"ה.

ובריטב"א באמת דחה את הראיה ותירץ דמה שלא העמידו כן משום דבכה"ג יהא זה הודאה גמורה, ואפי' אם יביא עדים אח"כ לא יוכל להוציא על ידם, ובכריתא מבואר דהדין הוא שמוציא ע"י ראיה [עדים].

אלא דא"כ יוצא דלשיטת הרשב"א לכאור' יועיל להביא ראיה גם לאחר

ובפשיטות כל מה דאנו מחשיבין השתיקה כהודאה, הוא רק משום שהיה זה בפני ב"ד דהוא שתק ולא צווח דנחשב הודאה, אבל אם היה זה שלא בב"ד לא היה צריך לצעוק על מה שהוא חטף לו. דאינו חייב לטעון טענתו שלא בב"ד.

ובאמת דכן מבואר ברשב"א דכל הסברא שצריך לצעוק וממילא כשלא צעק יהא הודאה הוא רק בפני ב"ד. אבל אם היה זה שלא בפני ב"ד גם אם היה בפני עדים, לא היה צריך לצעוק וא"כ אין ראיה מכוח השתיקה שזה של החוטף.

אמנם הריטב"א חלק וכתב דגם בפני עדים יש הוכחה מהשתיקה כיון דהו"ל לצעוק, ואם לא צעק הרי הודאה. ואדרבא בפני עדים גם אם לבסוף צווח יהא הודאה וודאי, ומשום דבזה אין את התלייה ששתק מחמת דחזו לי רבנן דמחמת כן דנו כאן.

הרי דנחלקו הרשב"א והריטב"א אם שתק בפני עדים נחשב הודאה, או שכיון

החטיפה, ויל"ע בזה דהרי לאחר הודאה לא מהני עדים, וכאן הרי מבואר דהמוציא מחברו עליו הראיה ויבואר בהמשך אות ד'.

ג. והנה בגמ' נסתפקה באופן ששתק ולבסוף צווח אם הוי הודאה או לא הוי ובחידושי הר"ן ביאר ספיקת הגמ' בב' אופנים, א' ביאר דזה היה פשוט לגמ' דכאן הוא ספק הודאה, כיון דשתק א"כ יש הודאה, או דלמא כיון דלבסוף צווח, א"כ אין הודאה אלא דספק הגמ' היה אם כאן סגי בזה או שלא מספיק, והיינו דנסתפקה הגמ' אם כששניהם אוחזין בטלית ואנו רואין הטלית כאילו היא בחזקת שניהם, אם אנו רואין כן בתורת וודאי וא"כ לא נוכל להוציא ממנו ע"י ספק הודאה דאין ספק מוציא מידי וודאי, או דלמא דגם מתחילה הוא רק בתורת ספק וא"כ סגי בספק הודאה כדי להוציא ממנו.

ה. ובעצם אפשר לומר דזהו החילוק בין ב' ביאורי הר"ן, דבדרך א' למד כהפשטות הגמ' בספיקת הגמ' הוא רק מכוח מה שחזו ליה רבנן דלכך אין להחשיבו כמודה, ולכך ביאר שנסתפקה הגמ' אם כאן בטלית זו סגי בספק הודאה מחמת שהטלית עומדת ברשותו מכוח ספק, או דהטלית מעמידין ברשותו מכוח וודאי, וא"כ לא סגי בספק הודאה זה.

ו. ולכאור' אפשר לבאר עוד לפ"ז מה שנחלקו הרשב"א והריטב"א דהריטב"א שסבר דהודאה בפני עדים שלא בב"ד מועילה, והוי וודאי הודאה הוא סבר כהפשטות בגמ' וכדרך א' בר"ן דהספק הוא מכח מה שהיו כאן ב"ד דלכך יש צד

עוד דרך ביאר ספיקת הגמ', דנסתפקו אם יש כאן ספק הודאה וא"כ סגי בזה כדי להוציא מרשות המחזיק וכנ"ל.

א. שכאן אין בכלל ספק הודאה, דוודאי אין זה הודאה כיון דראו זה הב"ד א"כ סמך עליהם ולכך לא צווח ואין כאן שתיקה כלל.

ד. ובעצם ספיקת הגמ' יש לעיין אם הצד בגמ' שלא יהא הודאה הוא מחמת מה דמפרשין כוונתו דסמך על הא דחזו לי רבנן אבל בלא זה לא היה לגמ' צד בכלל שלא יהא הודאה, כיון דמתחילה שתק.

א. דלמא דגם בלא מה שהיה זה קמיה רבנן, עצם מה ששתק ולבסוף צווח

ו. ולכאור' אפשר לבאר עוד לפ"ז מה שנחלקו הרשב"א והריטב"א דהריטב"א שסבר דהודאה בפני עדים שלא בב"ד מועילה, והוי וודאי הודאה הוא סבר כהפשטות בגמ' וכדרך א' בר"ן דהספק הוא מכח מה שהיו כאן ב"ד דלכך יש צד

לומר שהיה כאן הודאה ולכך בפני עדים יש וודאי הודאה כיון דאין כאן ב"ד שיכל לסמוך עליהם,

אבל הרשב"א סבר כהצד השני דגם בלא הב"ד יש ספק מחמת עצם השתיקה וההודאה, ולכך גם בפני עדים היה צריך להיות ספק מחמת עצם השתיקה, ולאחמ"כ ההודאה ולכך מבו' ברשב"א דלא מיחשב הודאה מה ששתק כיון שיכול לתלות שיצווח בפני ב"ד ולכך אפי' ספק הודאה לא הוי.

וא"כ נמצא דפלוגתת הרשב"א והריטב"א מיתלי תליא בב' הסברות שהעמיד הר"ן ונפלא.

ז. הנה נתבאר בדברי הרשב"א דיועיל עדים לברר גם אחרי שיש ספק הודאה,

דלכך סבר דאפשר להעמיד הבריתא בכה"ג אפי' דמבואר שם דמהני עדים.

ולפי הנ"ל הוא נפלא דהרשב"א לשיטתו, שביאר בספק הגמ' הוא דספק בעצם מחמת השתיקה והצוויחה ואין זה ספק בדעתו אלא הוא ספק אם עשייה כזו נחשבת הודאה או לא. וכמו שנתבאר דסבר דהוא ספק בעצם דאפשר לומר כך ואפשר לומר כך.

א"כ שפיר מביא עדים לברר שלא היה כאן הודאה.

אבל אם נבאר דהספק הודאה הוא ספק בדעתו אם סמך על רבנן או לא באמת תיקשי מה מהני עדים, דעדים לאחר הודאה לא מהני, וכמו שהאריך הש"ך. ועיין בהגה' הגר"א בסוגיין ויש להרחיב בזה בשיטת הריטב"א.

הבה"ח יעקב ישראל רוטשילד נ"ו

בענין חלוקה בודאי רמאי

ביסוד חלוקה דנים הראשונים אם העיקר שתהא החלוקה יכולה ליהיות אמת או שלא יהיה אחד מהם רמאי. בתוס' ד"ה ויחלוקו פירשו הטעם דאין עושין חלוקה במנה שלישי וז"ל, דהתם ודאי דחד מיניהו הוא ואין החלוקה יכולה ליהיות אמת. וכתבו עוד [בע"ב בד"ה אי תנא מציאה] וז"ל והיכא שודאי אינו סבור לומר אמת כגון דקא טעין כל אחד אני ארגתיה שאחד מהן טעין שקר במזיד או כגון שנים אדוקין בשטר התם פשיטא דיחלוקו בשבועה דע"י שבועה ודאי יפרוש דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא ע"כ. הרי מפורש דעת תוס' דעושים חלוקה כ"מ שיכול ליהיות אמת ולא אכפ"ל אפי' שבטענותיהם ודאי רמאים, וסברתם כמו שכתבו דע"י שבועה ודאי יפרוש דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא ושייך לסמוך בשבועתם.

ואולם ברש"י ד"ה מקח וממכר כתב להדיא ל"כ וז"ל, אבל זה אומר

אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה לא יחלוקו דודאי חד מיניהו רמאי הוא ותהא מונחת עד שיבוא אליהו. ומבואר ברש"י דלא סגי במה דהחלוקה יכולה ליהיות אמת וכיון דודאי איכא רמאי [דא"א ששניהם ארגוה כאחד] אין עושין להם חלוקה ותהא מונחת עד שיבוא אליהו. [ולא דמי למתניתין דשם פירש רש"י [בע"ב ד"ה אימור] דכל אחד סבור אני הגבהתיה וכולה שלי וכשנשבע קושטא משתבע, ואפי' תוס' מודים דבמשנה אין ודאי רמאי בד"ה אי תנא מציאה ע"ש]. וביאור סברת רשי נראה לפרש בפשיטות דהטעם משום קנסא וכן משמע בראשונים שהביאו דברי רשי והזכירו קנס... ולפי"ז תמוה דכן מצינו בשיטת ר' יוסי בדף ג' ורבנן חולקים עליו ומ"ט נקט רש"י לא כהלכה. לכך נראה לפרש בדרך אחר כמו דאמרינן בעלמא דלא עבדינן תקנתא לרמאי, ומטעם זה סובר רשי דאפי' אם הדין יהיה אמת, אנן לא נחתינן לדינא במקום רמאי ואין מתקנין להם חלוקה.

הבה"ח יצחק רוטשילד נ"ו

דעת הרשב"א בתפיסה

יש ספק הודאה ובחצי השני הולך לראשון מבין שנים אחריו) ולכך יחלוקו, אבל הטור שס"ל שת"כ מוציאין מידו ולא מהני תפיסתו ה"נ בספק של הודאה לא יהני תפיסתו ויוציאו מידו (לה"ע על הראב"ד דלגבי ת"כ לא השיג על הרמב"ם ולגבי ספק הודאה השיג וצ"ע).

אלא דילה"ק דהרשב"א אפי' ס"ל כהרמב"ם בהא דתפס בספק של שתק וצווח דיחלוקו ולענין תקפו כהן ס"ל כהטור דמוציאין מידו וז"ל "ובעיין" לא איפשטא והלכך לא נפקינן מיניה דאימר אודי אודי לי, ואי הדר ותקפה בפנינו ואע"ג דחברי' צווח מתוע"ס יחלוקו כדינא קמא וכן כ' הרמב"ן ז"ל ומשמע דדוקא שתק ולבסוף צווח, הא בצוח מעיקרו מוציאין מידו דמאי דתפיסה אי ידיה הוא וה"נ משמע מההיא דתקפו כהן עכ"ל.

ומבואר מלשונו בחדא מחתא דלגבי ת"כ מוציאין כהטור וא"כ צ"ב היאך כל דתפסה שני, שיחלוקו הא לא מהני תפיסה בספיקות והו"ל למימר מוציאין מידו.

והנה לראשונים שלא מועיל תפיסה מבואר בדבריהם שיש כמה אופנים שבהם מהני תפיסה והוכיחו את זה מכמה גמרות א. "עבידא לגלווי" דאם הספק עתיד ליתברר כגון שיש עדים לא מפקינן מיניה דאטרוחי בי דינא לא מטרחינן (ל"ק קי ובנימוק"י ג"כ מכתובות טז). ב. "ספק דתרי ותרי" שאם יש תרי עדים

רמב"ם (פ"ט מטונ"ט הי"ב) באו שניהם אדוקין בה ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו ושתק השני אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין אותה מידו כיון ששתק בתחלה ה"ז כמודה לו, מבואר דאם היה צווח לא היה מועיל התפיסה שלו ומפקינן מיני', ואף דס"ל הרמב"ם תקפו כהן אין מוציאין מידו, י"ל ע"פ המבואר בקונטרס הספיקות (כלל ב' או' ד') שהוא נפסק הדין יחלוקו וא"א לשנות משא"כ בת"כ שמקודם הא' היה מוחזק ועכשיו הכהן מוחזק, א"נ י"ל דהוא אנ"ס דלכ"א יש חצי (כן ביאר רבינו רה"י שליט"א).

ובהא דאם שתק וצווח לא מפקינן מיניה ה"ט דנולד פה ספק חדש ביד התופס דהיינו ספק אם היה הודאה וא"כ התופס הוא המוחזק פה בספק החדש הזה, ספק הודאה.

ובהמשך דבריו כ' הר"מ חזר השני ותקפה מהראשון אע"פ שהראשון צווח מתוע"ס חולקין עכ"ל ביאור"ד שאם תפס א' והב' שתק ואח"כ צוח וקם הב' ותפס יחלוקו והראב"ד השיג עליו דלכא' צריך להיות הדין שיוציאו מידו וכן השיג הטור.

ותי' הגר"א דהרמב"ם והטור נחלקו לשיטתם דהרמב"ם דס"ל תקפו כהן אין מוציאין ממנו א"כ ה"נ בספק החדש של שתק וצוח ספק הודאה כיון שתפס הב' מהני תפיסתו החצי, (דק בחצי

למלוה ותרי ללוה. ותפס לא מפקינן מיניה (נימוק"י מכתובות ב. ג.). "תפיסה בברי" שאם התופס הוא ברי לא מפקינן מיניה (ש"י הרא"ש מכתובות ב. ו. כ"כ תוס' שם). ד. "תפיסה ברשות" אם המ"ק נתן רשות לתפוס מהני תפיסתו (נימוק"י מ"ק קב.).

ונאמר בזה כמה חילוקים בין הק' תפיסות דבנימוקי יוסף מבואר שתפיסה ברשות מהני רק במטלטלין אבל בקרקע ל"מ תפיסתו ומשמע מדבריו שכ"ז רק תפיסה ברשות אבל בשאר תפיסות מהני אף בקרקע ולכאור' צ"ב אם ס"ל שקרקע א"א לתפוס מ"ש שאר תפיסות שאפשר לבין תפיסה ברשות שא"א, (יעוין ברמב"ן שמשמע מלשונו כל התפיסות מהני רק במטלטלין עיי"ש ודלא כהנימוקי יוסף).

ובאר בזה רבינו רה"י שליט"א ששונה תפיסה ברשות משאר תפיסות בשאר תפיסות כגון עבידא לגלויי אין התפיסה עושה אותו מוחזק אלא רק מהני תפיסתו כיון דאטרוחי ביי"ד ל"ל, וכן תרי ותרי כיון שיש תרי כמוהו לא מפקינן מיניה אבל אינו נעשה מוחזק מחמת זה, וכן תפיסה בברי הוא תפוס כיון שהוא ברי מהני תפיסתו וביי"ד לא מתערבים לברי. אבל תפיסה ברשות המ"ק נתן רשות לתפוס לתפוס וא"כ הוא נהיה מוחזק ממש וא"כ י"ל דס"ל לנימוק"י במוחזק בקרקע לא שייך אבל תפוס בקרקע שיכא לכן בשאר תפיסות מהני אף בקרקע.

ואף הרמב"ן מודי בהאי סברא אלא דס"ל שאף להיות תפוס בקרקע לא שייך, והרא"י דאף הרמב"ן ס"ל הכי כיון דכ' תפיסה דעבידא לגלויי אם חזר הראשון ותפס לא מפקינן מיניה, ובתפיסה ברשות

כ' דאם חזר הא' ותפס מפקינן מיניה וה"ט משום שתפיסה ברשות הוא נעשה מוחזק וא"כ א"א להוציא ממנו ולכן מפקינן מהתופס, משא"כ בשאר תפיסות שזה רק משום מספיקא לא עבדינן עובדא א"כ אף הא' תפס לא נעביד עובדא.

ומעתה יל"ח בתפיסה קודם שנולד הספק אם זה מדין מוחזק וא"כ אם תפס הא' מפקינן מיניה והטעם שיהיה מוחזק כיון שהספק נולד אצלו הו"ל מוחזק או"ד הוי תפוס ואם תפס הא' לא מפקינן מיניה (ועיין קונה"ס כ"ג ר' ז')

ונ"ל בעזה"י דבזה נחלקו הטור והרשב"א דהטור ס"ל בתפיסה קשנה"ס הו"ל מוחזק וא"כ במקרה הנ"ל שתפס והשני שתק ואח"כ צוח הו"ל ספק אחר התפיסה דהיינו שהספק נולד בידו וא"כ הוי מוחזק ולכך אם תפס השני מוציאין מידו כי תפיסה בספיקות לא מהני ומפקינן מיניה, משא"כ הרשב"א ס"ל דתפיסה קשנה"ס הוי רק תפוס א"כ הכא שתפס קשנה"ס הוי רק תפוס ואם תפס השני לא מפקינן מיניה ולכך יחלוקו.

אלא דילה"ק ע"ז דיעויין בקונטרס הספיקות (כלל ב' או' ב') שהביא קושית התוס' כתובות מהא דשנים אומרים על השטר שאנוסים היו דלא מגבינן ולא מקרעין דמהני תפיסה ותי' התוס' או משום דהתם ברי הוא או משום דמיירי בתפיסה קודם שנולד הספק והוכיח הקונה"ס מהא דהרשב"א לא תי' כן ע"כ דלא ס"ל הק' ב' תפיסות, וכן הוכיח נמי מתשו' הרשב"א (המובא בבית יוסף סי' מ"ב) לענין שטר שיש בו ב' לשונות בסתרי אהדדי אי תפס ברשות בעלים מהני עיי"ש

והוכיח מזה הקונה"ס דס"ל לרשב"א שרק תפיסה ברשות מועילה וא"כ א"א לומר הנ"ל בדעת הרשב"א שס"ל שתקשנה"ס הוא מדין תפוס הא הרשב"א פליג על הכ תפיסה.

ובאמת יעויין ברשב"א כתובות טז: שהביא יש מי שפירש בהא דמהני תפיסה באלמנה שתפסה מאתיים ולא מפקינן מיניה, דהתם הוי קודם שנולד הספק עיי"ש ו' ע"ז הרשב"א במה שיך תפיסה קשנה"ס הא כל מה דאית ברשותיה דאיניש בדידיה מחזקינן ליה. עכ"ד וא"כ מוכח להדיא דפליג התקשנה"ס (ק"ק על הקונה"ס שכ' שלא מצא להדיא היאך דעת הרשב"א נוטה יעיי"ש).

וצ"ע טובא דהרשב"א גופיה ב"ב ד. (הובא בשיט"מ שם) הק' מ"ש כותל של שני שותפים דנפל לחצר דחד דמהני תפיסה, לבין שנים או חזין בטלית דלא מהני תפיסה, ותי' הרשב"א דבטלית מתעצמין עליה וא"כ ל"מ תפיסה אחר שמתעצמים על הטלית משא"כ בכותל דלא התעצמו הו"ל תפיסה קודם שנולד הספק ולכן מהני התפיסה (עיי' בתוס' שם ד"ה לפיכך דפליג דל"ה בכה"ג תפיסה קשנה"ס עיי"ש) וחזינן מהרשב"א דס"ל תפיסה קשנה"ס וא"כ צ"ע דדברי הרשב"א סתרי אהדדי.

והיה מקום ליישב דהנה הרשב"א (בתשרי שיי"א) ביאר דעת הרמב"ם שס"ל שתקפו כהן אין מוציאין מידו ומאידך ס"ל שהספיקות נכנסין להתעשר וא"כ ע"כ דהוי של המוחזק ול"מ תפיסה וביאר הרשב"א שהספיקות נכנסין לדיר להתעשר מוקמינן בשה פדיון פט"ח וכן מבואר להדיא ברמב"ם וא"כ התם אית לי' חזקת

מ"ק, ואי תקפו מוציאין מידו ולכך הספיקות נכנסין להתעשר אבל במקום שאין חזמ"ק כגון ספק שזה אין מוציאין מידו כיון דהבעלים הוא רק מוחזק ואפשר להוציא (ועיי' קה"י סי' ט' מש"כ בזה בהרחבה).

וחזינן דס"ל לרשב"א בדעת הרמב"ן דמהני תפיסה רק במוחזק אבל במ"ק ל"מ תפיסה, וא"כ י"ל דאף לרשב"א אפי' דס"ל דל"מ תפיסה מ"מ במקום שמהני כגון תפיסה קשנה"ס זה רק במוחזק ולא במ"ק ומעתה ההיא בב"ב כותל וטלית אין חזמ"ק אלא שניהם מוחזקים וא"כ מועיל תפיסה קשנה"ס, אבל ההיא דבכורות באלמנה זהו נגד מ"ק וכן כל הכ דיוקים של הקונה"ס מיירי שיש מ"ק תרי ותרי שטרי שמ"ק וכן שני לשונות דבשטר זה נגד מ"ק ולכן ל"מ תפיסה קשנה"ס.

אלא דילה"ק ע"ז דאכה"ג דס"ל לרשב"א חילוק בין מ"ק למוחזק א"כ מה הראי' דתקפו כהן מוציאין מידו הא כל הראי' היה ר' חנניה הביא מהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, והא זה מיירי במ"ק ולכך לא מהני תפיסתו דבשלמא לרמב"ם א"כ י"ל דבזה נחלקו רב המנונא ורב חנניה אם יש חילוק בין מ"ק למוחזק ופסק הרמב"ם כרב המנונא דיש חילוק וא"כ פסק שת"כ אין מוציאין מידו, אבל הרשב"א שפסק כרב חנניה שמוציאין מידו א"כ ע"כ לא ס"ל חילוק בין מ"ק למוחזק אף במקום שמהני תפיסה דאם ס"ל הכי אין ראי' מהספיקות נכנסים להתעשר.

וע"ב צריך לומר בסתירת הרשב"א אופ"א, דבאמת ס"ל לרשב"א דל"מ תפיסה קודם שנולד הספק כלל מ"מ

לתפוס מהתופס כיון דחזינן דפליג
הרשב"א על תפיסה קשנה"ס (ורק היכא דלא
נפסק יחלוקו מצי תפיס).

וצ"ל דנהי דהיכא דתפס מפקינן מיניה
מ"מ היינו דוקא ממוחזק וממ"נ
אבל הכא הוא רק תפוס כיון דאין לא'
מהם מוחזק ומ"ק וביחד עם תפיסתו נולד
הספק (אע"פ דלא ס"ל לרשב"א תפיסה
קשנה"ס מ"מ שפיר הוי תפיסה מדין תפוס
ושייך לתפוס חזרה ולכך יחלוקו [והטור
ס"ל דאף בכה"ג חשיב מוחזק].

היכא דשניהם אוחזין מהני תפיסה, אלא
מטעם שכבר נפסק הדין דיחלוקו א"א
לתפוס אבל בכותל שעוד לא נפסק יחלוקו
מהני תפיסה (וכמש"נ לעיל בדעת
הרמב"ם של"מ תפיסה בב' אוחזין משום
שכבר נפסק יחלוקו עיי"ש).

אלא דלפי"ז יחזור הקושיא הנ"ל על
הרשב"א שפסק תקפו כהן מוציאין
מידו, ומאידך פסק שתקף מהתוקף ושתק
וצווח יחלוקו, וליכא לתרוצי כדלעיל
שס"ל שתפיסה קשנה"ס זה תפוס, ואפשר

הבה"ח מאיר שמחה רוטשילד נ"ו

בביאור דברי התוס' בד"ה "מפריש עליהן ומעשרן והן שלו"

מפריש עליהן ומעשרן וכו', והא מתניתא היא מפורש דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ומאי קמ"ל, (ועי' עוד במהדו"ב שכתב ליישב קושיא זו מהא דאמרינן בבכורות יא.) ג. ותו כיון דאמר 'מעשרן' – דמפריש עליהן ומעשרן 'והן שלו' הא כיון דאמר מעשרן פשיטא דהן שלו דהא אילו היו של כהן לא היה מעשרן, אלו ג' קושיותיו, ונשאר בתימא.

הנה בעצם קושיית תוס' הא', הדברים אינם פשוטים דאינו חוזר ופודה-או שחוזר ופודה, ובדבר זה נחלקו רש"י ותוס' (בכורות ט: ושם בתוד"ה ופודה בהן ד:). ונבאר בעיקרי הדברים, דזה ודאי בין לר"ת ובין לרש"י דודאי פט"ח שפדאוהו אם חזר ולקחה מן הכהן פודה עליו פעמים הרבה, ואם לא לקחה מיד הכהן אינו חוזר ופודה. ועיקר מחלוקתם היא בספק פט"ח הבאים לפדותו אם גם שם בעינן לקיחה מן הכהן כדי להחיל פדייה נוספת, דלרש"י אע"ג דהוא ספק כל זמן שלא הוציא מתחת ידו למוסרו לכהן אינו פודה שוב, ור"ת ס"ל דכיון דבספק פט"ח עסקינן, יכול לפטור בשה א' כמה ספק פט"ח, ופודה וחוזר ופודה בלי למוסרו לכהן, ומוכח מזה דכל קושיית התוס' היא רק אליבא דר"ת, ואליבא דרש"י ל"ק מידי דהא אינו פודה שוב.

הנה בביאור מחלוקתם כתב הקה"י (בכורות סי' ג') לבאר דהנה בהקדם יש לחקור

הנה בגמ' (ו:) נחלקו גבי ספק בכור שתקפו כהן, דרב המנונא ס"ל דאין מוציאין מידו, ופסק רבה דמוציאין מידו וכן פסקו בראשונים תוס' רמב"ן, וכו', אמנם ברמב"ם חלק ע"ז בפ"ב מהל' בכורות ה"ו וסבר להלכה דתקפו כהן אין מוציאין מידו, וביאר ר' אלחנן בדבריהם דהרמב"ם ס"ל דהתפוס בכבש הוא מוחזק מספק, וכיון שכך כ"א שתופס לא גרע ליה מקודמו, ולכך אין מוציאין, ולתוס' ושאר הראשונים דס"ל דמוציאין הוא משום דסבירא ליה דהתפוס הוא מוחזק ודאי בבהמה, ולכך מוציאין מידי התוקף, דאינו מוציא ממוחזק, דהא לא עדיף טפי, (ועי' עוד בלח"מ ובמ"מ שם מה שביארו בשי' הרמב"ם, אליבא דתניא כוותיה דרבה), ואכמ"ל. **בדברי** הגמרא העמיד רב חנניה תניא כוותיה דרבה שמוציאין, מהא דהספקות נכנסין לדיר להתעשר וכו', ודנה הגמ' באיזה גוונא הספקות, ובהו"א היה זה ספק בכור ונדחה משום דיהיה קודש ולא שכבר קדוש, אלא בספק פדיון פטר חמור, וכדבר נחמן דאמר ישראל שהיו לו עשרה ספק פטרי חמורים בתוך ביתו, מפריש עליהן עשרה שיין ומעשרן והן שלו, ע"כ בגמ'.

הנה בתוס' (בד"ה מפריש) הקשו בדברי הגמ' ג' קושיות: א. דהא בפ"ק בבכורות אמרי' דשה א' פוטר כמה פטרי חמורים ומה צריך עשרה שיין, ב. מאי קמ"ל דרב נחמן שאמר את המימרא של

מהו ענין הפדיון שעי"ז נפקע האיסור הנאה מהפט"ח, דהא

ע"י הפדיון נעשה שני דברים: (א) דהפט"ח הותר בהנאה, (ב) דהשה נעשה של הכהן. ויש לדון האם ב' הדברים הללו תליא הא בהא או לא, כלומר- האם כל מה דהפט"ח הותר הוא משום דהשה נעשה של הכהן ואי לא הרי דלא הותר הפט"ח או דלמא דשני ענינים חלוקים הם, וגם בגוונא שלא נהיה השה של הכהן, מ"מ כיוון דהתפיס בשה נעשה לשם פדיון, א"כ כבר נתחלל ופקע הקדושה ונעשה חולין.

וא"כ לפי אלו הדברים, מיושב דבהא נחלקו רש"י ור"ת, דר"ת ס"ל דההיתר של הפט"ח אי"ז תולדה של הזכות של הכהן בשה, ולכן הוא יכול לפדות שוב ושוב כמה ספק פטרי חמורים על שה א', דהא כיוון שזה ספק פט"ח הפדיון נשאר אצל הישראל המוחזק, וממילא פודה שוב ושוב, דהא הוא המוחזק וחשיב ממונו בתורת ודאי, ולפיכך חלים כל הפדיונות בתורת ודאי.

אולם מאידך גיסא רש"י ס"ל שהפדיון פט"ח מפקיע את האיסור"נ מכח זכות הכהן בשה, וממילא ס"ל לרש"י דא"א לפדות יותר מספק פט"ח א' על השה, דהא כל מה דמהני פדיונו הוא זכות הכהן בבעלות אמיתית על השה, וא"כ היכא שכבר פדו ספק פט"ח א', יתכן שהוא ודאי, דאז צריך ליתנו לידי הכהן, דהא כבר זכה בזה הכהן בבעלות האמיתית וכיון דלא אתי לידיה דהכהן א"כ הפדייה השניה לא תוכל לחול, ולכן ס"ל לרש"י

דאינו חוזר ופודה על אותו שה, ורק דצ"ב בשי' רש"י דהא רש"י סובר שהאיסור הנאה של הפט"ח יורד ע"י זכיתו של הכהן בשה וא"כ כאן שזה ספק ולכן השה נשאר אצל הישראל והכהן אף פעם לא קיבל לידיה את השה, א"כ הפטר חמור לא פדוי ולא ירד ממנו האיסור"נ, וצ"ב.

הנה בפנ"י כתב לתרץ בקושיות התוס', ומקדים הפנ"י בדבריו דזהו לפי הא דבעיא דתקפו כהן לא איפשיטא, דכיון שכן פסקו הרמב"ם והשו"ע דאין מוציאין, וזהו משום דס"ל דהדין דהמע"ה הוא מדין שהוא מוחזק מספק, ולכן אם הכהן יתקוף זה ישאר אצל התוקף מדין ספק, וממילא כשזה אצל הישראל א"כ הו"ל ספק עשירי דאינו ראוי ליכנס לדיר כלל, דהא הוא ספק והם ודאים ונמצא א"כ דכולם מקולקלים, ולא יכול להכניסו למעשר, ואומר הפנ"י דאע"ג שהם מתרצים בענין דלא תקשה, שאז אע"פ שהוא ספק בכ"ז נכנס לדיר להתעשר, אבל מ"מ מודו דאם אפשר למצוא איזו תקנה יותר מזו שנצא מידי כל ספיקות וחששות ודאי טפי עדיף.

ולפ"ז מיושב התוס' דהנה בא רב נחמן בגמ' ואמר שמדובר בישראל שהיו לו י' ספק פטרי חמורים דמפריש עליהן עשרה ומעשרן והן שלו, דקושיא ב' דהתוס' מיושב טובא, שהיה קשה מאי קמ"ל דר"נ דהא מתני' היא דהספיקות נכנסין לדיר, מיושב דר"נ בא לאשמועינן, דהא דאמרינן במתני' הספיקות נכנסין לדיר יחד עם אחרים ודאין, הוא רק במקום דאי אפשר לו בענין אחר, אבל במקום שאפשר לו בענין אחר (וכדלהלן) לא

עשירי, אלא כוודאי משווינן ליה מ"מ שם ספק מיהא איכא פורתא, עכ"ל.

ובאמת דבריו אלו דהפנ"י תמוהים מעט דמצד א' כוודאי משווינן ליה, ומאידך - מ"מ שם ספק מיהא איכא פורתא? וראיתי במנח"ח (רכ"ב א'-ט"ו) דמשמע שם דשייך בספק פט"ח שאע"פ שהוא ודאי של ישראל, אבל לענין המעשר נשאר בזה ספק כלשהו.

אמנם יש לעיין בתירוצו זה של רבינו הפנ"י, מהא דכתב הגר"א וסרמן בקובץ הערות סי' ע"א בחדש, תרע"ד בישן, שדן שם בהאי דינא דהמע"ה אם הוא דין ודאי או אינו אלא ספק, ואעתיק קצת קטעים מלשונו, - וביאור הסוגיא שם דמספקא להו בגמ' בדינא דהמע"ה אם הוא דין ודאי או אינו אלא ספק וכו'.... וזהו דפריך אי אמרת תקפו כהן אין מוציאין מידו משום דדין מוחזק אינו דין ודאי אלא משום דמספקא א"א לעשות מעשה ולהוציא ממנו, א"כ גם בשעה שהוא אצלו אינו אלא ספק שלו, ואיך יכול לפטור ודאי חיוב מעשר ע"י הספק שלו, (עד דברים אלו הפנ"י מיושב) ...אלא ע"כ דתקפו כהן מוציאין מידו (כתוס') משום דדין מוחזק הוא דין ודאי ולא מטעמא דכל דאליה גבר, משום הכי הוי ודאי שלו לכל הדינים ויכול לצאת באתרוג כזה ביום ראשון, וכן יכול לפתור בזה ודאי חיוב מעשר, עכ"ל.

ולכא'ו מוכח מדבריו של הגר"א ז"ל דלמ"ד תקפו מוציאין הוי הישראל מוחזק ודאי לכל הדינים, ולא שייך לאמר את ה'מ"מ שם ספק מיהא איכא פורתא' וצ"ב קצת בזה.

מתירים לו להכניס לדיר יחד עם אחרים ודאים, דאם יש לו עשרה ספק פטרי חמורים אין אנו מתירים לו להפריש עליהן רק א' דהא אז הוא יכניסו לדיר עם ודאים, ויהיה את כל הני חששי דלעיל שמקלקלם דהא אינו ראוי לדיר כלל, אלא יעשה בענין אחר- ויפריש על העשרה ספט"ח עשרה שייך (ולזה מיושב קושיא א' דהתוס' אמאי בעינן דווקא עשרה) אע"פ דמעיקרא דדינא לא בעי עשרה, וכדי לשכנע אותו להוציא על הפדיון הנ"ל עשרה שייך, מרגיעים אותו דליכא להו שום פסידא יותר מאשר אם יפדה על שה א' בלבד, וזהו דקאמר מעשרן 'והן שלו', ובזה מיושב ג"כ קושיא ג' דהתוס', ואח"כ יכניס את כל העשרה שייך לדיר בנפרד ויעשרם שאז מעשר עליהם מיניה וביה, דממ"נ הם מתוקנים, שאם ספק פדיון פט"ח ודאי של ישראל, א"כ כולם ממון גמור שלו ושפיר מעשר עליהו, ואותו שיצא עשירי פטרם כדן, ואם נאמר דכיון דיש לכהן צד זכות בזה א"כ הו"ל ספק בכורים וספק עשירי ואינם ראויים לדיר כלל, (דהא אינם צריכים לדיר), ומותרים לבעלים הישראל (וזה בלי לקלקל שאר ודאים ע"י המעשר) (ועי' עוד שם בפנ"י ז.).

ואולם כל התירוץ הנ"ל בתוס' הוא רק אליבא דהרמב"ם דבתקפו כהן אין מוציאין, דהוי ספק ולכן מעדיפים בענין אחר, אבל אליבא דהתוס' עצמו דס"ל דבתקפו כהן - מוציאין דהוא מוחזק ודאי ואין בעיה להכניסו לדיר עם כולם, דא"כ קושיית התוס' בעינא עומדת.

ובאמת דפנ"י כתב ליישב גם אליבייהו דהתוס' וז"ל - דאפילו אם נאמר דנפשטא האיבעיא דתקפו כהן מוציאין, דמהאי טעמא אמרו דלא מיקרי ספק

הבה"ח יצחק אליעזר שוב ני"ו

במש"כ התוס' דהאוכל מתנו"כ פטור כלפי הבעלים

והנה הקה"י בי' בדעת התרוץ הראשון של התוס' [דסובר שיכולים הבעלים לתבוע כל המתנו"כ מחמת הזכות טוה"נ שיש להם בה] דס"ל כדעת הריטב"א בקידושין דמתנו"כ ממון בעליהם הם לגמרי אלא שמצוה עליהם ליתנם לכהן, ומשו"ה ס"ל דיכולים הבעלים להוציא כל הבהמה מהחוטף ולא את הטוה"נ בלבד] לפי ששלחם היא.

אך הקשה הקה"י דמאי שייך הא דאמרי' דהמזיק מתנו"כ או שאכלן פטור למאי דאירינן ביה, הא אנן איירינן בחיוב המזיק או האוכל כלפי הבעלים, והתם מאי דאמרי' דפטור הוא כלפי שבט הכהונה, וכמבואר התם הטעם משום דהו"ל ממון שאין לו תובעים, וזה שייך רק כלפי הכהנים אבל למאי דס"ל השתא דהמתנו"כ הם כולם ממון של הבעלים הא הו"ל שפיר ממון שיש לו תובעים שהרי הבעלים מבוררים, וכן להטעם השני דאיתא התם משום דכתיב דהו"ל [דהיינו "זה"י] דמשפט הכהנים מאת העם" [דמשמע שרק בעודן קיימות חייב בהן הכתוב תשלומן וכפ' רש"י שם, כ"ז ג"כ שייך רק כלפי הכהנים דכשאינן קיימות לא חייב בהן הכתוב תשלומין, אבל כלפי זכות הבעלים בזה אפי' כשאכלן חייב.

ותי', דמשמע לתוס' דמדאמרי' סתמא המזיק מתנו"כ פטור דפטור לגמרי בין לגבי תביעת הכהן ובין לגבי תביעת

ו: תוד"ה 'והא' – הקשו למ"ד תקפו כהן אין מוציאין מידו דאמאי אין מוציאין והלא הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר וכתבו די"ל דמיירי במכירי כהונה א"נ אינו יכול לתבועו רק טוה"נ שיש לו בו למ"ד טוה"נ ממון.

והוסיפו עוד דמפרק הזרוע דאמר בן לוי דחטף מתנתא פריצותא הוא ומשמע דאינו חייב לשלם אין ראייה, דשמא מיירי כשאכלו כדאמרי' התם המזיק מתנות כהונה או אכלם פטור, עכ"ד.

ובחי' הגר"ר (ס"ז) האריך לבאר [והביא כן מכמה אחרונים וכן נקט הקה"י בפשיטות] דמה שהביאו מפרק הזרוע כוונתם להוכיח לתרוץ השני דאי"צ להחזיר לבעלים כל המתנו"כ מדאמרי' התם דפריצותא בלבד הוא, ומשמע דאי"צ לשלם לבעלים כלום על חטיפתו [ואף דהתם משמע דאפי' טוה"נ אי"צ לשלם, והכא כתבו התוס' דאף אי"צ להחזיר לבעלים כל המתנו"כ מ"מ טובת הנאה צריך להחזיר לבעלים כתב הגר"ר דאי"ז קושיא דאפשר דהתם איתא כמ"ד טוה"נ לאו ממון].

ולזה כתבו דאין ראי' דמשמע מיירי כשאכלו, וכשאכלו פטור דאמרי' התם המזיק המתנו"כ או אכלן פטור והיינו דכשאכלו פטור אפי' לתרוץ הראשון וכדמשמע בחולין.

הבעלים [ודחוק להו לאוקמי המימרא דוקא כשהבעלים עצמם אכלו דאז ליכא אלא תביעת הכהן בלבד כ"כ הקה"י אך ראיתי שהגר"ר נקט בפשיטות דמיירי בזה שהבעלים עצמם אכלו וצ"ב].

וטעמא דפטור כלפי הבעלים לא נתפרש בגמ', וכנ"ל וכתב הקה"י דהטעם בזה י"ל, דמזיק אין משלם אלא מה ששורה החפץ הניזוק לבעלים, והמתנו"כ כיון שלבעלים אין שווין אלא טוה"נ מחמת החיוב נתינה שבהם, אי"צ לשלם לבעלים כשהזיקם אלא דמי הטוח"נ [למ"ד טוה"נ ממון] ומשו"ה פטור כשאכלם אפי' למאי דס"ל בקושייתם ובתי' הראשון דהמתנו"כ הם ממון גמור של הבעלים וכשהם בעין חייב להחזירם מ"מ כשאכלם דחיובו מדין מזיק פטור עכ"ד הקה"י ועיי"ש שהביא ראיות לדבריו.

והוסף הקה"י דשוב שאל שאלה זו להחזו"א ואמר לו דזה פשוט להתוס' [אף בתרוצם הראשון] שגוף המתנו"כ אינם נחשבים ממון הבעלים אלא דמ"מ ס"ל בקושייתם ובתרוצם הראשון שיכולים הבעלים להוציא כל המתנו"כ מיד החוטף מפני ששלחם הם לענין ליתן למי שירצו ואין שום כהן יכול לזכות בהם שלא מדעת הבעלים [והיינו משום שהבעלים הוא המקנה לכהנים את המתנו"כ] ומש"כ התוס' דאפ"ה אם אוכלם יהיה פטור והביאו ראיה לזה מדאמרי' בחולין "המזיק מתנו"כ או שאוכלן פטור" היינו דאף דהתם איירינן כלפי הכהנים וכמשנ"ת מ"מ כיון שכל תביעת הבעלים הוא מכח החיוב הנתינה [שתובע את זכותו להחליט למי ליתן] א"כ

כשנאכל והאוכל פטור כלפי הכהנים ממילא אין כאן חפצא של מצות נתינה לכהן ופטור נמי כלפי הבעלים מאחר שכל תביעת הבעלים היא רק את זכות מצות הנתינה ורק אילו הי' הדין דהמזיק מתנו"כ חייב כלפי הכהנים שוב היו הבעלים יכולים לתבוע מהמזיק להחזיר התשלומן להם שהרי הטוה"נ מהנתינה לכהנים שייכא להם, וה"ה התשלומן.

והתי' השני בתוס' סובר, דלא הבעלים הם המקנים את המתנו"כ לכהן אלא ממילא הם נקנים, ולבעלים איכא רק זכות נתינה, דהיינו רווח של הטוה"נ, ולכן רק אם הטוה"נ יכולים הבעלים לתבוע מהחוטף.

והנה בחי' הגר"ר נקט ג"כ כהחזו"א דפשוט להתוס' דגוף המתנו"כ אינם ממון הבעלים ומאי דס"ל בקושייתם ובתרוצם הראשון שיכולים הבעלים להוציא כל המתנו"כ מידי החוטף הוא מפני שאין לכהן שום זכיה בהמתנו"כ בלא דעתו ונתינתו של הבעלים.

אלא שהעלה דאין כונת התוס' [בקושייתם] שיוציא מהחוטף משום ליתא ידיה שגזל את זכותו שיש לו טוה"נ במתנו"כ דגם בקושייתם פשיטא להו להתוס' דמשום זכות עצמם אינם יכולים לתבוע אלא דמי הטוה"נ [למ"ד טוה"נ ממון] אלא דס"ל שיכולים הבעלים לומר לכהן החוטף אתה אינך בע"ד לתפוס מאחר שאני רוצה ליתנם לכהן אחר ואין לך זכיה בלא רשותי ונתינתו ומוציא מידו רק משום ליתא דהכהן האחר שהוא רוצה ליתן לו.

דאי כוונתם שיוציא משום ליתא ידידיה לא יוכל להוציא אלא אי טוה"נ ממון ולא חילקו בקושיתם.

ועוד דאי משום ליתא דזכות הבעלים מה הביאו ראיה מהא דהמזיק מתנו"כ פטור שפטור האוכלם כלפי הבעלים הא התם מיירי רק כלפי הכהנים ומשום דהו"ל ממון שאין לו תובעים [וכקושית הקה"י].

וע"כ דמה דלפי קושתים ותרועם הראשון צריך להחזיר המתנו"כ משום ליתא דהכהנים הוא [ולכך שפיר יכול להוציא אפי' אי טוה"נ לאו ממון היא דהא מ"מ "ונתן" כתיב ואית ליה טוה"נ אלא שאין בזה דין ממון לבעלים] ולזה שפיר הביאורא יה דהיכא דאוכלם פטור מלהחזיר לבעלים מהא דאיתא בחולין

דהמזיק מתנו"כ פטור דאף דהתם אמריון כלפי הכהנים, מ"מ מאחר שכלפי הכהנים פטור, פטור נמי כלפי הבעלים, דכל תביעת הבעלים היא משום ליתא דהכהן האחר שהוא רוצה ליתן לו, אבל אי פטור ליתן לכהן הבעלים אינו יכול לתבוע כלום. עכ"ד הגר"ר.

אמנם נראה דהחזו"א נקט דאפי' אי מוציא משום ליתא ידידיה א"ש

מה שהביאו ראיה מהא דהמזיק מתנו"כ פטור דפטור האוכל כלפי הבעלים, דאף דהתם מיירי לענין התשלום לכהנים, מ"מ כיון דכל תביעת הבעלים היא מכח המצות נתינה, שתובע את זכותו להחליט למי ליתן, א"כ כיון שנאכל והאוכל פטור כלפי הכהנים תו אין הבעלים יכולים לתבוע כלום.

הבה"ח יצחק שווארץ נ"ו

בענין תפיסה קודם שנולד הספק ביאו"ד התום' בזה ובתפיסה בהיתר

הגר"י אדלשטיין בשם אביו מרן הגר"ג שליט"א לענין תפיסה ברשות ולהלן יבואר באופ"א), או י"ל הטעם דאחר שנולד הספק כיון שכבר הוכרע דין הממע"ה בתפיסה אין לו כח לשנות הדין, וכמש"כ המרדכי לעיל בפירקין (סי' רכ"א) דכל דסבר שתחילת דינו הממע"ה אין מועלת תקיפה של אח"כ ומוציאין אותו מיד התוקף כדמסיק רבא בפ"ק דב"מ גבי ספק בכורות ותניא כותיה, ע"כ. ולפי"ז הא דמהני קודם שנולד הספק צ"ל דאין בזה הטעם שתחילת דינו הממע"ה דעדיין לא נקבע הדין וכנ"ל.

ועיין כתובות דף טז: גבי ספק בתולה דזימנין דתפסה מאתים ואמרה אנא בתולה הוא, והקשו המרמב"ן והרשב"א איך מהני תפיסה מספק דמ"ש מהא דמסיק בסוגיין דתקפה אחד בפנינו מוציאין אותה, והביאו דיש שתירצו דגבי שנים או חזין כיון שרבו עליה מתחילה והוי דינא יחלוק לא מהני תפיסה לפנינו דהו"ל כגזל של חברו, משא"כ בכתובה דאיירי שתפסה מאתים קודם שרבו עליה ואחר שנחלקו לא תפסה כלל אמרי' ביה הממע"ה, והרמב"ן והרשב"א נחלקו ע"ז וכתבו דאי"ז מחזור כלל דכל מאי דאית ברשותיה דאיניש בדידיה מחזינן ליה והיינו נסכא דר' אבא וכן נמי תקפו כהן דאמרו דמוציאין מידו, (וע' בחי' הרמב"ן

א) יש לחקור במה שכתבו הראשונים והפוסקים (תקפו כהן סי' ע') דאף למסקנת הסו"א דתקפו כהן מוציאין מידו אם תפס קודם שנולד הספק מהני ואין מוציאין מידו, בטעמא דהא מילתא אם הוא משום שתפיסתו על פי דין בלי ספק והממון בא לידו בודאות דמטעם זה חשיב תפיסה אלימתא להוציא מיד המוחזק, (וזה כעין סברא דתפיסה ברשות שכתבו הראשונים והפוסקים דמהני תקפו כהן סי' י"ח, נ', נ"ג) או נימא טעמא דמילתא דדין המוציא מחבירו עליו הראיה נקבע בזמן לידת הספק, וכיון שתפס קודם שנולד הספק ממילא בשעת לידת הספק הוכרע דין הממע"ה לטובתו ואדרבה הנתקף הוא המוציא ואם תפס בלא ראיה מוציאין מידו, ולהלן יבואר נ"מ בזה בס"ד.

ויסוד הנידון תליא בטעמא דתפיסה לאחר שנולד הספק דלא מהני למסקנת הסוגיא דתקפו כהן מוציאין מידו, אם הטעם מפני שתפיסה (גרועה) לא מהני להוציא מיד מוחזק וכמש"פ הרא"ש, בסוגיין (סי' ג') דתקפו כהן מוציאין מידו דמוקמינן לה בחזקת מרא קמא, ולפי"ז קודם שנולד הספק צ"ל שהוא מעליותא בתפיסה להוציא מיד מוחזק כיון שתפס כדין, (ויל"פ דתפיסה בעלמא לא מהני משום דבאיסורא אתא לידיה אבל תפיסה בהתירא שפיר דמי וכן שמעתי ממו"ר

והרשב"א בסוגיין ומה שיש להעיר בד' הרשב"א וממש"כ בב"ב דף ד. יעוין בחבורת הבה"ח י. רוטשילד נ"ו).

ולבאורה בהא קמיפלגי דהיי"מ סברי דתפיסה אחר שנולד הספק לא מהני כיון שהוכרע דין הממע"ה וקודם שרבו עליה אע"פ שכבר נולד הספק כיון דלא הוכרע דין הממע"ה מהני תפיסה, והרמב"ן והרשב"א סברי דהא דלא מהני תפיסה מפני שבא להוציא ממוחזק ואין כח לתפוס ממוחזק בספק וה"נ אע"ג דלא רבו עליה עדיין. מ"מ כבר נולד הספק והבעל מוחזק בה ולא מהני תפיסה, [ועיין עוד בתקפו כהן סס"ח שהביא מתשובת מהר"ד בן לב שכ' בד' הרא"ש (כתובות פ"ב סי"ג) דתפיסה קודם שנולד הספק בעינן ג"כ שיהיה בברי עי"ש, ואפש"ל בביאור'ד דס"ל דאחר שנולד הספק אית ביה תרתי לגריעותא, א. שמוציא מיד מוחזק. ב. שכבר הוכרע דין הממע"ה, והתפיסה בברי הוי מעליותא בתפיסה להוציא מיד מוחזק ומ"מ אין בזה די להוציא מדין הממע"ה ולזה צריך תפיסה קודם שנולד הספק, וקודם שנולד הספק לחוד נמי לא מהני אלא שלא הוכרע דין הממע"ה אבל אין בכוחו להוציא ממוחזק ולזה צריך תפיסה בברי וד"ל].

ב) הדרינן לביאור דין תפיסה קודם שנולד הספק ויעויין בתומים קיצור תקפו כהן (סי' מ"ד מ"ה ד"ה לכן נראה) דקודם שנולד הספק עדיין לא הוכרע דין הממע"ה ולהכי שפיר מהני תפיסה, ובקונטרס הספיקות (כלל ג' אות י') נקט הטעם דתפס קודם שנתעורר הספק, ולפי שיטתם נחלקו בב' נפ"מ חזא אי מהני תפיסה בשעה שנולד

הספק כגון ספק בקנין בגונא שא"ל כור בשלשים אני מוכר לך סאה בסלע דהוי ספק אי תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון ובשעה שתופס נולד הספק בכמה מכר לו וכדו', דהתומים שם (סי' כג מג ד"ה ומעתה) כ' דמהני דלא דמי לספק בכור והוא לשיטתיה דה"נ בשעת לידת הספק היה בידו ודין הממע"ה הוכרע לטובתו, ובקונה"ס שם כ' ע"ז ודעתי העניה לא כ' תדמה אלא דתפיסה דקודם הספק היא שגורמת דמוקמינן הדבר בחזקת מי שהיה מתחילה וכל דבלא הולכת הספק הוי מוקמינן בחזקת התופס לא מפקינן מיניה בסיפר, עכ"ד. והביאור לשיטתיה דכיון שבשעה שתופס נולד ספק אי"ז תפיסה בדין ולא מהני, [ובתקפו כהן סי' מ"ז, נ"ו, ס"ח מבואר ג"כ דמהני תפיסה בשעה שנולד הספק יל"ע ממש"כ בסי' פ"ו עי"ש ולענין ספיקא דדינא. עי"ש סי' פ"ה נתיב"מ טלי תפיסה (סקט"ו) ואו"ש פ"ה מבכורות ואכמ"ל].

עוד נחלקו לשיטתם אם אחר שתפס קודם שנולד הספק יכול הנתקף לחזור ולתקוף מידו, דהתומים שם (ד"ה והנה) כתב בפשיטות דלא מהני והיינו לשיטתיה דכיון שנפסק דין הממע"ה לטובתו שוב א"א לתקוף ממנו דתקפו כהן מוציאין מידו, ודעת הקונה"ס (שם אות ז') נוטה דמהני בזה לחזור ולתקוף ויל"פ לפי שיטתו דהוי כעין תפיסה ברשות ובזה כתב התומים (שם סו"ס נח) דמהני תפיסת הראשון וכן הכריע האמרי בינה הלכות דיינים סמ"ג, ואף דהקונה"ס (שם) להדיא כ' דאין מועיל לחזור ולתקוף בתפיסה ברשות וכמש"כ הרמב"ן בסוגיין מ,מ י"ל דהיינו דוקא

בנתן לו הראשון רשות ועשאו מוחזק, וכלשון הש"ך בתקפו כהן (סי' נ') כיון דנתנו לו ברשות הו"ל אידך הממע"ה, ע"כ. אבל הכא שלא עשאו מוחזק אע"פ שתפס כדין מודה הקוה"ס דאין מועיל לחזור ולתקוף, ויבואר יותר להלן אות ד' בס"ד [ועי' נתיב"מ (שם סקט"ז) שנקט בענין זה כהתומים].

ועיי"ש בקונה"ס שהביא משו"ת שארית יוסף (בסופו ביאורים על טור חו"מ ס"צ סק"ז) והובא גם בתקפו כהן (סנ"ה), גבי תקנת נגזל בניזק דלא איפשטא בשלהי פ"ק דב"ק אם צריך לישבע וכ' דראם תפס הניזק קודם שנולד הספק מהני, ומבואר דאע"פ שכשתפס לא היה לו שום צד זכיה מ"מ אח"כ נולד ספק בנזק ומהני, וסברא זו מתקבלת רק לפי"ד התומים דה"נ איכ"ל דסו"ס כיון שבשעת לידת הספק היה ביד הניזק ממילא הוכרע דין הממע"ה לטובתו ואין מוציאין מידו, אבל הקונה"ס לפי שיטתו השיג ע"ז בתוקף דהא התם לא תקף כדין ואפ' צד זכיה בשעת התפיסה לא היה לו ולדידיה פשיטא דלא מהני.

ג) ובתוס' בסוגיין ד"ה פוטר הקשוט אמסקנת הסוגיא דתקפו כהן מוציאין מידו מד' שמואל לק' דף קב: גבי שכר מרחץ בשנים עשר זהב לשנה מדינר זהב לחודש ונתעברה השנה ומספ"ל אי תפוס לשון ראשון או תפוס לשון אחרון, וקאמר שמואל דאם בא בתחילת החודש כולו למשכיר באמצע החודש יחלוקו ובסוף כולו לשוכר ומבואר דמועיל תפיסתו של שוכר ומ"ש מתקפו כהן דמוציאין, ותירצו דהתם נכנס בהיתר לכך מהני תפיסתו

ובפשוטו כוונת התוס' לדין תפיסה ברשות וכ"מ בגליון מהרש"א שציין ע"ז לש"ך סי' ס"ה (סקמ"ח) דאיידי לענין תפיסה ברשות, [וראיתי בשם שמעתתא שד' פ"י שהביא דברי התוס' דידן לשיטתייהו לקמן דף ק. דס"ל דתפיסה בברי מהני, והוא פלא היכן ראה כן בתוס' וצריך להתיישב בדבר אם נוכל לפרשו בתפיסה בהיתר, ובביאורים והערות להגרשז"א ז"ל כתב ע"ז דאגב שיטפיה נקט תוס' דידן וכוונתו לתוס' בכתובות דף כ. שתי' כן].

תו הקשו התוס' מכתובות דף כ. בשנים החתומים על השטר ובאו שנים אנוטסים היו דאוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה, ומ"מ קאמר דהשניים אינם נאמנים ופרש"י דאם יתפוס מידו אין מוציאין ומבואר דמהני תפיס ומ"ש תקפו כהן, ותירצו דצ"ל שתפס קודם שבאו עדים לפסול השטר דהיינו קודם שנולד הספק ויל"ע אמאי לא תירצו ה"נ דמהני מדין תפיסה בהיתר כלומר ברשות, ובאמת יל"ע בעיקר הדבר אם יש חילוק בין תפס ברשות או קודם שנולד הספק ומהו החילוק, ועי' בתקפו כהן (סחי' ס"ג) שלמד מדברי הסמ"ג (עושין צ"ה הובא שם סי' ב') דתפיסה קודם שנולד הספק מהני ותפיסה ברשות לא מהני וכ"כ התומים שם (סי' ע"ו) בדעת הרא"ש, ולעומת זה דעת הרמב"ן בכמה דוכתי ובסוגיין מההיא דלק' דף עט קונה"ס של ג' אות א' ובבכורות דף יג הובא בתקפו כהן סי' נ' וכ"מ בההיא דכתובות טז: שהבאתי לעיל) דתפיסה ברשות מהני, ובתקפו כהן (סי' ס"ח) כתב בדעתו דתפיסה קודם שנולד הספק לא מהני, הא קמן דתרי עניני ניהו וצריך לבאר היטב החילוק.

ולדעת התומים נראה לעניים דתפיסה ברשות היינו אף אחר שנולד הספק והוכרע דין הממע"ה למחזיק וברשות מהני כיון שעשאו מוחזק כנ"ל מלשון הש"ך, אבל קודם שנולד הספק הוא ענין שכל חלות דין הממע"ה הוא לטובת התופס, ונ"מ אם חזר הראשון ותפס דמתפיסה קודם שנולד הספק שיטת התומים דלא מהני כיון שתחילת דין הממע"ה עליו הוכרע ותקפו כהן מוציאין מידו, ובתפיסה ברשות דעת התומים הנ"ל דמהני דלא אלים כ"כ אלא דתפיסה זו מהני דנימא ממונא היכא דקיימא קיימא ומספיקא לא מפקי' ממונא, אבל לקונה"ס לכאור' הכל ענין אחד ומ"ש נוע' ט"ז סי' של"ז סעיף י' שהביא ממש"כ התוס' תפיסה בהיתר דתפיסה קודם שנולד הספק מהני, והיינו כמש"פ רש"י לק' שם דחשיב קודם שנולד הספק, ומבואר דבאמת שניהם ענין אחד וקצת יש לדקדק כן מהש"ך בתקפו כהן סי' נ"ח שהביא דעת התוס' דתפיסה ברשות מהני מתוס' בבכורות ולא הזכיר תוס' דידן, אבל לכאור' אין כן משמעות התוס' ובלא"ה בראשונים הנ"ל מבואר להדיא שחילקו.

ד) ובאמת הלא נזכר לעיל דדעת הקונה"ס דמתפיסה ברשות א"א לחזור ולתקוף והיינו דס"ל דע"י תפיסה ברשות נעשה מוחזק גמור ומפקיע כחו של המוחזק הראשון, וכן מבואר בנמו"י בסוגיין שכתב דלא מהני תפיסה ברשות בקרקע וכ"כ בתקפו כהן (סי' מ"ז וסי' נ"ח) והטעם משום דאין חזקה בקרקעות ותפיסה ברשות טעמיה משום שנעשה מוחזק וזה לא שייך בקרקע, וילה"ק דיעו"י"ש בש"ך (סי' מ"ז) שכתב דלענין תפיסה קודם שנולד הספק

מהני בקרקע ואם טעמיה דקודם שנולד הספק משום תפיסה ברשות צריך תלמוד איך מהני בקרקע מה שאין מועיל בו תפיסה ברשות, ומאידך ילה"ק לפמש"כ החזו"א (ב"ב סי"ג סק"י) דבתקפו כהן אי א"מ מידו משמע דשרי לתפוס לכתחילה וכ"כ הברכ"ש (סי' כ"ד אות ב'), וכ"כ בהדיא הש"ך בתקפו כהן (סי' קט"ו) גבי תפיסה שלא בעדים ובספיקא דדינא שמועיל תפיסה דשרי לתפוס לכתחילה [אכן השבות יעקב (כללי קי"ל סק"א) השיג ע"ז יעו"י"ש], וא"כ ילה"ק דכל תפיסה מאחר דמהני תחשב כתפיסה ברשות ויעשה מוחזק ע"ז ויועיל שלא יוכל הראשון לחזור ולתקוף ועוד נ"מ במה שנעשה מוחזק.

הן אמנם לפמשנ"ת דתפיסה ברשות מהני מדין מוחזק ע"י שעשאו הראשון מוחזק א"כ החילוק ברור (ורמזתי לזה לעיל אות ב'), דתפיסה ברשות שייך רק בכה"ג שהראשון נתן לו מרצונו להיות מוחזק (ולא כמשנ"ל משום דבהתירא אתי לידיה), אבל באופנים שהראשון מרצונו אינו רוצה ליתן כלל אף שמן הדין הוא בהיתר ואין מוציאין מידו מ"מ לא נעשה מוחזק ע"ז, וכן גבי תפיסה קודם שנולד הספק כגון בההיא דכתובות בתרי ותרי אע"ג דהוי תפיסה כדין (כמש"פ הקונה"ס) מ"מ הלא הלוח לא נתן לו מרצונו רק שלא יכול היה לעכב על ידו קודם שבאו עדים, הלכך לא מהני אלא מדין תפיסה בעלמא ולכך נסתפק בזה הקונה"ס (הנ"ל) שלא יועיל חזרת הראשון אם יתקוף ובתפיסה ברשות ס"ל דמהני כנ"ל, וזהו ביאור דעת הרמב"ן הנ"ל דתפיסה ברשות מהני ולא תפיסה קודם שנולד הספק [ויל"ד הסמ"ג והרא"ש

הנ"ל דווקא קודם שנולד הספק מהני ולא תפיסה ברשות צ"ל דס"ל דא"א להחליף מוחזקות ע"י תפיסה ברשות, והא דתפיסה קודם שנולד הספק מהני לכאור' עכצ"ל דדעתם כהתומים דמהני מפני שדין הממע"ה נקבע בשעת לידת הספק, וקשה בדעת הרא"ש שתבאר מלשונו לעיל (אות א') לכאור' כהקונה"ס וצ"ל כמש"כ לעיל דלדעת הרא"ש תרתי איתנייהו בתפיסה קודם שנולד הספק ודו"ק].

(ה) והנה לכאור' יש להתבונן במה שתירצו תוס' אההיא דמרחץ דלקמן משום תפיסה בהיתר והיינו שהרי המשכיר נתן לו רשות לדור ודר בה כל החודש ברשות וצ"ב דהא מה שהבעלים נתנו לו רשות לדור הוא כי סברו שישלם בסוף החודש והשתא שאינו משלם מדוע נחשב תפיסה ברשותו. [ועי' פנ"י בסוגיין בדעת רש"י דמבואר דגם תפיסה ברשות בטעות מהני וכן דעת התומים שם (ס"י ס"ב) ובפליתי (ס"י ס"א סק"ח), אבל זה דלא כרמ"א יו"ד (ס"י שט"ו ס"ב) כמו שביארו הש"ך (שם ובתקפו כהן ס"י ס"ב) ובביאר הגר"א (שם), ובדעת הפנ"י והתומים צ"ל דתפיסה ברשות מהני משום דבהיתרא אתי לידיה וה"נ הרי נתן לו בהיתרא, ובתפיסה קודם שנולד הספק הלא דרכו של התומים דאינו מטעם תפיסה כדין], ולהנ"ל נראה לבאר דלכך דקדקו התוס' וכתבו תפיסה בהיתר ולא תפיסה ברשות דאע"פ שלא עשאו הראשון מוחזק אם לא ישלם מ"מ הלא תפס כדין ומהני תפיסתו כעין תפיסה קודם שנולד הספק, [וניחא הא דהש"ך לא הביא מתוס' זה דתפיסה ברשות מהני ואפשר דלזה כיון הט"ז הנ"ל והשתא נמצא דבאמת ב' תי' התוס' יסוד אחד להם].

ע"ל בדינו לדעת הקונה"ס ג' דרגות, א. תפיסה קודם שנולד הספק דמהני מדין תפיסה מעליא מפני שהוא כדין. ב. תפיסה בהיתר ואפ' אחר שנולד הספק וטעמו ג"כ מדין תפיסה מעליא מפני שהוא כדין. ג. תפיסה ברשות דמהני מדין מוחזק ע"י שנתן הבעלים שהחזיק מתחילה לו להיות הבעלים, ולדעת התומים ב' דרגות הם, א. תפיסה קודם שנולד הספק דמהני מדין מוחזק מפני שדין הממע"ה הוכרע לטובתו. ב. תפיסה ברשות דמהני מדין תפיסה (כמבואר דמהני לחזור ולתקוף) ואפשר שהוא מטעם בהתירא אתי לידיה.

(ו) ארוחנא בזה עוד דהתוס' להלן בסוגיין (ד"ה מפריש) הביאו מבכורות דשה א' פוטר כמה פטרי חמורים, וד' התוס' (שם ובבכורות דף ד:) דהיינו שיכול לפטור כמה ספק פט"ח בשה אחד דכיון דמדין הממע"ה א"צ ליתנו לכהן יכול לחזור ולפדות ע"ז (ועי' ביאור ד בקה"י שם ס"ג ואכ"מ), ובש"ך (יו"ד ס"י שכ"א סק"ג) כ' דלדעת התוס' אחר שפדה ספק פט"ח יכול לפדות בשה זה אפ' חמוקר ודאי, (וכן אמר רבינו ראש הישיבה שליט"א מסברא דנפשיה ע"פ המבואר בשער"י ש"ה פ"ו ושאר אחרונים דמי שיש לו ממון מדין הממע"ה יכול לקדש בזה אשה קידושי ודאי כיון דבפועל יש לו ע"ז בעלות, וה"נ ע"י הבעלות בפועל יכול לפדות בזה אפ' בודאי ודו"ק ואכמ"ל), אך הקשה במנחת חינוך (מצוה כב אות טו ומ' מט אות כא) דהשתא שפדה בו פט"ח ודאי צריך ליתנו לכהן, וכיון שיגיע ליד כהן ברשות יוכל לתופסו עבור הספק ותפיסה ברשות אין מוציאין מידו ושוב נמצא דהודאי לא

בתקפו כהן (סי' נ') שכתב דבספיקא דדינא אם תפס ברשות אין מוציאין מידו, וא"כ אפ' בזה"ז כשנותן לו הגנב הקרן יתפסנו עבור הכפל והוי תפיסה ברשות ותו לא מפקינן מיניה'.

ולמבואר דמעלת תפיסה ברשות הוא מחמת נתינת המוחזק הראשון (עכ"פ לדעת הקונה"ס) א"כ הדין נותן שאם נתן לו בשביל חוב אחד לא יוכל לתפסו עבור חוב אחר דלזה לו נתנו לו הבעלים כח מוחזקות ואם ישנה מדעת הבעלים אין כאן מעלת תפיסה ברשות כלל, וכמשנ"ת בתוס' דכשירד ע"ד לשלם שכירות לא חשיב תפיסה ברשות, (ועג"כ בשו"ת בעי חיי לבעל הכנה"ג (ח"א ס"א) ושו"ת בית אברהם (סי' מ"ב) דתפיסה על תנאי לא חשב תפיסה ברשות יעוי"ש וכן משמע בתומים שם (סי"ט) ובשער המשפט (סצ"ח סק"ב) ואכ"מ), ואי אמרת בן אמת שתפיסה ברשות אין כאן מ"מ יועיל מדין תפיסה בהיתר כמבואר בתוס', לזה י"ל דכיון דתפיסה בהיתר אין לו מעלת מוחזקות רק דינא דמספיקא לא מפקינן ממונא (וכן בכל תפיסה ברשות לדעת התומים כנ"ל), א"כ בכל הני גווני שנתן לידו עבור איזה צורך תשלום שחייב לו א"כ עדיין לא יצא מרשותו ועדיין הוא עומד לפרעון הנותן והתפיסה אין בכחה להוציא ממנו, ואדרבה מדין מספיקא לא מפקינן ממונא לא נוכל לתבוע ולהוציא ממון עוד מהנותן דסו"ס ספיקא הוא אם יכול לתפוס עבור החוב האחר וממונא היכא דקיימא תיקום.

נפדה, (ויש לפלפל בזה דמאחר שבשעת הפדיון החזקנו מדין הממע"ה שהשה ודאי שלו א"כ נפדה הפט"ח בודאי ואינו מתבטל למפרע, אך לכאו' כיון דמהני תפיסה כה"ג הרי יש לכהן זכות תפיסה בזה ונמצא פוטר ממונו בממון כהן כדפריך בגמ' למ"ד אי"מ מידו, אכן י"ל דכיון דבלא פדיון הודאי אין הכהן יכול לתפוס ומה שעיי"ז יכול לתפוס עבור הספק כיון דסו"ס זה בא ע"י הפדיון של הודאי ויש ריוח לכהן ע"י פדיון זה שפיר חל הפדיון וע' שער"י ש"ה פ"ז ועיי' בכל זה).

ובמו"ב יל"ע בדין הספיקות נכנסים לדיר להתעשר דהנה דעת הרס"ג (עשין פ"ו. פ"ח) דמעשר בהמה ניתן לכהן כמתנות כהונה [ודלא כהרמב"ם פ"ו מבכורות ה"ג וע' תשובות הרמב"ם סי' ס"ו] וכן משמע בריטב"א בסוגיין שכ' דכשלוקח מעשר בהמה לעצמו הר"ז גזל השבט (ויל"ע בזה מדברי הריטב"א חולין דף קמו יעוי"ש וע' בחבורת הבה"ח י.ח. דוד נ"ו) וא"כ לכאו' אם יצא בעשירי ויתננו לכהן מדין מעשר יוכל הכהן לתפוסו עבור הספק פדיון פט"ח וכיון שתפס ברשות אי"מ מידו וא"כ יתבטל המעשר שלו, שו"מ כעיי"ז בתומים שם ס"א בביאור סוגיין עיי"ש (וגם בזה יש לפלפ כנ"ל).

ובן יל"ע בהא דאין גובים כפל בזה"ז משום דהוי קנס ואי תפס יעוין בפתחי תשובה (סי' א' סק"ז) שהביא משו"ת בית שמואל דהוי ספיקא דדינא, וע'

י. ויש לדון דשמא לא שייך לתפוס עבור כפל דליכא שם תשלום דכפל רק התשלום השני של הקרן הוא הכפל ובששילם רק פ"א איך יתפוס עבור כפל ודו"ק.

[וראיתי בשו"ת בית יצחק (יו"ד ח"א סי"א סק"ו וח"ב סקכ"ט סק"ד) בשם בעל החידושי הרי"מ, דמי שחייב לחבירו חיוב תשלומין לצאת ידי שמים אם נתן לתובע ממון עבור חוב אחר יכול התובע לתופסו עבור החיוב לצי"ש, ובדין תפיסה בחיוב לצי"ש יעוין בחמדת שלמה (דרושים י"ח) שכתב דבעינן תפיסה ברשות ולהנ"ל כה"ג שנתן לו עבור חוב אחר לא חשיב תפיסה ברשות, אכן דעת הרבה פוסקים דא"צ תפיסה ברשות בחיוב לצי"ש ע' גליון הגרעק"א (סי' כח סק"ב) ובפ"ת שם (סק"ו) ועוד אשר לא אוכל לפרטם כי רבים הם, ולפי דבריהם שפיר איכ"ל דיועיל תפיסה מחוב אחר דהא אפי' תפיסה בכח דרך גזילה מהני].

הבה"ח אברהם משה שוורץ נ"ו

בשיטת הר"ן בספיקא דר' זירא, ובגדרי מוחזקות בשנים אוחזין

הוא המוחזקות בשנים אוחזין, דהסתפקה הגמ' האם שנים שאוחזין בתורת ספק הטלית עומדת כלומר דחשיב כ"א למוחזק בכולה וא"כ אם בא האחד ותקף את חברו וחבירו שתק ולבסוף צווח וא"כ נוצר פה ספק הודאה בתקיפתו נראה שתועיל תקיפתו משום דמחזיק בה מכח אותו ספק וכיון דכל תפיסת חבירו היתה בספק אין זה מגרע תקיפתו, או"ד דאין הטלית עומדת בתורת ספק לשתיים אלא דכ"א יש לו בה חציה כיון דכל החזקה שיש להם אין היא אלא על חצי בלבד וא"כ לא תועיל תקיפת האחד להוציאה מיד חבירו משום דאין ספק הודאה מוציא מידי ודאי דהרי חבירו מוחזק בה מדין ודאי, ולכאורה כיון דבעיא דלא אפשרטא הוא א"כ נשארה הגמ' בספק האם בשנים שאוחזין בטלית כ"א מוחזק בכולה או דכל אחד מוחזק בחציה מדין ודאי.

ובחקירה זו מצינו דנחלקו בה הראשונים, דהנה כתב רש"י בריש פירקא (ב.) וז"ל דוקא אוחזין, דשניהם מוחזקין בה ואין לזה כח בה יותר מבזה, שאילו היתה ביד אחד לבדו הוה אידך מוציא מחבירו ועליו להביא ראיה בעדים שהיא שלו וכו' עכ"ד, ונראה דאיכא לדיוקא בדבריו שכתב שאם אחד מחזיק לבדו הוה אידך מוציא מחבירו, משמע דכל דין מוציא שייך רק במקום שאחד אוחז בכל הטלית, מיהו במקום ששניהם אוחזין ליכא

איתא בב"מ (ו.) בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו, היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה, ואי דקא צווח מאי הוה ליה למעבד, לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח מאי מדאשתי' אודויי אודי ליה או"ד כיון דקא צווח השתא אגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן וכו' ע"ש.

ובביאור ספיקא דר' זירא איכא ג' ביאורים, האחד מבואר בתוספות והאחרים מבוארים בדברי הר"ן.

דהנה התוס' (ד"ה הקדישה) ביאר דספק הגמ' בהקדישה בלא תקפה הוא האם הקדש כתקיפה כיון דהיה לו לצוות וא"כ מדלא צווח איכא הודאה או דאין זה הודאה משום דלא היה לו לצוות ומבואר דאם איכא הודאה דהקדש כתקיפה אזי הוה הקדש ואם ליכא הודאה משום דלא חשיב לתקיפה אין חל ההקדש כלל, משמע דסבר תוס' דספיקא דר' זירא בתקיפה הוא ספק בעצם ההודאה האם איכא הודאה ודאי או דליכא הודאה כלל, ולכאורה כך נראה בפשטות.

מיהו הר"ן כתב וז"ל נראה לי דבעיין הכי מפרשא, דודאי פשיטא לן האי דאשתיק ולבסוף צווח איכא למלתי בהודאה כיון דאשתיק, ואיכא למימר דלאו הודאה היא כיון דלבסוף קא צווח, ומכח זה ביאר הר"ן דאין הספק הוא בעצם ההודאה וכדברי התוס' אלא ספק הגמ'

לדין מוציא כלל, ויש להבין מאי שנא אם האחד מחזיק דאיכא דין מוציא לשנים שאוחזין דליכא דין מוציא והרי סו"ס בטענתו רוצה להוציא חצי השייך לחבירו, ונראה לומר דסבר רש"י דגדר המוחזקות בשנים שאוחזין בטלית אין הוא שכ"א מוחזק בחציה אלא דהפשוט הוא שכל אחד מוחזק בכל הטלית וא"כ טלית זו בספק היא עומדת בין שניהם, ולפי"ז שפיר ליכא מוציא דהרי כ"א מוחזק בכולה ורק כאשר אוחז בה אחד לבדו דאז האחד לא אוחז ואין לו בה שום מוחזקות אזי מקרי מוציא.

מיהו כ"ז לפי שיטת רש"י אבל תוס' שם חלק ע"ז וסבר שכ"א מוחזק בחצי מהטלית, דכתב תוספות (שם, ד"ה יחלוקו) דכל הטעם דעבדינן יחלוקו ולא עבדינן כל דאלים גבר כההוא ארבא הוא משום דהכא הם אוחזין בטלית ואיכא לכ"א אנן סהדי על חציה ולכן עבדינן דין חלוקה ולא כדין ארבא דעבדינן כל דאלים גבר מבואר בדבריו דחלק על רש"י וסבר דגדר המוחזקות בשנים שאוחזין בטלית אין הפשוט הוא שכל טלית עומדת בספק ביניהם משום שכ"א מוחזק בכולה, אלא הפשוט הוא שכ"א מוחזק בחציה ואיכא לכ"א אנן סהדי בחזקתו, ולפי"ז יחלוקו דמתני' מתפרש לשני פנים או דדין פשרה הוא וכפרש"י או דפסק שעושים יחלוקו כיון שלכ"א יש ודאי חצי וכפי' התוס'.

ולכאורה יוצא לפי דברים אלו דגם אליבא דהתוס' וגם אליבא דרש"י ספק הגמ' בבעי ר' זירא ספק הודאה הוא האם איכא הודאה ודאי או דליכא הודאה כלל ואין הספק בגדרי

מוחזקות דשנים אוחזין וזה משום דהרי בעיא דלא איפשיטא הוא ואם הספק הוה בעצם גדרי המוחזקות לא היה לו לרש"י לסבור דודאי כ"א מוחזק בכולה משום דנשאר הדבר בספק, ולכן לתוס' לא היה לומר דכ"א מוחזק בה בודאי בחציה משום דהדבר נשאר בספק (ושיטת התוס' מבוארת להדיא וכמו שכתבנו לעיל). ולשיטת הר"ן נצטרך לומר דטעם היחלוקו בשנים אוחזין לא הובררה או דכ"א מוחזק בכל הטלית וא"כ עבדינן יחלוקו מפשרה או דכל אחד מוחזק בחצי וא"כ עבדינן יחלוקו מדינא כיון שלכ"א איכא ודאי חציה.

ונראה דהנפק"מ במחלוקת זו היא כאשר לא אוחזין וכ"א טוען שכולה שלו וכגון דמונחת ברה"ר, דהנה כתב הריב"א בב"ב (לד:) וז"ל התוס' שם בד"ה ההוא, ולריב"א נראה דלאו דוקא אוחזין מדמדמי ליה לשאר ואדשמעתין איכא לשנו' כדמשני התם אפי' תימא ר' יוסי התם ודאי איכא רמאי הכא אימור תרויהו בהדי הדדי אגבהוה וכו' ע"ש, מבואר דסבר הריב"א דגם אם לא אוחזין כלל עבדינן יחלוקו ואין זה דומה לארבא משום דהתם איכא ודאי רמאי והכא בשנים אוחזין ליכא ודאי רמאי, ולכאורה ריב"א זה חולק על התוס' דידן משום דתוס' ביאר דטעם היחלוקו הוא מטעם שהם אוחזין משמע שאם לא היו אוחזין לא עבדינן יחלוקו אלא כל דאלים גבר, ובביאור מחלוקתם נראה דנחלקו בגדר המוחזקות בשנים שאוחזין בטלית דהתוס' אחז שגדר המוחזקות הוא שיש לכ"א חצי בה וכל אחד מוחזק רק בחציה וכמו שביארנו, ולכן סבר תוס'

וא"כ עבדינן יחלוקו מפשרה, שיטת תוס' דגדר המוחזקות הוא שכל אחד מוחזק על חצי ולכ"א יש בה בודאי החצי, וא"כ הא דעבדינן יחלוקו מדינא עבדינן, ושיטת הר"ן דגדר המוחזקות בעיא דלא אפשרא היא וא"כ הא דעבדינן יחלוקו או מטעם פשרה הוא כיון דכ"א מוחזק בהכל או דעבדינן יחלוקו מדינא כיון שכ"א מוחזק בחציה.

והנה חקירה זו מסתעפת ומתבארת בכמה סוגיות במסכתא דידן, דהנה בריש פירקא (ב.) התקשה התוס' (בד"ה שנים אוחזין) מאי טעמא שנינו פ' שנים אוחזין שעוסק בחלוקות ולא הקדמנו פ' אלו מציאות שעוסק בעיקר בדיני מציאה, ותרצו דאידי דאיירי בהגזול בתרא מחלו' נסורת נגר ובעה"ב דקתני במעצד הרי אלו שלו ובכשיל הרי אלו של בעל הבית תני הכי נמי דיני חלוקות, מיהו בר"ן הקשה זו וביאר וז"ל י"ל דאהכ"נ אלא משום דתנא מב"ק קא סליק ותנן בפרק הגזול ישבע כמה הוציא ויטול תנא נמי שנים אוחזין שאף הם נשבעים ונוטלים, ונראה דיש לדייק בדבריו דסבר הר"ן דשבועת המשנה אין היא מתורת ודאי שבועת הנפטרין אלא מדיני שבועת הנוטלין.

ולכאורה נראה אולי לתלות נידון זה האם שבועת מתני' דידן שבועת הנפטרין היא או שבועת הנוטלין, בסוגיית שנים אדוקין, דשם גרסינן (ז.) תני ר' תחליפא בר מערבא קמא דר' אבהו שנים אדוקין בטלית זה נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקין בשוה, מחוי ליה ר' אבהו ובשבועה, ולכאורה יש להבין כונת ר' אבהו דאומרו ובשבועה

שכל מה שעושים יחלוקו אין הוא מטעם פשרה אלא מדינא וא"כ במקום שאין הם מוחזקים כלל דאז אין סברא לעשות יחלוקו מדינא אלא מפשרה אזי לא עבדינן יחלוקו כיון דבמקום פשרה עבדינן כל דאליה גבר דאז איכא בירור האמת יותר מיחלוקו, ואילו הריב"א אחז דגדר המוחזקות בשנים אוחזין אין זה שכ"א מוחזק בחציה וכדעת התוס' אלא שכ"א מוחזק בכל הטלית ולכאורה אם כל אחד מוחזק בהכל ממילא מדיני המוחזקות ליכא שום נפק"מ וכל הא דעבדינן יחלוקו הוא מטעם פשרה גרידא וא"כ מאי שנא אוחזין או לא אוחזין, ולכן גם בלא אוחזין עבדינן יחלוקו מטעם פשרה וכדאוחזין.

ולכאורה לפי"ז יוצא דיסבור רש"י כהריב"א דגם בלא אוחזין עבדינן יחלוקו משום דסבר רש"י שכ"א מוחזק בהכל וא"כ אין חילוק בין אוחזין ללא אוחזין, והא דכתב רש"י אוחזין דוקא כוונתו לאפוקי במקום שאחר אוחז לבדו, [ויעויין בשיטמ"ק שהביא בשם הרידב"ז דרש"י חלק על הריב"א, מ"מ אין זה סתירה דסבר רש"י שכ"א מוחזק בכולה ודו"ק].

ולכאורה לפי"ז יש לעיין שיטת הר"ן במקום דלא אוחזין, דהרי הר"ן סבר דחקירה זו האם כ"א מוחזק בחציה או בכולה נשארה בספק וא"כ אין יכול לסבור טעם התוס' או טעם הריב"א ועיין.

ומכל נידון דנן מתבאר דאיכא ג' שיטות בראשונים, שיטת רש"י דגדר המוחזקות היא שכ"א מוחזק בכל הטלית

האם פרושו דנשבעין על השאר ואז עבדינן יחלוקו או דפרושו דנשבעים אף על מה שבידם, ובזה מתבאר דנחלקו התוס' שם והרמב"ם בדבר זה, דהרי (שם, ד"ה מחוי) כתב וז"ל נראה דלא גרסינן והשאר, דאף במה שידו מגעת ישבע כיון דנתקנה השבועה שלא יהא אדם הולך ותוקף מטעם זה ישבע אף במה שהוא תופס ע"ש, מיהו הרמב"ם (פ"ט מטוען ונטען ה"ט) כתב שכל השבועה שהם נשבעים אין היא אלא על השאר אבל על מה שבידם אין נשבעים אלא גלגול גרידא.

וביסוד מחלוקתם צ"ב, ונראה דנחלקו בחקירה דלעיל בגדר מוחזקות בשנים אוחזין האם הפשט שכ"א מוחזק בכל הטלית או דהפשט הוא שכ"א מוחזק בחצי מהטלית, דאפ"ל דהתוס' שאמר שנשבעים אף על מה שבידם סבר שכ"א מוחזק בחצי מהטלית וא"כ שבועת המשנה שבועת הנפטריין היא דכיון דנוטל חציו ודאי אין הוא נחשב לנוטל אלא לנפטר וא"כ גם כאשר אדוקין הם בעי שבועה על מה שתחת ידו והוא מתורת שבועת הנפטריין, ואילו הרמב"ם סבר שכ"א מוחזק בכל הטלית וא"כ שבועת המשנה שבועת הנוטליין היא ולכן כאשר אדוקין הם אין צריך לישבע במה שתחת ידו כיון דע"ז לא חשיב נוטל וכל מה שאפשר להשביעו הוא מדין גלגול.

ולבאורה לפי"ז דמאן דסבר דשבועת המשנה שבועת הנוטליין היא סבר דגדר המוחזקות בשנים אוחזין פרושו שכ"א מוחזק בכל הטלית, וא"כ הר"ן שהבאנו לעיל שתירץ ששנינן פ' זה בתחילת המסכתא הוא משום דגם הכא

עסקינן בנשבעים ונוטליין משמע דסבר דשבועת המשנה שבועת הנוטליין היא וא"כ ע"כ צריך לומר שסבר נמי דגדר המוחזקות בשנים אוחזין פרושו שכ"א מוחזק בכולה, ולכאורה תמוה דהרי הר"ן ביאר דספק הגמ' בספיקא דריש זירא הוא בגדר המוחזקות של שנים אוחזין ולא בגדר הודאה בעצם, וא"כ כיון דבעיא דלא אפשריטא היא ע"כ נשאר גדר מוחזקותם בספק וא"כ איך תירץ הר"ן וביאר דשבועת הנוטליין היא והרי לפי"ז יוצא שכ"א מוחזק בכולה וצ"ב.

ולבאורה כ"ז דוקא לפי הביאור הראשון בר"ן, אבל לפי ביאורו השני ל"ק מידי, דכתב הר"ן וז"ל ואם תרצה תפרש דכי אמרי' או דילמא כיון דקא צווה וכו' הכי קאמר שאפי' נאמר שטלית זו בספק היתה מונחת בתחלה אין מעמידין אותה בחזקת זה שתקפה משום דליכא לספוקי בהודאה כלל דכיון דקא צווה איגלאי מילתא בודאי דההוא דאשתיק סבר הא קחזו ליה רבנן ולא משום הודאה כלל, ומ"מ כי אמרינן כיון דאשתיק אודויי אודי ליה לומר שאפשר לתלות בהודאה וכו' עש"ד. ולפי ביאור זה מבואר דודאי גדר המוחזקות דשנים אוחזין היא שכ"א מוחזק בכל הטלית וכל ספק הגמ' הוא האם כיון דאיכא ספק הודאה מועיל תקיפת התוקף או"ד דאין כאן הודאה כלל, וא"כ שפיר כתב הר"ן דשבועת המשנה שבועת הנוטליין היא כיון דכ"א מוחזק בכל הטלית.

מיהו נראה דבאמת אין תלויה מחלוקת הרמב"ם והתוס' לקמן לגבי שבועה על השאר ועל מה שבידם, ליסוד שבועת

מיד חבירו בפנינו ושתק השני וכו' חזר השני ותקפה מן הראשון אע"פ שהראשון צווח מתחילה ועד הסוף חולקין ועכ"ל, וכתב ה"ה שם ולא איפשטא בעיא זו ולזה פסק רבינו שאין מוציאין אותו מיד זה שתפסה, כיון שהדבר ספק, ועוד שאמרו שם את"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותו מידו, ודרך רבינו לפסוק כאת"ל, והקצוה"ח (סי' קל"ח אות ג') הקשה על דבריו דכיון שכתב שדרך הרמב"ם לפסוק כאת"ל למה כתב הרמב"ם חזר השני ותקפה מהראשון אע"פ שלא צווח הראשון מתחילה ועד הסוף חולקים, והרי פשיטא דאודי ליה גם בשתק ולבסוף צווח, ועיין עוד במה שהקשה הקצות על ה"ה וכן יעויין בכס"מ.

ומכח זה כתב הקצוה"ח ליישב שיטת הרמב"ם דסבר כהר"ן דספק הגמ' בספיקא דר' זירא אין הוא בהודאה בעצם האם איכא הודאה או ליכא הודאה, אלא שהסתפקה הגמ' בגדר מוחזקות של שנים בטלית האם חשיב כ"א למוחזק בכל הטלית או דחשיב כ"א למוחזק בחציה ולכן פסק הרמב"ם שאין מוציאין מכח ספק ואפי' שפוסק הרמב"ם כאת"ל ל"ק כיון שאין האת"ל מורה ודאי אלא ספק.

ולכאורה לפי"ז יש לפשוט נידון דנן האם מה שלא נשבעים על מה שבידם מכח הספק הוא או מכח ודאי, דלפי"ז דסבר הרמב"ם כהר"ן יוצא דכל הא דאין נשבעין אין זה אלא מכח הספק, דכיון דבעיא דלא אפשט' היא נשארה הגמ' בספק האם כ"א מוחזק בכולה או בחציה ולכן כתב הרמב"ם שפטורים מן השבועה כיון שיש ספק בחיוב שבועה זו,

המשנה, דהנה מבואר מדברי הגר"א בביאורו לחו"מ סי' פ"ז ס"ק כ"ד לענין מכר שנחלקו הפוסקים אם עד המסייע פוטר גם משבועת הנוטלין, דיש שכתבו דהיכא דדינו ליטול בשבועה לא שייך שיטול בלא שבועה אפילו אם עד מסייע, והוכיח שם הגר"א ממה שפרש ר"ת דעד המסייע פוטר משבועת שנים אוחזין דס"ל דעד המסייע פוטר גם משבועת הנוטלין יעוי"ש, הרי מבואר דנקט הגר"א בפשיטות דשבועה דשנים אוחזין הוי מכלל שבועת הנוטלין לדעת התוספות וא"כ לפי"ז אין להעמיד דנחלקו הרמב"ם והתוס' בגדר שבועת המשנה דא"כ יוצא דהתוס' יסבור דשבועת הנפטרין היא, ומהגר"א משמע דהתוס' סבר דשבועת הנוטלין היא, ובביאור יסוד מחלוקתם יעויין באחרונים שעמדו בזה. ויל"ד במה שכתב הרמב"ם דעל מה שבידם פטורים משבועה האם מספק כתב זאת, כלומר שיש ספק האם חייבים שבועה על מה שבידם או שלא חייבים ומכח הספק כתב שפטורים, או שכתב זאת בתורת ודאי כיון שאין צד שחייבים שבועה, ונראה דדבר זה תלוי בחקירתנו האם גדר המוחזקות היא שכ"א מוחזק בהכל או שכל אחד מוחזק בחצי, והנה כתב הרמב"ם פ"ט מהלכ' טוען ונטען ה"ט היו שנים אדוקין בטלית, זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי, זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקין בשוה אחר שנשבעים, ויש לכ"א לגלגל על חבירו שכל מה שנטל בדין נטל, עכ"ל.

ועוד כתב הרמב"ם שם בה"ב וז"ל באו שניהם אדוקין בה ושמטה האחד

מיהו כ"ז לפי המהלך הראשון בר"ן אבל לפי המהלך השני שהגמ' ידעה ודאי שכ"א מוחזק בכל הטלית א"כ פטורים מלהשבע על מה שבידם מדין ודאי, וכל זה לפי הביאור הראשון שהעמדנו דתלויה חיוב השבועה בגדרי המוחזקות, אבל לפי שאר האחרונים אין הדבר תלוי זה בזה כלל, וא"כ אע"פ שסובר הרמב"ם כהר"ן אין זה מורה על גדר חיוב השבועה כלל.

ומתבאר מכל הנ"ל דסבר הרמב"ם בגדרי מוחזקות כהר"ן שבעיא דלא אפשר' היא, או כהביאור הב' בר"ן שהגדר הוא שכ"א מוחזק בכל הטלית, ולכאורה יל"ע בזה, דהנה כתב הרמב"ן (ו) וז"ל מדקאמרין אי דקא צוח מאי ה"ל למעבר, ואסיקנא נמי גבי ספק בכורות תקפו כהן מוציאין אותו מידו ש"מ דכל ספק ממונא דקי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע אי תקפה בפנינו או בפני עדים מפקינן מינה דאוקי ממונא בחזקת מאריה ותקיפה בכה"ג לא מהניא עש"ד, מבואר מדבריו דלא מועיל תפיסה מספק ודומה ספיקא דר' זירא לספק בכור, ולכאורה כ"ז לשיטת הרמב"ן דסבר דתקפו כהן מוציאין מידו, אבל לשיטת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו משמע כן מועיל התפיסה מספק, וקשה דהרי מספיקא דר' זירא משמע דכל הא דמהני' תפיסה הוא דוקא היכא דאיכא הודאה אבל במקום דליכא הודאה לא מועילה תפיסה מספק וא"כ איך יפרש הרמב"ם גמ' זו.

ונראה לבאר ע"פ החקירה דלעיל האם כ"א מוחזק בכולה או בחציה, ונראה דסבר הרמב"ם דכ"א מוחזק מדין ודאי כ"א חצי מהטלית ולכן פסק הרמב"ם

שלא מועיל תפיסה כיון דהכא אין זה ספק, אבל כנגד דין מוחזק מספק מועילה תפיסה, ואילו הרמב"ן סבר שכ"א מוחזק בכל הטלית וא"כ שוים ספיקא דר' זירא וספק בכור כיון דשניהם ספיקות הם.

וקשה דהרי מכל הנ"ל מתבאר דסבר הרמב"ם כהר"ן דבעיא דלא אפשר' היא כיון שכ"א מוחזק בכל הטלית (כהביאור הב' בר"ן) וא"כ איך פסק הרמב"ם בשנים אוחזין שלא מועילה התפיסה והרי כ"א מוחזק בכולה ומאי שנא מספק בכור שאין מוציאין מידו דמהני' תפיסה.

וע"כ נראה לבאר באופן אחר, דבאמת יש חילוק בין ספיקא דר' זירא לדין ספק בכור, בתקפו כהן סבר הרמב"ם דאין מוציאין משום דאין בתפיסה שלו שינוי בעצם הדין משום דהדין הוא שהמוציא עליו הראיה והוא לא שינה דין זה ולכן מועילה תפיסתו, מיהו בטלית הפסק הוא יחלוקו וע"י תפיסתו משתנה הדין ולכן לא מועילה תפיסתו, והרמב"ן שדימה ספיקות אלו משמע שסבר שאין חילוק בין מוחזק ליחלוקו, וכך מבואר בקונטרס הספיקות (כלל ב' סעי' ז) ותמוה דבהמשך דברי הרמב"ן מבואר להדיא דיש חילוק בין מוחזק ליחלוקו, דכתב הרמב"ן שמועילה תפיסה במקום דנשאר בתיקו ועבדינן יחלוקו, וקשה מאי שנא. ונראה לבאר דסבר הרמב"ן דבשנים אוחזין בטלית אין הפשט הוא שכ"א מוחזק בכל הטלית אלא הפרוש הוא שכ"א מוחזק בחציה, וא"כ אין היחלוקו דין בספיקות אלא דין מוחזקות ולכך יש לדמות זאת לתוקפו כהן, והרמב"ם שחילק סבר דהיחלוקו

מעשה תקפו | בשיטת הר"ן בספיקא דר' זירא, ובגדרי מוחזקות בשנים אוחזין

רכא

דמתני' בשנים אוחזין הוא מדין ספק ולא
מדין מוחזק משום שכ"א מוחזק בכל
הטלית ולכך שפיר אין לדמות בין מוחזק
ליחלוקו.
וא"כ יוצא מכל הנידון דנן דסבר הרמב"ם
כהר"ן וכמו שמבואר בקצוה"ח
מיהו אין זה אלא לפרוש השני בר"ן ולא
לפי הפרוש הראשון.

הבה"ח מיכאל שול ני"ו

בענין שיטת הרמב"ם שספיקא דאורייתא מין התורה לקולא

במעשר אם לא שיש פטור של יהיה קודש וא"כ לדעת הרמב"ם שבספיקות הולכים לקולא ומשה"כ הם מותרים בגיזה ועבודה ונחשבים כחולין גמור א"כ מה הביאור בגמ' שלא יכול להיות שהמשנה של הספיקות מדובר בספק בכור משום שאין חיוב מעשר בדבר שכבר קדוש מדכתיב יהיה קדוש ולא שכבר קדוש הרי ספק דאורייתא לקולא מין התורה וא"כ אין לבהמה קדושת בכור כלל והיה צ"ל שחייב במעשר דלא שייך הפטור של יהיה קדוש ולא שכבר קדוש וע"כ רוצה השמעתתא להוכיח כמו דעת הר"ן והרשב"א שבכל ספק דאורייתא חייבים לנהוג לחומרא מדאורייתא וא"כ יש איסור גיזה ועבודה ונקרא קדוש ומובן מה שהגמ' דוחה שא"א לאוקים המשנה של הספיקות בספק בכור משום דכתיב יהיה קדוש ולא שכבר קדוש שזה כבר קדוש.

והשמעתתא מביא ראייה לדבריו שלדעת הרמב"ם מיקרי שלא חל בכלל קדושה מצד שספק דאורייתא לקולא שמתשובת הר"ן שהר"ן בתשובה נא אומר שמי שנדר שלא לאכול בשר ביום הפסח שלא יכול להתיר בנדר עד יום הפסח שקיי"ל שא"א להתיר נדר עד שחל הנדר ודן הר"ן מה הדין בבין השמשות אם נקרא שכבר חל הנדר ויכול להתיר או לא והעלה דתליא במחלוקת הנ"ל של הרמב"ם והרשב"א שלדעת הרמב"ם

ידוע המחלוקת ראשונים אם ספק דאורייתא לחומרא הוא דין שמדאורייתא חייבים ללכת לחומרא או שספיקו דאורייתא בעצם מותר ורק מדרבנן צריכים להחמיר ודעת הרמב"ם בפ"ט מהל' טומאת מת הל' י"ב ובפ"י מהל' כלאיים הל' כ"ז שהדין שצריכים להחמיר הוא רק מדברי סופרים דמדאורייתא הולכים לקולא וכן דעת הראב"ד בהל' כלאיים אולם הר"ן בקידושין דף ט"ו: מדפי הרי"ף והרשב"א בתורת הבית ב"ד ש"א וקידושין דף ע"ב. חולקים וסוברים שמדאורייתא מחויבים להחמיר בכל ספק דאורייתא.

והשב שמעתתא בשמעתתא א' פרק ג' רצה להוכיח כדעת הר"ן והרשב"א שהגמ' רצתה לבאר על מה מדובר המשנה של הספיקות נכנסים לדיר להעשר אילימא ספק בכורות יהיה קדוש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש אלא ספק פדיון פטור חמור ומקשה השמעתתא שלפי דעת הרמב"ם שספיקא דאורייתא מדאורייתא לקולא א"כ מה ההסבר במה שהגמ' אומרת שיש בעיה של יהיה קדוש ולא שכבר קדוש הרי מדאורייתא הולכים לקולא וא"כ הם מותרים בגיזה ועבודה ודנים אותם כחולין גמור וא"כ למה הם לא מחויבים במעשר ומצד הדין של עשירי ודאי ולא עשירי ספק אין לפטור אותם שהרי אפי' ודאי בכור בעצם חייב

שספיקא דאורייתא לקולא מין התורה א"כ נקרא שעדין לא הגיע היום ולא חל הנדר וא"כ הדין שלא יכול להתיר בבין השמשות אבל לדעת הרשב"א שבספיקות חייבים להחמיר מין התורה א"כ נקרא שכבר חל הנדר שהרי צריך מעכשיו לנהוג בכל דיני הנדר ומשה"כ אפשר ג"כ כבר להתיר הנדר.

ומכל הנ"ל מבואר ששמעתתא סבר שלפי דעת הרמב"ם שספיקות הולכים לקולא מין התורה הדין הוא שבכלל לא חל שום איסור ושום קדושה אלא שהיה כחולין גמור ומשה"כ קשה לו מהגמ' של יהיה קדוש ולא שכבר קדוש שלדעת הרמב"ם שלא חל שום איסור ושום קדושה למה זה נקרא כבר גם קדוש.

אולם הקה"י בסי' ח' מביא ראייה מהר"ן בספק ערלת חול שמוכח שאפי' לדעת הרמב"ם שהולכים לקולא בספק דאורייתא מ"מ אין הפי' שיש כאן וודאי היתר שהרי יש הלכה למשה מסיני שספק ערלה של חול מותרת וכותב הר"ן שאין להוכיח ממה שצריך כאן הלכה מיוחדת שספק מותר שבכל הספיקות שאין הלכה למשה מסיני להתיר שיהיה אסור מצד שספק דאורייתא לחומרא מין התורה ומשה"כ שצריך בערלת חול הלכה מיוחדת להתיר שבלה"כ ג"כ היינו אסורים מספק דאפי' את"ל כמו שיטת הרמב"ם שספיקא דאורייתא לקולא מ"מ אין הפי' שהיו ודאי מותר ואפי' מי שיודע שזה בעצם אסור שיהיה מותר לו לאכול ולהתנהג בזה כמו היתר ודאי אלא הדין הוא שכל מי שמסתפק יכול להתנהג בזה כהיתר ולא צריך להחמיר באיסורים שיש

בזה אבל ודאי מי שיתברר לו ויודע שזה איסור אסור לו להתנהג בזה בהיתר אלא חייב להחמיר בכל האיסורים שיש בדבר וגם עובר על לפני עיור ונותנו למשהו ואפי' השני אינו יודע שזה איסור מ"מ נקרא שנתן לו מכשול שלמעשה זה חפצא של איסורא ואפי' למי שאינו יודע אם נותן למי שלא יודע שאצל הנותן זה ודאי אסור ונקרא מכשול ומכשיל בזה השני א"כ מובן שאפי' אם סוברים שספק דאורייתא מין התורה לקולא מ"מ צריך הלכה למשה מסיני מיוחדת בערלה כדי להתיר בתורת וודאי שכל כמה שהיה ספק זה לגמרי מותר ומותר אפי' למי שיודע שזה אסור לתת למי שלא יודע ואינו עובר על לפני עיור שהחידוש של ההלכה היא שערלת חול היא לגמרי מותר וממילא אין להוכיח ממה שצריך הלכה מיוחדת בערלה שבכל ספק צריך להחמיר מין התורה כמו שיטת הרשב"א.

לפ"ז אומר הקה"י שמבואר מדברי הר"ן שלפי דעת הרמב"ם אין הפי' הוא שהולכים לקולא שהיה ודאי היתר אלא שיש דין שבספיקות לא צריכים להחמיר ולנהוג באיסורים שיש בו אבל אם כלפי שמיא גליא שזה באמת אסור וודאי שזה נקרא חפצא של איסורא אלא רק שעל ספק נאמר דין שלא צריך להחמיר ולנהוג באיסורים ידיה אבל אין כאן היתר מתורת ודאי וא"כ יש גם איסור למי שיודע שזה איסור לתת למי שלא יודע שגם לגבי השני שלא יודע נקרא חפצא של איסורא והנותן עובר על לפני עיור שנותן מכשול לפני השני ולפי"ז אומר הקה"י ג"כ שלא קשה מה שהשמעתתא

מקשה על הרמב"ם מהסוגיא אצלינו שהגמ' אומרת על ספק בכור שלא חייב במעשר משום שכתוב יהיה קדוש ולא שכבר קדוש שאפי' אם ספקא דאורייתא מין התורה לקולא מ"מ אם כלפי שמיא גליא שזה בכור יש בו קדושה ואינו חייב במעשר ואפי' שאנחנו לא יודעים ורק בשביל שאנחנו לא יודעים לא צריכים להחמיר ולאסור בגיזה ועבודה כל זמן שאצלינו הוה ספק שספק דאורייתא לקולא מין התורה אבל מ"מ לא נהיה בשביל זה כודאי חולין וא"כ מובן מה שהגמ' אומרת שהמשנה של הספיקות לא מדובר בספק בכור משום דכתיב יהיה קדוש ולא שכבר קדוש שאפי' שהגברא לא צריך להחמיר באיסורי גיזה ועבודה מ"מ מיקרי חפצא של קדושה ולא חייב במעשר.

והראיה שמביא השמעתתא מתשובת הר"ן במי שנדר שלא לאכול בשר בפסח שהר"ן אומר שלדעת הרמב"ם בבין השמשות שהוה ספק אם כבר הגיע היום של פסח או לא נקרא עדיין לא חל הנדר משום שספק דאורייתא לקולא מין התורה שלכאו' רואים מזה שנקרא עדיין ודאי היתר ומשה"כ א"א להתיר הנדר בבין השמשות אומר הקה"י שאין מזה ראיה שגבי התרת נדרים כתוב לא יחל שלומדים מזה שצ"ל שכבר חל עליו כל דיני הנדר כדי שהחכם יכול להתיר הנדר וא"כ אומר הקה"י שזה נכון שלפי דעת הרמב"ם בבין השמשות בעל הנדר עדיין לא צריך להתנהג בכל האיסורים שזה הדין שבכל הספיקות הוא יכול להתנהג לקולא ולא צריך להחמיר באיסורים שיש מספק ומשה"כ זה עדיין לא נקרא לא יחל שבזמן

הזה הוא לא צריך להחמיר ולנהוג באיסורים שכל הנדר מ"מ אין ראיה מזה שיש כאן ודאי היתר ובירור בתורת ודאי שאין כאן נדר אלא שאפי' שכלפי שמיא גליא שבבין השמשות כבר נקרא פסח וחל כבר הנדר מ"מ לפי הרמב"ם עדיין לא יכולים להתיר הנדר משום שצריכים שיחול כל איסורי הנדר בפועל על הגברא כדי שהחכם יכול להתיר הנדר ובבין השמשות הוא עדיין לא חייב להחמיר בכל האיסורים וזה דין מיוחד שיש בנדרים שצריכים בפועל שיחול על הגברא האיסורים כדי שיוכל להתיר הנדר אבל אין להוכיח מזה שבתורת ודאי הנדר לא חל בכלל ובכלל הספיקות לפי הרמב"ם יש ודאי היתר בשביל הולכים לקולא אלא הדין הוא שרק הוא לא צריך להחמיר באיסורים מספק אבל מ"מ אם כלפי שמיא גליא שזה איסור זה נקרא חפצא של איסורא ומי שמכיר באיסור אסור לו לתת למי שלא יודע שהחפצא הוא חפצא באיסורא והוי מכשול לשני והנותן עובר על ולפני עיור לא תתן מכשול וממילא ג"כ לא קשה על הרמב"ם מהסוגיא אצלינו של ספק בכור כנ"ל וגם ר' שמעון בשערי יושר שער הספיקות פרק ב' דוחה הראיה של השמעתתא ומישב ג"כ הקושיא על הרמב"ם מהסוגיא ע"ש.

אולם השמעתתא שהבין שלפי הרמב"ם שבכל הספיקות הוה היתר מתורת ודאי מתי' תי' אחר על הקושיא שלו שהקשה מהגמ' שאומרת שעל ספק בכור לא חייב במעשר משום דכתיב יהיה קדוש ולא שכבר קדוש שמבואר שנקרא קדוש אפי' שזה רק ספק ואומר השמעתתא שהרי

ובשביל זה התורה מיחל קדושת בכור על הבהמה שמה שיש לו חלק בזה זהו הגורם לקדושת בכור ולא מצד שבכל הספיקות צריך להחמיר מין התורה וא"כ לא קשה מידי על הרמב"ם מהגמ' שמבואר שספק בכור לא חייב מעשר משום דכתיב יהיה קדוש ולא שכבר קדוש שמה שהבהמה הזאת נקראת כבר קדוש לא משום שבכל הספיקות הולכים לחומרא מין התורה אלא משום שהחלק והזכות שיש לכהן בבהמה גורם לקדושת בכור ואפי' אם בכל התורה בספיקות הולכים לקולא כאן יהיה קדוש בקדושת בכור מהסיבה האחרת מצד שיש לו חלק בו.

אבל לדעת הרמב"ן והרשב"א ותוס' והרא"ש שתקפו כהן מוציאין א"כ ע"כ כל מה שהקדושה חלה זה רק משום שקדושה הבאה מאליה שאני וא"כ אם רואים שחלה הקדושה אפי' אם הוה רק ספק בכור ע"כ מוכרח שבכל ספק דאורייתא הולכים לחומרא מין התורה וזה הטעם שנקרא כבר קדוש ואינו מחוייב במעשר מדכתיב יהיה קדוש ולא שכבר קדוש שזה קדוש מספק מטעם שמחמירים בספיקות וא"כ לא נקרא עשירי ודאי שיהיה חייב במעשר.

ולבא כוונת השמעתתא בדעת הרמב"ם היא שכמו שאם הוא תקף דנים שהחפץ הוא שלו בתורת ודאי ויכול לקדש בו אישה בתורת ודאי ג"כ הקדושה והאיסורים שהתורה מחילה על הבהמה היא בתורת ודאי ומשה"כ נקא כבר קדוש והדבר הזה היא מחלוקת אחרונים שהקונטרס הספיקות בכלל א' ור' אלחנן

בגמ' בתחילת הסוגיא דנה שאת"ל תקפה כהן אין מוציאין אותו מידו הקדישו בלא תקפו מהו והגמ' רצתה להוכיח מהמשנה שכתוב שספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה המוציא מחבירו עליו הראיה ותני עליו שאסורים בגיזה ועבודה והא הכא שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו דקתני הממע"ה וכי לא תקפו איסורים בגיזה ועבודה רואים שההקדש חל אפי' אם הוא לא תקפו אם סוברים תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו ודחה רבה שקדושת בכור קאמרת שאין ראה מקדושת בכור שאפי' אם לעולם תקפה כהן מוציאין הדין הוא שאסורים בגיזה ועבודה שקדושה הבאה מאליה שאני והשטמ"ק מסביר ההו"א של הגמ' להוכיח מקדושת בכור והאיסור של גיזה ועבודה שהקדישה בלא תקפה חל שודאי גם הגמ' הבינה שלא הכהן הוא זה שמחיל קדושת בכור על הבהמה ואוסרת בגיזה ועבודה אלא שהגמ' הבינה שכיון שיש לכהן חלק בו כ"כ שאפי' אם הוא תקף אין מוציאין מידו לכך זהו הסיבה שחל קדושה וגורם לאיסור של גיזה ועבודה מין התורה אבל ודאי שלא הוא הפועל האיסור והקדושה שהתורה פועל הקדושה אם יש לו חלק בו כ"כ שאפי' אם הוא תקף אין מוציאין מידו.

ולפי"ז אומר השמעתתא אפשר ליישב הרמב"ם שהרי הרמב"ם בהל' בכורות פוסק שתקפה כהן אין מוציאין מידו וא"כ אפשר להסביר שמה שיש כאן קדושת בכור היא לא מטעם שבספיקות צריכים להחמיר אלא משום שיש לו חלק בבהמה כמו שרואים שתפיסה מועילה

בקובץ הערות סי' ע"א סוברים שאפי' אם תקפה כהן אין מוציאין מידו מ"מ מה שהחפץ נשאר אצל התוקף אינו בתורת ודאי אלא שמספק משאירים אצלו ואם קידש בו אישה הוה קידושין מספק ולפי"ז ג"כ כאן הוה רק ספק קדושת בכור שהרי גם אם תקף אין לו ודאי זכות בו וא"כ לפי הרמב"ם שהולכים בספיקות לקולא צריך להיות הדין שכאן לא נקרא קדוש שהרי בספיקות הולכים לקולא והדר קושיא לדוכתא למה יש פטור של יהיה קדוש ולא שכבר קדוש אבל לפי מה שכותב ר' שמעון בשערי יושר שער ה' פרק ח' שכ"ז שהחפץ תחת ידו נקרא ודאי שלו ויכול לקדש בו אישה בתורת ודאי א"כ מובן שגם כאן נקרא שיש לו ודאי חלק בבהמה וחל הקדושה בתורת ודאי ופטור במעשר מדכתיב יהיה קדוש ולא שכבר קדוש.

ורק מה שעדין קשה הוא שכל מה שר' שמעון אומר שדנים שהחפץ הוא כודאי שלו זה דוקא אם הוא כבר תקף והוא תחת ידו אבל כאן שהוא לא תקף ולא בהקדש רק בשביל שאומרים שאם לפי האמת הבהמה הזאת היא בכור התורה מקדשת אותו והוא נקרא כבר קדוש ולא חייב במעשר א"כ קשה שזהו גופא ספק אם הבהמה הזאת היא בכור והתורה מקדשת אותה או לא וא"כ עדיין היינו צריכים ללכת לקולא לפי הרמב"ם ולנהוג שלא חל בו קדושה כמו בכלל הספיקות שהולכים לקולא וא"כ הדרא קושיא לדוכתא לפי השמעתתא מה הפי' בגמ' שאומרת שהבהמה נקראת כבר קדוש ולא חייב במעשר הרי לפי הרמב"ם שבכל הספיקות הולכים מין התורה לקולא וא"כ גם כאן היינו צריכים ללכת לקולא ולומר שלא נקרא כבר קדוש ויהיה חייב במעשר.

הבה"ח יעקב ישראל שטרן נ"ו

בענין חזקת מר"ק בבכור

שמה זכה בה או לא דוודאי לא נאמר חזקת מרא קמא מחמת שאין ?? הקודמת הסיבה שזה יהא עכשיו שלו אלא משום סיבה חדשה אתינן עלה ובהא לא הוחזק.

וה"נ הכא להצד שהוא בכור הרי היה קשה שלו עד לידתו דאחר לידתו של כהן הוא וכיון שנולד ליכא לאוקמא בחזקת מרא קמא מחמת שלאותו צד שהוא בכור הרי מה שהיה בעלים עד עתה איננו סיבה לבעלותו כעת כי בעלות זאת לזמן היתה ועתה אם נרצה לומר שהוא שלו הוא רק משום דלאו בכור הוא וזה הרי ספק ולכם ליכא חזקת מרא קמא כ בספק פטר חמור קודם הפדיון היה השה שלו לעולם והספק הוא אם יצא מרשותו ובהא אזלינן בתר חזקת מרא.

וראיתי בשיעורי מוריני הגר"י אדלשטיין שליט"א שהעיר דלכא' אין הבעלות על העובר לזמן דהבעלות היא לעולם ורק דפטירת הרחם היא הפקעה [וכמכירה] והא ראייה שהרי אם היה יוצא דופן ל"ה מתקדש וע"כ דהוא בעלות לעולם.

והיינו שבקה"י נראה שסברתו היא מחמת שהיה מר"ק לזמן ול"ש להעמיד כעת בחזקת בעליו וע"ז תמה מוריני דהא לא היה בעלים לזמן.

אבל לכא' יש לטעון דהכא לא שייכא כלל חזקת מרא קמא דהנה בביאור

א. הרמב"ם פסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו וכבר והקשו עליו דהא בגמ' מבו' שאם אין מוציאין אין הספיקות נכנסים לדיר להתעשר והרמב"ם גופיה פסק דנכנסים ועוד שבגמ' נפשט דת"כ מוציאין.

ותי' הרשב"א בתשובה שיש חילוק בין ספק בכור לספק פדיון פטר חמור שבספק בכור אין חזקת מרא קמא ובספק פדיון פטר חמור יש חזקת מא קמא וסבירא ליה להרמב"ם שרוב המנונא מתרץ שמדובר בהא דהספיקות נכנסין בספק פדיון פטר חמור וכמו שהעמידו בגמ' שזה מוכרח להיות כן, ודוקא בזה נכנסים משום שיש חזקת מרה על השה ולכן הוא ודאי של ישראל ול"ה פוטר ממנוי בממון כהן משא"כ בספק בכור שאין חזקת מרא קמא שמשעה שנולד הרי הוא בספק ולכן תקפדו כהן אין מוציאין, וזהו דפסק הרמב"ם דספק בכור אין מוציאין וכרב המנונא [והטעם שפסק כרב המנונא ע"י לחם משנה].

והקשו האחרונים מדוע אין בספק בכור חזקת מרא קמא והא בעת היותו עובר אכתי לא נתקדש אף להצד דבכור הוא, ועוד הקשו דלקמן ק' מבו' שיש חזקת מרא קמא בעובר ומ"ש הכא דכתב הרשב"א שאין.

ותי' הקהילות יעקב דהנה זה פשוט שאם היה לאדם חפץ לל יום נתעורר ספק

לנו מעולם. וזהו לפי הביאור הב' הנ"ל וכן אמר מוריננו הגר"י אדלשטיין שליט"א.

ושפיר אלים דברי הרשב"א שבבכור אין חזקת מרא קמא ונראה דכן כתב הגרנ"ט (סי' קמ"ה).

ג. בתוס' הרא"ש רצה לבאר ספיקא דמסותא שהיו מסופקים אי אית לן לאוקמא מסותא אחזקתא שהיא בחזקת חולין ולא קדשה מספקא או לא. דהיינו שהרי יש כאן ספק של מי היא המסותא וממילא יש כאן ספק הקדש ונסתפקו האם יש להעמיד המסותא בחזקת חולין או לא ופשטו מספק בכור שלא מעמידים אותי בחזקת חולין ואסור בגיזה ועבודה. [ודחה זה התוס' הרא"ש דאם זאת היא ההוכחה למה צריך להוסיף כאן את זה שתקפו כהן אין מוציאים].

ולכאן' טעמא בעי מדוע באמת אין חזקת חולין, ולפי הנ"ל מבו' שפיר דלפי הביאור הב' וודאי ל"ש הכא חזקת חולין דהא מה שהיה מקודם חולין זהו משום שבאו שבין אם שלו הוא ובין אם שלו הוא הרי זה חולין ועכשיו שאחד הקדישה להעמידה בחזקת חולין פירושו לתלות שזה של השני וזה אף פעם לא אמרנו וממילא אין בזבה חזקה [ועי' ברכת אברהם מש"כ בזה]. וכן הוא בשי' מוריננו ח' ישראל [שורי תפיסה אות ק"מ]

ד. ובזה ניחא לי שיש להקשות לכאורה בהא דאיתא לקמן קב: שאם אחד שכר מרחץ ב"ב לשנה ודינר לחודש ונתעברה השנה דאם בא משכיר בתחילת החודש הרי זה מוציא את השוכר מן הבית דקרתו בחזקת בעליה עומדת והיינו שמעמידים

החילוק שכתב הרשב"א בין חזקת מר"ק לבין מוחזק צריך לבאר וכן ביאר מוריננו רה"י שליט"א [בשיעור יומי] דמוחזק הוא ספק שלו משא"כ מר"ק הרי הוא וודאי משום דחזקת מר"ק הוא כדין חזקה דמעיקרא באיסורים וכמו שבאיסורים מותר לאכול את המוחזק לו עד עתה בהיתר ה"נ בממון הבעלות היא למי שהיה שלו עד עתה [ו? צד זה בקונטרס כלל א' אות ה'].

והנה בספק חמץ בפסח לכאן' יש מקום לומר שיהא מותר מחמת חזקת היתר שהוא קודם הפסח היה מותר, אבל מכבר שמעתי ממוריננו הגר"ר ישראל אדלשטיין שליט"א דל"ש בזה חזקת היתר ומצד ב' טעמים.

הא' דאף בכל ימות השנה היה ידוע שבפסח דבר זה יהא אסור וממילא עתה שהגיע הפסח ל"ש להעמידו בחזקת היתר כי מעיקרא היה ידוע שבפסח אסור.

הב' שהרי מה שהיה מותר כל ימות השנה אינו משום שתולים שאינו חמץ אלא משום שבכל ימות השנה אין איסור חמץ וממילא בזה ל"ש חזקת היתר היתה כי הרי בפסח חמץ אסור ומה שנרצה להתיר זהו משום דאינו כהצד דלאו חמץ הוא וזה אף פעם לא הוחזק לן וממילא לא שייכא בזה חזקה.

וממילא ה"נ בבכור הרי מה שהיה וודאי שלו בעודו עובר זהו משום שגם להצד שהוא בכור הרי היא שלו כי אכתי לא נתקדש. וממילא כיון דעתה פטר רחם אמו. אם נרצה לומר דשל ישראל הוא הרי זה משום שהוא לא בכור וזה לא הוחזק

הקרקע בחזקת מרא קמא ותמוה דהא מדוע לא נעמיד הקרה בחזקת השוכר שהיא ע"כ מרא קמא בזכות השימוש בקרקע.

ולחנ"ל ניחא דהא מה שהיה לשוכר לפי הצד שהוא דינר לחודש הוא שכירות ל"ב חודש ולצד זה ליכא שום סיבה שום בחודש הי"ג זה יהא שלו ורק אם נתלה כן זה י"ב לשנה אז זה מגיע לו ובהא לא שייכא חזקה.

[אם בזה אף דברי הקהילות יעקב שרירים וקיימים שכן לצד זה לא היה לו אלא בעלות לזמן ול"ש חזקת מר"ה].

ה. אך לכאור' כל זה שייך אם נאמר דחזקת מרא היא היא כחזקה באיסורים אבל אם נאמר שזה מוחזק זה ל"ש הנה הביאור בהא דנחשב מוחזק ב' בברכת אברהם [כתובות עו. בענין חזקת מר"ח אות י'] הסברא היא שמה שהיה אצל אחד בוודאי וספק אם נשתנה דיני הסברא והיושר מחייבים שלא להפקיע ממנו בלא ראייה עיי"ש והוא דומה לסברא דכאים ליה כאיבא אזיל לבי אסיא.

וממילא גם הכא בבכור שייך זה דהא סו"ס עד עתה ודאי של הישראל

א"כ מסתבר דאין להוציא ממנו ולתתו לאחר.

וממילא צ"ב לדעת התוס' בסוגי' דס"ל דחזקת מר"ק הוא מוחזק מדוע בהא דמרחץ אין חזקת מר"ק לשוכר.

דהנה בתוס' ד"ה פוטר הקשו לפי המסקנא דת"כ מוציאין מדוע בהא דמרחץ מהני תפיסת השוכר. ולכאור' אם חזקת מר"ק הוא כחזקה באיסורים הרי ספק הגמ' הכא ל"ש לזה דבזה ודאי שהוא דין ודאי הוא בחזקת באיסורים. ואין קושיית התוס' שייכא להכרא וע"כ דס"ל דהוא מדין מוחזק ולכך קשיא מדוע אין חזקת מר"ק לשוכר.

ו. ובש"ש שד' פ"ה יאר את דברי הרשב"א מדוע אין בבכור חזקת מרא קמא משום דהוא דבר שלא בא לעולם.

ובהערות מהגרש"ז אויערבאך מובא שהקשה ע"ז עיי"ש וכתב עוד דלכאור' ל"ש כלל למידק ביה משום חזקה וכנ"ל משום שעכשיו הרי נולד וכל מה שהיה חולין הוא משום שלא נולד ולכך ל"ש ביה חזקה, אך הוכיח מתוס' בחולין יא: ד"ה לר"מ דאף בכה"ג אמרי' חזקה וממילא כל הנת' אינו. [ועי' חידושי' הרע"א חולין דף קנ"ד].

הבה"ח אליהו זלמן שכטר נ"ו

ביאור סוגיות תקפו כהן לשיטות התוס' הר"ן והפני יהושע

הקדמה

בסוגיא זו (הכונה לחצי הראשון של סוגיא זו – תפיסה והקדשה בספיקות) יש ארבעה שלבים: שלב א' – תקפה אחד בפנינו, שלב ב' – הקדישה בלא תקיפה, שלב ג' – מסותא, שלב ד' ספק בכור. – **ובעזהי"ת** נבאר בכל שלב מה יסוד הדין או הספק שנאמר בו, והקשר שיש בין כל שלב למשנהו, ונכתוב בזה ג' שיטות (שהן ד'): שיטת התוס', שיטת הר"ן, ושיטת הפני יהושע, ובשיטת התוס' עצמה יש ב' מהלכים (בבאר ב' שלבים האחרונים – מסותא וספק בכור).

שיטת התוס' – שלב א' – תקפה אחד בפנינו

איתא במתני': שניים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי יחלוקו בשבועה והסתפק ר' זירא אם אחד מהשניים תקף והוציא את הטלית מיד השני בפני בית דין והנתקף שתק ואחר כך צווח אם שתיקתו כהודאה (ואחר כך צווח משום שחזר בו מהודאתו) או דלמא דצוויחתו בסוף מגלה ששתק משום דסבר שהבית דין יאמרו לתוקף להשיב לו את הטלית וספק זה לא נפשט.

שיטת התוס' – שלב ב' – הקדישה בלא תקיפה

אם תמצא לומר בספק הנ"ל דמוציאין מידו והיינו דאין שתיקתו כהודאה

כל שכן אם לא תקף רק הקדיש דאין שתיקתו מראה על הודאה דלמה צווח בשביל דבריו שהרי הוא לא הוציא ממנו בפועל (ובפרט שבשביל להקדיש הוא צריך הודאה משכנגדו דבלא הודאה אין זה ברשותו וא"כ אין ההקדש חל ולמה יצווח)

אבל אם תמצא לומר בספק הנ"ל דאין מוציאין מידו והיינו דשתיקתו כהודאה יש להסתפק כשאחד מהם הקדיש בלי לתקוף אם בכה"ג אין שתיקת השני כהודאה משום שכל עוד שלא תקף אינו יכול להקדיש את החצי השני של הטלית דהא אי"ז שלו ואי"ז ברשותו וא"כ איכא למימר דשכנגדו שתק משום שידע שאין ההקדש חל או דלמא בכל זאת שתיקתו כהודאה (ולכא"ו הבאור בזה הוא שאפילו שאין ההקדש חל מ"מ כיון שבכל מקום דיבור של הקדש הוי כמסירה היה לו להבהל ולצווח) והחצי שביד השני הוא כפקדון בידו וא"כ הוי שלו מחמת ההודאה וברשותו דהוי כפקדון וההקדש חל (דהקדשו וידו באים באחד).

שיטת התוס' – שלב ג' – מסותא – מהלך א'

מהלך זה הוא הפשטות בתוס': שניים רבו על מסותא (מרחץ) האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי היא הדין בזה הוא כל דאלים גבר וקם חד מיניהו והקדישה הספק הוא – כיון שאם תקפה ואח"כ הקדישה ודאי הוי הקדש (שהרי יתקיים דין כדא"ג כבר לפני ההקדשה) והצד שתועיל ההקדשה היא רק משום שרשותו והקדשו

ראיה לשלב ב' הקדישה בלא תקפה דאין שתיקת השני כהודאה (וקים לה לגמ' דמיירי שהשני שתק) שהרי אם שתיקתו כהודאה נהי דאין מועילה הקדשתו מדיני כדא"ג מ"מ שתיקת השני תוכיח שהמסותא שלו ויכול להקדיש אלא ודאי אין השתיקה כהודאה ולכך אין ההקדש חל.

שיטת התוס' - שלב ד' - ספק בכור - מהלך א'

בספק בכור אצל הישראל כתוב במשנה דהדין הוא 'המוציא מחבירו עליו הראיה' ומלשון זה הגמ' מסיקה שאם הכהן תקף את הבהמה אין מוציאין מידו דבכה"ג הישראל נהיה המוציא מחבירו, ואיתא במשנה דגם כשהבהמה אצל הישראל היא אסורה בגיזה ועבודה, ובהו"א ס"ל לגמ' דבעלות הכהן היא זו שגורמת לקדושת הבכור וא"כ חזינן דגם במקום שצריך תקיפה בשביל שהבהמה תהיה שלו חל הקדש, א"כ תפשוט להא דמסותא דהוי הקדש.

והגמ' דוחה דבאמת תקפו כהן מוציאין מידו ואפ"ה הבהמה אסורה בגיזה ועבודה משום דאין הקדושה באה על ידי בעלות הכהן אלא זו קדושה עצמית וכיון דהבהמה היא ספק הקדש היא אסורה בגיזה ועבודה.

שיטת התוס' - שלב ג' - מסותא - מהלך ב'

מהלך זה הוא של בעל הקה"י (במכתב): שניים רבו על מסותא האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי היא, הדין הוא כדא"ג וקם חד מיניהו והקדישה.

באים כאחד (גם בטלית) א"כ הוי כאילו תקף ואח"כ הקדיש והוי הקדש או דלמא דכיון דהקדשו בא במקום תקיפתו אין לו כח בזה יותר מתקיפה וכיון שאם היה תוקף השני יכול לחזור ולתקוף ממנו (כך שיטת התוס') א"כ ה"ה כשמקדיש השני יכול לחזור ולתקוף ממנו ולכך אין ההקדש חל כלל. [ומה שאם אפשר לתקוף מההקדש בהמשך אי"ז חל מתחילה איכא בזה ב' ביאורים: באור א' - כך ביאר מוריננו רה"י הגר"י אונגרישר שליט"א - כל הקדש שצריך להיפקע אינו חל מתחילה, ביאור ב' - נראה לבאר ע"פ מש"כ הנחלת דוד דהטעם שהוצרכו התוס' להקדים שאם תפס ואח"כ הקדיש א"א להפקיע את ההקדש הוא משום דאל"כ אין ההקדש חל כלל שהרי המסותא ביד השני והרי זה תוקף ועומד ואם תקיפת השני מפקיעה את ההקדש ודאי שאינו יכול לחול כשהמסותא תקופה ועומדת (ויל"ד אם כוונתו להעמיד בציור ששכנגדו גבר ותקף או אפי' בלא"ה כיון שהמסותא לא בידו מחמת השני חשיב - לגבי ההקדש - כאילו המסותא ביד השני וא"א להקדיש) ולפי"ז ה"ה הכא - אם אפשר להפקיע את ההקדש (כשמקדיש בלי לתקוף) ודאי שאין ההקדש חל כלל מתחילה שהרי זה תקוף ועומד ממנו].

והנה אם נפשוט במסותא דהוי הקדש ודאי אין ראיה לשלב ב' - הקדישה בלא תקפה שהרי הסיבה שההקדש חל אינה משום שתיקה כהודאה של שכנגדו אלא משום הלכות כדא"ג - דההקדש חל והוי כתקיפה, אבל אם נפשוט במסותא דלא הוי הקדש (דאין ההקדש חל משום שאפשר להפקיעו, כנ"ל) איכא

והנה זה ודאי שהקדש שחל תו לא פקע (כב' הבאורים שבארנו במהלך א') ויש דין בהלכות כדא"ג (בשיטת התוס') שרק תקיפה שאפשר לחזור ולתקוף ממנה מועילה אבל תקיפה שא"א לחזור ולתקוף ממנה אינה מועילה וא"כ הספק הוא – דכיון שהקדש שחל תו לא פקע אי נימא דחל הקדש הוי תקיפה שא"א לחזור ולתקוף ממנה ואמרנו שכזו תקיפה אינה מועילה בדין כדא"ג וא"כ לכאור' צריך להיות שאין ההקדש חל או דלמא דבאמת כוחו הוא להקדיש רק עד שהשני יתקוף (דאין הקדשו יכול להיות יותר חזק מתקיפתו) אלא הוא מקדיש רק חצי – עד שהשני יתקוף וממילא פשטה קדושה בכולה (ובזה לא נאמר הכלל שתקיפה שא"א לחזור ולתקוף ממנה אינה תקיפה, משום שהוא לא מקדיש אלא חצי וממילא זה נהיה תקיפה שא"א לחזור ולתקוף ממנה).

גם בזה הוא כנ"לן שאם נפשוט דהוי הקדש אין ראייה לשלב ב' – הקדישה בלא תקפה אבל אם נפשוט דלא הוי הקדש יש ראייה וכן"ל.

שיטת התוס' - ש"ב ד' - ספק בכור - מה"ל ב'

בתוב במשנה שספק בכור אצל ישראל הדין הוא המע"ה ואפי' אצל הישראל אסורין בגיזה ועבודה, ובהו"א סברה הגמ' שאם תקפו כהן אין מוציאין מידו וזו הסיבה שאסורין בגיזה ועבודה והיינו דאסורין מספק אפילו שהכהן לא תקף ומשום ספק בעלות כהן (דבהו"א סברה הגמ' דקדושת בכור באה מבעלות הכהן) וא"כ ה"ה במסותא יהיה אסור מספק להשתמש בה (הספק עצמו – בדיני כדא"ג – לא נפשוט אלא רק הדין שהמסותא קדושה מספק).

והגמ' דוחה שאם תקפו כהן מוציאין מידו של הכהן וא"כ ודאי אין צד שלכהן יש בעלות בבהמה שהרי אפילו אם תפס מוציאין מידו, וא"כ ודאי אין הקדושה מחמת בעלות הכהן אלא היא קדושה הבאה מאליה ולכך אסורין בגיזה ועבודה ואין לפשוט למסותא, ובאמת אפשר דאין המסותא קדושה.

שיטת הר"ן - ש"ב א' - תקפה אחד בפנינו

איתא במתני': שניים או חזין בטלית זה אומר שלי היא וזה אומר שלי היא חולקין בשבועה, והסתפק ר' זירא אם חלוקה זו היא בתורת ודאי או מספק, והיינו דאפשר שחלוקת המשנה היא ככל חלוקה בספיקות ועדין יכול להיות שאחד מהם קיבל את שאינו שלו, ואפשר שחלוקת המשנה היא בתורת ודאי והיינו דלכל אחד יש אנן סהדי (על החצי) דמאי דתפיס ידיה הוא ואמר' שזה שלו בודאי.

[ובכאור' הספק אפש"ל בב' אופנים: אופן א' – דהספק הוא אם אהנן סהדי הוא ודאי או הוי רק הסתברות אבל עדין יש ספק, אופן ב' – דהספק הוא אם האנ"ס הוא לכל אחד על חצי הטלית או על הכל, והינו שאם האנ"ס הוא על כל הטלית א"א לומר שיש כאן חלוקה בודאי שהרי על כל חצי יש האנ"ס לשניהם ורק אם האנ"ס הוא על החצי אפש"ל שהחלוקה היא בודאי].

והנפק"מ בספק זה הוא בציור שאחד מהשניים תקף והוציא את הטלית מיד השני בפני בי"ד והנתקף שתק ואח"כ צווח, דבכה"ג ודאי הוא ספק

כדא"ג וקם חד מיניהו והקדישה, והספק בזה הוא כנ"ל – הוי דבר שהוא ספק שלו ויכול לתקפו (ותועיל תקיפתו – מדין כדא"ג) ויש להסתפק אם משום זה הוא יכול להקדיש או לא.

אם פסקו במסותא שהיא קדושה – משום שזה ספק שלו ויכול לתקפה ה"ה בשלב ב' – הקדישה בלא תקפה ה"ז מקודשת, ואם יפסקו שאין המסותא קדושה משום שלא תקף ה"ה בשלב ב' – הקדישה בלא תקפה אינה מקודשת.

שיטת הר"ן – שלב ד' – ספק בכור

כתוב במשנה שבספק בכור אצל ישראל הדין הוא המע"ה ובהו"א הגמ' הבינה שאם תקפו כהן אין מוציאין מידו, וא"כ הוי כשלב ב' וג' – דבר שספק שלו ויכול לתקפו, וכתוב שאסורין בגיזה ועבודה, ובהו"א הבינה הגמ' שבעלות הכהן היא הגורמת לקדושת הבכור, וא"כ חזינן שכל דבר שספק שלו ויכול לתקפו אם הקדישו הרי הוא קדוש, וה"ה לשלב ג' – מסותא ולשלב ב' – הקדישה בלא תקפה.

והגמ' דוחה שבאמת אם תקפו הכהן מוציאין מידו ואין תקיפתו מועילה, וא"כ ודאי אין הסיבה שאסורין בגיזה ועבודה היא משום דהוי דבר שהוא ספק שלו ויכול לתקפו שהרי אינו יכול לתקפו (והוי כמו ה' אם תמצא לומר הא' שבשלב ב') אלא ודאי אין קדושת הבכור משום בעלות הכהן אלא זו קדושה עצמית, הבאה מאליה.

הודאה (כלומר – אין צד דהוי הודאה ואין צד דלא הוי הודאה אלא קים ליה לגמ' דכה"ג הוא ספק הודאה אצל כל בנ"א שבעולם) ואם החלוקה היא בודאי אמרי' דאין ספק מוציא מידי ודאי ואין תקיפתו מועילה שהרי החצי שאצל השני היה שלו בודאי ועכשיו הוא רוצה לקחת את החצי הזה מספק, אבל אם החלוקה היא מספק א"כ עכשיו שיש ספק שמא היתה פה שתיקה כהודאה משאירים את הטלית אצל התוקף וספק זה לא נפשט.

שיטת הר"ן – שלב ב' – הקדישה בלא תקיפה

אם תמצא לומר בספק הנ"ל דמוציאין מידו ודאי שאם לא תקף אלא הקדיש לא הוי הקדש מב' סיבות: א' דלפי צד זה החלוקה היא בודאי וא"כ החצי שביד השני אינו שלו ואין אדם יכול להקדיש דבר שאינו שלו ב' – גם אם זה ספק שלו מכיון שאינו יכול לקחת את הטלית (בלי הודאת השני) אין בכוחו להקדיש.

אבל אם תמצא לומר בספק הנ"ל דאין מוציאין מידו א"כ יש צד שגם החצי שביד השני הוא שלו וגם יש לו אפשרות לקחת את החצי הזה (גם בלי הודאת השני) וא"כ יש להסתפק אם יש לו כח להקדיש – כיון שזה דבר שהוא ספק שלו ויכול לתקפו, או דלמא דכיון שלא תקף אינו יכול להקדיש ולא סגי בהא שיכול לתקוף.

שיטת הר"ן – שלב ג' – מסותא

שניים רבו על מסותא האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי היא, הדין הוא

שיטת הפני יהושע - שלב א' - תקפה אחד בפנינו

איתא במתני': שניים אוחזין בטלית זה אומר שלי היא וזה אומר שלי היא יחלוקו בשבועה והסתפק ר' זירא אם אחד מהשניים תקף והוציא את הטלית מיד השני בפני בי"ד והנתקף שתק ואח"כ צווח אם שתיקתו כהודאה או דלמא דבצויחתו בסוף מגלה ששתק משום שסבר שבי"ד יאמרו לתוקף להשיב את הטלית, וספק זה לא נפשט.

אמנם כל הספק הוא דוקא במקום ששניהם באו לפנינו כשהם תפוסים בטלית דבכה"ג ליכא שום חזקה, אבל אם יש חזקת מרא קמא לאחד מהם (כגון כשבאו לפנינו כשאחד תופס והשני תקף והנתקף שתק ואח"כ צווח) וכן כל שאר החזקות בזה אין ספק כלל ובודאי אי"ז של התוקף מב' סיבות: א' דמספיקא לא מפקינן ממונא מחזקה, ב' – דאפשי"ל ששתק משום שסמך על חזקתו וא"כ יותר מסתבר שלא שתק משום הודאה.

שיטת הפני יהושע - שלב ב' - מסותא

אם תמצא לומר בספק הנ"ל דמוציאין מידו והיינו דאין שתיקתו כהודאה כל שכן אם לא תקף אלא הקדיש דאין שתיקתו מראה על הודאה ואין הטלית מקודשת.

אבל אם תמצא לומר בספק הנ"ל דאין מוציאין מידו והיינו דשתיקתו כהודאה יש להסתפק מה הדין כשלא תקף אלא הקדיש אי הוי שתיקה כהודאה או לא, והיינו דהא הכא מיירי בטלית שהיא

ספק שלו ואין לכשנגדו חזקת מרא קמא וא"כ שורש הספק הוא אם הקדש חל מספק או לא כיון דבעינן הקדש כ"ביתו" מה ביתו ודאי שלו אף כל ודאי שלו, אם הקדש חל מספק ודאי שתיקתו כהודאה דהול"ל לצווח משום שע"י הקדשת השני עתיד לחול ספק הקדש ומספק יהיה אסור לו להשתמש בזה וכיון דשתיקתו כהודאה איכא ראייה שזה שלו וא"כ ההקדש חל בודאי (לכאור' מדין באין כאחת) אבל אם אין ההקדש חל מספק לא היה לו לצווח ואין שתיקתו כהודאה וא"כ אין ההקדש חל כלל.

שיטת הפני יהושע - שלב ג' - מסותא

שניים רבו על מסותא האי אמר ידידי היא והאי אמר ידידי היא, הוי דבר שהוא ספק של מי ללא חזקת מרא קמא לאחד מן הצדדים קם חד מינייהו והקדישה הספק הוא – כנ"ל – אם ההקדש חל מספק ואיכא שתיקה כהודאה או דלמא אין הקדש חל מספק וליכא שתיקה כהודאה.

אם יפסקו במסותא דקדושה ה"ה בשלב ב' – השתיקה בלא תקיפה בטלית תהיה קדושה מספק, ואם יפסקו שאין המסותא קדושה משום דהוי רק ספק שלו ה"ה בשלב ב' – הקדישה בלא תקפה הטלית תהיה קדושה.

שיטת הפני יהושע - שלב ד' - ספק בכור

כתוב במשנה שבספק בכור אצל ישראל הדין הוא המע"ה ומ"מ אסור

בגיזה ועבודה, ובהו"א הגמ' הבינה שאם תקפו כהן אין מוציאין מידו, וא"כ הוי כשלב ב' וג' והיינו דאם תקפו כהן מוציאין מידו היינו משום שלישראל יש חזקת מרא קמא על הולד וא"כ הוי דבר שהוא ספק שלו אבל עם החזקת מרא קמא וא"כ אם הקדושה באה מבעלות הכהן ודאי אי"ז קדוש, אבל כיון ד(בהו"א סברה הגמ' ש) תקפו כהן אין מוציאין מידו הוי בדיוק כמו ב' השלבים האחרונים – דבר שהוא ספק שלו ואין לשני חזקת מרא קמא, ובהו"א הגמ' הבינה שקדושת בכור באה מבעלות הכהן וא"כ חזיתנן בדבר

שהוא ספק שלו אם הוא מקדיש ההקדש חל מספק ולכן אסורין בגיזה ועבודה מספק, וא"כ תפשוט לשלב ב' וג' דההקדש חל מספק והוי שתיקה כהודאה.

והגמ' דוחה שבאמת תקפו כהן מוציאין מידו – והיינו דיש לישראל חזקת מרא קמא וא"כ ודאי אין הקדושה מבעלות הכהן שהרי כשיש לשני חזקת מרא קמא אין צד שיוכל להקדיש, אלא ודאי הקדושה באה מאליה – בפנ"ע ולא מבעלות הכהן וא"כ אין להוכיח כלל לשלב ב' וג' דהוי ההקדש מספק.

הבה"ח יעקב ישראל שכטר נ"ו

בספק הגמ' תקפה אחד בפנינו מהו

(א) גמ' אם תימצי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין מידו הקדישה בלא תקפא מהו. יש לברר בספיקת הגמ' היכא איירינן, אי איירי בשתק ולבסוף צווח דווקא, או"ד דאף בשתק מתחילה ועד סוף איכא לספוקי.

(ב) אולם בריטב"א כתב, דהספק קיים גם בשתיק מתחילה ועד סוף, וצ"ב במאי פליג אסברת הרשב"א,

ויש לבאר בהקדם מה שמצינו שנחלקו הרשב"א והריטב"א האם הצוויחה צריכה להיות דווקא בבי"ד או גם בחוץ, דהרשב"א דייק מלשון הגמ' "סבר הא קחזו ליה רבנן" דהוא דווקא בבי"ד, ואם חבירו תקפו חוץ לב"ד אין לו לצווח, ואף לא תועיל צוויחתו, והריטב"א סובר דאדרבה חוץ לב"ד הוא צריך לצעוק יותר כיון שאין ב"ד שרואים ויצילו בעדו, וזהו בעצם שורש פלוגתתם, שהרשב"א סבר שהצוויחה היא צעקה של טענה ולכן זה צריך להיות רק לפני ב"ד, והריטב"א סבר שהצוויחה צריכה לבוא מתוך כאב, ובזה הוא מראה שזה שלו, ובזה גם מבואר המחלוקת מתי הוא צריך לצעוק, שלפי הריטב"א הוא צריך לצעוק תוך כדי התקיפה או מיד אח"כ, כיוון שזה צעקה של כאב, וזה שייך רק בזמן התקיפה, אבל לפי הרשב"א הוא יכול לצעוק גם עד הגמר הדין, כיון שזה צעקה של טענה, וזה שייך עד הגמר הדין.

ועל פי הנ"ל אפשר לבאר דהרשב"א סבר דאיה"נ דעל שעת ההקדש לא היה צריך לצווח בשביל דבריו אבל היה צריך לצווח בשעה שהגזבר הגיע לתבוע את ההקדש, ואם שתק בשעה שהגיע הגזבר, אין מה להסתפק, דוודאי הודאה היא, אבל

והנה התוס' כתבו דאיירי בשתק ולבסוף צווח, ולכך תליא בספיקא דר' זירא, דאם תקפו כהן מוציאין מידו, והיינו שבשתיקתו סבר דקא חזו ליה רבנן, כ"ש שבהקדישה בלא תקפה, לא יחול כלום דלמה

יצווח בשביל דבריו, ואם אין מוציאין מידו, דהיינו ששתיקתו הודאה היא, איכא לספוקי, דאי נימא דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, והקדש בתקיפה א"כ הויה שתיקתו הודאה, או דילמא דלמה יצווח בשביל דבריו, וא"כ אין שתיקתו הודאה ולכא"ו גם לפי סברת התוס', אפשר להעמיד בשתיק מתחילה ועד סוף, ועדיין איכא לספוקי שזה לא הודאה דלמה יצווח בשביל דבריו.

ואפשר לבאר על פי דברי הרשב"א (וכן כתב הפנ"י) לעיל, שביאר דהוה ליה לצווח כשרואה שהדיינים לא מתעסקים בחלקו, דהכי נמי כשרואה שהגזבר מגיע לתבוע ההקדש הוה ליה לצווח, ומדלא צווח ודאי הודאה היא, וממילא ליכא לספוקי בשתיק מתחילה ועד סוף.

הריטב"א סבר שאפשר להסתפק גם בשתיק מתחילה ועד סוף דהלא הצוויחה היא רק על כאב של התקיפה, ובשביל דבריו לא היה לו לצווח, ועל שעה שהגזבר הגיע, לא מצאנו בזה צוויחה.

ג) ועוד יש לדון בשיטת הריטב"א, אמאי תליא הך ספיקא באיבעיא דר' זירא, דבשלמא להרשב"א, שהספק הוא על שתיק ולבסוף צנן, שייך לתלות בספק של ר' זירא, דאם שם השתיקה אינה הודאה, אלא סבר הא קחזו לי רבנן, כאן לא יהיה ספק בכלל, דלמה יצווח בשביל דבריו, ואם זה הודאה, שייך להסתפק גבי הקדושה בלא תקפה, אבל להריטב"א, שהספק הוא גם בשבך מתחילה ועד סוף, לכאור' זהו ספק בפני עצמו, כיון שזה לא קשור, לשתיקה עם צוויחה בסוף, אלא זה סוג שתיקה אחר, וא"כ אף אם שתיק ולבסוף צווח זה לא הודאה, כאן אפשר לומר שזה כן הודאה.

והנה בעצם הספק דהקדישה בלא תקיפה יש לדון איך יכול לחול ההקדש באמירה, והלא באמירה שהוא מקדיש את הטלית, הוא רק תוקף את זה, ורק אח"כ שזה כבר שלו הוא יכול להקדיש את זה,

ומאידך אם ההקדש לא חל מיד, לא יהיה שום משמעות לאמירה, שזה מסתמך על השתיקה שמראה הודאה ואם ההקדש לא חל, אין לו על מה לצווח, וכתב הריטב"א דבאין כאחת, (דהיינו שההקדש חל, ובשתיקה של השני, יש בזה הודאה, וממילא ההקדש יכול לחול) ואמנם, כתבו התרומת הכרי והבית הלוי דכל זה הוא רק אם נאמר דהשתיקה מתפרשת מיד כהודאה, כיון שאם זה לא היה מתפרש מיד כהודאה, ורק בסוף כשרואים שהוא ממשיך לשתוק, אז זה מתפרש כהודאה, לא שייך לומר באין כאחת, ולא יהיה מובן הצד שההקדש יחול,

וא"כ מיושב שפיר, שזה תלוי באיבעיא של ר' זירא, דאם נאמר מוציאין מידו, היינו שמסבירים את השתיקה לסבר הא קחזו ליה רבנן, וממילא גם בשתיק מתחילה ועד סוף, אין זה הודאה מיד בהתחלה, אלא רק בסוף שרואים שהוא ממשיך לשתוק אחרי שהדיינים דנים עליו, אבל אם אין מוציאין מידו, היינו שמפרשים את השתיקה כהודאה כבר בהתחלה, וממילא שייך להסתפק בהקדישה בלא תקפה ואפי' בשתיק מתחילה ועד סוף.

הבה"ח אהרן שמואליאן נ"ו

בחילוק בין סוגיין לסוגית שכירות מרחץ לשנה

דף ו: תוד"ה פוטר ממונו בממון כהן. ע"י תוס' שמקשה דלמסקנא פסקינן דתקפו כהנן מוציאין מידו, וא"כ איך לקמן קב: גבי א' ששכר מרחץ ב"ב זהובים לשנה בדינר זהב לחודש, ונתעברה השנה, ובא המשכיר בסוף החודש, לפי שמואל כולו לשוכר. והרי מוציאין מידו?

ובבאור החילוק בין סוגיין דהכא לדין שכירות מרחץ, נאמרו כמה תרוצים בראשונים.

ב. שיטת הרא"ש – ע"י בפסקי הרא"ש בפרקין [אות י"ג] דמבאר דטעמא דרב נחמן דפליג התם אשמואל וס"ל דבבא בסוף החודש מפקינן מיניה. הוא משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת' ושמואל דסובר לשוכר ס"ל ד"מדלא בא עד סוף החודש ודאי אודו" אודי ליה דלשנה השכירו ולא לחודשים.

ועי' בפלפולא חריפתא שמקשה דהגמ' לקמן (קב:) אומרת דטעמא דשמואל "משום דתפיס" ולא משום הודאה.

והנה ברא"ש בפרק השואל [אות ל'] מבאר טעמו דר"נ דכולו למשכיר דקרקע בחזקת עליה עומדת ומוסיף "כולו למשכיר כיון שנולד הספק מתחילת החודש" וצ"ב מאי טעמא הוצרך הרא"ש להוסיף סברא זו שהספק נולד וכו' ויבואר לקמן בעזר"ד.

ועוד קשה על דבריו קושית רבינו שליט"א – דאם זהו טעמו של שמואל א"כ מדוע בבא באמצע החודש יחלוקו, או שהכל לשוכר כי הודה, או שהכל למשכיר כי לא הודה.

ומבאר רבינו שליט"א דאם הגיע באמצע החודש הוי ספק הודאה וא"כ מה שתפס לא מפקינן מיניה ומה שעדין לא תפס לא נותנים לו דקרקע בחזקת בעליה עומדת.

א. שיטת התוס' – ע"י תוס' שמתרץ "דהתם נכנס בהיתר לכך מהני תפיסתו אבל הכא לא בהיתר תפס כי אם בספק", וביאר רבינו רה"י שליט"א שכוונתו לכאור' כדברי הרמב"ן בסוגיין (ו). בד"ה מכל מקום) גבי "כור בשלושים – סאה בסלע אני מוכר לך" וז"ל: "שתפס ברשותו של מוכר ושוב אין מוציאין ממנו" ועוד כותב שם בהמשך "ש"מ דהיכא דנתן ברצונו אין מוציאין מידו".

וב"ה בריטב"א (קב:) וז"ל ... משא"כ לזה שתפס בדעת חבירו וברצונו". וביאר רבינו שליט"א שהנותן הופך את חבירו למוחזק ולכן מהני.

ובדברי התוס' "דנכנס בהיתר" יעויין ב'אילת השחר' הכא שמבאר ב' פרושים האם כוונהתון על י"ב החודשים הקודמים, או שמא על תחילת החודש הי"ג.

השוכר וא"א להוציא ממנו ואיך ר"נ אומר שכולו למשכיר? ולכן אומר שהספק נולד בתחילת החודש.

ג' שיטת רש"י – רש"י לקמן קב: (ד"ה בסוף החודש) ביאר באופן שונה מדוע לשמואל כולו לשוכר, דהוי מדין 'העמד ממון על חזקתו' ומשמע מרש"י שהנידון הוא על הוצאת הממון מהשוכר וא"כ הרי מוחזק בזה.

ולכא' קשה ע"ז דהנידון פה הוא על ההשתמשות בקרקע שהיתה של המשכיר (דקרקע בחזקת בעליה עומדת) וא"כ מהי סברת העמד ממון על חזקתו, סו"ס הנידון על הקרקע? ומבאר רבינו שליט"א שרש"י גופיה מיישב זאת (בד"ה ורב נחמן) שאומר דטעמא דר"נ דכולו למשכיר, דהספק לא נולד עכשיו "אלא מתחילת החודש נולד", ושמואל דפליג עליה – לפ"ז סובר הפוך, שהספק נולד בסוף החודש וכעת הנידון הוא על דמי השכירות – והרי בזה מוחזק השוכר [דלא כהרא"ש] ועי' ברבינו פרץ (בד"ה התם טעמא) שמבאר כך בסברת שמואל דהספק נולד כעת. ומשמע מדבריהם כדברי קהנ"ס הנ"ל.

אולם שאלתי את רבינו שליט"א דאם זהו הטעם של שמואל דמוחזק בממון, א"כ קשה כשאלת ה'פולא חריפתא' הנ"ל דסו"ס בגמ' כתיב 'משום דתפיס'?

ושמעתי לתרץ שאולי כונת הגמ' "משום דתפיס" הכוונה שתפוס בכסף אולם לא משמע כך, שהרי רש"י אומר שם (בד"ה התם משום דתפיס הוא) וז"ל "... הלכך מכי תפיס אין בנו כח להוציא מידו"

ולפי טעם זה מקשה רבינו שליט"א דאם מהני תפיסה לרא"ש, א"כ מדוע לא פירש כפי הטעם הפשוט שבסוף החודש כולו לשוכר מטעם תפיסה?

וצ"ל שהרא"ש סובר דשמואל מודה לר"נ שהספק לגבי החודש הי"ג נולד מתחילת החודש ול"מ תפיסה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וטעמו דשמואל דסו"ס נחשב שהודה לו וא"כ אם בא באמצע החודש דהוי ספק הודאה מהני תפיסתו משום ספק הודאה דספק זה החל מאמצע החודש, ורק לגבי ספק על חודש העיבור ל"מ תפיסה שהרי ספק זה החל מתחילת החודש.

ולפי"ז א"ש מדוע הוצרך הרא"ש בפרק השואל להוסיף טעם 'דהספק מתחילת החודש' מכיון שבין לשמואל ובין לר"נ הוי דין זה, רק לר"נ יש עם סברא זו עוד דין של קרקע בחזקת בעליה עומדת, ואילו לשמואל ישנה סברא אחרת (להרא"ש) דסו"ס אודווי אודי ליה.

ואה"נ הסברא שנולד הספק מעיקרא הוי גם לשמואל, ומה שהוצרך הרא"ש לומר סברא זו גם בדברי ר"נ, י"ל דבא לאפוקי מסברת שמואל שכעת באמצע החודש נולד ספק חדש אם הודה לו או לא.

ועי' בקונטרס הספיקות (כלל ג' אות ב') שאומר שטעם הרא"ש הוא [לא

בגלל שאם היה הספק בסוף החודש א"כ היתה מהני תפיסתו משום דין דתפס קודם שנולד הספק אלא] משום שאם הספק היה נולד בסוף החודש א"כ כעת הנידון היה על תשלום השכירות, והרי בזה מוחזק

משמע שכעת הוא תפס דבר זה, והרי
הכסף היה מוחזק אצלו מאז ומעולם...
ורבינו שליט"א תירץ לי דצ"ל דכוונת
הגמ' שתפס את הקרקע, וא"כ
משום הכי כעת הנידון הוא על התשלום,
והרי בזה הוא מוחזק, [ועי' עוד ב'מילואי
חושן' על קונה"ס הערה 32 דמשמע כעין
זה] ולפ"ז א"ש דברי הגמ' 'משום דפתיס'
בס"ד.

הבה"ח יצחק שרגא שניידר נ"ו

בדברי התוס' דהו"ל כפקדון שיש לו ביד אחרים

בהכרח שיהיה שומר וכל עוד שלא החזיק עצמו כשומר לא עבר החפץ עדיין לרשות הבעלים כי קניני הגזילה משאירים את החפץ ברשות השני.

אך עדין קשה דאם נימא שהיה קניני גזילה א"כ איך התקיימה השבה השבה הרי היה רק הודאה מצד הגזולן והוא ממשיך להחזיק את החפץ ברשותו בדיוק כמו מקודם?

והוכיח מפה קצוה"ח (רי"א ג') שגזולן שהודה לנגזל על גזילתו תו חשיב ברשותו לכל דבר והעמיד זאת קצוה"ח במחלו' בעה"מ והרמב"ן שדעת הרמב"ן בזה שצריך הגזולן להשיב את החפץ לנגזל בשביל שייחשב ברשותו וזה מחמת שהגזולן עשה קניני גזילה וגם כשיוודה לנגזל עדיין צריך השבה מעליא, מאידך דעת בעה"מ שכשמודה הגזולן בגזילה נחשב הדבר מעתה לפקדון ואין עיכוב לבעלים לקחת את החפץ ולכן חשיב ברשותו, ומתוס' רואים שסובר כהבעה"מ. ולדעת הרמב"ן קשה איך יפרש את ספיקא דגמ' דמה הצד שיועיל ההקדש הא אינו ברשותו דמחוסר קנין השבה, והקצוה"ח עצמו מפרש שלפי הרמב"ן מסתפקת הגמ' בזה גופא אי בעינן ברשותו להקדיש וכו' אך אינו מובן שבזה תדון הגמ' דבב"ק הוי דין פשוט ועוד שברמב"ן שלפנינו מוכח שאין חסרון של ברשותו (ובחזון יחזקאל כתוב שלקצוה"ח לא היה את

ב"מ ו. בתוד"ה "הקדישה בלא תקפה" כותב וז"ל "ולא דמי לגזל ולא נתייאשו הבעלים דשניהם אין יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו דכיוון דאודי ליה הוי כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש".

ויש לדון במה שכתב תוס' שהשני הוי שומר על החפץ דמתי קיבל "שמירה" על החפץ שמעמיד אותו לרשות הבעלים וכי הסכים לקבל ע"ע חיובים והיה אולי נראה לומר שכיוון שממשיך להחזיק את החפץ זמן מה אחר ההקדש ואנו צריכים לפרש את החזקתו לאיזה כיוון מסויים ולכן אמרנו בהכרח שמחזיק את החפץ לרשות הבעלים ועדיין צ"ע קצת.

וע"ק מדוע תוס' צריך להעמיד שהשני הוי שומר, גם בלי שהוא יהיה שומר יחול ההקדש כי כל שאינו מונע את החפץ מבעליו וע"י שתיקתו מודה שהחפץ של הבעלים חשיב ברשותו וכמו שאם החפץ היה ברחוב במקום המשתמר אין חסרון של ברשותו כך גם אם מחזיק אותו השני ואינו מונע חשיב ברשותו? ואולי י"ל שסבר תוס' שברשותו לא סגי שאין מניעה ממנו להשתמש אלא שבפועל ישלוט על החפץ. ועי"ל שתוס' סבר שלשני היה קניני גזילה בחפץ בשלבים שמנע את החפץ ועיכבו לעצמו וכעת שמודה צריך להשיב בחזרה ולכן צריך

הרמב"ן לפניו) ומה הפשט? ולכן נראה שגם לדעת הרמב"ן אין את החסרון של ברשותו מפני כמה טעמים:

ה"אמרי משה" מבאר שכל ההנחה פה לא נכונה דפה לא נפרש שהשני המחזיק בטלית יש לו קניני גזילה וכעת שמודה ע"י שתיקה חשיב כמשיב אלא שמתחילה היה פה ויכוח ארוך מי מצא את הטלית וכעת נכנע השני ומודה שמעיקרא הטלית היתה שייכת לראשון וכעת נימא שהחפץ בידו כפקדון אך לא היה פה גזילה כלל.

ה"מהרי"ל דיסקין" אומר שבשתיקה שהיא כהודאה היא גופא הויה השבה, ומבואר שבאמת היה קניני גזילה אך יש גם השבה וההבנה בזה לענ"ד שהרי ההחזקה של שניהם בטלית היא באופן שכל אחד מחזיק את החפץ באופן שיש עליו הוראת בעלות אך שניהם ביחד מחזיקים באותה מידה בחפץ ואם יעזוב אחד מהם את החפץ כעת יהיה הוראת בעלות רק לאחד וא"כ הגם שמחזיקים שניהם אך ברגע שאחד שותק לשני על הקדשו הוא מודה בזה שהחזקתו בחפץ היא לא בשביל להראות בעלות וא"כ זה גופא נקרא השבה דהיינו רואים כאילו עוזב את החפץ והוא נשאר ביד הראשון בלבד ומה שהשני ממשיך להחזיק את החפץ מחשיבים זאת לפקדון (ואליבא דאמת מה שהשני ממשיך להחזיק את החפץ הפשט שעוד שנייה הוא באמת יעזוב אותו רק לגבי השניות שהוא עדיין אוזו בחפץ ובהם התרחש ההקדש אמרינן דהוי כפקדון), ועל אותו הדרך נראה להביא את דברי החזו"א שאינו ברשותו אינו תלוי בקניני גזילה אלא במציאות שזה

לא בשליטתו וא"כ הכא יכול להיות שלא היה כלל השבה מקניני גזילה אך כיוון שהבעלים מחזיק בחפץ וע"פ הדרך שהסברתי לעיל יש פה מצב של ברשותו וחל ההקדש.

בם"ד

והנה לעיל הקשינו מתי קיבל השני ע"ע חיובי שמירה ותיירצנו בדוחק ע"ש, ולפי דברי החזו"א נראה בפשיטות שיש להפריד בין קניני גזילה לבין ברשותו ואינו ברשותו וא"כ נראה שהרעיון של שמירה הוא שחפץ עומד בשביל הבעלים אצל השני והוא מתחייב להיות אחראי עליו, וא"כ פה כשגזל השני את הטלית הוא התחייב באונסין דהיינו להעמיד לבעלים את החפץ בכל מצב ולהיות אחראי עליו וכשמודה כעת גם אינו מעכב אצלו את החפץ ושפיר חשיב שומר.

והנה עד כה דיברנו מה מהני הברשותו בסוגיין מכאן ולהבא, אך יש דבר שאינו מבורר והוא שהרי פה קודם הראשון הקדיש את הטלית ורק רגע לאחר מ"כ שתק השני והועילה שתיתקו להעמיד את החפץ ליד הראשון מכאן ולהבא ונהי שאת ה"שלו" זה מביא למפרע אך איך שייך ברשותו למפרע?

ובבית הלוי ח"ג סימן ל"ח נראה שפשוט לו שאם השתיקה הראשונה הועילה א"כ חשיב ברשותו וצ"ל שכיוון שזה תוך כדי דיבור זה נחשב לשעה אחת, ובדרך זו י"ל עוד שהרי הם מתווכחים על החפץ של מי הוא ובשתיקה הוא מודה שמאז ומתמיד זה היה של הראשון ומכיוון שכך, כל החזקתו של הראשון בחפץ הוא

בתור שזה ברשותו ומהני השתיקה (כביכול) למפרע ועוד נראה כעין זה ברשב"א בסמוך.

הרימב"א אומר שנימא בזה הדין של ידו והקדשו באין כאחת, והדבר תמוה איך שייך כאן מושג שהרי דבר זה נאמר לדוגמא בגט שלעצם "חלות" הגט יש מניע מלחול שהרי אין יד לאשה/לעבד והתחדש שהגט הוא גופא נותן את הכוח לעצמו לחול ובשאר הגדרות שיש בענין (וההבה בזה בקצרה היא שאם התורה נתנה את המושג גט בהכרח שיש לו מקום לחול) אך פה יש "חלות" הקדש שלא יכול לחול כי אינו ברשותו ויש "חלות" שתיקה שמעמיד את החפץ ברשותו וזה לא קרה כאחד אלא בסמוך ואיך שייך פה באין כאחד?

וביאר הגאון האדיר ר' אברהם זיסקינד שליט"א באמרות אברהם סימן מ"ג שאדרבא זה הפוך בדיוק דווקא בגט שלעצם מעשה נתינת הגט יש חסרון ובזה

מהני החידוש האגדי של באין כאחד, אך אצלינו לעצם מעשה ההקדש אין חסרון כי זה שייך לי לענין הקדש, ורק משהו צדדי שזה לא ברשותו ולזה מהני מה שבסמוך לזה היתה הודאה והריטב"א רק הביא את באין כאחת בלשון מושאלת.

הרשב"א מקשה איך מהני ההקדש כתקיפה הרי אין סיבה שימחה אומר וליכא למימר שהקדיש ולבסוף תקף ושתק ולבסוף צווח ולכן מועיל דא"כ מה מביאים ראיה מספק בכור וכו' עיי"ש, ועכ"פ מבואר ברשב"א שאם יקדיש ולבסוף יתברר שזה היה שלו מהני ההקדש ולכאוי' מה זה מועיל לענין ברשותו וכמו שהקשינו? וביאר בזה הג"ר אברהם זיסקינד סימן מ"ד כעין הדרך שהבאנו לעיל שכיוון שפה שניהם אוחזים חשיב ברשותו לגמרי דאין מניעה לזה אא"כ לא יהיה בשליטתו כלל וכל החסרון זה רק ה"שלו" ולזה מהני ההודאה בסוף למפרע.