

הרב זלמן נחמיה גולדברג

**בענין חזקה מה שתחת ידו של אדם שלו הוא\***

**ראשי פרקים**

1. הסבר החזקה - סברת בירור ולא סברת הלכה.
2. קושיות על היסוד הנ"ל בחזקה.
  - א. סברת הרמב"ן המצריך תפיסה הראויה לקניין.
  - ב. קצה"ח - סברת הלכה ולא סברת ברור.
  - ג. תוס' ע"פ ביאור הגרנ"ט - יש צורך גם במוחזק.
  - ד. הגהות מימוניות בשם הריצב"א.
3. הסבר הצורך גם במוחזק בפועל.
  - א. מה שתחת ידו של אדם מעורר ספק בלבד שהוא שלו.
  - ב. מה שתחת ידו של אדם מברר שהוא שלו, אלא שאין בכח ברור זה להוציא מיד מ"ק.
4. תליית ב' הבאורים הנ"ל במחלוקת הרמב"ם והגאונים.
5. מספר ביאורים ע"פ האופנים הנ"ל.
  - א. דברים שאינם עשויים להשאל ולהשכיר.
  - ב. תקפו כהן.
  - ג. קושית קצה"ח בסי' ע"ט.
  - ד. קושי לפוסקים שמועיל טענת ברי.
  - ה. שיטת קצה"ח בעדים אחרי הגדר - אין תולים במתנה.
  - ו. קושי על דברי הקצה"ח מדברי הר"י מיג"ש.
  - ז. החלקת מחוקק ביחס לבעל שמשכן כסות אשתו.
  - ח. חו"מ סי' צ"ט - מיגר להאמינו שחפץ שבידו אינו שלו.
  - ט. ביאור גמ' בכ"מ לגבי עדי אריגה ועדי נפילה.
  - י. קהילות יעקב ביחס לשאלת עגונה.
  - יא. חל' מחוקק - חוששין לשאלה בעגונה גם בדברים שאין משאילין.
  - יב. קושית רע"א על הח"מ והב"ש וישובה ע"פ הביאור הנ"ל.
  - יג. מספר הערות בנוגע לגמ' בכ"מ ביחס לעדי אריגה ועדי מסירה.

\* הערת העורך: ראשי הפרקים וכן ההערות כמאמר זה נעשו ע"י המערכת כאישורו של כותב המאמר.

## 1. הסבר החזקה - סברת בירור ולא סברת חזקה

קיימא לן, שאם אדם מחזיק חפץ, ובא מערער ואמר שהחפץ הוא שלו, אינו יכול להוציא מתחת יד המחזיק, אפילו כשמביא עדים שהיה פעם החפץ שלו, והוא מרא קמא, מ"מ אין מוציאים מהמוחזק. הטעם הוא, שכל מה שאדם מחזיק הרי הוא שלו. אין זו הסברא, שאמרו בגמ' בב"ק נו ש"המוציא מחברו עליו הראיה" והקשו "למה לי קרא סברא מאן דכאיב ליה כאיבה אזל לבי אסיא", ששם הסברא סברת הלכה, שכך השכל מחייב לנהוג לא להוציא ממון ממוחזק מספק, ואינה מטעם בירור וכמו שביארנו במקום אחר, וכאן הסברא היא סברת בירור, שמסתבר שהחפץ של המחזיק, שאם אינו של המחזיק, כיצד הגיע לידו? לכן במקום שיש אפשרות אחרת להבין כיצד הגיע החפץ אליו מחזירין למערער, והיינו טעמא שגודרות אין להם חזקה, שאפשר שבאו לבד. כמו כן אומן אין לו חזקה שאפשר שמסר לו לתקן, וכן דברים העשויין להשאיל ולהשכיר ג"כ אין ראייה מחזקתו, שאפשר שבאו לידו על ידי שאלה ושכירות. לכאורה, אפשר להסביר, שהיינו טעמא שגם בקרקע מחזירין הקרקע לבעלים הראשונים, שהם המרא קמא, ולא מעמידים בחזקת המחזיק, שקרקע אפשר שבא המחזיק ונכנס לחפץ, משא"כ מטלטלין, שאדם מחזיקן ברשותו, כיצד הגיעו לידו? אלא שנמכרו לו.

## 2. קושיות על היסוד הנ"ל בחזקה

## א. סברת הרמב"ן המצריך תפיסה הראויה לקנין

נחלקו הראשונים בסוף כתובות פרק הכותב ובשו"ע סימן סו סי"א, במי שהוציא שטר חוב וטוען שקנהו מהמלוה בכתיבה ומסירה ואבד לו שטר המכירה, יש אומרים שהוא נאמן וי"א שאינו נאמן והטעם. כתב הרמב"ן בספר הזכות הובא בקצה"ח סימן סו בס"ק יח וז"ל:

"לפי שהמטלטלין כיון דנקנין במסירה והגבהה, ותפיסתו עצמו שהוא תופס הוא קונה לו, נאמן הוא לומר לקוחין הן בידי ולא מפקינן ממונא מתותי ידיה דמוחזק, אבל בשטר, שאין תפיסתו קנין ואינו מוחזק כלל אלא בנייר שלו, אם טוען בענין כך וכך נמכר לו - עליו הראיה, שאין שעבוד השטר יוצא מחזקתו של מלוה הכתוב בשטר, אלא למ"ד אותיות נקנות במסירה קא סבר רבא כיון דתפיסתו קנין דהא בכל מסירה הוא

קונה עשאוהו כשאר מטלטלין וכו' עיי"ש.

הנה לפי סברת הרמב"ן שצריכים תפיסה הראויה לקנין, קשה הא  
תינח בחזקה הבנויה על הלכה וכש"נ ניחא שחזקה היינו בראויה  
לקנין, וזה ניחא בתפיסה בספק של דרא, שאז אינו נחשב לתפיסה אלא  
בראויה לקנין, אבל בחזקה שהיא סברא של הוכחה, שכיון שמחזיקו  
בידו בודאי שהוא שלו, שקנה מהבעלים, קשה - מה טעם שיצטרכו דוקא  
תפיסה הראויה לקנין?

### ב. קצה"ח - סברת הלכה ולא סברת ברור

ואף למה שכתב הקצה"ח סימן ר"ב סק"ז, שתפיסה מועלת גם בחצר  
שאינה משתמרת וגם בחצר מהלכת מהני תפיסה, ג"כ אין סברתו מטעם  
ההוכחה, שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו, ששיך גם בחצר  
שאינה משתמרת, אלא שדעתו, שמועיל הלכה של מוחזק בכה"ג וז"ל:  
"ואילו בתפיסה נראה אפילו בחצר שאינה משתמרת נמי הוי  
מוחזק מדפריך בפרק השואל גבי המחליף פרה בחמור וליחזי  
ברשותיה דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחברו עליו  
הראיה", ומשני "דקיימא באגם" ... ומשמע דוקא אגם או ר"ה  
אבל רה"י אפילו חצר שאינה משתמרת הוי מוחזק מדלא משני  
דקאי ברשות שאינו משומר, אלא ודאי תפיסה שאני והוא סברא  
כדאיתא ר"פ שור שנגח: "מאן דכאיב ליה וכו' וגבי קנין  
צריך קרא לרבות חצר משתמרת דומיא דידו, אבל תפיסה דהוא  
סברא לא צריך קרא לרבויה חצרו אלא כל דקאי ברשות -  
המוציא מחברו עליו וכו' 1.

הרי שהקצות איירי בחזקה של הלכה, אבל לא מטעם סברא, שכל מה שאדם  
מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו.

### ג. תוס' ע"פ ביאור הגרנ"ט - יש צורך גם במוחזק

והנה אף לסברת התוס' ב"מ ח: ד"ה "או" וז"ל:  
"וי"ל שמן המשנה אין להוכיח דקני מנהיג במקום רכוב,  
דאפילו לא קני מיקרי מוחזק, דכיון דמנהיג לחודיה שלא  
במקום רכוב קני, מיקרי מוחזק אפי' במקום רכוב" עכ"ל.  
הנה אין מדבריהם ראייה שאין צריך תפיסה הראויה לקנין, אלא שזה  
שמועיל קנין, שלא במקום מנהיג מהני לחושבו כתפיסה.

1. ועיין בנתיחה"מ סקל"ח סק"ב.

כן קשה על התוס', שלכן נחשב רכוב מוחזק משום שרכב לחדו שלא במקום מנהיג קונה, שהרי שנים אוחזים בטלית, שחולקין, מבואר בגמ' כ"מ וכן בתוס' דף ב. ד"ה ויחלוקו, שהוא מטעם דאנן סהדי שכל מה שמחזיק שלו, וא"כ קשה ממ"נ, אם רוכב מוכיח שהבהמה שלו, גם אם רוכב קני לחודיה צריך להוכיח שהוא של הרוכב ג"כ, ואם רוכב אינה הוכחה, מה מועיל מה שקונה לחודיה, מ"מ יש הוכחה שהבהמה של המנהיג.

ונראה, לפי מה שמבואר בחידושי הגרנ"ט ריש ב"ב שצריכים לחזקה זו, שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו גם מוחזק בפועל, ולא מהני הראיה אלא בצירוף מוחזק. ועיין שם שהוכיח זאת מתוס' ב"ב לג: ד"ה "ואי טעין" שהקשו שם על מה דאיתא בגמ' שם, שמי שמחזיק מגלא, ואומר שהולך לקצוץ פירות פלוני - נאמן, משום שלא חציף איניש למיכל פירות, שלא שלו. והקשו בתוס' וז"ל:

"וא"ת מאי איריא משום דלא חציף, תיפוק ליה משום דתפיס, מידי דהוי אמטלטלין שאין עשויים להשאיל ולהשכיר, דאי אמר לקוחין בידי נאמן? וי"ל דאיצטריך טעמא דלא חציף אם לקטן והניח ברשות שאינו שלו, דלא תפיס בהון".

הנה גם מתוס' זה חזינן, שאין סומכים אחזקה שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו, אלא בצירוף מוחזק.

#### ד. הגהות מימוניות בשם הריצב"א

והנה בהגהות מימוניות פ"ט מהל' טוען ונטען אות ה' כתב וז"ל: "וריצב"א אמר דל"ק כלל, דדומיא דהכי בשאר מטלטלין. אם ידוע, שנכנס לבית חברו ונטל כלים שלא בידיעתו היה חייב להחזיר, ולא כל כמיניה לומר שלקחן מתחילה ולא דמי וכו' עכ"ל ריצב"א".

והנה כוונת הריצב"א היא, שבלי סברת לא חציף איניש, לא היה נאמן, שגם במטלטלין אינו נאמן כאשר לקחן בלא ידיעת הבעל-בית, אבל אחרי שיש את סברת לא חציף - נאמן. זה שאינו נאמן במטלטלין, צריך לומר, שסברת לא חציף לא שייך אלא בלוקט פירות, אבל בלקיחת מטלטלין לא נאמר האי סברא, מפני שאינו קוצצן אלא לוקחן. אין כוונתו, שבלי הסברא של לא חציף היה הדין שאינו נאמן במטלטלין,

שא"כ מאי מקשה שם משבועות עיי"ש 2 והנה אין להקשות לשיטת התוס' ממה שכתבו כל הפוסקים שעל פירות שלא אכל אינו נאמן לומר שלקחן, ואיזה סברא יש לחלק ביניהם? בשלמא לדעת הריצב"א אפשר, שגם ביחס לסברת לא חציף בעי גם שיהיה מוחזק, ולכן בפירות שכבר אכל, שקצצן והניח ברשותו שפיר סומכין על חזקה שלא חציף בצירוף מוחזק, אבל בפירות שלא אכל וקצצן עדיין, שאינו מוחזק - אינו נאמן. אבל לדעת התוס', מאי טעמא? ואולי סברת התוס' היא, שסברת לא חציף אינו אלא בשכבר קצצן ואז נתקיימה הראיה, משא"כ בפירות שעדיין לא קצצן עדיין אין ראיה. אף שאם נניח לו - יקצצם, ויהיה לו ראיה, מ"מ יכול בעל השדה, שלא להניח לו לקוצצן, שעכ"פ עדיין אין לו ראיה. עוד אפשר לומר, שאם נאמין לו גם על פירות העתידים, שלא קצצן, עדיין אין כאן לא חציף, שהחוצפה היא כאשר הוא קוצץ פירות שעדיין יש אפשרות לבעלים לעכב, אז כשאומר שיקצוץ, וגם קצצן, סומכים על סברת לא חציף. אבל אם היה נאמן גם בלא שקצץ, תו אין כאן חוצפה. ובזה נוחה לשון הסמ"ע שאינו נאמן על פירות שלעתיד, שאל"כ לא שבקת חיי. שכל מי שיש בו עזות יאמר כך. ונראה שכוון למה שנתבאר ודו"ק.

לפי"ז למדנו, שלכו"ע, בעינן גם מוחזק וגם הסברא שכל מה שאדם מחזיק הוא שלו.

## 2. הסבר הצורך גם במוחזק בפועל

זה, שלא מספיקה סברת שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו אפשר להסביר בכ' אופנים:

### א. מה שתחת ידו מעורר ספק בלבד. שהוא שלו

אופן אחד - סברא זו אינה בירור גמור אלא רק מעוררת ספיקות, שאין כאן ראיה ברורה - אולי כן השאיל לו אפילו בדברים שאינם עשויים להשאיל - ולכן בספק מועיל חזקת המוחזק. אפילו למ"ד תקפו כהן מוציאין מידו ולא מהני תפיסה בספק, מ"מ כאן מהני שתפס קודם שנולד הספק, שהרי כל הספק נולד בזה שהוא מחזיקו, אלא שלפי"ז אם יחזור ויתפוס המרא-קמא לא נוציא מתחת ידו, למ"ד תקפו כהן אין מוציאין מידו. אולם, כשראינו שחטף ראובן חפץ משמעון, מוציאין

מידו, שאין לנו אפילו ספק לומר שהוא של החוטף, שאין חטיפה מעוררת אצלנו אפילו ספק ולכן צריך להחזיר, שבמקום שאין ספק לא שייך לומר מוחזק, שאין מועיל מוחזק אלא בספק.

ב. מה שתחת ידו מברר שהוא שלו, אלא שאין בכח ברור זה להוציא מיד

### המ"ק

אופן שני - ודאי, החזקה שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הוא דבר המברר שהוא שלו, אלא שאין כח בבירור זה להוציא מידי מרא קמא. בירור זה דומה לבירור של רוב, שאין מועיל להוציא מידי מרא קמא. <sup>3</sup> ובמקום שהוא גם מוחזק, בודאי שמוחזק עדיף ממרא קמא, ולכן אין מוציאים מידו.

4. תליית ב' האופנים הנ"ל במחלוקת הרמב"ם והגאונים אפשר שב' הדרכים שביארנו, תלויים במחלוקת הרמב"ם והגאונים בפירוש 'דברים העשויים להשאל'.

דעת הרמב"ם (פ"ח מהל' טו"ט ה"ט), ש'דברים העשויים להשאל' היינו שתחילת עשיתן הוא לכך, כדי להשאל, כגון יורות גדולות עיי"ש, ובזה אינו נאמן. אבל בדברים שאינם עשויים להשאל, אף שדרכן להשאל, נאמן המחזיק. לדעה זו מסתבר, שאין כאן ראייה ממה שהוא מחזיקו, שאפשר שהשאלו מאחר שדרכו להשאל, ואינו אלא ספק. ולכן צריך מוחזק, וכמו שביארנו באופן הראשון.

דעת הגאונים, המובאים במגיד משנה שם היא, שדברים שרגילים להשאלם, אף שאינם עשויים לכך, ג"כ אינו נאמן המחזיק, ורק בדבר שאין דרך להשאלם, נאמן. לדעה זו, מסתבר האופן השני שביארנו.

5. מספר ביאורים ע"פ האופנים הנ"ל

### א. דברים שאינם עשויים להשאל ולהשכיר

בדברים שאינם עשויים להשאל ולהשכיר, אפשר לפי"ז לפרש שגם בזה יש ספק, אלא שמספק אין מועיל תפיסה. לפי האופן השני נראה שגם אם יחזור המרא קמא ויתפוס - נוציא מידו. גם לדעת הרמב"ם, שתפיסה מועלת בספק, מ"מ במקום שיש לו רוב ויתפסו מהמוחזק, לכו"ע נוציא מידו. וראיה לזה ממה שפסק השו"ע אבן העזר סימן ד סל"ד, שתינוק

3. עיין בקוה"ס שאלה זו.

שנמצא בעיר שרובה ישראל, מחזירים לו אבידה כישראל. ועיין בב"ש ס"ק נ"ו שביאר שם:

"והא דמחזירים לו אבדה משום דאין למוציא חזקה מעלי דלא ממון דידי הוא".

והנה בתינוק, שנמצא בעיר שמחצה ישראל ומחצה עכו"ם, אין מחזירים לו אבדתו. הרי שמספק אין מחזירים לו, ואף שאין כאן מוחזק, אלא אמרינן שמוצא האבדה הוא המוחזק. והיינו מוחזק מטעם תפיסה ומועיל להוציא מידי מרא קמא. ואעפ"כ, במקום שיש למרא קמא רוב, הולכין אחר הרוב, ולא מועילה תפיסה.

### ב. תקפו כהן

צריך לברר, לדעת הסוברים, שתקפו כהן לא מהני, מה הטעם בזה, הרי אחרי שתפס הכהן וכעת הוא מוחזק, אין נוציא מידו? במה עדיף כח הישראל מהכהן, הרי גם הישראל לא זכה בכבוד אלא מכח תפיסתו? וצריך לומר שהיינו טעמא, שבעת שהישראל החזיק בכבוד, פסקנו שהוא של הישראל מכח חזקתו, ויותר אין מועיל מה שיתפוס הכהן 'שאין אחר פסק דין כלום'. ומהאי טעמא נחשב הכבוד כעשירי ודאי, מאחר שכבר פסקנו. ולכן יכול לקדש אשה ותהיה ודאי מקודשת, כמבואר בקונטרס הספקות.

טעמם של הסוברים, שאין מוציאים מהכהן הוא, דהאי שתקפו כהן מהני שאין הפסק שהוא של הישראל, מאחר שלא היה לו ראיה לדבריו, אלא רק מוחזק, ואין כאן פסק שהוא של ישראל, אלא שאין כח להוציא, ואין זה פסק דין. אמנם באם יש רוב שאינו בכור, בזה לכו"ע אין הכהן יכול לתופסו, מאחר שכבר פסקנו על פי רוב, שהוא בירור, שהוא של הישראל. ואף שאין הולכים בממון אחר הרוב - זה אינו אלא להוציא מהמוחזק, אבל במקום שאין הוצאה מהמוחזק, בודאי הולכים אחר רוב. ולכן, כמצא אבידה ברוב ישראל, אין מועיל תפיסת המוצא מאחר שהרוב מסייע למרא קמא, ואף שבזמן שעדיין היה ביד האובד לא פסקנו כלום, שהרי לא היה שום ספק עדיין, מ"מ כיון שאבד לפני שהמוצא הרימה, שאז כבר היה ספק אם צריכים להרים אבדה זו, נפסק הדין, שצריכים להחזיר מכח שעדיין המוצא לא החזיקה, ולכן הלכו אחר הרוב.<sup>4</sup>

4. אלא שלפי"ז כמחצה ישראל, שהדין שאין צריך להחזירה, אינו אלא לרעת הרמב"ם, שתפיסה

ג. קושית קצה"ח בסי' ע"ט

בקצה"ח סימן עט סק"ב, הקשה על דינא דאיתא שם ביחס לעדים שראו באחד שנתן מעות לחברו וטוען שנתן לו לשם הלואה והלה טוען שנתן לו לשם מתנה - נאמן הנתבע ופטור מלשלם. הקשה קצה"ח:

"מאי שנא מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, דאי איכא עדים שראו אותו שנתן לו בסתם, ולא ידעי אם בתורת מתנה אם בתורת שאלה, אמרינן שמשמא בתורת שאלה נתן לו, א"כ מטבע נמי דעומד להלואה, למה לא נימא בתורת הלואה (והיינו לדעת הגאונים דחולקין על הרמב"ם)? וי"ל, דשאני חפץ דהדרא בעיניה, להכי בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, אבל הלואה, דהוי להוצאה, לא שייך לומר בחזקת בעלים הראשונים, דהא מחזקת בעלים בודאי יצאת, אפי' נתנו לו בתורת הלואה. אלא דנימא דנתנו לו בתורת הלואה ויצטרך הלוה לשלם, בזה נאמן המקבל לומר דרך מתנה, כיון דלא שייך בזה חזקת בעלים הראשונים".

והנה, מדעתו נראה, דאזיל בסכרא, שנתבארה באופן השני, שדברים שאינם עשויים להשאיל, מסתבר לנו שנתנן לשם מתנה או שלקחן, ובדברים העשויין להשאיל ולהשכיר, עכ"פ יש לנו ספק אם נתנם לשם מתנה או השאילם, ומספק מעמידים בחזקת מרא קמא. אלא שצ"ע, לדעת הרמב"ם, שתקפו כהן אין מוציאים מידו, למה נלך אחר המוחזק ולא אחר המרא קמא?<sup>5</sup>

---

מועלת בספק, אבל לדעת הראשונים, שאין תפיסה מועלת אלא בתפס לפני שנולד הספק, כאן מיחשיב כתפס אחר שנולד הספק, שהרי הספק נולד לפני שהרימה. וצ"ע. 5. ואפילו להחולקין על הרמב"ם וסוברים שתקפו כהן מוציאים מידו, גם כן קשה, שהרי זה דומה לתופס קודם שנולד הספק, שהרי הספק נולד בזמן שהחפץ בידו. ועוד שזה דומה לתופס ברשות, שהרי חברו נתן לו, אלא שיש לנו ספק אם נתן לו לשם מתנה או לשם הלואה. ניתן ליישב, שהקצה"ח לשיטתו (בסימן ר"ב סוף סק"ז), שאינו נחשב לתפיסה ברשות אלא באופן שנתן לו שיהיה שלו, אבל בנתן לו אבל אין ידוע אם הקנהו לגמרי או רק השאיל לו, אינו נחשב כתפיסה ברשות עיי"ש. וכך ג"כ הדין



ד. קושי לפוסקים שמועיל טענת ברי

עוד קשה, לדעת הפוסקים, שמועיל תפיסה עם טענת ברי, הא כאן טוען המחזיק ברי, שקניתי החפץ. אין לתרץ, שאין תפיסה מועלת אלא בספיקא של דררא דמונא, שבלי טענותיהם יש ספק לב"ד, וכגון ספק בכור, אבל במקום שהספק נולד בגלל טענותיהם, וכגון במחזיק דברים שאינם עשויין להשאיל, בזה אין מועיל תפיסה, זאת משני טעמים. חדא, שלא מסתבר לחלק בכך, שהרי גם בלא דררא יש לנו ספק גמור, וכמו שביארנו לעיל בדיני מוחזק. ועוד, ממה שדנו המפרשים בכתובות כ. תוס' ד"ה "ואוקי", אם מועיל תפיסה בספיקא בתרי ותרי, שברור בדעתם, שלדעות שמועיל תפיסה בספק, מועיל גם בספיקא דתרי ותרי, עיי"ש בתוס'. גדולה מזו דעת הרמב"ן, (הובא בקונה"ס כלל ב, ) שאף למ"ד תקפו כהן מוציאין מידו, מ"מ בספיקא דתרי ותרי מועיל תפיסה. 6 הנה כבר נתבאר לעיל בדין מוחזק, שספיקא דתרי ותרי לא חשיב כספיקא דדררא דמונא, ומהאי טעמא, לסומכוס אין חולקין, אלא אמרינן "כל דאלים גבר", וכמבואר בב"ב דף לא. הרי שגם בספיקא שאין בהם דררא, מועיל תפיסה, והדרא קושיא לדוכתיה.

ה. ביאור הקושי הנ"ל ע"פ דרכנו

נראה שאפשר לפרש כדברי קצה"ח (הובא לעיל עמ' 19. לפי דרכנו שנתבאר לעיל, שעיקר החילוק בין דברים העשויין להשאיל ובין דברים שאינם עשויים, הוא, שבדברים שאינם עשויים להשאיל ואנו רואים החפץ אצל השני, מתעורר לנו ספק שמא הוא שלו, לביאור הראשון שכתבנו. או שאפילו יש לנו הוכחה שהחפץ הוא של המחזיק, וכאופן השני שכתבנו. ואילו, בדברים העשויים להשאיל, לשני הפירושים, אין לנו סיבה להסתפק ולומר שהוא של המחזיק, מכיון שיכולים אנו לתרץ סיבת היותו אצל המחזיק בטענת השאלה. וכן בגודרות אין לנו

---

הבא, שספק למאי נתנו לו אם למתנה או לשאלה, אינו נחשב בתפיסה ברשות. 6. עיין שם בכלל

א סק"ה מה שכתב בביאור דבריו.

סיבה להסתפק ולומר, שהם של המחזיק, מאחר שיש לתלות שבאו לרשותו מעצמם. אמנם, במקום שנתן לו מעות, ואין אנו יודעים אם לשם הלואה או לשם מתנה, מאחר שהמעות, בודאי, עכשיו של המקבל, וספק אם נתחייב להחזיר חובו במעות אחרים, כזה מתעורר לנו ספק שמא לא נתחייב, מאחר שאתה בא לחדש עלינו חוב חדש שלא היה מקודם. ואינו דומה לכלים העשויים להשאל, ששם אין לנו לחדש ספק חדש, בזמן שאין לנו ריעותא במצב שהיה, ונחזקה בלי ריעותא, ולכן לא מועילה תפיסתו, ואפשר לומר סברא זו גם בדברי הקצה"ח.

### ה. שיטת הקצוה"ח בעדים שראו אחורי הגדר - אין תולים במתנה

הנה שם סימן ע"ט, לגבי עדים שראו אחורי הגדר, שהמלוה נתן מעות ללוה לשם הלואה, והלוה טוען שקבלם לשם פרעון, וזה לא מיחה כדי שיסכים הנותן לתיתם. כתב על כך הקצה"ח (סק"ג), שנכון שמועילה אמתלא שלו, שלא יהיה כאן דין הודאת בע"ד, שהודה שקבל לשם הלואה, ובגונא שהעדים לא ראו ההלואה אלא רק שמעו מאחורי הגדר, אבל במקום שראו, שנתן לו לשם הלואה, דל הודאתו מהכא, הרי העדים ראו שנתנם לו לשם הלואה, ואיך נאמינהו שיש לו חוב ונתנם לשם פרעון חוב. ועיי"ש, שהשיג על הכנה"ג.

לדרכנו צריך לפרש, שכיון שרואים עדים, שנתנם לו לשם הלואה, אין לנו שום ספק, שמא לשם מתנה נתנם, שאילו היה ספק, תו היינו צריכים לפסוק, שאינו צריך להחזיר, שמא לשם מתנה נתנם לו, וממילא היה נאמן שנתן לו לשם פרעון חוב, במיגו שהיה טוען שלשם מתנה נתנם. ומה שהודה הרי אמר אמתלא.

### ו. קושי על דברי הקצוה"ח הנ"ל מדברי הר"י מיג"ש

והנה בסימן נח סעיף ב, בלוה שפרע למלוה, וטען המלוה סיטראי, וקבלם על חוב אחר ועדים מעידים שפרע - בטל השטר.

"כד"א כשהעידו, שנתן לו בתורת פרעון, אבל אם ראוהו נותן לו מעות, ולא ידעו אם בתורת פרעון או בתורת פקדון או בתורת מתנה וכו' - מתוך שיכול לומר מתנה נתנם לי, נאמן לומר פרעון של חוב אחר הוא".

זו שיטת הר"י מיגש. ולמד דין זה מהדין שמובא בחו"מ סימן ע"ט, שהבאנו לעיל, והוא, שעדים שמעידים שנתן לו מעות ואינם יודעים אם בתורת הלואה או בתורת מתנה, נאמן לומר שנתן לו בתורת מתנה. ובר"ן<sup>7</sup> דחה להא, שרק לגבי הדין שהלואה פטור מלשלם דסימן ע"ט, תולים שנתן לו לשם מתנה. וז"ל:

"ואין דבריו מחוורין, דכי אמרינן התם דנאמן לומר במתנה יהבינהו ניהליה, ה"מ כשהלה בא להוציא ממנו ממונו, דמשום אוקי ממונא בחזקת מארי מהימין לי' דבמתנה יהבינהו ניהלי', אבל בכאן שהוא בא להוציא, מש"ה לא מהימן למימרא סיטראי. למה? והא נאמן יותר לומר במתנה יהבינהו".

והנה לא מיבעי לדעת הר"י מיגש, שלעולם תולים במתנה אף להוציא, בודאי קשה על הקצה"ח, שכתב שאם רואים שנתן לו לשם הלואה, אין תולים במתנה, כל זה לא כתוב בבירור וצריך לחזור ולכותבו וכדאי לצרף דעת הרשב"א, שסתם תולים במתנה.

#### ז. החלקת מחוקק ביחס לבעל שמשכן כסות אשתו

הנה בחלקת מחוקק סימן ד ס"ק מ"ו מבואר, בבעל שמשכן כסות אשתו ותובעת האשה למי שקיבלן שיחזירם לה, שלא ברשותה משכנה הבעל - צריך להחזיר, אבל אם אין אפשרות להחזיר, שלוקח הכסות ברח או שהוא גברא אלמא, ואין רצונו להחזיר, והאשה תובעת לבעלה שיחזיר לה כסות אחרת - על זה נאמן הבעל בשבועה, שברשותה משכן. ע"כ, עיי"ש. ולא כתב שום טעם לחלק בין הלוקח שצריך להחזיר, לבעל שפטור מלשלם. ונראה על פי דברי הקצה"ח שהבאנו, הטעם פשוט, שבודאי אין לבעל נאמנות, שלקח הכסות מאשתו ברשותה, מטעם שהוא מחזיק הכסות, וכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו, ודאי, מסתבר, שהבעל דומה לאומן ולדברים העשויים להשאל ולהשכיר, שאין המוחזק נאמן בהם נגד מרא קמא, וכמו שאין לאיש חזקה בנכסי אשתו, אפילו במקום שאין לו פירות, וכמבואר בסימן פז. כך גם אין כאן חזקה, שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו, ולכן יכולה האשה להוציא הכסות מידי הלוקח, שלא עדיף הלוקח מהבעל. וכמו שלבעל אין

7. פרק שבועת הדיינים דף סב ברי"ף.

חזקה, כך גם ללוקח אין חזקה. אבל כל זה בתובעת גוף הכסות, שאז יש לה מרא קמא, אבל כשאין אפשרות להוציא גוף הכסות, כגון, שברח הלוקח, והיא תובעת לבעל שישלם דמי הכסות - על זה אין לה מרא קמא, שרוצה היא להוציא מעות, ולכן אינה נאמנת. הרי מכאן ראייה, שגם בדברים העשויין להשאיל יש ספק בלי מרא קמא, אין להוציא מתחת יד המחזיק, וכמו שבארנו. לפי זה, אם האומן שרף הבגד או שלא שמרו, ותובע המרא קמא שישלם לו, והאומן טוען שהחפץ שלו - פטור, ואין להוציא מידו.

### ח. חו"מ סי' צ"ט - מיגו להאמינו שחפץ שבידו אינו שלו

(1) העמדת המחלוקת הנזכרת עפ"י דרכנו והנה בחו"מ סימן צ"ט (ובר"מ שם) מבואר, במלוה שבא לגבות מהלוה, נראה ללוה ממון, ואמר של אחרים הוא או עסק בידי, אין שומעים לו עד שיביא - אינו נאמן, דהוי מיגו במקום חזקה, דכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו, ויש חולקין בזה". ועיין בקצה"ח שם סק"ג שכתב, שאף שמיגו במקום חזקה, מיבעי לן בפ"ק דבתרא, הך חזקה אלימא, שבודאי, אין אומרים מיגו במקום חזקה עיי"ש. והנה רואים, שחזקה זו היא כירור ולא רק מעוררת ספיקות, וכפירוש השני שביארנו.

והנה בשו"ע עצמו מבואר, שטוען שאין החפץ שלו, אלא שהפקידו אחר אצלו. ואפשר שכל חפץ אין דרך להפקידו, אבל בטוען שאול הוא אצלו, בדברים שאינם עשויין להשאיל אבל דרכם להשאיל, באמת נאמן. והאי דינא לכל הפירושים, גם לפירוש הראשון. אמנם בש"ך שם סוף סק"ח מבואר, שאם טוען הלוה, שהמטלטלין אינם שלו אלא פקדון הם בידו מאיש אחר או שכורים או שאולים - אין שומעים לו, אפי' יש לו מיגו וכו'. עיי"ש. הנה דעתו, שגם בטוען שאול הוא בידי, כך הדין ולא מחלק בין שאלה לפקדון.

### (2) אפשרות נוספת לביאור המחלוקת הנזכרת בשו"ע

דומה למיגו להוציא - והנה לולא דברי הקצה"ח והש"ך, יש מקום לומר, שמהאי טעמא אין מועיל מיגו להאמינו שהחפץ אינו שלו, שהרי זה דומה למיגו להוציא, שבכך מוציא הוא מחזקת עצמו במיגו, וכמו שלא אמרינן מיגו להוציא מהשני, שאין בכח הוכחת מיגו להוציא

ממוחזק, כך גם אין בכח המיגו להוציא מחזקתו, ולומר של אחר.<sup>8</sup> זה דומה לסברת הרמב"ן שהכאנו לעיל, שאין אדם נאמן לומר שקנה השטר שאינו מוחזק. אלא שהרמב"ן לא כתב כן אלא למ"ד שאין שטר נקנה במסירה לבד, אלא בכתיבה ומסירה, ואילו בטענת שטר אמנה שכתוב על שמו ואינו צריך כתיבה ומסירה כדי לקנותו - בזה לדעת הרמב"ן מיקרי תפיסה הראויה לקנין. לדעת הש"ך צ"ל, שאעפ"י שמחזיקו בדרך שראוי לקנין, מ"מ אינו נחשב למוחזק, וכמ"ש הקצה"ח בסימן ר"ב (סק"ז), שיש לפעמים שקנין נחשב ומ"מ אינו חשוב מוחזק, וכגון בחצר השכורה.<sup>9</sup>

בזה מובן, מה שמבואר בחידושי הרשב"א בקונטרס אחרון של כתובות, שכידוע שהוא להרמב"ן, ששטר אמנה אינו נאמן גם במיגו, מהאי טעמא, שחזקה שכל מה שיש לאדם הרי הוא שלו. ובסברא זו שכתבנו, שאין אדם נאמן במיגו לומר על חפץ שנמצא אצלו, שאינו שלו, שחשיב כמיגו להוציא - נדחה מה שכתב הקצה"ח, בסימן לד סק"ד, בטעמא של הודאת בע"ד שהוא מטעם מיגו שיכול ליתן לשני במתנה, ובמה שכתבנו נחשב למיגו להוציא.

נאמן גם להוציא - ניתן לומר, שמיגו שהוא בידו נאמן גם בלהוציא, ושאני בזה, שאומר על חפץ שהוא שלו, שאינו שלו, ששם אין לו מיגו, שהיה נותן לאחר, שאינו רוצה להפסיד, אלא שהמיגו הוא, שהיה מפקידו אצל אחר לפני שהיה מראהו לב"ד ולעדים. עיי"ש.

וראיה, שמיגו שבידו נאמן אף להוציא, ממה שמבואר בסנהדרין בעד אחד המעיד ליורשים, שראה אביהם שהפקיד מעות ואמר מעשר שני הוא, שאם בידו לקחתו - נאמן, אף שלהעיד שהוא של מעשר שני, אין עד אחד נאמן, שחשיב הוצאת ממון מהדיוט לגבוה,<sup>10</sup> הרי שבידו נאמן גם בהוצאת ממון, ולכן להעיד בדרך הודאת בע"ד, שפיר יש לו מיגו.

8. בזה מובן מה שתירץ הש"ך, למה כתבו הראשונים, שנאמן לומר שטר אמנה הוא, במקום שיש לו מיגו של מחילה (עיי' תוס' ד"ה 'וכגון' כתובות דף י"ט.), שבשטר אמנה אינו מוחזק בחוב אלא בשטר לבד. 9. ועיי' בנה"מ שמה שם בחצר השכורה על הסמ"ע, ודעתו שגם נחשב למוחזק, אלא רק באורח אינו חשיב מוחזק באם מונח בבית שמתארח שם. עיי"ש. 10. וכמ"ש הרמב"ן הביאו הר"ן פ"ב דקידושין וגם בר"ן סנהדרין.

אמנם, מה שכתבנו בדעת הש"ך, ואיו מוכרח. אפשר לפרשו, שטעמו, שאין הוכחת של כל מה שאדם מוציא מתחת ידו, הוכחה אלימתא אלא במקום שהוא מוחזק, אבל אין מוציאין ממון על סמך חזקה זו אפילו ממרא קמא וכש"נ.

### ט. ביאור גמ' בכ"מ לגבי עידי אריגה ועדי נפילה

#### (1) ביאור לאופן השני

אמנם, לכאורה קשה להסבר זה מגמ' מפורשת ב"מ (דף כח.) במצא אבידה ובאו שני כיתי עדים. כת אחת מעידה שראו שראובן ארג הבגד, וכת ב' אומרת, שראו שמשמעון נפל, מחזירין הבגד לשמעון שאימר זבונה זבנה. כאן יש לראובן חזקת מרא קמא, ולשמעון יש רק חזקה, שכל מה שמוציא אדם תחת ידו הרי הוא שלו. ואם נאמר, שאינו ראה גמורה להוציא ממרא קמא, אלא רק בצירוף מוחזק, הרי כאן באבידה אינו מוחזק, שהרי אינו מונח ברשותו. ואין לומר, שהמוצא אבידה מחזיק בשבילו, וכמו שכתבו התוס' ריש מציעא, שהשומר מחזיק בשביל המפקיד, דהא אין ידוע מיהו האובד, ועל זה אנו דנים. ואם באמת לא נסמוך על חזקה זו, שכל מה שאדם מוציא תחת ידו, תו נאמר שהמוצא אבידה אינו מחזיק בשבילו. אמנם לדרך השניה שכתבנו, שחזקה זו, שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו, הוא באמת כירור טוב אלא שאין בכוחו להוציא מהמרא קמא, ולכן צריך שיהיה מוחזק כדי שתועיל תפיסתו, ונוכל לומר, שבכהאי גוונא המוצא מחזיק בשביל זה שיש לו כירור שהוא שלו, שאם באמת יחזיק בשבילו יהיה מוחזק.<sup>11</sup> דומה שלפי"ז, בספק בכור שיש רוב שהוא בכור ומצאו אחד, בזה נחזיר לכהן, שבגלל הרוב הוא מחזיק בשבילו, וממילא הוא מוחזק. וזה שאינו מחזיק בשביל המרא קמא, מכיון שמרא קמא אינו כירור - אינו מחזיק אלא בשביל מי שיש לו כירור שהוא שלו.

#### (2) קושי לאופן הראשון

אכן לדרך הראשון, שכל החזקה אינו אלא לעשות ספק, קשה, למה מחזירים למי, שהעדים מעידים, שנפל ממנו, הא אינו מוחזק? ובפשטות אפשר לומר, שאין כאן קושיא כלל. עד כאן לא כתב הרמב"ן, שאין מועיל חזקה זו אלא בשטר, שצריך כתיבה ומסירה, שאינו מוחזק כלל, אבל בעדי אריגה ועדי נפילה, שהיה שם מוחזק אלא שאחר כך נפל

11. אמנם לפי"ז צ"ל שמועיל תפיסת שליח למיחשב כמוחזק. ועיין בחושן משפט סימן ק"ה גבי אם

מועיל תפיסת שליח, ולא נחשב כתופס לבעל חוב.

ממנו, מהני המוחזק שלו. וכן מה שהבאנו מתוס' ב"ב (לג:), בקטף פירות והניחם ברשות שאינו שלו, אעפ"י שלכאורה כבר היה בהם מוחזק בזמן שקטפן, אכן יתכן שקטפן באופן שלא היו בידו, כגון שמסק זיתים במקל, וצריך לומר, שמסקן ועלו למעלה<sup>12</sup>, ומה שנפלו על הארץ אינו ברשותו, שהרי השדה לא קני, שאין לו ראייה לזה, וכמבואר בגמ' שם. יתכן שדעת התוס', שגם בקטף בידו אינו נחשב כמוחזק אלא רק כשהיה כל החפץ בידו, משא"כ באין כל החפץ בידו, אף שקונה מטעם הגבחה, אינו נחשב כמוחזק. ואף שמוכא בתוס' ב"מ דף ח ע"ב שרכוב ומנהיג אף שאינו קונה, מ"מ נחשב כמוחזק, אפשר שרק במקום שאין שם מרא קמא, שמספיקה רק החזקה שכל מה שתחת ידו הרי הוא שלו, וזה מועיל גם במוחזק באופן שיש קנין, אבל להיחשב מוחזק, כגון בתקפו כהן וכדומה, אינו נחשב מוחזק אלא בנכנס כולו בידו. דומה לזה מצינו בקרקעות, אף שאין מועילה תפיסה בקרקעות בספק, מ"מ במקום שאין מרא קמא, מועילה תפיסתו.

וכן כתב הקונה"ס בכלל ח' ס"ה, אמנם המשנה למך מביא שם, שאף במקום שאין מרא קמא, אין מועיל תפיסה. עיי"ש<sup>13</sup> צ"ל, שאינו דומה לגודרות. עוד אפשר לומר, שזה שאינו מועיל בקרקע, הוא מטעם שאומרים לו: 'אחורי שטרך', וכדאמר בגמ'<sup>14</sup> גבי לקיטת פירות לעיל, אלא שהתוס' מפרשים שם, שאינו אלא לגבי שעבר. וצ"ע.

וראיה, ממי שהחזיק קרקע פחות מג' שנים, ובא מערער - אם אין עדים למערער, הדין עם המחזיק. ניתן היה לדחות, שיש אופנים שנחשב כמוחזק אף באינו מחזיקו ממש, וכמו בקרקע, כך גם במחזיק בקנין בלי שיהיה כולו בידו, שבקרקע, ישנה הוכחה, שכל מה שאדם מחזיק הרי הוא שלו, ולכן מועיל במקום שאין מרא קמא. ובמקום שיש מרא קמא, אין מועילה חזקה זו באין בה צירוף מוחזק, וכש"נ לעיל.

12. בש"כ התוס' ב"מ ט. ר"ה "הואיל". 13. לדבריו צריך לומר, שזה שבפחות מג' שנים מהני

לקרקע במקום שאין מרא קמא, היינו טעמא, שיש ראייה שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו, וזה שייך גם בקרקע, אלא עכ"פ אין מועיל במקום שיש מרא קמא, שאין כח להוציא בראיה ממרא קמא אלא

בצירוף מוחזק. 14. ב"ב ל"ג: ותד"ה 'אי טעין'.

זה אינו, שבקרקע אין הראיה, שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו, שאפשר שנכנס לקרקע של השני, ודמיא לגודרות שאין להם חזקה, שמא תפסן ברה"ר, וכש"נ לעיל.

### י. הקהילות יעקב חשש לשאלה בעגונה

#### (1) קושי לדרכנו

בספר קהילות יעקב, שחיבר הנתיבות,<sup>15</sup> כתב להסביר הטעם שחוששין בעגונה, שנמצא בעלה ומכירים בגדיו בטביעת עין - אעפ"כ חוששין לשאלה. והקשה, הא בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר אין חוששין לשאלה, ולמה חוששין כאן? ותירץ, שזה שאין חוששין בדבר שאין עשויין להשאיל, אין הטעם שבודאי אינם שאולים, אלא שהוא גם מוחזק בכל, וכמו שהבאנו ראיותיו בריש דברינו. ולכן כשהוא חי, ששיך מוחזק, וסומכים על סברה, שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו. אבל בנמצא מת שלא שיך מוחזק, כיון שאין למתים חזקה, ממילא אין סומכים על חזקה, שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו. עיי"ש. הרי שלדבריו, גם כשהיה פעם מוחזק, לא מהני אלא כשהוא עכשיו, בעת לידת הספק, מוחזק, שהרי המת הזה לא לבשם כשהוא מת אלא כשהוא חי, ואז היה גם מוחזק, אלא ע"כ שלא מהני. לפי"ז הדרא קושיא לדוכתה מעדי אריגה ועדי נפילה, שמחזירים לבעל העדי נפילה.

#### (2) אפשרויות לתרוץ

אפשר לתרוץ, שאף שצריך מוחזק בזמן הספק, מ"מ בשהיה מוחזק פעם, תו יש לו חזקת מרא קמא, שהיה פעם מוחזק. ואף שלא פסקנו אז, שהוא שלו, מ"מ מהני למיחשביה למרא קמא, שהוא ג"כ מטעם מוחזק, וכש"כ הקונטרס הספיקות, ולכן מחזירים לבעל עדי נפילה, משא"כ במת, שלא שיך אצלו מוחזק, ממילא גם מרא קמא, שהוא מטעם מוחזק, לא שיך אצלו. ולכן לא סמכינן אחזקה, שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו. והנה לולא דברי הקהילות יעקב, יכולים היינו לתרוץ על פי דרכו. כיון, שהחזקה, שכל מה שאדם מוציא מתחת ידו הרי הוא שלו, אינה מספיקה אלא בצירוף מוחזק, לכן בעגונה שהוא דבר איסור לא מהני החזקה, שכן באיסורים לא מצינו שמוחזק מועיל, שהרי כל דין מוחזק אינו סברה של בירור, שנאמר שיועיל לברר איסור, אלא סברה שאין להוציא ממון, וא"כ כיצד תשפיע על איסורים.

15. הודפס ביחד עם ספר תורת גיטין, סימן י"ז.



אם נאמר, שחזקה שכל מה שאדם מוציא ולא חישנין לשאלה, היינו שחזקה זו מעוררת ספיקות ולכן אין מוציאים מהמוחזק, וכאופן הראשון שנתבאר לעיל דבר זה אפשר. אבל לפי האופן השני שנתבאר לעיל, שחזקה זו שכל מה שאדם מוציא, הוא חזקה, המבררת, אלא שאינה מספקת להוציא ממרא קמא ולכן צריך מוחזק, אדרבא, לענין איסור לא איכפת לן מחזקת מרא קמא, (לסברת קונה"ס, שאינה מטעם חזקה קמייתא באיסורי, ) אפילו אם נאמר שיש גם חזקה קמייתא, קשה, הא כאן בעגונה, שחוששין לשאלה, היינו אפילו שאין מרא קמא. אלא שלפירוש זה, כל תירוצו של הקהילות יעקב אינו מובן: מה איכפת לן שאין למתים חזקה, הא עגונה אפשר להתיר רק בכירור של מה שאדם מוציא מתחת ידו, ויתכן, שמה אין חוששין לשאלה בעגונה, אינה אלא חומרא דרבנן, כמו שכתב הרמב"ם פ"ז ה"ג מנחלות לגבי סימנים. ובדיעבד אם נשאת - לא תצא. ומ"מ אילו היה שייך מוחזק, היינו מתירים גם מדרכנן, מכיון שלגבי ממון מהני המוחזק והוברר שהוא שלו, תו לא היו מחמירים רבנן. וצ"ע בפרט זה.

### י"א. חלקת מחוקק - חוששים לשאלה בעגונה גם בדברים שאין משאילין

והנה בחלקת מחוקק סימן י"ז סקמ"ב כתב, שחוששין לשאלה בעיגונא גם בדברים שאין משאילין, כגון ארנקי ואוכף, המבוארים בגמ' שאין משאילים אותם, מ"מ חיישינן. עיין בכית שמואל שם ס"ק ס"ט, שכאר שלמ"ד סימנים דאורייתא, לא חיישינן לשאלה בדברים שאין דרכם להשאיל, שיש הוכחה כמו סימנים. אבל למ"ד סימנים דרבנן, הרי שאין מספיקה ראית סימנים, ולכן חוששים גם לשאלת ארנק ואוכף. עיי"ש. היוצא מדבריו, שדברים שאין דרכם להשאיל כלל, יש הוכחה כמו סימנים, ודינו כמו שנתפרש באופן השני, אבל דברים שדרכן להשאיל, אף שאינם עשויין לכך, ראיתם היא פחותה מסימנים. ואינם אלא מעוררים ספק, כמו שנתבאר באופן הראשון. כגמ' מבואר, שאף למ"ד סימנים דרבנן, אפשר שאין חוששים לשאלה. לכאורה, הדבר תמוה - אחר שהחלטנו, שדבר שדרכו להשאיל, אפילו באינו עשוי להשאיל, דומה לסימנים גרועים, שלכו"ע אין סומכים עליהם, ואיך יתכן שנתיר עגונה? ורוחק לומר, שדעה זו סוברת, שהחשש שאלה הוא פחות מחשש שמא יש שני דברים באותם הסימנים, שאיך אפשר שיהיו הסברות כל כך הפוכות, שלחד סכרא, בשאלה אין חוששים בכל הכלים, ובסימנים אין

סומכים אפילו בסמנים בינונים. ולאידך להיפך, שהסמנים בינונים סומכים, ולשאלה חיישינן אפילו בארנקי ואוכף, שאין דרכם להשאיל. לכן נראה, שלכו"ע שסימנים עדיפים. ויותר חיישינן לשאלה בכל הכלים, מאשר חשש שמא יש שני אנשים באותם הסמנים. ובארנקי ואוכף, שאין דרכם להשאיל, דומים לראית סימנים. אלא יש סברא לומר, שאין סומכים על סימנים, ואעפ"כ אין חוששים לשאלה, מטעם אחר שמוזכר בקהילת יעקב שם, שאמרינן 'כאן נמצא כאן היה', ולא חיישינן שהוחלפו הבגדים, שהיו קודם על ראובן לשמעון. עיי"ש. בטעם הסוברים שחיישינן לשאלה, כתב הקהילות יעקב, שסוברים שאין כאן חזקה של 'כאן נמצא כאן היה', מכיון שאינו אותו איש, שקודם היו על חי וכעת הם נמצאים על מת. עיי"ש. לדעה הראשונה צריך לומר שסוברים, שאין הבדל בין חי למת, כיון שהכל גוף אחד, ונשאר חזקה של 'כאן נמצא כאן היה'.

### י"ב. קושית רע"א על הח"מ והב"ש וישובה ע"פ הנ"ל

בזה נראה לי ליישב קושית הרע"א, שהקשה לדעת הח"מ והב"ש שהזכרנו, שלמ"ד סימנים דרבנן, חוששין לשאלה גם של ארנקי ואוכף, קשה קושית הגמ': חמור, דכתב רחמנא שמחזירין חמור בעדי אוכף, ולשיטתם שאין מחזירים, איך משכחת האי דינא? אבל לפי"ז שפיר מיושב, שהנה לפי הקהילות יעקב שהבאנו קשה, מאי מקשה הגמ' ב"מ דף למ"ד חיישינן לשאלה, חמור בסימני אוכף איך מחזירים, ניחוש לשאלה? ומתרץ, שאוכף לא משאילי אינשי. הא לדעת הקהילות יעקב צריכים בחמור גם בסימני מרדעת, שמשאילי אינשי, שנסמוך אחזקה שכאן נמצא כאן היה. וכאן לא שייך תירוצו של הקהילות יעקב, שחי ומת אינם אותו מקום, שהרי החמור חי. צריך לתרץ, שבמקרה, שראינו קודם את החמור אצל ראובן בבית, ולא ראינוהו על החמור, ואחר כך מצאנו חמור ועליו אוכף, שמכירים שהוא אותו אוכף - בזה חיישינן לשאלה, לולא הסברא שאוכף לא משאילי אינשי. וכן למ"ד סימנים דרבנן. אבל אם באמת נראה חמור ואוכף עליו אצל ראובן, ולאחר זמן נמצא חמור ועליו אוכף, ואין אנו מכירים אם הוא אותו חמור, והאוכף מכירים - בזה נחזיר לכו"ע. ומתורץ קושית הרע"א ודו"ק. אכן לפי זה יכלה הגמ' לומר תירוץ זה, איך מחזירים חמור בסימני אוכף, שראינו בכהאי גוונא שכתבו, אלא שהגמ' מתרצת האמת, שבאוכף ליכא חשש אפילו כשלא ראינו את החמור שאוכף עליו בבית ראובן. מדויק שהגמ' תפסה 'חמור בסימני אוכף', לומר שזה הטעם שמחזירים חמור, ואילו בגוונא

שצירנו, לא היה לרבא לתפוס 'חמור בסימני אוכף' אלא 'חמור בסימני מרדעת', שיותר רגיל חמור במרדעת מאשר חמור באוכף, וכמבואר בנו"ב, בתקנת עגונות, עיי"ש מה שהביא מהרמב"ם. והנה בסימן מו בחו"מ בנתיבות המשפט סק"א, מביא הנתיבות קושית התומים, למה כשטוען הלזה - כתבתי השטר ונפל ממני ומצאתו - נאמן בטענתו בשטר שאינו מקוים, שיש לו מיגו של מזויף, ואילו בגט כשטוען הבעל - נפל ממני, אינו נאמן בארץ ישראל, אפילו בגט שאינו מקוים, כמבואר באהע"ז סימן קנב. ותירץ הנתיבות, וז"ל:

"והנה לפי מה שכ' הפנ"י גיטין פ"ד בטעם שלא חיישינן לנפילה, שהוא משום חזקה דכל מה שמוציא מתחת ידו הרי הוא שלו, יש לחלק בפשיטות, דכשלמא בגט, דכשנותן לה להתגרש הרי הוא שלה, והרי חזקה טובא. משא"כ בשטר, דשל ליה הוא, בודאי רק דטענותיהן הוא על השיעבוד - לא שייך חזקה הנ"ל. וכעין שכתב הש"ך סימן מז סק"ו ע"ש, ובתוס' יבמות קטז ד"ה 'אותיות'."

סברתו זו ע"כ אזיל לשיטתו שהבאנו מהקהילות יעקב, שאין חזקה מועלת אלא בצירוף מוחזק. ולכן בשטר אינו חשיב מוחזק. והטעם הוא, שאינו מחזיק גוף הממון, אלא השטר הינו נייר בעלמא<sup>16</sup>. וכן כוונת הש"ך בסימן מז, וכמו שמציין הנתיבות בעצמו, ולא מטעם שכתב, שאין השטר לגמרי שלו. עיין לעיל מה שהסברנו לדעת הרמב"ן, שלמ"ד אותיות נקנות במסירה, נחשב גם מוחזק במעות השטר, ולכן צריכים טעם חדש, שאין השטר של הלזה אלא של המלוה. אלא שא"כ גם להרמב"ן קשה. למה למ"ד נקנה במסירה נחשב מוחזק, הא אין הנייר שלו, וצ"ע. אמנם בגט, שעצם הגט מגרש, שפיר נחשב כמוחזק, אלא שאכתי אינו מיושב מה שהקשינו לעיל בדברי הקהילות יעקב, איך מועיל מוחזק לסמוך עליו באיסורים. כאן יש לתרץ, שאחר שנפסוק, שגוף הגט הוא של האשה מדין מוחזק, תו ברור לנו שהוא שלה, כדחזינן שמה שפוסקים, שהוא מוחזק - נחשב כודאי שלה, ונחשב כבר גם לגבי איסורים כשלה. וכדחזינן בכ"מ, שבשביל שהוא מוחזק נחשב כעשירי ודאי, ולכן סומכים על זה גם באיסורים.<sup>17</sup>

1. ועיין לעיל כביאור דברי הש"ך בסימן צט 17. אמנם לעיל גבי עיגונא לא שייך תירוצ

י"ג. מס' הערות בנוגע לגמ' ביחס לעדי אריגה ועדי מסירה

(1) צריך לאוקמא דוקא בטלית שאינה עשויה להשאיל ולהשכיר, שאם היא עשויה, היינו צריכים להחזיר לבעל עדי אריגה, ופשוט.

(2) לפי מה שכתב הקצה"ח סימן קלח, שקטן המחזיק בחפץ וטוען שקנהו, ובא מערער והביא עדים שהוא מרא קמא - מחזירים החפץ למרא קמא. ולמד דין זה מהרמב"ם, שכתב, שאין חזקת הקטן חזקה אפילו החזיק ג' שנים, שאין לקטן טענה, וחזקה שאין עמה טענה - אינה חזקה. למד מזה הקצה"ח, שהוא הדין במטלטלין, שג"כ צריך טענה. וכבר הארכנו במקום אחר, שאין ראיה מדברי הרמב"ם, שרק בקרקע, שאינו מוחזק, צריך טענה. אבל במטלטלין, שחשיב מוחזק - מהני גם בלי טענה. עכ"פ לדעת הקצה"ח, בעדי אריגה ועדי נפילה צריך לאוקמי שטוען בעל עדי הנפילה שקנהו. אבל בלא שיטען שקנה, רק הביא עדים שנפל ממנו, ואח"כ הביא שמעון עדים שארגו לכד - לא נחזיר לבעל העדי נפילה עד שיטען. מלשון הגמ' לא משמע כך, אך לדחוק בדברי הגמ'.

---

זה, שהרי אין שם כל דיון של מי החפץ, וגם הוא מת שלא שייך לו החפץ. ואולי מכיון שפוסקין שהחפץ הם של היורשים, תו מהני גם לגבי עיגונא, וצ"ע.