

סימן כח

בענין תקפו כהן

במשנה ריש בבא מציעא איתא דשנים שבאו לבית דין או חזין בטלית בטענת כולה שלי הרי שניהם נשבעים ויחלוקו. ואיתא להלן, שם ו', א – ז', א: "בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו (רש"י ד"ה תקפה אחד: "הוציאה מיד חברו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו").

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.

... אם תמצי לומר תקפה אחד בפניו מוציאין אותה מידו (רש"י ד"ה ואת"ל: "בשאלתינו לפשוט דמוציאין אותה מידו ויחלוקו") הקדישה (רש"י: "בלא תקפה") אינה מקודשת (רש"י: "דלא אליה הקדישה מתקפה").

אם תמצי לומר תקפה אחד בפניו אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו, כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי כמאן דתקפה דמי או דילמא השתא מיהא הא לא תקפה (רש"י: "ואינו יכול להקדישה"), וכתוב ואיש כי יקדיש את ביתו קדש וגו' מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו לאפוקי האי דלא ברשותו.

ת"ש דההיא מסותא (רש"י: "מרחץ") דהוה מנצו עלה בי תרי, האי אמר ידידי הוא והאי אמר ידידי הוא. קם חד מינייהו אקדשה, פרשי מינה (רש"י: מלרחוץ בה") רב חנניה ורב אושעיא וכולהו רבנן.

... א"ל רב המנונא מתני' היא: ספק בכורות (רש"י: "כגון בהמה שילדה ואין ידוע אם בכרה כבר אם לא") ... המוציא מחברו עליו הראיה (רש"י: "קס"ד אם ביד ישראל הן הוי כהן מוציא מחברו עליו הראיה ואם תקפה כהן ושתיק ישראל והדר צווח הוי ישראל מוציא מחברו"). ותני עלה: אסורין בגיזה ועבודה (רש"י: "מספק שמא קדשים הם"). והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו דקתני המוציא (רש"י: "משמע בין כהן בין ישראל") מחברו עליו הראיה, וכי לא תקפו אסורין בגיזה ובעבודה (רש"י ד"ה וכי לא תקפו: "חמור כח הקדש לאוסרין בגיזה ועבודה, ש"מ דאת"ל תקפו אין מוציאין אותו מידו הקדישה מקודשת").

אמר ליה רבה קדושת בכור קאמרת, לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפילו הכי אסורין בגיזה ובעבודה דקדושה הבאה מאליה שאני (רש"י ד"ה לעולם אימא לך: "גבי בכור דאפי' תקפו כהן מוציאין אותו מידו מסתמא בחזקת ישראל הן ולעולם הכהן קרוי מוציא מחברו, וטעמא דגיזה ועבודה לאו משום דיהא לכהו שום כח בהו דתפשוט מינה להיכא

דאי תקפו אין מוציאין מידו הקדישה הוי הקדש, אלא הכא משום איסור ספק גיזת קדשים וקדושה הבאה מאליה שאני שאם בכור הוא מאליו קדוש ואיכא לספוקי בהכי, אבל גבי מסותא דאין קדושה באה אלא על פיו של זה, אימא לך דאפי' אם תמצי לומר תקפה אין מוציאין, הקדישה בלא תקפה לא הוי הקדש דאין יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו".

א"ל רב חנניא לרבה תניא דמסייע לך (רש"י: "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 (רש"י ד"ה ואי ס"ד: "יש לכהן צד זכייה בו נמצא זה אם יצא בעשירי פוטר ממונו בממונו של כהן").

... מאי הוי עלה דמסותא. ת"ש דא"ר חייא בר אבין, הוה עובדא בי רב חסדא ורב חסדא בי רב הונא ופשטה מהא דאמר רב נחמן כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינין הקדישו אינו קדוש (רש"י: "והאי נמי דחזינן ליה דאין יכול להוציאו בדיינין שאין לו ראייה בדבר אין הקדישו קדוש").

הא יכול להוציאו בדיינין הקדישו קדוש אע"ג דלא אפקיה והאמר ר' יוחנן גזל ולא נתייאו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינה ברשותו (רש"י: "והא סתם גזילה יכולין להוציאו בדיינין הוא?") מי סברת במסותא מטלטלין (רש"י: "כגון גיגית") עסקינן, במסותא מקרקעי עסקינן, דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותיה קיימא (רש"י ד"ה מקרקעי: "דכל היכא דאיתיה ברשות מרי' קיימא דקרקע אינה נגזלת, ושפיר פשיטנא מהא דאי הוה ליה ראייה עלה הקדישו הקדש").

א

בהקדישה מדובר בהאי גוונא, הרי זה ניחא לגבי טלית, אך במסותא שם היה מעשה, ולמה א"כ לא איתפרש כיצד היה המעשה? והקשה מכולן זהו "ספק בכורות" דמה שייך שם שתק ולבסוף צווח, הרי הכהן לא הקדיש בפועל, אלא שהגמ' הבינה בשלב ראשון שאיסור גיזה ועבודה בא מכח זכויותיו של הכהן בבהמה, והרי זה כאילו הקדישו הכהן, אך סוף סוף לא שייך לדון כאן על שתיקתו של בעה"ב כיון שלא היה כאן מעשה הקדש בפועל! ואם נאמר שה"שתק ולבסוף צווח" היה בעת שהכהן חטף, הרי א"א בזה לפשוט את השאלה של הקדישה בלא תקפה! ובכלל מה שייך בספק בכורות לדון על פירוש השתיקה, הרי בעל הבית והכהן הם עצמם אינם יודעים טיבו של ולד זה האם הוא בכור או לא (ודבר זה מעורר תמיהה גדולה על רש"י שדווקא ב"ספק בכורות" הכניס את ה"היכי תמצא" של שתיק ישראל והדר צווח — כשתקפו כהן).

והנה שאלת ר' זירא בתקפה היא האם שתיקתו של הנתקף מתפרשת כהודאה. ואמנם אח"כ כשהגמ' שואלת מה הדין בהקדישה בלא תקפה, הן בקשר לטלית הן בקשר למסותא והן בקשר לספק בכור אין הגמ' מזכירה כלל וכלל את ענין השתיקה. וישנן שתי דרכים להבנת סוגיית הקדישה.

א. גם שם מדובר במצב שהשני שתק ולבסוף צווח, והשאלה היא האם גם בהקדישה שתיקתו מתפרשת כהודאה דומיא דבתקפה, או לא "דלמה יצווח בשביל דבריו" (כלשון התוס'). כך דרכן של רוב הראשונים בפירוש הסוגיא. אך יש כאן תמיהות רבות:

— **כאמור** אין שום רמז בגוף הגמ' שגם בהקדישה מדובר כשהשני שתק ולבסוף צווח.

— **גם** אם נימא שהדברים מונחים "בין השיטין", ומאחר שכבר נתפרש ב"היכי דמי" שבתקפה מדובר בהאי גוונא, אז גם

ויש לציין שתוס' בפירושם, ד"ה והא הכא דכי תקפה כהן, נזהרו מלהכניס את ה"היכי תמצא" של שתק ולבסוף צווח במסותא וב"ספך בכורות", אך דבר זה גופא מעורר קושי על קושי כי סוף סוף הגמ' רוצה להוכיח את השאלה של טלית ממסותא. ועי' מהרש"א ומהר"ם שנדחקו בזה.

דף ברכות

— **לסוף** הגמ' שואלת מאי הוי עלה דמסותא ופושטת דכל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין הקדישו אינו קדוש, וכיון דמסותא (והוא הדין טלית) אינו יכול להוציאו בדיינין אז אין בכוחו להקדיש. ושוב תמוה, דאם נימא דאיירי בשתיק, הרי על הצד ששתיקתו הוי כהודאה למה ששהקדש לא יחול, ומה לן אם לפני השתיקה היה

ב

וע"כ נראה לי דשאלת ר' זירא "תקפה אחד בפנינו מהו" לא היתה כלל וכלל שאלה של הערכה ואומדנא כיצד לפרש את שתיקתו של זה שנתקף, אלא היא היתה שאלה ביסוד דיני תפיסה, האם התקיפה יוצרת מצב חדש שבו רק אחד תפוס בפנינו, וא"כ מחוייב בית דין להעריך את המצב עפ"י הנתונים החדשים, כלומר שנוצר כאן שינוי במוחזקות, וממילא יפסוק בית דין המוציא מחברו עליו הראיה, או מכיון שכשבאו לפנינו היה בדעת בית דין לפסוק יחלוקו כי הטלית בחזקת שניהם היתה עומדת — ורק לא הי' סיפק ביד בית דין להכריז "יחלוקו" כי עדיין לא נשבעו (עי' רש"י ד"ה תקפה אחד) — הרי מעשה התקיפה בפנינו אינו יוצר מצב חדש, ואינו יכול לשנות את הפסק המקורי, והרי זה כאילו שתקף אחרי שכבר נפסק יחלוקו שאז וודאי דמפקינן מיניה.

ולפי"ז נראה דמה שאמרו בגמרא בהמשך "היכי דמי אי דשתיק אודויי אודי ליה ואי דקא

זה ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין (ועי' מהרש"א על תוס' ד"ה והא הכא דכי תקפה כהן).

ב. בהקדישה לא מדובר שהשני שתק ולבסוף צווח, והשאלה א"כ איננה כלל כיצד לפרש את שתיקתו, אלא יש כאן שאלה משפטית האם האפשרות שיש לו לתפוס דיה כדי שיוכל מכח זכות זאת ג"כ להקדיש, ושההקדש יחול לכה"פ מספק.

וגם דרך זאת מוקשית, דסוף סוף האפשרות לתפוס תלויה בשתיקה של השני, והאם נביאים ובני נביאים אנחנו לדעת שאם היה תופס אז השני היה שותק, וא"כ כיצד ניתן לבנות זכות על שתיקה שלא באה לעולם?

צווח מאי הוה ליה למעבד" לא יצא כלל מבית מדרשו של ר' זירא אלא היא שאלה שנשאלה אח"כ בישיבות בבל, בהן רצו לברר באיזה "היכי תמצא" ניתן להעלות את השאלה המשפטית של ר' זירא (ודבר זה מצוי בש"ס כולו שה"היכי דמי" בא לברר באיזו מציאות להעמיד את הדברים שנאמרו קודם, ולעיתים רבות הוא מצמצם את המציאות למקרה מיוחד שרק הוא מאפשר, עפ"י ה"היכי דמי", לקיים את הדברים שנאמרו). והשאלה היא ממ"נ: אם מדובר שהנתקף שתק, הרי הוא הודה וממילא אין מקום לשאלת ר' זירא, ואם הוא צווח, הרי ברור שא"א להתייחס למעשה התקיפה שהיה בפנינו, שהצליח אך ורק בגלל שהנתקף היה מדי חלש למנוע את הדבר, והעד: צעקתו (וכלשון הגמ' "מאי הוה ליה למעבד"), וע"כ וודאי שבוזה לא נוצר מצב חדש במוחזקות ולדידן עדיין המצב העומד בפנינו הוא שניהם תפוסים בטלית ושוב אין מקום לבעיית ר' זירא. טענת ה"היכי דמי" היא איפוא שבעייתו של ר'

— גח"י אש —

והרי זה כאילו שתקף אחרי שכבר נפסק יחלוקו שאז וודאי דמפקינן מיניה. עי' בהמשך הגמ' שם ו',א ותוס' ד"ה אגרת ליה בלא סהדי, שאם בית דין אמרו להם זילו פלוגו והדר תפס חד מינייהו, ברור הוא דמפקינן מיניה. ושמא דווקא המשך זה של הגמ' בא להדגיש את הסברא העומדת מאחורי הצד שאם תקפה מוציאין אותה מידו, דהיינו שמתייחסים אל המעשה כאילו הוא נעשה אחרי הפסק יחלוקו.

זירא היא אמנם שאלה עיונית, אך למעשה אין היכי תמצא שבו ניתן להעלות את שני הצדדים המשפטיים, כי הבעל דבר בעצמו, כלומר הנתקף, לפי תגובתו, כבר פתר את הבעייה של בית הדין, לכאן או לכאן.

ועפ"ז יבואר היטב כל המשך הגמ' ב"הקדישה". השאלה בהקדישה אינה תלויה כלל וכלל ב"שתק" או ב"צווח" אלא זוהי שאלה יסודית-משפטית עד כמה יש למקדיש "יד וזכות"

בחפץ כדי שההקדש שלו יחול (לפחות מספק), שהרי על מנת שיהיה לו כח להקדיש ויחולו איסורים על החפץ, צריך שתהיינה לו זכויות "ממוניות" בחפץ, שיהיה שלו וברשותו. וע"כ את"ל תקפה מוציאין אותה מידו, הרי סימן הוא שמתייחסים אל הטלית כאילו אחרי שנפסק יחלוקו וע"כ ברור שאין בכוחו להקדיש. ואת"ל תקפה אין מוציאין מידו, א"כ סימן הוא שהטלית כולה עדיין בספק עומדת. ועדיין יש לכל אחד ^{אוצר החכמה} "יד וזכות" ממונית גם בחלק הנאחז ע"י השני,

— גח"ל אש —

טענת ה"היכי דמי" היא איפוא שבעייתו של ר' זירא היא אמנם שאלה עיונית, אך למעשה אין היכי תמצא שבו ניתן להעלות את שני הצדדים המשפטיים, כי הבעל דבר בעצמו, כלומר הנתקף, לפי תגובתו, כבר פתר את הבעייה של בית הדין, לכאן או לכאן. ועפ"ז מתפרשת תשובת הגמ' לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח — דבמצב זה אין כאן לא שתיקה ולא צוויחה, כי ה"צווח" מבטל את ה"שתק" וה"שתק" מבטל את ה"צווח", וזהו ההיכי תמצא שבו ניתן להעלות את השאלה המשפטית של ר' זירא. והמשך הגמ' "מאי מדאשתיק אודיי אודי ליה או דילמא כיון דקא צווח השתא, איגלאי מילתא דהאי דשתיק מעיקרא סבר הא קא חזו ליה רבנן" אינו מיועד ליצור שאלה חדשה, אלא בא רק להבליט שא"א להתייחס לא לשתיקה ולא לצוויחה כי יש פנים לכאן ולכאן (שמעתי מהרה"ג ר' משה בוצ'קו (שליט"א) [נצ"ל]). במילים אחרות ובסופו של דבר, ה"שתק ולבסוף צווח" הוא האופן היחיד שבו מחד, בזכות השתיקה דמעיקרא, ניתנת לבי"ד האפשרות להתייחס לשינוי מצב המוחזקות, ומאידך, בזכות ה"צווח" שלבסוף, לא לראות כאן "מעשה הודאה". השתיקה, חשיבותה בעיקרה אינה לעצמה אלא חשיבותה בהיעדר צוויחה, כי הצוויחה מעיקרא היא היא האוסרת על בי"ד להתייחס למצב החדש.

ואציין שהגריי"ו העלה בשיעוריו אפשרות שבעלי ה"היכי דמי" תולקים על ר' זירא. ושתי אפשרויות בדבר: — הם העמידו את השאלה המשפטית בהיכי תמצא של שתק ולבסוף צווח, בעוד שלר' זירא שאלתו נשאלת גם בצווח מעיקרא, דכיון שהוא היה מוחזק בדבר והבית דין עדיין לא פסק, הרי כביכול הוא עשה דין לעצמו ומעשה התקיפה היטה את הכף לצידו — ואולי שאלתו נשאלת אף בשתק מתחילה ועד סוף, כי על הצד שכאילו כבר נפסק יחלוקו, אז אין כבר מקום להתייחס לשתיקה כאל הודאה, ובפרט לפי מה שהעלה הגריי"ו לקמן בהסבר שיטת הרמב"ם שענין ההודאה הוא רק הסכמה לשינוי מצב, לשינוי המוחזקות. ועוד, אולי לדעת ר' זירא ברור שאין השתיקה מהווה הודאה דהא קא חזו ליה רבנן (מאידך אולי אם ההודאה היא מתחילה ועד סוף לכו"ע הרי זה הודאה גמורה או מחילה גמורה). — הם הסבו את השאלה המשפטית של ר' זירא לשאלה ב"אומדנא", כי לדעתם התקיפה לפנינו לא יכולה לשנות את מצב המוחזקות לגבי בית דין, ורק השתיקה יכולה להוליד זכויות לתוקף. ועל הצד שהשתיקה שבהתחלה נחשבת להודאה הטלית נשארת ביד התוקף, ועל הצד שלא נחשבת להודאה אז התקיפה לא מעלה ולא מורידה. וא"כ לשאלה המשפטית אין שום משמעות למעשה, ואם שאלה ישנה הרי היא מצטמצמת בפירוש שיש לתת לשתיקה. וראה בסוף הסימן, הערה א', מה שהארכתי בביאור שיטת הר"ן ובביאור הסוגיא עפ"י דרכו של הגריי"ו.

וע"כ את"ל תקפה מוציאין אותה מידו, הרי סימן הוא שמתייחסים אל הטלית כאילו אחרי שנפסק יחלוקו וע"כ ברור שאין בכוחו להקדיש. וייתכן שאף אם שתק מתחילה ועד סוף לא מהני ההקדש כי סוף סוף בשעה שהקדיש זה לא היה ברשותו (ועי' ג"כ מש"כ לקמן סי' כ"ט, בביאור דברי התוס' ד"ה הקדישה בלא תקפה), ועי' בחידושי בית הלוי סי' מ"ב, שמבאר עפ"ז את מש"כ רש"י בד"ה הקדישה: "בלא תקפה". ועוד י"ל דרק בתקף ניתן לייחס משמעות לשתיקה אך בהקדיש "דלמה יצווח בשביל דבריו" (לשון התוס' ד"ה הקדישה בלא תקפה. ואמנם תוס' אמרו זאת רק במצב של שתק והדר צווח, ועי' בבית הלוי הנ"ל). ועוד, עפ"י המבואר לקמן בביאור שיטת הרמב"ם דכל ענין השתיקה איננה בגדר הודאה אלא בגדר הסכמה לשינוי מצב המוחזקות, ניתן להבין שהסכמה זאת אין בכוחה להעניק למקדיש "יד" מספקת בטלית כדי שההקדש יחול.

ואפשר לחלק, דבשתק מתחילה ועד סוף הרי זו הודאה גמורה לכו"ע ולפחות מחילה גמורה — ועפ"ז אם שתק

וממילא ההקדש יחול (לפחות מספק), ואפשר ד"יד" זאת עושה דהוי אף ברשותו. מאידך "השתא מיהא הא לא תקפה", וכיון שלמעשה כל כוחו מתבטא באפשרות "ברשותו".

— גחלי אש —

מתחילה ועד סוף אין מוציאין מיד המתקיף אף אם נימא דהוה כאילו כבר נפסק יחלוקו — ורק בשתק מתחילה וצוות לבסוף יש מקום להתייחס לשתיקה אך ורק כאל הסכמה לשינוי מצב המוחזקות.

ועדיין יש לכל אחד "יד וזכות" ממונית גם בחלק הנאחז ע"י השני, וממילא ההקדש יחול (לפחות מספק). ראה בסוף הסימן הערה ב'.

אז אין די באפשרות התפיסה כדי שהטלית תיחשב ל"שלו" או "ברשותו". ראה בסוף הסימן הערה ג'.

השלמות

הערה א': טענת ה"היכי דמי" היא איפוא שבעייתו של ר' זירא היא אמנם שאלה עיונית, אך למעשה אין היכי תמצא שבו ניתן להעלות את שני הצדדים המשפטיים, כי הבעל דבר בעצמו, כלומר הנתקף, לפי תגובתו, כבר פתר את הבעייה של בית הדין, לכאן או לכאן. והנה הגריי"ן חידש שבעיית ר' זירא היתה בעיה עיונית-משפטית ולא שאלה ב"אומדנא", כיצד לפרש את שתיקתו של הנתקף.

ואמנם מעין זה כבר נאמר ע"י הר"ן (הובא ג"כ בשיטה מקובצת) בחידושו על סוגייתנו ד"ה לא צריכא דאישתיק ולבסוף צווח, ובהמשך ד"ה ואת"ל תקפה א' בפנינו אין מוציאין אותה מידו. לדעת הר"ן השאלה של ר' זירא איננה האם שתיקתו כהודאה או לא אלא אדרבה וודאי יש כאן ספק הודאה והשאלה היא האם הם רק מוחזקין בספק בטלית, ואז ספק הודאה דיה כדי שנשאיר את הטלית ביד התוקף, או שהם מוחזקין וודאי בטלית ואז אין ספק הודאה מוציא מידי וודאי, וכל צד בשאלת הגמ' מאי מדאשתיק וכו' מודע ג"כ לצד השני, אלא השאלה מתפרשת כך: האם נאמר דכיון דיש צד הודאה די בזה להפקיע מידי ספק מוחזק, או דכיון דיש צד שלא הודה אי אפשר להוציא מידי וודאי מוחזק. ועפ"י דרך זאת מתבאר ג"כ המשך הסוגיא בהקדישה, כי זה שיש לו אפשרות להחזיק בחפץ כשהשני שתק מורה על זכות משפטית בטלית, ומכח זכות זאת שמא יכול הוא ג"כ להקדיש.

נ"יש מקום להוסיף שעצם פירושו של השתיקה בב' אנפין קשור לשאלה המשפטית, כי אם הטלית בספק עומדת אז השתיקה פירושה הודאה, אך אם הם מוחזקין בוודאי בטלית, אז לשתיקה — בתנאי שבסופו של דבר צווח ומחה — אין תוקף של הודאה, והוי כמי שחטף בגד שלבוש בו חברו, דאין החבר מחוייב למחות, כיון שאנן סהדי שהבגד שלו בוודאי (שמעתי מר' צבי לוי נ"י). אלא שעפ"י הר"ן כל השאלה של ר' זירא בנויה על ה"היכי דמי", כלומר על ספק הודאה — והשאלה היא כאמור האם יש כאן ספק מוציא מידי ספק או מידי וודאי. וייתכן שהר"ן לשיטתו בהמשך ו', ב"ד"ה "לעולם אימא לך תקפו כהן" שכללית להלכה תקיפה לא מהני בספקות, סבר שכך ג"כ דעתו של ר' זירא, וע"כ וודאי שסתם תקיפה לא תועיל, ורק מפני שיש כאן ספק הודאה יש צד לומר שהיא תועיל.

אך עפ"י דרכו של הגריי"ן אדרבה שאלת ר' זירא היא שאלה משפטית המנותקת מה"היכי דמי". ויותר מזה כל כוונת ה"היכי דמי" לסלק את ענין השתיקה והצווחה, כדי שבעיית ר' זירא תוכל להישאל בטהרתה!

והגריי"ן עצמו הזכיר את הר"ן באחד משיעוריו והעיר שלכאורה יש כאן דוחק גדול להכניס את הבעייה המשפטית בתוך ה"היכי דמי".

והנה דרכו של הגריי"ן משתלבת יפה עם דעתו של הרמב"ן כפי שהובאה בהמשך ע"י הגריי"ן בפירושו על שיטת הרמב"ם, שאין ההודאה מהווה בהכרח הודאה גמורה ומוחלטת, ואף לא מחילה, אלא רק הסכמה לשינוי המוחזקות. וכיון שכל הבעייה של ר' זירא היתה האם בית דין צריך להתייחס לשינוי המצב ולפסוק עפ"י הנתונים החדשים, הרי אם הבעל דבר בעצמו הסכים לשינוי בזהות המוחזק אין הבית דין צריך להיות יותר "צדיק" ממנו. ולפי"ז אפשר שגם ה"היכי דמי" אינו מעמיד בהכרח שאלה ב"אומדנא" אלא הוא מעמיד שאלה משפטית (כסברתו של הר"ן) אם כי מזוית אחרת), כלומר וודאי שאנו מייחסים את שתיקתו לצד "הא קא חזו ליה רבנן" אך זוהי גופא השאלה האם נימא שמאחר שסוף סוף בפועל הוא שתק, הרי כבר הסכים לשינוי המצב ויש כאן "מעוות שלא יוכל לתקון" אף אם יצווח אח"כ.

ונראה שניתן להסביר את בעיית ר' זירא — לאור פירושו של הגריי"ן שיש כאן שאלה משפטית טהורה המנותקת

מה"היכי דמי" — בד' אופנים. א. השאלה היא האם אנו מתייחסים אל כל אחד בכואם לבית דין רק כמוחזקין בספק — בכל הטלית, או כוודאי מוחזקין — כל אחד בחצי הטלית. והנה זה ברור שכשאדם לבד מחזיק בטלית, אפי' שמחזיק רק בכרכשתא, הרי זה נחשב שכל הטלית תחת ידו ואנן סהדי שכל מה שתחת ידו של אדם שלו הוא. הבעייה כאן קשורה לעובדה שיש שנים שמוחזקין וכל אחד טוען כולה שלי, נמצא שהתפיסה של האחד פוגעת ואפשר אף מבטלת את התפיסה הכוללת של השני. ועל כן אמנם יש צד לומר שסוף סוף שניהם מוחזקין בכל הטלית וא"כ כל הטלית עומדת בספק של שניהם, ואז מועילה התקיפה, אך מאידך יש צד לומר שכיון שתפיסת כל אחד מפריעה ופוגעת בתפיסת חברו, הרי אנו רואים כאילו כל אחד מוחזק רק בחצי. ואפשר להמתיק את הדברים, דמאחר דגם זה וגם זה טוענים כולה שלי, הטענות מבטלות זו את זו ואין לך אלא מה שעניי דיין רואות, והדיין רואה שני אנשים הנושאים טלית ביחד ולדידו הרי הם כשותפים בטלית, וממילא לכל אחד יש וודאי חצי, ולא מהני התקיפה. [נוכעין זה שמעתי מהגרז"ן גולדברג שליט"א, חקירה על טיבו של דין יחלוקו. האם הוא מאשר מצב קיים, כלומר מצב שבו שניהם מוחזקים וודאי בחצי הטלית, או שהטלית בספק עומדת ודין יחלוקו הוא כעין "פשרה" — שנכפית כאן על הצדדים — המהווה חלק ממערכת הצדק המוטלת על דיני ישראל לעשותה, וכדתניא "צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה" (סנהדרין ל"ב,ב ואכמ"ל)].

ומהר"ן אכן משמע שאלו שני צדדי השאלה כלומר השאלה האם בספק הודאה משאירין את הטלית בידו, היא האם הטלית עומדת בדין ספק של שניהם או וודאי של שניהם.

[ולכאורה מרש"י בבא מציעא ב',ב ד"ה בשבועה פלגי לה, משמע שהבין שכל אחד תפיס בכולה. אך אין זה מוכרח, דשמא כוונתו רק לומר שבפועל כל אחד מוחזק בכולה ודי לנו בזה כדי שהשני ייחשב למחוסר גוביינא אף בחצי שלו, וע"כ הצריכוהו חכמים לפחות ב"ראייה" של שבועה כדי לקבל את חלקו עיי"ש היטב.]

ומלשון התוס' בבא מציעא ב',א ד"ה "ויחלוקו" משמע שהבינו שלכל אחד יש וודאי חצי, ומפני זה לא אמרין כל דאלימ גבר אלא יחלוקו. אך גם כאן אין הכרח, ושמא יש כאן רק שיגרא דלישנא ועיקר כוונתם לומר שלא אמרין כל דאלימ גבר היכא שלפי ראות עינינו יש כאן סכנה שאחד הולך לגזול מחברו דבר שגם לחברו יש זכות בו מכא שהיא מוחזק, ואז בית דין מחוייב למחות, כלשון הרא"ש ריש בבא מציעא עיי"ש. וכיון שכאן יש לכל אחד זיקה וודאית בחפץ לא אמרין כל דאלימ גבר.

ולכאורה מהריב"ם, תוס' שם ד"ה וזה נוטל רביע, שמחשיב את המיגו למיגו להוציא, ניתן להסיק שדעתו שהם נחשבים למוחזקין בכל הטלית, וע"כ כשבא לקחת גם את החצי שלו, הוא בגדר מוציא כי גם השני מוחזק בזה. אמנם אין משם רא"י כי המוחזקות כוחה יפה רק כשמתלווה בטענה (דאחרת יש כאן כביכול בחינה של "חזקה שאין עמה טענה"), וכשאחד טוען חצי שלי הרי בטענתו הוא מפקיע את עצמו מחצי הטלית וממילא רק החצי השני עומד בפנינו ועל החצי השני שניהם מוחזקין בשה, וע"כ כל אחד נחשב כמוחזק וודאי ברבע ועל הרבע השני הוא בגדר מוציא (ועפ"ז אפשר שאדרכה, דווקא על הצד הזה הוי מיגו להוציא, אך על הצד ששניהם נחשבים כמוחזקים על הכל לא חשיב מיגו להוציא כי באותה מידה שהוי להוציא הוי ג"כ להחזיק!).

ולכאורה יש להביא רא"י מסוף התוס' שם "דהתם יבם שהוא בנו של סבא הוי וודאי יורשו ולא יוציא הספק מספק ממנו אבל הכא אין סברא מה שהוא וודאי בחציו שיועיל לו לחציו השני". ומשמע שכוונתם דבאחין שירשו, כל אחד נחשב לכתחילה כיוורש על הכל, ובשנים אוחזין בטלית כל אחד נחשב רק לתפוס על חצי. ועי' באחרונים מש"כ בזה. ונראה שיש מקום להסביר את ההבדל בענין אחר: בירושא אין אף אחד תפוס בקרקע או בבית וכל ה"תפיסה" שלו היא רק מכא בעלות, כלומר מכא ירושה (וגם אם הוא תפוס, למשל במטלטלין, התפיסה לא מעלה ולא מורידה). אז חייבין ראשית כל לקבוע שיש לו מעמד של יורש ע"מ שבשלב שני נוכל להתייחס אליו כ"מוחזק" בנכסים. וע"כ מי שהוא "ספק" נפקע כבר מראש מהמעמד של יורש כי הוא רק ספק בעוד שהיבם הוא וודאי, וכיון שלא עבר את השלב הראשון, ממילא אינו בעל דבר על הנכסים. אך בטלית ה"זכות" של שניהם על הטלית נובעת מעצם אחיזתם, וכאן שניהם אחוזין, וע"כ אין סברא שמתוך שאחד מקבל וודאי חצי הוא יכול להפקיע את זכויות השני שאחוז כמוהו ובעל דבר כמוהו. וממש"כ הגריי"ן סי' ל"ז, בסוגיית "הדרן למס' בבא מציעא" משמע קצת שכן הבין את דברי התוס', אך אין זה מוכח, עיי"ש].

ב. גם אם נימא שכששנים מוחזקין בטלית הם נחשבים למוחזקין בכל הטלית וכל הטלית עומדת בספק של שניהם, כיון שסוף סוף כוונת בית דין לפסוק יחלוקו, הרי פסק זה כבר תלוי ועומד והוא כאילו יש כבר לכל אחד וודאי חצי וע"כ אם תקפה מוציאין מידו. ההבדל א"כ עם הדרך הקודמת הוא בזה שלא עצם המוחזקות עושה אותו לוודאי מוחזק בחצי אלא הפסק של בית דין העומד לבוא (שהוא אמנם גם פועל יוצא של מוחזקות שניהם בטלית, דבלי זה היינו אומרים כל דאלימ גבר). והצד השני של ר' זירא דכל עוד לא נפסק "יחלוקו" הכל נשאר כמו שהוא בפנינו בפועל ועדיין כל הטלית בספק עומדת. השאלה היא איפוא עד כמה ניתן לראות את הפסק "בפועל" כהשלמה "חיצונית" בלבד. וע"כ גם אם עדיין לא ניתן הרי כאילו כבר ניתן. ושמא כל הבעייה קשורה לשבועה (וההמתנה לשבועה היא

המעכבת את הפסק) — כהדגשת רש"י שהתקיפה נעשתה קודם שנשבעו (ואמנם בקצות סי' קל"ח ס"ק ב', המובא ג"כ לקמן, הסיק מרש"י מה טיבה של השתיקה) — , והשאלה האם השבועה היא ענין "חיצוני" בלבד.

מדברי הגריי"ן לכאורה משמע שנטה לפרש בדרך זאת את בעיית ר' זירא. אך אין זה מוכרח כי אפשר שמה שהזכיר את "הפסק יחלוקו" הוא רק בתור גילוי מילתא שהטלית לשניהם היא, והספק של ר' זירא הוא כפי הדרך הראשונה. ואפשר ג"כ שהזכיר את "הפסק יחלוקו" ע"מ להבליט שאין התוקף יכול ליצור עובדות בשטח אחרי שכבר נולד הספק בפני בית דין ובדעת בית דין להכריע את הדבר בדרך אחרת ואז הספק של ר' זירא הוא כפי הדרכים הבאות:

ג. בעצם כשתקף הוא עשה דין לעצמו, ובעיית ר' זירא היא האם כגון דא "עביד איניש דינא לנפשיה". ואמנם לכאורה עפ"י הכללים של הסוגיא בבבא קמא כ"ז,ב, (ועיי"ש ברא"ש) לא שייך לומר פה עביד איניש דינא לנפשיה, כי אדרבה אין כאן דין שהרי הדין הסופי אמור להיות יחלוקו. אך אפשר שעצם הדין "יחלוקו" היא פשרה של בית דין מכיון שאינו יכול לפסוק לכתחילה כל דאלים גבר מאחר ששניהם מוחזקין, וחובה על בית דין למחות ולמנוע שאחד יגזול את חברו כדברי הרא"ש [נה"ל] ריש בבא מציעא. אך דווקא מציאות זאת ששניהם מוחזקין היא אולי ג"כ סיבה שבדיעבד בית דין לא מרגיש צורך למחות, ושמא אף לא יכול למחות אם אחד לקח בתקיפה, כיון שסוף סוף לקח דבר שהיה מוחזק בו (הסבר זה אפשרי לכאורה רק אם רואים אותם כמוחזקין בכל הטלית) והוא טוען שהצדק אתו, וגם אנו שראינו אותו מוחזק חושבים שהוא צודק, אלא שלא יכולנו לפסוק כפי טענתו כיון שגם השני, שמוחזק כמוהו, נראה בעינינו צודק. ויש כאן א"כ כעין כל דאלים גבר של בדיעבד, שבית דין כביכול "שמחין" שהתוקף הכריע במקומו [ועפ"י אותו רעיון יש לבאר שיטת תוס' כתובות כ', א ד"ה ואוקי ממנוא בחזקת מריה, דלא מהני תפיסה דלאחר ספיקא אלא באומר ברי לי, ואכמ"ל].

ויש לקרב את הרעיון עם מש"כ בלבוש מרדכי בבא קמא סי' כ"ג "דבהרבה מקומות שאמרו חכמים יחלוקו הוא מתקנת חכמים, דמן הדין כיון דלא נדע איך לפסוק היה לן למימר כל דאלים גבר דהיינו שאין פוסקין הדין בלי ידיעה וממילא הוה כל דאלים גבר אלא שחכמים עשו פשרה להציל העשוק מיד עושקו" עיי"ש. ועל כן יש לומר כנ"ל שנוצר כאן כעין כל דאלים גבר של בדיעבד, ובית דין שמח כביכול שהאחד "הציל" אותו מן הצורך לפסוק בלי ידיעה (ואמנם בעל הלבוש מרדכי אינו קושר את הרעיון שבעצם מן הדין היה לן למימר כל דאלים גבר לעובדה ששניהם מוחזקים — כפי הסברנו הנ"ל — אך יש כאן קירוב דברים).

והנה הלבוש מרדכי בהמשך דבריו אומר ברורות שמאחר שבית דין סוף סוף לא פוסק כל דאלים גבר אלא יחלוקו, אז כל תפיסה תהיה בבחינת כל דאלים גבר ולא תועיל. אמנם לדידן ניתן לומר שדעתו זו של בעל הלבוש מרדכי היא תהיה הצד השני של ר' זירא, שהתקיפה לא תועיל כי אין בית דין יכול לתת אישור ל"כל דאלים גבר" אף בדיעבד!

ד. בעיית ר' זירא היא שאלה בהלכות תפיסה האם בדבר שעומד בספק ונשאר ביד האחד מכיון שהוא מוחזק בדבר מועילה תפיסה ע"י השני (ולפי"ז צריך לומר שלשני הצדדים הרי הטלית עומדת כולה בספק של שניהם). ובניגוד לשלושת הדרכים הראשונות שהבעייה קשורה באופן ייחודי לעובדה שהטלית שניהם מוחזקין בו, הרי לדרך זאת יש כאן שאלה עקרונית האם בדבר העומד בספק מועילה תפיסה. ושאלה זאת היא ג"כ השאלה בהמשך הגמ' לגבי ספק בכורות האם תקפו כהן מוציאין או לא מוציאין. נמצא שר' זירא הוא המעמיד את השאלה הידועה של תפיסה לאחר שנולד הספק (ועי' בתוס' בסוגייתנו ו', ב ד"ה פוטר ממונו בממונו של כהן. ועי' ברמב"ן בסוגייתנו שכתב באריכות על דיני תפיסה, ומוזכרין דבריו בהמשך, בסי' ל"א, בביאור שיטת הרמב"ם עיי"ש). לפי"ז צ"ל לכאורה שבכל מקום שמצאנו תפיסה בספקות, והתפיסה היתה בפנינו, זה ג"כ באותו מצב שהעמידו ה"היכי דמי", שהאריך שתק והדר צוות (ויש עדיין לעיין בדבר, ועי' ג"כ מש"כ לקמן בענין הרמב"ם שלא הזכיר שתיקה לגבי ספק בכור, בניגוד לרש"י. ובענין תפיסה בכח, עי' ג"כ מה שכתבתי בנספח א', בענין נסכא דר' אבא).

הערה ב': ועדיין יש לכל אחד יד וזכות ממונית גם בחלק הנאחז ע"י השני, וממילא ההקדש יחול (לפחות מספק). לכאורה גם בכה"ג צריך לומר דמיירי בשתק ולבסוף צוות, שמכיון שחלות ההקדש היא מכח ה"תקפה" לא עדיף הקדישה מתקפה (וכלשון רש"י באת"ל תקפה מוציאין מידו הקדישה אינה מקודשת: "דלא אלים הקדישה מתקפה"), וכיון שבתקפה אם צוות מעיקרא לא מהני, אז גם בהקדישה כך, ואז בע"כ גם בהקדישה איירי דשתק ולבסוף צוות (ואמנם להלן בהשלמות, הערה ג'), אנו מעירים שאפשר שלגבי "מעשה" הקדש ה"שתק" וה"צוות" לא חשובים). יש מקום לחקור האם חלות ההקדש היא מאותה סיבה שגם התקיפה חלה, כלומר "תקפה אין מוציאין" רק משמש כגילוי וכסימן שהטלית עדיין בספק של שניהם עומדת, וההקדש הוא כמו תקיפה: כלומר יוצר עובדה בשטח, או שחלות ההקדש קשורה ג"כ לאפשרות המעשית של תקיפה, כלומר מאחר ויש לו אפשרות לתקוף וזה יישאר בידו אז

— גח"י אש —

זה גופא נותן לו "יד" בחפץ. ואמנם אפשרות זאת תלויה למעשה בשתיקתו של השני, אך כפי שמסביר הגריי"ו, אין השתיקה יוצרת את הזכות, והזכות היא משפטית מכח שהוא מוחזק לפנינו והשתיקה היא רק כדי לבטל את "כח" הצווחה (ואפשר שמכח האפשרות תפיסה בפועל הוי הטלית לא רק שלו אלא אף ברשותו. ואמנם גם עפ"י הדרך הראשונה שחלות ההקדש היא מאותה סיבה שיכול לתקוף, אפשר דזה ייחשב ג"כ ברשותו, דסוף סוף הוא אחוז בטלית). ואילו לא היתה שום אפשרות לתפוס, אז גם אם היינו רואים את החפץ כמוטל בספק כל עוד שלא נפסק יחלוקו, אין ההקדש יכול לחול גם אם באופן מופשט יש כאן ספק, אך כיון שבסופו של דבר למעשה אין לו שום אפשרות להוציא את זכויותיו לפועל הרי זה כאילו אין לו שום "יד" בחפץ. ומה ש"כלפי שמיא גליא" שזה שלו אין די בכך שיוכל בפועל להקדיש כי הזכות להקדיש תלויה ב"ממונות" שיש לו בחפץ ואם אין לו שום אפשרות לממש את הדבר "בעולם המעשה" לא בדיינים אף לא בדרך תפיסה אין ההקדש יכול לחול, אך ברגע שיכול בפועל לתפוס אין זו רק זכות "כלפי שמיא" אלא היא גם מוכרת ע"י ב"ד, ושאלת הגמ' עד כמה זכות זו מקנה לו "ממונות" לענין הקדש. ומסקנת הסוגיא בדף ז', א ד"ממון שאין יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש" — פירושה שלענין הקדש ה"ממונות" היא רק אם ניתן לממש מכוח בית דין, אך אפשרות תפיסה אינה מכוח בית דין, ולכל היותר בית דין נותנים לכך "הכשר" בדיעבד.

(נציין שמתוך דברי הגמ' "כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי" משמע שלא רק הגילוי והסימן שהטלית עדיין בספק עומדת, ולא רק זכות התקיפה בפועל הם שנותנים תוקף להקדש, אלא שעצם מעשה ההקדש כולל בתוכו כביכול את התקיפה. ושםא דברים אלו בגמ' הם רק שיגרא דלישנא הבאים להבליט שההקדש אינו נופל בתוקפו המשפטי ממעשה תקיפה). ור' צבי לוי העיר לי שגם עפ"י ההבנה שחלות ההקדש היא מכוח זכות התקיפה, עדיין זקוקים אנו ל"אמירתו לגבוה", שהרי זה ברור שזכות התקיפה לא מקנה לו זכות ממונית שיוכל עפ"ז למכור, ובע"כ שיש כאן דין מיוחד בהקדש: א. זכות התקיפה נותנת לו "יד". ב. ע"י שהקדיש הוא מימש את אותה זכות, כי אמירתו ^{אמירתו} ^{17/07/2018} כמסירתו להדיוט.

ועפ"י הדרך השניה יובנו היטב דברי רבה בהמשך הגמ' בענין ספק בכורות, שמוכיח דבע"כ הקדושה באה מאלה — ואינה פועל יוצא מזה שהוי ממון כהן — שהרי אם תקפה מוציאין אותו מידו (ע"י לקמן בהסבר שנותן הגריי"ו עפ"י שיטת הרמב"ם). ולכאורה מה הראי', סוף סוף הבכור נשאר בספק גם אם נימא מוציאין, ועדיין הוא בגדר ספק ממונו של כהן. ולגבי ספק בכור אי אתה יכול לומר שזה שמוציאין זהו סימן וגילוי שבעה"ב הוא כאילו וודאי בעלים על הוולד! אלא בע"כ כיון שלמעשה אין לו שום אפשרות לזכות בבכור, לא בדיינים ולא במעשה תפיסה, ממילא זה נחשב שאין לכהן שום "יד" בבכור.

*

ועפ"י האמור יש דיוק נפלא בלשון הר"ן — שיסוד דבריו מובא לעיל — בבא מציעא ר'ב, בד"ה "ואת"ל תקפה א' בפנינו אין מוציאין אותה מידו" הוא כותב בהתחלה, על הצד שתקפה מוציאין אותה מידו, "הרי אין לו לזה חלק כלל באותו חציה כדי שתהא מקודשת" עיי"ש. ואח"כ, על הצד שתקפה אין מוציאין אותה מידו, הוא כותב "או דילמא כיון דהשתא מיהא הא לא תקפה ואינו שלו לשום דבר, אף לענין הקדש אינה מקודשת". ואח"כ כשחוזרת ועולה האפשרות של תקפה מוציאין מידו, עפ"י דברי רבה, הוא כותב "וכיון שאינו ממונו כלל לשום דבר היאך הוי קידושי מכוחו". וכפה"נ זהו כללו הלשוני: היכא שאין למקדיש שום אפשרות לקבל, לא ע"י דיינים, ולא ע"י תפיסה הרי לשון הר"ן הוא: שאין לו "כלל" חלק בדבר, והיכא שאין לו אפשרות לקבל ע"י דיינים אך ע"י תפיסה כן, אז הלשון הוא "אינו שלו לשום דבר" בלי "כלל". ודברי הר"ן בדיוקם הלשוני קילורין לעינינו.

*

ולכאורה היה מקום לומר שאם זכות התפיסה אינה משמשת רק כגילוי אלא היא המעניקה לו למעשה "יד" בחפץ, אפשר וההקדש יחול לא רק מספק אלא אף בתורת וודאי, דסוף סוף למעשה הוא יזכה בחצי השני אם יתפוס ודי לנו ב"יד" זאת כדי שההקדש יחול כוודאי. ומהר"ן משמע שבזכות "יד" זאת ההקדש רק חל מספק. וצ"ל דכיון דסוף סוף גם "יד" זאת שיש לו, שאין מוציאין מידו אם תפס, באה מכח ספק ממון שיש לו בכל הטלית, דיו לבא מן הדין להיות כנידון.

הערה ג': אז אין די באפשרות התפיסה כדי שהטלית תיחשב ל"שלו" או "ברשותו". אמנם אם כבר תקף הרי בדיעבד הדיינים נותנים "הכשר" למעשה התקיפה וע"כ וודאי שההקדש יחול (ועפ"י יובן שרש"י הדגיש בד"ה הקדישה: "בלא תקפה", והאחרונים התקשו בזה שהרי למ"ד תקפה מוציאין אותה מידו מאי נפקא מינא אם תקף או

— גחלי אש —

לא. ולעיל רמזנו על הסברו של בית הלוי. ואפשר שרש"י רצה להבליט שהשאלה כולה של הקדישה היא במצב של קודם תקיפה, כי אחר תקיפה הנתונים משתנים לחלוטין אם נימא תקפה אין מוציאין. והשווה עם מש"כ במהר"ם שי"ף).

"שלו" או "ברשותו"

והאם החיסרון הוא מצד שחסר ב"שלו" או שחסר ב"ברשותו" תלוי בגירסאות, האם גורסין את הפיסקה "וכתיב איש כי יקדיש את ביתו, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו", ע"י בשיטה מקובצת. ומרש"י בבא מציעא ו', א ד"ה לעולם אימא לך, משמע שגרס שהחיסרון מצד "ברשותו". וצ"ל לפי"ז שבמסקנת הגמ' ז', א שכל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש מתהפכין הדברים: בהתחלה חשבנו שמצד "שלו" ההקדש יכול לחול לפחות מספק, ורק הדרישה שזה יהיה גם "ברשותו" היא המבטלת את ההקדש. אך במסקנה — דמדובר במסותא מקרקעי, ושם הרי אין חיסרון של "ברשותו" — אז בע"כ "ממון שיכול להוציאו בדיינים" בא להגדיר בעלות, בכל אופן לגבי ענייני הקדש: אם אינו יכול להוציאו בדיינים אינו נחשב לבעלים על החפץ גם אם כלפי שמיא גלוי שהוא שלו, וגם אם ב"ד יתנו "הכשר" בדיעבד אם יתפוס [וראה בענין זה בדבר אברהם ח"א בסופו בקונטרס מסגרת זהב בקטע הראשון ולהלן בד"ה ואין לומר].

ואפשר לקשר עם מה שכותב הגריי"ו בסי' ל"ד, בסוגיית "אבודה ממנו ומכל אדם", בהסבר דין יאוש בעלים ודין אבודה ממנו ומכל אדם, שהיסוד אחד הוא לשניהם שהתורה צמצמה את רכושו הפרטי של האדם והגבילה זכותו בתחומים ידועים, וע"כ כשהוסר הדבר לגמרי מלבו חדלה אדנותו והחפץ חוזר לאדון כל הארץ והוא התירה למי שמצאו. וכן הוא כשאבודה ממנו לגמרי נפקע בעלותו מאלוה. כמו"כ ניתן לומר שאם אין בכוחו להוציאו בדיינים, הרי היא "אבודה ממנו" מבחינה משפטית, ודי בכך כדי שתפקע בעלותו מאלוה (לפחות לגבי כוחו להקדיש).

שיטת רש"י במסותא ובספק בכור לאור הגריי"ו

עפ"י דרכו של הגריי"ו יובן נפלאות פי' רש"י במסותא ובספק בכורות. במסותא רש"י אינו מזכיר כלל ענין שתק וצוות, ודווקא בספק בכורות הוא מזכיר זאת (ד"ה המוציא מחברו עליו הראיה) [ועי' ג"כ מש"כ המהר"ם על שיטת תוס' לגבי מסותא בד"ה הקדישה בלא תקפה מהו — קטע ב']. במסותא ה"שתק" וה"צוות" לא קובעים מאומה, כי הדין הוא כל דאלים גבר (עי' תוס' ד"ה והא הכא דכי תקפה כהן) ומי שיתפוס זה יהיה שלו גם אם השני יצוות מתחילה ועד סוף. וע"כ שם ישנה זכות תפיסה טהורה בלי שיש צורך להעמיד ב"שתק ולבסוף צוות", ואם כללית זכות תפיסה דיה כדי שלמקדיש תהיה "יד" להקדיש, הרי וודאי גם במסותא הדין כך. אמנם מאידך גיסא אם נכריע במסותא שיכול להקדיש אין זה עדיין ראוי גמורה למקרה של טלית, כי במסותא זכות תפיסה ניתנת לו לכתחילה ע"י בית דין, בעוד שבטלית אין כאן "גושפנקא" מצד הבית דין ללכת ולתפוס, אלא שאם תפס לא מפקינן מיניה, ואין זאת אותה "יד" כמו במסותא (והדבר מתבטא ג"כ בזה שבטלית, ע"מ שזכות התפיסה תצא לפועל בעיני ג"כ שתיקה מצד הנתקף). ועוד, במסותא אין כאן שום מוחזק בעוד שבטלית הרי השני מוחזק בחלק שלו (ואמנם מחילוק זה יוצא החילוק הראשון שבמסותא הדין כל דאלים גבר משא"כ בטלית).

וע"כ עיקר הראי' לגבי טלית היא מספק בכורות, ששם הדין הוא שהמוציא מחברו עליו הראי', כלומר שאם תפס כהן לא מפקינן מיניה. ושם חייב רש"י להעמיד בהיכי תמצא שהישראל שתק והדר צוות, כי רק בהיכי תמצא כזה באה לידי ביטוי במלואה זכות התפיסה של הכהן, כי אז השתיקה והצוויחה מבטלות זו את זו ואין השתיקה מהווה הודאה, מחילה (או הסכמה מצד בעל הבית לשינוי המוחזקות), ומאידך אין הצוויחה אוסרת על בית דין להתייחס לשינוי המצב, ואז ניתן להוכיח שזכות תפיסה דיה מבחינה ממונית כדי שע"י יחולו ג"כ דיני הקדש. וממילא ק"ו שגם במסותא ששם יש למקדיש זכות תפיסה לכתחילה — הדין כך, וגם בטלית את"ל תקפה אין מוציאין מידו הרי אם הקדישה מקודשת. (ומה שרש"י לא הזכיר שתק לגבי הטלית שהקדישה, צ"ל שלדעתו ה"שתק" וה"צוות" חשובים הם ביחס למעשה תפיסה אך לא ביחס ל"מעשה" הקדש. כי ממ"נ אם נאמר שיש לו "יד" וזכות ממונית בגלל אפשרות התפיסה שישנה בידו, אז הצוויחה של השני לא תוכל למנוע את חלות ההקדש מספק, ואם אין לו "יד" אז השתיקה שבאה אח"כ לא מעלה ולא מורידה כי סוף סוף בשעה שהקדיש עדיין לא היתה לו "יד" — וזאת בניגוד לשיטת תוס' ד"ה הקדישה בלא תקפה מהו, שע"י ההודאה הפכה הטלית כפיקדון שיש לו ביד אחרים ויכול היה להקדישה, והשווה עוד עם מש"כ הגריי"ו להלן סי' ל"א למה רש"י לא הזכיר ענין שתק לא בהקדישה ולא במסותא).

אך אם נימא שהכהן יוכל להחזיק בוולד רק אם הישראל שתק מתחילה ועד סוף, אין כאן סימן והוכחה על זכות תפיסה, ומאידך אם נימא שזכות הכהן שתפס להחזיק בוולד גם אם הישראל צוות מתחילה ועד סוף, שוב אין כאן