הלכה · משנה תורה · מפרשים · משנה למלך · ספר משפטים

משנה למלך על משנה תורה, הלכות טוען ונטען

רבי יהודה רוזאניס

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

משנה למלך על משנה תורה, הלכות טוען ונטען

רבי יהודה רוזאניס

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/משנה-למלך-על-משנה-תורה-הלכות-טוען-ונטען/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה א 4
הלכה ג 4
הלכה ט 4
הלכה יג 4
הלכה טו 4
פרק ב 5
הלכה א 5
הלכה ג 5
הלכה ד 6
הלכה ה 6
פרק ג 7
הלכה ב 7
הלכה ד 7
הלכה ו 7
פרק ד 7
הלכה א 7
הלכה ד 7
פרק ה 8
הלכה ב 8
הלכה ד 8
הלכה ו 8
הלכה ח 9
הלכה י 9
הלכה יא 9
פרק ו 9
הלכה ג 9
הלכה ו 10
פרק ז 11
הלכה א 11
הלכה ד 11
הלכה ה 12
פרק ט 12
הלכה ד 12
פרק יא 12
הלכה ב 12
הלכה ט 12
פרק יב 12
הלכה ב 12
פרק יג 13
הלכה ז 13
הלכה ח 13
פרק יד 14
הלכה ז 14
הלכה יב 15
הלכה יד 15
פרק טו 19
הלכה א 19
הלכה ה 19
הלכה ט 20
הלכה יא 21
פרק טז 32
הלכה א 32

פרק א

הלכה א

הטוען את חבירו במטלטלין וכו'. כתב מרן הב"י סי' פ"ז מ"ב בשם הרשב"א וז"ל ומ"ש אע"פ שיתחייב שמעון באותו סך הרבית אין חיוב זה עושהו כמודה מקצת להתחייב שבועת התורה על מה שכפר שאין המתחייב במקצת מתוך טענות הכפירה כמודה מקצת מפורש בפיו אשר יאמר כי הוא זה כתיב וזה נ"ל באמת ע"כ. ועיין בהרשב"א ח"ב סי' רמ"ו שנראה שדבריו שם סותרים לכלל זה ויש לחלק ודו"ק: **מפי השמועה למדו וכו'**. (א"ה עיין לעיל פ"ה מה' שאלה ופקדון הלכה ו'):

הלכה ג

או שאמר אמת כו'. עיין מה שכתבתי בזה בפ"ג מהלכות זכייה ומותנה:

הלכה ט

מנה יש לי בידך כו'. היכא דאיכא פלוגתא בפרעון אי מצי למימר הנתבע קים לי כמ"ד דחשיב פרעון עיין בספר ל"ר סי' קע"ו דצידד לומר דלא מצי למימר קים לי משום דהוי ברי בחיובא וספק בחזרה ואין דבריו נראין ועיין בתשובת הראנ"ח ח"ב סימן ב' (א"ה עיין מ"ש הרב המחבר פ"ד מהלכות שאלה ופקדון הלכה א' ופי"א מהלכות מכירה הלכה ט"ז):

הלכה יג

מי שנתחייב שבועה כו'. עיין בכתבי מהרי"א סימן ל"ב מה שחידש בדינים אלו:

הלכה טו

כל הטוען את חבירו טענה כו'. כתב הריב"ש סימן שמ"ד וז"ל ואף אם נאמר שגם בזה נכלל הכל בשבועתו לדעת הרא"ש עדיין אפשר לומר שאין כאן תביעת ממון ואין משביעין אותו לפי שאף אם יודה שנשבע אין מחייבין אותו לשלם כו'. ולא נראה כן מדברי הרא"ש בתשובה כלל י' סי' ב' שכתב על אחד שנשבע לאשתו שלא יצא כ"א ברשותה והוא טוען שפטרה אותו מן השבועה והיא אומרת שלא פטרה אותו כו' הוא נאמן כו' והכא לא שייך לחייבו שבועה שהרי כבר נשבע שלא יצא כ"א ברשותה והוא אומר שפטרה אותו ואם הוא משקר הרי הוא עובר על שבועתו שאין שבועה חלה על שבועה ע"כ. ואם איתא כדברי הריב"ש דאפילו הרא"ש יודה כאן שאין משביעין אותו תיפוק לי דכיון דאף אם יודה אינו מחוייב ממון ולפיכך לא ישבע א"ו כדאמרן:

פרק ב

הלכה א

כל חשוד על השבועה אין משביעין אותו וכו'. כתב הטור סימן צ"ב בשם הרא"ש ז"ל על ראובן שנתחייב שבועה לשמעון ורוצה שמעון שיחרימו בב"ה על כל מי שיודע אם ראובן עבר על השבועה כדי לפוסלו והשיב חלילה וחס לא תהא כזאת בישראל לבייש בן ברית כו'. והר"ב פ"מ ח"ב סימן ס"א מייתי תשובת הרשב"א שנראה שחולק בזה יע"ש באורך. ומרן ז"ל בספר ב"ה כתב וז"ל ויש ליישב דהרא"ש איירי כשאין זה יודע שעבר הלה על השבועה אלא שהוא רוצה להחרים אולי ימצא מי שיודע שעבר על השבועה והרשב"א מיירי ביודע ודאי שהוא חשוד ושיש עדים יודעים ואינם רוצים להעיד ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי ע"כ. והנה מתחלת דבריו נראה דס"ל כסברת הרב פ"מ אך מסוף דבריו נראה דס"ל כמהראנ"ח דהדבר תלוי ביודע שיש עדים בדבר וכן נראה מדברי מרן בשלחנו. וא"כ מוכרחים אנו לומר שתחלת דברי מרן שבספר ב"ה שכתב בשאין זה יודע שעבר הלה על שבועתו לאו דוקא אלא הדבר תלוי באם יודע שיש עדים בדבר או לא וכמו שסיים מרן. ונראה שיש לדקדק כן מדברי הרא"ש דאי הרא"ש ז"ל מיירי בשאינו יודע דעבר על השבועה למה לא בקש שיחרימו על כל מי שיודע שראובן פסול לשבועה אלא ודאי דשמעון ידע דמקודם ראובן עבר על השבועה ודוק:

הלכה ג

אין אדם נעשה חשוד כו'. מ"ש ה"ה וכתב רבינו מאיר וה"מ בנתבע אבל תובע הנשבע ונוטל וכו'. כיון שכיר ונגזל דאילו פוגם שטרו וכיוצא בו הרי דעת הרמ"ה דנוטל המלוה בלא שבועה כמ"ש ה"ה למטה משמו ואין זה רוצה להזיק עצמו אדרבה רוצה להשביע את עצמו ליטול בלא שבועה. מיהו מ"ש ה"ה ופשוט הוא אינו מכוון דהא רעה היא לגבי הלוה דפעמים שאין הלוה רוצה להשבע כדי לפטור עצמו ואילו היה בעל דינו כשאר אינשי דעלמא שאינן חשודים היה הלוה אומר לו או תשבע ותטול ואם לא רצה לישבע ילך לו ואין כאן הפוך אבל עכשיו שאומר חשוד אני הנתבע נשבע היסת ונפטר. ואם דעת הרמ"ה כדעת רבינו שכתב בשם רבותיו בפ"א שאם אמר התובע איני רוצה בתקנה זו זוקק את הנתבע לשבועה א"כ אין זה פשוט שהרי אין זה מבואר בגמרא והדבר צריך הכרע ושיקול הדעת ודו"ק:

הלכה ד

תקנת חכמים היא שכל כו'. כתב מרן סי' צ"ב מ"ה בשם הרשב"א וז"ל כל שהתובע טוען ברי שהוא חשוד אם לא מצא עדים יש לדקדק אם הפסיד תביעתו לפי שי"ל לפי דבריו א"א למסור לו שבועה וגם התובע אינו נוטל בשבועה כיון שאין עדים שזה חשוד ואני רואה מחכמי ישראל שיראה מדבריהם שאין נמנעין מלהשביעו מפני שחשדו בעל דינו על שבועתו ונראה שדעתם לומר שאין פוסלים אותו לחצאין שיהא פסול לגבי זה וכשר לגבי עלמא כו'. ועיין במ"ש התוס' בפ' נערה שנתפתתה (דף מ"ד) ד"ה איכא בינייהו אורועי סהדי ובמ"ש הרא"ש שם ועיין בתשובות להרמב"ן ז"ל סי' מ"ט הביאה מרן סי' ע"ה ובתשובות הרשב"א ח"ב סי' רל"א ובמהריק"ו סימן ל"ג (א"ה עיין מ"ש הרב המחבר בפ"א מה' שחיטה הלכה כ"ו): **ומתוך ומתוך שאינו יכול לישבע משלם כו'**. כתב מהר"י אדרבי סימן פ"ו וז"ל ואע"ג דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא בשבועה דאורייתא וכמ"ש הרשב"א בתשובה כו'. ולי נראה דהדברים פשוטים דע"כ לא חילק הרשב"א ז"ל בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן אלא בנשבע ונפטר אבל בנשבע ונוטל אף שהיא שבועה דרבנן אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע אינו נוטל וכ"כ הרשב"א בתשו' וז"ל ועוד דכיון שהודה שקבל קצת כבר פגם שטרו ותנן הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה והו"ל מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ע"כ, הרי שכתב בהדיא דפוגמת כתובתה אף שהיא שבועה דרבנן אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע אינו נוטל וכ"כ בתשובה להרמב"ן סי' פ"ה הביאה מרן סימן ע"ב עכ"ד וכן הסכים מהר"י אדרבי באותה התשובה יע"ש:

הלכה ה

וכן פוגם שטרו כו'. נראה ליישב דברי רבינו במ"ש ואמר ישבע לי וכו' שדקדק מהריק"א דקאי גבי אפיק שטרא וחבריה אמר פריע הוא דאי לא טען אשתבע לי לא טענינן ליה וזה דוחק שהרי רבינו לא הזכיר דין זה אלא דרך כלל כתב וכיוצא בזה ואפשר דכוון רבינו לעד אחד שמעיד שפרע אבל נראה לומר כיון שמצינו להראב"ד והרמ"ה ז"ל דסברי שנוטל המלוה בלא שבועה ומצינו בגמ' דקאמר גבי מפיק שטרא אחבריה ואמר ליה אשתבע לי דלא פרעתיך משבעינן ליה ובעי תלמודא ומהו בין זה לפוגם שטרו ומסיק התם גבי פוגם אי לא טעין נמי אנן טענינן ליה הכא אי לא טעין לא טענינן ליה ואמרינן ליה זיל שלים והנה רבינו גבי חשוד הטיל פשרה דאנן לא טענינן ליה זיל אשתבע ליה כיון דידעינן דלא מצי לאשתבועי וחזר דינו למפיק שטרא דאי לא טען אמרינן ליה זיל שלים וכי טעין גבי חשוד ישבע לי הוא דוקא הפסיד ודו"ק:

פרק ג

הלכה ב

ורבותי הורו שכפירת הטענה כו'. עיין מ"ש מרן בכ"מ ולפי דרך זה הוי הודאה וכפירה בכלל עשרים שעורות וכבר נפסק הדין מהכל דכפירה חוץ מההודאה וצ"ע:

הלכה ד

חמשה או ששה אגוזים יש לי בידך כו'. צ"ל חמשה וששים אגוזים, והחשבון מדוקדק דאי לאו הכי אבד חשבון רבינו לגמרי וזה פשוט:

הלכה ו

העיד עליו עד אחד כו'. עיין מ"ש מרן בכ"מ ואני אומר דה"ה עצמו התם בפ"ד מהל' גזלה ספוקי מספקא ליה בסברת רבינו דליכא הוכחה התם מדברי רבינו והראב"ד ז"ל ביאר הענין יע"ש (א"ה עיין מ"ש ה"ה בשם הרשב"א שהוא מדעת הפוטרים משבועה בטענת שמא ע"י עד אחד ועיין מ"ש הרב המחבר לעיל פ"ה מה' שאלה ופקדון הלכה ו'):

פרק ד

הלכה א

אין מודה מקצת כו'. הרב מהריק"א כתב דהרב הנ"י לא ירד לדעת רבינו אבל כתב שה"ה ז"ל דקדק יפה כו'. ולא ידעתי כוונתו בזה כלל כי אין חילוק בין הרב הנ"י לה"ה כלל דדברי ה"ה הוא דסובר בדעת רבינו דכל שאינו יכול לכפור פטור משבועת התורה אע"פ שלא יהיה שעבוד קרקעות וכן דיוק דבריו כאן שלא זכר בדעת רבינו כפירת שעבוד קרקעות וכ"כ ה"ה בהדיא בדעת רבינו בפי"ו מהל' אישות בבא המתחלת היא אומרת בתולה נשאתני כו' וזהו דעת הרב הנמוקי ממש בכוונת רבינו:

הלכה ד

והרי כל נכסיו משועבדין בו כו'. מה שכתב רבינו והרי כל נכסיו משועבדים בו אע"פ שאין זה מעלה ומוריד לענין שאין יכול לכפור בו שכתב נראה שכיון למ"ש ה"ה בפט"ז מהלכות אישות דאע"ג דאין נשבעין על טענת כפירת שעבוד קרקעות דוקא כשאינו גובה אלא ממקרקעי אבל כשגובה ויש בשעבודו מטלטלי וקרקעי לא מיפטר משום כפירת שעבוד קרקעות ויחס סברא זו לרבינו יע"ש ולכך כתב רבינו כאן שכיון שכל נכסיו משועבדין בין קרקע בין מטלטלין ע"כ לא מיפטר אלא מטעם שאינו יכול לכפור ולא מטעם שעבוד קרקעות וזה נאה בפירוש דברי רבינו ודוק:

פרק ה

הלכה ב

וכן חופר בשדה חבירו וכו'. מ"ש ה"ה ז"ל שהרי אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות כו', אם עפר קרקעו הוא בעינא ועדיין קיים אפשר שביד התובע להכריח לנתבע למלאות החפירות ולא אמרינן שישלם דמי נזקו אלא לומר דאינו חייב לקנות עפר אחר למלאות החפירה א"נ אפשר לפרש דחפר בה שיחין ומערות לצרכו והתנה עמו למלאותה והלה כופר במקצת ודו"ק. ומ"ש עוד ה"ה ואין זו ראיה דכי אמרי' דאדם הוקש לקרקעות כו' זה אינו דאף שאר אינשי נמי הוקשו לקרקע וכ"כ רבינו בפי"ג מה' מכירה דהשוכר את הפועל בין בקרקע בין במטלטלין אין להם אונאה וטעמא שהוקשו לקרקע ושמא יאמר הרב דהתם דוקא אתמר שהוא מטעם שכתב רבינו שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין להם אונאה. אבל אין דברי ה"ה מיושבים שכתב ה"מ עבדים דכתיב בהו בהדיא והתנחלתם כו' וההיא בעבד כנעני הכתוב מדבר ויש ליישב בדוחק ודאי כך היא כוונתו ודו"ק. כתב מרן הב"י סי' צ"ה שדעת הרשב"א כהראב"ד ועיין בב"ח סי' שמ"ב שכתב שאף דברי הראב"ד לא ישרו בעיניו וצ"ע:

הלכה ד

שכל העומד ליבצר הרי הוא כבצור כו'. (א"ה עיין לעיל פ"א מה' מכירה הלכה י"ז):

הלכה ו

שטר מסרתי לך כו'. מ"ש ה"ה דמה שפטור אף משבועת היסת הוא מפני שאין התובע יכול לטעון טענת ברי, הרשב"א בתשובות סי' תתק"פ כתב בפשיטות כסברת הראב"ד דמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו והוסיף מדיליה אף שבועה שלא שלח יד ואח"כ נאבד יע"ש. ומה שהליץ ה"ה בעד רבינו שלא מצינו שבועה זו אלא לבא לשלם אינו מספיק וק"ו הדברים אם למי שרוצה לשלם חייב שבועה שמא חמד הפקדון כ"ש למי שפוטר עצמו שלא לפרוע וצ"ע. ושמא משום דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו אבל לגזול לגמרי לא חשידי. ומ"ש בכ"מ א"נ כיון דאמר להד"מ אין לך פושע גדול מזה כו' דברי מהריק"א אינם מובנים דאין בזה בנותן טעם. ולעיקר קושיתו נראה דלא קשיא דאם באנו לחוש לזה מה לו להכחיש השטר יאמר האמת שאבדו ופטור לגמרי אף משבועת היסת דהא מן התורה פטור משבועה בשטרות ומדרבנן נמי משום שאינו טוענו בודאי כמ"ש ה"ה ז"ל ומה לו להפוך השבועה ודו"ק. ועדיין לא יצאנו מידי שאלה לפי הטעם שתלה ה"ה דשבועת היסת ליכא מפני שאין התובע טוענו ברי למה הוצרך

רבינו לתלות הטעם שאפילו פשע בו פטור כמ"ש בהלכות חובל הא שבועת התורה ליכא שהרי התורה פטרו לגמרי משבועה ורבנן נמי היסת לא תקנו בטענת שמא וצ"ע:

הלכה ח

טען זה בודאי כו'. כתב הטור סי' ס' גבי ראובן שהלוה מעותיו ללוי ובשעת ההלואה אמר שיחייב עצמו בקנין על שם שמעון וז"ל ואפילו היה ענייני בסתם ושמעון מערער ואומר אע"פ שלא היה הממון שלי זכיתי בו מאחר שצויתי ללוי להשתעבד לי בקנין ונכתב השטר על שמי הרי נתת אותו לי אין ממש בדבריו הואיל ואמר ראובן שיתנו השטר לידו ולא ליד שמעון הרי גלה בדעתו שאינו לא לשון זכיה ולא לשון הודאה כו'. ועיין בספר לחם רב סי' קע"ד שהוקשה לו דברי הטור הללו והניחם בצ"ע. ולדידי לא קשיא כלל ולא מידי דאם היה לשון הודאה הו"א דלמא לשעבר זיכה לו מעות אלו ע"י אחר וכמ"ש הראשונים ז"ל דכל שהוא דרך הודאה תלינן דכדין נעשה הדבר וה"נ אם היה דרך הודאה היה זוכה שמעון בטענתו דאפשר דראובן זיכה לו המעות מקודם וזה פשוט בעיני ודו"ק:

הלכה י

שאין משביעין את הקטן כלל כו'. (א"ה עיין לעיל פי"א משכירות הלכה ו'):

הלכה יא

קטן שטענו הגדול כו'. ז"ל מהריק"ו שרש פ"א ופשיטא שלא תפסיד כתובתה מפני הודאת פיה דאין הודאת קטן כלום ולא קרינן בה הודאת בעל דין כדפריך תלמודא בכל דוכתא קטן מידי מששא אית ביה ואפילו לענין קבלת עדות לא חשיב בפניו כבפני בעל דין כדמוכח ר"פ הגוזל בתרא כ"ש שאין להחשיב הודאתו כהודאת בעל דין אלא דוקא היכא דאית ליה הנאה לקטן בהחשב הודאתו הודאה וכ"כ רבינו משה בפרק ה' מהל' טוען כו' ודבריו תמוהים דהא דרבינו אפילו שהיה מתברר הדבר ע"פ עדים שהזיק או שחבל הקטן היה פטור וכדתנן חש"ו פגיעתן רעה ולא נקט דינו במודה אלא ללמד דבדבר שיש לו הנאה חייב משום הודאתו אבל בדבר שאם היה מתברר על פי עדים היה חייב הקטן שלא יועיל הודאת הקטן זה לא למדנו מדברי רבינו אלו וצ"ע:

פרק ו

הלכה ג

מנה הלויתיך כפר בב"ד ואמר להד"מ כו'. מ"ש ה"ה ז"ל היאך מקבלין שבועתו נגד שני עדים כו' איברא דמצינו שבועה אפילו נגד העדים היכא דהאמין הלוה למלוה כשני

עדים ובאו עדים שפרעו דחוזר המלוה ונפרע מהלוה מחמת נאמנותו ואח"כ יתבע הלוה למלוה מנה לי בידך מחמת שפרעתיך על חוב אחד שתי פעמים ומשביעו למלוה שלא נפרע אלא אחד אע"פ שהוא נגד שני העדים כמ"ש רבינו כל זה בפט"ו מה' מלוה ולוה. ושאני הכא שהיא שבועה כדי ליטול וא"א להשבע נגד העדים. אבל התם שהלוה תובעו מנה לי בידך לא פטרינן ליה משום דשבועתו נגד העדים ודו"ק:

הלכה ו

אמר לו בפני עדים מנה לי בידך כו'. כתב מוהרש"ך ז"ל ח"ג סי' צ"ח וז"ל איברא דאיכא לספוקי בהך מילתא שהרי כתבו הפוסקים דמאי דאמרינן יכול לומר משטה הייתי בך ה"מ בבריא אבל בשכ"מ כו' שאין דרך האדם להשטות בשעת מיתתו וכיון דטעמא דמהני טענת משטה הייתי בך הוי כפי מה שיראה מדברי הטור דהוי משום שיכול לומר כשם שאתה השטית בי לשאול דבר שלא היה לך בידי כן אני השטיתי בך להודות לך בדבר שלא היה לך בידי כו'. ואין זה נכון דפירוש משטה הייתי בך שכתב הטור כמו שהשטית בי היינו שתבעת ממני מה שלא הייתי חייב לך זהו ההשטאה הגע עצמך בבריא נמי שתבע מזה ונשבע מעצמו שחייב לו הנאמר בזה שאין צ"ל אתם עדי כיון דלא בדרך השטאה קאמר לה. וכ"ת הכי נמי הא ליתא שהרי הרב בעה"ת כתב דאם הודה בלא אתם עדי נשבע על הודאתו ושוב אינו יכול לטעון טענת השטאה. ולפי דרך זה גדולה מזו הול"ל דאפי' נשבע המלוה וזה הודה שהוא חייב כיון דלגבי התובע לא שייך השטאה. ואל תשיבני ממ"ש בעה"ת בח"ה שאם אמר ראובן לשמעון חייב אתה מנה ללוי ואמר הן למחר תבעו לוי ואמר משטה הייתי בהודאתי דלא מהני טענתו שהרי לא היה לוי משטה בו כדי שישטה הוא בלוי:

כתב הרא"ש כלל ס"ו סי' ט' על ראובן שהיתה לו פרה והוא ירא לשחטה פן תמצא טריפה א"ל שמעון שחוט אותה ואם תמצא טריפה אני אתן לך כו' תשובה יראה לי שמקח זה נעשה בלא קנין כי לא היה כאן אלא דברים בעלמא ויכול שמעון לחזור בו כו' וקשיא לי אמאי לא זכה ראובן אפילו בדברים כיון שעשה מעשה על פי שמעון ושחטה ומשתעבד מדין ערב שהרי ראובן לא היה רוצה לשחוט בהמתו מחשש זה. והרשב"א כתב בתשובה סי' אלף ושש שמי שאמר לחבירו קח בגדים אלו ואהיה שותף עמך ולקחם אינו יכול הלה לומר משטה הייתי בך אלא ע"כ יקבלם מדין ערב ודו"ק. ועיין מ"ש הרשב"א סי' אלף ט"ז. כתב הריב"ש בשלהי סי' תע"ו וז"ל ועוד שלא מצינו אלא בהודאת חיוב אבל בהודאת פיטור כגון מי שחייב מנה לחבירו בשטר ומודה שהוא פרוע או מחול הוי הודאה גמורה בלא אתם עדי כו'. וזה החילוק לא מסתבר כ"כ דלא

נאמרו הדברים אלא מי שחייב לחבירו ומודה שהוא פרוע אבל המס שזה חייב למלך והוא רוצה לפטור עצמו ולחייב הקהל למלך אם כן הוא תובע מהקהל וצ"ע:

פרק ז

הלכה א

טען כשבאו אלו העדים כו'. כתב הטור סי' ל"ב דאפי' הודה בשעת מיתה אמרינן כיון שלא להשביע את בניו ועיין מ"ש הרז"ה ס"פ גט פשוט עלה דההיא דשכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי ואמרו יתומים כו'. ועיין בנ"י שם (רמ"ו ע"א) ובס' המלחמות כתב מהריב"ל ח"ב סי' ס"ה וז"ל וצ"ע במ"ש הר"ן ורש"י דלהימניה מטעם הודאה והלא אמרינן דאדם עשוי שלא להשביע כו'. ול"נ דרש"י והר"ן ס"ל כסברת הר"ב פ"מ ח"א סי' ח' דע"כ לא אמרינן דאדם עשוי שלא להשביע א"ע אלא כשמודה לשום אדם דידע האמת אבל ודאי שאין אדם מודה באיזה צד שיחשוב אותו האיש שמודה לו בכל דעתו שחייבים לו כגון שהודה ליורשים אני חייב למורישכם מנה. וא"כ מש"ה הקשו רש"י והר"ן ז"ל דליהימניה מטעם הודאה דכיון דהעבד והמקבל המתנה אינם יודעים האמת דאפשר שזיכה להם ע"י אחר וכההיא דתנן התם האומר נתתי שדה פ' עשיתי פ' עבדי בן חורין חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר וא"כ כיון שהעבד או המקבל מתנה אינם יודעים האמת ויסברו שזיכה להם ע"י אחר לא אמרינן בשהודה שלא להשביע את עצמו הודה וכחילוק הרב נר"ו. וראיתי להריב"ש סי' שצ"ב דמכאן מודעא דליתא להאי חילוקא דהא התם מיירי במודה ליורשים ומטי בה מטענת השטאה והשבעה ומלבד כל זה דברי הר"ב פ"מ דחויים הם מכמה מקומות ומהר"א קופינו ז"ל עלה בדעתו חילוק זה ודחאו והסכים עמו הרב מהר"ש הלוי ז"ל הובאו דבריהם בתשובת מהר"א לאפאפא ז"ל. כתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ה סי' א' וז"ל אבל היכא שכתב ידו או אחר כתב והוא חתם בחתימה ניכרת ומקויימת כולי האי לא הוה עביד כדי שלא להשביע את בניו. ועיין בכלל ס"ח סי' ט"ו שכתב הפך מזה וצ"ע:

הלכה ד

שטר הודאה שיצא כו'. אם באו עדי ההודאה ואמרו שאמר להם כתבו וחתמו פשיטא דמהני וכן אם הודה הלוה פשיטא דמהני. אך אם הודה וטען פרעתי יש להסתפק אם נאמן במגו דלא אמר כתבו וחתמו. ועיין בספר תורת חיים ח"א סי' א' ועיין בתשובת הרשב"א שהביא מרן הב"י סי' ט"ל מחודשין כ"א ובמ"ש מרן בס"ס ס"א בשם הרשב"א על שמעון שתבע את ראובן וא"ל שטר משכונא כו' ודו"ק:

הלכה ה

וכן מי שנתחייב שבועה בב"ד כו'. עיין בתשובת מהרש"ך ח"א סי' קס"ז שלמד מדין זה לנדון דידיה והם דברים שאין ראוי לשמעם יע"ש:

פרק ט

הלכה ד

מי שנכנס לביתו של חבירו כו'. כתב מרן ס"ס צ' בשם בעה"ת וז"ל מיהו נראה לענין דינא שגזלן דינו כאומן שנאמן לומר החזרתי לך ואינו נאמן בשום מגו כו' ועיין בספר בני שמואל סי' ס"ד שכתב דהרא"ש חולק בדין זה והביא ראיה ועיין היטב ודו"ק:

פרק יא

הלכה ב

אבל אם הביא עדים וכו' וישבע היסת וכו'. עיין בתשובת מהרימ"ט ח"א סי' קנ"א שכתב וז"ל אבל היכא דע"א מסייעו בעדותו פטור מן התביעה דודאי בנ"ד פשיטא ופשיטא שפטרו מן השבועה כו'. ומלבד שחילוק זה נאה ומתקבל מכח הסברא אחזתיו ולא ארפנו ממה שראיתי להטור כו' ואין צורך לכל הך שקלא וטריא להוכיח כן מדברי הטור דבפירוש כתב רבינו בפירקין דאפילו שני עדים מעידים שאכלה המחזיק שני חזקה צריך המחזיק לישבע היסת שמכרה לו המערער או שנתנה לו ומעתה אין מקום לדברי בעה"ת והויא כשגגה היוצאה מלפני השליט:

הלכה ט

הביא ראובן עדים כו'. כתב מרן סי' קמ"ב בשם הרשב"א כל שהכיר שמעון בנזקו ובא וסייע עמו בודאי מחל כו' ועיין בתשובת הרשב"א סי' תתק"ג וצ"ע:

פרק יב

הלכה ב

טען בעל החצר כו'. כתב הטור סי' ק"מ ואם יוסיף לטעון ראיתיו שיצא ממנו בלילות אחר שישנו השכנים לא הוי חזקה אא"כ יביא עדים שיאמרו שכרנו ממנו הבית ודרכנו בו ימים ולילות וכגון ששכירות הבית עדיין בידם כו' ועיין מ"ש בעה"ת שער נ"א ח"ד סי' ט' ודו"ק:

פרק יג

הלכה ז

הואיל ומשתמשין ברשות אין להם חזקה כו'. עיין בתשובות מהרימ"ט חה"מ סימן מ' (דף מ"ה:) ומאד אני תמיה עליו שחילק בין יורד בתורת משכנתא ליורד בתורת שכירות דמה בין זה לזה דכל שירד שלא בתורת מקח ע"כ יורד ברשות מיקרי וזהו שהוצרכו ז"ל לפי שיטתם דיורד ברשות אין לו חזקה מההיא דצריך למחות בסוף כל שלש ושלש והוקשה להם כיון דע"כ צריך להודות שלא ירד בתורת מקח אמאי צריך מחאה שניה הו"ל יורד ברשות וכן ההיא דא"א צריכה למחות כשאכלו קצת בחיי בעלה ואמאי והרי כיון דבחיי בעלה אין לו חזקה הו"ל יורד ברשות. זה הוא מה שהוקשה להם לבעלי שיטה זו והוצרכו להעמידה שמא ישתקע הדבר ויאמר המחזיק שירד בה לאחר מיתת בעלה וההיא דמחאה מוקמי לה בגוונא אחרינא כמו שהאריך בזה הריב"ש סי' שכ"ו. ולפי דברי הרב מה הוקשה להם שמא יאמר שבתורת שכירות ירד מתחלה ואח"כ חזר ולקחה והחזיק שני חזקה. א"ו כל שירד שלא בתורת מקח אין לו חזקה לעולם בין שירד בתורת שאלה או שכירות או משכנתא. גם הריב"ש סימן שכ"ו מוכח מדבריו למדקדק בסוף תשובתו דאית ליה דשכירות נמי מיקרי יורד ברשות אין צריך לומר בדברי האחרונים שכתבו כן בפשיטות ומהרש"ך בח"ב כתב בפשיטות כן עוד קשיא לי בדברי הרב ז"ל שהשוה נדון זה לשאר חזקות דבעלמא וכתב דאם עברו שלש שנים ולא פרע השלש מאות לבנים דמצי טעין חזרתי ולקחתי ודבר תימה הוא דמה ענין חזקה בכאן כיון שזה מכר או נתן לעולם וזה נתחייב בשלש מאות לבנים הו"ל שכירות לעולם בדמים שקצבו ביניהם ומה שייך חזקה והלא הלה הורידו ודמים הוא שחייב לו הגע עצמך שהשכיר לו ביתו לחמש שנים וזה דר בבית ולא פרע לו השכירות אם החזיק ולא נתן לו השכירות יחזיק הלא זה לא אמרה אדם מעולם וצ"ע. כתב הר"ב ל"ר סימן ק"ס שאם בתחלה ירד ברשות ויצא משם וחזר והחזיק בה דהויא חזקה. ועוד צידד הרב דאפילו אם בשעה שיצא לא היה ראוי לדירה אותו מקום מ"מ יציאה מיקרי ועלתה לו חזקה. ועיין במ"ש בסימן קס"א ודו"ק ועיין בסימן קס"ג:

הלכה ח

ואח"כ אכל ובנה והרס כו'. כתב הריב"ש סי' רנ"ב דדוקא בעושה היזק אבל בונה לא דהא מתקן הוא ואפילו אם הורס ע"מ לבנות מתקן הוא ועיין בל"ר סימן קס"א וקס"ג: **וכן הבן שהוא סומך על שלחנו של אביו כו'**. בן המחזיק בנכסי אביו דינו כמחזיק בנכסי

אשתו ל"ר סימן קס"א ועיין מש"כ סימן קס"ג וצ"ע:

הא דכתב הריב"ש דכל שלא ירד בתחלה בתורת מקח דאין לו חזקה ומינה לבן דאין לו חזקה בנכסי אביו אף שהחזיק לאחר שחלק מאביו אפשר דהיינו דוקא בשטען הבן דאחר זמן שהחזיק בנכסי אביו לקחה ומש"ה אף דיש לו שני חזקה לאחר שחלק לא מהני ליה כיון דעכ"פ מודה שירד לקרקע זה מתחלה שלא בתורת מקח אך אם טוען דמתחלה כשירד לקרקע זה בתורת מקח ירד אף שבתחלה לא הוה מהני ליה חזקתו כיון שהיה סמוך על שלחן אביו מ"מ כיון שיש לו שני חזקה לאחר שחלק מאביו מהני ליה חזקתו ואפשר נמי דאם אינו ידוע לעדים שהחזיק בבית בעודו סמוך על שלחן אביו דנאמן לומר דאחר שחלק לקחה במגו דאי בעי טעין שמעולם לא החזיק בבית זה בעודו סמוך על שלחן אביו אך כד מעייניו נראה דהא ליתא דא"כ להימניה במאי דאמר חזרתי ולקחתי במגו דאי בעי טעין מתחלה בתורת מקח ירדתי והיותר נכון אצלי דאפילו טוען מתחלה בתורת מקח ירדתי לא מהני ליה חזקתו משום דכיון דירד לתוכה בזמן דלא היה לו חזקה שוב אין לו חזקה ולפ"ז אם לא היה ברור בעדים שירד לתוכה בזמן שהיה סמוך על שלחן אביו נאמן בכל טענותיו במגו דאי בעי הוה טעין לא ירדתי לתוכה אלא לאחר שחלקתי והא דאמרינן דאם ירד לתוכה בתורת משכנתא דאיכא מ"ד דשוב אין לו חזקה היינו היכא דידוע בעדים דמתחלה ירד בתורת משכנתא הא לאו הכי מהימן במגו דאי בעי הוה טעין מעולם לא ירדתי בה בתורת משכנתא:

פרק יד

הלכה ז

אין מחזיקין בנכסי קטן כו'. דברי רבינו ז"ל צריכין ביאור דלפי דבריו שטוען לקטן אתה מכרת לי למה לו לתלות הטעם משום דאין מחזיקין בנכסי קטן אפילו דהוי דינא דמחזיקין כיון דע"כ אי אפשר למחזיק לטעון כשהיית קטן אין בדבריו כלום דקטן לאו בר מכירה הוא למכור קרקע עד שיגדיל נמצא שלא החזיק אלא שתי שנים משהגדיל ואין חזקה פחות משלש שנים. ואפשר ליישב דכיון שזה החזיק שתי שנים כשגדל מצי לטעון שקנה כשגדל ויצטרף שנה של קטנות כיון שלא מיחה. ויש סמך לזה ממ"ש לעיל בפי"ב אכלה האב שנה והבן שתים כו' וכתב ה"ה פירוש הבן בין קטן בין גדול ואע"פ שהוא סבור דאין חזקת הקטן כלום בדין זה שהתחיל האב להחזיק הרי זו חזקה והתם כיון שהתחיל מהני וכאן לא מהני כיון שהתחיל בקטנות אין מחזיקין בנכסי קטן. זהו מה שנראה לי ליישב דברי רבינו ז"ל ודו"ק:

הלכה יב

כל חזקה שאין עמה טענה כו'. כתב הטור ז"ל סי' קמ"ו ס"ד ודין הפירות שאכל פירשתי למעלה כו'. ולא ידעתי מה שייך הכא דין הפירות דמ"ש למעלה דהיינו בסימן קמ"ה הוא בחזקה שיש עמה טענה אבל בחזקה שאין עמה טענה לעולם מחזיר הפירות וצ"ע:

הלכה יד

הרי שאכל שדה זו שנים רבות כו'. ואם המוכר כפר בו וטוען חזקה שאין עמה טענה אי מהימן או לא עיין בתשובות מהריב"ל ח"ב סימן ע' בני אהרן סימן א' הרב מהרשד"ם סימן תס"א ועיין בתשובות מהרש"ל סוף סימן א' מהריב"ל ח"ב סימן ע"ה. ועיין ב"י סימן רמ"ה סי"ב במה שנחלקו הראב"ד ורש"י ודו"ק ועיי' פ"מ ח"א סימן ס"ג. עיין בתשובות מהרימ"ט חה"מ סי' כ"ז (דף ל"א ע"ג) במ"ש ואע"ג דלא ידעינן שזה קנאה ממנו כו'. ודברי הרב ז"ל הם כספר החתום מסיבת כמה טעיות שנפלו בכל דף ודף עד שלא יוכל הקורא להבין כוונתו. מיהו מה שנראה בכוונת דבריו הוא לומר דאפילו לא נודע בבירור שדר בה המוכר יום אחד בחזקת שהיא שלו אלא שנודע בעדים שמכרה לזה המחזיק סגי דאם לא היתה שלו ודאי לא היה מוכרה ועדיף מעדים המעידים שדר בה חד יומא וזו שחידש הרב ז"ל לא ראינו לשום אחד מהמחברים שכתב כן ובאמת הם דברים תמוהים דלעולם צריך שיעידו שדר בה המוכר למחזיק הזה חד יומא בחזקתו ועדי מכירה בלא חזקת חד יומא לאו כלום הוא. וכן מוכח בבירור מההיא שמביא ה"ה בפרקין אם צריך נמי עדי מכירה מההוא שדר בה חד יומא או נאמר מאחר שנתברר שדר בה חד יומא וזה החזיק שלש שנים נאמן בטענתו שהוא לקחה והרמב"ן הכריח שא"צ עדי לקיחה ע"כ משמע דדוקא בעדי לקיחה הוא מחלוקתם אבל בעדים שדר בה חד יומא כ"ע לא פליגי בזה. והנראה שהרב המחבר נרגש מזה בסוף דבריו ורצה ליישב זה ולא ידענו כוונתו מרוב הטעיות שנפלו ואיברא דקושטא דמלתא אנו בעניותנו לא נראה לנו כלל דבריו בזה וצ"ע. ועיין בפירוש רשב"ם ז"ל שכתב והכא בהאי עובדא כו'. ומה שהכריחו לומר דהאי עובדא מיירי בשהודה המחזיק מעצמו הוא משום דס"ל כסברת הרמב"ן דאי לא ידע שהיא של המערער כ"א ע"פ המוכר אין מוציאין אותה מידו אף שלא דר בה המוכר חד יומא ולא טענינן ליה אפ"ה אין מוציאין אותה מיד המחזיק משום דלא שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי וכמו שהאריך בזה הרמב"ן. ולפ"ז ניחא דברי רשב"ם שכתב והכא בהאי עובדא אפילו הביא עדים דדר בה חד יומא לא מהני כיון שאין לו שני חזקה וסתם הדברים ולא פירש דכיון דע"כ האי עובדא מיירי בשידע המחזיק מעצמו דאי לא ידע מעצמו אפילו אם לא הביא עדים אין מוציאין אותה מידו מש"ה כתב בסתם דאפילו

הביא עדים אינו מועיל ולפ"ז אזדא לה קושית הרא"ש שכתב דלא מוכח לישנא כלל כו' דהא כפי סברת ה"ר יונה מוכרחין אנו לומר דסוגיין מיירי בשידע המחזיק מעצמו דאלת"ה היכי קאמר רבא דינא קא א"ל והרא"ש לא הקשה לרשב"ם אלא משום דסבור דאף דלא ידע מעצמו אמר רבא דדינא קאמר ליה ומש"ה הקשה לרשב"ם דאמאי לא טענינן היכא דדר בה חד יומא. וכ"ת דס"ל דפשטא דעובדא מוכח דהודה המערער הא ליתא דהא לא מוכח כלל שהודה המחזיק ועל זה הביא דברי ה"ר יונה דקאמר דע"כ מיירי בשידע המערער ומש"ה שפיר קאמר רשב"ם וע"ז כתב ולי נראה כו'. שבא להשיב על דברי ה"ר יונה שכתב דסוגיין מיירי בשידע המחזיק משום דס"ל דאי לא ידע אמאי קאמר רבא דינא קאמר ליה דזה אינו דאף דנימא דלא ידע המחזיק שהיתה של המערער כ"א ע"פ המוכר שפיר קאמר רבא דדינא קאמר ליה משום דאין מגו זה טוב לגבי אותו שלקחה וא"כ הדרא קושיין לדוכתה דהיכי קאמר רשב"ם דבעובדא דידן אפילו אם יש עדים למחזיק שדר בה המוכר אינו מועיל דאמאי לא טענינן ללוקח מאי דמצי אבוהון למיטען. וכ"ת דס"ל לרשב"ם ז"ל דהך עובדא איירי בשהודה המחזיק מעצמו ומעשה שהיה כך היה הא ליתא דהא לא מוכח מידי שהודה המחזיק מעצמו וא"כ אמאי לא טענינן ללוקח. ומ"מ אעיקרא דמלתא נ"ל דמה שתמה הרא"ש על רשב"ם אינו מה שהקשה הרמב"ן דאמאי לא טענינן ללוקח שהרי דין זה דרשב"ם דאפי' דר בה מוכר חד יומא דלא טענינן ליה לא הביאו הרא"ש בהלכותיו אלא עיקר קושית הרא"ש היא על דברי רשב"ם שכתב דטעמא דמצי א"ל זיל לאו בעל דברים דידי את הוא משום שהרי הודה שהיתה של המערער וכו' הלכך יחזיר הקרקע למערער דלא אתי ספק ומוציא מידי ודאי וע"ז תמה דהא לא מוכח לישנא כלל דהודה למערער שהקרקע היתה שלו אלא שאמר מפי המוכרה לו שהוא אמר לו שקנאה ממנו ואילו היה עומד בפנינו אותו שמכרה לו היה נאמן לומר שלך היתה ולקחתיה ממך במגו שלא היתה שלך מעולם וא"כ זה הבא מכחו אמאי לא מהימן נמי בטענה זו וממ"ש אמאי לא מהימן מוכח דקושייתו אינה משום דאמאי לא טענינן ללוקח אלא דמאי לא מהימן לומר שכך אמר לו המוכר במגו והן הן הדברים שהקשה הרמב"ן להראב"ד שהלוקח נאמן הוא לומר כך וכך אמר לי פלוני מגו דאי בעי אמר לאו דידך הוא ואותו פלוני נאמן היה לומר מפלוני לקחתיה בדין מיגו כו' ועל זה הביא סברת ה"ר יונה שכתב דמיירי בשהודה המחזיק ובזה ניחא דלא שייך לומר דלהימניה משום מגו משום דהן לו יהי שכך אמר לו הוא ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי וכמ"ש הרמב"ן והרא"ש כתב דלעולם דמיירי בשלא ידע שהיתה של המערער כ"א ע"פ המוכר וכ"ת כי היכי דהמוכר היה נאמן לומר שלך היתה ולקחתיה

ממך במגו דלא היתה שלך ה"נ להימניה ללוקח שכך וכך אמר לו המוכר משום האי מגו ותירץ דאין מגו זה טוב לגבי אותו שלקחה. וקודם שנבאר תירוץ זה דהרא"ש ראיתי לחקור בזה שאומר מפלניא זבינתיה דאמר לי דזבנה מינך באיזו דבר אנו חושדין אותו דמשקר עד שהוצרך הרמב"ן לומר דנאמן משום מגו והרא"ש כתב דאינו נאמן משום דאין מגו זה טוב לגבי הלוקח אם נאמר דמאי דחשדינן ליה הוא במאי דקאמר דלקחה דאפשר דלא לקחה זה לא יתכן בדברי הרמב"ן שכתב שזה נאמן הוא לומר כך וכך אמר לי פלוני מגו דאי בעי אמר לאו דידך הוא משמע דמאי דאצטריך להאמינו משום מגו הוא במאי דקאמר כך וכך אמר לי פלוני לא במאי דקאמר מפלוני זבינתיה והנראה דמאי דחשדינן ליה דמשקר הוא במה שאמר שהמוכר אמר לו שהיתה של המערער אך לא אמר לו שלקחה הימנו וע"ז כתב הרמב"ן ז"ל דנאמן הוא לומר שהמוכר אמר לו שלקחה משום מגו דלא היתה שלך מעולם והרא"ש סובר שאין זה מגו טוב דירא לומר לא היתה שלך מעולם שמא ימצא המערער עדים אבל עכשיו שאומר שהמוכר אמר לו שלקחה הוא סבר דכיון שמכרה לא ימצא עדים שהמערער מכרה לו ואפילו אם יביא המערער עדים שהיתה שלו לא יועילו לו. ואיכא לעיוני דודאי אם זה המחזיק לא היה אומר אלא מפלניא זבינתיה ואיני יודע אם היתה שלך או לא פשיטא דלכ"ע אין מוציאין הקרקע מיד המחזיק שהרי אפילו חזקה שאין עמה טענה דקי"ל דאינה חזקה אפ"ה כל שלא הביא המערער עדים שהיתה שלו וגם המחזיק לא הודה לו שהיתה שלו אין מוציאין אותה מידו וכמו שכתבתי במקום אחר ואפילו אם אין למחזיק שני חזקה דינא הכי וכמו שיע"ש וא"כ כ"ש באומר מפלניא זבינתיה וע"כ לא קאמר הראב"ד דמוציאין אותה מיד המחזיק אלא משום דהודה הלוקח שהמוכר אמר לו שהיתה של המערער והודאת בע"ד כמאה עדים דמי לחובתו ופשיטא דנאמן אף בלא שום מגו דהא לית ליה למחזיק שום אחיזה בקרקע זה עד שנסתפק אם שקר ענה המחזיק אם לא והרי האומר שלא אמר לי דבר מעולם אין מוציאין אותה מידו אף דליכא שום טענה בדבריו כדי להאמינו ופשיטא דהרא"ש מודה בזה דאף דלית ליה שום מיגו מ"מ אין מוציאין אותה מידו כיון שזה הלוקח לא ידע שהיתה של המערער לא מעצמו ולא מפי המוכרה לו ואילו היה אומר מפלניא זבינתיה והוא אמר לי דשלך היתה ולא אמר דאמר לו המוכר שלקחה מהמערער נראה דלכ"ע מוציאין אותה מיד המחזיק שהרי הודה שאמר לו המוכר לו שהיתה של המערער ולא אמר לו המוכר שלקחה א"כ פשיטא דמוציאין אותה מידו ולא שייך הכא להאמינו במגו דהא לא טען שום טענה כדי להאמינו וגם לא הביא עדים שדר בה המוכר יום אחד שנטעון לו מאי דמצי מוכר למיטען דודאי כל שהביא עדים שדר בה

המוכר טענינן ליה אף שלא אמר שאמר לו המוכר שלקחה מהמערער וכדמוכח ההוא עובדא דקשתא דאמר מפלניא זבינתיה דזבנה ממך ופירש רשב"ם בחזקה שהייתי סבור דזבנה מינך לקחתיה ממנו ואמרינן התם דאי אית ליה סהדי דדר בה קמא חד יומא טענינן ליה ה"נ הכא לסברת הרמב"ן וסייעתו והכא מה שנחלקו הראשונים הוא באומר מפלניא זבינתיה שאמר לי דשלך היתה ולקחה ממך דהוי קול ושוברו עמו דהרמב"ן סובר דנאמן במה שאמר שהמוכר אמר לו שלקחה משום מגו והרא"ש ז"ל ס"ל דאין זה מגו טוב. אך קשה לי דהתינח אם לא היה כאן כי אם מגו דלא היתה שלך מעולם ניחא דאין זה מגו טוב משום דסבור שימצא עדים שהמערער מכרה ואינו ר"ל לא היתה שלך כי ירא שמא ימצא עדים שהיתה שלו אך קשה דלהימניה במאי דאמר שאמר לו המוכר שלקחה במגו דאי הוה שתיק ולא היה אומר אלא מפלניא זבינתיה ותו לא ואם היה אומר כדברים האלה אם היה מוצא עדים שהמערער מכרה יועילו לו אף אם יביא עדים המערער דהיתה שלו וכבר כתבנו לעיל דלכ"ע אם לא היה אומר כי אם מפלוני זבינתה לא היו מוציאין אותה מידו כיון דלא ידע שהיתה של המערער מפי שום אדם הן אמת שקושיא זו שייכא לכל הפירושים שכתבנו בדברי הרא"ש ודו"ק:

ודע שכפי פירוש זה שכתבנו בדברי הרא"ש ז"ל דקושייתו איננה הקושיא שהקשה הרמב"ן לרשב"ם כ"א מה שהקשה הרמב"ן להראב"ד ז"ל א"כ ליכא שום גלוי דעת לא בה"ר יונה ולא בהרא"ש מה היא סברתם בההיא דנחלקו הרמב"ן ורשב"ם אי איכא סהדי דדר בה קמא חד יומא אי טענינן ללוקח או לא דהא אינהו לא קא מיירו בדאיכא סהדי דדר בה קמא חד יומא אי טענינן או לא אלא בנאמנות דברי המחזיק שאמר מפלניא זבינתיה דאמר לי דזבנה מינך ואי איכא סהדי דדר בה קמא חד יומא וידע המחזיק מעצמו ששדה זו היתה של המערער אפשר דיסברו ה"ר יונה והרא"ש דלא טענינן ליה וכסברת רשב"ם ז"ל ואפשר דיודו לסברת הרמב"ן דטענינן ליה והיכא דאיכא סהדי דדר בה חד יומא ולא ידע המחזיק שהיתה של המערער כ"א מפי המוכרה לה"ר יונה אפילו בלא טעמא דטענינן ליה ללוקח אין מוציאין אותה מיד המחזיק ולהרא"ש ז"ל אפשר דיודה וטענינן ליה ואפשר דס"ל דלא טענינן ליה:

ולפי הפירוש האחר שכתבנו דלעולם דקושית הרא"ש על רשב"ם היא קושית הרמב"ן על רשב"ם ז"ל דאמאי לא טענינן ליה כיון דדר בה קמא חד יומא וכתבנו דמ"ש ול"נ כו' הוא לדחות דברי ה"ר יונה ולחזק קושיתו שהקשה בתחלה נמצא דדעת הרא"ש ז"ל הוא דהיכא דידע המוכר מעצמו שהיתה של המערער ודר בה קמא חד יומא פשיטא דלא טענינן ליה ומאי דפליגי רבינו יונה והרא"ש אינו אלא היכא דלא דר בה קמא ולא ידע

המחזיק שהיתה של המערער כ"א מפי המוכרה לו דלה"ר יונה ז"ל אין מוציאין אותה מיד המחזיק וכסברת הרמב"ן ולהרא"ש אפ"ה מוציאין אותה מיד המחזיק וכסברת הראב"ד ומיהו אף דס"ל כסברת הראב"ד מודה דאי דר בה קמא חד יומא דטענינן ליה וכבר כתבנו דאפשר דגם הראב"ד ז"ל מודה בזה:

פרק טו

הלכה א

אומרים לו בתחלה קיים שטרך כו'. בפרק גט פשוט ת"ר הבא לידון בשטר ובחזקה כו'. וכתב הרב ל"ר סימן קס"ג דיעקב שקנה קרקע מעכו"ם דתיכף נכנס בה ראובן והחזיק בה שני חזקה וטוען דיעקב כשקנאה היה בשליחותו ודמי המקח היו שלו והוא חילה פני יעקב שילך ויקנה אותה על שמו לצורך ראובן דלא מהני ליה חזקה משום דדמי להיכא דנמצא השטר מזוייף דלא מהני ליה חזקה ודבריו ז"ל צריכין לי תלמוד ודמיון זה אינו נראה לי כלל ולהלכה נ"ל דטענתו טענה ונאמן במגו דהוה טעין לקחתיה ממך:

הלכה ה

חזר השני והביא אף הוא עדים כו' וכל המתגבר ירד בה. נשאל הר"ב תה"ד בסימן שנ"ב בשתוקי שנתן בית אחד במתנת שכ"מ לאמו ואחר שמת השתוקי בא ראובן והחזיק בבית כדין המחזיק בנכסי הגר והשיב דלדעת רב אלפס וחביריו זכתה האם במתנה וזכיית ראובן לאו כלום היא ולדעת הרא"ש והראב"ד לא זכתה האם וא"כ הרי הבית הפקר וזכה ראובן כיון דספיקא דדינא הוא כה"ג דלא תפיס חד מינייהו דינא הוא דחולקין ולא שייך בזה דינא דכל דאלים גבר משום דלא אתמר דינא דכל דאלים גבר אלא היכא דאיכא למיקם עלה דמלתא דשמא יבואו עדים ויעידו של מי הוא ונמצאו דברי ב"ד שבורים ונסתרים במה שפסקו כבר חלוקה או שודא לכך אין ב"ד נכנסין בדבר ולכך כל דאלים גבר אבל בפלוגתא דרבוותא לא שייך האי טעמא דמי יעיד לנו שהלכה כדברי פלוני או כדברי פלוני הלכך עבדינן חלוקה ואח"כ הוקשה לרב מההיא דפרק הנזקין דאמרינן גבי נהרא עילאי ותתאי והשתא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר כל דאלים גבר וכן מתשובת מהר"ם דפ"ק דבתרא דפסק אף במחלוקת דר"ת ורש"י כל דאלים גבר ותירץ דהתם לא הוה שייך חלוקה ומש"ה אמרו דינא דכל דאלים גבר אבל בדבר דשייך דינא דחלוקה אמרינן דחולקין כיון דלא תפיס לא זה ולא זה והוי פלוגתא דרבוותא עכ"ד. והנה מלבד הטעם שכתב עוד יש להכריח חילוק זה מדברי הרא"ש שכתב בפ' חזקת עלה דכל דאלים גבר דסמכו חכמים על זה דכל מי שהדין עמו קרוב

להביא ראיות ועוד מי שהדין עמו ימסור נפשו להעמיד שלו בידו ממה שימסור האחר לגזול ועוד יאמר מה בצע שאמסור נפשי היום או למחר יביא ראיה ע"כ. והרואה יראה איך טעמים אלו לא שייכי אלא בספק דמציאות אבל בספקא דדינא לא שייכי כלל וכיון דלא שייכי אמרינן דחולקין וכן פסק הרב בעל המפה בסוף סימן קל"ט ועיין שם בלבוש ובסמ"ע ובש"ך אך מה שאני תמיה בזה הוא מההיא דכתב רבינו בפ"ד מהלכות ערכין הלכה כ"ב האשה שהקדישה שדה אחוזתה וגאלה בעלה מיד ההקדש והגיע היובל והיא תחת יד הבעל הרי הדבר ספק אם תחזור לאשה או תצא לכהנים לפיכך קדמה האשה והחזיקה בה אחר היובל אין הכהנים יכולים להוציא מידה וכן אם קדמו הכהנים והחזיקו בה אינה יכולה להוציא מידם ע"כ. והנה אין ספק שרבינו סבור דלא שייך הכא חזקת מריה קמא משום דהאשה כשהקדישה כבר נסתלקה משדה זו וכשגאלה הבעל מספקא לן אם זכו הכהנים או האשה ולפי הנראה דמדין כל דאלים גבר כתב אם קדמה האשה זכתה ואם קדמו הכהנים זכו ולפי מה שכתבנו היה לו לפסוק דיחלוקו דהא התם בעיא דלא איפשיטא היא וכי תימא דס"ל לרבינו דאפילו במלתא דדינא הוא דיחלוקו אי תפס לא מפקינן מיניה וכמו שכתב הש"ך בס"ס קל"ט וז"ל מיהו כל זה לענין לכתחלה אבל אי תפס חד מינייהו לא מפקינן מיניה דאפילו תפס מרשות חבירו לא מפקינן מיניה בפלוגתא דרבוותא ע"כ מ"מ עדיין אין זה מעלה ארוכה משום דהי"ל לרבינו ז"ל לכתוב עיקר הדין דהיינו דיחלוקו ועוד דהכא לא שייך כלל ההיא דש"ך דאיהו לא אמרה אלא במטלטלין דאז שייך לומר דאף דמדינא יחלוקו אי תפס תפס אבל בקרקע אי מדינא הוא דיחלוקו פשיטא דאי אזל חד והחזיק בקרקע לא עשה ולא כלום דכל היכא דאיתיה ברשות שניהם איתיה. סוף דבר לא יכולתי ליישב דברי רבינו הללו עם ההיא דבעת"ה שכתבנו וצ"ע. עוד אני תמיה בדברי בעת"ה הללו מההיא דאיבעיא לן בפרק חזקת עלה נ"ג בעי ר' זירא החזיק באחד מהם לקנות אותה ואת המצר ואת חברתה מהו תיקו בעי ר' אלעזר החזיק במצר לקנות שתיהן מהו תיקו:

הלכה ט

הביא המערער עדים שזו השדה שלו כו'. הא דקי"ל דבכל ספק שיש בקרקע אמרינן אוקי ארעא בחזקה מריה קמא ובמטלטלין קי"ל דמוקמינן להו ביד מי שמוחזק בהם נראה דבמטלטלין נמי אם הם מונחים ביד שליש שאין שום אחד מהם מוחזק מוקמינן להו בחזקת מריה קמא ולפיכך מי שהקנה לחבירו חפץ אחד על תנאי שיעשה כך וכך והניחו החפץ ביד שליש עד שיקיים התנאי ונפל ספק אי הוי אסמכתא ולא קנה המקבל או לא נראה דמוקמינן החפץ בחזקת מריה קמא דומיא דקרקע דאין חילוק בין

קרקע למטלטלין אלא היכא דמוחזק בהם הזוכה דבקרקע לא מהני חזרתו דלא שייך תפיסה בקרקע והוי כאילו שניהם אינם מוחזקין ואמרינן אוקי ארעא בחזקת מריה קמא ובמטלטלין דשייך בהו תפיסה מוקמינן להו ביד התופס אבל אם אין שום אחד מהם תפוס מוקמינן להו בחזקת מריה קמא דומיא דקרקע וכ"כ הרמ"ה הביא הריב"ה דבריו בח"מ עלה דההיא דשני שטרות היוצאים ביום אחד דדייניגן בהו שודא דדייני יע"ש. אך קשה בהנהו בעיי דפרק המפקיד דמספקא לן אי קנה השומר הכפל או לא ופסקו הרי"ף ורבינו דיחלוקו ולפי מה שכתבנו קשה דהא אין השומר קונה הכפל אלא משום דאמרינן דנעשה כאומר לו לכשתרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך דאי לא אמרינן דהקנה לו הפרה פשיטא שאינו זוכה בכפל וכדאיתא בריש המפקיד וא"כ בהני גווני דמספקא לן אי הקנה לו הפרה או לא ואין שום אחד מהם תפוס בה אמאי לא מוקמינן לה בחזקת מריה קמא. והנה הרא"ש תמה על הרי"ף במה שפסק דיחלוקו וכתב דהכפל זוכים בו הבעלים משום דמוקמינן לפרה בחזקת מריה קמא וכדכתיבנא ולפי זה נראה דהרי"ף ורבינו חולקים בדין זה שכתבנו בשם הרמ"ה דבמטלטלין נמי כל שאין אחד מהם תפוס מוקמינן להו בחזקת מריה קמא והנראה אצלי דלעולם סברת הרמ"ה היא מוסכמת (א"ה חבל על דאבדין ועיין בתשו' מהרימ"ט ח"א):

הלכה יא

מי שהלך למדינת הים ואבד דרך שדהו כו'. (*א"ה משנה בפרק אחרון דכתובות פלוגתא דאדמון וחכמים ומפרש בגמרא דרבנן סברי מצי אמר ליה אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו. ומצאתי בכתבי הקדש של הרב המחבר ז"ל תשובת שאלה דשקיל וטרי בפרט זה ואף שהשאלה לא נמצאה יובנו הדברים מתוך התשובה וזה נוסחה):

תשובה עמדתי על דברי בוצינא דנהורא הרב המובהק כמה"ר אהרן נר"ו הן הראנו נפלאות מתורתו במה שהביא סברות גדולי המורים הם וחילופיהם במה שנחלקו בענין תנאי הנעשה בתחלת המקח או בסופו ובתנאי הנעשה על יד הלוקח שהוא לתועלת המוכר ולא חזקו המוכר זיקק וטהר ובירר הכל באר היטב כפי רוחב בינתו וחכמתו כי רבה היא. האמנם מה שהרב נר"ו הטריח קולמוסו לכל הך שקלא וטריא הוא לרווחא דמלתא ומשום יגדיל תורה דבנדון זה כיון דעסק זה אינו בין ישראל לחבירו ויש יד עכו"ם באמצע יש פנים אחרים לזכות לשמעון הקונה מהעכו"ם הזה ממה שהוגד אלי ושמעתי שהבית הזה הוא ואקו"ף ובדיני הערכאות אין תנאי על פה ולא בכתב מועיל כלום כי כן יסד המלך על כל הואקופי"ס כי כל מי שנכתב שמו עליו הוא הקונה וכיון

שהלך המוכר והקונה והעבירו בפנקס המוטיוי"ל אין אחר כתיבת המוטיוי"י שום זכות ותנאי למוכר וכ"ש בתנאי גרוע כזה שאמרו הקונה ולא חזקו המוכר א"כ כפי נמוסיהם ומשפטי המלכות אין כאן תנאי נמצא שישראל הקונה מהעכו"ם קנה כל זכות העכו"ם מצי למימר לישראל המוכר לעכו"ם אנא אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה ואי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה דומיא דההיא פלוגתא דאדמון ורבנן דאיפליגו בפ' אחרון דכתובות במי שאבדה לו דרך שדהו דקי"ל כרבנן דיקנה דרך במאה מנה או יפרח באויר מוקי תלמודא פלוגתייהו בחד דאתי מכח ארבעה דאדמון סבר מ"מ דרכי גבך ורבנן סברי אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה וכיון דקי"ל כרבנן הכי נמי בנדון זה אע"פ שתנאי זה היה קיים בדינינו והיה חייב להחזיר לו מחמת תנאו כיון שהקונה הוא עכו"ם שקנה מראובן והוא לא היה חייב בדיני העכו"ם להחזיר מדיני הערכאות מצי לוי הקונה מהעכו"ם לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה שהוא העכו"ם ולא מצית לאשתעויי דינא בהדיה וכ"ת לא דמי דהתם אותו חד דאתי מכח ארבעה אותם הארבעה דאתי מחמתייהו מדינא הוא מדחי דזיל הכא קא מדחי ליה וזיל הכא קא מדחי ליה דכל חד וחד מדחי ליה אצל חבריה אע"ג דמ"מ דרכיה גבייהו מה בכך כל שאינו יכול לברר אינו יכול להוציא מהם וכל חד וחד זכותו מכר דמה מכר ראשון לשני כל כחו וזכותו אבל בנדון זה אם נניח שכפי דינינו התנאי קיים אלא שכפי נמוסי הערכאות דלא צייתי לן הם דנים כפי נמוסם ומשפטם נמצא עכו"ם זה גוזל לישראל המוכר ואין כח בידינו למחות בידו עכשיו שבא ליד ישראל ויש בידינו לכופו מאן לימא לן דמהני האי טעמא דאי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה לגרוע כח ישראל המוכר שהוא זכאי בדינינו נראה דאין לומר כן אלא זוכה לוי הקונה מהעכו"ם מטעמא דאי שתקת שתקת כו'. וראיה לזה ממה שנשאל מהרדב"ז הובאו דבריו בתשובת מהרימ"ט בחא"ה וז"ל ראובן יש עליו כתובת אשה וב"ח ומכר קרקע שהיה לו לעכו"ם ואותו עכו"ם מכרו לשמעון ועתה באים כתובת אשה וב"ח לטרוף הקרקע משמעון וטוען שמעון אנא מכח עכו"ם קאתינא ואין לכם כח עם העכו"ם לפי שאין לכם דין טירפא בערכאותיהם והשיב הרב דהדין עם שמעון דמצי למימר לבע"ח אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה כדאמרינן בפרק שני דייני גזירות הלכך יעמוד שמעון בשלו ע"כ דברי הרב ז"ל ודכוותה בנדון דידן דמה לי התם שבא בע"ח מכח שעבודא דאורייתא מה לי בא מחמת תנאי כמו שבדיני העכו"ם אין דין טירפא נוהגת כך אין דין תנאי נוהג ובשניהם יכול הקונה לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה וישראל הבא מכח העכו"ם הרי הוא כעכו"ם וזכה

הלוקח ממנו כיון דבדיניהם לא מצי ישראל להוציא מיד העכו"ם וכבר מוהרימ"ט ז"ל נשא ונתן בדברי מוהרדב"ז בכל מאי דשייך בדין הנז' ולבסוף קיים להלכה למעשה כדברי מוהרדב"ז ואני בעניי איני נזקק בדברי מהרימ"ט זולת במה שהוקשה לו על דברי הרב ז"ל מההיא דאמרינן בהניזקין גבי לקח מסקריקון וחזר ולקח מבעה"ב מקחו בטל ואיפליגו עלה דמתני' רב ושמואל אף בשטר שכתב בעה"ב ללוקח לא קנה עד שיכתוב אחריות דאי לא כתב לו אחריות מצי למימר מחמת יראה הודיתי אבל כשכתב אחריות בעה"ב ללוקח דאי טרפי לה מיניה מגבי ליה מיניה כולי האי לא עבדי אי לא משום דגמר והקנה. והקשה מוהרימ"ט ז"ל דמאי אחריות איכא כיון שבא מחמת העכו"ם מצי למימר מהדרנא שטרא למריה לדעת מוהרדב"ז וכי תימא מ"מ אחר שקבלו הבעלים אחריות הו"ל כלוקח ממנו ויכולים לטרוף כו' עד אי נמי למשנה אחרונה דבשטר גרידא פליגי לרב קנה ולשמואל לא קנה עד שיכתוב אחריות מחמת העכו"ם ע"כ דברי הרב מוהרימ"ט ז"ל. לדידי דברים אלו שגבו ממני ולא ידעתי מאי קשיא ליה למוהרימ"ט על מהרדב"ז מההיא דסקרקון שהוצרך לכל הני שינויי דהא ההיא דסקריקון בין למשנה ראשונה דלוקח מסקריקון לא קנה ובין למשנה אחרונה דלוקח מסקריקון קנה ונותן לבעלים רביע ואם יש בידו לוקח הוא קודם לכל אדם לאו מדינא הוא שקנה הלוקח כלום דסקריקון אנס גמור הוא בין למשנה ראשונה בין למשנה אחרונה דתליוה ויהיב הוא וקי"ל תליוה ויהיב לא קנה ודוקא גבי מכר דאיכא זוזי הוא דקי"ל זביניה זביני כל שלא מסר מודעא דאגב זוזי גמר ומקני אבל בלא זוזי פשיטא דלאו כלום הוא ומינה דגבי סקריקון דליכא זוזי גזלן גמור חשיב והלוקח ממנו מן הדין חייב להחזיר בחנם כיון שלא קנה סקריקון ואף בדיני הערכאות הוה מצי לאפוקי מיניה בעה"ב מסקריקון ומה שתקנו משנה אחרונה שקנה הלוקח מסקריקון ונותן לבעלים רביע משום תקנה נגעו בה כדי שלא ישתקע הקרקע ביד סקריקון שהרי הבעלים היו יכולים להוציא מיד הסקריקון בדיניהם ונתרשלו ולא תבעוה בדינא להוציא קרקעו מידו בע"כ שהיה ספק בידו קנסו אותו שהלוקח מסקריקון קנה אלא שחייבו ללוקח לתת לבעלים רביע מאי דאוזיל סקריקון גביה וכמו שכבר באר כל זה הריב"ש בתשובותיו באר היטב ולפי זה אם הקרקע היה משועבד לב"ח של בעה"ב דמשעבדא ליה מדינא ובעה"ב נתנו לסקריקון וישראל קנאו מסקריקון דין הוא שלא נסתלק שעבוד הב"ח משום שנכנס ברשות הסקריקון ואף לסברת מוהרדב"ז ב"ח טורף מלוקח מסקריקון דלא שייך לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא למריה דאי נמי מהדר מצי לאפוקי בדיניהם ובזה לא דבר מוהרדב"ז. עוד יש לתמוה על מוהרימ"ט במה שיישב לדעת מוהרדב"ז דאחריות

דאמר שמואל היינו אחריות מחמת העכו"ם וא"כ קשה דמאי דוחקה לאוקמי בהכי דאף גבי אחריות ישראל שייך ביה אם נמצא גזילה ביד בעה"ב מעיקרא ובאים לטורפה מיד הלוקח מסקריקון אם קבל בעה"ב אחריות נסתלק מעל הלוקח טענת אונס דאי לאו דגמר והקנה לא היה מקבל עליו אחריות ואי משום דהוא אחריות הבא מחמתיה ולא נסתלק טענת אונס זה ליתא וק"ל. ועוד קשה דרש"י פירש אחריות דאי טרפי לה מיניה מגבי ליה ולשון טירפא אינו אלא טירפת ב"ח:

מעתה חזרנו למה שכתבתי דמהאי טעמא דמהדרא שטרא למריה זכה לוי בנדון דידן במקחו. ועוד אני מוסיף לומר דאפילו היה העכו"ם ציית דינא עכשיו וקבל עליו לדון בדיני ישראל והיו באים שמעון המוכר והעכו"ם בפנינו אין כח ביד ב"ד לומר החזר לו הבית על פי התנאי שהתנית עמו שבתת לך חמש מאות גסים תחזיר לו הבית או אם היינו רוצים לזכות לשמעון מההיא דישראל ועכו"ם שבאו לפניך לדין אם אתה יכול לזכותו בדיני ישראל זכהו ואמור לו כך דיננו בנדון זה לא אמרינן הכי כיון שעל זכות שמעון אינו אלא משום סמיכות דעתו שעל תנאי זה מכר כיון שהתנה הלוקח קודם גמר המקח נהי דתנאי זה חשוב תנאי מישראל לישראל היינו משום דהמוכר סמך דעתיה עליו ואדבורא דלוקח גמר והקנה אבל ישראל המוכר לעכו"ם אשר פיהם דבר שוא וידע המוכר דלא מצי לאפוקי מיניה בערכאות על פי נמוסם אף איהו לא סמך עליה ופטומי מילי בעלמא הוא דעביד ליה דהא דישראל גופיה במקום שכותבין השטר לא קנה בכסף עד שיכתוב את השטר אע"ג דכסף קונה קנין גמור מטעמא דלא סמכא דעתיה לא גמר לקנות ושניהם יכולין לחזור א"כ גבי עכו"ם נמי לא מצינן למימר כך דיננו דבדיננו נמי כל דלא סמכא דעתיה לא קנה ולע"ד לא יחלוק בזה כל הישר הולך. וראיתי למהריק"א בח"ה סימן רנ"ג שהביא בשם הגמ"י שכתב עלה ההיא דאמרינן שכ"מ דאמר הלואתי לפלוני דקנה משום דאיתיה בבריא במעמד שלשתן פסק רא"ם דוקא בהלואת ישראל אבל הקפות של עכו"ם לא סמכא דעתיה ואף במתנת שכ"מ לא קנה ע"כ וזה סיוע למה שכתבתי ואע"פ שמוהריק"א תמה עליו וז"ל ואיני יודע מאי איכפת לן אי סמכא דעתיה דמקבל מתנה או לא מ"מ דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי ע"כ דברי הרב, איני יכול להולמם שכבר הוכחתי חילוף הדברים דכל שאין דעת המקבל לקנות אף שדעת הנותן להקנות לא קנה. כללא דמלתא מכל הרשום בכתב זכינו לדין שלוי הקונה מהעכו"ם קנה קנין גמור ואין לערער בקנייתו. מעתה אסורה נא ואראה במה שכתב הרב המובהק המורה נר"ו דאף במונח שתנאי שהתנה הלוקח שהוא לתועלת המוכר ולא חזקו המוכר היא פלוגתא דרבוותא אי חשיב תנאי או לא כיון דזה מכר ודאי והספק הוא בתנאי אי

חשיב תנאי או לא לא אמרינן בכי הא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא אלא הלוקח חשיב מוחזק ולא מפקינן מיניה והביא ראיה הרב נר"ו מתשובת הרשב"א בראובן שמכר כרם לשמעון ובאו שנים ואמרו תנאי היה במכר ושנים אומרים לא היה תנאי וכתב הרב ז"ל כיון שזה הלוקח החזיק בכסף או בחזקה הרי יש כאן מכירה ודאית וזה ירד בתורת מקח ודאי אלא שיש כאן שתי כתי עדים כת אחת אומרת שיש להסתלק מחמת התנאי וכת אומרת שאין לו להסתלק מוקמינן ארעא ביד הלוקח כו' זהו תוכן דברי הרשב"א ז"ל. והנה אף שבנדון דידן דידין היא משנה שאינה צריכה כמ"ש הרב המורה נר"ו מיהו להתלמד במקום אחר צריכין אנו למודעי. אציגה נא מה שעלה על דעתי בתחלת המחשבה דאפשר היה לחלק בין נדון זה להיא דהרשב"א ולומר דלא אמרה הרב ז"ל אלא בספק הבא מכח תרי ותרי משום דחשבינן להו כמאן דליתנהו דאוקי תרי בהדי תרי ונשאר המכר שהוחזק בו הלוקח שקנאו בדרכי ההקנאה קיים אבל בספיקא דדינא דלעולם הספק בפנינו דלמקצת רבוותא התנאי קיים הספק ההוא מי מוציאנו מידי ספק ואפשר שספיקא בדינא אמרינן לעולם אוקי ארעא בחזקת מריה קמא. (א"ה עיין לעיל פ"ז מהל' שכירות הלכה ב'). ומה שעלה על דעתי לחלק בכך משום שהיה קצת קשה לי בסברא זו של הרשב"א שהרי עדים האומרים שלא היה שם תנאי הרי הם כאומרים שלא מכר והיינו טעמא שנחלקו כת של ראשונים גבי עדים החתומים בשטר ואמרו תנאי היו דברינו נאמנים דקצת מרבוותא מוקמי לה דוקא בשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר אבל אם כתב ידם יוצא ממקום אחר הו"ל חוזרים ומגידים ואינם נאמנים דלמיעקר לשטרא קא אתו והרשב"א ז"ל הוא מכללם דמוקי לה בשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר וכן בדין שהרי כל שלא נתקיים אין כאן מכר או מתנה והדרא ארעא והדרי פירי ולכן היה נראה לחלק דבשתי כתי עדים המכחישין זה את זה דוקא אמר הרב משום דחשבינן לה כמאן דליתנהו לתרוייהו והרי יש כאן ודאי מכר לפנינו אבל בספיקא דדינא לעולם היה עולה בדעתי לומר שלעולם מוקמינן בחזקת מריה קמא. ואל תשיבני ממ"ש רשב"ם בפרק חזקת גבי ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא ואמר ליה מינך זבינתה והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא ואסיק תלמודא הלכתא כרבא בארעא והלכתא כרב יוסף בזוזי ופרשב"ם משום דמספקא ליה לרב דימי הלכתא כרבא או כרב יוסף גבי קרקע מוקמינן ביד המחזיק שלא להוציא משום ספיקא וגבי זוזי מוקמינן ביד הלוה שלא להוציא והתוס' הקשו לפירושו מההיא דאמרינן בכתובות אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקתמריה קמא ותירצו דדוקא גבי תרי ותרי הוא דאמרינן אוקי ארעא בחזקת מריה קמא משום דחשבינן כמאן דליתנהו כלל להני סהדי אבל בספיקא דדינא

מוקמי לה ביד הלוקח שעומד בה ומוחזק בקרקע ע"כ. והשתא ניחזי אנן היאך נתפוס סברות הפוכות מן הקצה אל הקצה דלדעת רשב"ם בתרי ותרי מוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא ובספיקא דדינא מוקמינן ארעא ביד המוחזק שהוא הלוקח ולדידי כפי מה שחילקתי בתר איפכא קאזילנא דבתרי ותרי מוקמינן לדעת הרשב"א בחזקת הלוקח ובספיקא דדינא מוקמינן בחזקת מריה קמא וזה דוחק לחלוק בסברות הפוכות לגמרי וכד מעיינינן שפיר הא לא קשיא ומלבד דלא קשיא לי על פי דרכי שכתבתי אפשר נמי יש לי סמך מסברת רשב"ם וזה שהכל תלוי בעיקר הספק מאיזה צד הוא דכשהספק בעיקר המכר אם זה מכר או לא מכר בהא הוא דיש לחלק בין ספק דתרי ותרי לספיקא דדינא משום דחשבינן להני סהדי כמאן דליתנהו ומוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא משום דאעיקרא דמלתא מספקא לן אם יש כאן מכר או לא אבל בזה מכר ודאי ויש כאן מכר אלא דמספקא לן בתנאי אם הוא מכר בהחלט או מכר על תנאי בהא גבי תרי ותרי הדעת נותנת לאוקומי ארעא ביד הלוקח דכמאן דליתנהו דמי והרי יש כאן מכר ודאי אבל בספיקא דדינא דליכא למימר כמאן דליתנהו דמי אפשר דאמרינן ארעא בחזקת מריה קמא דעדיף טפי מתרי ותרי גבי ספיקא דתנאי באופן שהכל תלוי כפי הנושאים והתוס' ז"ל שדחו פי' רשב"ם היינו משום דלא ניחא להו לחלוקי בין תרי ותרי לספיקא דדינא דלעולם כשהספק הוא בעיקר המכר מוקמינן בחזקת מריה קמא אבל בנדון דהרשב"א ז"ל שהספק בתנאי עדיף טפי ספיקא דדינא לאוקמי בחזקת מריה קמא:

והואיל ואתא לידן סוגיא זו ודברי רשב"ם קשה לי בדברי התוס' ז"ל במאי דקאמרינן עליה דרשב"ם דדוחה לסברת רשב"ם לחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דאמאי לא הקשו עליה ממתני' דמציעא גבי השוכר בית מחבירו דינר בחדש שנים עשר דינרין לשנה דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון היכא שנתעברה השנה וקאמר ר"נ דאפילו בא המוכר בסוף החדש כולו למשכיר דארעא בחזקת מריה קמא קיימא הרי דבספיקא דדינא נמי אזלינן בתר מריה קמא. ואחר העיון לאו מלתא היא דגבי שכירות שאני דכיון דס"ס עתיד לחזור לבעליו הרי הוא כמוחזר וכל ספק דאתייליד בחזקת המשכיר היא אע"פ שבא בסוף החדש דהשוכר מוחזק בחדש העיבור. וראיתי להראנ"ח בשניות סימן מ"ו שהפריז על המדה בזה דכל מלתא דלחזרה קאי אפילו במטלטלין דמוחזק בהם המחזיק כל ספק דאתייליד מוקמינן ליה בחזקת בעליו וזה שכתב בסימן הנז' על ראובן שהוציא שטר על שמעון מסך מה לפורעו בזמנים ידועים ונפל הספק בלשון השטר אי חיוב הלוה הוא לסוף ששה חדשים או לסוף שלש שנים ואסיק הרב וז"ל כל שהלשון מסופק בעצמו או איכא תרי לישני ומספקא לן מלתא אי

תפוס לשון ראשון או לשון אחרון דייניו לזכות המלוה דומיא די"ב דינרים לשנה דינר לחדש נתעברה השנה נתעברה למשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת והכא נמי ממון בחזקת בעליו עומד והלוה בא להחזיק מחמת תנאו שהאריך לו הזמן ועליו הראיה כתב הרמב"ם הדין מפורש פי"ג מהל' מלוה אמר המלוה היום הגיע הזמן והלוה אומר עדיין יש לי חמשה ימים כו' המלוה נאמן מן הטעם שכתבתי עכ"ל הרב ז"ל. עוד כתב בסוף דבריו ועוד כיון דהני זוזי לחזרה קיימי הרי הוא כאילו אינו מוחזק בהם וכדאמרינן גבי אילן שקדם (ב"ב כ"ד) ספק זה קדם או זה קדם קוצץ ואינו נותן דמים הלכך במקום שטר מלוה נאמן ע"כ. כתבתי כל לשון הרב ז"ל משום דקשיא לי טובא בגווייהו תחלה מה שדימה הרב לי"ב דינרין לשנה דינר בחדש לא דמי כלל אע"פ שכוונתו לדמותו לבא בסוף החדש כולו לשכיר אף שלא הזכירו הרב סמך על המבין מיהו שאני התם כיון דאתי מכח קרקע שדינו קרקע בחזקת בעליו עומד שכרו נמי אע"פ שמוחזק בו השוכר לא חשיב תפוס אבל בעלמא גבי הלואה דלאו מכח קרקע קאתי לעולם גדול כח המוחזק וכל דמספקא מלתא אין מוציאין מיד הלוה אלא בראיה ברורה ואפילו מאן דסבר בעלמא דתפיסה אחר שנולד הספק לא חשיב תפיסה הכא ברשות תפיס שירד בה ברשות בעליו וזה דבר פשוט ובהדיא כתבו התוס' נגד דברי הרב בפרק השואל גבי מימרא דרבא דקאמר האי מאן דאמר לחבריה אושלן מרא למירפק פרדיסא דאי אמר ליה למירפק פרדסי רפיק ואזיל כל פרדיסי דאית ליה הקשו בתוס' דבפ' המוכר אמרינן ארעתא תרי משמע ותירצו דהתם המוכר מוחזק ויד לוקח על התחתונה והכא יד המשאיל על התחתונה שהשואל מוחזק וכ"ת לא מיקרי שואל מוחזק כיון שסופו להחזיר כדאמרינן לעיל גבי קרקע דאפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר לא דמי דהתם הוא קרקע שאין יכול לשומטו ואזלינן בתר מריה קמא אבל במטלטלין אזלינן בתר מאן דתפיס השתא היכא דליכא חזקת קרקע כנגדה עכ"ל. הרי בהדיא כתבו התוס' נגד דברי הראנ"ח. גם מה שהביא ראיה לדבריו מדברי רבינו שבפ' י"ג גבי אמר המלוה היום הגיע הזמן כו', באמת דבריו תמוהין הרבה ומה זו סמיכה דהתם איירי בשטר סתם שכתוב סך ההלואה ולא הזכיר זמן דהתם ליכא מידי לספוקי לטענת הלוה מאחר עבור ל' יום דסתם הלואה אבל כל היכא דמתוך השטר איכא צדדים לסיוע דלוה בזה לא דבר רבינו כלל דבכה"ג הו"ל ככל ספיקי דעלמא והמוציא מחבירו עליו הראיה. ומה שנסתייע הרב ז"ל מההיא דאילן הסמוך לעיר דספק זה קדם או זה קוצץ ואינו נותן דמים, גם בזה לא ירדתי לסוף דעתו דמאי איריא דהתם בין שהאילן קדם בין שהעיר קדמה אילן זה לקציצה קאי אלא דאם האילן קדם קוצץ ונותן דמים הלכך אם מספקא מלתא כיון דכל טענתייהו על

עסקי דמים אמרינן הבא ראיה וטול ויקוץ ואינו נותן דמים אבל גבי נדון הרב דעל זה אנו דנים אם חיוב הלוה הוא עכשיו או לאחר זמן מה טיבו של ההיא דאילן לכאן ודברי הרב צ"ע. באופן שחוזרני למה שאני דן בדברי הרשב"א לחלק בין ספיקא דתרי ותרי דשנים אומרים היה שם תנאי ושנים אומרים לא היה שם תנאי לספיקא דדינא דאפשר אם יהיה הספק בתנאי בהא לא קאמר הרשב"א דמוקמינן הקרקע ביד הלוקח, ותרתי בלבי להביא מכמה מקומות דשייכי לחילוק זה ואחר העיון ראיתי שיש לדחות ואין מהם לא סייעתא ולא תיובתא. אח"כ בינותי דגדולי האחרונים מסכימים לדעת הרב המובהק המורה נר"ו דאין לחלק בין ספק דתרי ותרי לספיקא דדינא ובכולם לדעת הרשב"א הדין שוה דאם הספק הוא בתנאי אמרינן כבר מכר או נתן ועליו הראיה שיש כאן תנאי. הנה הראנ"ח בראשונות סימן ע"ז כתב על אשה שנתנה מתנת נכסים לאיש אחד וכתוב בשטר המתנה ור' יוסף קבל עליו לומר קדיש ולקרות הלכה בכל יום למנוחת נפשה. והרב ז"ל נסתפק אי קבלה זו שקבל ר' יוסף הוא תנאי בגוף המתנה או אם הוא חיוב נפרד ומילי מילי קאמר ובסוף כתב הרב דאף לכשתמצא לומר שהמתנה תלויה בקבלה עדיין אין המתנה בטלה בשביל הקדיש שיש לספק אי סגי ביום אחד או אם צריכה לקרות ההלכה בכל יום ואסיק הרב כיון דהספק הוא בתנאי אם נתקיים התנאי או לאו והמתנה מפורשת שהוא זוכה בה ומספק אתה בא לבטלה מצד התנאי על האומר שלא נתקיים התנאי הראיה ע"כ. הרי שהשוה הרב ז"ל ספיקא דדינא לענין זה לומר דבכל ספק בתנאי מוקמינן בחזקת מקבל מתנה שהיא ודאית. איברא שהרב ז"ל לא הזכיר תשובה זו של הרשב"א ומטי לה משם הר"ן שכתב וכיוצא לזה כתב הר"ן בגיטין והטור בחה"מ ובודאי שעדותו נאמנת אבל הרב נכדו מוהר"ר משה בספר פני משה בתשובה ע' על מתנה שכתב יעקב לבנותיו והתנה ע"מ שיתנו לדינה שני אלפים לבנים ולא פירש אם הוא לכל ימי חייה או בנתינה אחת יצאו ידי חובתן ונסתפק הרב שמא בכל שנה ושנה קאמר או דוקא שני אלפים דוקא ולא יותר ציידד הרב כמה צדדים וכתב דכיון דמספקא מלתא מאחר שבגוף המתנה לא נפל הספק אלא בתנאי לא אתי ספק דתנאה ומוציא מידי ודאי של מתנה והביא סייעתא לדבריו מתשובה זו של הרשב"א שהביא הרב הפוסק נר"ו באחד שמכר כרם כו'. וכתב עלה הרב דכי היכי דכתב הרשב"א בנ"ד דיד המקבל על העליונה משום דיש כאן מכירה ודאית והספק הוא בתנאי ה"נ בנ"ד כיון דמאי דמספקא לן הוא בלשון התנאי אי הוי לכל שנה ושנה או נתינה אחת של שני אלפים ולא יותר אינם חייבות ליתן אלא נתינה אחת וידן על העליונה. הרי שני גדולי הדור שלפנינו לא חילקו בדבר אלא שבכל ספק שנופל בתנאי יד הלוקח על העליונה

ומה גם שמהראנ"ח ייחס סברא זו להר"ן והטור כמו שכתבתי לשונו וזה הולך על דרך הרב המובהק המורה נר"ו שלא לחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא:

וזה חזיתי בדברי הרב בעל פני משה בתשובה הנז' אף על פי שאינם נוגעין לנדון דידן אמנם דרך הלוכי ראתה עיני חזות קשה ומה שהרב ז"ל צידד דאפשר לומר דהתנאי שהתנה יעקב לבנותיו ע"מ שיתנו לדינה שני אלפים לבנים אפשר שיהיה פירושו מוחלק שהוא בכל שנה ושנה ואין כאן מקום לספק כדי שנאמר ידה על התחתונה אלא משמעות הלשון הוא לעולם הכל סתם כמפורש דמי שהוא לעולם והביא סעד לדבריו מדברי הרשב"א שכתב כל המקבל עליו לזון או שמזכה לאיש בנכסיו משמע כו' אלמא כל סתם כלעולם דמי עכ"ל הרשב"א. ומינה דן הרב הנזכר בנדון דידיה דמשמעות התנאי שיתנו לחנוך שני אלפים לבנים שהוא לעולם. ועוד הביא מדברי הרא"ש במי שפטרוהו מהמס ולא קבעו זמן כיון שהוא מחוייב לתת מס לקהל והוא בא לפטור עצמו בטענה שהם פטרוהו ידו על התחתונה דמתנה נתנו לו ויש לדון לשון הפיטור בפחות מהלשונות והביא פלוגתא דאביי ורבא כו' עד אבל בעלמא אין הולכין להחמיר ואם יאמרו הקהל שלא נתכוונו אלא לשנה ראשונה שומעין להם זהו תורף דברי הרא"ש ומשמע דפליגי הרשב"א והרא"ש ומינה דן הרב בעל פני משה כיון דפלוגתא דרבוותא היא המע"ה ובנתינה אחת של שני אלפים סגי דדינה מוציאה מיקריא ורחל ולאה המוחזקות מיקרו ומצו למימר קים לן כהרא"ש ע"כ תמצית דבריו ז"ל. ותמוהים הם בעיני דלא דמי נדון דידיה להההיא דנחלקו הרשב"א והרא"ש כעוכלא לדנא דדוקא במתחייב כסות או מזון או הנקה או שמוש וכן פיטור המס הוא חיוב תלוי במה שהאדם צריך לו תדיר לכל ימיו הן מזונות או כסות או שמוש אביו וכן כיוצא בזה נמי בענין פיטור המס שהוא דבר הוה ורגיל מש"ה הוא דאמרינן לכל ימי חייו קאמר לדעת הרשב"א וכן בהנקה לכל זמן דצריך לו קאמר אבל מי שחיובו הוא בנתינת דמים שאמר שדי נתונה לך ע"מ שתתן לי מאתים זוז כיון שלא תלאו במה שהוא צורך האדם דמים בעלמא הוא שהתנה מה מקום לומר שכוונתו לכל שנה ושנה ונוסיף על תנאו מה שלא התנה דזה מאתים קאמר ונחייבהו ליתן מאה מנה וכבר רמז הרב ז"ל בסוף דבריו קצת מזה אלא שלא היה לו לרב להטריח קולמוסו והאריכות בזה יגיעת בשר. וע"ק לי בדבריו אסוף דינא צירף דעת הסוברים דגבי ממון נמי בעינן תנאי כפול וכיון דיעקב לא התנה נתינת השני אלפים לבנים בלשון ע"מ אלא בתנאי דאם ולא כפל לתנאו תנאי בטל ומעשה קיים וזכו הבנות בשליש החנות בלא נתינת דמים ותמיה לי מלתא דאי אתי הרב ז"ל מהאי טעמא א"כ זכתה דינה לגמרי בשליש החנות שהרי בדבור אחד נאמרו שני התנאים שגם יעקב כשהתנה שאם ימות

חנוך בלא זרע תסוב החנות לשתי בנותיו הא נמי תנאי הוא ואם לא מחמת תנאו במות חנוך דינה היתה יורשת אותו וכיון שלא כפל תנאו נשארה מתנת שליש החנות נתונה לחנוך ולבאי כחו דתנאי בטל ומעשה קיים והרי נתן מתנת בריא שליש לחנוך ובתנאי גרוע עקר מתנתו וממקום שבא הרב לזכות לשתי בנותיו מצדה תברא ואף על פי שהסבת הנחלה מחנוך לבנותיו הוי כאומר נכסי לך ואחריך לפלוני מה בכך לענין זה הא אם הניח זרע חנוך לא היו זוכות בנותיו וע"י תנאי אם ימות בלא זרע הוא דקא זכו בנותיו ולא כפל תנאי לא הוי תנאי ומעשה קיים דהיינו מתנת החנות שנתן במתצת בריא לחנוך וממילא דינה תירשנו. עוד יש לגמגם בדברי הרב ז"ל ממ"ש הראב"ד במסכת יו"ט עלה דשכ"מ שאמר תנו מאתים זוז לפלוני ולנסוב ברתי הרי זה נוטל מאתים וברתא אי בעי נסיב אי בעי לא נסיב אמר לינסוב ברתי ותנו לו מאתים זוז אי נסיב ברתא שקיל ואי לא לא שקיל ורבו הסברות בהאי מימרא וכתב הראב"ד להשיב למי שתלה הטעם מטעמא דתנאי קודם למעשה דלא צריכינן למשפטי התנאי אלא במעשה המתקיים עכשיו שאז המעשה חזק ואין תנאי גרוע יכול לבטל כגון הרי זה גיטך או הרי את מקודשת לי שהמעשה הוא מיד אבל מעשה הבא לאחר מכאן כגון אם הלך פלוני למקום פלוני תנו לו בית זה כיון שאין המעשה חל עכשיו אין אנו צריכים למשפטי התנאי לא תנאי כפול ולא הן קודם ללאו וכבר הרמב"ן ז"ל קלס סברא זו וכתב עליה שפתים ישק וכו' ובזה תפסו המורים ז"ל סברא זו (א"ה עיין לעיל פ"ג מהלכות זכיה ומתנה הלכה ח') מעתה בנדון הרב ז"ל שלא נתן לבנותיו מעכשיו כלום בשליש החנות אדרבה נתנה במתנת בריא לחנוך אלא שהתנה שאם ימות בלא זרע תסוב הנחלה לבנותיו ע"מ שיתנו לדינה שני אלפים לבנים כיון שאין כאן נתינה בחלק חנות מעתה אלא לאחר זמן ובתנאי אם ימות בלא זרע תנאי כזה לדברי הראב"ד וגדולי המורים שתפסו דבריו להלכה אינו צריך תנאי כפול ומשפטי התנאים אפילו למאן דסבר דבממון נמי צריך תנאי כפול. כל זה ראיתי לישא וליתן בדברי הרב בעל פני משה ז"ל ובאמת לא נעלם ממני בשתי קושיות אלו שהקשיתי לרב דיש מקום לדוחה לדחות ולעיולי פילא בקופא דמחטא ולברר זה היה בלבי להרחיב הדברים ולהעמיד חזוקי וליראת האריכות הנחתי הדברים לפני כל יודעי דת ודין והאמת יורה את דרכו:

ונחזור לענייננו למ"ש הרב המובהק המורה נר"ו דאף שהיה עסק זה בין ישראל לחבירו והיה הדבר ספק שקול בתנאי שהתנהו הלוקח ולא חזקו המוכר אי הוי תנאי או לא מההיא דהרשב"א ז"ל מתשובה שהביא הרב במי שמכר כרם ובאו שנים כו' למדנו דיד לוקח על העליונה ואין חילוק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא כיון דיש כאן מכר

ודאי והספק הוא בתנאי וההיא דכתב הרב בעל תרומת הדשן על מי שנתן מתנה ידועה לפלונית שתקנה בהם חגורה ונסתפק הרב אי לתנאי גמור נתכוין הנותן דוקא או לספירת דברים ומורה מקום בעלמא ואתי עלה מטעם שהמקבל הוא תפוס ואין מוציאין בראיה ברורה אחר העיון אין ממנה לא תיובתא ולא סייעתא ומה שהרב זוכר מטעם תפיסה ה"ה אפילו לא היו שניהם תפוסים זכתה המקבלת וקושטא דמלתא נקט ולאלומי כח המקבלת. ועדיין יש להסתפק בענין זה דאפשר דהרשב"א לא כתב כן אלא בנדון דידיה ששנים אומרים היה כאן תנאי ושנים אומרים לא היה תנאי ודכוותה גבי ספיקא דדינא אם זה חשוב תנאי אבל אם נפל הספק בקיום התנאי כגון שהתנאי מוסכם בין הכתות אלא שבקיומו נחלקו שנים אומרים נתקיים ושנים אומרים לא נתקיים בכה"ג שכולם מודים בעיקר התנאי אלא שבקיומו נחלקו אפשר שאף לדעת הרשב"א יד המקבל על התחתונה כיון שע"כ יש כאן תנאי ומינה בספיקא דדינא ויש ללמוד דבר זה מההיא דכתב הר"ן במי שאחזו מהיקש גט לממון דהמוכר או נותן דבר לחבירו ע"מ שיתן לו מאתים זוז וכיוצא בתנאי שהוא בקום עשה על המקבל לברר שקיים תנאו ע"כ ואף על גב דמידי ספיקא לא נפקא ואפשר שקיים תנאו והל"ל לפי סברת הרשב"א כיון דיש כאן נתינה ודאי והספק בתנאי אין ודאי נתינה מוציא מידי ספק תנאי אלא טעמא דמלתא דכמו שיש ודאי נתינה הכי נמי יש כאן ודאי תנאי והספק הוא אם נתקיים התנאי משא"כ בנדון הרשב"א דהספק הוא בעיקר התנאי אם יש כאן תנאי או לא ואפשר לדחות דשאני התם שהיה בידו לברר לקיים התנאי בפני עדים וכיון שלא בירר איתרע מלתא ולא חשיב ספק אבל מדברי הראנ"ח בתשובה הנז' נראה דיש הוכחה לחלק בין ספק אם היה שם תנאי מעיקרא לספק הבא על קיום התנאי אם נתקיים או לא נתקיים וזה שבתנאי אמירת הקדיש כבר כתבתי דברי הרב דהחליט המאמר לומר דכיון דמספקא לן מלתא אם חיוב הקדיש הוא יום אחד או כל י"ב חדש הו"ל ודאי במתנה וספק בתנאי ויד מקבל על העליונה. אמנם בתנאי אחר שהתנתה הנותנת עם ר' יוסף מקבל המתנה שנתחייב ר' יוסף הנז' לעלות לארץ ישראל לשנה הבאה ולהסתופף תחת כנפיו ולכבדה ולהיות לה כבן להחזיק בידה כו' ובין כך מתה הזקנה ולא איצטריך לה הליכת ר' יוסף שלא התנית תנאי זה אלא להיות חוטרא לידה ומרא לקבורה והא לא איצטריך, צידד הרב ז"ל כמה צדדים בההיא דתנן בגיטין ע"מ שתניקי את בני על מנת שתשמשי את אבא מת הבן או מת האב הרי זה גט דאיכא מ"ד דוקא מת בתוך ההנקה או האב אחר השמוש אבל לא הניקה ולא שמש כלל אינו גט והוצרך הרב ז"ל לכמה ספיקי וספיקי דספיקי הנופלין בפירושה דמלתא עד שלא נתקררה דעתו של הרב ז"ל עד שצירף טעמים רבים לזכות

לר' יוסף. והשתא ניחזי אנן אמאי הוצרך הרב לכל האי שקלא וטריא הא מטעם הראשון של תנאי אמירת הקדיש שזכרו הרב מטעם שהמתנה היא מבוררת והספק הוא בתנאי אין ספק תנאי מוציא מידי ודאי מתנה ה"נ בתנאי הליכה לא"י כיון דלא איצטריך לדעת קצת מרבוותא הו"ל כאילו ספק בתנאי וברי במתנה אלא ע"כ לחלק בין כשהספק הוא בעיקר התנאי כההיא דאמירת הקדיש שמא באמירת יום אחד קיים תנאו ואין כאן חיוב תנאי כלל בהאי שייך לומר אין ספק תנאי מוציא מידי ודאי מתנה אבל בעליית א"י שיש כאן תנאי ודאי אלא שהספק הוא אם נתקיים או לא בהא הוא שהוזקק הרב ז"ל לכמה ספיקות ומיניה למה שאנו דנים בדברי הרשב"א דאם נולד הספק בקיומו מוקמינן ארעא בחזקת הנותן. שמא תאמר דיש לדחות ראיה זו דשאני נדון הראנ"ח דתנאי עליית א"י אחר השנה לא נתקיים בפועל כלל שהרי מתה הזקנה וזה לא עלה אלא שאנו באים לפוטרו מתנאו דהא לא איצטריך ולדעת קצת לא חשיב קיום והרי לפנינו תנאי שלא נתקיים אלא כדי לזכותו צריך לתפוס דברי הסוברים דלא בעי קיום ולכך הצריך הרב ז"ל לכל הני טעמי אבל בעלמא אפילו בספק הנופל בקיום התנאי לכשתמצא לומר דקיים התנאי אין כאן מחסור דבר. זה היה נראה לחלק אבל המתבונן בדברי הרב ז"ל יראה דאין לחלק בענין זה וק"ל:

פרק טז

הלכה א

ראובן שמכר שדה לשמעון והיה לוי מעדי השטר כו'. הריב"ש כתב בתשובה שאם לוי היה קרוב או נצטרף עם עד קרוב שנמצא דהשטר בטל עדיין יכול לטעון ולערער על המכירה שיאמר לוי משטה הייתי בך מאחר שהשטר בטל יע"ש: **וכן אם העיד לוי בשטר שכתוב בו השדה פלוני של ראובן מצד מזרח**. (א"ה משנה בשלהי כתובות עשאה סימן לאחר איבד את זכותו. ועיין בתשובת מהרימ"ט חה"מ ס"ס נ"ד ויתבאר בדברי הרב המחבר לקמן בפ"ג מהל' עדות הלכה ה' יע"ש): סליקו להו הלכות טוען ונטען בס"ד