

## המוציא מתברו עליו הראיה

איתא בריש בבא בתרא: „השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר, בונים את הכותל באמצע וכו' לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם”. ופרש התוספות: „לפי שבונים הכותל בעל כרחם” וכו'. והקשה: „ואם תאמר ומאי איריא משום דבונים את הכותל בעל כרחם בלאו הכי הוה של שניהם אפילו נפל לרשותא דחד מיניהו כיון דאין חזית לא לזה ולא לזה וכו' והא דאמרינן בהשואל גבי המחליף פרה בחמור וכו' וליחזי ברשות מאן קיימא ולהוי אידך המוציא מחברו עליו הראיה — ואם כן גם אצלינו נאמר כן ואז לא נאמר יחלוקו — היינו משום דהתם מתחילה מבורר היה הדבר וברשות אחד מהם נולד הספק אבל הכא מעיקרא נולד הספק” וכו' פירוש: דלגבי המחליף פרה בחמור מתחילה מבורר היה הדבר שהולד של המוכר וברשותו נולד הספק, דהיינו: לפני המכירה ברור שהולד של המוכר ורק אחר כך נתעורר הספק אם הבהמה ילדה לפני המכירה ואז הולד של המוכר, או לאחר המכירה ואז הולד של הלוקח, אם כן תפיסתו היתה לפני שנולד הספק שהרי הוא מוחזק בולד מרגע שהבהמה נתעברה, והספק נוצר רק בשעת יציאת הולד לעולם ואז תפיסת המוחזק מועילה ועל המוציא להביא ראיה, אבל הכא גבי כותל שנפל, הספק: של מי הכותל — קיים כל הזמן, אלא שהויכוח בפועל ביניהם היה רק לאחר שהכותל נפל, והתפיסה היתה לאחר שנולד הספק שהרי הוא תפס רק לאחר שהכותל נפל, ותפיסה לאחר שנולד הספק — אינה מועילה.

השאלה העולה מאליה בדברי התוספות הללו: מה ההבדל בין תפיסה לפני שנולד הספק שאז התפיסה מועילה, לתפיסה לאחר שנולד הספק שאז התפיסה לא מועילה? ובאמת הרמב"ם בהלכות בכורות פרק ה' הלכה ג' פוסק שגם תפיסה לאחר שנולד הספק — מועילה, וזה לשונו: „כל בכור שהוא ספק — דהיינו ספק אם הוא בכור או אינו בכור — דינו שירעה עד שיפול בו מום ויאכל לבעליו, ואם תפסו כהן אין מוציאים מידו” וכו' והרי הספק: אם הוא בכור, נוצר בשעה שהוא נולד והתפיסה היתה אחר כך, בכל זאת פוסק הרמב"ם שאין מוציאים אותה מידי הכהן, לאמר, שתפיסתו הועילה. אולם גם הרמב"ם טעון הסבר, דמהרמב"ם בהלכות זכיה ומתנה פרק ט' הלכות כ"ב כ"ג משמע שתפיסה לאחר שנולד הספק לא מועילה, וזה לשונו: מתנה שהיא סתם ולא נתפרש בה שהיה בריא כשנתן או שהיה שכיב מרע וכו' על המקבל להביא ראיה שבריא היה נתן המתנה וכו' אבל אם היו מטלטלין בידי המקבל מתוך שיכול לומר שלי הם ישבע היסת שבריא היה כשנתן לו מתנה זו עכ"ל, והרי המקבל מוחזק במטלטלין ובכל אופן ללא המיגו — שיכול לומר שלי הם — הוא לא נאמן (כך לומד הכסף משנה פשט ברמב"ם) וכאן, למרות שהויכוח בפועל ביניהם הוא עתה, מתברר שמשעת נתינת המתנה היה קיים הספק: אם הוא נתן את המתנה בתורת מתנת שכיב מרע או בתורת מתנת בריא. ותפיסתו לא היתה לפני שנולד הספק, שהרי הוא לא תפס לפני שנתן המתנה נתן לו את המתנה ובכל אופן פוסק הרמב"ם שתפיסתו לא מועילה ורק על ידי המיגו הוא נאמן. ואם כן אנו רואים שהרמב"ם פוסק שתפיסה לאחר שנולד הספק — לא מועילה (ואין לחלק בין תפיסה בשעה שנולד הספק לתפיסה לאחר שנולד

הספק כדמוכח בכמה מקומות בש"ס) וזה בניגוד לרמב"ם בהלכות בכורות שפסק שתפיסה לאחר שנולד הספק — מועילה. כדי להנצל מקושיה זו, אומר המגיד משנה וזה לשונו: ונראה דאפילו ליכא למימר מיגו כיון שיש עדים שמחמת מתנה זו באו לידו חזר הנותן להיות המוציא מחברו ועליו הראיה עכ"ל, ואם כן לפיו יוצא שחזקה לבד, ללא מיגו, גם מועילה דהרמב"ם לשיטתו בהלכות בכורות שתפיסה לאחר שנולד הספק — מועילה. אלא שלפיו אכתי תקשה דהוא כתב מדוע המוחזקות שלו מועילה ללא המיגו, היות והיא מוחזקות טובה שהרי יש עדים על חזקה זו, משמע שאם לא היו עדים על החזקה שאז היא היתה חזקה גרועה, היא לא היתה מועילה ובהלכות בכורות פסק הרמב"ם שתקפו כהן — שודאי חזקה גרועה היא — אין מוציאים אותה מידו היות והחזקה מהני, ואם כן גם לפי גשירת הסתירה ברמב"ם.

קיימא לן: חזקה כל מה שתחת ידו של אדם — הרי זה שלו, ולכן המוציא מחברו עליו להביא ראיה כדי להוציא מהמוחזק. חוקרים האחרונים: האם חזקה זו — שכל מה שמתחת ידו של אדם הרי זה שלו — מבררת שהחפץ של המחזיק, או שהיות ואין אנו יכולים לברר את הבעיה אנו משאירים אותה במצבה הנוכחי, וזה כולל להשאיר את החפץ אצל אותו אחד שמחזיק בו עתה, ברם, אין זה אומר שהיות והוא מחזיק בחפץ, סימן שהחפץ שלו.

ולפי חקירה זו יוסברו דברי התוספות והרמב"ם, דהתוספות סובר שהחזקה מבררת שהחפץ של המוחזק וממילא צריך בירור טוב, ולכן דוקא תפיסה לפני שנולד הספק — מועילה היות והיא מבררת בירור טוב שהרי החפץ היה שלו לפני שנולד הספק, והוא ממשיך להיות אצלו בשעה שקיים ספק, בכי האי גוונא חזקתו מהווה הוכחה שהחפץ שלו שהרי כל הזמן החפץ היה אצלו, אבל אם הוא תפס לאחר שנולד הספק — שאז תפיסתו לא מהווה הוכחה כל כך שהרי הוא לא היה מוחזק בחפץ גם לפני שנולד הספק — בכי האי גוונא חזקתו לא מועילה. והרמב"ם סובר כצד השני של החקירה — שהחזקה לא מבררת וממילא לא צריך בירור טוב, ולכן הוא פוסק בהלכות בכורות שגם תפיסה לאחר שנולד הספק — מועילה, וכל זה דוקא בספק שלא ניתן לבירור כגון בבכור שאף אחד לא יודע אם הוא בכור ואי אפשר לברר זאת, אבל בספק שניתן לבירור גם הוא מודה שצריך בירור טוב, ולכן בהלכות זכיה ומתנה ששם הבעיה ניתנת לבירור אם הוא נתן בתורת שכיב מרע או בריא אלא שאחד מהם משקר — בכי האי גוונא גם הרמב"ם מודה שצריך בירור טוב, ולכן לדעת הכסף משנה צריך מיגו בנוסף לחזקה ולמגיד משנה צריך חזקה טובה.

ולפי זה אפשר לתרץ קושיה שקשה לכאורה על המגיד משנה האומר שלפי הרמב"ם מועיל או חזקה או מיגו, ומלשון הרמב"ם משמע שצריך את שניהם, והיינו דבלי המיגו החפץ רק נמצא אצל המוחזק משום שאנו משאירים את הבעיה במצבה הנוכחי, וכשיש לו מיגו — החפץ ממש שלו.

ועוד יש לומר כדי לתרץ את הסתירה ברמב"ם דבאמת גם הרמב"ם מודה לתוספות שהחזקה מבררת שהחפץ של המחזיק, ולכן בהלכות זכיה ומתנה פוסק הרמב"ם שצריך בירור טוב, ואם תאמר: אם כן מדוע בהלכות בכורות פוסק הרמב"ם שתפיסה לאחר שנולד הספק — מועילה? יש לומר: דלמרות שהתפיסה היתה לאחר שנולד הספק בכל אופן יש כאן בירור טוב שהבכור של הכהן, דמיירי שבשעה שהכהן תפס את הבכור, הישראל שתק ובוז הוא מגלה שהצדק עם הכהן (וכן פירש רש"י את

סוגיית תקפו כהן בב"מ דף ו: וע"ש ברש"י ד"ה המוציא מחברו עליו הראיה וזה לשונו: ואם תקפו כהן ושתיק ישראל).

הגמרא בבבא מציעא (דף ו: מסיקה שתקפו כהן — בספק בכור — מוציאים אותה מידו דאם לאו כן בספיקות נכנסים לדיר הרי הוא פוטר ממונו בממונו של כהן וקשיא להו לראשונים מסוגיית הגמרא בכתובות (דף י"ט: כ.) דתני התם שנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים מן השוק ואמרו ידענו שכתב ידם הוא אבל אנוסים היו קטנים היו וכו' הרי אלו נאמנים, ואם יש עדים שכתב ידם הוא זה וכו' אין אלו נאמנים ומגבינן ביה כבשטרי מעליא, ואמאי תרי ותרי ביניהו וכו' אלא אמר ר' נחמן אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ומסביר רש"י מדוע הגמרא קוראת לזה שטרא מעליא, לומר לך שלא קרעין ליה ואי תפס המלוה לא מפקין (ומוכרחים להסביר שם את הגמרא כרש"י) ואם כן יוצא מהגמרא בכתובות שתפיסה לאחר שנולד הספק — מהגי, ולכן לא מפקין מהמלוה בניגוד לגמרא בב"מ האומרת שתקפו כהן — מוציאים אותה מידו. מכח סתירת הסוגיות פוסק הרמב"ם כגמרא בכתובות, היות ושם היא כותבת את דינה בפשטות בעוד שהגמרא בב"מ עושה זאת בדרך של שקלא וטריא (כך מסביר בעל קונטרס הספיקות את הרמב"ם בכלל ב' ס"ק א' ד"ה ודע כי ספק בכור).

הרמב"ן חולק על הרמב"ם וסובר שתקפו כהן — מוציאים מידו ואם תאמר: הרי בכתובות משמע שאין מוציאים מידו! יש לומר: דשם הספק נוצר על ידי תרי ותרי וקיימא לן שתרי ותרי כמאן דאיתא, ואם כן החזקה לא יכולה להועיל נגד עדים היות והחזקה מבררת, ואפילו אם נאמר שחזקה היא הבירור הטוב ביותר, בכל אופן היא לא עדיפה מעדים ואם כן יש כאן ארבעה עדים נגד שנים וקיימא לן: תרי כמאה, ולכן בכתובות חזקתו של הלוח לא מועילה כי היא נגד עדים ולכן אין מוציאים מידי התוקף, אבל כשהחזקה לא עומדת נגד עדים — היא מועילה, ולכן בכור — חזקתו של הישראל מועילה ואם הכהן תקפו, מוציאים את הבכור מידו. והרמב"ם שלא תירץ כרמב"ן — היות והוא סובר שחזקה אינה מבררת, אלא מספק אנו משאירים את החפץ אצל המוחזק עד שתתברר הבעיה, ובכי האי גוונא לא שייך לומר שהחזקה היא נגד עדים, שהרי החזקה לא מבררת שהחפץ של המוחזק, אלא אנו משאירים את החפץ אצל המוחזק מספק, ואם כן לפיו עדיין קיימת הסתירה בין הגמרות וכתוצאה מכך הוא פסק כגמרא בכתובות.

מכל האמור בקטע הנזכר לעיל, יוצא שנקודת המחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן — אם החזקה מבררת או שאינה מבררת (כשני צידי החקירה שהובאה לעיל) והרמב"ם פוסק שהחזקה אינה מבררת וזה בניגוד לתירוץ השני על הסתירה בדברי הרמב"ם. ויש להעיר דבאמת אין לומר שהרמב"ם סובר שהחזקה מבררת, ואם תאמר מדוע הוא לא מתרץ כרמב"ן? היות והוא סובר שתרי ותרי — כמאן דליתא דמי ואז החזקה היא לא נגד עדים וממילא היא צריכה להועיל, ובכל אופן כתוב שאין מוציאים אותה מידו, סימן שתפיסה לאחר שנולד הספק — אין מוציאים מידו, והיות וקיימא לן כסוגיית הגמרא בכתובות לכן הוא פוסק שתקפו כהן — אין מוציאים אותה מידו.